

**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

Anno Accademico: 2015/2016

**TESI DI DOTTORATO DI KOSTANDIN PEÇI, 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**

A Maura, Koço Koka, Spiro e Katina.
Per il loro sostegno incondizionato.

A tutti quelli che hanno abbandonato i propri nidi per inseguire il sogno di una vita migliore.

Al giovane Xhei.

“Renditi utile, non essere inutile.”

La società vuole che tu sia un'unità economica, un oggetto utile e funzionale; non vuole che tu sia un fiore.

No, anche se sei un semplice fiore, devi avere un prezzo per essere venduto.

La società ha bisogno che tu sia sul mercato, devi avere qualche utilità; solo allora sei utile, altrimenti no.

La società predica che lo scopo della vita è essere utili.

È una sciocchezza!

Non ti sto dicendo di essere inutile, ma che essere utili non è lo scopo.

Devi vivere nella società ed esserle utile, ma devi anche conservare la capacità di essere inutile, in certi momenti”.

(Osho, Maestro di Gyani, I segreti del risveglio)

**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**

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

INDICE

INTRODUZIONE	1
1. Genesi della ricerca: antitrust ed esercizio del potere amministrativo	1
2. Democrazia, partecipazione e antitrust	5
3. Piano della ricerca	9

CAPITOLO I

*Abuso di posizione dominante: il controllo del potere economico e il limite del perseguimento di
interessi pubblici*

1. Introduzione.....	12
2. Antitrust, l'utopia della concorrenza (perfetta) e il potere di mercato	15
3. La posizione dominante: il potere come libertà da controllare e conformare	21
3.1. La posizione dominante: l'accertamento per indici sintomatici	29
4. La nozione di abuso di posizione dominante	34
4.1. Modellare i mercati sanzionando l'abuso di posizione dominante	41
5. Antitrust e il conflitto tra interessi pubblici e privati: la delega di poteri di regolazione agli operatori di mercato	47
5.1. La giurisprudenza UE sull'applicazione congiunta degli artt. 4 (3) TUE e 101/102 TFUE.....	48
5.2. Adesione alla giurisprudenza UE sull'applicazione congiunta degli artt. 4 (3) TUE e 101/102 TFUE: la legittimità del sacrificio della tutela della concorrenza da parte del potere pubblico per il soddisfacimento di altri interessi pubblici	54
6. L'intervento diretto del potere pubblico nel mercato e l'abuso di posizione dominante.....	56
6.1. I tratti essenziali dell'articolo 106 TFUE.....	57
6.2. L'applicazione congiunta degli artt. 102 e 106 (1) TFUE: verso l'illegittimità automatica della concessione di esclusive e/o diritti speciali.....	58
6.3. L'applicazione dell'articolo 106 (2) TFUE: il bilanciamento della tutela della concorrenza con altri interessi pubblici.....	63
7. Il perseguimento di interessi pubblici e l'"immunità" dalla responsabilità antitrust: la <i>State Action Doctrine</i>	64
7.1. La <i>State Action Doctrine</i> nell'ordinamento statunitense.....	66
7.2. Il perseguimento di interessi pubblici e l'"immunità" dalla responsabilità antitrust: la giurisprudenza <i>CIF</i>	71
7.2.1. La giurisprudenza <i>CIF</i> e la convergenza con la <i>State Action Doctrine</i> statunitense	74
7.3. L'intervento del regolatore settoriale e l'"immunità" da responsabilità antitrust: la giurisprudenza <i>Deutsche Telekom</i>	78
7.3.1. Osservazioni critiche sulla giurisprudenza <i>Deutsche Telekom</i> : erronea (dis)applicazione della <i>State Action Doctrine</i>	83
8. Conclusioni.....	89

**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**

CAPITOLO II

Partecipazione procedimentale e abuso di posizione dominante

1.	Introduzione: l'(ab)uso di procedimenti amministrativi e l'art. 102 TFUE.....	93
2.	Casistica europea e nazionale.....	98
2.1.	Il caso <i>AstraZeneca</i>	98
2.1.1.	La prima fattispecie abusiva: informazioni oggettivamente ingannevoli, idonee a indurre in errore le autorità brevettuali	99
2.1.2.	La seconda fattispecie abusiva: la revoca delle autorizzazioni di immissione in commercio.....	103
2.1.3.	Il caso <i>AstraZeneca</i> : un giusto equilibrio tra l'esercizio di prerogative procedimentali e la tutela della concorrenza.....	106
2.2.	La prassi decisionale dell'Autorità garante.....	111
2.2.1.	Il caso <i>Pfizer</i>	113
2.2.2.	Il caso <i>Coop Estense</i>	117
2.2.3.	Il caso <i>Arenaways</i>	122
2.2.4.	Critica alla prassi decisionale dell'Autorità: inconciliabile divergenza con i principi del caso <i>AstraZeneca</i>	125
3.	L'(ab)uso di procedimenti amministrativi e la rilevanza degli effetti anticoncorrenziali ai fini della fattispecie illecita	129
3.1.	Osservazioni critiche sul c.d. <i>effects-based approach</i>	129
3.2.	L'articolo 102 TFUE quale strumento per la protezione della struttura concorrenziale	133
3.3.	Per un approccio strutturalista temperato.....	135
3.4.	La rilevanza pratica delle teorie sugli effetti anticoncorrenziali: il caso <i>AstraZeneca</i>	136
3.4.1.	La rilevanza pratica delle teorie sugli effetti anticoncorrenziali: le criticità del caso <i>Coop Estense</i>	137
4.	L'(ab)uso procedimentale e il ruolo dell'intento escludente	142
5.	La discrezionalità amministrativa e l'applicazione dell'articolo 102 TFUE	147
5.1.	L'interesse privato all'adozione di un provvedimento restrittivo della concorrenza nell'ambito dei procedimenti discrezionali	149
5.2.e nei procedimenti vincolati (segue).....	153
5.3.	Uno spazio residuale per l'applicazione dell'antitrust nell'ambito di procedimenti nei quali si esercita la discrezionalità amministrativa.....	155
5.4.	Discrezionalità amministrativa e nesso di causalità.....	159
6.	Il provvedimento amministrativo e il diritto antitrust.....	162
6.1.	La rilevanza del provvedimento amministrativo nei confronti del diritto antitrust.....	165
6.2.	Il provvedimento amministrativo e il diritto antitrust: l'articolo 21-bis della l. n. 287/1990.....	166
6.2.1.	La disciplina prevista dall'articolo 21-bis l. n. 287/1990.....	167
6.2.2.	L'articolo 21-bis l. n. 287/90, quale limite espresso all'intervento antitrust nei casi di esercizio del potere amministrativo.....	172
6.2.3.	La giurisprudenza <i>CIF</i> e l'articolo 21-bis l. n. 287/1990: i criteri di coordinamento	174
7.	Esercizio di prerogative procedimentali e abuso di posizione dominante.....	176
7.1.	Esercizio di prerogative procedimentali e diritto antitrust nel caso <i>AstraZeneca</i> : il diritto antitrust non è subordinato alla normativa settoriale, ma è complementare a essa.....	177
7.2.	Esercizio di prerogative procedimentali e diritto antitrust nella sentenza <i>Coop Estense</i> : dalla complementarietà alla (pretesa) supremazia del diritto antitrust	179

**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**

7.2.1. Critica alla sentenza <i>Coop Estense</i> : il Consiglio di Stato ignora la (tendenza all') unità dell'ordinamento giuridico.....	180
7.2.2. Critica alla sentenza <i>Coop Estense</i> : il principio di non contraddittorietà dell'ordinamento e la prevalenza dell'esercizio del diritto rispetto alla norma sanzionatoria.....	183
7.2.3. Osservazioni conclusive: possibilità di risoluzione del conflitto tramite il ricorso ai generali criteri ermeneutici	186

CAPITOLO III

Abuso di prerogative procedurali, abuso del diritto e abuso di posizione dominante

1. Introduzione.....	189
2. Partecipazione e diritto antitrust nell'esperienza statunitense: la giurisprudenza <i>Noerr-Pennington</i>	192
2.1. Il principio: i processi decisionali pubblici sono immuni dall'applicazione del diritto antitrust – il caso <i>Noerr</i>	193
2.2. Il principio: i processi decisionali pubblici sono immuni dall'applicazione del diritto antitrust – la giurisprudenza successiva al caso <i>Noerr</i> (le sentenze <i>Pennington</i> e <i>California Motor</i>)	197
2.3. L'immunità dall'applicazione del diritto antitrust nell'ambito dei processi decisionali pubblici non è assoluta.....	199
2.3.1. Le eccezioni all'immunità <i>Noerr-Pennington</i> : l'ottenimento di provvedimenti anticoncorrenziali attraverso il ricorso a “mezzi partecipativi impropri”	200
2.3.2. Le eccezioni all'immunità <i>Noerr-Pennington</i> : la c.d. <i>sham exception</i>	203
2.4. Osservazioni conclusive sulla <i>Noerr-Pennington doctrine</i> : l'uso distorto di prerogative partecipative fa scaturire l'applicazione del diritto antitrust	206
3. L'abuso del diritto come strumento di controllo e contenimento del potere privato...207	
3.1. Dall'abuso del diritto all'abuso del (o nel) processo.....	216
3.2. La dimensione europea della figura dell'abuso del diritto.....	221
3.2.1. L'abuso del diritto nell'ambito della CEDU	221
3.2.2. L'abuso del diritto nell'ordinamento UE.....	223
3.2.2.1. Le origini giurisprudenziali della nozione di abuso del diritto nell'ordinamento UE	224
3.2.2.2. Verso un test generale per l'accertamento dell'abuso del diritto nell'ordinamento UE	226
4. L'abuso del diritto quale elemento della fattispecie di abuso di posizione dominante228	
4.1. Il diritto di accesso alla giustizia e il divieto di abuso di posizione dominante	229
4.1.1. Il diritto di accesso alla giustizia e il divieto di abuso di posizione dominante: il caso <i>ITT Promedia</i>	231
4.1.2. Il diritto di accesso alla giustizia e il divieto di abuso di posizione dominante: osservazioni conclusive.....	236
4.2. Abuso di prerogative procedurali, abuso del diritto e abuso di posizione dominante.....	240
4.2.1. Abuso del diritto, abuso del procedimento e abuso di posizione dominante: il caso <i>AstraZeneca</i> letto in chiave di abuso del diritto	241
4.2.1.1. Abuso del diritto, abuso del procedimento e abuso di posizione dominante: la “speciale responsabilità” dell'impresa in posizione dominante.....	244
4.2.2. Abuso del diritto, abuso del procedimento e abuso di posizione dominante: il caso <i>Pfizer</i>	249
4.2.2.1. Abuso del diritto, abuso del procedimento e abuso di posizione dominante: critica all'utilizzo distorto della figura dell'abuso del diritto da parte del Consiglio di Stato nella sentenza <i>Pfizer</i>	252

**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**

5. Conclusioni: la "doppia dimensione" della relazione tra abuso del diritto e abuso di posizione dominante	263
---	-----

CAPITOLO IV

L'intersezione tra l'esercizio di prerogative procedurali e divieto di abuso di posizione dominante, come esempio di più ampie tendenze ordinamentali

1. Introduzione.....	268
2. La "resistenza" del provvedimento amministrativo rispetto ad altri plessi ordinamentali: l'esempio del sindacato del giudice penale sul provvedimento amministrativo.....	270
2.1. Il provvedimento amministrativo quale presupposto negativo della fattispecie penale: i reati urbanistico-edilizi.....	271
2.2. Il provvedimento amministrativo quale elemento facoltizzante, estraneo alla fattispecie penale.....	274
2.3. Giudicato amministrativo e sindacato del giudice penale sul provvedimento amministrativo.....	275
2.4. Provvedimento amministrativo e diritto penale: osservazioni conclusive	279
3. Altre ipotesi di pluriqualificazione, ovvero di rilevanza del provvedimento amministrativo in fattispecie diverse da quella che ha dato luogo alla sua adozione	282
3.1. La rilevanza del provvedimento amministrativo nel giudizio dinnanzi alla Corte dei Conti (in ambito pensionistico e sulla responsabilità amministrativa)	283
3.2. Il c.d. "doppio binario" sanzionatorio	288
3.3. Provvedimento sanzionatorio antitrust e azioni risarcitorie c.d. <i>follow-on</i>	293
3.4. La novella introdotta dall'articolo 6 della l. n. 124/2015	296
4. La codificazione dell'abuso del diritto in materia fiscale: verso il (formale) riconoscimento del divieto di abuso del diritto quale principio generale dell'ordinamento?.....	298
Conclusioni.....	304
Bibliografia	311

**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**

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Genesi della ricerca: antitrust ed esercizio del potere amministrativo – 2. Democrazia, partecipazione e antitrust – 3. Piano della ricerca.

1. Genesi della ricerca: antitrust ed esercizio del potere amministrativo

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.

Non si intende negare l'importanza della tutela della concorrenza nel nostro ordinamento¹.

La tesi che si avanza è invece diretta a dimostrare l'insostenibilità della posizione attuale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nonché della giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui la tutela della concorrenza, sotto la sua dimensione sanzionatoria di un comportamento contrastante con la normativa antitrust², non avrebbe alcuna relazione con la conformità del medesimo comportamento ad altre norme giuridiche³.

¹ L'evoluzione della tutela della concorrenza nel nostro ordinamento è stata chiaramente evidenziata da L. TORCHIA, *Venti anni di potere antitrust: dalla legalità sostanziale alla legalità procedurale nell'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *20 anni di antitrust: L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, a cura di C.R. BEDOGNI - P. BARUCCI, vol. I, Torino, 2010, pp. 361 e ss, secondo cui nei primi venti anni di attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato "la tutela della concorrenza si è trasformata da aspirazione intellettuale di una parte dell'accademia in oggetto di una espressa disposizione costituzionale e in principio ispiratore di numerose discipline di settore". Per altri invece esisterebbe nel nostro ordinamento un principio di libera concorrenza che "nasce dal diritto comune e oramai plasma larga parte del diritto amministrativo" (v. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, p. 76).

² Deve ormai considerarsi pacifico che la tutela della concorrenza ha, quantomeno, una tripla dimensione applicativa, ossia: (i) le misure antitrust; (ii) gli strumenti legislativi di apertura dei mercati, anche tramite l'abbattimento delle

**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**

Secondo questa posizione, l'applicazione del diritto antitrust a un determinato comportamento sarebbe “impermeabile” alla qualificazione dello stesso comportamento “*dal punto di vista settoriale*⁴”. In questa concezione, il diritto antitrust si ritiene quindi costituire una sorta di *superdiritto*⁵, capace di un'applicazione trasversale, e circondato da alte e rigide barriere che impediscono alle altre branche del diritto – non a caso ritenute settoriali – di bagnare i nuovi terreni conquistati dal diritto antitrust.

La ricerca che si introduce 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 nel corso della ricerca, rievoca però una problematica di teoria generale, ossia quella della pluriqualeficazione giuridica dello stesso comportamento.

È stato tuttavia affermato che “una sola vita non basta per attraversare tutti i confini e per vedere davvero tutto il mondo, sicché

barriere all'entrata; (iii) il ricorso alle procedure concorsuali, quale strumento d'attuazione della concorrenza per il mercato (v. *ex multis*, sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010; per una rassegna ragionata della giurisprudenza costituzionale e di legittimità in materia di tutela della concorrenza, v. L. DELLE PRISCOLI (a cura di), *Concorrenza: Giurisprudenza*, reperibile all'indirizzo web http://www.cortecostituzionale.it/documenti/filesDoc/La_concorrenza.pdf. Per un recente studio sulle diverse *dimensioni* della tutela della concorrenza con particolare riferimento al settore dei contratti pubblici, v. M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, Relazione presentata al 61° Convegno di Studi amministrativi su “La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione”, Varenna, 17-19 settembre 2015.

³ Questa posizione è stata illustrata con particolare chiarezza dall'attuale Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, secondo cui nell'ordinamento trova “oramai pacifica affermazione il principio secondo il quale il carattere illecito di un comportamento alla luce della disciplina antitrust non ha alcuna relazione con la sua conformità o meno ad altre norme giuridiche” (v. G. PITRUZZELLA, *Concorrenza e regolazione*, in *Federalismi.it- Rivista di diritto pubblico italiano, comparato europeo*, n. 22/2014, p. 6.

⁴ *Ibid.*

⁵ Il termine è di L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Mercato, concorrenza, regole*, n. 3/2013, p. 519, n. 47. v. anche una precedente versione dello stesso scritto pubblicato sul sito www.irpa.eu

**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**

bisogna adattarsi a subire limiti pratici nella propria indagine, per quanto difficili da tollerare essi possano risultare”⁶.

Anche l'indagine che qui si propone ha (paradossalmente) bisogno di limiti.

Per questo motivo la ricerca sarà concentrata 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 un provvedimento che favorirebbe il suo finanziatore, a scapito dei

⁶ v. M. TARUFFO, *Sui confini*, Bologna, 2009, p. 9.

**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**

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.

La domanda cruciale, dal punto di vista del diritto antitrust, è la seguente: si applica il diritto antitrust e, in particolare, l'articolo 102 TFUE in situazioni come quelle appena descritte?

Due sono i profili problematici che emergono *ictu oculi* nel ricercare la risposta a questa domanda.

Il primo profilo riguarda il fatto che, negli esempi suesposti, i comportamenti dell'impresa dominante, unico oggetto dell'articolo 102 TFUE, non sono tenuti direttamente sul mercato. L'effetto escludente si realizza infatti attraverso la mediazione dell'intervento pubblico. Il tema che si pone, di stretto diritto antitrust, si incentra quindi sulla necessità di dimostrare o meno l'effetto escludente dei comportamenti dell'impresa dominante, ai fini della configurazione dell'illecito antitrust.

Sotto il secondo profilo, i comportamenti dell'impresa in posizione dominante vengono in rilievo per la loro natura di atti/interventi introdotti/effettuati nell'ambito di un procedimento amministrativo. In questo caso, l'applicazione del diritto antitrust solleva l'interrogativo dell'eventuale conflitto con comportamenti che, quantomeno apparentemente, costituiscono l'esercizio di prerogative procedurali costituzionalmente garantite a tutti i soggetti interessati, ivi inclusa l'impresa dominante. Si tratta di un profilo che, essendo di più ampio respiro, è ancora più complesso del primo. Ed è

**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**

per questo che si ritiene opportuno quindi darne subito conto con maggiore dettaglio.

2. Democrazia, partecipazione e antitrust

La questione della rilevanza del diritto antitrust nell'ambito di processi decisionali pubblici, non può quindi prescindere dall'analisi della sua incidenza su altri valori costituzionali.

Sono in gioco, soprattutto, la libertà di opinione, sotto forma di libera rappresentazione degli interessi, e la partecipazione dei cittadini alla vita pubblica. Entrambi sono valori fondamentali degli ordinamenti liberali, nonché principi cardine delle teorie democratiche, con particolare rilevanza in quelle partecipative⁷ e deliberative⁸.

La centralità della partecipazione del privato nella vita decisionale pubblica e, in particolare, nel procedimento amministrativo, è stata bene evidenziata da Sabino Cassese, secondo cui la partecipazione *“si colloca sul crinale tra i tre principi che reggono i poteri pubblici, quello di autorità (su cui si fonda il potere esecutivo), quello di giustizia (assicurato, di regola, dalle corti), quello di democrazia (a cui provvedono normalmente le assemblee*

⁷ Secondo U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, (voce), *Enc. dir.*, “l'esigenza di partecipazione è comune alla democrazia degli antichi e a quella dei moderni”. Secondo lo stesso Autore la nozione di democrazia partecipativa “riguarda processi in cui intervengono sia direttamente i cittadini comuni che istanze istituzionali, con l'intento di pervenire al risultato unitario di una decisione pubblica”. Per una sintetica ed efficace analisi critica delle diverse teorie di democrazia v. C. PATEMAN, *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, 1970 (soprattutto, i primi due capitoli di analisi teorica).

⁸ Per democrazia deliberativa si intendono “quei modelli teorici di democrazia secondo cui i processi di decisione pubblica sono governati da due principi: 1) una previa discussione pubblica, caratterizzata dalla modalità deliberativa, cioè dallo scambio di informazioni e argomenti, confortati da ragioni; 2) intervento di tutti coloro che possono essere potenzialmente interessati dalla decisione”, cfr. R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, (voce), *Enc. dir.* p. 271. Nella dottrina straniera sulla democrazia deliberativa v. J. ELSTER (a cura di), *Deliberative Democracy*, Cambridge, 1998.

**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**

*rappresentative)*⁹. L'Autore osserva altresì che “*l'equilibrio tra i tre principi, di autorità, di giustizia e di democraticità delle decisioni pubbliche, è molto precario*”¹⁰.

Ed è questo equilibrio “*molto precario*” a formare il contesto in cui si inserisce l'applicazione del diritto antitrust a comportamenti tenuti dall'impresa dominante nell'ambito di procedimenti decisionali pubblici.

È quasi superfluo osservare che si tratta di un tema particolarmente delicato.

Il riconoscimento, da un lato, di un'espansione inappropriata del diritto antitrust potrebbe disincentivare i privati a partecipare alle decisioni pubbliche, impedendo alle amministrazioni pubbliche di fare

⁹ v. S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche – Saggio di diritto comparato*, consultato su www.irpa.eu, p. 1. Dello stesso Autore v. anche, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in “Archivio giuridico”, n. 1-2, 1970, p. 25 ss. Per quanto riguarda le funzioni che la partecipazione svolge nell'ambito del procedimento, CASSESE sottolinea che attraverso la partecipazione “l'amministrazione fa entrare il privato nel suo processo di decisione. Rinuncia alla esclusività dei suoi poteri. Alla formazione di queste decisioni generali (o singolari, ma di interesse generale) si chiede la partecipazione dei privati per motivi diversi. Il primo è quello di consentire all'amministrazione una migliore conoscenza dei fatti e degli interessi sui quali essa deve basare le sue scelte. Il secondo è quello di permettere al privato di far valere i suoi diritti fin dalla fase preparatoria della decisione, oltre che nell'eventuale giudizio che sorga a seguito di un ricorso successivo. Il terzo è quello di assicurare il coinvolgimento dei privati interessati nel processo decisionale. Nel primo caso, la partecipazione del privato ausilia la pubblica amministrazione, è al servizio di essa. Nel secondo caso, la partecipazione serve a difendere il privato nei confronti della pubblica amministrazione; quindi, essa emula una procedura giudiziaria. Nel terzo caso, la partecipazione consente alla società civile di esprimere la propria opinione nel processo di decisione collettivo; quindi, essa imita una procedura legislativa, quella dell'audizione parlamentare. Dunque, nel primo caso l'autorità amministrativa si vale della partecipazione, che serve, quindi, ad accrescerne l'efficacia; nel secondo, invece, essa viene sottoposta alle regole della giustizia e diventa, quindi, più equa; nel terzo essa è obbligata a rispettare il principio di democrazia, perché deve almeno ascoltare la volontà della società civile. La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche ha una duplice rilevanza, che possiamo dire verticale e orizzontale. Essa consente di definire l'equilibrio che si stabilisce tra Stato e cittadino” (*ibid.*).

¹⁰ v. S. CASSESE, *ibid.*, precisa che “se l'amministrazione fa eccessivo affidamento sulla partecipazione dei privati, corre il rischio di indebolirsi e di rimanere prigioniera degli interessi organizzati più forti. Essa ha bisogno, innanzitutto, di una sua conoscenza ufficiale. E deve rimanere libera di valutare in modo neutrale gli interessi in gioco in ogni decisione relativa alla collettività”.

**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**

affidamento su quel “nucleo intorno al quale possono maturare scelte collettive autenticamente democratiche, che consentono cioè la partecipazione privata alle decisioni pubbliche”¹¹. In termini pratici, tale disincentivo “*could make it more difficult, or even impossible, for governments to legislate and regulate (particularly in the economic sphere) or enforce the law: without specific information provided by inter alia market participants, governments often lack sufficient knowledge to act*”¹².

L'applicazione mirata del diritto antitrust nell'ambito dei procedimenti decisionali potrebbe, dall'altro lato, costituire “*a major contribution to free competition and to the integrity of administrative and judicial process*”¹³.

Dove stabilire, dunque, il punto di equilibrio?

In che misura aprire i processi decisionali al diritto antitrust, senza pregiudicare il “*molto precario*” equilibrio dei principi “*di autorità, di giustizia e di democraticità delle decisioni pubbliche*”?

I quesiti appena posti trovano, in linea di principio, risposte sufficientemente chiare nella giurisprudenza UE.

In diverse occasioni, sia la Commissione europea, che i giudici UE hanno, implicitamente ed esplicitamente, affermato il principio secondo cui i meri tentativi di influenzare l'azione dei decisori

¹¹ *Ibid.* Secondo A. J. VOSSESTEIN, *Corporate Efforts to Influence Public Authorities, and the EC Rules on Competition*, in *Common Market Law Review*, 2000, “*if undertakings could be held liable and risk heavy fines ... for merely advancing their views to government, they could be deterred from advancing their views, thereby frustrating their right to petition to government ... [which is] a fundamental right in most Member States of the European Community*” (p. 1391).

¹² v. A. J. VOSSESTEIN, *Corporate efforts*, op. cit. p. 1391.

¹³ v. R. H. BORK, *The Antitrust Paradox: A policy at War with itself*, New York, 1978, p. 348.

**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**

pubblici, ivi inclusa quindi la partecipazione ai procedimenti amministrativi, è immune dall'applicazione del diritto antitrust¹⁴.

Le ragioni ideologico-giuridiche sottostanti all'orientamento delle istituzioni UE sono limpidamente riassunte in un importante passaggio delle Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs nella causa *Albany*¹⁵, secondo cui:

“il semplice tentativo da parte di talune imprese, di persuadere le autorità pubbliche ad estendere gli effetti di un determinato accordo ad altri operatori economici non ricade sotto il divieto di cui all'art. 85, n. 1 (§ 291). In primo luogo, tale azione in sé non pregiudica la concorrenza o la libertà di chiunque a prendervi parte. Qualunque restrizione è conseguenza di un'azione successiva dello Stato (§ 292). In secondo luogo, ***la richiesta congiunta alle autorità pubbliche è caratteristica delle nostre società democratiche. Le persone fisiche o giuridiche sono legittimate ad organizzarsi e a presentare congiuntamente le proprie richieste al governo o al legislatore. Le autorità pubbliche devono in tal caso decidere se l'azione proposta sia nel pubblico interesse. Esse hanno il potere esclusivo, ma anche la responsabilità esclusiva, di decidere in merito***” (§ 293, enfasi, sottolineatura e corsivo aggiunti)¹⁶.

Le risposte fornite dalla giurisprudenza UE, nonché dallo stesso passaggio delle conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs appena citato, si presentano però chiare, e risolutive, solo in linea di principio.

Ciò in quanto la stessa giurisprudenza UE è altrettanto ferma nel considerare applicabile il diritto antitrust, ogniqualvolta i

¹⁴ Per una sistematica analisi della casistica, v. A. J. VOSSESTEIN, *Corporate efforts*, op. cit.; vedi anche W. COONEY, *Competition and the Noerr-Pennington Doctrine: When Should Political Activity Be Barred under European Community Competition Law?*, in *Geo. Wash. Int'l. Rev.*, 2002, p. 872. Le stesse problematiche sono state sviluppate più recentemente anche da V. BRISIMI, *Abuse of Dominant Position and Public Policy Justifications: A Question of Attribution*, in *European Business Law Review*, 2014, p. 261.

¹⁵ cfr. sentenza della Corte di giustizia, 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany*, in Racc. I-5751.

¹⁶ È ovvio che le stesse valutazioni trovano applicazione, *mutatis mutandis*, anche con riferimento all'applicazione dell'articolo 102 TFUE.

**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**

comportamenti dell'impresa in posizione dominante vadano oltre il “*semplice tentativo di persuadere le autorità pubbliche*”¹⁷.

Si tratta di stabilire quali comportamenti dell'impresa dominante costituiscono esercizio delle proprie prerogative procedurali e quali invece costituiscono abuso di posizione dominante. Sussistono quindi tutte le premesse per un conflitto tra l'esercizio di diritti (anche di rango costituzionale) e l'applicazione del diritto antitrust.

3. Piano della ricerca

L'indagine si concentrerà proprio sull'analisi dei termini del conflitto tra l'esercizio di prerogative procedurali e l'applicazione della normativa sul divieto di abuso di posizione dominante, cercando, altresì, di fornire dei possibili criteri risolutivi del conflitto in questione.

Il lavoro sarà suddiviso in quattro capitoli.

La prima parte del Capitolo I si concentrerà sull'analisi del divieto di abuso di posizione dominante, fornendo una chiave di lettura che evidenzia la funzionalizzazione dell'articolo 102 TFUE al contenimento del potere privato. Nella seconda parte del Capitolo I, si analizzerà invece l'interazione tra il diritto antitrust e il processo decisionale pubblico (amministrativo e/o legislativo) relativo alla regolazione dei mercati. Si sosterrà, in particolare, che l'applicazione del diritto antitrust può (e deve) essere limitata a favore del perseguimento di altri interessi pubblici, altrettanto meritevoli di tutela

¹⁷ Sul punto vedi A. J. VOSSESTEIN, *Corporate efforts*, op. cit., nonché V. BRISIMI, *Abuse of Dominant Position*, cit.. In giurisprudenza si veda, ad esempio, cfr. sentenza della Corte di giustizia, 16 marzo 2000, caso C-395/96 3 c-396/96, *Compagnie maritimes belges c. Commissione*, in Racc. I-1365, secondo cui “esiste incontestabilmente una differenza tra una domanda, rivolta ad un'autorità pubblica, di adempiere un obbligo contrattuale specifico e una semplice esortazione o «incitamento» dell'autorità ad agire. Infatti, nell'ultimo caso, si tratta di un semplice tentativo di influenzare l'autorità interessata nell'esercizio del margine di discrezionalità ad essa spettante. Invece, una domanda di adempimento di un obbligo contrattuale specifico ha lo scopo di far valere diritti soggettivi che l'autorità interessata sia, in ipotesi, tenuta a rispettare” (§ 82).

**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**

(si tratta della c.d. *State Action Doctrine*). Il diritto antitrust troverà invece piena applicazione nei casi in cui i centri decisionali pubblici abdicano al potere regolatorio, a beneficio di imprese con interessi nei settori regolati.

Nel Capitolo II si approfondirà la questione dell'applicazione del divieto di abuso di posizione dominante a condotte tenute dall'impresa dominante nell'ambito di procedimenti amministrativi/regolatori. L'indagine si soffermerà, in primo luogo, sulla casistica europea e nazionale in tema di (ab)uso di procedimenti amministrativi e applicazione dell'articolo 102 TFUE, mettendo in luce la distonia tra le tesi avanzate a livello nazionale rispetto agli insegnamenti della giurisprudenza UE. Dopo avere approfondito il ruolo dell'effetto e dell'intento escludente ai fini dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE, la ricerca si focalizzerà sui fattori che potrebbero costituire un argine all'applicazione del diritto antitrust nell'ambito dei procedimenti amministrativi/regolatori. In primo luogo, sarà esaminata la rilevanza del diritto antitrust nell'ambito di procedimenti in cui si esercita un potere discrezionale, piuttosto che vincolato. Particolare attenzione sarà, in secondo luogo, dedicata alla rilevanza del provvedimento amministrativo ai fini dell'applicazione diritto antitrust, specialmente dopo l'introduzione nel nostro ordinamento dell'articolo 21-*bis* della l. n. 287/1990. L'applicazione del diritto antitrust nell'ambito di procedimenti amministrativi sarà infine esaminata anche alla luce del principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico e dei generali criteri ermeneutici dell'ordinamento.

Facendo tesoro dei risultati ottenuti dalla ricerca svolta nei precedenti due capitoli, il Capitolo III sarà dedicato all'analisi della figura dell'abuso del diritto quale possibile criterio risolutivo del conflitto tra l'esercizio di prerogative procedurali e divieto di

**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**

abuso di posizione dominante. Si approfondirà, in primo luogo, l'esperienza giuridica statunitense in tema di applicazione del diritto antitrust a condotte tenute dalle imprese nell'ambito di procedimenti decisionali pubblici. Seguirà l'analisi degli lineamenti generali della figura dell'abuso del diritto (e del processo) nell'ambito degli ordinamenti europeo e nazionale. Sarà infine esaminata la relazione tra la figura di abuso del diritto e il divieto di abuso di posizione dominante.

Lo scopo del Capitolo IV è invece quello di “aprire una finestra” su altri campi dell'ordinamento giuridico. Attraverso l'analisi di problematiche apparentemente estranee al tema della ricerca, si intende invece dimostrare come esso rappresenti, in realtà, un efficace indicatore di più ampie tendenze dell'ordinamento giuridico, quali, in particolare, la pluriqualificazione giuridica dello stesso comportamento e il ricorso alla figura dell'abuso del diritto.

Il lavoro sarà infine completato da un breve riepilogo dei risultati della ricerca.

**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**

CAPITOLO I

**ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE: IL CONTROLLO DEL
POTERE ECONOMICO E IL LIMITE DEL
PERSEGUIMENTO DI INTERESSI PUBBLICI**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Antitrust, l'utopia della concorrenza (perfetta) e il potere di mercato – 3. La posizione dominante: il potere come libertà da controllare e conformare – 3.1. La posizione dominante: l'accertamento per indici sintomatici – 4. La nozione di abuso di posizione dominante – 4.1. Modellare i mercati sanzionando l'abuso di posizione dominante – 5. Antitrust e il conflitto tra interessi pubblici e privati: la delega di poteri di regolazione agli operatori di mercato – 5.1. La giurisprudenza UE sull'applicazione congiunta degli artt. 4 (3) TUE e 101/102 TFUE – 5.2. Adesione alla giurisprudenza UE sull'applicazione congiunta degli artt. 4 (3) TUE e 101/102 TFUE: la legittimità del sacrificio della tutela della concorrenza da parte del potere pubblico per il soddisfacimento di altri interessi pubblici – 6. L'intervento diretto del potere pubblico nel mercato e l'abuso di posizione dominante – 6.1. I tratti essenziali dell'articolo 106 TFUE – 6.2. L'applicazione congiunta degli artt. 102 e 106 (1) TFUE: verso l'illegittimità automatica della concessione di esclusive e/o diritti speciali – 6.3. L'applicazione dell'articolo 106 (2) TFUE: il bilanciamento tra la tutela della concorrenza e altri interessi pubblici – 7. Il perseguimento di interessi pubblici e l'"immunità" dalla responsabilità antitrust: la *State Action Doctrine* – 7.1. La *State Action Doctrine* nell'ordinamento statunitense – 7.2. Il perseguimento di interessi pubblici e l'"immunità" dalla responsabilità antitrust: il *test* di cui alla seconda domanda pregiudiziale del caso *CIF* – 7.2.1. La giurisprudenza *CIF* e la convergenza con la *State Action Doctrine* statunitense – 7.3. L'intervento del regolatore settoriale e l'"immunità" da responsabilità antitrust: analisi critica della giurisprudenza *Deutsche Telekom* – 7.3.1. Osservazioni critiche sulla giurisprudenza *Deutsche Telekom*: erronea applicazione della *State Action Doctrine* – 8. Conclusioni

1. Introduzione

Nel suo articolo *Antitrust: miti e leggende*, Alan Greenspan, lamentando la vaghezza delle leggi antitrust negli Stati Uniti, scrive che “[i]l mondo dell'antitrust ricorda quello di Alice nel paese delle meraviglie: Ogni cosa allo stesso tempo apparentemente è e non è”¹⁸. La suggestiva metafora si può richiamare anche per le norme

¹⁸ A. GREESPAN, *Antitrust: miti e leggende*, in *Antitrust. Mito e realtà dei monopoli*, (a cura di, A. Mingardi), Soveria Mannelli, 2004, p. 55. Allo stesso modo, R. H. BORK nel suo celebre libro *“The Antitrust Paradox: A Policy at War with itself”*, cit., scriveva che “[a]ntitrust should not be permitted to remain an unknown policy” (p. 11).

**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**

dell'Unione europea in materia di tutela della concorrenza e, in particolare, per la fattispecie di divieto di abuso di posizione dominante (art. 102 TFUE¹⁹). Vi è però bisogno di una precisazione. Nel contesto europeo, l'incertezza è intrinsecamente connessa (se non, addirittura, necessaria e, quindi, in tal senso spiegabile) all'interpretazione, di certo non infrequente, specialmente nella giurisprudenza UE, della fattispecie di abuso di posizione dominante quale strumento di conformazione quasi regolatoria in mano all'autorità pubblica²⁰: dove per conformazione non si deve necessariamente intendere, per richiamare un'altra metafora di oltre

¹⁹ Ai sensi della norma in questione: “è incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi e lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi”. Dello stesso tenore è anche il divieto posto dall'articolo 3 della l. n. 287/1990. Nel corso del presente contributo, ove non espressamente distinta, l'analisi effettuata con riferimento all'articolo 102 TFUE e le altre norme UE in materia di concorrenza deve intendersi estesa anche all'omologa normativa nazionale.

²⁰ La diversità (quantomeno percepita) tra la disciplina della *anti-monopolization* statunitense, che pone come obiettivo la massimizzazione del benessere del consumatore (in realtà, inteso come benessere totale), e la nozione di abuso di posizione dominante europea, è espressa nell'intervento come *amici curiae* depositato da parte di diversi preminenti professori del diritto antitrust (cappeggiati da Bork e Sidak) a favore dell'appello dinnanzi alla Corte suprema della società *Linkline* contro la decisione del *Ninth Circuit* in materia di *margin squeeze* (consultato sul sito <https://www.criterioneconomics.com/docs/sidak-bork-linkline-amicus-brief.pdf>). Nell'intervento in questione si legge che “[t]he *alternative to consumer-welfare maximization is the view that antitrust law is simply one more tool of industrial policy, and thus its application may permissibly compromise consumer welfare to advance the welfare of competitors. Other nations evidently consider this normative proposition to be appropriate, if recent developments in the European Union are a valid indication. More than ever before, the United States and Europe appear to be at a fork in the road over whether the law of monopolization exists to protect consumers or to ensure that a specified number of firms will profitably populate a market*” (p. 5)

**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**

Atlantico, una sorta di *villaggio Potemkin*²¹, bensì la *regolazione* della condotta dell'impresa in posizione dominante e, per via di questa, inevitabilmente quella del mercato in cui essa opera (ovvero, del mercato in cui la condotta dell'impresa dominante esplica i suoi effetti)²².

Nella prima parte di questo capitolo si esamineranno gli elementi costitutivi della fattispecie di divieto di abuso di posizione dominante, evidenziando la funzione dell'articolo 102 TFUE quale strumento di conformazione del potere economico da parte delle autorità predisposte all'attuazione della politica della concorrenza e, *in primis*, da parte della Commissione europea.

La seconda parte del capitolo sarà invece dedicata all'applicazione del diritto della concorrenza (e, in particolare, dell'art. 102 TFUE) a comportamenti che, in maniera diretta o indiretta, sono conseguenza dell'intervento del potere pubblico nel mercato. Il compito che ci si prefigge è quello di evidenziare se (e se sì, in quale misura) il perseguimento di altre politiche e interessi di natura pubblica possa costituire un limite all'applicazione del diritto antitrust. Si esamineranno, in primo luogo, le fattispecie in cui il potere pubblico delega, o abdica, i propri poteri di regolazione economica dei mercati a soggetti che hanno interessi nel mercato da regolare. In

²¹ Secondo la tradizione, per impressionare Caterina di Russia il principe Potemkin fece costruire villaggi finti, con case di carta e abitati da attori e comparse che simulavano una vita beata e felice. L'immagine del villaggio è stata invocata dal gruppo di professori universitari intervenienti come *amici curiae* nella causa *Linkline* per avvertire contro rischi ai quali conduce la dipartenza della decisione del Ninth Circuit dal criterio della tutela del consumatore a favore di un approccio regolatorio della concorrenza (v. nota 3, *supra*). In particolare, è stato affermato che “*the Ninth Circuit’s linkLine decision implicitly chooses the [european] path, which leads to the Potemkin village of “managed competition”*” (p. 5).

²² Per tutti si veda, E. M. FOX., *What is harm to competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect*, in *Antitrust Law Journal*, 2002, secondo cui “*it is clear from the wording of Article [102] that it was intended to regulate the conduct of dominant firms, to prevent them from unfairly using their power, not merely to prevent them from expanding or protecting their power*” (p. 392).

**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**

secondo luogo, si analizzerà l'intervento del diritto antitrust nei casi in cui il potere pubblico interviene nel mercato con gli strumenti di quest'ultimo, ossia in qualità di imprenditore o azionista di imprese (di norma) monopolistiche, ovvero beneficiarie di diritti speciali. Il capitolo si concluderà, infine, con l'analisi critica della giurisprudenza UE e nazionale sul tema della responsabilità antitrust delle imprese private che si conformano alla regolazione pubblica anticoncorrenziale.

2. Antitrust, l'utopia della concorrenza (perfetta) e il potere di mercato

Come ha evidenziato il Prof. Amato in un suo celebre libro, sotto il tecnicismo del diritto antitrust si nasconde in realtà il “dilemma della democrazia liberale”²³. Il dilemma riguarda le modalità di percezione e regolazione del potere di mercato.

È noto infatti che la questione del potere di mercato non è solo una questione di aumento dei prezzi, tramite la restrizione dell'*output*, a danno della massimizzazione del benessere dei consumatori (o del benessere totale), bensì è anche la questione dell'assenza di restrizioni che possono incidere sulla struttura concorrenziale, sul processo decisionale e, infine, sulla libertà dei diversi attori sul mercato.

Le due concezioni del potere di mercato sono le basi di due posizioni ideologiche ben diverse. Sotto l'apparente “neutralità dell'oggettivo conoscere e del sapere tecnico”²⁴ della prima concezione si rinviene, di norma, il favore per il *laissez-faire* (ossia, meno potere pubblico). La seconda concezione prelude alla problematica del controllo del potere privato e della sua legittimazione. Lo studio dell'antitrust, quindi, è anche il campo in cui

²³ Il riferimento è ovviamente a G. AMATO, *Il potere e l'antitrust: il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998.

²⁴ Si tratta della nota espressione di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2009 (V ed), p. 123.

**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**

comprendere la maniera in cui la società si relaziona con il potere (quello economico, quantomeno, in prima battuta)²⁵.

L'esistenza di questa divergenza di fondo tra le due concezioni del potere di mercato sono dovute al fatto che l'intero sistema antitrust è basato su un'utopia: la perfetta concorrenza²⁶. Nessuno nega che la concorrenza perfetta – così come il modello speculare del monopolio economico²⁷ – difficilmente si riscontrano nella realtà. Si tratta piuttosto di modelli teorici²⁸.

Gli stessi contestatori dell'utilità pratica del modello di concorrenza perfetta ritengono, tuttavia, che essa comunque rappresenti “*an unreal or ideal standard which may serve as a starting point of analysis and a norm with which to compare actual competitive conditions*”²⁹. In altri termini, anche i modelli alternativi alla concorrenza perfetta, che tendono a evidenziare la natura

²⁵ Per uno studio circa il conflitto ideologico alla base del diritto antitrust, v. W.H. PAGE, *Ideological Conflict and the Origins of Antitrust Policy*, in *Tulane Law Review*, 1991, p. 1 e ss.

²⁶ In maniera speculare è stato affermato che “[t]he basis of competition policy is the idea that monopolies are “bad””, v. M. MOTTA. *Competition Policy: Theory and Practice*, 2004, p. 39.

²⁷ Con l'aggettivo “economico” si vuole sin da subito precisare che nel testo si parla del modello economico del monopolio, da distinguere dal monopolio legale, che come è noto è ben presente nella realtà.

²⁸ Per una disamina delle diverse teorie economiche in materia di concorrenza, si rinvia a M. MOTTA. *op.cit.*, in particolare, pp. 1-135. Si veda altresì S. BISHOP - M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 2010 (3a ed).

²⁹ La frase è dello studioso a cui, secondo comune opinione, deve riconoscersi la paternità del modello di “*workable competition*”, ossia J.M. CLARK, *Towards a Concept of Workable Competition*, in *The American Economic Review*, 1940, p. 241. Allo stesso modo, BISHOP - WALKER, *op.cit.*, - che optano per un nozione di “concorrenza effettiva” (*effective competition*), senza provvedere però a una definizione su cosa si intenda con tale termine - rilevano che “[w]hile both models of perfect competition and monopoly provide a useful starting point for analysing the effectiveness of competition, neither of them provides a sound basis for policy decision. First, most markets are not characterised by either perfect competition or true monopoly. Secondly, and crucially, neither model provides an analysis of the most common situation in reality: the interaction between a limited number of firms in the market” (p. 16).

**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**

“imperfetta” della concorrenza nei mercati reali, riconoscono un valore di ideale alle implicazioni di base della concorrenza perfetta³⁰.

È oggi opinione condivisa che la concorrenza produce benefici in termini di prezzi più bassi, di qualità migliore e di efficienza allocativa³¹. Alla base di questa posizione³² vi è l'assunto che tali benefici tendono a massimizzarsi quando nel mercato si raggiunge l'equilibrio concorrenziale. La relativizzazione del concetto di mercato concorrenziale non intacca l'idea dell'equilibrio: la massimizzazione dei suddetti benefici si realizzerebbe nel momento in cui quel dato mercato (concorrenzialmente imperfetto) trovasse comunque il suo equilibrio.

Non a caso infatti, qualsiasi valutazione in tema di anticoncorrenzialità continua a svolgersi in forma comparatistica tra parametri concorrenziali concreti (ossia, risultanti dalla condotta che si analizza) e i *benchmark* corrispondenti ad astratti (se non ipotetici) parametri competitivi (ossia, parametri/livelli concorrenziali che si ritiene sarebbero esistiti in assenza della condotta che si analizza)³³.

Nonostante la sofisticazione delle moderne teorie economiche e dei sistemi di calcolo, l'ideologia predominante dell'equilibrio di

³⁰ Siffatti modelli alternativi tendono piuttosto a sostenere che “*government need not assume the burden of doing something about every departure from the model of perfect competition*”, J.M. CLARK, *op cit.*, p. 256.

³¹ La situazione può essere diversa se si considerano altre esperienze di governo, quali ad esempio, i regimi totalitari socialisti nei quali non esistevano (quantomeno in teoria e legalmente) i liberi mercati. Basti pensare che nelle esperienze del socialismo più estremo, si necessitava di un'autorizzazione per l'acquisto (dallo Stato) di beni non di prima necessità, quali la televisione, la radio ecc. Le uniche forme di concorrenza erano forse quelle *intra-brand*, ossia tra le diverse aziende statali che “concorrevano” tra di loro per il raggiungimento dei piani economici stabiliti dallo Stato.

³² Per certi versi ideologica, soprattutto se contrapposta con esperienze di governo diverse da quelle liberal-occidentali (v. nota precedente).

³³ La sostanza delle valutazioni riportate nel testo rimane vera anche in materia di controllo delle concentrazioni, dove al più ci si trova di fronte a un mero rovesciamento nel *modus operandi*, ossia le stesse valutazioni si compiono in una chiave prognostica (*ex ante*).

**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**

mercato rimane la stessa che la vulgata attribuisce ad Adam Smith. Risponde infatti all'idea dell'equilibrio (naturale) la dicotomia smithiana tra il “*prezzo naturale*”³⁴ e il “*prezzo di mercato*”³⁵, con la constatazione che “*qualunque possano essere gli ostacoli che impediscono che i prezzi [di mercato] si stabilizzino a livello [dei prezzi naturali], essi vi tendono costantemente*”.

E come è noto, il punto di equilibrio si ha “quando la quantità immessa nel mercato è esattamente sufficiente a soddisfare la domanda effettiva e non maggiore”, con la conseguenza che “il prezzo di mercato viene esattamente a coincidere con il prezzo naturale, o ad avvicinarsi al massimo possibile//l'intera quantità disponibile può essere venduta a questo prezzo//la concorrenza dei diversi venditori li obbliga ad accettare questo prezzo, ma non li obbliga ad accettarne uno inferiore”³⁶.

Non può sfuggire però che già nella trattazione smithiana, la nozione di equilibrio implicava che il venditore si trovasse in una situazione “dove vi è perfetta libertà o dove egli può cambiare mestiere quanto spesso gli aggradi”³⁷. In altri termini, all'incrocio tra domanda effettiva e offerta, corrispondono necessariamente considerazioni di tipo “politico”, relative alla sussistenza di uno stato di perfetta libertà (intesa come assenza di sopraffazioni), senza barriere, garantito proprio dalle reciproche restrizioni tra gli attori del

³⁴ In particolare, secondo A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, (1776), ristampa UTET, Torino, 2013, “quando il prezzo di una merce non è né più né meno di quanto è sufficiente a pagare la rendita della terra, i salari del lavoro e i profitti nel coltivarla, lavorarla, portarla al mercato secondo il loro saggio naturale, la merce è allora venduta per quel che può chiamarsi il suo prezzo naturale” (p. 141).

³⁵ Secondo A. SMITH, “il prezzo effettivo al quale comunemente si vende una merce è detto prezzo di mercato. Esso può essere al di sopra o al di sotto o esattamente uguale al prezzo naturale”, *ibid.*, p. 142.

³⁶ *Ibid.*, p. 144.

³⁷ *Ibid.*

**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**

mercato³⁸. E in tale ottica, la nozione di equilibrio di mercato può significare sia benefici economici sotto una ottimale allocazione delle risorse, sia un sistema di auto-controllo del potere.

Come già evidenziato, e senza volersi spingere sulla (parzialmente) diversa questione della naturalità o artificialità del mercato³⁹, sussiste più che un legittimo dubbio circa la reale esistenza di un equilibrio naturale di mercato o (per utilizzare le parole di Smith) dello stato di libertà naturale. Lo stesso Smith ne era scettico⁴⁰ e tra i fattori del mancato raggiungimento dell'equilibrio annoverava

³⁸ Sull'inevitabile connessione tra le nozioni di libertà e costrizione, v. B. LEONI, *La libertà e la legge*, Macerata, 1995, secondo cui "l'idea che la "costrizione" sia connessa molto strettamente con la libertà è vecchia almeno quanto la storia delle dottrine politiche. Penso che questa circostanza si spieghi principalmente col fatto che non si può dire che nessuno è "libero da" altri se questi sono "liberi" di costringerlo in qualche modo. In altre parole, si è "liberi" se si è in grado, in qualche modo, di costringere altri ad astenersi dal costringere noi sotto qualche aspetto. In questo senso, "libertà" e "costrizione" sono inevitabilmente connesse: questo si dimentica troppo spesso quando si parla di "libertà" (p. 56).

³⁹ La questione è stata brillantemente affrontata da N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, (V. ed), 2009. Secondo IRTI, "il mercato è la legge, che lo governa e lo costituisce; e prende forma dalla decisione politica e dalle scelte normative. ... La conformazione legislativa del mercato ne adita piuttosto il carattere di *artificialità*. *Locus artificialis*, e non *locus naturalis*; ordine costruito, e non ordine trovato nell'originaria natura degli uomini. La dicotomia di Hayek tra *nomoi* e *theseis*, tra leggi generali e ordini particolari; il quotidiano disputare di imprenditori ed economisti e uomini politici intorno alle regole del mercato; tutto dimostra che il mercato può assumere una o altra forma, e svolgersi in una od altra struttura, e, dunque, che esso è disegnato artificialmente, fatto con l'arte del legiferare. Questo carattere nulla ha a che vedere con il maggiore o minor grado di libertà, lasciato ai soggetti dello scambio: non c'è una misura naturale di libertà, ma la misura storicamente definita dallo statuto del mercato. Un mercato è sì gremito di vari e concreti accordi, conclusi fra soggetti determinati; ma esso si rende *intelligibile*, e si rivela nella sua profonda unità, solo se quegli accordi si ordinano negli schemi, predisposti dalla legge, e perciò entrano in una sorta di artificiale tipicità" (p. 12). Su questi temi, v. anche, L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, in *Metamorfosi del diritto delle società* (a cura di, F. BRESCIA, L. TORCHIA, e A. ZOPPINI), Napoli, 2012.

⁴⁰ Una delle affermazioni più esplicite in tale senso si trova, ad avviso di chi scrive, al Libro Quarto della *Ricchezza*, là dove in materia di scambi transfrontalieri si legge che "aspettarsi che la libertà di commercio possa mai completamente restaurata in Gran Bretagna è veramente altrettanto assurdo quanto aspettarsi che vi si stabilisca una Oceania o Utopia. Ad essa si oppongono non solo i pregiudizi del pubblico ma, molto più invincibili, gli interessi privati di molti individui" (p. 601).

**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**

l'esistenza di monopolisti (invero legali), i quali “mantenendo il mercato costantemente mal rifornito, non soddisfacendo mai interamente la domanda effettiva, vendono le loro merci al di sopra del prezzo naturale e aumentano molto al di sopra del loro saggio naturale le proprie remunerazioni, sia che queste consistano di salari o di profitti”⁴¹.

A ben vedere, l'esistenza di una disciplina antitrust, pur basandosi sull'idea dell'equilibrio concorrenziale, fornisce un'ulteriore conferma che tale equilibrio è irraggiungibile. Se si riflette bene infatti le tre “branche” del diritto antitrust (ossia, le norme in materia di intese, di abuso di posizione dominante e di controllo delle concentrazioni) hanno in comune l'esistenza del potere di mercato⁴². Si ammette quindi l'esistenza di fattori che impediscono il raggiungimento della situazione di equilibrio, in quanto favoriscono la costituzione di posizioni di potere di mercato. Si crea di conseguenza una disciplina per contenere ed, eventualmente, correggere le distorsioni del mercato.

E si torna, in tal modo, di nuovo al dilemma iniziale: il potere di mercato deve essere sempre contenuto dal potere pubblico (neutrale o meno che sia dal potere politico), oppure il mercato è capace di autorigenerarsi e di contenere da solo il potere economico, con la conseguenza quindi che l'intervento pubblico crea più problemi di quanti ne risolverle?

⁴¹ *Ibid.*, p. 148.

⁴² Si veda per tutti R. WHISH, *Competition Law*, Londra, 2003, secondo cui le tre branche del diritto della concorrenza hanno in comune “*a single idea: that competition law is concerned with the problem of one or more firms which individually or collectively possess power over the market. Where this happens, the firm or firms with market power will be able to restrict output and raise price above the level that would prevail in a competitive market, and profit from doing so*” (p. 17).

**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**

Tale “dilemma” si presenta in maniera acuta con riferimento alla fattispecie di abuso di posizione dominante, poiché in tal caso il potere di mercato si ottiene, di norma, tramite crescita sul mercato, ossia tramite elementi che, in qualche maniera, possono considerarsi endogeni alle logiche di mercato, in quanto diversi dalla collusione tra concorrenti.

3. La posizione dominante: il potere come libertà da controllare e conformare

L'articolo 102 TFUE vieta lo sfruttamento abusivo della posizione dominante da parte di “una o più imprese”⁴³ che detengono

⁴³ Nel caso in cui la posizione dominante sia detenuta da due o più imprese si è in presenza della c.d. dominanza collettiva. Tale nozione risulta peculiare sostanzialmente sotto due profili. In primo luogo, la posizione dominante è detenuta solo collettivamente dalle imprese coinvolte, mentre nessuna di queste ultime è singolarmente dominante. In secondo luogo, la posizione dominante collettiva è detenuta da imprese “*giuridicamente indipendenti l'una dall'altra*” che però hanno tra di loro legami o fattori di correlazione tali per i quali “*dal punto di vista economico, esse si presentano o agiscono insieme, su un mercato specifico, come un'entità collettiva*” (v. sentenza della Corte di giustizia, del 16 marzo 2000, cause riunite C-395 e C-396/96 P, *Compagnie Maritimes Belge Transports SA*, §§ 34-36). Tuttavia, secondo la giurisprudenza e la prassi decisionale delle autorità antitrust, i suddetti legami non devono necessariamente essere di tipo strutturale o giuridico, ben potendo essere invece sufficienti altri tipi di legami o fattori correlazionali, quali quelli economici e/o elementi comportamentali (v. *ex multis*, *Compagnie Maritimes Belge*, cit., §§ 43-45., secondo cui “la sola circostanza che due o più imprese siano legate da un accordo, da una decisione di associazioni di imprese o da una pratica concordata, ai sensi dell'art. [101 TFUE], non può costituire, di per sé, una base sufficiente per un siffatto accertamento”. Infatti, sebbene “[l]'esistenza di una posizione dominante collettiva può risultare dalla natura e dai termini di un accordo, dalla maniera della sua applicazione e, pertanto, dai legami o fattori di correlazione tra imprese che ne derivano [...], l'esistenza di un accordo o di altri vincoli giuridici non è indispensabile all'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante collettiva, accertamento che potrebbe risultare da altri fattori di correlazione e dipenderebbe da una valutazione economica e, in particolare, da una valutazione della struttura del mercato di cui trattasi”). La dottrina in materia di posizione dominante collettiva è vasta. Si evidenziano tuttavia G. C. RIZZA BAJARDO, *La posizione dominante collettiva nella giurisprudenza comunitaria*, in *Concorrenza e mercato*, 2000, pp. 509-563; R. PARDOLESI, *Parallelismo e Collusione Oligopolistica: Il Lato Oscuro dell'Antitrust*, in *Il Foro Italiano*, 1994, n. 4, p. 65 ss.; R. PARDOLESI, *Nota di commento alla sentenza Trib. Primo Grado CEE, 10 marzo 1992, cause riunite T-68,77 e 78/89, Vetro piano*, in *Il Foro Italiano*, 1992, n. 4, p. 433 ss.; G. COLANGELO, *La posizione dominante collettiva (commento a Trib. CE 6 giugno 2002, n. T-342/99)*, in *Dir. Ind.*, 2003, p. 268 ss.; P. FERNANDEZ, *Increasing Powers and increasing Uncertainty: Collective Dominance and Pricing Abuses*, in *European Law Review*, 2000, p. 645 ss.; G.

**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**

una siffatta posizione sul Mercato interno (o perlomeno su una parte sostanziale di esso).

La fattispecie di abuso di posizione dominante si compone quindi di due elementi essenziali: la *posizione dominante* e lo *sfruttamento abusivo* della stessa⁴⁴.

La funzione della disposizione è quella di “impedire che [della posizione dominante] si faccia un uso distorsivo della concorrenza o si estraggano profitti sovracompetitivi”⁴⁵.

MONTI, *The scope of collective dominance under Article 82*, in C.M.L.R., 2011, p. 131 ss. Per una originale e acuta trattazione critica della nozione di posizione dominante collettiva, v. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, pp. 293-302. L'ultimo Autore, peraltro prospetta la figura della “posizione dominante << plurima >>, ma non << collettiva >>”, quale situazione di interdipendenza tra imprese singolarmente dominanti. Secondo l'Autore tale situazione si verificherebbe, ad esempio, “tanto sui mercati dell'interconnessione fra reti (ove il potere di mercato si rivela a livello orizzontale reciproco), quanto sui mercati dell'accesso a singole reti (ove il potere di mercato si rivela a livello verticale, e il rifiuto di accesso alla rete, anche da parte di uno solo degli oligopolisti, può incidere assai negativamente sull'offerta del produttore di servizi) (p. 301)”. cfr., però Prov. AGCM, del 3 agosto 2002, n. 17131, caso A357 – Tele2/TIM-Vodafone-Wind, in boll. N. 29/2007.

⁴⁴ V. però la singolare posizione di C. OSTI, *Abuso di posizione dominante*, (voce) in *Enc. Dir.*, secondo cui “la fattispecie di abuso di posizione dominante risulta integrata da tre elementi: la posizione dominante, l'abuso e l'assenza di giustificazioni obiettive”. La giurisprudenza UE, così come la Commissione UE, riconoscono la possibilità all'impresa in posizione dominante di addurre delle giustificazioni obiettive alla propria condotta. Qualora tali giustificazioni dovessero essere accettate, la condotta contestata non ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'articolo 102 TFUE. Sia consentito dissentire con la posizione assunta dall'autorevole Autore, poiché dell'elemento “giustificazione obiettiva” non vi è traccia nella disposizione europea (così come in quella nazionale). Infatti, a differenza delle intese anticoncorrenziali, l'abuso non è esentabile. Sicché, o vi è abuso oppure, nel caso in cui una condotta è obiettivamente giustificata, non vi è alcun abuso. Ad ogni modo, le giustificazioni in questione devono essere appunto oggettive, ossia devono prescindere dai vantaggi ottenuti dall'impresa in posizione dominante, e possono, ad esempio, coincidere relative alla necessità di proteggere gli interessi commerciali dell'impresa dominante, oppure il comportamento contestato può essere dettato da ragioni tecniche o di sicurezza del prodotto, oppure, infine, il comportamento dell'impresa dominante realizza efficienze allocative tali da apportare un complessivo miglioramento della condizione dei consumatori.

⁴⁵ Per tutti, A. FRIGNANI, *L'abuso di posizione dominante*, in *La Concorrenza* (a cura di A. Frignani e R. Pardolesi), Trattato di diritto privato dell'Unione europea, Torino, 2006, p. 179. Da questa funzione della norma si evince la sua diversità rispetto alla “monopolization” ed il “attempt to monopolize” dello Sherman Act, poiché la norma europea “non ha la funzione di impedire,

**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**

Sin dalla sentenza *United Brands*, la Corte di giustizia ha costantemente ritenuto che la posizione dominante di cui all'articolo 102 TFUE “corrisponde ad una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, di consumatori”⁴⁶.

In quest'ottica, la posizione dominante coincide solo parzialmente con la nozione economica di potere di mercato⁴⁷. Si

prevenendola, l'acquisizione di una posizione dominante o di monopolio (obiettivo, questo, affidato alle norme sul controllo preventivo delle concentrazioni, che però non possono impedire il raggiungimento di una tale posizione per croissance interne o per altri meriti propri)” (*Ibid.*).

⁴⁶ Corte di giustizia, 14 febbraio 1978, caso C-27/76, *United Brands c. Commissione*. Questo concetto di posizione dominante è stato sempre confermato dalla giurisprudenza successiva, v., *ex multis*, Corte di giustizia, 19 aprile 2012, caso C-549/10, *Tomra c. Commissione*, secondo cui “dal punto 79 della citata sentenza TeliaSonera Sverige risulta che la posizione dominante di cui all'articolo 102 TFUE riguarda la situazione di potenza economica di un'impresa che, permettendole comportamenti notevolmente indipendenti nei confronti dei propri concorrenti e clienti, le conferisce il potere di ostacolare la sussistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione” (§ 38).

⁴⁷ La nozione economica di potere di mercato si può in prima battuta definire come il potere di fissare il prezzo sopra il livello competitivo, che in condizioni di concorrenza perfetta coinciderebbe con i costi marginali (v. L. KAPLOW, *Market Share Thresholds: On the Conflation of Empirical Assessment and Legal Policy Judgments*, in The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, n. 5/2011, secondo cui “the most common and probably most workable definition of market power is the ability to profitably elevate price (P) above the competition level, which in the case of perfect competition would be a price equal to firms' marginal costs (MC), which will be equated through the competitive process”). Tuttavia, in un'ottica di limitazione dell'intervento del potere pubblico, è stato ritenuto che “if “market power” is defined as the ability to price above short-run marginal cost, then virtually all firms have at least a degree of market power. But if virtually all firms have market power, then the existence of market power is not a useful guide to whether or not there is effective competition and whether or not intervention is required” (BISHOP, op.cit., p. 52). Sicché lo stesso Autore, ritiene che “[m]arket power is defined as the ability of a firm or group of firms to raise price, through the restriction of output, above the level that would prevail under the competitive conditions and thereby to enjoy increased profits from the action” (*Ibid.*). Tale definizione rispecchia quella della proposta da alcuni esponenti della scuola di Chicago, secondo cui “the term “market power” refers to the ability of a firm (or a group of firms, acting jointly) to raise price above the competitive level without

**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**

tratta invece di una nozione *giuridica* che va oltre “il potere sui prezzi”⁴⁸ o sull'*output*, e si focalizza su una duplice accezione della libertà. Da un lato, la libertà intesa come assenza di restrizioni *significantive* da parte delle imprese concorrenti, dei clienti e/o dei consumatori⁴⁹, il che richiama il già anticipato concetto economico di

losing so many sales so rapidly that the price increase is unprofitable and must be rescinded”, v. W.M.LANDES - R. A. PONSER, *Market power in Antitrust Cases*, in *Harvard Law Review*, 5/1981, p. 937.

⁴⁸ Secondo autorevole dottrina, “*a dominant position in the EC differs from the economists’ concept of power over price: it is a legal concept of power over price: it is a legal concept developed by the Commission and courts*”, V. KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oregon, 2007, pp. 105-106. La stessa autrice distingue tra the “*power to behave independently*” ed “*economic strength...which enables a firm to impede effective competition*”. Per quanto riguarda il primo elemento, Korah ritiene che esso “*sounds like the economists’ concept of power over price. A monopolist, unconstrained by competitive pressure, enjoys discretion in its pricing and other market decisions. The application of competition policy to the conduct of such firm may protect those with whom it deals*”. Diversamente invece, il secondo elemento “*may indicate a different idea: the ability to foreclose, to keep other firms out of market. Such strategic behaviour may be restrained to help a firm’s competitors. Such strength does not necessarily imply power over prices. The case law has not been helpful in reconciling the two ideas*”. v., anche R. WHISH, *op. cit.*, che non vede una rilevante dicotomia nella definizione sulla posizione dominante: “*it is suggested that the essential issue is the ability to act independently on the market; this would accord with economists’ notion of market power, which is the ability of a firm or firms to restrict output and thereby to increase price above the competitive level, thereby enjoying increased profits. The ability to restrict output and increase price derives from independence or, to put the matter another way, freedom from competitive constraint. The inclusion of the phrase about the power “to prevent effective competition” in the United Brands judgment is therefore to be regarded as descriptive rather than prescriptive: it may have been inserted because of the application of Article 82 to anti-competitive as well as exploitative behaviour*” (pp. 179-180).

⁴⁹ In precedenza è stato anticipato che virtualmente ogni impresa può esercitare un certo grado di potere di mercato (ciò anche per via della differenziazione dei prodotti). Sicché, la questione dell’intervento della normativa antitrust diventa una questione di grado del potere di mercato esercitato (in tal senso, D. GERADIN, A. LAYNE-FARRAR e N. PETIT, *EU Competition Law and Economics*, Oxford, 2012 (p.187) affermano che “*market power is a continuum and a very large number of firms possess some degree of market power*”). In maniera speculare, l’indipendenza dei comportamenti da parte dell’impresa in posizione dominante non è mai assoluta, bensì è sempre relativa. Nemmeno la determinazione del prezzo monopolistico è, infatti, libera dai vincoli della domanda dei consumatori/clienti e dell’offerta dei suoi fornitori (v. GERADIN e altri, *op. cit.*, secondo cui “*no firm can act to an appreciable extent independently, since every firm, dominant or not, will be constrained by its respective demand curve, which is obviously affected by the presence of competitors and the behaviour and preferences*

**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**

potere di mercato⁵⁰. Dall'altro lato, si pone invece la questione della libertà dell'impresa dominante di “ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva”, ossia la capacità dell'impresa in questione di influire sulla struttura del mercato in cui essa opera e, quindi, anche sulla libertà degli altri attori di mercato (ivi compresi i concorrenti).

Il momento in cui l'“impresa può disporre di un'ampia libertà di comportamento che le permette di agire senza tener conto dei

of its customers”, v. anche D. GERADIN e altri, *The Concept of Dominance in EC Competition Law*, in Global Competition Law Center, Research Paper on the Modernization of Article 82 EC, July 2005 n. 3).

⁵⁰ Questo sembra essere l'approccio adottato dalla Comunicazione della Commissione (europea): *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti* (“Orientamenti”), 2009/C 45/02, al cui § 10 si legge che “l'esistenza di una posizione dominante significa che tali pressioni concorrenziali non sono sufficientemente efficaci e che l'impresa in questione gode pertanto di un considerevole potere di mercato. Questo significa che le decisioni dell'impresa sono per lo più insensibili alle azioni e reazioni dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”. Allo stesso modo al § 11, la Commissione “ritiene che un'impresa in grado di aumentare i prezzi al di sopra del livello concorrenziale in maniera redditizia per un periodo di tempo significativo non si trovi a far fronte a pressioni concorrenziali sufficientemente efficaci e possa pertanto, in generale, essere considerata un'impresa dominante”. Si noti però, che tale posizione sembra essere smentita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia successiva all'adozione degli Orientamenti. Si veda, *ex multis*, Corte di giustizia, 14 ottobre 2010, caso C-280/08, *Deutsche Telekom c. Commissione*, punto 170 “la posizione dominante ex art. 82 CE riguarda una posizione di potenza economica detenuta da un'impresa, che conferisca a quest'ultima il potere di impedire la sussistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, fornendole la possibilità di comportamenti notevolmente indipendenti nei confronti dei propri concorrenti, dei clienti e, da ultimo, dei consumatori (v. sentenze 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, Racc. pag. 461, punto 38, e 2 aprile 2009, causa C-202/07 P, *France Télécom/Commissione*, Racc. pag. I-2369, punto 103). Per un'analisi critica alla posizione della Commissione, R. NAZZINI, *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, Oxford, 2011, p. 335: “*dominance is not – as the Commission purports to say – substantial and durable market power. Dominance is the ability to harm competition. The relationship between the concept of dominance as the ability to harm competition and substantial and durable market power as an element of dominance is not, however, easily discernible in the case law. This is probably at the root of the Commission's misunderstanding*”. Per un tentativo invece di riconciliare la nozione proposta dalla Commissione e quella emergente dalla giurisprudenza UE, M. de la MANO, R. NAZZINI e H. ZENGER, *Article 102*, in *The EU Law of Competition* (a cura di J. FAULL e A. NIKPAY), Oxford, 2014, p. 358.

**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**

concorrenti, degli acquirenti o dei fornitori”⁵¹, rappresenta il segnale che le forze del mercato non sono più idonee a contenere il potere: l'impresa in posizione dominante si emancipa dalle restrizioni del mercato e può incidere negativamente sul suo funzionamento. Insomma, richiamando la terminologia utilizzata al paragrafo precedente, il mercato si allontanerebbe da quell'ideale di equilibrio perfetto.

Si è quindi in presenza di una sorta di “fallimento di mercato” ed è proprio la correzione di tale situazione di fallimento a costituire la ragion d'essere dell'articolo 102 TFUE⁵². Siffatta correzione si compie appunto tramite il controllo e la vigilanza del comportamento dell'impresa da parte del potere pubblico. L'impresa in posizione dominante diventa una “sorvegliata speciale”⁵³, proprio perché la libertà di comportamento di cui gode rende realistica la possibilità che si possa passare dalla “fisiologia” alla “patologia”⁵⁴ o, se si preferisce, dall'uso all'ab-uso.

⁵¹ v. decisione della Commissione, 9 novembre 1971, *Continental Can*, GUUE, L7, [1972], 25.

⁵² v. FRIGNANI, op.cit., p. 179, secondo cui “nella teoria economica il monopolio contrasta con l'efficienza allocativa, e quand'anche non fosse inefficiente avrebbe dei costi sulla distribuzione delle risorse che il mercato non può permettersi, in quanto i suoi meccanismi spontanei li potrebbero contrastare solo in tempi assai lunghi. Può convenirsi dunque che il monopolio costituisce un caso di “*market failure*” che reclama un intervento energico da parte dei pubblici poteri volto a ristabilire il funzionamento di meccanismi allocativamente efficienti. Anche MOTTA, op. cit., evidenzia le difficoltà del mercato ad auto-rigenerarsi, affermando che “*market forces alone will not “fix it all”: for several reasons, very often incumbent firms are able to keep and reinforce their market power. Competition policy must be vigilant, and guarantee an environment where potential and actual competitors are able to challenge firms enjoying a position of large market power*” (p. 89).

⁵³ L'espressione si ispira all'opinione dissenziente del giudice Scalia nella sentenza *Eastman Kodak c. Image Technical Services* 504 US 451 (1992), secondo cui “*where a defendant maintains substantial market power, his activities are examined through a special lens: behavior that might otherwise not be of concern to the antitrust laws – or that might even be viewed as procompetitive – can take on exclusionary connotations when practiced by a monopolist*”.

⁵⁴ v. G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust: Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, 1991, 203. Le espressioni

**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**

E per questa ragione, il raggiungimento di una posizione dominante, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, implica un vero e proprio status giuridico, comportante una serie di obblighi in capo all'impresa. Si tenta quindi di sostituire quelle restrizioni, volte a contenere la creazione di una posizione di potere di mercato, che dopo la costituzione di una posizione dominante le forze di mercato non sono più in grado di fornire da sole⁵⁵.

La conferma in tal senso si ha dal fatto che “*how dominant power has been originally acquired is a matter of complete indifference to EEC Antitrust Law*”⁵⁶. Tale posizione è costantemente ribadita dalla Corte di giustizia, secondo cui “l'art. 102 TFUE non vieta ad un'impresa di conquistare grazie ai suoi meriti una posizione dominante su un dato mercato e [...], a maggior ragione, la constatazione dell'esistenza di tale posizione non comporta di per sé alcuna censura nei confronti dell'impresa interessata”⁵⁷. Secondo la

sono utilizzate dall'illustre Autore per spiegare il passaggio dalla situazione lecita di dominio economico a quella illecita dello sfruttamento abusivo di suddetto dominio.

⁵⁵ In maniera analoga, G. AMATO, *Il potere*, op. cit., secondo cui “quella che era prima libertà di mercato risulta, sulla base di un tale apprezzamento, battezzata potere di mercato, un potere però che non viene sradicato, ma viene soltanto contenuto nelle sue manifestazioni. La risposta che ne esce al cruciale dilemma dell'antitrust rivela così, ancora una volta, una natura peculiarmente ibrida, dove tradizione regolatrice e cultura della concorrenza si incontrano e si confondono: il formarsi del potere privato viene contrastato da noi ad uno stadio molto spesso anteriore rispetto a quello che legittimerebbe l'intervento antitrust negli Stati Uniti, non solo secondo i più estremi seguaci della Scuola di Chicago, ma anche secondo coloro che temono di più il consolidarsi di quel potere dell'intervento ostativo del potere pubblico” (p. 69).

⁵⁶ v. R. JOLIET, *Monopolization and Abuse of Dominant Position: A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power*, Liege, 1970, p. 247. Secondo l'ex giudice Joliet infatti “*the main emphasis is put on directly supervising the use of power toward suppliers and purchasers once dominance has been achieved*” (ibid.). Allo stesso modo, BERNINI, op. cit., “l'art. [102] prescinde dal prendere in esame lo strumento (accordo, decisione, fusione, concertazione, crescita interna) a mezzo del quale si è pervenuti alla posizione contemplata dalla legge, per considerare invece il fatto in sé, ossia l'esistenza della posizione di dominio economico” (p. 200).

⁵⁷ Corte di giustizia, 17 febbraio 2011, caso C-52/09, *Konkurrensverket c. Teliasonera Sverige AB*, punto 24; sentenze, 9 novembre 1983, causa C-322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione*, Racc. pag. 3461, punto

**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**

stessa giurisprudenza, ciò non toglie che “[...] è all’impresa che detiene una posizione dominante che incombe la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno”⁵⁸.

Sull’impresa in posizione dominante incombe quindi una “speciale responsabilità”, concetto sul quale si ritornerà a più riprese nel presente contributo e su cui è per ora sufficiente affermare che si tratta di uno strumento per imporre molteplici obblighi in capo all’impresa dominante. Sono per lo più di obblighi dai contenuti ampi e generali, quali ad esempio, l’equità, la non discriminazione e la trasparenza nei confronti dei clienti, ovvero delle autorità pubbliche⁵⁹.

Qualsiasi operatore economico sa che dal momento in cui raggiungerà la posizione dominante esso, a differenza dei suoi concorrenti, sarà soggetto a diversi obblighi, *in primis* quello di astenersi dall’adottare una serie di comportamenti, che esso poteva invece legittimamente tenere prima di raggiungere la posizione di dominanza⁶⁰.

57, nonché 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritimes belges transports e a. c. Commissione*, Racc. pag. I-1365, punto 37.

⁵⁸ *Ibid.* v. anche in tal senso, sentenza 2 aprile 2009, causa C-202/07 P, *France Télécom c. Commissione*, Racc. pag. I-2369, punto 105 e giurisprudenza ivi citata.

⁵⁹ È illustrativa in tal senso la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI., 10 marzo 2006, n. 1271, secondo cui “alla luce di quanto sin qui esposto, il comportamento di TI va considerato abusivo in quanto, come affermato dal provvedimento dell’AGCM sulla scorta di costante giurisprudenza comunitaria, sulle imprese dominanti incombe la <<speciale responsabilità>> di rispettare gli obblighi di trasparenza, equità, non discriminazione, al fine di non compromettere con il proprio comportamento lo svolgimento di una concorrenza corretta (*ex plurimis*, v. Corte di giustizia, 16 marzo 2000, caso C-395/96, *Compagnie Maritimes Belges*; Tribunale UE, 7 ottobre 1999, caso T-228/97, *Irish Sugar c. Commissione*; Corte di giustizia, 9 novembre 1983, caso C-322/81, *N. V. Nederlandsche Banden-Industrie Michelin c. Commissione*)”.

⁶⁰ Di nuovo, sullo sfondo vi è l’idea che “il comportamento di una singola impresa che non abbia potere di mercato sarebbe irrilevante: infatti se essa praticasse prezzi sovraconcorrenziali o chiedesse altre condizioni onerose, gli utilizzatori o i consumatori rivolgerebbero la loro domanda a chi fa prezzi più convenienti oppure nuove imprese entrarebbero sul mercato per offrire i beni a condizioni più

**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**

È beninteso, che il contenuto applicativo dell'attività pubblica di controllo e vigilanza sul rispetto dei suddetti obblighi da parte dell'impresa in posizione dominante e, quindi, la loro concreta estensione e interpretazione, rispecchierà la visione dell'autorità di controllo circa il modello di assetto concorrenziale di mercato da raggiungere. Non a caso infatti nell'ordinamento UE si parla di politica (*policy*) della concorrenza. Ed è quindi inevitabile che l'applicazione dell'articolo 102 TFUE implichi la conformazione del comportamento dell'impresa in posizione dominante verso il modello concorrenziale stabilito dal potere pubblico e, in ultima istanza, dalla legge.

In tale ottica, il raggiungimento della posizione dominante esprime la soglia oltre la quale il potere pubblico è legittimato a controllare e a regolare il potere (economico) privato⁶¹. Sotto questa accezione, si può accettare che la normativa sull'abuso di posizione dominante svolga, nell'esperienza europea, (anche) un ruolo di conformazione del potere privato.

3.1. La posizione dominante: l'accertamento per indici sintomatici

La considerazione della dominanza quale status giuridico che comporta obblighi conformativi in capo all'impresa, può spiegare sia

convenienti. L'aggiustamento delle forze del mercato sarebbe pertanto automatico", v. FRIGNANI, op. cit., p. 179.

⁶¹ Si noti che le opinioni di chi scrive non sono poi così lontane dalle posizioni di quella illustre dottrina che ha autorevolmente sostenuto che "le leggi anti-monopolistiche servono a proteggere o ristabilire le condizioni della concorrenza, ossia di quel metodo che, scelto dalla decisione politica, non è alterabile e sovvertibile dal potere privato", v. N. IRTI, op. cit., p. 137. In tale ottica, il diritto antitrust "*may not be so much about any particular policy – for example the promotion of consumer welfare or the protection of the weak – but about who actually should make the decision about the way in which business should be conducted*"... "*Competition law is then really a matter of who makes important commercial decisions: the markets itself, or the competition authorities which control firms' behaviour*" (enfasi e sottolineatura aggiunte), v. WHISH, op. cit., p. 22, che riporta le posizioni di AMATO, *Il potere*, op cit.

**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**

l'assenza di una sua definizione nei Trattati, sia l'ampiezza della definizione fornita dalla giurisprudenza dell'Unione⁶².

L'accertamento in concreto della posizione dominante è così effettuato caso per caso, alla luce “della concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente decisivi”⁶³.

Fatti salvi i casi in cui una determinata impresa opera in un regime di *monopolio legale*⁶⁴, la verifica dell'esistenza di una posizione dominante non deve essere fatta in astratto, bensì deve effettuarsi all'interno di un mercato determinato rilevante, ossia dell'“ambito nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro”⁶⁵. È

⁶² v. M. LIBERTINI, *op.cit.*, p. 278, secondo cui “[i]l peso dell'ispirazione ideologica originaria – e quindi del riferimento alla nozione di potere come fenomeno sociale – spiega tuttavia, probabilmente, perché la fattispecie della “posizione dominante” non sia stata ritenuta bisognosa di più precisa definizione in un testo legislativo, né nel Trattato, né nella normazione secondaria”. L'illustre Autore ritiene però che tale ispirazione ideologica sia oggi superata “a favore di una impostazione tendente a valorizzare l'analisi economica degli effetti dei comportamenti di mercato dell'impresa dominante”. Ad avviso di chi scrive, siffatta posizione non sembra tenere pienamente conto della recente giurisprudenza del Consiglio di Stato e, in generale, della giurisprudenza della Corte di giustizia.

⁶³ v. sentenza della Corte di giustizia, *United Brands, cit.*, punto 66.

⁶⁴ Di norma la giurisprudenza tende a ritenere che la situazione di un monopolio legale implichi la detenzione di una posizione dominante, ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Cfr., *ex multis*, sentenza della Corte di giustizia, 23 aprile 1991, caso C-41/90, *Hoefner*, punto 28; 18 giugno 1991, caso C-260/89, *ERT* punto 31; 10 dicembre 1991, caso C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, punto 14; 19 maggio 1993, C-320/91, *Corbeau*, punto 9. Non si può tuttavia escludere che in alcuni casi un'analisi sul mercato rilevante sarebbe necessaria per stabilire se, nonostante la presenza di una situazione di monopolio legale, l'impresa in questione detenga o meno una posizione dominante.

⁶⁵ v. *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, GUUE, C/372 97/5. Il mercato rilevante si compone del mercato del prodotto rilevante e mercato geografico rilevante. Il mercato del prodotto rilevante “comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati” (Comunicazione, punto 7). Il mercato geografico rilevante comprende “l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse” (Comunicazione, punto 8). Sulla storia della definizione del mercato rilevante v. G. J. WERDEN, *The History of Antitrust Market Delineation*, in *Marquette Law Review*, 1992, n.1, pp. 123-215.

**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**

opportuno rammentare che la definizione del mercato rilevante è un'operazione spesso complessa e tecnica, ma non per questo neutra. Infatti, la posizione di forza di un'impresa può cambiare a seconda dei confini che si vogliono dare al mercato rilevante.

In ogni caso, una volta definito il mercato rilevante, si procede di norma a esaminare la posizione dell'impresa indagata, facendo ricorso alle sue *quote di mercato*⁶⁶ e/o al *divario esistente tra queste ultime e quelle dei suoi principali concorrenti*⁶⁷.

⁶⁶ Le quote di mercato possono essere determinate sia in termini di *valore* (esprimendo, quindi, la parte del fatturato totale del mercato imputabile all'impresa sotto indagine) che in termini di *volume* (in questo caso l'analisi si focalizza invece sulle unità vendute). Secondo costante giurisprudenza si ha una presunzione di dominanza quando un'impresa detiene una quota di mercato pari o superiore a 50% (Cfr., sentenza della Corte di giustizia, 3 luglio 1991, causa C-62/86, *Akzo*, secondo cui: "quote molto alte costituiscono di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante. Tale è il caso di una quota di mercato del 50%". Si noti altresì che secondo gli Orientamenti "è improbabile che l'impresa goda di una posizione dominante se la sua quota di mercato è inferiore al 40 % sul mercato rilevante". Tuttavia, "possono esistere [...] casi specifici al di sotto di tale soglia in cui i concorrenti non sono in grado di limitare in modo effettivo il comportamento di un'impresa dominante, ad esempio quando devono affrontare gravi limitazioni di capacità. Anche casi di questo genere meritano l'attenzione della Commissione" (ibid.). In situazioni invece tra il 40% e il 50%, aumenterà il peso degli altri indici sintomatici. Si noti infine che l'analisi sulle quote di mercato non deve essere statica, bensì deve considerare la stabilità temporale delle suddette quote. Tuttavia, la stabilità temporale delle quote non va intesa in maniera rigida, sicché nemmeno la riduzione nel tempo delle quote di mercato può di per sé escludere l'esistenza di una posizione dominante qualora esse continuino a rimanere su livelli rilevanti (Cfr. sentenza del Tribunale UE, 8 ottobre, 1996, causa T-24/93 *Compagnie Maritimes Belges c. Commissione*, punto 77).

⁶⁷ v. sentenza del Tribunale UE, 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways c. Commissione*, secondo cui: "deve tenersi conto del valore altamente significativo costituito dal possesso, da parte dell'impresa interessata, di rilevanti quote di mercato nonché dal rapporto tra le quote di mercato possedute dall'impresa interessata e dai suoi concorrenti diretti (v. la sentenza *Hoffmann-La Roche c. Commissione*, cit. supra al punto 182, punti 39 e 48), tanto più ove si consideri che i concorrenti diretti detengono quote di mercato marginali (v., in tal senso, la sentenza della Corte 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands c. Commissione*, Racc. pag. 207, punto 111)" (punto. 210). Nella specie "non solo le quote di mercato possedute dalla BA nelle vendite complessive di biglietti aerei contabilizzate dal BSPUK devono essere considerate molto rilevanti, bensì esse costituiscono invariabilmente un multiplo delle quote di mercato di ognuna delle cinque principali compagnie concorrenti della BA operanti sul mercato britannico dei servizi di agenzia di viaggi aerei" (punto 211). Il che ha condotto il Tribunale a confermare

**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**

L'analisi delle quote di mercato fornisce solo una parziale visuale sulla situazione concorrenziale, poiché essa dice poco sul processo concorrenziale e, soprattutto, sulla reale pressione esercitata dai concorrenti attuali e/o potenziali sull'impresa dominante⁶⁸.

Per tale ragione è anche importante analizzare l'esistenza o meno nel mercato di barriere all'entrata di concorrenti potenziali (o all'espansione dei concorrenti attuali)⁶⁹. Tra le varie tipologie di barriere riconosciute nella prassi applicativa della Commissione e dei giudici dell'Unione si possono elencare: (i) le barriere di tipo giuridico o regolamentari; (ii) le economie di scala o di scopo; (iii) la dimensione, la potenza economica e l'integrazione verticale dell'impresa indagata; (iv) gli investimenti effettuati dall'impresa indagata (ivi incluse le risorse impiegate per il *marketing* o la pubblicità); (v) l'accesso a fattori di produzione o risorse (o *input*) essenziali, a diritti di proprietà intellettuale (inclusi marchi conosciuti e rinomati) e/o a tecnologie avanzate⁷⁰.

l'accertamento della posizione dominante, nonostante nel 1998 BA detenesse una quota di mercato pari al 39.7%.

⁶⁸ Secondo autorevole dottrina le ragioni dell'inadeguatezza di un'analisi basata solo sulle quote di mercato sono molteplici, tra cui: *“first, even if the market share figures are reliable, they provide little information about the competitive process without an understanding of the reasons for, and the pressures determining, the output and price decisions made by the firms in the market. Secondly [...] market share figures do not show relative efficiencies and do not necessarily show that similar market shares can or will be sustained in the future. Thirdly, market share figures measure actual, not potential, competition, whereas the decisions that any firm makes may be influenced by potential competitors who have not yet entered the market but who would do so if a profitable opportunity were to arise. Fourthly, the market position of buyers may limit the ability of the allegedly dominant undertaking to act independently of their wishes”* v. BELLAMY & CHILD, *European Union Law of Competition*, (a cura di, V. ROSE e D. BAILEY), Oxford, 2015, p. 764.

⁶⁹ L'espressione “barriere all'entrata e all'espansione” è una locuzione per descrivere *“the various difficulties which competing undertakings may face in entering a market. These difficulties do not have to be absolute but must materially impede an actual or potential competitor from seeking to enter or expand its competing business to provide effective competition”* (*Ibid.*, p. 770).

⁷⁰ v. gli Orientamenti, punto 17. Per un'analisi dettagliata delle diverse tipologie di barriere all'entrata si rinvia a F.E. GONZÁLEZ-DIAS - R. SNELDERS, *EU Competition Law: Abuse of Dominance Under Article 102 TFUE*, Deventer-

**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**

Anche l'analisi sull'esistenza o meno delle barriere all'entrata (o all'espansione) presuppone una determinata scelta ideologica da parte dell'autorità della concorrenza.

Qualora, come nell'esperienza europea, si tenda a qualificare come barriere all'entrata anche elementi legati all'efficienza o agli investimenti dell'impresa indagata (quali, ad esempio, la potenza e dimensione economica, la superiorità tecnologica, le economie di scala o scopo o l'accesso a infrastrutture o capacità produttive) si adotta in realtà un approccio "interventista", volto a sovvenzionare il pluralismo del mercato.

Secondo la tesi contrapposta invece, in tutti i casi appena elencati un concorrente altrettanto efficiente potrebbe, per definizione, replicare gli sforzi dell'impresa indagata: quindi gli elementi elencati non rappresenterebbero barriere all'entrata, l'impresa indagata non avrebbe potere di mercato e l'assoggettamento del comportamento dell'impresa al controllo dell'intervento pubblico non sarebbe giustificato⁷¹.

È opportuno osservare in conclusione di questa breve indagine che gli indici sintomatici appena esaminati non esauriscono la gamma dei fattori che possono essere utilizzati – anche in concorso con i summenzionati indici – ai fini dell'accertamento di una posizione dominante. Si pensi, ad esempio, (i) alla verifica dell'esistenza o meno di un forte potere negoziale dei fornitori e/o clienti, tale da influenzare

Leuven, 2013. V. altresì, R. O'DONOGHUE - A. J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2013, pp. 151-166.

⁷¹ Come sottolineato da V. KORAH, *An Introductory* op. cit., p. 20, "[m]any economists, especially those associated with the University of Chicago, assert that there are only two kinds of entry barriers that exclude equally efficient firms: a minimum efficient scale of operation that is large in relation to the demand or its growth and government regulations of all kinds. One might add that the first suppliers of a product may have acquired resources for making it, and this would be an entry barrier if there were no other equally good resources for others acquire or produce. There are few firms in the world with mines from which platinum may be extracted. So, the few existing owners have some market power".

**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**

la politica commerciale dell'impresa oggetto di indagine, oppure (ii) alla stessa condotta dell'impresa dominante che le è valsa la reputazione di impresa aggressiva.

4. La nozione di abuso di posizione dominante

La posizione dominante rappresenta solo il criterio selettivo dei destinatari dell'articolo 102 TFUE, ma non è l'elemento che qualifica di disvalore la fattispecie. Lo è invece lo sfruttamento abusivo della posizione dominante. Di talché, l'articolo 102 TFUE non vieta la mera detenzione di una posizione dominante, bensì solo il suo sfruttamento abusivo⁷².

⁷² Lo sfruttamento deve essere *unilateralmente* effettuato dalla (o addebitato alla) impresa in posizione dominante. A ben vedere, l'*unilateralità* della condotta contemplata dall'articolo 102 TFUE funge da criterio distintivo della fattispecie di abuso di posizione dominante nei confronti degli altri due pilastri della normativa antitrust: il divieto delle intese anticoncorrenziali e il controllo delle concentrazioni. Al centro della normativa in tema di intese anticoncorrenziali è, appunto, l'intesa in cui sfocia il comportamento di due o più imprese. Allo stesso modo, sono i prospettati effetti strutturali di un accordo tra due o più parti che fanno scattare il regime autorizzatorio in materia di controllo delle concentrazioni. Ovviamente, unilateralità nella fattispecie di abuso di posizione dominante, non significa che i comportamenti abusivi siano del tutto avulsi dalla cooperazione degli altri operatori di mercato. Allo stesso modo, nella prassi, possono presentarsi casi di confine tra fattispecie di abuso di posizione dominante, intese anticoncorrenziali e/o concentrazioni. Infine, l'elemento dell'unilateralità non è in contraddizione con la nozione di posizione dominante collettiva, perché quest'ultima nozione si regge proprio sulla *fictio juris* che le imprese in questione si comportino come un'unica e singola entità. Per l'analisi della relazione tra l'articolo 102 TFUE e la normativa in materia di intese e controllo delle concentrazioni si vedano, in particolare, R. O'DONOGHUE e A. J. PADILLA, *op. cit.*, pp. 30-41; M. LIBERTINI, *op.cit.*, 270-274; BELLAMY & CHILD, *op.cit.*, pp 757-760. Sull'applicazione simultanea degli articoli 101 e 102 TFUE in giurisprudenza v., sentenza del Tribunale UE, 21 ottobre 1997, causa T-229/94, *Deutsche Bahn c. Commissione*, punto 79, secondo cui "va ricordato anche che l'esistenza di uno sfruttamento abusivo di posizione dominante non può essere esclusa per il fatto che l'impresa che la detiene ha formalmente aderito ad un accordo finalizzato alla fissazione comune di tariffe e soggetto quindi al divieto di intese. Infatti, la presenza di tale accordo non esclude l'ipotesi che una delle imprese vincolata dall'accordo possa imporre unilateralmente tariffe discriminatorie (v., per analogia, citata sentenza Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro, punti 34 e 37)"; conf. sentenza Corte di giustizia, *Compagnie Maritimes Belge*, *op.cit.*, punti 33-34, secondo cui "risulta dai termini stessi degli artt. 85, n. 1, lett. a), b), d) ed e), e 86, lett. a)-d), del Trattato [divenuti artt. [101], n. 1, lett. a), b), d) ed e), CE e [102], lett. a)-d), CE] che una stessa pratica può dar luogo ad un'infrazione alle due disposizioni. L'applicazione concomitante degli artt. [101] e [102] del Trattato non può pertanto essere esclusa a priori. Tuttavia, gli

**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**

La nozione di abuso di posizione dominante è incerta⁷³. L'incertezza riguarda sia la qualificazione delle fattispecie abusive, sia gli elementi necessari ai fini dell'accertamento dell'abusività di una determinata condotta.

Per quanto riguarda il primo aspetto, il modello normativo seguito è quello della previsione di una clausola generale di divieto,

obiettivi perseguiti rispettivamente da queste due disposizioni debbono essere distinti. L'art. [101] del Trattato si applica agli accordi, alle decisioni e pratiche concordate che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri in maniera sensibile, senza tener conto della posizione sul mercato delle imprese interessate. Invece, l'art. [102] del Trattato riguarda il comportamento di uno o più operatori economici, consistente nel fatto di sfruttare in maniera abusiva una posizione di potenza economica che consente all'operatore interessato di opporsi alla salvaguardia di un'effettiva concorrenza sul mercato in questione, dandogli la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori” (v. punti 33-34). Nella stessa sentenza della Corte si precisa altresì che “la concessione di un'esenzione ai sensi dell'art. [101], n. 3, non pregiudica l'applicazione dell'art. [102] del Trattato. Il fatto che operatori soggetti ad una concorrenza effettiva si vedano autorizzata una pratica non implica pertanto che l'adozione della stessa pratica da parte di un'impresa in posizione dominante non possa mai costituire un abuso di tale posizione. Infatti, l'analisi del comportamento di un'impresa in posizione dominante deve tener conto del fatto che la detenzione di una quota di mercato particolarmente cospicua pone l'impresa che la detiene durante periodi di una certa entità in una posizione di forza che la rende controparte obbligatoria per le sue controparti commerciali” (v. punti 130-132).

⁷³ È sintomatico che, sia in trattazioni monografiche, sia in “manuali istituzionali” e/o voci enciclopediche, si ammetta apertamente siffatta incertezza. In tal senso, si vedano, per citarne solo alcuni autori, C. OSTI, *Abuso*, op. cit., “il problema della nozione di abuso, e cioè dell'illecito ricollegato alla posizione dominante, sta nel fatto che questa fattispecie, più ancora di qualsiasi altra ricompresa nell'ordinamento concorrenziale, presuppone che, nella sua pratica applicazione, si abbiano ben chiare le finalità della norma stessa. Ora, questo è di una vaghezza davvero esasperante: cosa si vuole effettivamente dire quando si dice (art. 102 § 1 TFUE) che è vietato: “lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato?”” (p. 5); R. WHISH, op.cit., che brillantemente inizia la trattazione in materia di abuso, scrivendo che “*it is not controversial to say that Article 102 is controversial*” (p. 192); R. NAZZINI, *The Foundations*, op.cit., secondo cui l'articolo 102 TFUE “*is a fundamental element of the economic law of the European Union. However, its objective and scope are undefined*” (p. 1). Come acutamente evidenziato da S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001, sull'incertezza dell'articolo 102 TFUE “non può sottacersi il fatto che la stessa Autorità garante ha sottolineato che: la legge, come l'articolo [102 TFUE], non fornisce una definizione di posizione dominante o di abuso della stessa. Riguardo ad essi si presentano, sia a livello nazionale sia a livello comunitario, rilevanti incertezze interpretative per l'assenza di criteri sufficientemente precisi ed oggettivi di riferimento (AG Relazione annuale sulla politica di concorrenza, 30. 4. 91)” (p. 203).

**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**

affiancata da alcune macro-categorie di condotte vietate. La giurisprudenza ha costantemente ribadito che l'elenco delle condotte normativamente tipizzate non è esaustivo⁷⁴. Sicché altre fattispecie d'illecito, diverse da quelle esplicitate dalla normativa rilevante, possono ricadere nell'ambito di applicazione del divieto di abuso⁷⁵.

Con riferimento invece al secondo aspetto, si rileva che, in maniera simile a quanto già osservato con riferimento alla nozione di posizione dominante, il legislatore non ha definito cosa si debba intendere per sfruttamento abusivo o, più semplicemente, per abuso di posizione dominante. A questa “omissione legislativa” ha tentato di supplire la giurisprudenza UE, la quale sin dalla sentenza *Hoffman La Roche*, ha costantemente ritenuto che:

“la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza”.⁷⁶

⁷⁴ v. *ex multis*, sentenza Corte di giustizia, 21 febbraio 1973, *Continental Can*, causa C-6/72, punto 26, secondo cui l'articolo 102 TFUE “elenca un certo numero di pratiche abusive che esso vieta. Si tratta di una enumerazione esemplificativa, nella quale non sono compresi tutti i modi di sfruttamento abusivo di posizione dominante vietati dal Trattato”.

⁷⁵ La giurisprudenza è altresì costante nel ritenere che non è necessaria ai fini dell'accertamento dell'illecito che sia dimostrato il nesso di causalità tra posizione dominante e comportamento ritenuto illegittimo; v. sentenza della Corte di giustizia, *Continental Can*, cit.. Allo stesso modo, per la sussistenza dell'illecito di abuso di posizione dominante non è necessaria che la condotta e/o gli effetti si producano nello stesso mercato in cui l'impresa indagata detiene la posizione dominante, v. sentenza Corte di giustizia, 14 novembre 1996, caso C-333/94, *Tetra Pak c. Commissione*, in cui la Corte ha addirittura ammesso che, sotto certe condizioni, si può accertare un abuso di posizione dominante anche nel in cui sia la condotta che gli effetti siano, rispettivamente, tenuti e prodotti in un mercato in cui l'impresa (*Tetra Pak*) non deteneva una posizione dominante.

⁷⁶ v. per tutte, sentenza Corte di giustizia, 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, punto 91.

**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**

Si può tuttavia facilmente constatare come tale definizione faccia dipendere la nozione (giuridica) di abuso di posizione dominante dal contenuto che si vuole dare in concreto ad altri concetti che, nella migliore delle ipotesi, hanno contorni vaghi e indeterminati. Sicché, ottenere *ex ante* delle indicazioni sufficientemente chiare circa la liceità di un determinato comportamento dell'impresa in posizione dominante non sembra essere un risultato scontato (ammesso che ciò fosse uno degli obiettivi del legislatore europeo).

Sono sufficienti alcuni esempi per confermare quanto appena scritto.

Si pensi all'affermazione secondo cui “*la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva*”. Essa significa che, in linea di principio, l'intento da parte dell'impresa in posizione dominante non è un elemento necessario della fattispecie illecita. Ciò non sembra tuttavia essere vero con riferimento ad alcune fattispecie, quali, ad esempio, una determinata strategia predatoria, in cui l'intento gioca un ruolo essenziale ai fini dell'accertamento dell'illecito⁷⁷. A ciò si aggiunga, che secondo un orientamento giurisprudenziale, l'intento anticoncorrenziale della condotta sembra fungere da presunzione di illiceità, atta a invertire l'onere probatorio⁷⁸.

⁷⁷ v. A. MEIJ - T. BAUMÉ, *Balancing Object and Effect Analysis in Identifying abuses of a Dominant Position under Article 102 TFUE*, in *Ten years of effects-based approach in EU competition law*, (a cura di, J. BOURGEOIS e D. WAELBROECK), Bruxelles, 2012, secondo cui “*it is incorrect to suppose that the subjective dimension of a conduct qualified as abuse is entirely irrelevant. On the contrary, in some cases, proof of intention to have recourse to improper means in order to weaken or eliminate competition may constitute further incriminating evidence leading to the classification of a conduct as abusive and may eventually have significant consequences on the level of fine imposed. Therefore, while proof of intention may militate against a dominant undertaking, lack of evidence on intention will not exempt it from the rigours of article 102 TFEU*” (p. 164). Il ruolo dell'intento nell'ambito antitrust e, in particolare con riferimento alle fattispecie di abuso di procedimenti amministrativi, sarà trattato nel Cap. 2 del presente lavoro.

⁷⁸ v. sentenza Tribunale UE, 30 gennaio 2007, caso T-340/03, *France Telecom*, in cui si afferma che qualora il comportamento addebitato all'impresa in posizione dominante “[abbia] lo scopo di restringere la concorrenza, detto

**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**

Allo stesso modo, la suddetta definizione di abuso di posizione dominante non fornisce una indicazione chiara circa il bene giuridico protetto dalla norma. A tal proposito, è legittimo chiedersi se tale bene sia la “*struttura di un mercato*”, le “*prestazioni degli operatori economici*” (ossia, i concorrenti), la “*conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza*”, “*l'integrazione dei mercati*”, oppure, come richiamato da alcuni arresti giurisprudenziali, il “*benessere dei consumatori*”⁷⁹.

Ancora, lo stesso criterio utilizzato per sancire l'illiceità di un determinato comportamento rinvia a un concetto dai contorni vaghi e facilmente conformabili secondo le convinzioni ideologiche (etiche) dell'interprete. Si fa ovviamente riferimento al concetto di

comportamento sarà anche idoneo a produrre un effetto di tal genere” (punto. 195). Più di recente, sentenza Tribunale UE, 12 giugno 2014, caso T- 286/06, *Intel c. Commissione*, dove si afferma che “*for the purposes of applying Article 82 EC, showing an anti-competitive object and an anti-competitive effect may, in some cases, be one and the same thing. If it is shown that the object pursued by the conduct of an undertaking in a dominant position is to restrict competition, that conduct will also be liable to have such an effect*” (disponibile solo in lingua inglese e francese, punto 203).

⁷⁹ Sull'ultimo concetto v., recentemente, sentenza Corte di giustizia, 27 marzo 2012, caso C-209/10, *Post Danmark*, al cui punto 24 si legge che “l'articolo [102 TFUE] riguarda, in particolare, i comportamenti di un'impresa che detiene una posizione dominante, i quali abbiano, a danno dei consumatori, l'effetto di impedire, mediante il ricorso a mezzi diversi da quelli che reggono una normale competizione in base alle prestazioni degli operatori economici, il mantenimento del livello di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo della medesima (v., in tal senso, sentenze AKZO/Commissione, cit., punto 69; France Télécom/Commissione, cit., punti 104 e 105, e del 14 ottobre 2010, *Deutsche Telekom/Commissione*, C-280/08 P, Racc. pag. I-9555, punti 174, 176 e 180 nonché giurisprudenza ivi citata)”. Per un'analisi critica della sentenza v. G. FAELLA, *L'incerto status dei prezzi predatori e degli sconti selettivi nel diritto antitrust europeo: alcune riflessioni degli Orientamenti e del caso Post Danmark*, consultabile all'indirizzo web <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-COMP-40-2013.pdf>. Sul tema anche E. ROUSSEVA - M. MARQUIS, *Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFUE*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, pp. 1-19. Ma si veda anche O'DONOGHUE e PADILLA, op. cit., secondo cui “*whether the Court's comments on consumer detriment reflect a reorientation away from a focus on the structure of competition towards a consumer welfare efficiency standards also remains to be seen. Indeed, only two weeks after Post Danmark, the Court of Justice judgment in Tomra rejected the relevance of a price /cost test in the context of rebates and, further, upheld an approach based largely on formalistic reasoning.*” (p. 85).

**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**

“*concorrenza normale*”⁸⁰, che sembra richiamare la nozione di concorrenza/crescita basata sui “*normal methods of industrial development*” di cui alla celebre sentenza *Standard Oil* della Suprema Corte degli Stati Uniti⁸¹. Che cosa è la concorrenza “*normale*”⁸²? Quali sono i “*mezzi*” propri della concorrenza normale⁸³? Tali

⁸⁰ Peraltro, la stessa osservazione si può fare anche con riferimento alle nozioni di prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione “*non eque*”, di cui all'art. 102 (a) TFUE.

⁸¹ v. *Standard Oil Co. Of New Jersey v. United States*, 221 U.S. I (1911). Contro questo punto della sentenza si scagliano le acute critiche di R. BORK, *The Antitrust Paradox*, op. cit, secondo cui “*the distinction between “natural” and “unnatural” has plagued the law with respect to types of behavior of more general and intense interest than economic conduct...[Judge] White gave us no general guide to what behaviour was abnormal other than, perhaps, the suggestion that it involved an intent “to drive others from the field and to exclude them from their right to trade.” This is about as useful as defining normal sexual conduct as that engaged in to express love and abnormal sexual conduct as that engaged in for personal gratification. Whenever a competitor competes he intends to take business away from rivals, which involves excluding them*” (p. 39).

⁸² v. BISHOP e WALKER, op.cit. secondo cui, “*the practical implementation of Article 82 requires an assessment of the meaning of the terms “dominance” and “abuse”. While the European Court of Justice has provided an interpretation of both terms.. it has done so with reference to other concepts, such as “effective competition” and “normal competition”, that are themselves only very loosely defined in law.*”, (p. 226). v. però WHISH, secondo cui “*the idea of normal competition comes more clearly into focus if slightly different language is used: namely, that dominant firms should “compete on the merits”, and that competition that is not on the merits is “abnormal” competition”*” (p. 197). La nozione di concorrenza nel merito (*competition on the merits*) è stata definita come concorrenza basata su “*a superior efficiency, a better quality to take into consideration customers’ needs, a greater capacity to innovate*” (v. M. WALBROECK - A. FRIGNANI, *European Competition Law*, New York, 1999, p. 267) oppure come concorrenza sulla base del “prezzo, qualità e funzionalità” del prodotto (v. M. MONTI, riportato in O’ DONOGHUE e PADILLA, op. cit., p. 218). Tuttavia, chi scrive aderisce alla posizione di quella parte della dottrina che rileva che anche le nozioni alternative, quali l’“*effective competition*”, “*competition on the merits*” and “*genuine competition*” are similarly vague” (ibid.).

⁸³ Si rammenta che è proprio la difformità di un determinato comportamento dai modelli ritenuti accettabili nell’ambito di una concorrenza normale che qualifica il comportamento come abusivo. In questa direzione rimangono attuali le considerazioni di G. AMATO, *Il Potere*, op. cit, in cui si evidenzia “[l]’incertezza concettuale che si riscontra [nella giurisprudenza] europea, la quale nel suo precedente più autorevole citato, che è il caso Hoffman-La Roche, aveva identificato l’abuso nel solo “ricorso a metodi diversi da quelli ricorrenti nella normale concorrenza”, mentre in decisioni più recenti ha espressamente ritenuto che anche condotte consentite in condizioni normali non possono esserlo quando il loro effetto è di indebolire ulteriormente una concorrenza già gracile di fronte all’impresa che la tiene” (p. 71).

**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**

domande difficilmente hanno risposte univoche. A ciò si aggiunga che il concetto di “*concorrenza normale*” non è lo stesso per l'impresa in posizione dominante e per i suoi concorrenti. Ciò in quanto la speciale responsabilità che incombe sull'impresa in posizione dominante significa altresì che comportamenti di norma posti in essere dai concorrenti dell'impresa dominante potrebbero ritenersi illeciti se posti in essere da quest'ultima⁸⁴.

Infine, anche con riferimento al grado di lesività della condotta abusiva non vi sono delle chiare linee guida. È vero che la giurisprudenza ha costantemente affermato che la condotta per potersi considerare abusiva deve avere un effetto sul mercato. Tuttavia, non vi è certezza né sui destinatari degli effetti negativi della condotta, né sulla tipologia degli effetti (ossia, potenziali o attuali) da considerare quale requisito necessario per la configurazione della fattispecie illecita⁸⁵.

Si ritiene quindi di non sbagliare definendo l'articolo 102 TFUE come una disposizione a formazione ed espletamento concreto da parte degli operatori che la applicano, ossia principalmente da parte dei giudici e delle autorità nazionali della concorrenza. È demandata all'interprete infatti non solo la sussunzione di un determinato comportamento dentro i contorni dell'archetipo normativo, bensì il

⁸⁴ v. per tutte, sentenza del Tribunale UE, 23 ottobre 2003, causa T- 65/97, *Van den Bergh Foods c. Commissione*, nella quale “il Tribunale constata, in via preliminare, che la HB sostiene correttamente che la messa a disposizione di frigocongelatori a condizione di esclusiva costituisce una prassi corrente sul mercato rilevante. In situazione normale di mercato concorrenziale, tali accordi sono conclusi nell'interesse di entrambe le parti e, in principio, non possono essere vietati. Tuttavia, tali considerazioni, applicabili in situazione normale di mercato concorrenziale, non possono essere accettate senza riserve nel caso di un mercato in cui, proprio per la posizione dominante detenuta da uno degli operatori, la concorrenza è già ristretta. Infatti, attività commerciali che contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti e che hanno un effetto salutare sul gioco della concorrenza in un mercato in equilibrio possono restringere tale gioco quando sono esercitate da un'impresa che detiene una posizione dominante sul mercato rilevante” (punto 159).

⁸⁵ Sul tema si ritornerà nel corso del Capitolo II del presente contributo.

**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**

compito di dare consistenza alla clausola generale, anche facendo emergere “nuove” figure di illecito.

Ed è proprio questo il compito che hanno svolto (e tuttora svolgono) le autorità *antitrust* e la giurisprudenza, riempiendo di contenuto il divieto di abuso di posizione dominante e portando con sé, inevitabilmente, le proprie convinzioni ideologiche e/o le contingenze di *policy*.

4.1. Modellare i mercati sanzionando l'abuso di posizione dominante

L'incertezza, strutturale all'articolo 102 TFUE, bene si presta (e si è prestata) all'utilizzo della disposizione quale strumento in mano alle autorità di concorrenza, *in primis* alla Commissione europea, affinché tramite il controllo della condotta dell'impresa dominante⁸⁶ si tutelino un determinato assetto del mercato.

La funzione conformatrice o, se si preferisce, regolatoria, della disposizione emerge in maniera abbastanza agevole dall'analisi di alcune fattispecie di abuso di posizione dominante.

Ciò è evidente in relazione al divieto imposto all'impresa dominante di praticare **prezzi eccessivi** e/o altre **condizioni contrattuali non eque**⁸⁷. In tal caso, è abbastanza intuitivo che

⁸⁶ La posizione qui espressa si sovrappone in maniera parziale a quella di A. MEIJ e T. BAUMÉ, *Balancing*, op.cit., che si limitano invece ad affermare che “Article 102 is a tool aimed at keeping the dominant undertaking's freedom of conduct within the limits of those means that do not consist in the use of its market power”. Non si può non rilevare però che tale affermazione implica la necessità che si indaghi sia sulle ragioni del controllo, sia sulle modalità attraverso le quali si effettua l'opera di contenimento dell'utilizzo del potere di mercato da parte dell'impresa in posizione dominante.

⁸⁷ Nella già citata sentenza *United Brands*, la Corte di giustizia ha stabilito un duplice test per accertare la natura eccessiva del prezzo. In primo luogo, occorre “stabilire se vi sia un'eccessiva sproporzione tra il costo effettivamente sostenuto ed il prezzo effettivamente richiesto”. In secondo luogo, si deve invece “accertare se sia stato imposto un prezzo non equo, sia in assoluto sia rispetto ai prodotti concorrenti” (punti 250-251). In materia di prezzi eccessivi, v. M. GLADER - I. KOKKORIS, *Excessive Pricing, in EU Competition Law - Abuse of Dominance Under Article 102 TFEU*, (a cura di, F.E. GONZALEZ-DIAZ e R. SNELDERS), pp. 615-666; P. AKMAN - L. GARROD, *When Are Excessive Prices Unfair?*, in *Journal of*

**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**

l'autorità della concorrenza nell'ambito di tali fattispecie è chiamata a “regolare” il prezzo dell'impresa in posizione dominante, dovendo decidere sia sull'identificazione del *benchmark* da utilizzare, sia sulle regole di valutazione, alla luce dei quali fondare il giudizio circa la natura eccessiva dei prezzi o sull'equità delle clausole contrattuali⁸⁸.

Analoghe osservazioni possono essere effettuate con riferimento al divieto di strategie escludenti basate sull'adozione di **prezzi predatori** da parte dell'impresa in posizione dominante, ossia di prezzi sotto un determinato livello dei costi⁸⁹. Il fatto che vengano considerati predatori dei prezzi superiori ai costi medi variabili, “sulla base della sola considerazione che risultavano finalizzati all'eliminazione di un concorrente”⁹⁰, può solo significare che la disposizione è stata ritenuta funzionale a garantire il pluralismo del mercato. Nella stessa direzione va anche la circostanza che l'accertamento dell'abuso predatorio prescinde sia dall'analisi sulla possibilità dell'impresa di rialzare i prezzi in una seconda fase (c.d.

Competition Law and Economics; A. EZRACHI e D. GILO, *Are Excessive Prices Really Self-Correcting?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2008, pp. 249-268.

⁸⁸ Contro un siffatto intervento, v. A. JONES - B. SUFFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, (V ed), 2015, secondo cui “*price regulation, however, is the antithesis of the free market and competition authorities are rarely equipped to act as price regulators. They should not be called upon to arbitrate how profits ought to be shared out amongst the players on the market where there is no issue on anti-competitive exclusion (the error the ECJ fell into in United Brands)*” (p. 576).

⁸⁹ Secondo la giurisprudenza UE, si presumono, in linea di principio, illeciti i “i prezzi inferiori alla media dei costi variabili (vale a dire quei costi che variano in funzione dei quantitativi prodotti)”. Dall'altra parte, i “prezzi inferiori alla media dei costi totali, i quali comprendono i costi fissi e quelli variabili, ma superiori alla media dei costi variabili, sono da considerare illeciti allorché sono fissati nell'ambito di un disegno inteso ad eliminare un concorrente”. v. sentenza della Corte di giustizia, 3 luglio 1991, causa C-62/86, *Akzo c. Commissione*, punti 71 e 72; v., altresì, sentenza della Corte di giustizia, 2 aprile 2009, causa C-202/07P, *France Telecom c. Commissione*, punti 109-111.

⁹⁰ v. G. AMATO, *Il potere*, op. cit., p. 72.

**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**

recoupment), sia dall'esame sull'esistenza o meno di barriere all'entrata⁹¹.

Ma, soprattutto, se si riflette bene, la censura della predatorietà si può leggere anche come occasione per il potere pubblico di sindacare una delle più importanti politiche aziendali di un'impresa: l'adozione dei prezzi per i propri prodotti. Dalla tipologia e dal livello dei costi che l'autorità di concorrenza prenderanno a riferimento per la loro analisi, dipenderà la soglia minima del prezzo che un'impresa può legittimamente adottare e, di conseguenza, la misura della "sovvenzione" garantita ai concorrenti (attuali e/o potenziali) dell'impresa dominante che, a differenza dell'impresa dominante, non sono colpiti dal divieto di applicare prezzi predatori⁹².

Simili considerazioni valgono anche con riferimento al divieto del **c.d. *margin (o price) squeeze***, ossia di quelle pratiche in cui l'impresa dominante che possiede un *input* necessario per potere produrre beni/servizi per competere nel mercato a valle, in cui essa stessa opera, lo commercializza ai propri competitori a un prezzo tale che non consenta a questi ultimi di offrire nel mercato a valle i beni/servizi a un prezzo competitivo⁹³. Infatti, il cuore delle

⁹¹ v. A. FRIGNANI, *La concorrenza*, op. cit., secondo cui se le barriere di entrata sono basse "è poco probabile che la eliminazione del concorrente vittima dei prezzi predatori permetta all'impresa dominante di rialzare in modo duraturo i suoi prezzi, ciò che tende a rendere meno verosimile che la loro fissazione ad un livello dei costi variabili sia ispirata da una motivazione anticoncorrenziale perché il rialzo attirerebbe *new comers*", (p. 206).

⁹² Si noti poi che, sotto alcune condizioni, è stato ritenuto abusiva la decisione da parte di un'impresa dominante di offrire selettivamente ai clienti contattati da un proprio concorrente prezzi bassi, ma che tuttavia erano superiori ai propri costi. Cfr. sentenza della Corte di giustizia, *Compagnie Maritimes Belges*, cit.; contra., nel senso che gli sconti selettivi superiori ai costi (totali) non producono effetti anticoncorrenziali, sentenza della Corte di giustizia, *Post Danmark*, cit. Sul tema dei prezzi predatori, v. P.AREEDA - D.TURNER, *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, in *Harvard Law Review*, 1975, pp. 697-733.

⁹³ La casistica recente in tema di *margin squeeze* è stata sviluppata nell'ambito dei settori regolamentati e, in particolare, quello delle telecomunicazioni e ha principalmente riguardato i prezzi d'accesso alla rete dell'*incumbent*. v.,

**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**

problematiche relative alla maggior parte delle fattispecie di *margin squeeze* verte sul livello che il prezzo d'accesso all'*input* essenziale deve avere per potere favorire la concorrenza sul mercato a valle, garantendo un adeguato profitto ai concorrenti dell'impresa dominante⁹⁴. Anche in questo caso, la scelta del *test* da applicare, la tipologia e la misura dei costi da prendere in considerazione, incidono sulla profittabilità che si vuole garantire ai concorrenti e, quindi, sono indicatori dell'eventuale sovvenzionamento del pluralismo del mercato, anche a discapito di considerazioni relative all'efficienza o meno del concorrente. Ne sembra essere consapevole di queste problematiche il Consiglio di Stato, quando afferma che “il test di replicabilità presenta margini di opinabilità e implica giudizi di valore, laddove si intenda stabilire quali sono i costi di un OLO da comparare con i prezzi praticati da [Telecom Italia]”, poiché “già se e quando si afferma che bisogna avere riguardo non ai costi di un qualsivoglia OLO, bensì di un OLO efficiente, – perché l'obiettivo è un mercato concorrenziale ed efficiente, con infrastrutture moderne, che

sentenza della Corte di giustizia, *Deutsche Telekom*, cit., sentenza della Corte di giustizia, 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *TeliaSonera*; sentenza della Corte di giustizia, 10 luglio 2014, caso C-295/12, *Telefonica*. In tema di *margin squeeze*, v. D. W. CARLTON, *Should 'Price Squeeze' Be A Recognized Form of Anticompetitive Conduct?* in *Journal of Competition Law & Economics*, 2008, pp. 271-8; S. C. SALOP, *Refusal to deal and price squeezes by an unregulated, vertically integrated monopolist*, in *Antitrust Law Journal*, 2010, pp. 709-40; G. FAELLA - R. PARDOLESI, *'Squeezing price squeeze': la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, pp. 29-62.

⁹⁴ v. BELLAMY & CHILD, *European Union*, op.cit., “investigations of alleged “price squeezing” o “margin squeezing” have become of increasing significance and concern in the context of pricing for access to networks. In such cases the crucial issue is the price at which the network owner can be required to provide access and thereby to facilitate competition on the downstream market” (p. 821).

**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**

garantiscano qualità e contenimento dei costi, – si esprime un giudizio di valore, se non addirittura politico”⁹⁵.

La tensione tra le diverse scelte di *policy* è poi cruciale nella fattispecie di **rifiuto di contrarre (o di dare accesso a un input essenziale)** da parte dell'impresa dominante⁹⁶. A fondamento della fattispecie vi è infatti la sussistenza (o meno) di un obbligo in capo all'impresa dominante di condividere una propria infrastruttura o un proprio *input* con un suo concorrente nel mercato a valle. L'accertamento di un siffatto obbligo dipende, in sostanza, dall'indispensabilità dell'accesso per concorrere nel mercato a valle e dall'assetto concorrenziale di quest'ultimo mercato. E sotto questo aspetto, la posizione che si vorrà prendere con riferimento a questi elementi risentirà della tensione che si crea inevitabilmente, tra, da un lato, la libertà dell'impresa dominante e la tutela degli investimenti da essa effettuati, e, dall'altro lato, la tutela del pluralismo concorrenziale nel breve periodo nel mercato a valle⁹⁷. In ogni caso, lo spazio per un penetrante controllo delle politiche d'investimento dell'impresa dominante da parte del potere pubblico è evidente.

⁹⁵ v. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1271/2006, cit., il quale aggiunge “ancora, quando occorre stabilire quale è il modello di un OLO efficiente e quali sono i costi da considerare, si esprime un giudizio che ha margini di opinabilità”.

⁹⁶ Per un'analisi chiara della fattispecie in questione R.WHISH, *EU Competition*, op.cit., pp. 697-710. Per l'esame dettagliato dei contrapposti interessi in gioco, si rinvia a D. GERADIN e altri., *EU Competition*, op. cit., pp. 250-261. v. anche, P. AREEDA, *Essential facilities: An Epithet in need of limiting principles*, in *Antitrust Law Journal*, 1990, pp. 841 e ss.

⁹⁷ È opportuno riportare l'opinione di L. PROSPERETTI - M. SIRAGUSA, *Economia e diritto antitrust: Un'introduzione*, Roma, 2005, secondo cui “oltre a costituire un'evidente interferenza con il diritto di proprietà del titolare dell'infrastruttura l'imposizione[di un obbligo di accesso] potrebbe di fatto disincentivare la realizzazione di nuove infrastrutture o il potenziamento e la manutenzione di quelle esistenti” e “nessun concorrente svilupperebbe infrastrutture proprie se potesse avere accesso alle infrastrutture altrui senza dover affrontare i rischi e gli oneri degli investimenti necessari per svilupparle”. Sicché “un indiscriminato obbligo di accesso, pur consentendo nel breve periodo l'introduzione di più concorrenza nei mercati a valle, potrebbe di fatto ridurre la concorrenza nel lungo periodo” (p. 246).

**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**

Simili valutazioni possono essere compiute infine anche con riferimento alle fattispecie di **accordi di esclusiva**⁹⁸, di **vendite abbinata o aggregate**⁹⁹ e di **sconti**¹⁰⁰: pratiche commerciali normali, che, se adottate dall'impresa in posizione dominante, potrebbero costituire abuso di posizione dominante. È sufficiente in tal senso richiamare la giurisprudenza europea in materia di sconti, il cui disinteresse verso l'analisi costo/prezzo del prodotto scontato, oppure verso l'ampiezza del mercato non-contendibile (ossia, di quella parte della domanda legata al prodotto dell'impresa in posizione dominante), è sintomatico della funzionalizzazione dell'art. 102 TFUE alla protezione del pluralismo concorrenziale sul mercato e non verso

⁹⁸ Gli accordi di esclusiva obbligano un determinato cliente ad approvvigionarsi in tutto o in larga misura soltanto dall'impresa in posizione dominante. Gli accordi in questione possono ostacolare l'entrata o l'espansione dei concorrenti dell'impresa in posizione dominante.

⁹⁹ Le vendite abbinata invece possono rientrare nella previsione di cui alla lettera d) dell'articolo 102 TFUE che vieta le pratiche consistenti nel “*subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto di contratti stessi*”. Semplificando, nelle vendite abbinata o aggregate l'impresa utilizza il prodotto nel cui mercato è dominante come leva per la vendita di un diverso prodotto. Si è in presenza di una vendita abbinata quando i “*clienti che acquistano un prodotto (il prodotto principale) devono acquistare anche un altro prodotto dall'impresa dominante (il prodotto abbinato)*”. In caso di vendita aggregata (pura) invece “*i prodotti vengono venduti soltanto assieme in proporzioni fisse*”; v. gli Orientamenti, punto 48 e ss. La vendita aggregata pura si deve distinguere dalla vendita aggregata mista, “spesso definita anche sconto multiprodotto”, e nella quale “*i prodotti sono disponibili anche separatamente, ma la somma dei singoli prezzi di vendita è superiore al prezzo aggregato*” (cfr. *ibid*).

¹⁰⁰ Le pratiche di sconto si basano sulla premialità che l'impresa dominante riconosce ai propri clienti in connessione all'acquisto di determinati beni e/o servizi effettuati presso l'impresa dominante. Le strategie di sconto che potrebbero essere considerate abusive possono consistere, ad esempio: (i) nella concessione di sconti fidelizzanti della clientela (ostacolando in tal modo gli sbocchi commerciali delle imprese concorrenti); (ii) sconti selettivi (utilizzati come strumento di sottrazione e/o fidelizzazione di clienti strategici, ad esempio perché condivisi con i concorrenti) (iii) sconti leganti (ossia, legati all'acquisto aggiuntivo di un diverso bene e/o servizio).

**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**

ragioni di pura efficienza¹⁰¹. Deve essere intesa in tal senso la recente affermazione della Corte di giustizia secondo cui:

*“il blocco di una parte sostanziale del mercato ad opera di un'impresa dominante non può essere giustificato dimostrando che la quota del mercato che può essere conquistata è ancora sufficiente per far posto ad un numero limitato di concorrenti. Infatti, da un lato, i clienti che si trovano nella quota bloccata del mercato dovrebbero avere la possibilità di approfittare di ogni grado di concorrenza che sia possibile sul mercato e i concorrenti dovrebbero poter operare in un regime di concorrenza fondata sul merito su tutto il mercato e non soltanto su una parte di questo. **D'altro lato, non spetta all'impresa dominante stabilire quanti concorrenti validi siano autorizzati a farle concorrenza per la quota ancora acquisibile della domanda.** (enfasi e sottolineatura aggiunte)¹⁰².*

5. Antitrust e il conflitto tra interessi pubblici e privati: la delega di poteri di regolazione agli operatori di mercato

Nei paragrafi precedenti si è cercato di dare conto della funzione dell'art. 102 TFUE quale strumento “di controllo del potere all'interno del mercato”¹⁰³. Il controllo di condotte volte al perseguimento di interessi pubblici da parte dello Stato, in linea di principio, esula dall'applicazione dell'articolo 102 TFUE che, riguarda invece i comportamenti autonomi delle imprese sul mercato. Come ha infatti

¹⁰¹ Si veda, però, per una maggiore apertura all'analisi dei fattori di mercato nel caso di sconti da concessi dall'impresa dominante, la recentissima sentenza della Corte di giustizia, 6 ottobre 2015, causa C-23/14, *Post Danmark A/S c. Konkurrenceradet*, secondo cui “per determinare se un sistema di sconti, come quello di cui trattasi nel procedimento principale, praticato da un'impresa in posizione dominante, sia idoneo a produrre un effetto preclusivo sul mercato, in violazione dell'articolo 82 CE, occorre esaminare tutte le circostanze del caso di specie, in particolare i criteri e le modalità di concessione degli sconti, la portata della posizione dominante dell'impresa interessata e le specifiche condizioni di concorrenza del mercato di riferimento. La circostanza che detto sistema di sconti sia applicabile alla maggior parte della clientela nel mercato può configurare un'indicazione utile della rilevanza di tale pratica e del suo impatto sul mercato, potendo rendere ancor più verosimile un effetto di preclusione anticoncorrenziale”

¹⁰² v. sentenza della Corte di giustizia, *Tomra*, cit., punto 42. Per una dettagliata analisi delle pratiche di sconto v. G. FAELLA, *Politiche di sconti delle imprese dominanti*, Torino, 2012; v. anche L. KJØLBYE, *Rebates under Article 82 EC: Navigating Uncertain Waters*, in *European Competition Law Review*, 2010. Per un esame sintetico, ma allo stesso tempo completo, della tematica, si rinvia a BELLAMY & CHILD, *European Union*, op.cit., pp.806-813.

¹⁰³ v. Conclusioni dell'AG MADURO, nella sentenza Corte di giustizia, 5 dicembre 2006, causa C-94/04, *Cipolla*, punto 32.

**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**

evidenziato l'AG Maduro, “fino a quando lo Stato agisce nel perseguimento dell'interesse pubblico, la sua azione [è invece] sottoposta al controllo politico e democratico”¹⁰⁴.

C'è però una “zona grigia”, rappresentata dalle situazioni in cui la commistione tra l'esercizio del potere pubblico e perseguimento di interessi privati è tale da risultare nella cattura del primo da parte del secondo, ovvero crea una situazione di conflitto tra interessi pubblici e privati in capo al soggetto che deve decidere sulla regolazione delle attività economiche.

5.1. La giurisprudenza UE sull'applicazione congiunta degli artt. 4 (3) TUE e 101/102 TFUE

Proprio per controllare e sanzionare siffatte situazioni, la Corte di giustizia, a partire dalla *sentenza GB-Inno-BM*, ha stabilito il principio secondo cui gli articoli 101 e 102 TFUE letti “in combinato disposto con l'art. 5 del Trattato [ora, articolo 4 (3) TUE]¹⁰⁵, obbliga[no] gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Ai sensi dell'articolo 4 (3) TUE, “in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione”.

¹⁰⁶ v. sentenza Corte di giustizia, 16 novembre 1977, causa C-13/77, *GB-Inno-BM*, punto 31. Seppure la causa *GB-INNO*, concerneva l'applicazione dell'articolo 102 TFUE, la giurisprudenza successiva si è invece sviluppata sull'applicazione dell'articolo 101 TFUE. I principi rimangono comunque gli stessi e possono essere applicati, *mutatis mutandis*, anche agli eventuali casi di applicazione congiunta degli articoli 4 TUE e 102 TFUE. In materia di applicazione degli articoli 4 e 101 TFUE, si vedano, *ex multis*, sentenze 21 settembre 1988, causa C-267/86, *Van Eycke*; 17 novembre 1993, causa C-185/91, *Reiff*; 9 giugno 1994, causa C-153/93, *Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft*; 5 ottobre 1995, causa C-96/94, *Centro*

**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**

È stato suggestivamente ritenuto che la giurisprudenza in questione sancisce la “pubblicizzazione delle norme sulla concorrenza”, poiché “attraverso l'estensione degli articoli 101 e 102 a soggetti diversi da quelli ai quali tali norme sono originariamente indirizzate, cioè a soggetti pubblici, oltre che privati, la Corte [...] ha inteso “catturare” e disciplinare situazioni altrimenti escluse dall'ambito di applicazione del Trattato”¹⁰⁷.

Bisogna però subito avvertire che quando si parla di “pubblicizzazione” delle norme di concorrenza non si deve perdere di vista che la finalità dell'applicazione degli artt. 4(3) TUE e 101 o 102 TFUE non è quella di controllare e sanzionare ogni misura statale che oggettivamente possa comportare una restrizione della concorrenza, bensì quella di contrastare le situazioni in cui vi è “un'appropriazione dell'autorità pubblica da parte di interessi privati”¹⁰⁸. In altri termini, l'applicazione del combinato disposto degli articoli 4 (3) TUE, 101 e 102 TFUE deve intendersi limitata alle situazioni di cattura del potere pubblico da parte degli interessi di parte, ossia a quelle “misure statali che consentano alle imprese private di sottrarsi ai vincoli” di cui agli artt. [101 e 102 TFUE]¹⁰⁹.

Ciò si evince chiaramente dalle ipotesi in cui le suddette norme hanno trovato applicazione. A tal riguardo, la giurisprudenza si è infatti sviluppata su due linee direttrici, secondo le quali vi è una violazione delle suddette norme, nei casi in cui lo Stato membro “imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'art.

Servizi Spediporto; 4 dicembre 2006, causa C-35/99, *Arduino*; sentenza *Cipolla*, *supra cit.*.

¹⁰⁷ v. D. GALLO, “*I Servizi di interesse economico generale: Stato, Mercato, Welfare nel Diritto dell'Unione europea*”, Milano, 2010, p. 42, a cui si rinvia per una dettagliata ricognizione della summenzionata giurisprudenza.

¹⁰⁸ v. Conclusioni dell'AG Maduro nella causa *Cipolla*, *supra cit.*

¹⁰⁹ v. Conclusioni dell'AG. Tesaro, sentenza Corte di giustizia, 17 novembre 1993, causa C-2/91, *Meng*.

**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**

[101] TFUE, o rafforzi gli effetti di siffatti accordi,” **oppure** “tolga alla propria normativa il suo carattere pubblico, delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni di interventi in materia economica”¹¹⁰.

Le criticità legate ai suddetti criteri risiedono nella definizione in concreto dei loro contorni applicativi. Si tratta essenzialmente di stabilire se le fattispecie summenzionate si possano applicare anche in assenza di comportamenti imprenditoriali anticompetitivi (ossia, per il solo fatto che determinate misure producano un effetto equivalente a un comportamento anticompetitivo), oppure se l'applicazione del combinato disposto degli artt. 4(3) TUE, 101 e 102 TFUE presuppone invece un collegamento con il comportamento anticoncorrenziale da parte dell'impresa.

Le risposte a queste domande assumono una chiara “*constitutional dimension*”, poiché riguardano due modi diversi di intendere un “*important element of the Community's economic order (Wirtschaftsverfassung)*”¹¹¹.

Le problematiche sono infatti di un duplice ordine.

In primo luogo, è intuitivo che ritenere il combinato disposto degli artt. 4(3) TUE, 101 e 102 TFUE applicabile per il solo fatto che le misure statali restringano oggettivamente la concorrenza, implicherebbe riconoscere in capo alle istituzioni dell'Unione europea, *in primis* ai giudici UE e alla Commissione, un potere di

¹¹⁰ v., *ex multis*, sentenza *Van Eyck*, *supra cit.*, p. 16.

¹¹¹ È la terminologia utilizzata da A. BACH, *Case C-185/91, Bundesanstalt für den Güterfernverkehr v. Gebrüder Reiff GmbH & Co. KG, preliminary ruling of 17 November 1993 re- requested by the Bundesgerichtshof (not yet reported); Case C-2/91, Meng, preliminary ruling of 17 November 1993 requested by the Bundesgerichtshof (not yet reported); Case C-245/91, OHRA Schadeverzekeringen NV, preliminary ruling of 17 November 1993 requested by the Arrondissementsrechtbank Arnhem (not yet reported); all on the interpretation of Articles 3(f), 5(2) and 85(1) EEC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1994, p. 1369.

**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**

sindacare “ogni misura nazionale inerente all’esercizio dell’attività economica delle imprese”¹¹². Si finirebbe quindi per trasferire a livello UE la maggior parte delle scelte di regolazione, “dato che lo stesso fatto di regolamentare il mercato comporta, per definizione, una limitazione della concorrenza [ed] è raro infatti che misure statali inerenti all’esercizio dell’attività economica delle imprese non abbiano effetti anticoncorrenziali”¹¹³.

In secondo luogo, le norme in materia di concorrenza si applicano solo in presenza di un’infrazione da parte di imprese private. Sostenere il contrario significherebbe snaturare il campo di applicazione delle norme in questione.

La Corte di giustizia ha dimostrato particolare sensibilità su entrambi i temi, richiedendo, a partire dai casi *Meng*, *Ohra* e *Reiff*, la sussistenza di un collegamento tra il comportamento anticompetitivo delle imprese e le misure statali¹¹⁴.

¹¹² v. Conclusioni dell’AG Tesauro in *Meng*, *supra cit.*, punto 27.

¹¹³ *Ibid.*, nota 3. Questo aspetto è stato colto in maniera chiara anche da D. EHLE, *State Regulation Under the U.S. Antitrust Action Doctrine and Under EC Competition Law: A comparative Analysis*, in *European Competition Law Review*, 1998, in cui si afferma che la summenzionata giurisprudenza della Corte “*is not really about competition but about the distribution of political power*” (p. 394).

¹¹⁴ v. sentenza *Meng*, *supra cit.*; sentenza Corte di giustizia, 17 novembre 1993, causa C-245/91, *Ohra*, in cui è stato sostenuto che “benché di per sé l’art. [101] del Trattato riguardi unicamente il comportamento delle imprese, non già i provvedimenti di legge o di regolamento degli Stati membri, tuttavia detto articolo, letto congiuntamente all’ art. [4 (3)] del Trattato [UE], impone agli Stati membri di non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, sia pure di legge o di regolamento, tali da privare di effetto utile le norme sulla concorrenza che valgono per le imprese. Ciò avviene ad esempio se uno Stato membro ordina o agevola la conclusione d’intese in contrasto con l’art. [101] o ne rafforza gli effetti, ovvero toglie alla propria normativa la natura statutale, delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni d’ intervento in materia economica” e che le suddette norme “*non ostano, in mancanza di qualsiasi collegamento con un comportamento di imprese vietato dall’art. [101], n. 1, del Trattato, all’applicazione di una normativa statale che vieti alle compagnie di assicurazione, si avvalgano esse o meno di intermediari, nonché a questi ultimi, di concedere agevolazioni finanziarie ai contraenti o ai beneficiari delle polizze*”; sentenza della Corte di giustizia, 17 novembre 1993, causa C-185/91, *Reiff*, in cui è stato sostenuto che le norme in materia di concorrenza “non ostano a che una normativa di uno Stato membro preveda che le tariffe dei trasporti su strada a lunga distanza di merci siano

**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**

In altri termini, la Corte ha escluso “la possibilità di prendere in esame provvedimenti statali [solo] in ragione degli effetti anticoncorrenziali che sono loro propri”¹¹⁵.

Con la giurisprudenza successiva la Corte sembra avere “ulteriormente definito tali presupposti stabilendo un parallelismo tra la legalità di un comportamento privato e la liceità del provvedimento statale”, per cui “qualora un accordo, o una decisione o una pratica concordata, non sia in contrasto con l'art. [101], n. 1, il provvedimento statale che ne rafforza gli effetti è *automaticamente* compatibile con gli artt. [4 (3) TUE e 101 TFUE]”¹¹⁶.

Quest'ultima giurisprudenza ha suscitato le critiche degli Avvocati Generali Jacobs¹¹⁷, Leger¹¹⁸ e Maduro¹¹⁹, i quali hanno

fissate da commissioni tariffarie e rese obbligatorie per tutti gli operatori economici, previa approvazione dell'autorità pubblica, purché i membri di dette commissioni, sebbene designati dai pubblici poteri su proposta dei settori professionali interessati, non costituiscano rappresentanti di questi ultimi chiamati a negoziare e a concludere un accordo sui prezzi, ma esperti indipendenti chiamati a fissare le tariffe in funzione di considerazioni di interesse generale, e purché i pubblici poteri non rinuncino alle loro prerogative, e vigilino in particolare affinché le commissioni fissino le tariffe in funzione di considerazioni di interesse generale, sostituendo, se necessario, la loro decisione a quella delle commissioni”. Per un commento delle sentenze in un'ottica più ampia di quella del diritto della concorrenza, v. N. REICH, *The “November Revolution” of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited*, in *Common Market Law Review*, 1994, p.459-492. Conf. sentenza della Corte di giustizia, 17 ottobre 1995, cause riunite C-140-142/94, *DIP.*, in cui è stato deciso che “1) una legislazione che disponga la previsione pianificata della rete commerciale che comprenda elenchi predeterminati di merci soggetti a quote, precludendo così l'apertura di nuovi negozi qualora il mercato sia ritenuto, a norma del piano, già adeguatamente servito, non è di per sé contraria né all'art. [101] né all'art. [102] del Trattato; 2) una legislazione che imponga di ottenere, sia per redigere il piano che per concedere nuove autorizzazioni, un parere di un collegio tra i cui membri vi siano rappresentanti dei commercianti già operanti sul mercato, non è contraria né all'art. [101] né all'art. [102] del Trattato”.

¹¹⁵ v. Conclusioni dell'AG Leger, nella sentenza Corte di giustizia, 19 febbraio 2002, causa C-35/90, *Arduino*, punto 83.

¹¹⁶ *Ibidem*, punto 84.

¹¹⁷ v. Conclusioni dell'AG Jacobs, nella sentenza della Corte di giustizia, 12 settembre 2000, cause riunite C-180-184/98, *Pavlov*, punti 161-163.

¹¹⁸ v. Conclusioni dell'AG Leger, nella sentenza *Arduino*, *supra cit.*, punti. 88 e ss.

¹¹⁹ v. Conclusioni dell'AG Maduro, nella causa *Cipolla*, *supra cit.*, punti 35 e ss.

**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**

rilevato che essa lasci fuori dal campo di applicazione degli articoli 4 (3) TUE e 101/102 TFUE, tutti quei casi “dove la combinazione di due misure legittime, di cui una privata e l'altra pubblica, è potenzialmente in grado di restringere sensibilmente la concorrenza”¹²⁰. Sebbene, formalmente gli Avvocati Generali non criticano il criterio del collegamento tra comportamento delle imprese e ed effetto anticoncorrenziale delle misure statali stabilito dalla Corte nelle cause *Meng, Ohra e Reiff*¹²¹, essi tentano, sostanzialmente, di ridimensionarlo, proponendo *test* alternativi (o, quantomeno, complementari) a quello adottato dalla Corte nei succitati casi.

Secondo gli Avvocati Generali, l'attenzione deve essere posta sull'effetto della combinazione delle misure statali e di quelle imprenditoriali. Sicché, in caso di un effetto complessivo restrittivo della concorrenza, le misure dovrebbero essere, essenzialmente, poste a un controllo di proporzionalità rispetto al raggiungimento di interessi pubblici¹²². Insomma, si dovrebbe verificare il genuino

¹²⁰ V. D. GALLO, *I servizi*, op. cit., p. 71.

¹²¹ Si vedano, ad esempio, le Conclusioni dell'Avvocato Leger nella causa *Arduino* supra cit., secondo cui: “a questo proposito, ricordo che, affinché possa accertarsi l'incompatibilità di un provvedimento legislativo o regolamentare con gli artt. 5 e 85 del Trattato, la giurisprudenza richiede l'esistenza di un collegamento tra il provvedimento statale ed un comportamento privato adottato da una o più imprese. ... Nelle loro conclusioni per le sentenze *Meng, Reiff, Ohra Schadeverzekeringen e DIP e a.*, gli avvocati generali Tesaro, Darmon e Fennelly hanno esposto in maniera convincente le ragioni per le quali su questo punto la giurisprudenza merita di essere approvata. Non è pertanto necessario tornare su questi diversi argomenti”.

¹²² Ad avviso di chi scrive, l'Avvocato Generale Leger ha elaborato il test più analitico, secondo il quale cui, in primo luogo, si ritiene che “dev'essere possibile constatare che una misura di Stato restringe sensibilmente il gioco della concorrenza anche se il comportamento degli operatori economici che è all'origine dell'intervento dello Stato non è, di per sé, in contrasto con l'art. 85, n. 1, del Trattato”. Tali misure, per potere essere poi dichiarate definitivamente compatibili con il combinato disposto degli artt. 4(3) TUE e 101/102 TFUE dovrebbero essere sottoposte a un ulteriore test volto alla valutazione della sussistenza dei seguenti criteri: “(1) le pubbliche autorità dello Stato membro interessato esercitino un controllo reale sul contenuto dell'intesa, (2) la misura di Stato persegua uno scopo legittimo di interesse generale e (3) la misura di Stato sia proporzionata rispetto allo scopo perseguito” (punto 91).

**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**

perseguimento di un interesse pubblico da parte della misura di Stato restrittiva della concorrenza.

Ad ogni modo, la giurisprudenza *Meng* è stata pienamente confermata dalla Corte proprio nelle sentenze *Arduino* e *Cipolla*, in cui la Corte ha di nuovo ritenuto che per l'applicazione del combinato disposto dell'articolo 4(3) TUE e 101/102 TFUE è necessario il collegamento al comportamento di una o più imprese, ovvero la delega ad operatori privati "la responsabilità di adottare decisioni di intervento nel settore economico"¹²³. In quest'ultima ipotesi, l'indagine deve essere svolta "in quanto e nella misura in cui attraverso una tale deroga lo Stato membro tolga alla propria normativa il suo carattere pubblico", con la conseguenza che l'azione degli operatori privati "potrà essere analizzata, in buona sostanza, come comportamento d'impresa ai sensi [degli artt. 101/102 TFUE]"¹²⁴.

5.2. Adesione alla giurisprudenza UE sull'applicazione congiunta degli artt. 4 (3) TUE e 101/102 TFUE: la legittimità del sacrificio della tutela della concorrenza da parte del potere pubblico per il soddisfacimento di altri interessi pubblici

Questo orientamento, ormai consolidato, della Corte è importante e merita adesione, perlomeno per due ragioni.

In primo luogo, esso correttamente pone un chiaro limite all'applicazione delle norme in materia di concorrenza¹²⁵. Il presupposto sul quale si basa la Corte è rappresentato dalla constatazione che la tutela della concorrenza non è un valore assoluto, né un super-principio. Essa è invece una dei diversi valori (o *policy*)

¹²³ v. sentenza *Arduino*, *supra* cit., punto 43.

¹²⁴ v. Conclusioni dell'AG Tesauo, nella sentenza *Meng*, cit., punti 18 e ss..

¹²⁵ v. R. WHISH, op. cit., secondo cui "the insistence that there must be an agreement contrary to Article 101 before a Member State can be found to have infringed Article 4(3) places an obvious limit on the extent to which it is possible to use the INNO doctrine to challenge state measures: in particular it is clear that Article 4 (3) cannot be used because a state measure produces effects similar to those of a cartel" (p. 221).

**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**

protetti e in quanto tale può essere legittimamente limitato dal potere pubblico per il perseguimento di altri interessi pubblici (o se si preferisce, di altre *policy*)¹²⁶.

Si tratta di una constatazione tanto ovvia quanto sottovalutata nella prassi applicativa del diritto della concorrenza.

In secondo luogo, adottare la sussistenza di un comportamento anticoncorrenziale da parte delle imprese come criterio per l'applicazione delle norme in materia di concorrenza alle misure statali, implica riconoscere che la mera partecipazione dei privati ai processi decisionali – che culminano nell'adozione di misure pubbliche con effetti anticoncorrenziali – non è sufficiente per applicare le norme in materia di concorrenza alle suddette misure. In altri termini, non ogni contatto tra pubblico e privato si trasforma nella cattura del primo da parte del secondo.

In tal senso, è certamente vero che “l'ampiezza del campo di applicazione *ratione materiae* delle regole di concorrenza” si può giustificare dal fatto che si possa “presumere che gli operatori economici privati, quando concludono accordi tra loro, normalmente agiscano nel proprio interesse e non nell'interesse pubblico”¹²⁷. Tuttavia, è altresì vero che, come limpidamente rilevato dall'Avvocato Generale Tesauro in *Meng*, “da un lato, [...] l'influsso di soggetti

¹²⁶ La giurisprudenza in questione chiarisce altresì che l'articolo 4 (3) TUE è una disposizione che non ha una rilevanza autonoma, nel senso di essere letta come norma che di per sé impone un divieto in capo agli Stati membri di adottare provvedimenti con effetti anticoncorrenziali. Sostenere il contrario rappresenterebbe una forzatura eccessiva, specie se si tiene in considerazione che dove lo ha ritenuto opportuno, il legislatore ha espressamente imposto agli Stati membri il divieto di adottare misure contrarie alle norme in materia di concorrenza. Ne è un ottimo esempio l'articolo 106 (che sarà oggetto del seguente paragrafo). Sicché, il ruolo del dovere di leale cooperazione è quello di operare come una sorta di *rinvio dinamico* alle diverse discipline sostanziali dei Trattati: nel presente caso agli articoli 101/102 TFUE. Ed è fuori dubbio che questi ultimi non possono prescindere dall'esistenza di un comportamento anticompetitivo da parte delle imprese.

¹²⁷ v. Conclusioni dell'AG Jacobs, nella sentenza Corte di giustizia, 21 settembre 1999, causa C-67/99, *Albany*, punto 184.

**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**

privati sul procedimento di formazione delle norme giuridiche costituisce una costante dei moderni ordinamenti giuridici; dall'altro, [...] non è affatto agevole accertare se le misure statali di cui trattasi corrispondano effettivamente (e fino a che punto) ad orientamenti dei soggetti privati, che, peraltro, ben possono coincidere con l'interesse pubblico perseguito dal legislatore”¹²⁸.

Quanto appena affermato non crea alcuna lacuna di protezione, tale da essere colmata tramite l'applicazione delle norme in materia di concorrenza. Si ritiene infatti che la maggior parte delle misure che si vogliono fare rientrare nel campo d'applicazione degli articoli 4 (3) TUE e 101/102 TFUE potrebbero essere meglio contrastate tramite l'applicazione delle norme a difesa delle altre libertà fondamentali del Mercato interno.

6. L'intervento diretto del potere pubblico nel mercato e l'abuso di posizione dominante

Il bilanciamento tra la tutela della concorrenza e il raggiungimento di altri obiettivi di interesse generale è poi espressamente previsto dall'articolo 106 TFUE¹²⁹. La disposizione “mira, in buona sostanza, ad impedire che l'intervento pubblico nell'economia determini violazioni delle norme del Trattato”, che, di norma, si “risolvono in ostacoli agli scambi e alla libera prestazione

¹²⁸ v. Conclusioni dell'AG Tesauro, nella sentenza *Meng*, punto 28.

¹²⁹ Ai sensi dell'articolo 106 TFUE: “1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 18 e da 101 a 109 inclusi. 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione. 3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive e decisioni”.

**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**

dei servizi o anche, e soprattutto, in un abuso di posizione dominante¹³⁰.

6.1. I tratti essenziali dell'articolo 106 TFUE

La norma è frutto di un delicato compromesso tra la libertà del potere pubblico di intervenire direttamente sul mercato, per il raggiungimento di fini e interessi che gli sono propri, e la tutela della concorrenza come strumento per la realizzazione del Mercato interno.

Ciò si evince agevolmente dalla stessa struttura della disposizione.

Il primo comma dell'articolo 106 TFUE vieta l'intervento dello Stato nel mercato solo quando esso si pone in contrasto con le norme del Trattato e, in particolare, con quelle per la tutela della concorrenza. La norma è diretta quindi allo Stato e gli interventi economici vietati possono essere sia diretti (ossia, tramite lo strumento dell'impresa pubblica), che indiretti (vale a dire, tramite il riconoscimento di diritti di esclusiva o speciali in capo a una o più imprese, anche non pubbliche)¹³¹.

Il secondo comma della disposizione in questione sancisce che le regole della concorrenza non si applicano alle imprese incaricate dell'esercizio di un servizio di interesse economico generale, “nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”. Si è cercato quindi di creare un equilibrio tra la tutela della concorrenza e la fornitura di servizi pubblici, con la clausola di salvaguardia per cui

¹³⁰ v. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, p. 786.

¹³¹ Per un'analisi dell'articolo 106 (1) TFUE, si vedano, J.L. BUENDIA SIERRA, *Article 106 – Exclusive or Special Rights and Other Anti-competitive State measures*, in *The EU Law*, (a cura di J. FAULL e A. NIKPAY), op. cit., pp. 809 e ss; A. JONES e B. SUFFRIN, *EU Competition Law*, op. cit., pp. 597 e ss.

**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**

“[l]o sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione”¹³².

Il terzo comma dell'articolo 106 TFUE, riconosce infine alla Commissione uno specifico potere di vigilanza sull'applicazione della norma, che può esercitare tramite l'indirizzo agli Stati membri di “direttive o decisioni” che specificano i principi ivi espressi¹³³.

6.2. L'applicazione congiunta degli artt. 102 e 106 (1) TFUE: verso l'illegittimità automatica della concessione di esclusive e/o diritti speciali

La Corte di giustizia assegna all'articolo 106 (1) TFUE la natura di “*regle de renvoi*”¹³⁴, il cui contenuto dipende da quello delle altre norme che sono applicate congiuntamente a esso, *in primis*, l'articolo 102 TFUE.

In tal modo, l'articolo 102 TFUE è stato utilizzato, dalla Corte di giustizia e dalla Commissione, come una sorta di “grimaldello” per “scardinare gli assetti monopolistici pubblici, per eliminare diritti di esclusiva non giustificabili e per avviare la fase della libertà di mercato in segmenti in segmenti economici che ... erano dapprima al mercato del tutto estranei”¹³⁵.

¹³² Per la trattazione sistematica delle tematiche in tema di SIEG, si rinvia a F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010.

¹³³ v. M. LIBERTINI, *La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza*, in *Giornale di diritto Amministrativo*, 2003, secondo cui la disposizione in questione “ha consentito, soprattutto, agli organi di governo della Comunità di emanare il *corpus* che ha portato alla liberalizzazione dei principali settori tradizionalmente regolati attraverso lo strumento dei diritti speciali ed esclusivi per finalità di servizio pubblico (telecomunicazioni, energia, poste, ferrovie)” (p. 1135).

¹³⁴ v. J.L. BUENDIA SIERRA, *Article 106*, op.cit., p. 822.

¹³⁵ v. F. CINTIOLI, *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra antitrust e regolazione*, in *20 Anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (a cura di, C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI), p. 780. Allo stesso modo E. SZYSZCZAK, *Controlling Dominance in European Markets*, in *Fordham International Law Journal*, 2011, rileva che “[t]he internal market provisions were used to start the process of liberalization, but competition rules, especially articles 101 and 102 [TFEU] are viewed as the crowbar, or the can opener, for greater market liberalization” (pp.740-741).

**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**

Partendo inizialmente da una posizione che riconosceva, in linea di principio e *prima facie*, la legittimità delle misure statali nei confronti delle imprese pubbliche o di quelle che godono di diritti di esclusiva/speciali, la giurisprudenza della Corte di giustizia compie nel corso degli anni un rovesciamento di prospettiva, giungendo a posizioni che sembrano implicare invece una presunzione di illegittimità delle suddette misure.

I meccanismi che hanno permesso alla Corte di assumere tale posizione sono essenzialmente due.

In primo luogo, la Corte di giustizia ha utilizzato una certa generosità nell'accertamento della posizione dominante in capo alle imprese pubbliche o beneficiarie di diritti di esclusiva/speciali. Pur avendo ben presente la differenza tra il concetto di diritto esclusivo/speciale e posizione dominante¹³⁶, la presenza dei primi ha indotto la Corte a svolgere un'indagine meno rigorosa sulla sussistenza dei presupposti per l'accertamento della posizione dominante¹³⁷.

In secondo luogo, nell'applicazione del combinato disposto degli articoli 106 (1) e 102 TFUE, la Corte ha adottato una nozione ampia di fattispecie abusiva, giungendo a sanzionare persino misure che producono soltanto effetti analoghi a quelli di una condotta abusiva. Infatti, sono da ritenersi illegittime non solo le misure che hanno causato un'attuale condotta abusiva da parte dell'impresa, bensì

¹³⁶ v. sentenza Corte di giustizia, 4 maggio 1988, causa C-30/87, *Bodson*, punti 26-29, in cui la Corte intraprende un'autonoma valutazione della posizione dominante, in conformità con la sua giurisprudenza sull'art. 102 TFUE.

¹³⁷ Critica tale approccio, J.L. BUENDIA SIERRA, *Article 106*, op. cit., secondo cui “*some judgments of the Court of Justice and some decisions of the Commission suggest that the mere existence of an exclusive right automatically outs its holder in a dominant position. However, it is submitted that no automatic link exists. The concept of an exclusive right is closely connected but independent from the concept of “dominant position” under article 102. The existence of an exclusive right depends entirely on legal factors. The existence of a dominant position depends on a number of economic factors*” (p. 818).

**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**

anche quelle misure che potenzialmente potrebbero indurre le imprese destinatarie ad abusare della propria posizione dominante. In altri termini, non è necessario che venga dimostrato l'esistenza di una attuale condotta abusiva da parte dell'impresa, essendo sufficiente che le misure statali inducano l'impresa ad abusare della siffatta posizione¹³⁸.

La Corte ha addirittura sostenuto che per considerare illegittima una misura ai sensi del combinato disposto degli artt. 102 e 106 (1) TFUE, è sufficiente che il conferimento di un diritto di esclusiva crei un mero "rischio di abuso di posizione dominante"¹³⁹. Sicché sono state considerate illegittime non solo le misure che avrebbero comportato un abuso inevitabile (per limitazione della produzione)¹⁴⁰,

¹³⁸ v. P. CASSINIS, *Imprese pubbliche e incaricate di servizi di interesse generale*, in *La concorrenza*, (a cura di A. FRIGNANI e R. PARDOLESI), op. cit., secondo cui "il principio di diritto sulla cui base la Corte ha deciso le questioni ad essa sottoposte circa la compatibilità di misure nazionali con gli artt. [106] e [102], è stato in molti casi quello consistente nell'avere o meno dette misure creato situazioni tali da *indurre* l'impresa beneficiaria del diritto esclusivo a sfruttare abusivamente la posizione dominante così acquisita" (p. 244).

¹³⁹ v. sentenza della Corte di giustizia, 1 luglio 2008, causa C-49/07, *MOTOE*, secondo cui "la violazione degli artt.[102 TFUE] e [106, n. 1, TFUE] sussiste dal momento che una misura imputabile ad uno Stato membro, segnatamente quella con cui lo Stato medesimo conferisce diritti speciali o esclusivi ai sensi di quest'ultima disposizione, crei un rischio di abuso di posizione dominante (v., in tal senso, sentenze ERT, citata supra, punto 37; Mercati convenzionali porto di Genova, citata supra, punto 17, e 31 gennaio 2008, causa C-380/05, Centro Europa 7, Racc. pag. I-349, punto 60)" (punto 50).

¹⁴⁰ v., *ex multis*, sentenza della Corte di giustizia, 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Hofner*, secondo cui "sarebbe incompatibile con le norme del Trattato qualsiasi provvedimento con il quale uno Stato membro mantenga in vigore una disposizione di legge che crei una situazione in base alla quale un ufficio pubblico per l'occupazione sarebbe necessariamente indotto a contravvenire all'art. 102 ... Secondo l'art. [102], seconda frase, lett. b), del Trattato, una siffatta pratica abusiva può, in particolare, consistere in una limitazione della prestazione, a danno dei richiedenti del servizio considerato. Orbene, uno Stato membro crea una situazione in cui la prestazione è limitata qualora l'impresa alla quale ha conferito un diritto esclusivo estendentesi alle attività di collocamento di personale direttivo di aziende non sia manifestamente in grado di soddisfare la domanda presente sul mercato per tale tipo di attività e qualora l'esercizio effettivo di queste attività da parte di società private sia reso impossibile dal mantenimento in vigore di una disposizione di legge che vieta dette attività a pena di nullità dei corrispondenti contratti" (punti 27, 30 e 31).

**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**

ovvero una situazione di discriminazione (dovuta al cumulo in capo alla stessa impresa di attività commerciali e potestà regolamentari o, più in generale, alla creazione di una situazione di conflitto di interessi)¹⁴¹, bensì anche misure che estendevano la posizione dominante delle loro destinatarie a mercati diversi da quelli in cui dette imprese godevano di diritti di esclusiva o speciali (incidendo negativamente sulle pari opportunità tra gli operatori di mercato)¹⁴².

Con la celebre sentenza *Corbeau*, la Corte sembra invece estendere ulteriormente il campo d'applicazione del combinato disposto degli articoli 106 (1) e 102 TFUE, giungendo a operare quello che sembra un vero e proprio automatismo tra conferimento del diritto di esclusiva e violazione delle suddette norme¹⁴³.

¹⁴¹ v. ad esempio, sentenza della Corte di giustizia, 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*, secondo cui, “l'art. [106], n. 1, del Trattato osta alla concessione, da parte di uno Stato membro, di un diritto esclusivo di ritrasmissione di emissioni televisive ad un'impresa avente un diritto esclusivo di diffusione di emissioni, qualora questi diritti siano idonei a creare una situazione nella quale detta impresa è indotta a violare l'art. [102] del Trattato con una politica delle emissioni discriminatoria in favore dei propri programmi” (punto 37).

¹⁴² v. sentenza della Corte di giustizia, 13 dicembre 1991, causa C-18/88, *RTT*, dove si afferma che “[è] sufficiente rilevare in proposito che l'estensione senza obiettiva giustificazione del monopolio della creazione e dell'esercizio della rete telefonica al mercato degli apparecchi telefonici è vietata in quanto tale dall'art. [102] o dal combinato disposto dell'art. [106], n. 1, e dell'art. [102], qualora tale estensione sia effetto di un provvedimento statale. Poiché la concorrenza non può essere in tal modo eliminata, essa non può neppure essere falsata. Orbene, un sistema di concorrenza non falsata, come quello previsto dal Trattato, può essere garantito solo se sono garantite pari opportunità tra vari operatori economici. Affidare ad un'impresa che vende apparecchi terminali la definizione delle specifiche cui dovranno conformarsi detti apparecchi, il controllo della loro applicazione e l'omologazione degli apparecchi equivale a conferire alla medesima il potere di determinare, a suo piacimento, quali apparecchi terminali possano essere allacciati alla rete pubblica, concedendole in tal modo un evidente vantaggio sui suoi concorrenti” (punti 24 e 25).

¹⁴³ v. sentenza Corte di giustizia, 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Corbeau*, secondo cui l'articolo 106 (1) “dev'essere interpretata congiuntamente al n. 2 dello stesso articolo che prevede che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale siano sottoposte alle norme sulla concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica funzione loro affidata. Quest'ultima disposizione consente quindi agli Stati membri di conferire ad imprese, cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire

**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**

La giurisprudenza *Corbeau*, e in particolare l'automatismo ivi espresso, pur essendo stati contrastati da parte della giurisprudenza immediatamente successiva¹⁴⁴, sembra ricevere conferma nella recente pronuncia *DEI*¹⁴⁵. In questo caso, la Corte di giustizia ha adottato una pura teoria degli effetti, sostenendo quindi che l'accertamento dell'illegittimità di una misura statale, ai sensi degli articoli 106 (1) e 102 TFUE, potrebbe prescindere dalla dimostrazione di una condotta abusiva, anche meramente ipotetica, dell'impresa. Non è quindi necessario individuare nemmeno un'ipotetica condotta abusiva in cui potrebbe incorrere l'impresa destinataria delle suddette misure statali. In quest'ottica, la Corte ha affermato che “può esservi violazione del combinato disposto degli articoli [106], paragrafo 1, [TFUE] e 102 [TFUE] a prescindere da qualsiasi abuso reale”, essendo quindi sufficiente che “la Commissione identifichi una conseguenza anticoncorrenziale, potenziale o reale, che possa derivare dal provvedimento statale di cui trattasi”¹⁴⁶.

l'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui restrizioni della concorrenza, o persino l'esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessarie per garantire l'adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi” (punti 13-14). Secondo A. JONES e B. SUFFRIN, *EU Competition*, op. cit., i succitati punti della sentenza *Corbeau* “*appear to suggest that, in order to ensure the effet utile or effectiveness of Article 106 (1) and 102 ... the very existence of national rules conferring a dominant position on an undertaking is unacceptable unless the rights at issue can be justified under Article 106 (2). In effect, it reversed the burden of proof: exclusive rights are not prima facie legal, but prima facie illegal unless they are objectively justified or fulfil the Article 106 (2) criteria*” (p. 621).

¹⁴⁴ v. sentenza Corte di giustizia, 5 ottobre 1994, causa C-323/93, *La Crespelle*. v. altresì la discussione in A. JONES e B. SUFFRIN, *EU Competition*, pp. 621 e ss, secondo cui la sentenza *Corbeau* è stata abbandonata dalla successiva giurisprudenza della Corte; *contra*, J.L. BUENDIA SIERRA, *Article 106*, op. cit., pp. 833 e ss..

¹⁴⁵ v. sentenza Corte di giustizia, 17 luglio 2014, causa C-553/12P, *Commissione c. DEI*. con nota di A. CANEPA, *Mercato dell'energia, diritti esclusivi e rispetto delle regole antitrust: la Corte di Giustizia si pronuncia sul caso della lignite greca*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, pp. 1955-1959.

¹⁴⁶ *Ibid.*, secondo la Corte, “una tale violazione può così essere constatata quando i provvedimenti statali di cui trattasi pregiudichino la struttura del mercato creando condizioni di concorrenza ineguali tra le imprese, permettendo all'impresa

6.3. L'applicazione dell'articolo 106 (2) TFUE: il bilanciamento della tutela della concorrenza con altri interessi pubblici

Il mutamento di prospettiva, verso la presunzione di illegittimità delle misure pubbliche di cui all'art. 106 (1) TFUE, ha indotto la Corte a spostare il focus del controllo giurisdizionale sulle giustificazioni per l'adozione di tali misure.

Non sembra essere un caso infatti che è stato proprio a partire dalla sentenza *Corbeau*, che nella giurisprudenza della Corte ha assunto sempre più rilevanza l'eccezione di cui all'articolo 106 (2) TFUE. Ricadendo le misure statali all'interno del campo di applicazione degli articoli 106 (1) e 102 TFUE, la Corte si focalizza sulla giustificabilità o meno delle suddette misure alla luce dell'articolo 106 (2)¹⁴⁷. In particolare, la Corte esercita un controllo di proporzionalità, volto ad analizzare se l'adozione delle suddette misure statali sia necessaria all'assolvimento dei servizi di interesse economico generale. In questo modo, la Corte di giustizia ha saputo garantire un approccio flessibile, attento a bilanciare gli interessi in gioco e a non pregiudicare le politiche pubbliche genuinamente volte alla cura di interessi economici generali.

Al di là però della ricostruzione esegetica della suddetta giurisprudenza, compito che esula dal campo della presente ricerca, i rilievi che qui interessano sono due.

pubblica o all'impresa cui sono stati concessi diritti speciali o esclusivi di mantenere, ad esempio ostacolando l'ingresso di nuovi concorrenti su quest'ultimo, rafforzare ed estendere la sua posizione dominante su un altro mercato limitando così la concorrenza, senza che sia richiesta la prova dell'esistenza di una pratica abusiva reale" (punto 46).

¹⁴⁷ Con riferimento all'applicazione alle misure statali dell'eccezione indirizzata formalmente alle imprese, osserva J.L. BUENDIA SIERRA, op. cit., che "*despite some early doubts, it is now clear that the exception provided for in Article 106 (2) can also apply to State measures (eg. Exclusive or special rights) that conflict with certain rules of the Treaty addressed to the Member States, such as Article 106 (1) in combination with Article ... 102*" (p. 852).

**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**

In primo luogo, dalla giurisprudenza in questione emerge l'utilizzo da parte delle istituzioni europee dell'articolo 102 TFUE (in combinato disposto con articoli 106) quale strumento di controllo dell'intervento pubblico nel mercato. Come si è visto, in questo campo le istituzioni europee, diversamente dalla giurisprudenza *Meng* di cui al paragrafo precedente, svolgono un controllo di proporzionalità con riferimento a misure che si presumono in contrasto con il diritto UE. In tal modo, le istituzioni europee hanno la possibilità di incidere più efficacemente sulle scelte nazionali, tramite la variabile gradazione dell'intensità del controllo di proporzionalità.

Il secondo rilievo è invece analogo alle conclusioni prospettate con riferimento alla giurisprudenza *Meng*. Alla base dell'articolo 106 TFUE e del controllo di proporzionalità esercitato dalla Corte, vi è il chiaro presupposto della relatività della tutela della concorrenza. Anche in questo caso, tale valore può essere sacrificato/limitato per il perseguimento di altri interessi, *latu sensu*, pubblici.

7. Il perseguimento di interessi pubblici e l'“immunità” dalla responsabilità antitrust: la *State Action Doctrine*

Dai paragrafi precedenti emerge come nell'esperienza europea la questione dell'interazione tra politiche statali e diritto della concorrenza sia stata posta in un'ottica di “espansione” delle norme in materia antitrust. Queste ultime, pur essendo norme volte a controllare comportamenti da parte delle imprese, sono state utilizzate anche per contrastare situazioni di commistione tra il perseguimento di interessi pubblici/generali e interessi individuali.

Nell'esperienza europea, il controllo nei confronti degli effetti anticoncorrenziali delle politiche statali si è sviluppato, attraverso l'“estensione” delle norme dei Trattati in materia di comportamenti anticoncorrenziali da parte delle imprese private. Si amplia quindi l'intervento delle norme UE e, in particolare, quelle in materia di

**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**

concorrenza. Ciò è stato compiuto per via giurisprudenziale e con lo scopo di ricolmare la “lacuna” nei Trattati di “previsioni che sanzionano misure statali, ovvero atti di natura prescrittiva generale, per il solo fatto che queste producono un effetto anticoncorrenziale”¹⁴⁸.

Negli Stati Uniti invece l'interazione tra norme antitrust federali e politiche (con effetti anticoncorrenziali) degli Stati è stata sviluppata come questione di esenzione dall'applicazione della disciplina antitrust, ossia di “*antitrust immunity*”¹⁴⁹. La genesi è quindi opposta a quella europea, poiché la giurisprudenza della Corte Suprema nasce dalla esigenza di riconoscere l'autonomia delle politiche statali dall'intervento della normativa federale (in materia antitrust). Nell'esperienza statunitense si restringe l'applicazione del diritto antitrust (federale), affermandosi quindi “un obbligo di deferenza da parte del potere antitrust” rispetto alle politiche degli Stati¹⁵⁰.

¹⁴⁸ L. DI VIA, *Antitrust e diritti sociali: Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Napoli, 2004, p. 279.

¹⁴⁹ v. D. EHLE, *State Regulation*, op.cit., secondo cui mentre “*the E.C. doctrine defines the criteria to expand the application of antitrust laws*”, la *State Action Doctrine* invece “*accords antitrust immunity*”(p. 382).

¹⁵⁰ Cfr. L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Mercato, concorrenza, regole* n. 3, 2013, p. 516, secondo cui “anche sotto questo profilo, il federalismo europeo si distingue dal federalismo americano, per l'enfasi sulla primazia del diritto federale rispetto al diritto degli Stati. La *state action doctrine* opera negli USA, infatti, come causa di esenzione per sé dal controllo antitrust e sono ridottissimi i margini entro i quali la regolazione statale può essere sottoposta essa stessa alla valutazione antitrust. La giurisprudenza si è espressa, anzi, in senso opposto, affermando un obbligo di deferenza da parte del potere antitrust verso la regolazione di settore e, in alcuni casi, persino a fronte di inerzia o omissioni dei regolatori di settore. Al contrario, nell'ordinamento europeo lo scrutinio antitrust si va oggi estendendo oltre il contrasto fra regolazione pubblica e tutela della concorrenza ai possibili abusi della regolazione pubblica, anche quando questa è sicuramente legittima” (*ibid*).

**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**

7.1. La *State Action Doctrine* nell'ordinamento statunitense

A partire dalla sentenza *Parker v Brown*¹⁵¹ del 1943, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha elaborato un orientamento giurisprudenziale (detta anche *State Action Doctrine*) volto a stabilire i casi in cui il diritto antitrust federale non trova applicazione con riferimento alle misure anti-concorrenziali adottate dai singoli Stati. È opportuno precisare sin da subito che la *State Action Doctrine* opera come un'“immunità” dall'intervento antitrust, sia con riguardo alle misure di organi pubblici ed enti locali, sia con riguardo alle imprese private che attuano siffatte misure. L'immunità alle imprese private viene garantita in funzione della tutela della sovranità regolatoria in capo agli Stati¹⁵².

La *State Action Doctrine* si muove infatti su tre livelli di esenzione.

La protezione più intensa è garantita agli atti che sono espressione della sovranità (regolatoria) degli Stati. Si tratta, in particolare, degli atti espressione dell'esercizio del potere legislativo, di quelli atti adottati dalla alta giurisdizione statale quando agisce in funzione legislativa, ovvero (probabilmente anche) degli atti del

¹⁵¹ v. *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943). Il caso riguardava la compatibilità di uno schema dello Stato della California volto a contingentare la produzione e la vendita di uvetta da parte degli agricoltori californiani.

¹⁵² La logica sottostante alla protezione garantita alle imprese è espressa chiaramente nella causa *Southern Rate Conference v. United States*, 471 U.S. 48 (1985), ed è la seguente: [a]lthough *Parker* involved an action against a state official, the Court's reasoning extends to suits against private parties. The *Parker* decision was premised on the assumption that Congress, in enacting the Sherman Act, did not intend to compromise the States' ability to regulate their domestic commerce. If *Parker* immunity were limited to the actions of public officials, this assumed congressional purpose would be frustrated, for a State would be unable to implement programs that restrain competition among private parties. A plaintiff could frustrate any such program merely by filing suit against the regulated private parties, rather than the state officials who implement the plan. We decline to reduce *Parker's* holding to a formalism that would stand for little more than the proposition that Porter Brown sued the wrong parties”.

**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**

Governatore¹⁵³. Sin dalla sentenza *Parker v. Brown*, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha riconosciuto che questa tipologia di atti è *per se* immune dall'applicazione del diritto antitrust¹⁵⁴. La giurisprudenza successiva ha tuttavia chiarito che la *State Action Immunity* deve essere interpretata restrittivamente (“*state-action immunity is disfavored*”)¹⁵⁵.

All'opposta estremità dell'immunità garantita sotto la *State Action Doctrine* rientrano i casi in cui l'intervento pubblico ritenuto restrittivo della concorrenza richiede il coinvolgimento di comitati di regolazione o di soggetti privati. In questo ambito, le condizioni per la concessione dell'“immunità” dal diritto antitrust sono più stringenti. Infatti, nella sentenza *Midcal*¹⁵⁶ la Corte Suprema ha sottoposto il riconoscimento dell'esenzione dal diritto antitrust al previo adempimento di due condizioni (di seguito, il *Midcal test*).

Secondo il *Midcal test*, nel caso di coinvolgimento diretto di privati nell'attuazione di scelte regolatorie (o di delega a privati di poteri regolatori su un determinato mercato) si è in presenza di un intervento statale (pubblico) solo nei casi in cui: (i) le restrizioni contestate sono chiaramente articolate e affermativamente espresse

¹⁵³ v. E. ELHAUGE, *The Scope of Antitrust Process*, in Harvard Law Review, 1991, “[a]n anticompetitive restraint is deemed a direct act of the state sovereignty, and thus *per se* immune from antitrust scrutiny, if it represents the act of the state legislature, the highest state court acting legislatively, or (probably) the governor” (p. 673).

¹⁵⁴ Secondo la Corte suprema degli Stati Uniti: “*We find nothing in the language of the Sherman Act or in its history which suggests that its purpose was to restrain a state or its officers or agents from activities directed by its legislature. In a dual system of government in which, under the Constitution, the states are sovereign save only as Congress may constitutionally subtract from their authority, an unexpressed purpose to nullify a state's control over its officers and agents is not lightly to be attributed to Congress*”, sentenza, *Parker v. Brown*, supra cit..

¹⁵⁵ v. *FTC v. Ticor Title Ins. Co.*, 504 U. S. 621 (1992).

¹⁵⁶ v. *California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminium, Inc* 445 U.S. 97 (1980).

**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**

come politiche statali (criterio autorizzatorio)¹⁵⁷; e (ii) lo Stato attivamente supervisiona l'attuazione delle politiche in questione (criterio della supervisione pubblica)¹⁵⁸.

¹⁵⁷ In particolare, la restrizione contestata deve essere “*clearly articulated and affirmatively expressed as state policy*”.

¹⁵⁸ Ossia, “*the policy must be actively supervised by the State itself*”. Per spirito di completezza, si evidenzia che vi è una certa confusione nella giurisprudenza della Corte suprema circa la relazione tra la *State Action Doctrine* e la (diversa) *Pre-emption Doctrine*. Secondo quest'ultima, il diritto antitrust federale comporta, sotto certe condizioni, la disapplicazione delle leggi degli Stati membri (o delle ordinanze delle municipalities). L'*antitrust preemption doctrine*, è una specificazione della più generale *Federal Law Pre-emption Doctrine*, secondo cui “*a federal law may preempt a state statute where (1) the Congress expressly precludes the application of state law; (2) federal law “occupies the field” and leaves no room for states to supplement; or (3) a direct conflict exists between federal and state law such that it is impossible to comply with both*”. (v. M. MC DONALD, *Antitrust Immunity Up in Smoke: Preemption, State Action, and the Master Settlement Agreement*”, in *Columbia Law Review*, p. 97, [2013]).

Nel campo dell'antitrust, la *preemption doctrine* è stata chiaramente espressa nella sentenza *Rice*, in cui la Corte Suprema ha ritenuto che “*a state statute, when considered in the abstract, may be condemned under the antitrust laws only if it mandates or authorizes conduct that necessarily constitutes a violation of the antitrust laws in all cases, or if it places pressure on a private party to violate the antitrust laws*”. In altri termini, la disapplicazione (preemption) avviene nei casi in cui la normativa statale impone una restrizione *per se* del diritto della concorrenza (*hard core* o *naked restrictions*) e solo quando tale restrizione risulta immediatamente (*facial*) dalla legge in tutte le sue applicazioni. Se invece le restrizioni si concretizzano solo in determinate ipotesi applicative della norma, la dottrina della *preemption* non si applica. Come anticipato, risulta ancora problematica la intersezione tra la *preemption* e la *State Action Doctrine* e, in particolare, non vi è chiarezza su criteri per stabilire l'applicazione di una piuttosto che dell'altra. A tal proposito, la dottrina sostiene che la Corte abbia applicato un criterio di sequenzialità tra le due dottrine, per cui una legge statale potenzialmente disapplicabile secondo la *preemption doctrine* si potrebbe ritenere ancora valida nel caso in cui rientrasse nel campo di applicazione della *State Action Immunity*. Nel caso in cui invece una determinata norma passa indenne il vaglio della *preemption doctrine* non ci sarebbe bisogno di esaminare la compatibilità della norma alla luce della *State Action Doctrine*. Tale interpretazione sembra essere quella adottata dalla Corte suprema nella sentenza *Fisher*, secondo cui “*legislation that would otherwise be pre-empted under Rice may nonetheless survive if it is found to be state action immune from antitrust scrutiny under Parker v. Brown. . . . [W]e cannot say that the Ordinance is facially inconsistent with the federal anti-trust laws. We therefore need not address whether, even if the controls were to mandate § 1 violations, they would be exempt under the state-action doctrine from antitrust scrutiny*”. Sotto un diverso profilo, Areeda e Hovenkamp sembrano distinguere tra “*facial challenges to a statute on the one hand and challenges to particular applications of a statute on the other. Most cases applying state action involve challenges to the particular application of a statute. Such challenges charge a government subdivision or private party with a violation of the antitrust laws; they typically take the non-preempted*

**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**

Per quanto riguarda il criterio autorizzatorio, è stato chiarito che **non** è necessario che il comportamento delle imprese sia stato **imposto** dallo Stato, essendo invece sufficiente appunto una misura autorizzatoria da parte di quest'ultimo¹⁵⁹. Una generica autorizzazione ad agire non è tuttavia ritenuta sufficiente a soddisfare il criterio in questione¹⁶⁰. Secondo la Corte suprema la restrizione per la quale si chiede l'immunità deve essere una conseguenza "prevedibile" della norma¹⁶¹. In quest'ottica "*the State must have affirmatively contemplated the displacement of competition such that the challenged anticompetitive effects can be attributed to the "state itself,"*", ossia "*the displacement of competition was the inherent, logical, or ordinary result of the exercise of authority delegated by the state legislature*"¹⁶².

validity of the governing statute for granted and instead argue that the behavior arising under the statute fails the Midcal two-pronged test. In contrast, courts bring up preemption when a plaintiff challenges the statute itself, for example, when there is no private violation, when an injunction is sought to prevent enforcement of the statute, or when the statute is attacked "on its face" regardless of any specific antitrust violations" (cit passim in McDonald, Preemption, supra cit.).

¹⁵⁹ v. W.H.PAGE e J.E.LOPATKA, *State Action and the Meaning of Agreement Under the Sherman Act: An Approach to Hybrid Restraints*, in *Yale Journal of Regulation*, 2003, secondo i quali "*immunity does not require that the State compel the actions of the private party; a permissive policy is enough*" (p. 276). v. *Southern Rate Conference v. United States*, supra cit., in cui esplicitamente si ritiene che "*the Midcal test should be used to determine whether the private rate bureaus' collective ratemaking activities are protected under the federal antitrust laws. Moreover, the actions of a private party can be attributed to a "clearly articulated state policy, within the meaning of the Midcal test's first prong, even in the absence of compulsion"*.

¹⁶⁰ v. la recente sentenza della Corte suprema, *FTC v. Phoebe Putney Health System*, 568 U.S. _ (2013), secondo cui "*simple permission to play in a market*" does not "*foreseeably entail permission to roughhouse in that market unlawfully.*" *Kay Elec. Cooperative v. Newkirk*, 647 F. 3d 1039, 1043 (CA10 2011). *When a State grants some entity general power to act, whether it is a private corporation or a public entity like the Authority, it does so against the backdrop of federal antitrust law*".

¹⁶¹ *Ibid.* "*state-action immunity applies if the anticompetitive effect was the "foreseeable result" of what the State authorized*".

¹⁶² *Ibid.* In altri termini "*the State must have foreseen and implicitly endorsed the anticompetitive effects as consistent with its policy goals*".

**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**

Per quanto riguarda invece il criterio della supervisione pubblica sull'operato dei privati, la Corte suprema ha da sempre sostenuto che tale condizione fosse soddisfatta solo qualora le autorità pubbliche avessero un potere effettivo di revisione e controllo delle misure adottate dai privati¹⁶³.

In modo analogo alla giurisprudenza UE, la *ratio* del *Midcal test* e, soprattutto, della seconda condizione ivi stabilita, è quella di evitare che decisioni regolatorie siano messe nelle mani di attori privati con forti interessi sul settore economico da regolare. In tal senso, la Corte suprema ha recentemente ritenuto che la seconda condizione del *test* in questione serve a fornire una “*realistic assurance that a nonsovereign actor’s anticompetitive conduct promotes state policy, rather than merely the party’s individual interests*”¹⁶⁴. La tesi adottata dalla Corte suprema sembra essere quella suggerita dal Prof. Elhauge nel suo fortunato saggio sull’*antitrust process*. Secondo l’illustre Autore, la *State Action Doctrine* si spiegherebbe con il divieto di affidare poteri regolatori di un determinato mercato, inclusi quello di restringere la concorrenza, a soggetti che hanno dei propri interessi su tale mercato (*financially interested parties*)¹⁶⁵. In altri termini, la

¹⁶³ v. la recentissima sentenza della Corte suprema nel caso *North Carolina State Board of Dental Examiners v. FTC*, 574 U.S. _ (2015), in cui si evidenzia che l’autorità pubblica deve “*review the substance of the anticompetitive decision, not merely the procedures followed to produce it, see Patrick, 486 U. S., at 102–103; the supervisor must have the power to veto or modify particular decisions to ensure they accord with state policy, see ibid.; and the “mere potential for state supervision is not an adequate substitute for a decision by the State,” Ticor, supra, at 638. Further, the state supervisor may not itself be an active market participant. In general, however, the adequacy of supervision otherwise will depend on all the circumstances of a case*”.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ v. E. ELHAUGE, *The Scope of Antitrust Process*, op. cit. Alla base di tale costruzione vi sarebbe la diffidenza (*distrust*) dei senatori che hanno adottato lo Sherman Act nella perseguibilità di interessi pubblici da parte di *financially interested parties*. Tale diffidenza sarebbe basata sul giudizio (empirico) dei membri del Congresso secondo cui “*the parties who personally profit from restraining trade generally do so to the public’s detriment*” (p. 708).

**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**

giustificazione dell'intervento del diritto *antitrust* nei casi in cui si delega, a soggetti attivamente interessati, il potere di restringere la concorrenza in un determinato mercato risiede nella presunzione che essi avranno tutto l'interesse a utilizzare un siffatto potere per favorire la soddisfazione di propri interessi, a discapito di quello pubblico.

Una chiara conferma in tal senso si ha nella giurisprudenza relativa al livello intermedio di “immunità” riconosciuto dalla *State Action Doctrine*, ossia quello concernente le misure adottate da autorità sub-governative o da enti locali, ad esempio, dalle *municipalities*. Proprio con riferimento a queste ultime, la Corte suprema ha stabilito che, ai fini del riconoscimento dell'*antitrust immunity* in capo alle *municipalities*, fosse necessario dimostrare la sola sussistenza del criterio autorizzatorio, di cui al *Midcal test*, e non anche quello relativo all'attiva supervisione pubblica. Ciò in quanto, nel caso degli enti locali, a differenza dei soggetti privati, il rischio di conflitto tra interessi privati e pubblici è molto minore, ossia si ritiene probabile che l'ente locale perseguirà l'interesse pubblico¹⁶⁶.

7.2. Il perseguimento di interessi pubblici e l'“immunità” dalla responsabilità antitrust: la giurisprudenza CIF

La questione della responsabilità da illecito antitrust delle imprese che agiscono sotto l'impulso (o la copertura) di misure statali

¹⁶⁶ v. ex multis, *Town of Hallie v. Eau Claire*, 471 U.S. 34 (1985), in cui è stato ritenuto che “[a]ctive state supervision of anticompetitive conduct is not a prerequisite to exemption from the antitrust laws where the actor is a municipality, rather than a private party. The requirement of active state supervision serves essentially the evidentiary function of ensuring that the actor is engaging in the challenged conduct pursuant to state policy. Where the actor is a municipality, rather than a private party, there is little or no danger that it is involved in a private price-fixing arrangement. The danger that a municipality will seek to further purely parochial public interests at the expense of more overriding state goals is minimal, because of the requirement that the municipality act pursuant to a clearly articulated state policy. Once it is clear that state authorization exists, there is no need to require the State to supervise actively the municipality's execution of what is a properly delegated function”. v. anche, *FTC: Report of the State Action Task Force*, September 2003, in particolare pp. 16 e ss.

**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**

(e, più in generale, pubbliche) è affrontata anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Il punto di partenza è stata la tesi della Commissione europea, che distingueva tra situazioni in cui le misure statali impongono un obbligo di adottare determinati comportamenti anticoncorrenziali e quelle in cui esse creano un quadro legale che di *per se* restringe la concorrenza sul mercato¹⁶⁷. Nel primo caso, le imprese dovrebbero ritenersi responsabili per la violazione degli artt. 101 e/o 102 TFUE, perché alla luce della primazia del diritto comunitario, esse avrebbero un vero e proprio obbligo di “disobbedire” alla normativa nazionale¹⁶⁸. Nel secondo caso invece, bisognerebbe distinguere situazione per situazione, tenendo in considerazione il grado di delega del potere dalle autorità pubbliche alle imprese private¹⁶⁹.

La Corte non ha seguito la tesi della Commissione. Infatti, partendo dal presupposto che “gli artt. [101] e [102] del Trattato riguardano soltanto comportamenti anticoncorrenziali adottati dalle imprese di loro propria iniziativa”, la giurisprudenza ritiene che “se un comportamento anticoncorrenziale viene imposto alle imprese da una

¹⁶⁷ La tesi della Commissione è riassunta da F. CASTILLO della TORRE, in *State Action Defence in EC Competition Law*, World Competition, 2005, pp.407 e ss.

¹⁶⁸ In particolare, “*the Commission considered that Article 81 remained applicable to undertakings’ conduct despite the existence of national statutory obligations and irrespective of the possible application of Articles 3(g), 10 and 81 EC with regard to those State measures. In fact, the Commission argued that an undertaking can and, by virtue of the primacy of Community law and the direct effect of Articles 81(1) and 82 EC, had to refuse to comply with a State measure that requires conduct contrary to those provisions. However, the Commission acknowledged that the existence of an obligation under national law could play a role in diminishing the culpability of the undertaking*” *Ibid.*, p. 413.

¹⁶⁹ Su questo punto si rileva che “[i]n the second case, by contrast, Article 81 EC may in certain circumstances not apply”, ossia “*in one case the authority fixes the price and it is presumed to take into account the public interest in fixing it. In the second case it is the undertaking who fixes the level of prices, and therefore, unless this is explicitly provided for, there is no guarantee that the undertaking abuses its dominant position, if it has one, or otherwise that it fixes the price on a level that it would have not obtained through negotiation. It is the producer who determines the content of the restriction and will fix the price to have a maximum benefit*”. *Ibid.*

**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**

normativa nazionale o se quest'ultima crea un contesto giuridico che di per sé elimina ogni possibilità di comportamento concorrenziale da parte loro, gli artt. [101] e [102] non trovano applicazione”. Sicché, “in una situazione del genere la restrizione alla concorrenza non trova origine, come queste norme implicano, in comportamenti autonomi delle imprese¹⁷⁰.

La Corte ha avuto modo di ribadire la propria posizione anche con riguardo ai procedimenti *antitrust* svolti dinnanzi alle autorità nazionali. Il riferimento è al celebre caso *CIF*¹⁷¹.

Come è noto, in quell'occasione la Corte ha stabilito il dovere delle autorità nazionali della concorrenza di disapplicare la normativa nazionale che impone o favorisce comportamenti delle imprese contrari alle norme sulla tutela della concorrenza.

Essa ha ritenuto inoltre che le autorità nazionali non possono infliggere sanzioni alle imprese per comportamenti pregressi, qualora questi siano stati loro imposti dalla normativa nazionale. A partire dal momento in cui la decisione di disapplicare la normativa nazionale sia diventata definitiva nei confronti delle imprese indagate, l'autorità nazionale può/deve invece infliggere sanzioni per comportamenti successivi alla suddetta decisione.

Nei casi in cui la normativa nazionale si limita a facilitare o a incoraggiare i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese,

¹⁷⁰ v. sentenza della Corte di giustizia, 11 novembre 1997, cause riunite C-359/95 e 379/95, *Commissione europea e Repubblica francese c. Ladbrooke Racing*, punto 33. Secondo la Corte gli articoli 101 e/o 102 TFUE trovano invece applicazione “nel caso in cui la normativa nazionale lasci sussistere la possibilità di una concorrenza che possa essere ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi delle imprese (v. sentenze 29 ottobre 1980, cause riunite 209/78-215/78 e 218/78, *Van Landewyck e a./Commissione*, Racc. pag. 3125; 10 dicembre 1985, cause riunite 240/82-242/82, 261/82, 262/82, 268/82 e 269/82, *Stichting Sigarettenindustrie e a./Commissione*, Racc. pag. 3831, e 17 luglio 1997, causa C-219/95 P, *Ferriere Nord/Commissione*, Racc. pag. 1-4411)” (*ibid.*, punto 34).

¹⁷¹ v. sentenza della Corte di giustizia, 9 settembre 2003, causa C-198/01, *CIF*.

**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**

l'autorità può/deve infine sanzionare anche i comportamenti pregressi delle imprese¹⁷².

7.2.1. La giurisprudenza CIF e la convergenza con la *State Action Doctrine* statunitense

La sentenza CIF e le sue diverse implicazioni sull'applicazione del diritto della concorrenza dell'Unione europea sono state oggetto di ampio dibattito dottrinale¹⁷³. Non si intende quindi ritornare su questioni già trattate¹⁷⁴.

¹⁷² In questo caso, le specificità del contesto normativo in cui le imprese hanno agito rileva ai fini della quantificazione della sanzione.

¹⁷³ v. per tutti, S. CASSESE, *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003; G. NAPOLITANO, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa*, *ibid.*, M. LIBERTINI, *La disapplicazione*, *op. cit.*; G. C. RIZZA BAJARDO, *L'obbligo delle autorità nazionali della concorrenza di disapplicare le norme interne contrarie al Trattato e i conseguenti limiti alla proponibilità della State action defense (Causa C-198/01 CIF/Autorità garante)*, in *Giurisprudenza commerciale*, II, 2004; P. NEBBIA, *Case C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Judgment of the Full Court of 9 September 2003*, in *Common Market Law Review*, 2004.

¹⁷⁴ Tra le questioni affrontate in dottrina, diverse da quella degli effetti della primazia del diritto della concorrenza sulla normativa nazionale, assume un certo interesse quella sull'ambito di estensione dell'"immunità" nella sentenza *CIF*: ossia, se l'imposizione di un obbligo da parte della normativa nazionale incide sulla stessa esistenza dell'infrazione oppure riguarda solo l'immunità dalle sanzioni. La questione non è di poco conto, poiché la prevalenza della seconda opzione interpretativa implicherebbe, ad esempio, il riconoscimento in capo alla Commissione del potere di avviare, in alternativa al procedimento per infrazione contro lo Stato, un normale procedimento nei confronti delle imprese private. Tale procedimento si potrebbe concludere senza l'imposizione di una sanzione, bensì con l'adozione di una diffida, vincolante per i giudici e l'autorità nazionali. Sembra sostenere questa interpretazione, F. CASTILLO della TORRE, *State Action*, *op. cit.*. conf. F. CINTIOLI, *Concorrenza*, *op. cit.*, secondo cui "pur dovendosi sempre accertare la violazione degli artt. 81 e 82, quando la misura statale abbia eliminato la possibilità di una concorrenza effettiva e la possibilità di scelta alternativa dell'impresa, non si applica la sanzione e rimane fermo solo l'accertamento di illegittimità, la diffida e la sanzionabilità futura per il caso di reiterazione del contegno vietato" (sottolineatura aggiunta), p. 198. Contra, G. C. RIZZA BAJARDO, *The Duty of National Competition Authorities to Disapply Anti-Competitive Domestic Legislation and the Resulting Limitation on the Availability of the State Action Defence*, in *European Competition Law Review*, 2004. Chi scrive condivide il risultato in cui giunge quest'ultimo Autore, seppure sulla base di un ragionamento diverso, basato meno su considerazioni di tipo pragmatico e più su considerazioni di natura giuridica. Secondo la tesi qui sostenuta, quando la Corte fa riferimento all'infrazione dell'articolo 101 TFUE nella sentenza *CIF*, essa non si riferisce all'infrazione da parte delle imprese, bensì a una diversa infrazione di cui al

**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**

Interessa invece qui soffermarsi su una questione che sembra tanto importante, ai fini della definizione dell'ambito di applicazione del diritto *antitrust*, quanto sorprendentemente trascurata dalla dottrina.

Si fa riferimento al *test* che si deve applicare per accertare in concreto che un determinato comportamento anticompetitivo sia imposto dallo Stato. Sul punto sembra che la dottrina si limiti solamente a ribadire che l'esenzione da responsabilità antitrust si avrebbe esclusivamente nei casi in cui l'infrazione sia imposta da misure pubbliche.

Ma come si accerta in concreto se un determinato comportamento è imposto o meno dallo Stato? Quale *test* bisognerebbe adottare?

La risposta a queste questioni si trova nell'ultima parte della sentenza *CIF*, relativa alla seconda domanda pregiudiziale effettuata

combinato disposto degli articoli 101 TFUE e 4 (3) TUE. Sicché, con la sentenza *CIF* la Corte ha fatto “emergere” la competenza delle autorità nazionali della concorrenza di accertare un diverso e ulteriore tipo di infrazione rispetto a quella dell'articoli 101 e/o 102 TFUE da parte delle imprese. Che la Corte compia tale distinzione tra le due diverse tipologie di infrazioni, lo si evince in maniera chiara dal paragrafo 51 della sentenza, in cui, confermando il suo precedente *Ladbroke Racing*, la Corte ritiene che “poco importa che, nell'ipotesi che la normativa nazionale imponga a delle imprese l'adozione di comportamenti anticoncorrenziali, non possa essere addebitata a queste anche una violazione degli artt. [101 TFUE] e [102 TFUE] (v., in questo senso, sentenza Commissione e Francia/*Ladbroke Racing*, cit., punto 33)”, poiché “gli obblighi incombenti agli Stati membri ai sensi degli artt. [4 (3) TUE, 101 TFUE e 102 TFUE], che sono distinti da quelli che scaturiscono a carico delle imprese dagli artt. 101 TFUE e 102 TFUE, continuano ad esistere, cosicché l'autorità nazionale garante della concorrenza mantiene l'obbligo di disapplicare la misura nazionale di cui si tratta” (sottolineatura e enfasi aggiunte). Nella stessa direzione si deve intendere anche l'accostamento, al punto 54 della sentenza, tra “l'accertamento della violazione dell'articolo [101 TFUE]” alla disapplicazione della legge che, non a caso, la Corte qualifica “anticoncorrenziale”. Infine, la tesi qui sostenuta è anche in grado di conferire una giustificazione logica all'affermazione fatta dalla Corte al punto 55, secondo cui la decisione dell'autorità “s'impone alle imprese interessate” solo al momento in cui essa “diventa definitiva nei loro confronti”. Ebbene, se l'autorità dovesse avere il potere di accertare un'infrazione degli articoli 101 e/o 102 TFUE da parte delle imprese, perché sarebbe necessario fare discendere l'operatività di tale accertamento dalla definitività della decisione?

**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**

dal TAR Lazio. In sostanza, il giudice nazionale chiedeva alla Corte di pronunciarsi se, nel caso di specie, le misure nazionali lasciassero o meno “sussistere la possibilità di una concorrenza suscettibile di venire ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi” delle imprese¹⁷⁵.

In risposta a tale quesito, la Corte ha adottato un *test* a doppio livello, alla luce del quale valutare l'esistenza o meno dell'autonomia comportamentale in capo all'impresa.

Secondo la Corte, occorre stabilire innanzitutto se “una normativa nazionale come quella di cui alla causa principale lasci sussistere la possibilità di una concorrenza che potrebbe essere ancora ostacolata, ristretta o falsata da comportamenti autonomi delle imprese”. E solo “in caso affermativo, verificare successivamente se le eventuali ulteriori restrizioni addebitate alle imprese non siano di fatto imputabili allo Stato membro interessato”¹⁷⁶.

Con riferimento al primo requisito, la Corte ai paragrafi 66 e ss della sentenza ha condotto un'analisi volta, sostanzialmente, a stabilire se le restrizioni concorrenziali contestate fossero previste dalla normativa nazionale oppure se, come sembrano suggerire i giudici UE, le condotte contestate incidessero su parametri concorrenziali non contemplati dalla normativa in questione. In altri termini, sembra che l'analisi della Corte sia volta a sindacare se le condotte contestate fossero chiaramente previste ed autorizzate dalla normativa nazionale e/o dal potere pubblico¹⁷⁷.

¹⁷⁵ v. sentenza della Corte di giustizia, *CIF*, supra cit. punto 61.

¹⁷⁶ *Ibid.*, punto 66.

¹⁷⁷ Ciò emerge in maniera evidente, ad esempio, al punto 70 della sentenza in cui la Corte ha ritenuto che “la legislazione italiana controversa nella causa principale, benché attribuisca al CIF, consorzio obbligatorio di produttori, il potere di ripartire la produzione tra le imprese consorziate, non definisce i criteri né le modalità in base ai quali tale ripartizione deve avvenire. Inoltre, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 7 delle sue conclusioni, il monopolio commerciale del CIF sembra essere stato abolito già nel 1993, con l'abolizione del

**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**

In relazione al secondo requisito, la Corte ha invece posto l'attenzione sull'esistenza o meno di un'attiva supervisione delle condotte contestate da parte delle autorità pubbliche. In tal senso la Corte di giustizia, in maniera analoga a quanto avrebbe fatto la Corte suprema, ha evidenziato come le condotte contestate sfuggivano al controllo da parte dell'autorità perché, ad esempio: (i) gli organi del consorzio erano costituiti in maggioranza da rappresentanti dei produttori, a cui nulla nella normativa nazionale impediva di agire nell'interesse esclusivo di questi ultimi; (ii) le decisioni degli organi direttivi di CIF erano adottate a maggioranza, nonostante il voto contrario dell'unico membro portatore dell'interesse pubblico; (iii) le pubbliche autorità non disponevano di un effettivo controllo sulle decisioni della commissione per la ripartizione delle quote di produzione¹⁷⁸.

Sicché, non sembra erraneo concludere che quando la Corte nella sentenza CIF stabilisce che l'immunità dal diritto antitrust viene concessa solo nei casi in cui il comportamento sia stato "imposto" dal potere pubblico, essa in realtà, e al di là del dato meramente letterale, impone sull'interprete l'onere di analizzare: (i) se le misure contestate sono previste dalla normativa nazionale; e, solo in caso di risposta negativa, (ii) se vi è o meno un'attiva supervisione da parte dell'autorità pubblica.

Le analogie tra il *test* elaborato dalla Corte di giustizia nella causa CIF e il *Midcal test* della Corte Suprema statunitense dovrebbero ormai emergere in maniera evidente, indicando una sostanziale convergenza tra le due giurisprudenze¹⁷⁹.

divieto di fabbricazione e di vendita di fiammiferi a carico delle imprese non consorziate?.

¹⁷⁸ *Ibid.*, punti 77-79.

¹⁷⁹ Anche L. DI VIA, *Antitrust*, cit., ha osservato, senza però svolgere un'analisi della seconda parte della sentenza CIF, ma basandosi esclusivamente sulla

**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**

Siffatta convergenza, sembra trovare ulteriore conferma anche alla luce della recentissima sentenza *North Caroline Dentist's Board* della Corte Suprema degli Stati Uniti, in cui è stato ritenuto che il *Midcal test* dovrebbe applicarsi nella sua interezza anche con riferimento agli atti di un ente formalmente pubblico, ma sostanzialmente espressione di interessi di categoria¹⁸⁰.

7.3. L'intervento del regolatore settoriale e l'“immunità” da responsabilità antitrust: la giurisprudenza *Deutsche Telekom*
L'intersezione tra diritto antitrust e regolazione settoriale è ormai ampiamente indagata in dottrina, sia sul piano delle differenze concettuali e, quindi, in un'ottica di politica del diritto¹⁸¹, sia sul

giurisprudenza anteriore a essa, che “procedendo a una comparazione con gli esiti dell'orientamento giurisprudenziale comunitario in materia di disapplicazione delle misure nazionali in contrasto con il combinato disposto degli artt. 3, 10 e 81 del Trattato, si può notare che i giudici comunitari, in fondo, stanno procedendo a un sostanziale avvicinamento del proprio approccio rispetto agli insegnamenti della Corte Suprema statunitense. Se si analizza, infatti, la giurisprudenza comunitaria si rileva come ci sia stato uno shifting da un'analisi circa la relazione tra la misura statale e il comportamento di impresa sottostante a un'analisi del ruolo dello Stato membro nel controllo del potere privato. ... La forma di scrutinio, cui si è orientato l'ordinamento comunitario sulla base del modello giurisprudenziale statunitense rappresenta un giusto compromesso tra scelte nazionali ed esigenze di rispetto dei principi comunitari in materia di concorrenza. Essa, inoltre, consente a ciascuno Stato membro di perseguire politiche economiche o sociali differenziate in funzione della particolare situazione in tale contesto nazionale esistente. In altri termini, il sindacato sulle misure normative statali condotto alla stregua degli artt. 3, 10 e 81 del Trattato non riguarda il fine che lo Stato intenda perseguire mediante una data misura normativa, ma l'analisi del ruolo dello Stato membro nel controllo del potere privato” (p. 294).

¹⁸⁰ *Supra cit.* In questo caso, la Corte suprema ha negato l'applicazione della *State Action Immunity* a diverse pratiche anti-concorrenziali poste in essere dall'Ordine dei dentisti della Carolina del Nord, nel tentativo di escludere i non-dentisti dal mercato dei servizi per la pulizia e sbiancamento dentale. In particolare, le azioni contestate riguardavano l'invio ai non-dentisti di diffide a cessare le attività di pulizia dei denti. La Suprema Corte ha ritenuto che per potere beneficiare della immunità da diritto antitrust, l'Ordine dei dentisti avrebbe dovuto dimostrare l'attiva supervisione da parte dello Stato. Ciò in quanto, nonostante la qualificazione formale di ente di diritto pubblico, l'Ordine era espressione della categoria. Nella specie, era pacifico che nessuna supervisione fosse stata esercitata in concreto dallo Stato.

¹⁸¹ In quest'ottica si analizzano i diversi modi di intervento della regolazione e dell'antitrust, evidenziando altresì le conseguenze derivanti dalla scelta di sottoporre un determinato settore alla regolazione o al diritto antitrust, nonché le interazioni tra le due modalità di intervento. Per tutti, v. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*,

**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**

profilo della ripartizione di competenze¹⁸², sia infine sotto il profilo comparatistico con l'esperienza statunitense¹⁸³.

Sotto quest'ultimo profilo si fa particolare riferimento alla giurisprudenza statunitense in tema di immunità dall'applicazione del diritto antitrust nell'ambito dei settori fortemente regolamentati (la c.d. *antitrust implied immunity*). Secondo l'orientamento in questione, la normativa antitrust non si applicherebbe nei casi in cui, anche in

in Regolazione e Concorrenza (a cura di, G. TESAURO e M. D'ALBERTI), Bologna, 2000, che pur riconoscendo la prevalenza dell'antitrust rispetto alla temporanea regolazione settoriale ammonisce che l'autorità antitrust "non ascolti anch'essa le sirene della regolazione e si trasformi, come è accaduto di recente, in giudice della "perdita di benessere per la collettività" e "rilevantissimi introiti per le imprese", in concorrenza con altre autorità nell'occupazione di spazi regolatori" (p. 25); v. altresì, A. I. OGUS, *Regulation: Legal form and Economic Theory*, Oxford, 1994; M. BALZANO - M. GRILLO, *Concorrenza e regolazione: i limiti dell'intervento antitrust*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002; P.L. PARCU, *On the Convergence of Antitrust and Regulation*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013.

¹⁸² La problematica è stata analizzata sotto un duplice profilo. La prima questione è relativa all'esclusione o meno dell'applicazione del diritto antitrust in un caso concreto da parte della normativa settoriale. Si tratta sostanzialmente di stabilire se si è in presenza di una doppia qualificazione di una medesima fattispecie oppure di una vera e propria antinomia. La tesi che è tuttora dominante è quella della Corte di giustizia, secondo cui il diritto antitrust e la regolazione settoriale sono complementari e, quindi, la presenza del secondo non esclude l'applicazione del primo. Sicché, gli operatori di settore sono assoggettati a un doppio corpo regolatorio, che devono parimenti rispettare. La seconda questione è una questione di competenza. L'attenzione si sposta sul piano istituzionale, poiché non si mette in dubbio l'applicazione del diritto antitrust nel settore regolamentato, ma l'analisi è volta ad accertare quale autorità ha la competenza per applicare le norme antitrust in un determinato caso. In tale ottica, la questione sarebbe analoga a quella sorta nell'ambito del contrasto tra AGCM e AGCOM in materia di pratiche commerciali scorrette. Per tutti i suddetti temi, v. L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2013. Per l'analisi dell'ordinamento europeo si rinvia a, D. GERADIN - R. O'DONOGHUE, *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, in *The Global Competition Law Centre Working Papers Series*, n. 4, 2005; J. TEMPLE LANG, *European Competition Policy and regulation: differences, overlaps, and constraints*, in *Antitrust and Regulation in the EU and US*, (a cura di, F. LEVEQUE e H. SHELANSKI), Cheltenham, 2009.

¹⁸³ La discussione sulla relazione tra divieto antitrust e regolazione in Europa è stata poi influenzata dai risultati opposti raggiunti in alcune recenti decisioni prese dalla Corte suprema degli Stati Uniti in concomitanza con le (e su questioni simili alle) decisioni europee in materia di margin squeeze nel settore delle telecomunicazioni. Si tratta, in particolare, delle sentenze *Trinko*, *Linkline* e *Credit Suisse* che hanno aperto il dibattito sulla *regulatory implied immunity doctrine* statunitense.

**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**

assenza di clausole esclusive espresse, dalla composizione e dalle finalità della disciplina di settore si evinca l'intenzione del legislatore federale di escluderne l'applicazione. Lo standard per l'applicazione della dottrina in questione è quello della *clear repugnancy*, ossia la normativa settoriale deve risultare incompatibile con l'applicazione della disciplina antitrust. L'*implied immunity doctrine* non si applica invece nei casi in cui la disciplina settoriale prevede una clausola espressa di salvaguardia dell'applicazione del diritto antitrust¹⁸⁴.

Trattandosi tuttavia di temi ampiamente indagati dalla dottrina, non si intende qui ulteriormente dilungarsi su di essi. A ciò si aggiunga che, nell'ordinamento UE sembra ormai pacificamente accettata la tesi della complementarietà tra disciplina antitrust e regolazione settoriale¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Era proprio questo il caso del *Federal Telecommunications Act*, della cui applicazione si soffermava la Corte Suprema nei casi *Trinko* e *Linkline*. Tuttavia, ciò non ha impedito alla Corte suprema di ritenere rilevante la penetrante regolazione settoriale ai fini dell'esclusione della fattispecie di margin squeeze. Per la Corte suprema nei settori regolamentati l'intervento dell'antitrust non comporterebbe alcun beneficio significativo, anzi rischierebbe la creazione di falsi positivi. Sicché, il risultato che ne è conseguito negli USA è quello "della deferenza" o addirittura dell'esclusione dell'applicazione del diritto antitrust a favore della regolazione settoriale.

¹⁸⁵ Seppure invocata dinnanzi alla Commissione e ai giudici UE, il trapianto della *regulatory implied immunity* nell'ordinamento europeo è stato sempre rigettato. Tale approccio è corretto. Ciò non solo per via della differenza fattuale e normativa tra i casi US e quelli europei, bensì anche per la diversa collocazione costituzionale della relazione tra regolazione e antitrust nei due ordinamenti in questione. A differenza degli Stati Uniti, la relazione tra regolazione e antitrust nell'ordinamento dell'Unione europea non avviene tra normative provenienti da fonti pari-ordinate, ma si pone in una relazione gerarchica, dal punto di vista delle fonti del diritto. Infatti, la normativa in materia di concorrenza ha natura di norma primaria, in quanto prevista dai Trattati, mentre la normativa nel settore delle regolazioni elettroniche sono di rango secondario, in quanto previste dalle direttive di liberalizzazione. La Corte di giustizia sembra evidenziare esplicitamente questa differenza laddove, nella causa *Spagna c. Commissione*, nel rigettare l'argomentazione della ricorrente circa l'applicazione del caso *Trinko* nell'ambito dell'ordinamento UE, si rileva che "anche ammesso che la regolamentazione settoriale cui il Regno di Spagna fa riferimento fosse il risultato di atti di diritto derivato dell'Unione, si deve sottolineare che, in considerazione dei principi che disciplinano la gerarchia delle norme, tali atti non possono, al di fuori delle

**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**

Ciò che qui interessa indagare invece è l'incidenza della normativa settoriale sull'accertamento in concreto degli elementi della fattispecie antitrust. In quest'ottica, il principio della complementarità del diritto antitrust rispetto alla disciplina settoriale costituisce il presupposto per accertare in quali casi (e sotto quali condizioni) la conformità alla regolazione settoriale possa garantire l'“immunità” antitrust. In altri termini, si tratta di sapere quando l'impresa regolata può invocare la conformità della propria condotta

disposizioni del Trattato che le autorizzino, derogare ad una disposizione del Trattato, nella specie l'articolo [102] TFUE”.

A ben vedere, la diversa collocazione gerarchica tra le norme in materia di tutela della concorrenza e la regolazione settoriale implica che nell'ordinamento UE la *regulatory immunity* potrà essere solo esplicita. Si interpreterebbe in tal senso la sentenza *Telefonica* in cui si ritiene che “il fatto che la decisione impugnata riguardi prodotti e servizi regolamentati non è pertinente”, poiché “in assenza di deroga espressa in tal senso, il diritto della concorrenza è applicabile ai settori regolamentati (v., in tal senso, sentenze della Corte del 16 dicembre 1975, *Suiker Unie e a./Commissione*, 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Racc. pag. 1663, punti 65-72, e dell'11 aprile 1989, *Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro*, 66/86, Racc. pag. 803)”.

Per un'analisi delle suddette tematiche v. D. GERADIN, *Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can the EU learn from the U.S. Supreme Court's Judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom*, in *Common Market Law Review*, 2005; J.B. MEISEL, *Is Trinko a useful model for the European Union?*, in *European Competition Law Review*, 2013; C. OSTI, *Trinko e l'antitrust come declamazione*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2004; J.C., LAGUNA de PAZ, *Regulation and Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 2012; G. COLANGELO, *Antitrust e regolazione dopo linkLine*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2009; G. MONTI, *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*, LSE Law, Society and Economy Working Papers, n. 8, 2008; M. COLANGELO, *Competition Rules in the Telecommunication Sector: Evidence from Recent EU Margin Squeeze Cases*, in *Competition and Regulation in Network Industries*, 2013; B. ORBACH, *The Implied Antitrust Immunity*, reperibile presso <http://ssrn.com/abstract=2447718> ; K. McMAHON, *The Regulation of a Margin Squeeze in the European Union and the Intersection of Competition Law and Sector-Specific Regulation*, in *The Competition Law Review*, 2014; G.A., HAY e K. McMAHON, *The Diverging Approach to Price Squeezes in the United States and Europe*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2012; H. SHELANSKI, *The Case for Rebalancing Antitrust Regulation*, in *Michigan Law Review*, 2011; FTC, *Is There Life After Trinko and Credit Suisse? The Role of Antitrust in Regulated Industries*, Washington, 2010; J. L. KAHN, *From Borden to Billing: Identifying a Uniform Approach to Implied Antitrust Immunity from the Supreme Court's Precedents*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2008; R.M. BRUNELL, *In Regulators We Trust: The Supreme Court Approach to Implied Antitrust Immunity*, in *Antitrust Law Journal*, 2012.

**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**

con la regolazione settoriale come “scudo” contro l'applicazione del diritto antitrust.

Come è noto, la questione è stata recentemente affrontata dalla Corte di giustizia nel *leading case Deutsche Telekom*¹⁸⁶. In quel caso, la Commissione aveva sanzionato Deutsche Telekom per avere applicato un margine non equo tra tariffe applicate ai propri concorrenti per l'accesso all'ingrosso alla sua rete fissa (anello locale) e le tariffe d'accesso applicate ai propri clienti al dettaglio.

La peculiarità del caso, risiede nella imponente regolazione delle tariffe di Deutsche Telekom da parte del regolatore tedesco del settore delle telecomunicazioni (“RegTP”). In particolare, Deutsche Telekom non aveva alcun margine di manovra sulla fissazione delle tariffe all'ingrosso, mentre i servizi al dettaglio erano divisi su diversi panieri, per ciascuno dei quali il regolatore aveva stabilito un prezzo massimo complessivo. Sicché, con riferimento ai prezzi al dettaglio, Deutsche Telekom aveva soltanto la facoltà di chiedere l'autorizzazione al regolatore per modificare i prezzi dei diversi servizi del paniere, pur nel rispetto del *price cap* stabilito per quest'ultimo.

Ebbene, tale facoltà di rivolgersi a RegTP per la modifica dei prezzi dei singoli servizi al dettaglio è stata ritenuta sufficiente dalla Corte di giustizia per stabilire che la regolazione settoriale, nonostante l'approvazione delle tariffe al dettaglio da parte di RegTP, lasciasse in capo a Deutsche Telekom un margine di manovra per eliminare o ridurre la compressione dei margini (tramite l'aumento dei prezzi al dettaglio). Di talché, nonostante l'intervento di RegTP, la Corte di giustizia ha ritenuto che “la ricorrente disponeva di un margine di

¹⁸⁶ v. sentenza della Corte, *Deutsche Telekom c. Commissione*, *supra cit.* Questioni parzialmente simili sono affrontate anche nella successive sentenze della Corte di giustizia, *Telefonica e Spagna c. Commissione*, *supra cit.*

**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**

manovra per modificare le proprie tariffe al dettaglio per i servizi di accesso agli abbonati [e quindi] il Tribunale ha potuto legittimamente concludere che, per tale solo motivo, la compressione dei margini di cui trattasi le era imputabile”¹⁸⁷.

Questa conclusione potrebbe, a prima vista, indurre a pensare che la Corte abbia abbandonato il doppio *test* sviluppato nella causa *CIF*.

In realtà non è così.

La sentenza della Corte deve essere letta alla luce della sentenza del Tribunale, nell'ambito della quale l'analisi sull'imputabilità dell'illecito viene effettuata proprio alla luce dei già analizzati criteri della giurisprudenza *CIF*¹⁸⁸. In particolare, per stabilire la sussistenza o meno di un margine di manovra in capo a Deutsche Telekom, il Tribunale ha, in primo luogo, analizzato se il quadro normativo tedesco lasciasse un margine di manovra alla ricorrente e, in secondo luogo, se “nonostante il margine di manovra constatato *supra* [...] l'intervento della RegTP nella fissazione delle tariffe della ricorrente [avesse] sottratto quest'ultima dall'ambito di applicazione dell'art. [102] TFUE”¹⁸⁹.

Si è invece in presenza di una applicazione erronea del *test CIF* e, in particolare, del criterio relativo all'attiva supervisione da parte dell'autorità pubblica.

7.3.1. Osservazioni critiche sulla giurisprudenza *Deutsche Telekom*: erronea (dis)applicazione della *State Action Doctrine*

Gli errori commessi dai giudici UE sono sostanzialmente due.

In primo luogo, sia il Tribunale, sia la Corte, si pongono la domanda sbagliata con riferimento al criterio della supervisione attiva

¹⁸⁷ *Ibid.*, punto 85.

¹⁸⁸ v. sentenza del Tribunale, 10 aprile 2008, causa T-271/03, *Deutsche Telekom c. Commissione*.

¹⁸⁹ *Ibid.* punto 106.

**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**

da parte del RegTP. La questione non è infatti quella di accertare se Deutsche Telekom avesse o meno la facoltà di chiedere a RegTP la modifica delle proprie tariffe, bensì quella di stabilire se il regolatore settoriale avesse il potere di imporre a Deutsche Telekom l'eliminazione e/o la modifica delle tariffe in questione. Solo questa seconda prospettiva fornisce la misura e la tipologia del controllo pubblico verso il comportamento del soggetto regolato.

In secondo luogo, sia il Tribunale, sia la Corte, alla domanda sbagliata forniscono una risposta che è altrettanto sbagliata. Infatti, i giudici UE sono consci che il punto cruciale dell'intera vicenda è quello della rilevanza o meno dell'attività di vigilanza del RegTP, ai fini della responsabilità antitrust dell'impresa regolata.

Ecco perché essi richiamano i precedenti *Bnic c. Clair*¹⁹⁰ e *CNSD*¹⁹¹ per sostenere che “il fatto che le tariffe dovessero essere approvate dalla RegTP non esclude la responsabilità ai sensi dell'art. [102 TFUE]”¹⁹².

I casi *Bnic c. Clair* e *CNSD* – entrambi concernenti accordi tariffari adottati in seno a enti formalmente pubblici, ma sostanzialmente portatori di interessi di categoria – non solo non supportano le conclusioni dei giudici UE, bensì sembrano dimostrare il contrario.

Vengono in considerazione tre diversi profili.

In primo luogo, in entrambi i summenzionati casi l'illecito era consumato prima dell'eventuale intervento dell'autorità pubblica, poiché quest'ultima interveniva solo dopo la conclusione degli accordi illeciti tra i rappresentanti delle imprese coinvolte. In *Deutsche*

¹⁹⁰ v. sentenza della Corte di giustizia, 30 gennaio 1985, causa C-123/83, *Bnic c. Clair*.

¹⁹¹ v. sentenza del Tribunale, 30 marzo 2000, causa T-513/93, *Consiglio degli spedizionieri doganali (CNSD) c. Commissione*.

¹⁹² v. sentenza del Tribunale *Deutsche Telekom c. Commissione*, punto 107.

**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**

Telekom invece le tariffe venivano adottate/formalizzate (e quindi offerte ai concorrenti) solo dopo l'autorizzazione da parte del regolatore¹⁹³.

In secondo luogo, sia nel caso *BNIC c. Clair*¹⁹⁴, sia in *CNSD*¹⁹⁵ i giudici hanno posto l'attenzione sul fatto che gli enti, in seno ai quali venivano conclusi gli accordi, fossero espressione degli interessi privati e che nulla obbligava i loro membri di agire anche nell'interesse pubblico. Vi è quindi l'assunto che le restrizioni della concorrenza avrebbero potuto essere considerate rientranti nella sfera pubblica, qualora gli enti in questione fossero obbligati a perseguire gli interessi pubblici. Nel caso *Deutsche Telekom* invece le azioni tariffarie di quest'ultima erano sottoposte al controllo e all'approvazione da parte di un'autorità indipendente dalla ricorrente che è, per definizione, portatrice di interessi pubblici, in quanto

¹⁹³ Non si deve infatti dimenticare che l'intesa viene perfezionata al momento della sua conclusione tra due concorrenti, poiché in questo momento vi è l'esternalizzazione della volontà. Mentre l'abuso viene compiuto al momento in cui la condotta viene esternalizzata al mercato. È ovvio che nel caso di mercati regolamentati l'esternalizzazione della condotta relativa a tariffe controllate avviene di norma solo dopo l'approvazione delle tariffe dal regolatore.

¹⁹⁴ v. sentenza della Corte di giustizia, *BNIC c. Clair*, supra cit., in cui si ritiene che "l'art. [101] dev'essere interpretato nel senso che esso contempla un accordo del genere, dal momento che questo è stato negoziato e concluso da persone le quali, benché nominate dalle pubbliche autorità, erano state designate, ad eccezione delle due nominate direttamente dal ministro, dalle organizzazioni di categoria direttamente interessate e che, di conseguenza, dovevano essere considerate, di fatto, come rappresentanti di dette organizzazioni al momento della negoziazione e della conclusione dell'accordo" (punto 19).

¹⁹⁵ v. sentenza del Tribunale CNSD, supra cit., in cui il Tribunale sostiene che "i membri del CNSD sono rappresentanti degli spedizionieri professionisti e che nessuna disposizione della normativa nazionale considerata impedisce loro di agire nell'esclusivo interesse della professione. [...] Inoltre, il Ministro italiano delle Finanze, che è incaricato della vigilanza sull'organizzazione professionale considerata, non può intervenire nella designazione dei membri dei consigli compartimentali e del CNSD. Dall'altro, il CNSD ha il compito di stabilire la tariffa delle prestazioni professionali degli spedizionieri doganali in base alle proposte dei consigli compartimentali [art. 14, lett. d), della legge n. 1612/1960] e nessuna norma della legislazione nazionale di cui trattasi obbliga e neppure induce i membri, tanto del CNSD quanto dei consigli compartimentali, a tener conto di criteri di interesse pubblico" (punto 54).

**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**

incaricata dell'attuazione delle politiche regolazione del mercato delle telecomunicazioni. In quest'ottica, la questione della competenza in capo a RegTP ad applicare l'articolo 102 TFUE è irrilevante ai fini dell'imputabilità dell'illecito a *Deutsche Telekom*.

In terzo luogo, ma non meno importante, sia nel caso *BNIC c. Clair*¹⁹⁶, sia nel caso *CNSD*¹⁹⁷, i giudici comunitari hanno ritenuto di cruciale rilevanza la circostanza che le autorità pubbliche avessero solo un potere di omologazione degli accordi illeciti, senza esercitare quindi un controllo effettivo o porre il veto sulla loro approvazione. Come più volte ribadito, nel caso *Deutsche Telekom*, invece, il regolatore aveva poteri penetranti (di modifica e/o di veto) sulle tariffe d'accesso al dettaglio proposte dalla ricorrente.

Ebbene, l'erronea applicazione del test *CIF* e il conseguente riconoscimento di un margine di manovra in capo a Deutsche Telekom, hanno aperto la strada all'accertamento in capo all'impresa dominante di un obbligo di attivarsi per chiedere al regolatore la modifica delle proprie tariffe (in particolare, l'aumento dei prezzi per l'accesso al dettaglio). Anche in questa occasione, siffatto obbligo è stato veicolato tramite la nozione di speciale responsabilità dell'impresa dominante, alla luce della quale “essa è quindi tenuta a presentare domande di modifica delle proprie tariffe quando queste

¹⁹⁶ v. sentenza della Corte di giustizia *BNIC c. Clair*, *supra* cit., dalla quale emerge che l'intervento delle autorità pubbliche era finalizzato “affinché [il] prezzo minimo [accordato] [fosse] omologato, onde renderlo obbligatorio per il complesso degli operatori economici” (punto 22). Si rammenta poi che il giudice ha ritenuto irrilevante la firma posta dal presidente del BNIC in calce agli accordi illeciti ai fini della natura giuridica di questi ultimi, perché “ciò non è prescritto dalla legge nazionale” (punti 24 e 25).

¹⁹⁷ v. sentenza del Tribunale, *CNSD*, dalla quale si evince che, come sostenuto anche dalla Commissione, “l'intesa costituisca un comportamento autonomo delle imprese interessate. Ricordando come l'approvazione con decreto non sia obbligatoria, essa argomenta che la fissazione della tariffa controversa non è un provvedimento della pubblica autorità, bensì una decisione adottata dal CNSD nell'ambito del suo potere autonomo, come sarebbe confermato dal fatto che la deroga concessa all'AICAI non ha costituito oggetto di alcun atto di controllo da parte della pubblica autorità” (punto 48).

**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**

abbiano l'effetto di compromettere lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune"¹⁹⁸.

Si tratta di un obbligo quantomeno peculiare, nella misura in cui, in sostanza, *si impone all'impresa regolata di regolare il regolatore*, non solo facendo notare a quest'ultimo che le sue decisioni favoriscono l'impresa dominante, ma anche invocando un intervento regolatorio a favore dei concorrenti dell'impresa regolata¹⁹⁹.

Le peculiarità fin qui evidenziate, possono trovare spiegazione nel fatto che lo stesso caso Deutsche Telekom fosse un caso singolare. Nelle valutazioni effettuate sia dalla Commissione europea, sia dai giudici UE, sembrano infatti pesare la circostanza che la disciplina settoriale in questione è di derivazione europea e nella sua adozione e

¹⁹⁸ v. sentenza del Tribunale, *Deutsche Telekom c. Commissione*, supra cit., punto 122.

¹⁹⁹ v. P. LAROUCHE, *Contrasting legal solutions and the comparability of EU and US experiences*, in TILEC Discussion Papers, n. 28, 2006, secondo cui i giudici UE hanno imposto in capo all'impresa dominante un vero e proprio obbligo di essere *"pro-active in the regulatory process and should not simply hide behind sector-specific authorities when it sees that regulatory intervention would result in doubtful outcomes"*. Inoltre, secondo lo stesso Autore, la nozione di speciale responsabilità implica che *"the dominant firm must take an active role in policing its conduct and cannot simply wait for authorities to intervene, if and when authorities would determine that there is a reason to intervene"*. Tuttavia, l'Autore da subito conto che *"admittedly it is hard to reconcile such special responsibility with the assumption of profit-maximizing behaviour"* (p. 12). Critica invece l'approccio adottato dalla Corte di giustizia, N. DUNNE, *Margin Squeeze: theory, practice, policy: Part 1 e 2*, in *European Competition Law review*, 2012. Secondo l'A. nel caso Deutsche Telekom, *"liability is imposed on the firm, not for its anti-competitive actions, but rather for the anti-competitive consequences of regulatory inaction"* e che, in realtà, i giudici comunitari avrebbero stabilito *"a duty to rescue, or form of quasi-"Bad Samaritan" liability, in EU competition law"*. Sicché, *"in the regulated margin-squeeze context a firm may be held to have breached the competition rules in circumstances where the anti-competitive market effects result from the actions of a third party, namely the regulatory authority that has set or approved the prices for the products concerned, thereby dictating in law the prices that the dominant firm must charge. Thus, the dominant firm will be liable, not for its own conduct--that is, charging prices required by law--but rather, for its failure to intervene and prevent the regulator from adopting policies that disadvantage its competitors. Moreover, in such circumstances the dominant firm acting alone cannot remedy the margin squeeze; rather, it requires the assent of the regulator to adjust its tariff structure."* (p 64).

**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**

attuazione la Commissione ha un ruolo primario. Allo stesso modo, l'intervento antitrust sembra essere stato influenzato altresì dai continui fallimenti della regolazione tedesca²⁰⁰. In questo senso, è stato correttamente osservato che Deutsche Telekom ha in qualche modo espiato colpe non sue²⁰¹.

Non bisogna però nascondere che le ragioni appena esposte – sebbene potrebbero servire come argomentazione per limitare gli effetti della giurisprudenza *Deutsche Telekom* – non potrebbero giustificare o sanare l'erronea applicazione dei principi in materia di esenzione dalla responsabilità antitrust per l'intervento dello Stato.

Non sempre infatti i fini, seppure nobili, giustificano i mezzi. Ciò a maggior ragione nel caso in cui, come nella specie,

²⁰⁰ v. N. DUNNE, *Margin Squeeze*, op.cit., secondo cui “*the problem at the score of many regulated margin-squeeze cases: that the regulatory his failure may stem from any number of reasons--for example, the pursuit of non-market goals, poor design, or lack of enforcement at the national level. The opening of further proceedings by the Commission against DT into alleged margin squeeze in line sharing tariffs, for example, suggests persistent failures in the telecommunications regulatory framework in Germany. These latter proceedings were settled by informal agreement between the Commission and DT in 2004, although the case was reopened in 2005 on the basis that DT had acted in a manner inconsistent with the agreement, in the face of disinterest or inability on the part of the national regulator. In such circumstances, addressing broken regulation through competition enforcement is at the very least a sub-optimal solution*” (p. 66).

²⁰¹ È il caso, ad esempio, di P. LAROUCHE, *Contrasting legal solutions*, op. cit., che pur condividendo l'intervento delle istituzioni UE non nasconde che “[i]ndeed, to some extent, the Commission in *DT* punished *Deutsche Telekom* for the sins of the German authorities” (p.8). Secondo R.M. BRUNELL, *In Regulators we trust*, op. cit., “*Deutsche Telekom and Telefonica illustrate the EU's more demanding approach to regulatory immunity compared to the current American approach. Indeed, Deutsche Telekom and Telefonica may have come out differently under U.S. law even prior to Trinko, Credit Suisse, and linkLine insofar as the European regulators scrutinized and approved the rates at issue. As noted above, regulators' approval of specific conduct has often been the basis for implied immunity in the United States. On the other hand, it could be argued that regulatory immunity would not have been appropriate in the two EU cases even under Trinko's "soft immunity" standards because, arguably, neither of the regulators in the cases was an effective steward of the antitrust function: the German regulator in Deutsche Telekom either failed to, or did not properly, apply Article 82, while the Spanish regulator in Telefonica had no responsibility for enforcing it. However, the EU regulatory structure appears designed to avoid margin squeezes, and the Spanish regulator eventually did intervene to end the abuse*” (p. 311).

**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**

l'ordinamento europeo prevede mezzi specifici per la risoluzione delle problematiche sottostanti al caso *Deutsche Telekom*: ossia, l'azione d'infrazione nei confronti della Germania per mancata (corretta) attuazione della disciplina settoriale²⁰².

8. Conclusioni

L'indagine fin qui condotta ha rilevato la complessità dell'esercizio del potere antitrust, evidenziandone altresì una sua funzionalità sotto un triplice profilo.

In primo luogo, è stato dimostrato come le norme in materia di tutela della concorrenza e, in particolare, l'articolo 102 TFUE devono essere lette in una funzione di contenimento del potere privato e, in tal senso, di conformazione delle condotte dell'impresa in posizione dominante. Si prende atto della rottura dell'equilibrio di mercato,

²⁰² Si noti poi che contrastare, come sembra fare la Commissione, la mancata attuazione delle direttive di liberalizzazione in materia di telecomunicazioni da parte delle autorità nazionali tramite l'avvio di procedimenti sanzionatori nei confronti delle imprese regolate, potrebbe porre anche un problema di effetto orizzontale, per di più in *malam partem*, delle direttive europee. In questo senso N. DUNNE, *Margin squeeze*, op. cit., "*Deutsche Telekom highlights a further problem that can result from a conglomerate regulation /competition approach in the EU context. On the facts, DT's own provision of retail access services was also loss-making; however, losses due to the below-cost access charges were subsidised by higher call charges. This pricing structure was a result of the historical pricing policy pursued by DT as state telecommunications provider on social-policy grounds--presumably, to make access affordable, even if service usage costs were high--which DT inherited upon privatisation. That those telecommunications tariffs had not yet been rebalanced to a more cost-reflective structure stemmed from Germany's failure to correctly implement the requirements of the EU telecommunications directives. In applying the margin-squeeze test, however, the Commission proceeded as if tariffs had already been rebalanced, by refusing to take account of the cross-subsidisation effects from profitable service charges, which both DT and its competitors used to make up the access shortfall. DT failed the test precisely because tariff rebalancing was not yet in place. The Commission's choice to pursue DT under the competition rules for the margin squeeze abuse rather than Germany for failure to fulfil its EU law obligations under TFEU art.258 (ex EC art.226) has, arguably, resulted in a form of horizontal direct effect of the relevant directives, contrary to established principles of EU law prohibiting such a result. While Geradin and O'Donoghue have highlighted the "arguably greater scope (and need) for intervention on the basis of competition rules in the [EU] than in the US" in the context of telecommunications law, insofar as the latter legislative regime is more detailed and prescriptive than the EU framework, this distinction does not address the legal issue of horizontal direct effect, even though it may provide a policy reason in support of concurrent application of competition law with the regulatory provisions.*

**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**

attraverso la creazione della posizione dominante, e si vigila affinché l'impresa dominante non ottenga un indebito vantaggio dalla sua posizione, a discapito del processo concorrenziale del mercato e, indirettamente, dei concorrenti dell'impresa dominante.

In secondo luogo, la ricerca ha messo in evidenza che le norme a tutela della concorrenza sono state utilizzate, con particolare enfasi nel contesto europeo, anche in un'ottica di contenimento del potere pubblico. Sotto questo aspetto, l'applicazione delle norme antitrust, in combinato disposto con altre disposizioni dei Trattati, ha svolto un ruolo "selettivo" tra atti (e misure) che sono espressione di scelte del potere pubblico e altre misure che non lo sono. Si ritengono contrari al diritto dell'Unione quei casi in cui gli Stati membri delegano la (o meglio rinunciano alla) regolazione a favore degli operatori di mercato, ovvero quelle misure statali che non sono nulla di più che una mera certificazione di scelte e accordi intercorsi tra gli operatori privati.

La filosofia di fondo è quella di "squarciare il velo" ai fenomeni di cattura del potere pubblico da parte del potere privato, attraverso l'esame della natura sostanziale delle misure contese e, in particolare, del controllo effettivo che il potere pubblico svolge con riferimento alla loro adozione e applicazione. Con particolare riguardo al profilo della responsabilità dell'impresa che agisce sotto la supervisione e/o la copertura dell'autorità pubblica, la giurisprudenza della Corte di giustizia, in convergenza con quella della Corte suprema statunitense, richiede che l'analisi sull'applicazione delle norme in tutela della concorrenza sia concentrata sulla sussistenza: (i) di una chiara e articolata autorizzazione pubblica delle condotte contestate; e (ii) di una effettiva supervisione del comportamento dell'impresa da parte dell'autorità pubblica.

**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**

Le criticità rilevate con riferimento al caso *Deutsche Telekom* dimostrano tuttavia la precarietà dell'equilibrio tra applicazione del diritto della concorrenza e l'esercizio di altri poteri pubblici, con la conseguenza che, la diffidenza verso le politiche del regolatore nazionale si è trasformata nell'imposizione di obblighi di soccorso in capo all'impresa dominante, che in tal modo si è vista investire (“a suon di sanzioni” verrebbe da dire) di un ruolo pubblicistico, estraneo e confliggente con i propri interessi.

In terzo luogo, nel corso della ricerca e, a prescindere dalle osservazioni fin qui svolte, è emerso con forza il rifiuto a qualsiasi forma di “mitologizzazione” del diritto della concorrenza e della concorrenza come valore, ovvero come obiettivo delle politiche pubbliche. Sotto questo aspetto, non vi può essere alcun dubbio sulla relatività del valore concorrenza. Tale relatività emerge in maniera chiara dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che legittima l'adozione di misure nazionali che pure avendo effetti anticoncorrenziali, sono giustificate dal perseguimento di altri valori altrettanto meritevoli di tutela.

Ed è proprio questa consapevolezza, sulla relatività della concorrenza come valore, che caratterizzerà la ricerca che si intende svolgere nel prossimo capitolo su un fenomeno contiguo, ma diverso, da quelli sin qui esaminati: ossia, quello dell'interazione tra la partecipazione delle imprese dominanti nell'ambito di procedimenti amministrativi e l'applicazione della normativa in materia di divieto di abuso di posizione dominante.

**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**

CAPITOLO II

**PARTECIPAZIONE PROCEDIMENTALE E ABUSO DI
POSIZIONE DOMINANTE**

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'(ab)uso di procedimenti amministrativi e l'art. 102 TFUE – 2. Casistica europea e nazionale – 2.1. Il caso *AstraZeneca* – 2.1.1. La prima fattispecie abusiva: informazioni oggettivamente ingannevoli, idonee a indurre in errore le autorità brevettuali – 2.1.2. La seconda fattispecie abusiva: la revoca delle autorizzazioni di immissione in commercio – 2.1.3. Il caso *AstraZeneca*: un giusto equilibrio tra l'esercizio di prerogative procedurali e la tutela della concorrenza – 2.2. La prassi decisionale dell'Autorità garante – 2.2.1. Il caso *Pfizer* – 2.2.2. Il caso *Coop Estense* – 2.2.3. Il caso *Arenaways* – 2.2.4. Critica alla prassi decisionale dell'Autorità: inconciliabile divergenza con i principi del caso *AstraZeneca* – 3. L'(ab)uso di procedimenti amministrativi e la rilevanza degli effetti anticoncorrenziali ai fini della fattispecie illecita – 3.1. Osservazioni critiche sul c.d. *effects-based approach* – 3.2. L'articolo 102 TFUE quale strumento per la protezione della struttura concorrenziale – 3.3. Per un approccio strutturalista temperato – 3.4. La rilevanza pratica delle teorie sugli effetti anticoncorrenziali: il caso *AstraZeneca* – 3.4.1. La rilevanza pratica delle teorie sugli effetti anticoncorrenziali: le criticità del caso *Coop Estense* – 4. L'(ab)uso procedimentale e il ruolo dell'intento escludente – 5. La discrezionalità amministrativa e l'applicazione dell'articolo 102 TFUE – 5.1. L'interesse privato all'adozione di un provvedimento restrittivo della concorrenza nell'ambito dei procedimenti discrezionali – 5.2.e nei procedimenti vincolati (segue) – 5.3. Uno spazio residuale per l'applicazione dell'antitrust nell'ambito di procedimenti nei quali si esercita la discrezionalità amministrativa – 5.4. Discrezionalità amministrativa e nesso di causalità – 6. Il provvedimento amministrativo e il diritto antitrust – 6.1. La rilevanza del provvedimento amministrativo nei confronti del diritto antitrust – 6.2. Il provvedimento amministrativo e il diritto antitrust: l'articolo 21-bis della l. n. 287/1990 – 6.2.1. La disciplina prevista dall'articolo 21-bis l. n. 287/1990 – 6.2.2. L'articolo 21-bis, l. n. 287/90, quale limite espresso all'intervento antitrust nei casi di esercizio del potere amministrativo – 6.2.3. La giurisprudenza *CIF* e l'articolo 21-bis l. n. 287/1990: i criteri di coordinamento – 7. Esercizio di prerogative procedurali e abuso di posizione dominante – 7.1. Esercizio di prerogative settoriali e diritto antitrust nel caso *AstraZeneca*: il diritto antitrust non è subordinato alla normativa settoriale, ma è complementare a essa – 7.2. Esercizio di prerogative procedurali e diritto antitrust nella sentenza *Coop Estense*: dalla complementarietà alla (pretesa) supremazia del diritto antitrust – 7.2.1 Critica alla sentenza *Coop Estense*: il Consiglio di Stato ignora la (tendenza all')unità dell'ordinamento giuridico – 7.2.2. Critica alla sentenza *Coop Estense*: il principio di non contraddittorietà dell'ordinamento e la prevalenza dell'esercizio del diritto rispetto alla norma

**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**

sanzionatoria – 7.2.3 Critica alla sentenza *Coop Estense*: possibilità di risoluzione del conflitto tramite il ricorso ai generali criteri ermeneutici

1. Introduzione: l'(ab)uso di procedimenti amministrativi e l'art. 102 TFUE

Nella seconda parte del Capitolo I si è analizzata l'interazione tra il diritto antitrust e il processo decisionale pubblico (amministrativo e/o legislativo) relativo alla regolazione del mercato. L'indagine è stata condotta principalmente dalla prospettiva dei centri decisionali pubblici, facendo emergere la distinzione tra la regolazione genuina dei mercati e quella che, consistendo in una sostanziale abdicazione al potere regolatorio a favore delle imprese con interessi nei settori regolati, contrasta con le norme in materia di concorrenza (e, in particolare, con gli artt. 4(3) TUE e 101/102 TFUE).

Ora invece si esaminerà il tema della 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.

L'applicazione del diritto antitrust per sanzionare comportamenti tenuti dall'impresa dominante nell'ambito di processi decisionali pubblici pone, in particolare, il problema della distinzione tra il semplice tentativo di influenzare le autorità pubbliche e i comportamenti che invece vanno oltre tale tentativo di persuasione e che, per questo motivo, potrebbero essere catturati dal diritto antitrust.

L'analisi del problema richiede che l'indagine sia svolta in concreto, poiché molto dipenderà dalla valutazione del contesto in cui i comportamenti dell'impresa dominante sono inseriti. L'ambito che si è scelto di indagare è quello dell'utilizzo dei procedimenti amministrativi/regolatori da parte dell'impresa dominante, come

**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**

strumento per escludere, impedire, ovvero ritardare l'accesso dei concorrenti sul mercato.

L'esistenza di una miriade di procedimenti amministrativi/regolatori, concernenti l'accesso ai mercati e/o l'esercizio di determinate attività economiche, consente all'impresa dominante infinite possibilità di utilizzare questi procedimenti per aumentare i costi dei rivali e, in definitiva, per escluderne o, nella maggiore delle ipotesi, ritardarne l'ingresso sul mercato.

Si tratta di una tematica che non è certo nuova, ma che è sempre rimasta ai margini della riflessione antitrust, specialmente in ambito europeo. Basti pensare che, tuttora, nei più celebri manuali di diritto della concorrenza europea, la questione dell'applicazione dell'art. 102 TFUE all'utilizzo strumentale dei procedimenti amministrativi da parte dell'impresa dominante, ammesso che venga trattata, è di norma esposta nella residua categoria degli "altri abusi" e, di fatto, si risolve in un commento dei principali casi giurisprudenziali.

Ne è un'eccezione l'opera di BORK, che nel suo celebre volume *The Antitrust Paradox*, dedica un autonomo capitolo alla cosiddetta fattispecie di *predation through process*, che egli considera come "*an increasingly dangerous threat to competition*"²⁰³.

La pericolosità di queste tipologie di tattiche sta nella loro efficacia, poiché esse possono essere utilizzate "*to purchase a delay of a year or several year's in a rival's entry into a lucrative market*", senza che siano necessarie tutte le costose condizioni che devono sussistere per una buona riuscita delle altre tecniche di predazione, quale quella basata sul prezzo²⁰⁴. Il fatto che molti dei procedimenti in

²⁰³ v. R. BORK, *The Antitrust Paradox*, cit., p. 347.

²⁰⁴ Secondo BORK, *The Antitrust paradox*, op. cit., nei casi di *predation through process* "*successful predation does not require that the predator be able to impose larger costs on the victim, that the predator have greater reserves than the victim, or that the predator have better access to the capital than the victim. No*

**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**

cui vengono messi in atto simili tattiche abbiano luogo a livello locale, insieme alla contiguità dei comportamenti dell'impresa dominante con l'esercizio di prerogative costituzionalmente protette, aumentano l'insidiosità delle fattispecie di *predation through process*, poiché rendono difficile la loro emersione e sanzione da parte delle autorità di concorrenza²⁰⁵. E questo “*low antitrust visibility*” dei fenomeni di *predation through process*, fa sì che ancora oggi si possa confermare quanto già osservava BORK nel 1978, ossia che “*the criteria that are to govern [predation through process] are not yet fully formulated*”²⁰⁶.

L'attenzione in tema di *predation through process* e, in particolare, di (ab)uso di procedimenti amministrativi da parte dell'impresa in posizione dominante è stata recentemente rivitalizzata da alcuni recenti casi, europei e nazionali, concernenti l'applicazione dell'articolo 102 TFUE a siffatte fattispecie. Si tratta, in particolare, del caso *AstraZeneca*, l'unico precedente della Commissione europea, confermato (nelle sue linee generali) dalla giurisprudenza UE, con il quale è stato condannato un gruppo farmaceutico per avere utilizzato strumentalmente e a scopi anticoncorrenziali alcuni procedimenti brevettuali nel settore farmaceutico.

Il precedente della Commissione europea sembra avere ispirato alcuni casi recentemente decisi dall'Autorità garante della concorrenza italiana. La tendenza applicativa che si delinea in questi precedenti dell'Autorità si muove su tre linee.

other technique of predation is able to escape all of these requirements, and that fact indicates both the danger and the probability of predation by misuse of governmental processes” (p. 348).

²⁰⁵ Cfr. BORK, *The Antitrust paradox*, op. cit., pp. 348-349, il quale ricorda altresì che “*since much of this predation occurs at local levels through misuse of state and municipal procedures, the victims are often small businessmen with no, or very little, idea of the possible protection afforded by the antitrust laws*” (p. 348).

²⁰⁶ Cfr. BORK, *The Antitrust paradox*, op. cit., p. 347.

**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**

Il primo luogo, si vuole riconoscere al diritto antitrust una aprioristica supremazia rispetto alle discipline settoriali e, in generale, rispetto alle prerogative garantite dal diritto amministrativo.

In secondo luogo, si tende a considerare (quasi) di per sé abusivo l'attivazione delle prerogative procedurali da parte dell'impresa dominante, senza svolgere quindi approfondite indagini sulla meritevolezza di tutela degli interessi (commerciali e non) fatti valere dall'impresa dominante nell'ambito del procedimento amministrativo in cui essa è intervenuta.

In terzo luogo, si ritiene, seppure implicitamente, inadeguata la valutazione degli interessi in gioco effettuata dall'autorità amministrativa responsabile per il procedimento amministrativo in cui si inseriscono i comportamenti contestati, con la conseguenza che l'intervento dell'AGCM rischia di risolversi sostanzialmente nel riesercizio di un potere amministrativo spettante ad altra autorità.

In altri termini, si concretizza quel rischio paventato dalla migliore dottrina, consistente nel ritenere il diritto antitrust come una sorta di “*superdiritto*” o “*ipernorma*”, che porrebbe in uno stato di assoluta irrilevanza l'esercizio del potere secondo le regole proprie del diritto e del procedimento amministrativo²⁰⁷. Si aggiunge che, sul profilo istituzionale, l'Autorità competente per l'applicazione del “*superdiritto*” non può che reputarsi una sorta di “Super-Autorità”, con licenza di intervenire sulla regolazione degli interessi preposti alla competenza di altre autorità amministrative. I rischi di rottura dell'equilibrio istituzionale e ordinamentale, connessi a una tale concezione del diritto antitrust e dell'Autorità che lo applica, non sono trascurabili.

²⁰⁷ v. L. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, cit. p. 519.

**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**

E la necessità di scongiurare questi rischi costituisce un'ulteriore ragione per indagare sui limiti dell'applicazione del diritto antitrust nell'ambito dei procedimenti amministrativi.

A tal fine, questo capitolo sarà strutturato come segue. In primo luogo, si analizzerà la casistica europea e nazionale, con lo scopo di evidenziare la divergenza dei precedenti nazionali rispetto ai principi espressi nel caso *AstraZeneca*. In secondo luogo, si esamineranno i due più importanti profili che queste fattispecie pongono dal punto di vista antitrust: ossia, il ruolo degli effetti e dell'intento escludente nell'applicazione dell'articolo 102 TFUE. Per quanto concerne gli effetti, si sosterrà che essi non sono necessari ai fini della configurazione dell'illecito abusivo, mentre i casi analizzati dimostrano invece un ritrovato ruolo dell'intento escludente nella fattispecie illecita. In terzo luogo, si analizzeranno più da vicino i fattori che possono costituire un limite all'applicazione del diritto antitrust nell'ambito dei procedimenti amministrativi. Si osserverà, in proposito, che la natura discrezionale del provvedimento amministrativo si pone come un chiaro limite all'applicazione del diritto antitrust, perché incide direttamente sull'imputabilità della restrizione della concorrenza. L'altro limite all'applicazione del diritto antitrust è costituito dall'esercizio del potere amministrativo, in quanto il primo non può ignorare la modifica della realtà ordinamentale da parte del provvedimento amministrativo. Si evidenzierà infine che l'applicazione del diritto antitrust nell'ambito dei procedimenti amministrativi, dovrà fare i conti anche con la tendenza dell'ordinamento giuridico a non contraddirsi, il che esclude che lo stesso comportamento possa essere ritenuto lecito da una branca dell'ordinamento e, allo stesso tempo, sanzionato da altro plesso ordinamentale (nella specie dal diritto antitrust).

**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**

2. Casistica europea e nazionale

Il punto di partenza dell'indagine che si vuole svolgere è costituito dall'analisi della casistica europea e nazionale circa la qualificazione come abuso di posizione dominante dell'uso improprio/strumentale delle procedure amministrative e delle prerogative procedurali, da parte dell'impresa dominante.

2.1. Il caso *AstraZeneca*

Come è stato già anticipato al paragrafo precedente, il caso *AstraZeneca*²⁰⁸ è, a livello UE²⁰⁹, il *leading case* in materia di applicazione dell'articolo 102 TFUE alle fattispecie di (ab)uso di procedimenti amministrativi/regolatori da parte dell'impresa in posizione dominante. Il settore interessato era quello della tutela brevettuale nell'ambito farmaceutico, oggetto anche di una dettagliata indagine settoriale da parte della Commissione europea²¹⁰. Alle società del gruppo *AstraZeneca* sono state addebitate due distinte fattispecie abusive, che possono essere riassunte come segue²¹¹.

²⁰⁸ v. decisione della Commissione 15 giugno 2005, C (2005) 1757 def; sentenza del Tribunale, 1 luglio 2010, causa T-321/05, *AstraZeneca c. Commissione*; in Racc, II-2805; sentenza della Corte di giustizia, 6 dicembre 2012, causa C-457/10, *AstraZeneca c. Commissione*, in Racc. I-770.

²⁰⁹ È interessante notare che la decisione *AstraZeneca* è stata adottata a pochi anni di distanza dai casi *Biovail*, 134 FTC, 407 (2002) e *Bristol-Meyers Squibb*, 135 FTC, 444 (2003), con i quali la Federal Trade Commission statunitense perseguiva infrazioni simili a quelle addebitate al gruppo *AstraZeneca* dalla Commissione europea.

²¹⁰ v. Indagine sul settore farmaceutico del 8 luglio 2009, condotta ai sensi dell'articolo 17 del Regolamento n. 1/2003. Il testo della relazione finale sull'indagine e i vari documenti di sintesi sono reperibili all'indirizzo <http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>. Sul tema si veda anche J. DREXEL - N. LEE (a cura di), *Pharmaceutical Innovation, Competition and Patent Law: A Trilateral Perspective*, Cheltenham, 2013.

²¹¹ cfr. F. MURPHY e F. LIBERATORE, *Abuse of regulatory procedures – the AstraZeneca Case*, in *European Competition Law Review*, 2009, Part 1 nel numero 30 (5) (pp. 223-229); Part 2 nel numero 30 (6) (pp. 289-300) e Part 3 nel numero 30 (7) (pp. 314-223); M. NEGRINOTTI, *Abuse of Regulatory Procedures in the Intellectual Property Context: The AstraZeneca Case*, in *European Competition Law Review*, 2008, pp.446-459; M. MAGGIOLINO - M.L. MONTAGNANI, *Astrazeneca's Abuse of IPR-Related Procedures: A Hypothesis of Anti-Trust Offence, Abuse of Rights, and IPR Misuse*, in *World Competition*, 2011, pp. 245-260; R. PODSZUM, *Can Competition Law Repair Patent Law and administrative*

**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**

2.1.1. La prima fattispecie abusiva: informazioni oggettivamente ingannevoli, idonee a indurre in errore le autorità brevettuali

La prima condotta abusiva contestata ad AstraZeneca consisteva nell'aver fornito informazioni oggettivamente ingannevoli alle autorità brevettuali, nell'ambito di procedimenti volti all'ottenimento di certificati di protezione supplementare ("CPS")²¹² per il medicinale Losec²¹³. La normativa, vigente all'epoca dei fatti²¹⁴, prevedeva che, in alcuni Stati membri, il CPS si potesse ottenere solo qualora la prima autorizzazione di immissione al commercio ("AIC") fosse stata rilasciata successivamente al gennaio 1988. Secondo la tesi accusatoria della Commissione, sostanzialmente avallata dai giudici UE²¹⁵, le società del gruppo AstraZeneca – nell'ambito dei procedimenti di richiesta del CPS – hanno posto in essere una

procedures? AstraZeneca, in *Common Market Law Review*, 2014, pp. 281-294; B. BATCHELOR - M. HEARLY, *CJUE AstraZeneca Judgment: Groping Towards a Test for Patent Office Dealings*, *European Competition Law Review*, 2013, pp.171-173; M. COLANGELO, *Concorrenza e proprietà intellettuale nel settore farmaceutico in Europa dopo il caso Astrazeneca*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, p. 585.

²¹² Il certificato di protezione supplementare garantisce un'estensione della copertura brevettuale, per un periodo massimo di 5 anni a partire dalla prima autorizzazione al commercio, e trova la sua giustificazione nella compensazione in forma di proroga della tutela brevettuale per il tempo trascorso tra la domanda di brevetto e il rilascio della prima autorizzazione di immissione in commercio del farmaco. Per dirla con la Corte di giustizia "l'istituzione di detto certificato è motivata in particolare dalla considerazione che il periodo che trascorre dal deposito di una domanda di brevetto per un nuovo medicinale e il rilascio dell'AIC di quest'ultimo riduce la protezione effettiva conferita dal brevetto a una durata insufficiente ad ammortizzare gli investimenti effettuati nella ricerca", sentenza *AstraZeneca*, cit., (§ 8).

²¹³ Il medicinale in questione, che rappresenta un c.d. *blockbuster* per il gruppo AZ, agisce principalmente contro le patologie gastrointestinali.

²¹⁴ v. art. 19 del Regolamento UE n. 1768/92, ora sostituito dal Regolamento UE n. 469/2009.

²¹⁵ Per quanto riguarda la fattispecie abusiva in questione, i giudici europei hanno annullato la decisione della Commissione solo con riferimento alla durata della condotta abusiva, che la Commissione aveva fatto risalire dalla data della comunicazione delle informazioni ingannevoli ai consulenti brevettuali in Belgio e Lussemburgo. I giudici UE hanno ritenuto invece che la decorrenza della durata della fattispecie abusiva dovesse coincidere con la presentazione delle domande alle autorità brevettuali dei suddetti paesi.

**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**

complessa strategia abusiva, che tramite l'utilizzo di informazioni ingannevoli, era volta a trarre in inganno le autorità brevettuali e quelle giudiziarie, celando a esse che la data della prima AIC per il farmaco Losec fosse anteriore al gennaio 1988²¹⁶.

Il gruppo AstraZeneca ha invece indicato nelle istruzioni inviate ai propri consulenti brevettuali e nelle domande depositate presso gli uffici brevettuali, il “marzo 1988” come data di prima immissione al commercio per il farmaco Losec. Questa data non si riferiva a quella del rilascio della prima AIC, bensì alla (diversa) data in cui le autorità di uno Stato membro (Lussemburgo) avrebbero²¹⁷ approvato i prezzi per la commercializzazione del farmaco Losec. Per giustificare la sua scelta di indicare la data del “marzo 1988, quale data della prima AIC, il gruppo AZ ha, *a posteriori*, sviluppato un'interpretazione alternativa della normativa rilevante. Secondo questa interpretazione, il requisito della data della prima AIC non poteva non riferirsi alla data di pubblicazione dei prezzi di commercializzazione del farmaco, quest'ultimo adempimento ritenuto dal gruppo AstraZeneca quale *conditio sine qua non* per l'effettiva immissione in commercio del farmaco. La Commissione ha tuttavia stigmatizzato il fatto che il gruppo AZ non aveva svelato alle autorità brevettuali che le proprie domande si fondassero sulla suddetta interpretazione alternativa della normativa settoriale²¹⁸. Al contrario, le domande brevettuali erano state redatte in maniera tale da poter indurre le autorità brevettuali a ritenere che il generico riferimento alla data “marzo 1988” si riferisse

²¹⁶ La prima autorizzazione di immissione al commercio nell'allora Comunità era stata adottata in Francia in data 15 aprile 1987.

²¹⁷ Le risultanze istruttorie hanno poi dimostrato che nemmeno tale informazione fosse corretta.

²¹⁸ Peraltro, l'interpretazione avanzata dal gruppo AstraZeneca della nozione di autorizzazione all'immissione al commercio, di cui all'art. 19 del Regolamento n. 1768/92, è stata ritenuta infondata dalla Corte di giustizia con la sentenza, 11 dicembre 2003, causa C-127/00, *Hassle AB c. Ratiopharm GmbH*, in Racc. I-14781.

**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**

al momento (formale) del rilascio della prima AIC. A ciò si aggiunga che, pur essendo consapevole della circostanza che nemmeno la data “marzo 1988” fosse corretta, il gruppo AZ ha continuato a difendere la propria tesi dinnanzi alle autorità brevettuali e ai giudici nazionali. Le società del gruppo AstraZeneca non hanno infine mai contattato le autorità brevettuali per rettificare i certificati di protezione, “anche se, da un lato, i suoi documenti interni indica[va]no che [essa] era consapevole del loro errato fondamento e in particolare dell’erroneità della data della prima AIC e, dall’altro, il consulente in materia [brevettuale] olandese glielo aveva espressamente suggerito”²¹⁹.

Secondo la Commissione e i giudici UE, i comportamenti appena riassunti facevano parte di una strategia unitaria, avente lo scopo di: (i) ottenere una protezione brevettuale nei Paesi in cui tale protezione non le sarebbe spettata²²⁰ e/o (ii) una protezione più lunga di quella che le sarebbe spettata negli altri Paesi europei²²¹.

Con riferimento alla fattispecie abusiva in questione è importante rilevare che, sia la Commissione europea, sia i giudici UE, hanno enfatizzato la circostanza che i comportamenti sanzionati fossero volti a ottenere (e in alcuni casi, hanno ottenuto) dei vantaggi che il gruppo AZ non avrebbe avuto diritto di ottenere. Ciò non significa ovviamente che l’impresa dominante non possa legittimamente rivendicare un proprio diritto, “secondo un’interpretazione giuridicamente difendibile”. Il punto cruciale, secondo i giudici UE, è invece che l’impresa dominante non può “servirsi di qualsiasi mezzo utile a [fare valere il suo diritto e la sua

²¹⁹ v. sentenza della Corte di giustizia, *AstraZeneca*, cit. p. 88.

²²⁰ È il caso della Germania, Danimarca e Norvegia, nei quali, come già osservato *supra*, la protezione supplementare si poteva ottenere solo nei casi in cui la prima autorizzazione di immissione al commercio nell’allora Comunità fosse non anteriore al gennaio 1988.

²²¹ La protezione sarebbe stata invece maggiore nei seguenti Stati: Regno Unito, Belgio e Paesi Bassi.

**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**

interpretazione giuridica], ricorrendo addirittura a dichiarazioni fortemente ingannevoli volte a indurre in errore le autorità pubbliche”²²². Questi ultimi comportamenti sono da ritenersi infatti manifestamente “contrari alla nozione di concorrenza basata sui meriti e alla responsabilità particolare che incombe [sull’impresa dominante] di non compromettere, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e non falsata nell’ambito dell’Unione”.

All’impresa in posizione dominante è imposto quindi un chiaro dovere di rispettare gli obblighi di trasparenza e leale collaborazione nell’ambito del procedimento amministrativo²²³. Tale obbligo persiste sia durante lo svolgimento del procedimento, sia dopo la sua conclusione. In merito al primo profilo, l’impresa dominante deve quindi fornire all’amministrazione “tutte le informazioni rilevanti e, in particolare, [tutte quelle informazioni necessarie per consentire a esse] di decidere, in piena coscienza di causa”. Con riguardo invece al secondo profilo, i giudici UE ribadiscono che “qualora l’impresa in posizione dominante si veda rilasciare un diritto esclusivo irregolare in seguito a un errore da essa commesso nella comunicazione con le autorità pubbliche [grava su di essa il dovere] di informare le autorità pubbliche per consentire loro di correggere tali irregolarità”²²⁴. Si tratta quindi di un dovere di soccorso in capo all’impresa in posizione dominante, ovvero di un dovere di “*candour to correct*

²²² v. sentenza, Corte di giustizia, *supra cit.*, p. 98.

²²³ Si noti che gli stessi obblighi di leale collaborazione sussistono anche nei confronti delle imprese non dominanti. Quelle che cambiano, tuttavia, in questo ultimo caso sono, sia la fonte di questi obblighi, sia la sanzione prevista nelle ipotesi della loro violazione. Con riferimento alle imprese che non detengono una posizione dominante, gli obblighi di leale collaborazione procedimentale deriverebbero ovviamente da fonti diverse dall’articolo 102 TFUE e la sanzione per la loro violazione, se prevista dalle norme che prescrivono questi obblighi, sarà di conseguenza diversa da quella antitrust.

²²⁴ v. sentenza Tribunale, *supra cit.* p. 358.

**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**

*representations made earlier that the dominant firm considers may no longer be correct*²²⁵.

2.1.2. La seconda fattispecie abusiva: la revoca delle autorizzazioni di immissione in commercio

Le società del gruppo AstraZeneca sono state ritenute altresì responsabili per avere ritirato, in Svezia, Norvegia e Danimarca, le AIC relative alla versione in capsule del medicinale Losec, al solo fine di ritardare l'ingresso dei genericisti e degli importatori paralleli nei suddetti mercati.

Il ritiro delle AIC ha avuto luogo in maniera quasi simultanea all'introduzione in commercio di una nuova versione, questa volta in compresse, del medicinale Losec. Le risultanze istruttorie hanno altresì dimostrato che tali comportamenti erano inseriti all'interno di una (in sé legittima) strategia commerciale "ponte", volta ad arginare l'erosione delle vendite del *blockbuster* Losec da parte dei genericisti (e degli importatori paralleli di Losec), nel periodo di tempo intercorrente tra la scadenza della protezione brevettuale del Losec e il lancio di un nuovo medicinale (basato su un diverso principio attivo protetto da apposito brevetto).

Più nel dettaglio, l'abuso imputato al gruppo AstraZeneca riguardava soltanto la richiesta presentata da quest'ultimo alle competenti autorità dei suddetti Paesi di revocare l'AIC del medicinale Losec in capsule. Secondo la Commissione, le autorità nazionali non avevano alcun potere inibitorio sulle richieste di ritiro avanzate dal titolare delle AIC, ragion per cui alla semplice richiesta di ritiro delle AIC da parte dell'impresa dominante seguiva

²²⁵ v. R. O'DONOGHUE e J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, cit., p. 663. Gli Autori osservano anche che il "duty to candour" imposto dal diritto antitrust all'impresa dominante "raises the specter that a dominant firm might even be obliged to disclose privileged legal advice as to the range of possible interpretations of the SPC legislation that it was considering, including those least favourable to its interests" (ibid.).

**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**

immediatamente la loro revoca. La conseguenza della revoca dell'AIC del Losec in versione capsulare, era quello di escludere la possibilità per i produttori di medicinali generici di ricorrere a una procedura abbreviata per l'autorizzazione alla commercializzazione di medicinali generici (in formato capsulare), che la normativa settoriale metteva a disposizione di questi ultimi. In tal modo, il gruppo AstraZeneca ha strumentalmente sfruttato il contesto normativo al solo fine “*di tutelare artificialmente dalla concorrenza i prodotti che non erano più protetti da un brevetto*”²²⁶.

Per comprendere meglio la strumentalità della condotta (e la sua idoneità a ostacolare l'entrata nel mercato da parte dei genericisti e degli importatori paralleli di Losec), è necessario tenere presente la normativa settoriale applicabile ai fatti di causa e, in particolare, la direttiva 65/65/CE (sostituita dalla direttiva 2001/83/CE). Secondo questa normativa, i produttori di medicinali generici avevano la facoltà di ricorrere alla suddetta procedura abbreviata qualora il medicinale da commercializzare fosse essenzialmente analogo a un altro prodotto già autorizzato (c.d. medicinale di riferimento). Il ricorso alla procedura abbreviata consentiva un significativo risparmio per il genericista, perché in questo caso il responsabile dell'immissione in commercio “non è tenuto a fornire i risultati delle prove farmacologiche e tossicologiche, o i risultati delle prove cliniche”²²⁷. L'autorità nazionale competente utilizza invece i dati contenuti nel dossier depositato dal responsabile dell'immissione in commercio del medicinale di riferimento.

Al fine di bilanciare i diversi (e non raramente, contrapposti) interessi in gioco, la direttiva 65/65/UE, così come interpretata dalla Corte di giustizia, imponeva alcuni limiti al ricorso alla procedura

²²⁶ v. sentenza Corte di giustizia, *AstraZeneca*, cit., § 19.

²²⁷ v. art. 4, terzo comma, punto 8, lettera a), §ii, della direttiva n. 65/65/UE.

**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**

abbreviata, tra cui i seguenti due. In primo luogo, la procedura abbreviata era usufruibile solo dopo essere decorsi da sei a dieci anni dal rilascio della prima AIC nell'UE del medicinale di riferimento. In secondo luogo, la possibilità di ricorrere alla procedura abbreviata dipendeva dalla permanenza in vigore dell'AIC del medicinale di riferimento. Come è facilmente intuibile, la prima limitazione, era giustificata dalla necessità di bilanciare tra l'esigenza di facilitare l'entrata di genericisti nel mercato e la protezione dell'esclusiva degli studi effettuati dal proprietario del medicinale di riferimento. La seconda limitazione invece è stata introdotta dalla Corte di giustizia per esigenze di tutela della salute pubblica.

Dal quadro regolamentare, così sinteticamente riassunto, emerge quindi che la revoca dell'AIC del medicinale di riferimento “ostava ... a che il ricorso a tale procedura abbreviata fosse ancora possibile dopo il ritiro dell'AIC di riferimento”²²⁸.

È importante notare subito che la Commissione, e i giudici UE, non hanno negato che, secondo la normativa settoriale, il gruppo AstraZeneca avesse un vero e proprio diritto di ritirare le AIC di un proprio medicinale, senza necessità di fornire alcuna spiegazione in tal senso alle autorità pubbliche. Le censure delle istituzioni UE sono state invece sollevate contro l'esercizio di tale diritto con l'unico scopo di limitare la concorrenza con metodi diversi dalla concorrenza sul merito, ossia di ottenere un risultato censurato dall'ordinamento. In quest'ottica, l'analisi delle istituzioni UE si è concentrata sulla circostanza che i comportamenti censurati non fossero giustificati da altre ragioni, che non fossero quelle di ostacolare i concorrenti (ossia, i genericisti e gli importatori paralleli).

²²⁸ v. sentenza Corte di giustizia, *AstraZeneca*, § 116.

**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**

La Commissione e i giudici UE hanno ritenuto che la protezione degli investimenti compiuti dal gruppo AstraZeneca per ottenere gli studi e gli esami farmacologici inclusi nel dossier non costituiva una giustificazione oggettiva alla condotta contestata, perché, secondo la normativa europea, una volta scaduto il periodo di 6-10 anni dall'immissione al commercio, il produttore del medicinale di riferimento perde l'esclusiva sullo sfruttamento degli studi inclusi nel *dossier*. Allo stesso modo, la giustificazione avanzata in fase processuale da AstraZeneca, secondo cui il ritiro dell'AIC era stato fatto per evitare i rigorosi obblighi di farmacovigilanza, è stata considerata tardiva, ai fini dell'ammissibilità processuale, e, in ogni caso, infondata nel merito, perché cozzava in maniera evidente con il fatto che le stesse AIC erano state mantenute in vigore in altri Stati membri che imponevano obblighi di farmacovigilanza ben più stringenti di quelli paventati nella specie.

Né infine ha assunto rilevanza, ai fini della sussistenza dell'abusività della condotta, la circostanza che i genericisti (e gli importatori paralleli) avrebbero potuto fare ricorso alle altre procedure autorizzatorie previste dalla normativa rilevante. Ciò in quanto il mancato utilizzo da parte dei genericisti della procedura abbreviata significava, in ogni caso, maggiore tempo per l'entrata nel mercato e maggiori spese procedimentali.

2.1.3. Il caso *AstraZeneca*: un giusto equilibrio tra l'esercizio di prerogative procedimentali e la tutela della concorrenza

La posizione tenuta dalle istituzioni UE nell'ambito del caso *AstraZeneca* rappresenta un giusto bilanciamento tra l'esercizio di prerogative procedimentali e la tutela della concorrenza (tramite la sanzione dell'abuso di posizione dominante).

**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**

Da un lato, l'apparente conformità alla normativa settoriale non esclude di per sé l'applicazione del diritto antitrust²²⁹. Dall'altro lato, ai fini dell'applicazione del diritto antitrust è necessario dimostrare l'esistenza di un elemento qualificante, diverso dal (e aggiuntivo al) mero esercizio di prerogative riconosciute dall'ordinamento, che sia capace di porre in un'ottica di disvalore condotte che (quantomeno in apparenza) sono lecite e protette dall'ordinamento.

La Commissione e i giudici UE hanno così individuato un (fragile) punto di equilibrio tra l'applicazione del diritto antitrust e l'esercizio di prerogative procedurali. I tratti distintivi di tale operato si evincono in diversi passaggi delle motivazioni delle decisioni delle istituzioni europee che si sono pronunciate sulla vicenda. La Commissione e i giudici UE sono stati molto cauti e attenti nel delineare lo spazio d'intervento del diritto antitrust.

Il filo conduttore delle motivazioni delle istituzioni UE, comune a entrambe le fattispecie abusive, è che nella specie non si è censurato l'esercizio in sé della prerogativa.

Oggetto della prima fattispecie abusiva è stato infatti l'utilizzo di informazioni oggettivamente ingannevoli, idonee a indurre in inganno l'autorità pubblica e volte a ottenere un indebito vantaggio: ossia, comportamenti contrari agli obblighi di trasparenza, correttezza e buona fede. Non a caso la Corte di giustizia ha precisato che **non**

²²⁹ Sembra che vada letta in questo senso la tesi della Commissione, ripresa dal Tribunale e confermata dalla Corte di giustizia, secondo cui "l'illegittimità di un comportamento abusivo alla luce dell'art. [102 TFUE] non ha alcuna relazione con la sua conformità o meno rispetto ad altre norme giuridiche", anche perché "gli abusi di posizione dominante consistono, nella maggioranza dei casi, in comportamenti peraltro legittimi alla luce di branche del diritto diverse dal diritto della concorrenza" (v. sentenza del Tribunale, *supra* cit., p. 677.). Non sembra altresì fuori luogo evidenziare che tale valutazione sia anche frutto del diverso rango normativo delle disposizioni in gioco: da un lato, la prerogative in questione era concessa da una norma di fonte primaria, che non può essere interpretata in modo da comportare una sostanziale disapplicazione della norma di rango superiore, qual è l'art. 102 TFUE.

**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**

“ogni domanda di brevetto fatta da una [impresa dominante], respinta in quanto non rispondente ai criteri di brevettabilità, determini automaticamente l'insorgere di una responsabilità ai sensi dell'articolo [102 TFUE]”²³⁰. La sola contrarietà del comportamento dell'impresa dominante alla disciplina di settore non è quindi sufficiente ai fini della responsabilità antitrust, poiché “la valutazione della natura ingannevole di dichiarazioni fornite alle autorità pubbliche per ottenere in modo indebito diritti esclusivi dev'essere effettuata in concreto e può variare a seconda delle circostanze specifiche di ciascun caso”²³¹.

Considerazioni simili a quelle relative alla prima fattispecie abusiva, si possono effettuare anche con riguardo alla seconda fattispecie abusiva. Oggetto di quest'ultima è stato infatti l'esercizio di una prerogativa “*unicamente in modo da impedire o da rendere più difficile l'ingresso di concorrenti sul mercato*” (enfasi aggiunta)²³². In altri termini, è stato ritenuto illegittima quella modalità di esercizio di una prerogativa, il cui unico scopo fosse quello di ottenere un risultato, non giustificato da motivi di salute pubblica, contrario all'ordinamento e, in particolare, al divieto di cui all'articolo 102 TFUE. L'intero impianto accusatorio infatti tende a dimostrare che la decisione di AstraZeneca non era dovuta a motivi di protezione dei propri interessi legittimi²³³, né era supportata da giustificazioni

²³⁰ v. sentenza Corte di giustizia, *supra cit.*, §. 99.

²³¹ *Ibid.*

²³² v. sentenza Tribunale *supra cit.*, §. 817.

²³³ I giudici UE hanno infatti evidenziato innanzitutto la circostanza che al momento della revoca delle autorizzazioni, AstraZeneca non avesse più un diritto esclusivo sui propri studi, avendo quindi sfruttato tutto il tempo necessario, secondo il legislatore, a recuperare gli investimenti effettuati. In secondo luogo, la revoca dell'autorizzazione all'immissione in commercio non era necessaria per l'introduzione di una nuova linea del farmaco Losec.

**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**

oggettive²³⁴. A ciò si aggiunga che, secondo le risultanze istruttorie, la revoca delle autorizzazioni non rappresentava un comportamento conforme alla prassi commerciale²³⁵ e aveva come effetto quello di garantire l'esclusività dei dati e degli studi farmacologici per un periodo superiore a quello consentito dalla normativa rilevante.

Quanto sin qui osservato, è poi avvalorato dalla rilevanza riconosciuta dalla Commissione e dai giudici UE al ruolo dell'intento escludente nell'ambito della configurazione dell'illecito²³⁶. Secondo il Tribunale, "l'intenzione di ricorrere a prassi estranee alla concorrenza basata sui meriti [non è in ogni caso irrilevante e] può essere presa in considerazione per concludere nel senso che l'impresa interessata ha commesso un abuso di posizione dominante, anche se tale conclusione dovrebbe basarsi, in primo luogo, sull'accertamento oggettivo di una materiale attuazione del comportamento abusivo"²³⁷. Proprio con

²³⁴ Sul profilo delle giustificazioni oggettive invece, la tesi di AstraZeneca circa la necessità della revoca delle AIC al fine di evitare i penetranti obblighi di farmacovigilanza, è stata considerata contraddittoria, (poiché le autorizzazioni non erano state revocate in altri Stati membri con pesanti obblighi di farmacovigilanza), prima ancora che inammissibile, perché sollevata per la prima volta dinanzi al Tribunale.

²³⁵ V. § 820 della Decisione.

²³⁶ Sul ruolo dell'intento nel divieto di abuso di posizione dominante si tratterà più nel dettaglio al § 4 *infra*.

²³⁷ v. sentenza del Tribunale, AstraZeneca, § 359. Si noti però che il Tribunale ha altresì ritenuto che "dal carattere oggettivo della nozione di abuso ... emerge che la natura delle dichiarazioni comunicate alle autorità pubbliche dev'essere valutata sulla base di elementi oggettivi e che la dimostrazione della natura volontaria del comportamento e della malafede dell'impresa in posizione dominante non è necessaria per individuare un abuso di posizione dominante" (§ 356). A tal ultimo proposito, si noti però che è stato correttamente osservato che "*while both EU Courts held that proof of deliberate intent or fraud was not required for an abuse, their findings leaves the reader in no doubts that their view was that AstraZeneca had not acted in good faith and had intentionally concealed information that it knew would have been materially adverse to its interests had it been disclosed*" (v. O'DONOGHUE AND PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, cit., p. 665). Secondo J. FAULL e A. NIKPAY, *The EU Law of Competition*, Oxford, 2014, "*the Court of Justice clarified that intentionally misleading a regulatory authority was abusive but that innocent misrepresentations would not be unless the undertaking failed to rectify the mistake once it was appreciated*" (p. 493).

**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**

riferimento a condotte (apparentemente) conformi a una prerogativa riconosciuta dall'ordinamento, l'intento escludente, ove provato, assume, insieme agli altri fattori menzionati sopra, particolare importanza in quanto di elemento che qualifica di disvalore le suddette condotte²³⁸. Come sarà specificato altrove, la prova dell'intento nel caso *AstraZeneca* lungi da rappresentare un mero processo alle intenzioni, si basava su schiacciati prove documentali volte a dimostrare l'inserimento delle condotte contestate nell'ambito di una deliberata strategia a costituire barriere “*tecniche e regolamentari volte a ritardare l'ingresso sul mercato dei prodotti generici*”²³⁹.

La cautela delle istituzioni UE nell'applicare il diritto antitrust a comportamenti inerenti all'esercizio di prerogative processuali, si evince anche da un ultimo elemento, anch'esso comune a entrambe le fattispecie abusive. Si tratta della valorizzazione dell'assenza di discrezionalità in capo alle autorità brevettuali, coinvolte nei fatti di causa. Dal caso emerge in maniera chiara quindi che, ai fini della qualificazione delle condotte del gruppo *AstraZeneca* come fattispecie d'illecito antitrust, ha assunto particolare rilevanza sia “*il margine di valutazione limitato delle autorità pubbliche*”, sia “*l'assenza di un obbligo ad esse incombente di verificare l'esattezza o la veridicità delle informazioni*” fornite dall'impresa in posizione dominante²⁴⁰. Sul tema si tornerà ampiamente altrove. È qui sufficiente rilevare che l'esistenza o meno dei suddetti poteri discrezionali in capo all'amministrazione incide, sia sull'idoneità delle informazioni a indurre in inganno le autorità brevettuali, sia sul piano

²³⁸ Sicché, sembrerebbe che il test dell'abuso di posizione dominante “*is not purely objective, but rather one that takes subjective intent into account without requiring proof of intent to mislead*” (*ibid.*).

²³⁹ v. sentenza del Tribunale, *AstraZeneca*, §. 803.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 357.

**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**

dell'imputabilità degli effetti anticoncorrenziali del provvedimento amministrativo.

Tirando le somme, si può quindi concludere evidenziando che, alla luce del caso AstraZeneca, i comportamenti tenuti dall'impresa dominante nell'ambito di un procedimento amministrativo/regolatorio possono porsi in contrasto con l'articolo 102 TFUE quando: (i) si inseriscono nell'ambito di una comprovata strategia escludente; (ii) l'amministrazione responsabile del procedimento ha una limitata discrezionalità sull'esito di quest'ultimo rispetto all'istanza di parte; e (iii) tali comportamenti non sono oggettivamente giustificati, ovvero si pongono in contrasto con i principi di trasparenza, leale collaborazione e correttezza nei confronti dell'amministrazione procedente²⁴¹.

2.2. La prassi decisionale dell'Autorità garante

Come si è già accennato nei paragrafi introduttivi, l'Autorità garante della concorrenza ha recentemente adottato alcune decisioni sanzionatorie di comportamenti tenuti dall'impresa dominante nell'ambito di procedimenti amministrativi. Sono di particolare interesse le istruttorie concluse dall'Autorità nei casi *Pfizer*²⁴², *Coop Estense*²⁴³ e *Arenaways*²⁴⁴. Il primo caso, sempre nell'ambito del

²⁴¹ Per una conclusione analoga v. F. DE BURE, *EU Competition Law: Abuse of Dominance under Article 102 TFEU*, cit., secondo cui “the analysis of the case law reveals that the misuse of such procedures and regulations are likely to be held abusive where three cumulative conditions are met: (1) there is a clear intentional strategy on the part of a dominant company to foreclose competition; (2) there is no objective justification for the behaviour in question; and (3) the authorities or bodies applying such procedures have little or no discretion” (p. 670).

²⁴² cfr. provv. n. 23194 dell'11 gennaio 2012, caso A431, *Ratiopharm/Pfizer*, in *Bollettino* n. 2/2012.

²⁴³ cfr. provv. n. 23639 del 6 giugno 2012, caso A 437, *Esselunga/Coop Estense*, in *Bollettino* n. 24/2012.

²⁴⁴ cfr. provv. n. 23770 del 25 luglio 2012, caso A436, *Arenaways-Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri*, in *Bollettino* n. 30/2012.

Allo stesso filone decisionale sembrerebbe appartenere anche la recente istruttoria avviata dall'Autorità nel *caso Aspen* (v. provv. di avvio, n. 25186, del 19

**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**

settore farmaceutico, riguarda sostanzialmente i procedimenti in materia di ottenimento di brevetti divisionali. Il secondo caso, relativo invece al settore della grande distribuzione alimentare, concerne la partecipazione dell'impresa dominante nell'ambito di procedimenti urbanistici, volti all'insediamento di supermercati nella provincia di Modena. L'ultimo caso, anch'esso estraneo al settore farmaceutico, è relativo alla partecipazione dell'*incumbent* ferroviario italiano a procedimenti avviati dal regolatore del settore ferroviario.

L'Autorità, nel perseguire tutti e tre i casi, sembra essersi ispirata al caso *AstraZeneca*. La tesi che l'Autorità ha cercato di dimostrare in tutte e tre le istruttorie è stata infatti quella secondo cui le imprese in posizione dominante, tramite l'esercizio delle proprie prerogative procedurali, avrebbero indebitamente indotto le autorità pubbliche ad adottare provvedimenti idonei ad escludere dal mercato i concorrenti dell'impresa dominante. Il contesto normativo e i presupposti fattuali che contraddistinguono i casi nazionali divergono però in maniera significativa dai fatti del caso *AstraZeneca*. Il che, come verrà dimostrato nel prosieguo del presente paragrafo, rende difficilmente giustificabile l'applicazione ai casi nazionali dei principi sviluppati nel caso *AstraZeneca*.

novembre 2014, caso A 480, Incremento prezzo dei farmaci Aspen, in Bollettino n. 46/2014). Dal provvedimento di avvio del procedimento si evince che l'AGCM accusa il gruppo Aspen di avere abusato della propria posizione dominante nel mercato rilevante costituito dai propri farmaci anti-tumorali nell'ambito delle negoziazioni avviate con l'AIFA per l'incremento del prezzo in Italia dei suddetti farmaci. Secondo l'Autorità, il gruppo ASPEN avrebbe costretto l'AIFA ad accettare incrementi esorbitanti dei prezzi dei prodotti anti-tumorali di ASPEN in Italia, sfruttando come valore negoziale la credibile minaccia di ritirare le autorizzazioni di commercio in Italia dei suddetti farmaci, nel caso in cui il regolatore settoriale non avesse assecondato le richieste di ASPEN. Nelle valutazioni preliminari dell'Autorità sembra assumere importanza la considerazione che l'ordinamento nazionale non prevede in capo all'AIFA un potere inibitorio contro l'unilaterale ritiro delle autorizzazioni al commercio dei farmaci da parte dei loro produttori. L'istruttoria è ancora in corso.

**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**

Il risultato che ne consegue è l'annientamento del punto d'equilibrio raggiunto nel caso *AstraZeneca* tra il diritto antitrust e l'esercizio di prerogative procedurali, con il rischio dello sconfinamento del primo in ambiti sottoposti al presidio di altre branche del diritto (e di competenza di amministrazioni diverse dall'AGCM).

Per comprendere il divario tra il caso *AstraZeneca* e la casistica nazionale è però opportuno procedere prima a una breve analisi dei summenzionati procedimenti. Solo in un secondo momento saranno evidenziate le divergenze tra i due orientamenti.

2.2.1. Il caso Pfizer

Le vicende rilevanti per il caso Pfizer risalgono all'anno 1989, quando la società svedese Pharma AB (acquisita nel 2003 dal gruppo Pfizer) presentò presso l'Ufficio europeo dei brevetti (EPO) domanda di protezione brevettuale per il principio attivo latanoprost²⁴⁵. Nel 1994, la società Pharma AB ottenne il brevetto EP417, a protezione del suddetto principio attivo ("brevetto principale"). La copertura garantita dal brevetto principale scadeva il 6 settembre 2009. Successivamente al rilascio del brevetto principale, e in conformità con la normativa europea rilevante, la società Pharma AB ottenne il CPS relativo al brevetto principale in tutti i Paesi europei, ad eccezione dell'Italia, della Spagna e del Portogallo, nei quali essa non aveva richiesto il suddetto certificato. Ne è conseguito quindi che, ad eccezione dell'Italia [della Spagna e del Portogallo], la protezione garantita al farmaco Xalatan fu estesa sino al 17 luglio 2011. In Italia (così come in Spagna e Portogallo) la scadenza della protezione rimase invece quella originaria del brevetto principale (ossia, il 6 settembre 2009).

²⁴⁵ Si tratta del principio attivo che sta alla base del farmaco Xalatan, un medicinale c.d. "blockbuster" per la cura del glaucoma.

**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**

Nel 2002, ossia durante le trattative per l'acquisizione della società Pharma AB da parte del gruppo Pfizer, la prima presentò, entro i termini previsti dalla (e in piena conformità con la) normativa settoriale, domanda per l'ottenimento di un brevetto divisionale, connesso al suddetto brevetto principale. È bene peraltro osservare che il rilascio del brevetto divisionale non ha funzioni di innovazione, bensì procedurali (relative, ad esempio, all'ampiezza della domanda principale), come si evince dal fatto che il brevetto divisionale mutua durata e scadenza del brevetto principale²⁴⁶. Il brevetto divisionale fu rilasciato nel 2009. Nello stesso anno il gruppo Pfizer validò il brevetto solo in Italia [in Spagna e in Portogallo] e, previa apposita richiesta, ottenne in questi Stati altresì il CPS sul brevetto divisionale. Il risultato è stato quindi che anche in Italia la scadenza della protezione del principio attivo latanoprost fu allineata a quella del resto d'Europa²⁴⁷. Il gruppo Pfizer infine richiese ed ottenne un ulteriore periodo di estensione del certificato supplementare, per motivi di sperimentazione pediatrica del principio attivo alla base del farmaco Xalatan. In questo modo, fu garantita una protezione fino al gennaio 2012.

Forte dell'ottenimento del CPS anche in Italia, il gruppo Pfizer inviò ai genericisti, che nel frattempo si preparavano a entrare sul mercato, formale diffida ad astenersi dalla commercializzazione di farmaci generici a base di latanoprost. Si instaurò, per iniziativa dei genericisti, un contenzioso civile e amministrativo sulle vicende in questione. Alla luce di ricorsi presentati dai concorrenti-genericisti,

²⁴⁶ Cfr. R. O'DONOGHUE and J. PADILLA, *The Law and Economics*, op. cit., secondo cui “*divisional patents are not at all premised on the added innovative or market value of patent: they are primarily a procedural device to allow the applicant to buy some time. Further, they cannot extend patent life any more than the parent patent could have*” (p. 672).

²⁴⁷ Proprio perché, come già anticipato, la scadenza del CPS del brevetto divisionale è in effetti la stessa del brevetto principale.

**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**

l'EPO dispose, in data 5 ottobre 2010, l'annullamento del brevetto divisionale²⁴⁸. Il provvedimento di annullamento fu impugnato dal gruppo Pfizer, con ricorso avente effetto sospensivo della decisione di primo grado. In data 11 maggio 2012, ossia dopo la conclusione del procedimento sanzionatorio avviato dall'AGCM, il Board of Appeal dell'EPO accolse il ricorso del gruppo Pfizer, confermando quindi la validità del brevetto divisionale.

Le condotte, così riassunte, sono state considerate dall'Autorità abusive, poiché espressione di una strategia escludente, volta a estendere artificiosamente la durata della protezione del farmaco Xalatan e, di conseguenza, a ritardare l'entrata sul mercato dei genericisti. Secondo l'AGCM, la strategia escludente sarebbe consistita nell'utilizzo improprio delle procedure brevettuali, nonché nell'instaurazione del contenzioso giudiziario contro i genericisti, con lo scopo di creare nei loro confronti uno stato di incertezza giuridica circa l'estensione temporale della protezione brevettuale. Dalla lettura del provvedimento emerge in maniera chiara che l'Autorità ha posto particolare enfasi sul provvedimento di annullamento del brevetto divisionale (il quale, come è già stato evidenziato, è stato però a sua volta annullato dagli organi competenti, dopo la conclusione del procedimento antitrust). Con riferimento all'instaurazione del contenzioso con i genericisti, l'Autorità ha considerato irrilevante il fatto che il contenzioso fosse in realtà instaurato da questi ultimi, poiché a detta dell'Autorità tali azioni sono state conseguenza delle diffide indirizzate da Pfizer contro i genericisti²⁴⁹.

²⁴⁸ Si noti però che il provvedimento di annullamento del brevetto divisionale non riguardava "la doppia brevettabilità" del principio attivo alla base dello Xalatan, bensì altri motivi.

²⁴⁹ Colpisce in maniera particolare il diverso trattamento riservato dall'Autorità alle azioni instaurate dai genericisti e le reazioni processuali di Pfizer. Per l'Autorità sarebbe infatti normale e tollerabile che "a titolo preventivo e cautelativo, i genericisti [esercitino] normalmente l'azione di nullità brevettuale

**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 TAR Lazio ha annullato la decisione dell'Autorità²⁵⁰. Secondo i giudici di primo grado, per considerarsi abusive le “condotte con le quali, sia in sede amministrativa che in sede giudiziaria, Pfizer ha esercitato la tutela di diritti e di interessi legittimi [...] devono connotarsi di un evidente intento escludente alla luce di un *quid pluris* che si aggiunga alla mera sommatoria di comportamenti leciti per i rispettivi ordinamenti amministrativo e giudiziario”. Secondo il TAR, la prova della sussistenza di un siffatto *quid pluris* non è stata fornita dall'Autorità²⁵¹.

La sentenza del TAR Lazio è stata tuttavia a sua volta annullata dal Consiglio di Stato, che ha così definitivamente confermato la decisione dell'Autorità garante²⁵². La sentenza del Consiglio di Stato

prima di chiedere l'inserimento in lista di trasparenza dei propri farmaci”. Sarebbe invece abusiva la reazione di Pfizer a resistere a siffatte azioni, proponendo domande riconvenzionali.

²⁵⁰ v. sentenza TAR Lazio, sez. I, 3 settembre 2012, n. 7467.

²⁵¹ In particolare, da un lato, il provvedimento non teneva in debita considerazione il fatto che la richiesta di brevetto divisionale era stata depositata da Pfizer 7 anni prima del previsto ingresso dei genericisti sul mercato italiano e, ad ogni modo, due anni prima del termine ultimo per presentare siffatta domanda, ai sensi della normativa settoriale. Dall'altro lato, il TAR Lazio ha rilevato come tutto il provvedimento dell'Autorità fosse basato sull'illegittimità del brevetto divisionale e sul fatto che quest'ultimo fosse stato annullato dall'EPO. La conferma definitiva della validità del brevetto, da parte degli organi competenti, smentiva quindi il presupposto del provvedimento sanzionatorio. Per quanto concerne infine il contenzioso giudiziario, il TAR ha evidenziato il fatto che nella maggior parte di essi Pfizer era convenuta e, ad ogni modo, non erano stati forniti sufficienti elementi probatori a dimostrare la strumentalità dell'operato giudiziario da parte del gruppo Pfizer.

²⁵² v. sentenza Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693. Il caso *Pfizer* è stato oggetto di diversi commenti dottrinali, tra cui D. GERADIN, *The Uncertainties Created by Relying on the Vague “Competition on the Merits” Standard in the Pharmaceutical Sector: The Italian Pfizer/Pharmacia Case*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, p. 344; S. HADRIAN, *Appeal, Non-Application, Judicial Review on the Acts of the Public Administration for Antitrust Purposes (Note to the Consiglio di Stato – Italian Supreme Administrative Court – Judgment, Sec. VI, no. 693/2014)*, in *Rivista italiana di antitrust*, 2014, p. 153; G. GHIDINI - G. CAVNI - P.F. PISERA, *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante: il caso Pfizer*, in *Rivista italiana di antitrust*, 2014 p. 133; C. OSTI, *The Italian Way to Antitrust Judicial Review: A Few Oddities of the Pfizer Case*, in *Rivista italiana di antitrust*, 2014, p. 115; E. AREZZO, *Strategic Patenting e diritto della concorrenza: riflessioni a margine della vicenda*

**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**

sarà oggetto di un dettagliato esame critico nell'ambito del terzo capitolo del presente contributo. È sufficiente qui osservare che il giudice d'appello ha fornito una lettura del provvedimento dell'Autorità e delle condotte in esso contestate, alla luce della figura dell'abuso del diritto. Il Consiglio di Stato ha posto quindi l'attenzione sull'utilizzo strumentale del brevetto divisionale. Secondo il giudice d'appello, la distonia tra la funzione che l'ordinamento assegnerebbe al brevetto divisionale e lo scopo della richiesta avanzata da Pfizer, risulterebbe evidente dalla circostanza che all'ottenimento del brevetto divisionale non fosse seguito la commercializzazione di nessun nuovo prodotto. Quest'ultimo elemento, a dire il vero marginale nella decisione dell'Autorità, è divenuto la prova principale della sussistenza dell'abuso del diritto, e quindi dell'abuso di posizione dominante, nell'impianto motivazionale della sentenza del Consiglio di Stato.

2.2.2. Il caso *Coop Estense*

Nel caso *Coop Estense*, l'Autorità ha sanzionato la società Coop Estense società cooperativa a r.l. (di seguito "Coop Estense") per avere violato l'articolo 3 della l. n. 287/1990. L'Autorità ha ritenuto che la Coop Estense avrebbe messo in atto una strategia unitaria anticoncorrenziale diretta a escludere o, quantomeno, a ostacolare l'apertura di nuovi punti vendita nella provincia di Modena da parte del concorrente Esselunga S.p.A., (di seguito, Esselunga). La strategia si sarebbe concretizzata nell'intervento della Coop Estense nell'ambito di due procedimenti di pianificazione urbanistica avviati, rispettivamente, nei Comuni di Modena e di Vignola.

Ratiopharm-PFIZER, in *Giurisprudenza commerciale*, 2014, p. 404; L. B. MORAIÀ, *La decisione Pfizer: profili critici in tema di brevetti divisionali e facoltà esclusive*, in *Rivista di diritto industriale*, 2012, p. 582; G. SENA, *Esclusiva brevettuale e strategia escludente*, in *Rivista di diritto industriale*, 2012, p.626.

**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**

Secondo l'Autorità, la Coop Estense si sarebbe innanzitutto strumentalmente opposta, in qualità di proprietaria di un comparto all'interno dell'area ex Consorzio Agrario, all'approvazione da parte del Comune di Modena di un piano particolareggiato di iniziativa privata concernente la riqualificazione e l'urbanizzazione dell'area in questione: ossia, dell'unica area nella zona nord di Modena nella quale, secondo i piani urbanistici vigenti all'epoca dei fatti, sarebbe potuto sorgere una struttura commerciale alimentare di media grandezza. La proposta di piano particolareggiato, avanzata in maniera unilaterale da uno dei proprietari dell'area ex Consorzio Agrario, aveva come obiettivo la costruzione della suddetta struttura commerciale in un area dell'ex Consorzio Agrario che, a detta dell'Autorità, sarebbe stata nella disponibilità di Esselunga, prima che la Coop Estense acquistasse uno degli altri due restanti comparti situati all'interno dell'area ex Consorzio Agrario (ossia, la c.d. area ex Fallimento Rizzi). Secondo l'Autorità, la Coop Estense, da un lato, avrebbe acquistato l'area ex Fallimento Rizzi e si sarebbe opposta all'approvazione del piano particolareggiato esclusivamente per impedire l'insediamento della struttura commerciale di Esselunga e, dall'altro lato, sarebbe stata proprio l'opposizione della Coop Estense a causare la mancata approvazione del piano particolareggiato da parte del Comune di Modena.

L'Autorità ha addebitato, in secondo luogo, alla Coop Estense di essere strumentalmente intervenuta nell'ambito del procedimento di approvazione da parte del Comune di Vignola di un accordo pubblico-privato, tramite il quale, da un lato, si doveva introdurre una variante al piano regolatore generale (in modo da consentire l'edificabilità di un area che, a detta dell'Autorità, sarebbe già stata a disposizione della società Esselunga) e, dall'altro lato, la società Esselunga avrebbe finanziato un'opera di interesse pubblico. Secondo la tesi

**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**

dell'Autorità, un giorno prima dell'attesa approvazione da parte del Comune di Vignola del progetto di accordo, la Coop Estense espresse il proprio interesse a beneficiare di una soluzione analoga a quella di Esselunga. Di qui l'illecito, perché sarebbe stato proprio questo intervento a spingere il Comune a sospendere e rinviare ogni decisione in merito al progetto di Esselunga al fine di valutare proposte urbanistiche alternative. E questa sospensione, a detta dell'Autorità, avrebbe avuto in realtà una valenza definitiva, poiché alla luce della normativa vigente all'epoca dei fatti, il Comune avrebbe potuto adottare direttamente una variante al P.R.G entro e non oltre la data dell'11 aprile 2005. La procedura di adozione della variante sarebbe rimasta comunque possibile, ma con procedura molto più complessa e onerosa.

Il Tar Lazio ha annullato il provvedimento sanzionatorio, poiché ha ritenuto non dimostrata la tesi accusatoria dell'Autorità, il cui fulcro, secondo il giudice, è rappresentato dal nesso di causalità tra la condotta partecipativa della Coop Estense e l'esclusione della concorrente Esselunga dai mercati rilevanti²⁵³. Secondo il giudice, l'Autorità non ha tenuto in debita considerazione gli elementi che smentivano il presupposto cardine della sua tesi: ossia l'assunto per cui, in assenza degli interventi della Coop Estense, i procedimenti amministrativi avrebbero avuto esito positivo per Esselunga, permettendole di realizzare le strutture commerciali. Il TAR Lazio ha rilevato che la mancata approvazione del piano particolareggiato nel Comune di Modena non era dovuta alla sola opposizione della Coop Estense, bensì anche ad altre circostanze e, in particolare, al parere negativo reso dalla AUSL/ARPA competente e al mancato

²⁵³ v. sentenza del Tar Lazio (Roma), Sez. I., 2 agosto 2013, n. 7826, con nota di K. PEČI, *Pianificazione urbanistica e abuso di posizione dominante*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1/2014, pp. 39-47.

**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**

adeguamento del piano al parere della Commissione edilizia. Queste circostanze risultavano *per tabulas* non solo dal provvedimento di mancata approvazione adottato dal Comune di Modena, bensì anche dalla sentenza del TAR Bologna, del 6 novembre 2009, n. 2280, che ha confermato la legittimità della procedura svoltasi dinanzi al Comune di Modena. Il giudice ha ritenuto quindi che il provvedimento dell'Autorità fosse viziato per “mancanza assoluta di dimostrazione della sussistenza di un nesso causale, anche concorrente ma di rilievo determinante, tra la condotta di Coop Estense e l'esclusione di Esselunga”. Anche per la vicenda di Vignola il TAR Lazio ha osservato che l'assunto dell'Autorità circa la certa approvazione del progetto di Esselunga da parte del Comune di Vignola fosse smentito dalla circostanza che il procedimento prevedesse l'intervento di terzi interessati²⁵⁴.

Anche in questo caso, la sentenza del TAR è stata annullata dal Consiglio di Stato, che ha quindi confermato il provvedimento dell'Autorità²⁵⁵.

Secondo il giudice d'appello, il TAR avrebbe erroneamente posto la propria attenzione sull'(in)esistenza del nesso di causalità tra la condotta da parte della Coop estense e l'effetto escludente di tale condotta. Il Consiglio di Stato ha infatti sostenuto che l'effetto concreto della condotta non è un elemento essenziale della fattispecie

²⁵⁴ In ogni caso, osserva il giudice, l'approvazione del suddetto accordo non avrebbe comunque comportato automaticamente l'insediamento della struttura commerciale di Esselunga nel Comune di Vignola, atteso che “*all'accordo avrebbero in ogni caso dovuto fare seguito, a tal fine, altri procedimenti*” lunghi e complessi.

²⁵⁵ v. sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673. Sulle valutazioni effettuate dai giudici del Consiglio di Stato nel caso Coop Estense, si vedano, S. BASTIANON, *Esselunga v. Coop Estense e la guerra tra supermercati: l'abuso di posizione dominante come illecito di mera condotta*, in Mercato, concorrenza, regole, 2014, p. 311; V. C. ROMANO, *L'abuso di posizione dominante da fatto lecito*, in Il Foro italiano, 2014, n. 10, p. 616; M. FILICE, *Le nuove frontiere in tema di abuso di posizione dominante*, in Giornale di diritto amministrativo, 2015, p. 87.

**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**

di abuso di posizione dominante. Quest'ultima è invece da considerarsi come fattispecie di illecito di mero pericolo, con la conseguenza che per la configurazione dell'abuso sarebbe sufficiente l'oggettiva idoneità anticoncorrenziale della condotta. Nel caso di condotte lecite dal punto di vista della disciplina settoriale, l'anticoncorrenzialità secondo il Consiglio di Stato, risiederebbe nella strumentalità della condotta, conforme alla normativa settoriale, a ottenere risultati che l'ordinamento tende a escludere, quale la distorsione della concorrenza sul mercato.

Con riferimento alle vicende di Modena, il Consiglio di Stato sembra individuare tale strumentalità alla luce di tre elementi. In primo luogo, il Consiglio di Stato fa leva sulla nozione di "speciale responsabilità" dell'impresa in posizione dominante, per sostenere la (paradossale) sussistenza di un obbligo in capo alla Coop Estense (addirittura) di non proteggere il proprio investimento nell'area acquistata, ossia di rinunciare a eventuali piani di costruzione di un proprio supermercato nell'area in questione. Ciò per il solo fatto che una parte dei terreni sarebbe stata nella disponibilità di un proprio concorrente. In secondo luogo, per il Consiglio di Stato l'intento emulativo delle condotte di Coop Estense sarebbe evincibile dall'abnormità del prezzo che essa avrebbe pagato per l'acquisto dell'area ex Fallimento Rizzi. Il terzo elemento sarebbe rappresentato dal *timing* dei comportamenti della Coop Estense, che indicherebbe lo scopo di quest'ultima di impedire/escludere l'espansione del proprio concorrente.

Con riguardo invece alle vicende del comune di Vignola, il Consiglio di Stato si è sostanzialmente limitato a ribadire la tesi dell'Autorità, secondo cui l'intervento da parte della Coop Estense sarebbe finalizzato esclusivamente a ritardare il procedimento, con lo scopo di escludere il concorrente dal mercato.

**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**

2.2.3. Il caso *Arenaways*

Nel caso *Arenaways*, l'Autorità ha sanzionato Ferrovie dello Stato (FS), in solido con le sue controllate Rete Ferroviaria Italiana (RFI; responsabile dell'accesso all'infrastruttura ferroviaria nazionale) e Trenitalia (*incumbent* nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario di passeggeri), perché avrebbero ostacolato l'accesso di *Arenaways* alla fornitura di servizi ferroviari di trasporto passeggeri²⁵⁶. L'Autorità ha contestato alle suddette società due distinte fattispecie abusive, poste in essere rispettivamente da RFI e Trenitalia. L'analisi si concentrerà sugli addebiti contestati a quest'ultima, poiché di particolare interesse ai fini del presente contributo²⁵⁷.

L'Autorità ha contestato a Trenitalia di avere tenuto nell'ambito del procedimento ex art. 59 della l. n. 99/2009 – avviato dall'URSF avviato dal regolatore settoriale (l'URSF), ai fini della valutazione dell'impatto delle attività di *Arenaways* sull'equilibrio economico dei contratti di servizio in essere tra Trenitalia e le Regioni Lombardia e Piemonte – un comportamento tale da indurre in errore il regolatore. Il comportamento contestato era rappresentato da una relazione tecnica,

²⁵⁶ Provv. n. 23770 del 25 luglio 2012, caso A436, *Arenaways-Ostacoli all'accesso nel mercato dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri*, in *Bollettino* n. 30/2012.

²⁵⁷ Le condotte contestate a RFI possono riassumersi come segue. Nell'aprile del 2008, *Arenaways* ha presentato a RFI una richiesta di accesso alla rete ferroviaria, in relazione a un percorso articolato ad anello tra le città di Milano e Torino, con una serie di fermate intermedie. La domanda è stata reiterata l'anno successivo e l'accesso alla rete è stato concesso nel novembre del 2010, a seguito di una decisione dell'Ufficio per la Regolazione dei Servizi Ferroviari (URSF), in merito alla valutazione dell'impatto delle attività di *Arenaways* sull'equilibrio economico dei contratti di servizio pubblico, conclusi tra Trenitalia e le Regioni Lombardia e Piemonte. Secondo l'Autorità, FS, tramite la controllata RFI, avrebbe avviato una lunga procedura di consultazione con le Regioni Lombardia e Piemonte e con il Ministero dei Trasporti e delle Infrastrutture, con l'unico scopo di ritardare l'ingresso di *Arenaways*. Per la tesi accusatoria inoltre, nonostante il parere favorevole delle Regioni, RFI avrebbe indebitamente subordinato la procedura di assegnazione delle tracce ad *Arenaways* alla conclusione del procedimento ex art. 59 della l. n. 99/2009, nell'ambito del quale l'URSF doveva stabilire se l'accesso di *Arenaways* ai suddetti servizi ferroviari avrebbe compromesso l'equilibrio economico dei contratti di servizio pubblico conclusi da Trenitalia con le Regioni Lombardia e Piemonte.

**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**

relativa alla valutazione della compromissione dell'equilibrio economico dei contratti di servizio pubblico in essere con le regioni Piemonte e Lombardia, nell'ipotesi di avvio delle attività commerciali da parte di Arenaways. La relazione tecnica in questione è stata fornita all'URSF in risposta a una formale richiesta di informazioni indirizzata a Trenitalia dallo stesso regolatore. Secondo l'Autorità, la suddetta relazione avrebbero indotto in errore il regolatore settoriale, spingendolo a vietare, con decisione del 9 novembre 2010, le fermate intermedie al concorrente Arenaways²⁵⁸. Dalla lettura del provvedimento emerge in maniera chiara come la tesi accusatoria dell'Autorità si sia basata non sulla sussistenza di una oggettiva ingannevolezza delle informazioni fornite, bensì sull'“*inappropriatezza della metodologia di calcolo privilegiata*” da Trenitalia nella sua relazione²⁵⁹. Per dimostrare tale “*inappropriatezza*” l'Autorità, ha effettuato nel provvedimento una propria analisi, alternativa a quella fatta propria dal provvedimento finale dell'URSF.

Anche questo provvedimento dell'Autorità è stato annullato dal TAR Lazio, con una sentenza redatta peraltro dallo stesso magistrato-relatore delle sentenze *Pfizer* e *Coop Estense*²⁶⁰. Per quanto riguarda

²⁵⁸ In particolare, l'articolo 59 introduce “Limitazioni ai servizi ferroviari passeggeri in ambito nazionale” nei casi in cui il loro esercizio possa compromettere l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico in termini di redditività, disponendo, al comma 2, che: “lo svolgimento di servizi ferroviari passeggeri in ambito nazionale ... può essere soggetto a limitazioni nel diritto di far salire e scendere passeggeri in stazioni situate lungo il percorso del servizio, nei casi in cui il loro esercizio possa compromettere l'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico in termini di redditività di tutti i servizi coperti da tale contratto ...”.

²⁵⁹ v. provv. AGCM, *Arenaways*, § 316.

²⁶⁰ v. sentenza TAR Lazio, Sez. I., del 27 marzo 2014, n. 3398. In commento alla sentenza del TAR Lazio, si vedano, A. CARDONE - G. CRISALFI, *Programmazione economica e libertà di concorrenza. L'utilità sociale nelle valutazioni dell'Autorità antitrust*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, consultabile all'indirizzo web: <http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it/index.php/note-e-commenti-fascicolo-2/5-andrea-cardone-e-giorgia-crisafi-programmazione-economica-e-liberta-di-concorrenza-l-utilita-sociale-nelle-valutazioni-dell-autorita-antitrust>; M. D'AMICO, *La complementarietà delle funzioni affidate all'Antitrust e all'URSF*

**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**

la seconda fattispecie contestata dall'Autorità²⁶¹, il TAR Lazio ha accolto le argomentazioni delle ricorrenti, sancendo l'illegittimità del provvedimento sanzionatorio sotto un duplice profilo. In primo luogo, il provvedimento non ha contestato l'utilizzo di informazioni ingannevoli o fuorvianti da parte di Trenitalia, bensì la scelta di criteri metodologici e di calcolo non condivisibili dall'Autorità. Sotto tale aspetto, il provvedimento si basa su “una istruttoria parallela e [effettua] valutazioni di merito autonome e completamente confliggenti con l'USRF”. Così facendo però, l'Autorità si è quindi “completamente sostituita a detto Ufficio nell'esercizio di competenze a esso affidate dalla legge”²⁶². Sotto un secondo profilo, l'Autorità con questo *modus operandi* “è pervenuta contestualmente, all'apprezzamento dell'abusività dei comportamenti della società sanzionate e all'autonoma creazione dell'ambito delle regole tecniche alla cui stregua effettuare l'apprezzamento stesso”. In altri termini, il provvedimento ha sovvertito il principio generale secondo cui “l'apposizione della regola, tendenzialmente eteronoma, precede la valutazione dell'antigiuridicità della condotta che con la stessa si ponga in conflitto”. La sentenza è stata appellata dall'Autorità

nell'ambito del servizio di trasporto ferroviario, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, p. 262.

²⁶¹ Con riferimento alla prima fattispecie, il TAR Lazio ha ritenuto che il comportamento di RFI non fosse ostruzionistico, bensì mosso da oggettive problematiche legate alla richiesta di accesso alla rete da parte di Arenaways. L'Autorità, secondo il giudice delle prime cure, avrebbe poi effettuato una valutazione superficiale del quadro probatorio, poiché, contrariamente a quanto sostenuto nel provvedimento, le preoccupazioni sollevate da RFI erano state condivise anche dalle istituzioni da essa coinvolte, senza che peraltro queste ultime trovassero un'opinione comune su siffatte problematiche.

²⁶² È interessante quindi rilevare che nel caso di specie il TAR Lazio aveva rigettato le censure delle ricorrenti circa la carenza di competenza dell'AGCM a favore dell'USRF per quanto concerne le condotte anticoncorrenziali nel settore ferroviario. Ne consegue quindi che, correttamente ad avviso di chi scrive, il TAR Lazio distingue tra competenza in astratto e usurpazione in concreto di competenze altrui e, nella specie, delle competenze di natura regolatoria che l'ordinamento riconosce in maniera esclusiva in capo all'USRF.

**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**

dinnanzi al Consiglio di Stato, il quale non si è ancora pronunciato sul caso.

2.2.4. Critica alla prassi decisionale dell'Autorità: inconciliabile divergenza con i principi del caso *AstraZeneca*

All'inizio di questa sezione, si è osservato che la casistica nazionale, nonostante le esplicite o implicite affermazioni di applicare i principi del caso *AstraZeneca*, diverge in maniera significativa da quest'ultimo. È giunto ora il momento di dimostrare questa tesi.

Iniziando dal caso *Pfizer*, si rileva innanzitutto l'insufficienza dell'impianto probatorio circa l'esistenza di una strategia escludente del gruppo Pfizer nei confronti dei genericisti. Se si prescinde dalle risultanze circa la volontà di Pharma prima, e del gruppo Pfizer dopo, di allineare la protezione del farmaco Xalatan in Italia a quella in vigore negli altri Stati membri (considerazioni, di per sé, neutre ai fini della dimostrazione di una strategia escludente dei concorrenti), le uniche prove addotte dall'Autorità sull'asserito intento escludente sono quelle volte a dimostrare il timore espresso dai vari dirigenti del gruppo Pfizer nei confronti dell'entrata sul mercato dei genericisti. L'Autorità sembra però non cogliere che solo un operatore incosciente e irrazionale non farebbe simili valutazioni, circa l'affacciarsi di ulteriori concorrenti sul mercato. A ciò si aggiunga che, a differenza del caso *AstraZeneca*, il gruppo Pfizer non è mai stato accusato di avere fornito informazioni ingannevoli e/o fuorvianti alle autorità brevettuali. Queste ultime hanno inoltre esercitato un controllo intenso sulla domanda di brevetto divisionale avanzata da (Pharma) Pfizer, come emerge facilmente dalla circostanza che nell'ambito del lungo procedimento per il rilascio del divisionale, la domanda iniziale è stata più volte modificata proprio su indicazione dell'autorità brevettuale. Si noti infine che, la strategia di Pharma/Pfizer, non solo era stata attuata sette anni prima che i genericisti potessero entrare sul mercato,

**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**

ma sembra anche giustificata dalla necessità di recuperare gli investimenti profusi in ricerca e sviluppo per la scoperta del principio attivo latanoprost. E si tratta di un interesse la cui meritevolezza, in quanto inerente alla stessa nozione di CPS, è direttamente riconosciuta dallo stesso legislatore. È bene tenere in mente infatti che il risultato a cui mirava l'azione brevettuale di Pharma/Pfizer non andava oltre a quanto il gruppo avesse diritto di ottenere, sulla base della legislazione vigente, e che già aveva ottenuto in altri Stati membri.

Simili criticità si riscontrano anche con riferimento al caso *Coop Estense*. Anche in questo caso è mancata la prova che la partecipazione dell'impresa dominante nell'ambito dei procedimenti di pianificazione urbanistica fosse parte di una strategia volta esclusivamente a escludere il concorrente Esselunga. Al contrario, l'Autorità e il Consiglio di Stato sembrano identificare siffatta strategia escludente proprio con la mera partecipazione della Coop Estense ai suddetti procedimenti urbanistici, quasi a voler ribaltare la prospettiva e a significare che l'impresa dominante avrebbe dovuto astenersi dalla protezione dei propri legittimi interessi commerciali. A tale approccio è facile obiettare, evidenziando che la partecipazione di Coop Estense ai suddetti procedimenti sembrerebbe giustificata dalla necessità di proteggere i propri investimenti (in aree edificabili), i quali avrebbero rischiato di essere svalutati, nel caso di in cui fosse stata approvata la proposta di piano particolareggiato, unilateralmente presentata alle autorità locali in interesse della concorrente Esselunga. A ciò si aggiunga che, anche nel caso *Coop Estense*, l'Autorità non ha contestato all'impresa in posizione dominante di avere utilizzato informazioni ingannevoli e/o fuorvianti nell'ambito dei suddetti procedimenti amministrativi. Si noti infine che, vertendo in materia edilizio-urbanistica, le autorità amministrative nel caso *Coop Estense*, a differenza di quelle brevettuali nel caso *AstraZeneca*, godevano di

**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 ampio potere discrezionale sulle scelte di conformazione del territorio.

Nemmeno il caso *Arenaways* è esente da critiche. È sufficiente qui ribadire che la contestazione effettuata a Trenitalia non riguarda in realtà dichiarazioni false, ingannevoli e/o fuorvianti, bensì l'aver risposto alla richiesta di informazioni dell'URSF, tramite una valutazione il cui merito è stato condiviso dal regolatore settoriale, ma non dall'Autorità. A ciò si aggiunga, che nel caso *Arenaways* si è in presenza di un procedimento amministrativo di regolazione, nell'ambito del quale il regolatore settoriale gode di un ampio potere discrezionale. Si noti infine che, l'intervento contestato a Trenitalia è stato sollecitato da una formale richiesta di informazioni da parte dell'URSF, che disponeva altresì di efficaci poteri sanzionatori, attivabili in caso di inadempimento da parte dei destinatari dello strumento istruttorio.

Alla luce dei brevi rilievi fin qui effettuati, emerge la già denunciata divergenza di fondo tra i casi decisi a livello nazionale e il caso *AstraZeneca*. Il rischio che si prospetta è duplice, sia interno che esterno all'ordinamento nazionale.

Sul piano interno, è reale e concreto il rischio che l'Autorità sconfini in valutazioni, estranee al diritto antitrust, riservate esclusivamente ad altre amministrazioni²⁶³.

²⁶³ Un esempio concreto di questo rischio di sconfinamento da parte dell'Antitrust si può trovare – oltre al caso *Arenaways*, nel quale l'“invasione di campo” da parte dell'AGCM è stata sanzionata dal TAR Lazio – nella vicenda *Coop Estense*. È sufficiente a tal riguardo evidenziare l'utilizzo che l'Autorità ha fatto dello strumento della diffida. Ai sensi della lettera c) del provvedimento sanzionatorio, l'Autorità impone alla Coop Estense non solo di non opporsi alle scelte di piano della propria concorrente, bensì di farsi addirittura promotrice “di un processo di collaborazione che conduca, entro e non oltre sei mesi dalla notifica del presente provvedimento, alla formulazione del Piano condiviso che consenta il recupero e la riqualificazione urbana del comparto e, conseguentemente, l'avvio di attività commerciali da parte del concorrente”. L'Autorità quindi si sostituisce alle amministrazioni locali decidendo che sia l'interesse del concorrente a prevalere su

**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**

Sul piano esterno, si presenta un rischio di non uniforme applicazione dell'articolo 102 TFEU da parte delle autorità nazionali della concorrenza. E in tale ottica, non è banale osservare che, non sorprendentemente, l'autorità spagnola della concorrenza, che pure aveva avviato un'inchiesta contro il gruppo Pfizer specularmente a quella dell'AGCM, ha concluso per l'archiviazione dell'istruttoria. La ragione dell'archiviazione è giustificata proprio con l'accertamento dell'“insufficienza di prove dell'esistenza di una violazione dell'art. 102 TFUE, poiché i requisiti stabiliti dalla Corte di giustizia nel caso *AstraZeneca* non sono stati ritenuti integrati”²⁶⁴.

quello della Coop Estense e che sia il primo, a scapito del secondo, ad avviare la propria attività commerciale nel Comune di Modena. Ma vi è di più. Se si leggono con attenzione le motivazioni del provvedimento si comprende che l'Autorità non solo effettua valutazioni che spettano agli organi locali, bensì ha anche l'ambizione di vincolare l'operato di queste ultime, tentando imporle le proprie determinazioni. Sembra potersi leggere in tal senso infatti il passaggio del provvedimento in cui si prescrive che “il superamento della situazione di stallo venutasi a creare sull'area dell'ex Consorzio agrario di Modena a causa dell'opposizione di Coop Estense appare, inoltre, in grado di risolvere i dubbi dell'Amministrazione – sorti in ragione della persistente contrapposizione degli interessi dei proprietari – sulla reale necessità della modifica della destinazione d'uso dell'area al fine di consentirne il recupero e la riqualificazione. In altri termini, eventuali scelte dell'Amministrazione comunale, volte a modificare la destinazione d'uso dell'area in questione dovranno tenere in debita considerazione l'obbligo imposto dall'Autorità a Coop Estense – in termini di fattiva collaborazione tesa a consentire un rapido accesso al mercato alla società Esselunga –, evitando di vanificarne il contenuto”. L'argomentazione dell'AGCM si conclude con quello che sembra essere un vero e proprio avvertimento alle amministrazioni locali, in quanto si legge che “*l'Amministrazione comunale non potrà, quindi, che ponderare molto attentamente eventuali proprie decisioni che siano idonee a vanificare, o comunque attenuare, gli effetti degli obblighi imposti dall'Autorità a Coop Estense con la presente decisione*” (corsivo aggiunto, § 288).

²⁶⁴ v. C. DESOGUS, *Nuove frontiere tra regolazione, proprietà intellettuale e tutela della concorrenza nel settore farmaceutico: le pratiche di brevettazione strategica*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1./2015. La decisione dell'autorità spagnola è la RESOLUCIÓN Expediente Sancionador S/0441/12 PFIZER HEALTH AB y PFIZER S.L.U., reperibile in lingua spagnola all'indirizzo web <http://www.cnmc.es/Competencia/Buscadores/Expedientes?num=S%2F0441%2F12&ambito=Conductas>.

**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**

3. L'(ab)uso di procedimenti amministrativi e la rilevanza degli effetti anticoncorrenziali ai fini della fattispecie illecita

L'applicazione dell'articolo 102 TFUE a comportamenti tenuti nell'ambito di procedimenti amministrativi solleva, da una prospettiva di diritto della concorrenza, la questione del ruolo degli effetti della condotta contestata, ai fini della qualificazione dell'illecito antitrust. La rilevanza o meno degli effetti anticoncorrenziali, ai fini della sussistenza della fattispecie abusive, rappresenta una delle più complesse problematiche dell'intero diritto antitrust europeo (e nazionale). La problematica in questione diventa più acuta con riferimento agli abusi procedimentali, poiché in questi casi vengono in rilievo condotte che non si tengono direttamente sul mercato, ma che si realizzano tramite l'intervento della pubblica amministrazione.

La questione della rilevanza degli effetti anticoncorrenziali, ai fini della configurazione dell'illecito di cui all'art. 102 TFUE, è ampiamente dibattuta in dottrina, con due principali orientamenti contrapposti che si contendono il campo²⁶⁵.

3.1. Osservazioni critiche sul c.d. *effects-based approach*

Secondo un orientamento più recente (auto-definitosi riformatore) la tradizionale applicazione dell'articolo 102 TFUE peccherebbe di formalismo giuridico e finirebbe per proteggere i concorrenti²⁶⁶, ragion per cui, urgerebbe un'applicazione della norma

²⁶⁵ Il dibattito sul tema della rilevanza degli effetti ai fini della sussistenza della fattispecie abusiva, è stato rianimato di recente dalla decisione della Commissione e del Tribunale UE, nel caso Intel. Cfr. W.P.J.WILS, "The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-called "More Economic Approach" to Abuse of Dominance", in World Competition, 2014; P. REY - J.S. VENIT, "An Effects-Based Approach to Article 102: A response to Wouter Wils", in World Competition, 2015; P. NIHOUL, "The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of the Effect-based Approach in European Competition Law?", in Journal of European Competition Law & Practice, 2014; N. PETIT, Intel, Leveraging rebates and the goals of Article 102 TFEU, in European Competition Journal, 2015. R. WHISH, Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!", in Journal of European Competition Law & Practice, 2014.

²⁶⁶ v. per un'analisi dell'esperienza statunitense, e in particolare della c.d. Chicago School, v. E.M. FOX, "We Protect Competition, You Protect Competitors",

**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**

in questione basata sull'analisi economica che ponga al centro della fattispecie normativa l'effetto (anticompetitivo) della condotta e la sua incidenza diretta sul benessere (a seconda delle diverse sotto-ideologie) collettivo o dei consumatori²⁶⁷. Secondo l'orientamento in questione (detto anche *effect-based approach*), la distinzione tra condotta concorrenziale e abuso di posizione dominante risiederebbe nella sussistenza o meno dell'effetto anticompetitivo della condotta: l'effetto anticompetitivo diventa così l'elemento che colora di disvalore la condotta dell'impresa in posizione dominante²⁶⁸.

in World Competition, 2003, pp. 149-165; nonché, R. Whish e D. Bailey, cit., p. 195.cfr. J.S. VENIT, "An Effects-Based Approach to Article 102: A response to Wouter Wils"; v, altresì, R. VAN DEN BERGH - A. GIANNACARI, *L'approccio più economico nel diritto comunitario della concorrenza. Il più è troppo o non (ancora) abbastanza?*, in Mercato, concorrenza, 2014.

²⁶⁷ In Italia si veda, per tutti, R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, in 20 Anni di Antitrust, (a cura di) C. R. BEDOGNI e P. BARUCCI, Torino, 2010, p. 123. id., *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?* In Mercato, concorrenza, regole, 2007, 119.

²⁶⁸ Non sembra tuttavia che il c.d. *effect based approach* garantisca chiarezza e certezza giuridica. Basta in proposito interrogarsi su quale debba essere il *test* da utilizzare per l'accertamento degli effetti anticompetitivi della condotta posta in essere dall'impresa in posizione dominante. Infatti sul punto non vi è una risposta univoca e tuttora vengono proposti diversi *test*, tra cui: (i) *profit sacrifice/no economic sense*; (ii) *equally-efficient competitor test*; (iii) *consumer welfare test*; (iv) *limiting production test*. Per una disamina dettagliata di questi e altri test proposti dalla dottrina per l'accertamento dell'effetto anticompetitivo e, quindi, dell'illiceità della condotta, v. R. O'DONOGHUE, *Verbalizing a General Test for Exclusionary Conduct under Article 82 EC*, in European Competition Law Annual: 2007 – A Reformed Approach to Article 82 EC, C.D. Ehlermann e M. Marquis (a cura di), Oregon, 2008, p. 327 e ss. Sembrano essere ispirati a questo approccio gli Orientamenti della Commissione sugli abusi escludenti (cfr. *Orientamenti sulla priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE] al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, pubblicati in GUUE il 24.2.2009.). Allo stesso modo, vi è chi ha percepito "il segnale dell'attenzione della Corte per il tentativo di riconsiderare la ratio dell'intervento antitrust nei confronti delle condotte unilaterali escludenti, trasferendo l'enfasi dalla salvaguardia dell'assetto strutturale del mercato in quanto tale alla tutela della concorrenza come strumento di promozione degli interessi dei consumatori", nella recente sentenza *Post Danmark* (Sentenza del 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*. V. G. FAELLA, *L'incerto status dei prezzi e degli sconti selettivi nel diritto antitrust europeo: alcune riflessioni alla luce degli Orientamenti e del caso Post Danmark*, reperibile sul sito <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-COMP-40-2013.pdf>. Non si deve però sottovalutare il fatto che nella stessa sentenza la Corte di giustizia ha ribadito che "in order to determine whether a dominant undertaking has abused its dominant

**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**

All'orientamento in questione non si intende in questa sede muovere una critica sull'ideologia di fondo che esso, sotto la veste della pretesa scientificità e infallibilità dell'analisi economica²⁶⁹, tenta di portare avanti: ossia, la pretesa residualità dell'intervento antitrust (e del potere pubblico) contro i comportamenti unilaterali dell'impresa dominante²⁷⁰. Una siffatta critica si fermerebbe solo sul piano ideologico. Si intende in questa sede aderire invece alle argomentazioni di chi ha denunciato due aspetti di incoerenza interna al c.d. *effects-based approach*²⁷¹.

Il primo profilo riguarda l'incoerenza insita nell'*effects-based approach*, per quanto riguarda la cesura tra l'individuazione delle regole del gioco (in materia di concorrenza) e la loro osservanza al momento applicativo. Si ritiene infatti che nel momento in cui si stabiliscono determinate regole in materia di concorrenza, sarebbe poi incoerente pretendere (come fa l'*effects-based approach*) di eludere in concreto l'applicazione di tali regole, sulla base di considerazioni

position by its pricing practices, it is necessary to consider all the circumstances and to examine whether those practices tend to remove or restrict the buyer's freedom as regards choice of sources of supply, to bar competitors from access to the market, to apply dissimilar condition to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage, or to strengthen the dominant position by distorting competition" (§ 26)

²⁶⁹ v. però W.P.J. WILS, "The Judgment of the EU General Court in Intel, cit., secondo cui "however much some economists may try to pretend otherwise by wrapping their thoughts in mathematical formulas, economics is not an exact science, like physics or chemistry, but a social science, like sociology, history or moral philosophy" (p. 412).

²⁷⁰ In maniera analoga anche E.M. FOX, *We Protect Competition*, cit., secondo cui "The 1980s victory of the Chicago School was more a victory of economic libertarianism and political conservatism than of maximisation of a microeconomic welfare function. "Consumer welfare" was the label given for the *raison d'être* of the new regime, but it obscured the fact that the real first principle was non-intervention. Consumer welfare operationalised as aggregate consumer surplus provided a benchmark that was a check against antitrust enforcement. It stood for the admonition that antitrust law would not be invoked unless a particular challenged practice decreased aggregate consumer surplus. Given the presumption of market and business efficiency, it seldom did".

²⁷¹ Cfr. V. VANBERG, *Consumer welfare, total welfare and economic freedom: on the normative foundations of competition policy*, in *Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik*, 2009, No. 09/3.

**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**

relative all'incidenza degli effetti della condotta sulla nozione di benessere (collettivo, quindi anche dei produttori, oppure solo quello dei consumatori?)²⁷². In quest'ottica, non si mette in dubbio né l'importanza dell'*effect-based approach* ai fini della determinazione delle regole del gioco, né il ricorso alla scienza economica in materia antitrust. Quello che non si condivide è appunto il fatto di non conformarsi all'applicazione della regola scelta (adottata a livello costituzionale, in senso lato), adducendo di volere seguire nel caso concreto (*sub-costituzionale*, ossia applicativo) scelte e risultati basati sull'analisi dell'impatto della condotta sugli alternativi parametri di benessere²⁷³.

Il secondo profilo di criticità del c.d. *effects-based approach*, concerne l'eccessiva idealizzazione della realtà. Sotto questo aspetto, uno dei principali *claim* dell'orientamento in questione è che dall'analisi caso per caso sulla sussistenza o meno degli effetti negativi sul benessere, deriverebbe una maggiore accuratezza nell'intervento pubblico e, quindi, una maggiore *giustizia* nella decisione. Tale posizione si fonda sul presupposto della (quasi) infallibilità e della costante accuratezza delle analisi svolte dalle autorità garanti della concorrenza e dai loro consulenti economici. È

²⁷² Secondo V. VANBERG, *Consumer welfare*, cit., “the principle reason for advocates of the goal of economic freedom or Wettbewerbsfreiheit to reject an ‘effects-based approach’ that applies efficiency considerations at the sub-constitutional level is that such guidance for competition policy is in conflict with the requirements that follow from adopting a market order and the private law system on which it is based. Whatever efficiency arguments may legitimately inform the choice of rules that are to frame the market process, within the rules chosen the private autonomy that they provide for must be respected and the freedom of choice that is the substance of private autonomy cannot be made contingent on assessments of the welfare effects that result from its use. There is no conflict between using consumer sovereignty as a criterion in choosing the rules for the market game, but it would be inconsistent with a private law system to allow actions that it prohibits or to prohibit actions that it permits because of the positive or negative welfare effects they are predicted to produce in particular instances” (p. 20).

²⁷³ *Ibid.*

**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**

però legittimo dubitare che nella realtà le cose siano effettivamente così²⁷⁴.

3.2. L'articolo 102 TFUE quale strumento per la protezione della struttura concorrenziale

Non si vuole nascondere che le critiche appena indirizzate all'*effects-based approach* siano vicine al secondo orientamento, che tuttora caratterizza l'applicazione dell'articolo 102 TFUE da parte dei giudici UE: ossia, a quell'orientamento che vede lo scopo della concorrenza nella protezione della struttura concorrenziale del mercato, intesa come libertà economica non solo dei consumatori, bensì anche dei concorrenti dell'impresa in posizione dominante. Come è stato peraltro acutamente osservato, "*it is clear from Protocol No. 27 on the internal market and competition, annexed to the Treaty of Lisbon, that the objective of Article 102 TFEU (and of other competition rules) is a system of undistorted competition, as part of the internal market established by the EU*"²⁷⁵.

Non si può quindi ignorare che i Trattati UE identificano l'oggetto dell'articolo 102 TFUE con la protezione della struttura concorrenziale del mercato. Si tratta, come è noto, di una visione che riecheggia l'insegnamento della "*Scuola degli ordo-liberali*" di Friburgo²⁷⁶, secondo cui, il diritto della concorrenza serve a

²⁷⁴ Secondo, V. VANBERG, op. cit. "*If competition agencies, informed by their economic advisors, were perfect in predicting the welfare consequences of business practices in each and every case, their decisions would obviously be more 'accurate' under an 'effects-based approach' than the decisions at which they would arrive in following a 'form-based approach' and judging cases according to general rules. This is, however, no longer assured when competition agencies and their economic advisors are not perfect and subject to errors in their attempts to assess the overall welfare consequences in particular instances*" (p. 22).

²⁷⁵ v. W.P.J.WILS, "*The Judgment of the EU General Court in Intel*", op. cit. p. 417.

²⁷⁶ L'espressione è mutuata da G. AMATO, *Il potere*, cit., p.44. Il testo più autorevole sul diritto della concorrenza nel pensiero ordoliberalo rimane D.J. BERGER, *Law and Competition in the Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*; Calderon Press, 1998. Nonostante non manchino voci che tendono ad escludere l'influenza ordo-liberale nel processo di adozione dell'articolo 102 TFUE

**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**

scongiurare il rischio che il potere economico privato possa compromettere il processo concorrenziale dei mercati. È comprensibile pertanto che in questa prospettiva l'applicazione articolo 102 TFUE, presuppone *“l'esistenza di un diritto in capo a ciascun concorrente dell'impresa in posizione dominante a non essere escluso da atti illegittimi [dell'impresa dominante], a prescindere dal fatto che tale esclusione possa o meno comportare una concreta diminuzione della concorrenza o dell'efficienza del mercato”*²⁷⁷.

L'accertamento dell'effetto anticompetitivo perde la propria centralità nella configurazione dell'abuso di posizione dominante, poiché il disvalore si sposta sull'idoneità della condotta dell'impresa in posizione dominante a pregiudicare il sistema concorrenziale²⁷⁸.

(v. P. AKMAN, *The Concept of Abuse in EU Competition law: Law and Economic Approaches*, Hart Publishing, 2012; nonché, H. SCHWEITZER, *The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC*, in *European Competition Law Annual: 2007 – A Reformed Approach to Article 82 EC*, C.D. Ehlermann e M. Marquis (a cura di), Hart Publishing, 2008, p. 119-164) è comune opinione che gli insegnamenti della scuola abbiano avuto un'influenza importante sull'applicazione dell'articolo 102 TFUE da parte dei giudici comunitari (v. ad esempio, R. WHISH e D. BAILEY, cit., p.22).

²⁷⁷ v.H.SCHWEITZER, cit., p.143, nostra traduzione dall'inglese di *“EC Competition law, based on this distinction assumes an individual right of each competitor not to be excluded by illegal acts, whether or not the exclusion results in a verifiable overall decrease of competition or efficiency in the marketplace”*. Secondo la stessa Autrice, *“antitrust law in the US, on the other hand, which takes consumer welfare to be the only goal of antitrust, tends to require a showing of verifiable effect in the marketplace, and thus negates the notion that the competition which is protected by competition law is constituted by the exercise of individual rights”* (*ibid.*).

²⁷⁸ Secondo costante giurisprudenza, costituiscono infatti abuso di posizione dominante *“i comportamenti idonei ad incidere sulla struttura del mercato in cui, in conseguenza della presenza dell'impresa in questione, il livello della concorrenza sia già indebolito e che abbiano l'effetto di impedire, mediante il ricorso a mezzi diversi da quelli che reggono una normale competizione tra prodotti o servizi in base alle prestazioni degli operatori economici, il mantenimento del livello di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo della medesima”* (cfr. *ex multis*, sentenza del Tribunale UE, 29 marzo 2012, causa T-336/07, *Telefonica*, non ancora pubblica in raccolta. V. anche, sentenze *France Télécom/Commissione*, causa C-202/07 P, Racc. pag. I-2369, § 104, e del 14 ottobre 2010, *Deutsche Telekom/Commissione*, causa C-280/08 P, Racc. pag. I-9555, § 174”). La lettura dell'articolo 102 TFUE in chiave di preservazione della struttura concorrenziale del mercato si presta agevolmente all'utilizzo *“regolatorio”* della norma in questione in funzione della

**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**

3.3. Per un approccio strutturalista temperato

Con riferimento ai due principali orientamenti in tema d'applicazione dell'articolo 102 TFUE, è opportuno ora osservare che se portati ai loro estremi entrambi potrebbero condurre a soluzioni applicative insoddisfacenti.

Da un lato, “se la condizione relativa alla dimostrazione degli effetti anticoncorrenziali di una prassi è posta a un livello troppo alto, esigendo la prova di un effetto concreto o di un'elevata probabilità o possibilità che tali effetti si producano, si corre il rischio che il comportamento anticoncorrenziale, che tra l'altro è svantaggioso per i consumatori, continui senza costituire oggetto di contestazione da parte delle autorità competenti in materia di concorrenza a causa del fatto che l'onere probatorio a loro carico è troppo gravoso”²⁷⁹. Dall'altro lato, “se la necessità di provare gli effetti anticoncorrenziali di determinate prassi è fissata ad un livello troppo basso, ove si assuma che tali prassi siano abusive di per sé o si esiga poco più di un'affermazione vaga o teorica circa la produzione di effetti anticoncorrenziali da parte delle stesse, ciò rischia di scoraggiare i legittimi sforzi delle imprese in posizione dominante che fanno concorrenza, magari «in modo aggressivo», ma tuttavia sulla base dei meriti”.

realizzazione del Mercato interno (ossia, come strumento di contrasto degli ostacoli all'integrazione derivanti dal potere economico privato). Il che aiuta anche a spiegare perché l'approccio appena descritto sia tuttora prevalente nella giurisprudenza comunitaria. In particolare, non solo sono frequenti le pronunce in cui i giudici comunitari hanno esplicitamente ritenuto che “*ai fini dell'applicazione dell'articolo [102 TFUE] la prova in merito all'oggetto e quella relativa all'effetto anticoncorrenziale si confondono (...). Infatti, se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa in posizione dominante è di restringere la concorrenza, detto comportamento potrà anche avere tale effetto*” (v. sentenza del Tribunale UE, 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Michelin*, in Racc. 2003, II-4071, §. 241.)

²⁷⁹ v. l'opinione dell'AG MAZAK reso alla Corte di giustizia nella causa *AstraZeneca*, cit., § 61.

**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**

Si ritiene pertanto preferibile una *test* d'applicazione che, che si ponga quale “*via di mezzo tra questi due estremi*”²⁸⁰. In quest'ottica, si ritiene corretto aderire alla versione temperata dell'orientamento strutturalista, proposta dall'AG. Mazak nel caso *AstraZeneca* e condivisa dalla Corte di giustizia nella relativa sentenza²⁸¹.

Secondo l'Avvocato generale, le autorità della concorrenza devono “dimostrare, in una maniera adeguata alle peculiarità e ai fatti di ogni singolo caso, che una particolare prassi «tende» a limitare la concorrenza nel senso che è potenzialmente idonea a ostacolarla”, ossia “che è plausibile che detta prassi è o sarà nociva per la concorrenza”²⁸². Al contrario, “affermazioni o teorie meramente astratte, ipotetiche o imprecise riguardo a tale pregiudizio, e che non siano connesse alle peculiarità del caso di specie, non saranno quindi sufficienti”²⁸³.

3.4. La rilevanza pratica delle teorie sugli effetti anticoncorrenziali: il caso *AstraZeneca*

Le osservazioni sin qui svolte hanno importanti implicazioni pratiche. Il caso *AstraZeneca* ne fornisce una chiara dimostrazione. In quel caso, l'adesione della Corte di giustizia a un approccio strutturale temperato ha avuto una duplice conseguenza.

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ Secondo la Corte infatti, “pur se la prassi di un'impresa in posizione dominante non può essere qualificata abusiva in assenza di un minimo effetto anticoncorrenziale sul mercato, tale effetto non deve essere necessariamente concreto, in quanto è sufficiente la dimostrazione di un effetto anticoncorrenziale potenziale” (sentenza della Corte di giustizia, 6 dicembre 2012, causa C-457/10, *AstraZeneca*, § 112).

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ *Ibid.* Per quanto concerne il momento in cui l'analisi della idoneità/plausibilità degli effetti deve essere compiuta, l'Avvocato generale ha ritenuto che “per stabilire se una prassi possiede i richiesti (potenziali/plausibili) effetti anticoncorrenziali, tali effetti vanno valutati al momento in cui la prassi è stata effettivamente applicata o posta in atto. Un approccio «attendista», consistente nel valutare gli effetti anticoncorrenziali in un determinato momento successivo, può portare all'introduzione di un criterio che è simile a quello consistente nel richiedere effetti anticoncorrenziali reali e concreti e può imporre un onere probatorio eccessivo”.

**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**

Da un lato, per la sussistenza della fattispecie abusiva è stata ritenuta sufficiente “*la dimostrazione di un effetto anticoncorrenziale potenziale*”. Dall’altro lato, in presenza di un comportamento idoneo a causare un effetto anticoncorrenziale potenziale, il mancato materializzarsi dell’evento-esclusione (nella specie, rappresentato dall’indurre in inganno l’autorità pubblica) è stato considerato irrilevante ai fini della formazione della fattispecie abusiva, poiché il carattere abusivo della condotta “*non può dipendere dalle aleatorie reazioni di terzi*”²⁸⁴.

Sul piano pratico, ciò ha significato che venisse configurata la fattispecie abusiva anche nei casi in cui le autorità nazionali brevettuali non si sono lasciate ingannare dalle informazioni fuorvianti fornite dal gruppo AZ. Per la stessa ragione, i giudici UE hanno ritenuto sussistente la fattispecie abusiva, nonostante l’effetto dei CPS richiesti dal gruppo AZ si sarebbe, per definizione, potuto concretizzare solo a distanza di diversi anni dal loro ottenimento (ossia solo, al momento della scadenza del periodo di esclusività garantito dal brevetto).

Risulta abbastanza agevole comprendere che, qualora i giudici UE avessero invece privilegiato l’orientamento dell’*effects based approach*, sarebbe stato difficile sostenere la sussistenza della fattispecie abusiva, in assenza di effetti concreti della condotta oppure in presenza di effetti così remoti.

3.4.1 La rilevanza pratica delle teorie sugli effetti anticoncorrenziali: le criticità del caso *Coop Estense*

Le diverse posizioni assunte dal TAR Lazio e dal Consiglio di Stato nel caso *Coop Estense*, forniscono un esempio ancora più chiaro sugli opposti esiti ai quali può condurre l’adesione al c.d. *effects based approach*, ovvero all’approccio strutturalista.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 360.

**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**

Come già osservato, il TAR Lazio ha escluso che la condotta della Coop Estense nel comune di Modena potesse configurare un abuso di posizione dominante. L'effetto negativo sulle attività del concorrente Esselunga non era stato causato, secondo i giudici di primo grado, dalla condotta della Coop Estense (o, quantomeno, non era stato provocato solo da detta condotta). In altri termini, per il TAR Lazio, l'accertamento in concreto dell'effetto anticoncorrenziale della condotta contestata costituirebbe un requisito necessario ai fini della configurazione della fattispecie abusiva. Tale presa di posizione da parte del giudice di primo grado ha avuto un ruolo fondamentale nell'annullamento del provvedimento sanzionatorio dell'AGCM.

Si ricorderà altresì che il Consiglio di Stato è giunto a un risultato opposto a quello del TAR, annullando la sentenza di primo grado e confermando quindi il provvedimento di primo grado. La tesi di fondo del Consiglio di Stato è proprio quella secondo cui, ai fini della sussistenza della fattispecie abusive, non è necessario l'accertamento in concreto dell'effetto escludente della condotta dell'impresa in posizione dominante. L'idoneità potenziale della condotta contestata a causare l'effetto escludente viene ritenuta sufficiente ai fini dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE. Secondo il Consiglio di Stato, l'illecito antitrust è, in altri termini, un illecito di mera condotta.

Nessuna delle due posizioni merita di essere condivisa.

Per quanto concerne la posizione assunta dal TAR Lazio, si osserva che richiedere la necessità di provare, ai fini della configurazione dell'illecito antitrust, il verificarsi di un effetto anticoncorrenziale concreto, non solo assegna, come già osservato sopra, all'articolo 102 TFUE un obiettivo diverso da quello specificato nei Trattati, ma rischia altresì di riservare alle norme in materia di concorrenza un ruolo troppo "attendista" e residuale.

**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**

La posizione assunta dal Consiglio di Stato comporta invece il rischio opposto, ossia quello di fondare l'illecito antitrust su considerazioni remote e astratte, le quali se portate all'estremo, potrebbero colpire addirittura fattispecie di abuso potenziale o, come è stato già rilevato dalla dottrina, la mera detenzione di una posizione dominante²⁸⁵. Nel caso *Coop Estense*, e nonostante il Consiglio di Stato abbia a più riprese declamato la necessità, ai fini dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE, di dimostrare l'idoneità della condotta contestata a ledere la concorrenza sul mercato, è mancata, prima nel provvedimento, e poi nella sentenza d'appello, qualsiasi valutazione circa l'effettiva idoneità escludente delle condotte.

A tal proposito, non deve trarre in inganno il fatto che, seppure *ad abundantiam*, il Consiglio di Stato abbia richiamato il provvedimento per sostenere che l'opposizione da parte di Coop Estense fosse comunque idonea a bloccare il procedimento di approvazione della proposta di piano urbanistico che favoriva Esselunga. Si tratta di una prospettiva troppo angusta ai fini di una valutazione concorrenziale. Essa lascia infatti senza risposte diverse questioni rilevanti, tra cui le seguenti: è vero che il blocco del procedimento per l'approvazione del piano particolareggiato avrebbe compromesso la posizione di Esselunga sul mercato? Le amministrazioni comunali avevano a disposizione altri strumenti urbanistici per concedere a Esselunga la possibilità di costruire il suo supermercato altrove nel Comune di Modena o in altri comuni limitrofi? Perché Esselunga non acquistò essa stessa l'area che,

²⁸⁵ v. S. BASTIANON, *Esselunga v. Coop Estense*, cit., p. 317. Allo Stesso modo, V. C. ROMANO, *L'abuso di posizione dominante*, cit., secondo cui "l'impressione è che sottotraccia non si stia tanto reprimendo lo sfruttamento della posizione dominante, quanto la posizione in sé e per sé considerata" (p. 617).

**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**

secondo l'Autorità, la Coop Estense avrebbe acquistato solo successivamente all'insediamento del concorrente?

Si tratta di domande che non hanno trovato alcuna risposta da parte dell'Autorità e del Consiglio di Stato.

Ed è proprio questo silenzio, insieme ovviamente ai fatti di causa, a indicare una diversa lettura del caso Coop Estense.

A ben vedere infatti il potere in capo a Coop Estense di influenzare l'esito del procedimento urbanistico era una diretta prerogativa della propria qualità di proprietario dell'area ex Fallimento Rizzi. Ne consegue quindi che, l'accertamento dell'Autorità avrebbe dovuto riguardare esclusivamente la legittimità, dal punto di vista antitrust, dell'acquisto dell'area in questione da parte della Coop Estense.

Il caso quindi avrebbe dovuto in realtà essere trattato come un caso di *essential facility*, con l'onere in capo all'Autorità di provare sia l'essenzialità dell'infrastruttura, sia che eventuali manovre della Coop Estense estranee alla concorrenza sui meriti avrebbero reso impossibile l'acquisto del terreno controverso da parte della stessa Esselunga. Non è difficile però comprendere che, anche qualora si fosse dimostrata l'essenzialità dell'area ex Fallimento Rizzi ai fini della concorrenza sul mercato, sarebbe stato difficile sostenere che Esselunga non avrebbe potuto acquistarlo per via dei comportamenti scorretti del suo concorrente. Nel provvedimento non vi è traccia di tutto ciò²⁸⁶.

La realtà dei fatti sembra invece essere un'altra.

²⁸⁶ Si noti che qualora l'AGCM avesse seguito le indicazioni ora fornite nel testo, essa si sarebbe trovata dinanzi all'ulteriore problema della prescrizione dell'eventuale illecito antitrust. La Coop Estense ha infatti acquistato l'area ex Fallimento Rizzi l'8 febbraio 2001, mentre il provvedimento dell'Autorità è stato avviato in data 23 febbraio 2010.

**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**

Ammesso che l'area ex Fallimento Rizzi fosse essenziale ai fini dell'accesso sul mercato – perché avrebbe potuto dare un potere di opposizione al suo proprietario – sia Coop Estense, sia Esselunga, si sono semplicemente trovate a farsi concorrenza per il mercato (ossia, per l'acquisto di un bene essenziale, quale l'area ex Fallimento Rizzi, ai fini dell'accesso su quest'ultimo). In questa situazione, Esselunga non ha ritenuto opportuno acquistare l'area ex Fallimento Rizzi, mentre lo ha fatto, in maniera legittima e regolare, la società Coop Estense.

Ne consegue quindi che, nella migliore delle ipotesi, rinunciando all'acquisto dell'ex Fallimento Rizzi, Esselunga (non importa se coscientemente o per una superficiale valutazione dei fattori rilevanti ai fini decisionali) si è presa un rischio chiaro: quello di trovarsi l'opposizione del proprietario dell'area ex Fallimento Rizzi, ai futuri piani urbanistici favorevoli a Esselunga. Questo rischio si è poi effettivamente materializzato con l'acquisto dell'area dalla concorrente Coop Estense.

Dovrebbe a questo punto essere chiaro che, se al comportamento della Coop Estense si debba dare un nome, esso non potrebbe non essere concorrenza sul merito. Con la conseguenza che l'intervento dell'Autorità nella vicenda in questione ha, di fatto, avuto l'effetto di subsidiare Esselunga, neutralizzando gli effetti negativi derivanti dai rischi imprenditoriali che essa si è presa.

La qui prospettata lettura alternativa del caso Coop Estense, sembra trovare conferma proprio nella sentenza del Consiglio di Stato e, in particolare, nel passaggio in cui il giudice d'appello, “tradendosi”, osserva che *“nella specie, correttamente ha operato l'Autorità, nell'accertare, dopo adeguata istruttoria e dandone congrua motivazione l'esistenza dell'abuso di esclusione da*

**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**

infrastrutture necessarie ed essenziali per l'attività commerciale in quel mercato" (enfasi, sottolineatura e corsivo aggiunti).

Non si può tacere però sul fatto che al Consiglio di Stato sembra sfuggire che dell'accertamento sull'essenzialità, a cui esso fa riferimento, non vi sia alcuna traccia nel provvedimento.

Per queste ragioni si ritiene, in conclusione, che la vicenda *Coop Estense* rappresenti un chiaro esempio su come un approccio astratto, ipotetico ovvero superficiale all'idoneità di una determinata condotta a ledere la concorrenza sul mercato, porti con sé il rischio che l'applicazione del diritto antitrust si risolva in un intervento d'immeritevole sussidio del concorrente inefficiente e/o incauto.

4. L'(ab)uso procedimentale e il ruolo dell'intento escludente

Nel primo capitolo è stato osservato che, secondo costante giurisprudenza delle Corti UE, "la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva"²⁸⁷. Ne conseguirebbe l'irrilevanza dell'intento escludente, ai fini dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE. È stato però subito precisato che l'effettiva portata della qualificazione dell'abuso quale nozione oggettiva deve essere relativizzata, poiché "[a] *closer look reveals that intent matters more broadly than this and consequently, the concept of abuse might be as "objective" as the ECJ's statement suggests: there are cases across different types of abusive conduct in which intent of the dominant undertaking is found to be relevant*"²⁸⁸.

²⁸⁷ Cfr., per tutte, sentenza Corte di giustizia, 13 febbraio 1979, 85/76, *Hoffmann-La Roche*, § 91.

²⁸⁸ v. P. AKMAN, *The role of intent in EU case law on abuse of dominance*, *European Law review*, 2014, p. 316. La stessa Autrice evidenzia inoltre che "the ECJ indeed stated that the anti-competitive intent of the dominant undertaking was one of the fact that may be taken into account to establish the existence of abuse", il che porterebbe a rilevare che "there appears to be a trend that involves using intent as part of the general test for abuse regardless of the type of practice". Si ricorda altresì che la giurisprudenza è costante nel ritenere, ad esempio, che con riferimento alla fattispecie di abuso per prezzi predatori, stabiliti sopra i costi variabili medi, ma sotto i costi totali, l'intento anticoncorrenziale dell'impresa dominante è considerato

**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**

Le fattispecie di (ab)uso di procedimenti amministrativi da parte delle imprese in posizione dominante rappresentano uno dei più chiari esempi, in cui l'intento escludente costituisce parte integrante della fattispecie abusiva²⁸⁹. La ragione è pienamente comprensibile se si considera che oggetto di queste fattispecie è il (quantomeno, apparente) esercizio di facoltà e prerogative riconosciute dall'ordinamento anche all'impresa dominante²⁹⁰. In quest'ottica, “resta piuttosto necessaria, a integrare l'illecito anticoncorrenziale, la presenza di un intento escludente, da accertare indiziariamente come un *quid pluris* che si aggiunge alla sommatoria di comportamenti altrimenti leciti”²⁹¹, poiché “l'intento rappresenta il collante di una strategia anti-concorrenziale ed evidenzia la consapevolezza dell'impresa di violare la norma”²⁹². Paradossalmente, però, l'intento

elemento costitutivo dell'illecito, sicché il suo accertamento risulta dirimente nella valutazione della condotta. Secondo quanto affermato in Corte UE sent. 3.7.1991, C-62/86, *AKZO*, “prezzi inferiori alla media dei costi totali [...] ma superiori alla media dei costi variabili, sono da considerare illeciti allorché sono fissati nell'ambito di un disegno inteso ad eliminare un concorrente” (§ 72). Nello stesso senso, cfr. sentenza Corte di giustizia, 2 aprile 2009, C-202/07 P, *France Télécom*, § 109, e del 14 novembre 1996, C-333/94 P, *Tetra Pak*, § 41.

²⁸⁹ Come è stato già dimostrato con riferimento al caso *AstraZeneca*, “the General Court found ... that intention “constitutes a relevant factor which may, should the case arise, be taken into consideration by the Commission”. In fact, in every precedent, the qualification of behaviour as abusive resulted from strong evidence that public procedures or regulations were used with a clear exclusionary intent. In *AstraZeneca*, the Commission did not consider the misuse of the patent system or the deregistration of the market authorisation for certain drugs to be abusive by themselves” (cfr. F. DE BURE, *EU Competition Law*, cit., p. 671).

²⁹⁰ È significativo ribadire che anche per un esponente della Scuola di Chicago come BORK “liability will usually attach only if the parties attempting to use government for their own ends have a specific intent which would render their behaviour unlawful had they chosen other means of accomplishing their ends. When the sanctions invoked against such persons arise from the antitrust laws, there must be an intent to suppress competition by the destruction or harassment of business rivals” (cfr., *The Antitrust Paradox*, cit., p. 357).

²⁹¹ v. sentenza Consiglio di Stato, Sez. VI, dell'8 aprile 2014, n. 1673 (*Coop Estense*).

²⁹² Cfr. provv. AGCM, caso *Pfizer*, cit., § 220. v. però C. DESOGUS, *Nuove frontiere tra regolazione, proprietà intellettuale e tutela della concorrenza nel settore farmaceutico: le pratiche di brevettazione strategica*, cit. la quale, “pur concordando [con parte della dottrina] sull'inutilizzabilità del criterio dell'intento

**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**

assume rilevanza solo qualora è utilizzato contro l'impresa dominante, mentre la dimostrazione dell'intento dell'impresa in posizione dominante di avere voluto svolgere una concorrenza sui meriti non può di per sé escludere la fattispecie abusiva, proprio perché, come rilevato, l'abuso sarebbe una nozione oggettiva²⁹³.

La rilevanza dell'intento escludente ai fini della configurazione dell'illecito antitrust solleva due principali profili critici.

Il primo profilo riguarda la nozione dell'intento, ossia che cosa debba intendersi per intento escludente. La dottrina distingue tra *intento oggettivo* e *intento soggettivo*²⁹⁴. Nel primo caso, l'intento escludente si desumerebbe dall'analisi economica della razionalità del comportamento contestato: ossia, l'unica spiegazione razionale, dal punto di vista economico, per una condotta sarebbe solo l'eliminazione della concorrenza. Nel secondo caso invece, si fa riferimento allo stato soggettivo dell'impresa con riferimento alla natura e alle conseguenze del comportamento contestato. La

come elemento esclusivo in base al quale definire i contorni entro i quali il diritto della concorrenza può interferire con il sistema brevettuale, ritiene che la sua debolezza non si fondi tanto sul contrasto con l'oggettività del concetto di "abuso", il cui accertamento, invece, può ben poggiare sull'elemento soggettivo della fattispecie, qualora le evidenze probatorie lo consentano o gli effetti sulla concorrenza non siano chiaramente definibili, quanto sul fatto che tale criterio presenta un limite intrinseco. L'indagine sull'intento anticoncorrenziale, infatti, non appare di facile compimento nel caso delle fattispecie di brevettazione strategica, proprio perché la richiesta di un brevetto contiene *in nuce* l'intento legittimo di ottenere un effetto escludente, sempre che ciò avvenga di norma in misura corrispondente alla fisiologica limitazione della concorrenza prevista dal legislatore" (p. 9).

²⁹³ v. sentenza della Corte di giustizia, 19 aprile 2012, causa C- 549/10P, *Tomra c. Commissione*, pubblicata nella raccolta digitale. Al § 22 della sentenza la Corte osserva che "l'esistenza di una volontà di esercitare una concorrenza basata sul merito, quand'anche accertata, non potrebbe dimostrare l'assenza di un abuso". Secondo P.AKMAN, *The role of intent*, cit., "*intent is used only against the undertaking to prove or support a finding of abuse, but not for the undertaking to prove the lack of abuse, since the concept of abuse – being an objective concept – does not require the proof of intent. Is not clear how such a concept of abuse is "objective"*" (p. 10).

²⁹⁴ v. P. AKMAN, *The role of intent in EU*, op.cit., p. 317.

**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**

giurisprudenza, correttamente ad avviso di chi scrive²⁹⁵, adotta quest'ultima nozione di intento, il cui accertamento si desume, principalmente, dalla documentazione interna all'impresa oppure da altre circostanze del caso concreto²⁹⁶.

Il secondo profilo critico concerne lo standard probatorio circa la sussistenza dell'intento escludente. A tal riguardo, le autorità della concorrenza non si dovrebbero fermare alle mere affermazioni contenute nei vari documenti interni dell'impresa, bensì dovrebbero dimostrare l'esistenza di una strategia escludente, messa in atto dall'impresa in posizione dominante, selettivamente contro i suoi concorrenti²⁹⁷. La difficoltà maggiore consiste ovviamente nel distinguere tra concorrenza (anche aggressiva) sul merito e strategia escludente. Tale risultato si potrebbe raggiungere attraverso un'intensa e dettagliata analisi documentale, tale da non lasciare alcun dubbio sul

²⁹⁵ Il ricorso a una versione "oggettiva" dell'intento escludente rischia di confondersi con l'accertamento degli effetti della condotta. Cfr. R. NAZZINI, *The Foundations of European Union Competition Law*, cit., secondo cui "a test which looks at the objective tendency of the conduct of a dominant firm to achieve a certain purpose or effect is not a test of intent. It is a test of effect" (p. 58).

²⁹⁶ Ciò sul presupposto che se si dimostra che il comportamento di un'impresa dominante "ha lo scopo di restringere la concorrenza, detto comportamento sarà anche idoneo a produrre un effetto di tal genere" (cfr. sentenza Tribunale UE, 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom*, § 195. Nello stesso senso, sentenza Tribunale UE, 12 giugno 2014, causa T-286/09, *Intel*, § 203 e, a livello nazionale, Cons. Stato, Sez. VI, del, 8.4.2014 n. 1673, *Coop Estense*, secondo cui "se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa dominante è di restringere la concorrenza, un tale comportamento è di per sé pregiudizievole, in quanto può anche comportare tale effetto".)

²⁹⁷ In questo senso sono condivisibili le valutazioni svolte dalla Commissione, al § 20 degli Orientamenti sull'applicazione dell'articolo 102, in cui si legge che "di norma la Commissione interverrà ai sensi dell'articolo 82 se, sulla base di prove circostanziate e convincenti, è probabile che il presunto comportamento abusivo determini una preclusione anticoncorrenziale. Ai fini di una siffatta valutazione, la Commissione considera generalmente rilevanti i seguenti fattori: [...] prove dirette di una strategia di esclusione. Tra queste vi sono documenti interni che contengono prove dirette di una strategia volta ad escludere i concorrenti, quale un piano particolareggiato di adottare un determinato comportamento per escludere un rivale, per impedire l'ingresso o prevenire l'emergere di un mercato, o le prove di minacce concrete di un'azione volta all'esclusione. Tali prove dirette possono essere utili per interpretare il comportamento dell'impresa dominante".

**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**

fatto che l'unico scopo del comportamento adottato dall'impresa dominante fosse quello di escludere i concorrenti²⁹⁸. Allo stesso tempo, le autorità della concorrenza dovrebbero verificare l'esistenza di plausibili probabilità di attuazione della strategia escludente desumibile dalle prove documentali²⁹⁹. Solo in questo modo si può infatti evitare di sanzionare le fattispecie di abuso potenziale, che sono da ritenersi estranee all'ambito di applicazione dell'articolo 102 TFUE³⁰⁰.

²⁹⁸ Cfr., R. O'DONOGHUE e J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, cit., p. 281, "it is important that courts and competition authorities should distinguish as clearly as possible, between statements that may be consistent with legitimate competition and statements that are only or mainly consistent with exclusionary conduct. The latter might be described as specific intent, which courts and triers of fact often deal with in other areas of law. ... The most useful purpose of intent evidence therefore is that it helps a court or competition authority to understand the **likely effects** of the dominant firm's conduct, and thus to interpret facts and to predict consequences" (enfasi aggiunta).

²⁹⁹ Nella stessa direzione anche, R. O'DONOGHUE e J. PADILLA, *ibid.*, secondo cui "unless there is specific intent evidence that speaks for itself, and is not dependent upon any supervening act(s), it is important that evidence of intent should be cross-checked against whether the intent posited has some objective degree of capability" (p. 282).

³⁰⁰ Per abuso potenziale si intende la fattispecie in cui l'impresa in posizione dominante manifesta internamente l'intento di intraprendere una condotta abusiva, ma poi non la attua, ossia non si pongono in essere comportamenti al di fuori della sfera interna dell'impresa in posizione dominante. Cfr. TAR Lazio sent. 13.12.2001 n. 11321, *Telecom Italia*, § 11 ("L'intento o anche un autonomo progetto di abusare della propria posizione dominante non rilevano se l'impresa non vi abbia dato seguito con comportamenti di attuazione sul mercato"). Un ulteriore esempio di abuso potenziale si trova nel caso *AstraZeneca* laddove i giudici UE hanno annullato la decisione della Commissione nella parte in cui faceva decorrere l'inizio della prima condotta abusiva dal momento in cui il gruppo AZ aveva contattato i propri consulenti brevettuali. Secondo i giudici UE in tal caso i comportamenti in questione dovevano considerarsi irrilevanti, poiché erano tutti effettuati alla sfera interna dell'impresa. Anche con riferimento alla seconda fattispecie abusiva è stato osservato che "the EU Courts attached little or no weight to contemporaneous advice for two AstraZeneca in-house counsel expressing optimism as to adverse effects on parallel imports as a results of deregistration. The Court instead required that the Commission demonstrate some objective likelihood in this regard, which it found the Commission had not examined in any great detail. It further held that any doubt in this regard should be resolved in favour of AstraZeneca given that the Commission bears the burden of proof. On this basis, the Court annulled the decision insofar as it was alleged that AstraZeneca's deregistration had prevented parallel trade in Denmark and Norway" (R. O'DONOGHUE e J. PADILLA, *The Law* cit. *ibid.*).

5. La discrezionalità amministrativa e l'applicazione dell'articolo 102 TFUE

Accanto alla problematica relativa alla dimostrazione dell'intento escludente in capo all'impresa in posizione dominante, l'applicazione dell'articolo 102 TFUE a condotte tenute nell'ambito di procedimenti amministrativi solleva la delicata questione della distinzione tra le restrizioni concorrenziali imputabili all'esercizio del potere da parte dell'amministrazione procedente e quelle dovute a condotte anticoncorrenziali dell'impresa in posizione dominante.

È intuitivo che la linea di demarcazione tra le due attività rispecchia anche il limite dell'applicazione del diritto antitrust.

La risposta alla problematica in questione può essere ricercata nell'ambito di un'altra distinzione, che è quella tra procedimenti che implicano l'esercizio di poteri discrezionali e procedimenti che comportano l'esercizio di un potere vincolato da parte dell'amministrazione procedente. Come è stato già anticipato, nel caso *AstraZeneca* le istituzioni UE hanno sostenuto che nel valutare l'applicazione dell'art. 102 TFUE alla condotta procedimentale dell'impresa in posizione dominante, “il limitato potere di valutazione delle autorità nazionali interessate quanto all'esito della domanda costituirebbe una circostanza rilevante che dev'essere tenuta in considerazione”³⁰¹, poiché “quando il potere di valutazione dell'autorità amministrativa è limitato, l'effetto anticoncorrenziale che deriverebbe da una decisione basata su informazioni inesatte non è imputabile all'azione dello Stato, ma alle dichiarazioni ingannevoli”³⁰².

Si tratta invero di una posizione che Bork ha già sviluppato nel 1978 con il suo celebre, e altrove citato, libro *The Antitrust Paradox*.

³⁰¹ v. sentenza del Tribunale UE, *AstraZeneca*, cit. § 330.

³⁰² *ibid.*

**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**

Egli ritiene che la natura discrezionale o meno della “*governmental decision*”, sia uno dei criteri da tenere in considerazione ai fini dell'applicazione del diritto antitrust ai comportamenti procedurali (ossia, alle fattispecie di *predation through governmental process*, secondo la terminologia utilizzata nel libro). Bork sostiene, in particolare, che quando l'amministrazione procedente agisce entro la sua sfera di “*lawful discretion, no court will interfere, and no court will impose liability, under the Sherman Act or any other statute, upon those who attempt by lawful means to persuade him to take one decision rather than another*”. Al contrario, “*when the official, agency, or tribunal has circumscribed powers of decision, courts may invalidate actions that are outside the area of discretion and may impose liability upon those who knowingly and wrongfully induce action that is beyond the power of the agency involved*”³⁰³.

In altri termini, la natura discrezionale del potere esercitato dalla pubblica amministrazione, nell'ambito di un procedimento a cui partecipa l'impresa in posizione dominante, può costituire un limite all'intervento del diritto antitrust.

La correttezza della posizione qui assunta si può sostenere facendo ricorso ai risultati cui è giunta la nostra migliore dottrina, che ha studiato il tema della discrezionalità amministrativa: concetto quest'ultimo che, come è stato efficacemente osservato, “nel diritto amministrativo [...] connota l'essenza stessa dell'amministrare, cioè della cura in concreto degli interessi pubblici”³⁰⁴.

³⁰³ v. R. H. BORK, *The Antitrust paradox*, cit., p. 361.

³⁰⁴ v. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 114.

**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**

5.1. L'interesse privato all'adozione di un provvedimento restrittivo della concorrenza nell'ambito dei procedimenti discrezionali

Basandosi sulla nota costruzione del Giannini, per potere discrezionale si intende “il potere di apprezzare in un margine determinato l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare”³⁰⁵. In concreto, l'esercizio del potere discrezionale si identifica sostanzialmente con la “comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie”³⁰⁶. In altri termini, l'esercizio del potere discrezionale consiste nella “ponderazione (del valore) dell'interesse pubblico nei confronti di altri interessi specifici, attribuita alla stessa autorità amministrativa cui spetta agire”³⁰⁷.

In quest'ottica, “l'esercizio del potere discrezionale è, insieme, giudizio, come fissazione del valore comparativo degli interessi, e volontà, come scelta della soluzione imposta da tale valutazione: è unilaterale ogni considerazione di esso nell'uno o nell'altro modo”³⁰⁸.

³⁰⁵ v. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi.*, Milano, 1939, p. 52.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 74.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 78.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 166. Dalla discrezionalità amministrativa bisognerebbe distinguere la c.d. discrezionalità tecnica, poiché quest'ultima si riferisce “ad un momento conoscitivo, e implica solo giudizio: ciò che attiene alla volizione viene dopo, e può coinvolgere o non coinvolgere una separata valutazione discrezionale” (v. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II., 3° ed., Milano, 1993, p. 56). Sicché la discrezionalità tecnica può essere intesa “nel senso di margine libero che ha l'autorità amministrativa, nel quale essa formula, concepisce, attua, esercita, un'attività ispirata a criteri dedotti da scienze applicative” (v. M.S. GIANNINI, *La giustizia amministrativa (lezioni raccolte a cura del dott. Raffaele Juso)*, Roma, 1961, 91). L'Illustre Studioso non mancava di fare notare però che “se la materia è solo relativamente certa, o addirittura opinabile, altrettanto divengono i suoi giudizi. Sicché se in astratto i giudizi tecnici dovrebbero essere sempre dei giudizi di esistenza, in concreto essi possono talora divenire dei giudizi di probabilità, ipotetici, in una parola si possono avvicinare ai giudizi valutativi propri della potestà discrezionale” (M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, p. 56). Per una

**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**

La natura mista, di *giudizio* e *volontà*, dell'esercizio del potere discrezionale assume particolare importanza ai fini della presente indagine. La ragione di ciò è che l'interesse dell'impresa in posizione dominante di ottenere un provvedimento limitativo della concorrenza, quando interagisce con il giudizio e la volontà della pubblica amministrazione subisce una sorta di riqualificazione, nel senso che, ove condiviso dall'amministrazione, quello che prima era l'interesse dell'impresa in posizione dominante diventa lo strumento opportuno per proseguire o, comunque contemperare, l'interesse pubblico. In altri termini, una volta che l'interesse dell'impresa dominante entra nel procedimento in cui si esercita un potere discrezionale, esso perde "autonoma rilevanza per fondersi nella determinazione finale che rappresenta il contemperamento coordinato delle diverse istanze chiamate dalla legge a esprimersi in vista dell'interesse pubblico da soddisfare"³⁰⁹. Si noti, per inciso che, come affermato anche da autorevole dottrina, non vi è "nulla di singolare nel fatto che il <<bene comune>> venga determinato con il concorso attivo degli interessati"³¹⁰.

costruzione delle diverse teoretiche e problematiche sulla nozione di discrezionalità tecnica si veda anche F. CINTIOLI, *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, (voce), Enc. dir., p. 471.

³⁰⁹ Cfr., *mutatis mutandis*, TAR Lazio sent. 28.1.2000 n. 466, *Consigli nazionali dei ragionieri e periti commerciali e dei dottori commercialisti*, in cui il TAR Lazio si è pronunciato sull'imputabilità ai Consigli Nazionali della determinazione di tariffe professionali caratterizzate appunto da un complesso *iter* pubblico di formazione e approvazione, culminante con l'adozione di un decreto del Capo dello Stato, nell'ambito del quale i Consigli Nazionali avevano un mero compito consultivo. Accogliendo le censure delle ricorrenti avverso il provvedimento, il TAR Lazio ha statuito che l'Autorità, nell'imputare ai Consigli intese restrittive della concorrenza, avrebbe trascurato "che i suddetti comportamenti ritenuti lesivi della concorrenza [...] hanno concorso all'adozione di provvedimenti amministrativi formali e tipici di natura regolamentare, imputabili esclusivamente all'autorità di governo".

³¹⁰ v. F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Diritto amministrativo*, n. 2/1993, p. 149. Secondo l'illustre Autore "l'interpretazione dell'interesse pubblico, quando si manifesti anch'essa nell'attività comunicativa del partecipante, non può considerarsi inattendibile solo perché

**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**

In questo modo, l'interesse affinché sia adottato un provvedimento restrittivo della concorrenza, ove accolto dalla pubblica amministrazione, fuoriesce dalla sfera giuridica dell'impresa e diventa *giudizio e volontà* della pubblica amministrazione nella cura dell'interesse pubblico primario ad essa affidato.

Dal punto di vista materiale, è stato osservato, attraverso un'immagine suggestiva, che, l'amministrazione "si <<appropria>> di tutti i materiali procurati dall'interventore e da essa utilizzati nel procedimento per la fissazione dei presupposti, per la formulazione delle premesse, per la costruzione delle alternative e per la scelta: e ciò anche nel caso in cui codesti materiali non abbiano formato oggetto di riscontri appropriati, ma siano stati acriticamente recepiti ed impegnati nell'atto decisionale"³¹¹. Quello che infatti rileva, "rispetto al criterio di imputazione della responsabilità, non è la provenienza delle informazioni ma il fatto stesso dell'effettivo loro impiego, che necessariamente postula un'<<appropriazione>> nel senso ora accennato"³¹².

La conseguenza diretta è che, ove l'autorità amministrativa sia stata posta nella condizione di esercitare il proprio potere

influenzata da un certo modo di valutazione dell'interesse proprio: i materiali procurati per la decisione non possono reputarsi insuscettibili di un proficuo impiego solo perché si presentano come frutto di una ricerca che nel medesimo interesse ha trovato la sua guida" (*ibid.*). LEDDA, correttamente, osservava che "soprattutto delle rappresentazioni divergenti si alimenta quella critica che a tale attività deve assicurare il respiro necessario; la presenza attiva del cittadino nel procedimento assolve in questo senso una utile funzione proprio perché rende possibile una comparazione dei risultati di operazioni compiute separatamente, anche se stimulate dalla reciproca informazione, e orientate ad interessi che si atteggiavano come diversi" (p. 148).

³¹¹ v. F. LEDDA, *ibid.*, p. 153.

³¹² *Ibid.* Si noti, peraltro, che l'informazione introdotta dal privato nel procedimento deve essere "controllata nei suoi contenuti, e interpretata perché vengano alla luce non soltanto il senso che ad essa è collegato dall'autore, ma anche e soprattutto quello che corrette operazioni consentono di cogliere. È quindi sempre necessaria un'attività di indagine ulteriore: il significato dei fatti rispetto al tema della decisione dipende anche dal modo in cui essi vengono inseriti nel contesto problematico globale, e disposti od ordinati secondo determinate connessioni".

**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**

discrezionale, l'avvaloramento delle pretese escludenti avanzate dall'impresa dominante, sarà imputabile solo alla pubblica amministrazione e pertanto contestabile solo con i mezzi appositamente previsti dall'ordinamento³¹³. Come sostenuto anche a livello UE, in questi casi si esclude la rilevanza del comportamento dell'impresa ai fini dell'accertamento antitrust³¹⁴. Sostenere il

³¹³ In una posizione più sfumata, nei confronti della spettanza deliberativa della pubblica amministrazione, si collocano le considerazioni dei teorici della teoria della democrazia partecipativa, i quali, in ogni caso, ritengono che “non c'è dubbio, d'altronde, che quando l'applicazione della partecipazione viene presa sul serio è difficile che le risultanze emerse attraverso di essa non incidano più o meno profondamente sull'elaborazione e i contenuti della decisione finale, e tutte le teorie deliberative, in primis la versione habermasiana, puntano proprio su questo come sulla ragione e il senso stesso della democrazia deliberativa e partecipativa” (v. U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa* (voce), cit.). Lo stesso autore osserva che “sul piano della teoria giuridica, ciò si intona con le più recenti dottrine sulla decisione amministrativa. Una volta che si tenga conto non solo dell'intervento nel procedimento amministrativo delle parti private e dei titolari di interessi collettivi coinvolti direttamente, ma anche di quello dei cittadini qualunque, una ricostruzione quale quella di Bombardelli M., *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996, si applica molto bene ai processi di democrazia partecipativa. Se infatti «il singolo individuo [...] in collegamento con tutti gli altri individui coinvolti nella stessa situazione problematica» costituisce «nella sua dimensione `relazionale' il principio attivo fondamentale nella formazione delle decisioni di interesse generale» (*ivi*, 209 s.), la decisione deve essere la «risultante della combinazione [...] fra gli apparati amministrativi professionali, le formazioni sociali ed i titolari degli interessi individuali e diffusi accomunati dal coinvolgimento nella questione su cui si deve decidere» (*ivi*, 228). Non c'è dunque più «un centro esclusivamente attivo legittimato a decidere unilateralmente» (*ivi*, 212), ma la decisione è il frutto di un procedimento «come luogo per la comparazione e la ponderazione di interessi, come campo di rappresentazioni» (*ivi*, 266), ovvero «esito dello svolgimento delle molteplici interazioni fra le diverse componenti» di una sorta di «coalizione» dei soggetti che vi partecipano (*ivi*, 343), e l'atto finale è «un momento formale riassuntivo» (*ivi*, 346) di tutta questa corale attività”.

³¹⁴ cfr. decisione della Commissione del 7 novembre 1996, caso IV/35.151/E-1 IPS/Pechiney electrometallurgie (*Poudres sphériques*), con la quale la Commissione ha archiviato la denuncia di un'impresa che lamentava che la propria concorrente, un'impresa asseritamente in posizione dominante, avrebbe abusato dei procedimenti europei di anti-dumping, fornendo informazioni ingannevoli alla Commissione, ai fini dell'esclusione della concorrente-denunciata dal mercato. È importante notare, che la Commissione ha sostenuto in questo caso che “*having recourse to a legitimate instrument of Community law such as the anti-dumping procedure did not, in itself, constitute an abuse, even were a dominant position to be demonstrated*” e che “*the anti-dumping procedure provides for the necessary powers to verify the factual information upon which any corrective measures are taken, and that it is in the Court, rather than the procedures for the application of*

**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**

contrario, implicherebbe il ri-esercizio da parte dell'autorità antitrust di un potere discrezionale affidato ad altra autorità e, quindi, per un sistema giuridico come quello italiano, lo sconfinamento di competenze.

5.2e nei procedimenti vincolati (segue)

Valutazioni diverse vanno invece svolte con riferimento ai procedimenti concernenti l'esercizio di un potere vincolato³¹⁵. In

the competition rules, that an enterprise should seek redress if it considers a regulation imposing anti-dumping duties to be based on errors of fact (Relazione sulla politica della concorrenza 1998). La legittimità della decisione della Commissione è stata confermata dalla sentenza del Tribunale UE, 30 novembre 2000, caso T-5/97, *Poudres sphériques*, in Racc. II-3755, secondo cui “il ricorso a uno strumento giuridico e, in particolare, la partecipazione di un'impresa a un'indagine delle istituzioni comunitarie non possono essere ritenuti di per sé in contrasto con l'articolo 86 del Trattato. Nella specie, la procedura antidumping è diretta a ristabilire una concorrenza non falsata sul mercato nell'interesse comunitario e si traduce in un'indagine approfondita da parte delle istituzioni comunitarie durante la quale le parti interessate vengono sentite e che può concludersi con l'adozione di un atto comunitario vincolante. Affermare che il semplice ricorso ad una procedura del genere è di per sé incompatibile con l'art. 86 del Trattato equivarrebbe a negare alle imprese il diritto di ricorrere a strumenti giuridici che sono stati istituiti nell'interesse comunitario” (§ 213). cfr. anche la sentenza della Corte di giustizia, 16 marzo 2000, caso C-395/96 3 c-396/96, *Compagnie maritime belge c. Commissione*, in Racc. I-1365, con la quale la Corte di giustizia sembra ammettere che siano compatibili con il diritto della concorrenza “la semplice esortazione o «incitamento» dell'autorità ad agire”, poiché in questo “caso, si tratta di un semplice tentativo di influenzare l'autorità interessata nell'esercizio del margine di discrezionalità ad essa spettante” (§ 82).

³¹⁵ Secondo M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., si può parlare di potere vincolato, ossia di situazione in cui è esclusa la discrezionalità, “solo quando la norma giuridica, imponendo rigidamente un determinato comportamento in determinate circostanze, rende impossibile il giudizio ipotetico, ossia pone una relazione tra gli elementi teleologici e la soluzione possibile” (p. 89). Con riferimento all'attività vincolata è stato osservato che “la stessa configurabilità di una simile attività è a volte negata, osservandosi che la totale vincolatezza è una situazione astratta, mai pienamente riscontrabile nella realtà. Ove si guardi alle funzioni amministrative nel loro complesso, in effetti, è difficile configurare un'attività vincolata: l'ordinamento costituisce le pubbliche amministrazioni per lo svolgimento delle funzioni, pone alcuni limiti alla loro attività e attribuisce loro determinati poteri; al di là di ciò, spetta alle amministrazioni scegliere le forme e i modi per la tutela dell'interesse pubblico loro affidato. D'altra parte, se si sposta l'attenzione ai singoli atti, non mancano esempi di atti sostanzialmente vincolati, nel senso che all'amministrazione è lasciata soltanto una limitata discrezionalità nel *quando* (limitata, ormai, anche dalla generale previsione del termine del procedimento): è il caso soprattutto, di alcune autorizzazioni, che devono essere rilasciate semplicemente sulla base dell'accertamento di presupposti oggettivi” (v. B. G. MATTARELLA, *L'attività*, in Trattato di diritto amministrativo (a cura di) S.

**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**

questi casi, l'elemento della volontà dell'amministrazione è escluso (o, quantomeno, fortemente limitato) dalla valutazione effettuata a monte dalla norma attributrice del potere. Sicché l'agire dell'amministrazione "appare integralmente disciplinato, sono precisamente stabiliti i presupposti di fatto e le conseguenze giuridiche; vi è, dunque, una sola determinazione corrispondente al legittimo esercizio della potestà e non vi è alcuno spazio di scelta per l'amministrazione"³¹⁶.

Il controllo dell'esito del procedimento dipende quindi sostanzialmente dall'istanza del privato e, nel nostro caso, dall'impresa in posizione dominante. Ne consegue che, nei casi di procedimento vincolato, come ha avuto modo di specificare la Commissione nel caso AstraZeneca, l'effetto anticoncorrenziale del provvedimento adottato non è frutto di "*an independent review of the merits of the petition as regards its anticompetitive effect, but rather the automatic (or almost automatic) effect of a private request*"³¹⁷. In presenza di procedimenti vincolati, l'analisi sulla responsabilità antitrust in capo all'impresa in posizione dominante, si focalizzerà sulla legittimità/correttezza o meno (o, al contrario, sulla rimproverabilità in senso lato) dell'istanza presentata dall'impresa dominante e/o del proprio contegno procedimentale (quali, ad

CASSESE, v. I., Milano, 2003, p. 762). Sull'evoluzione delle diverse teorie sulla discrezionalità amministrativa, v. A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, (voce), Enc. Dir. Sul tema della discrezionalità, compresa quella tecnica, si vedano altresì A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Diritto pubblico*, 2004, 2, pp. 439 e ss; F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005; R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, pp. 51-179; C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica – La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008; L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, *Diritto amministrativo*, 2013, 3, pp. 309 e ss.

³¹⁶ v. R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., p. 63.

³¹⁷ v. decisione della Commissione, AstraZeneca, cit, § 819.

**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**

esempio, l'ingannevolezza delle informazioni fornite)³¹⁸, ovvero si indagherà, anche tramite il ricorso alla sussistenza dell'intento escludente, sull'eventuale utilizzo della prerogativa procedimentale esclusivamente per fini anticoncorrenziali (ossia, diversi dalla funzione per la quale tale prerogativa è stata riconosciuta dall'ordinamento).

5.3. Uno spazio residuale per l'applicazione dell'antitrust nell'ambito di procedimenti nei quali si esercita la discrezionalità amministrativa

Ritenere, come è stato fin qui sostenuto, che l'esercizio della discrezionalità amministrativa costituisce un limite all'applicazione del diritto antitrust, non significa però negare *a priori* qualsiasi margine di applicazione per il diritto antitrust nell'ambito di procedimenti discrezionali.

Come è stato più volte osservato, l'ambito di applicazione del diritto antitrust e, in particolare, dell'articolo 102 TFUE, è limitato alla sanzione di comportamenti tenuti dalle imprese (in posizione dominante). Se è vero quindi che, anche per questa ragione, sicuramente sfuggono dal campo di applicazione dell'articolo 102 TFUE quelle restrizioni dovute a provvedimenti amministrativi frutto dell'esercizio del potere della pubblica amministrazione, è altresì vero che il diritto antitrust può essere un utile strumento per sanzionare quei casi in cui l'intervento dell'impresa dominante impedisce il

³¹⁸ La correttezza dei mezzi utilizzati è un altro criterio che Bork ritiene opportuno prendere in considerazione, ai fini della valutazione della responsabilità antitrust negli abusi procedurali. L'Illustre Studioso afferma che “regardless of intent, parties can be held liable only if they employ means of influencing governmental action that are themselves illegal or reprehensible” (The Antitrust Paradox, cit., p. 359). Bork precisa che “*the use of illegal or reprehensible means of influencing government is perhaps a necessary condition for liability, but it is not a sufficient one*” (*ibid.*). Ciò in quanto affermazioni e/o dichiarazioni non corrette potrebbero essere comunque esentate da responsabilità nel caso in cui esse si effettuano “*in an explicitly political context*”. Ne consegue quindi che “*the character of the process in which the use of reprehensible tactics occurs affects the question of liability*” (*ibid.*).

**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**

corretto esercizio della discrezionalità amministrativa da parte della pubblica amministrazione.

Si tratterà ad esempio di sanzionare quei (invero, rari) casi in cui si riesce a dimostrare che l'intervento dell'impresa dominante ha di fatto limitato, se non completamente escluso, il controllo della pubblica amministrazione sull'esito del procedimento. In questi casi, in maniera analoga a quanto osservato con riferimento all'attività vincolata, l'esito del procedimento viene di fatto controllato dall'impresa dominante.

Ciò può accadere, ad esempio, nei casi in cui l'amministrazione pubblica cede alle forti pressioni da parte dell'impresa in posizione dominante, ovvero nei casi di cattura dell'amministrazione³¹⁹ da parte dell'impresa dominante³²⁰. Si noti però che, nonostante la gravità dei

³¹⁹ Per cattura dell'amministrazione si intende l'influenza delle decisioni degli apparati amministrativi "da interessi soprattutto economici (le varie lobby) deviando così dalla loro missione di cura dell'interesse pubblico generale" (v. M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 33). Osserva anche G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, che "la cattura, anche senza arrivare al compimento di atti illeciti come quelli all'origine di fenomeni di corruzione, può tuttavia determinare un'attuazione distorta della legge, inducendo l'amministrazione ad assumere decisioni che favoriscono non l'interesse protetto nel testo legislativo, ma alcuni interessi privati da esso divergenti" (p. 43). Per la teoria della cattura, v. G.J. STIGLER, *The theory of economic regulation*, Bell Journal of Economics, 1971, n.2., p. 3. Sulle diverse teorie di regolazione v. R. BALDWIN, M. CAVE e M. LODGE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, 2° ed., OXFORD, 2012; A. I. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, 2° ed., PORTLAND, 2004.

³²⁰ Un altro caso eccezionale potrebbe essere quello in cui l'incapacità e/o le problematiche strutturali/organizzative della pubblica amministrazione oggettivamente impediscono a quest'ultima l'esercizio del potere discrezionale a essa affidata. Sicché, di fatto, l'*empasse* dell'autorità amministrativa trasformerebbe di fatto i procedimenti discrezionali in procedimenti vincolati. Questo sembra essere la tesi di fondo avanzata dall'AGCM nel caso *Arenaways*. In particolare, l'AGCM sostiene che nel caso di specie l'URSF non avrebbe avuto le capacità organizzative e tecniche per esercitare correttamente il suo potere discrezionale e valutare la vera portata dell'apporto procedimentale fornito da Trenitalia nell'ambito del procedimento di regolazione. La posizione dell'AGCM presenta gravi criticità che, non risiedono tanto a livello concettuale, quanto invece a livello probatorio. La tesi dell'AGCM si basa infatti solamente su una frase estrapolata dal verbale dell'audizione tecnica dinanzi all'AGCM del rappresentante dell'URSF, secondo cui gli uffici di quest'ultimo soffrirebbero di carenza di mezzi e di staff a valutare le

**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**

comportamenti in questione, il loro accertamento in concreto si potrà effettuare solo in casi eccezionali, perché, proprio per la contiguità di questi fenomeni all'esercizio delle legittime prerogative procedurali, l'impianto probatorio dovrà essere particolarmente rigoroso. L'intervento del privato nel procedimento "deve effettivamente esprimere una libera valutazione d'interessi; e non può essere sottoposto a limiti che scoraggino, impediscano o riducano l'afflusso di informazioni pertinenti"³²¹. È l'amministrazione quindi che, trattandosi appunto di intervento interessato, deve "vaghiar[lo] con rigore e, nei casi di persistente incertezza, deve assumere a proprio carico tutte le conseguenze che dal modo della sua utilizzazione possano derivare"³²².

Un altro caso in cui potrebbe esserci spazio per l'applicazione del diritto antitrust, è quello in cui l'interesse dell'impresa dominante non è tanto l'ottenimento di un provvedimento restrittivo della concorrenza, quanto invece quello di "acquistare" tempo nei confronti dell'accesso del concorrente sul mercato. In questo caso, l'impresa dominante interviene nel procedimento con l'unico scopo di ostacolare il rilascio di un'autorizzazione, che soddisfi l'interesse pretensivo del ricorrente e, quindi, permetta la sua entrata sul mercato.

informazioni fornite da Trenitalia. Contrariamente alla posizione dell'Autorità, per potere sostenere la propria tesi essa avrebbe dovuto costruire un rigoroso impianto probatorio, volto in particolare a dimostrare con fatti e dati oggettivi che: (i) lo staff dell'URSF fosse effettivamente incapace a compiere siffatte valutazioni; (ii) che anche in altre decisioni, precedenti a quella della specie, la posizione dell'URSF sia stata quella di "mero spettatore" e (iii) che Trenitalia fosse consapevole di tale prassi e che oggettivamente ne potesse prevedere l'esito del procedimento.

³²¹ v. F. LEDDA. *Problema amministrativo*, op. cit., p. 151.

³²² *Ibid.* La conseguenza del dovere dell'autorità è che, "verso i soggetti terzi eventualmente danneggiati solo l'amministrazione stessa può essere dichiarata civilmente responsabile qualora l'adozione del provvedimento lesivo sia stata influenzata da assunzioni o allegazioni non veridiche dell'interventore". Questa attività di controllo (ed elaborazione) "è riservata all'amministrazione per un principio di responsabilità giuridica al quale può attribuirsi valore istituzionale, e che trova una espressione certo assai importante, ma non esclusiva, nell'art. 28 Cost" (p.153).

**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**

Anche in questo caso, l'onere probatorio in capo all'autorità antitrust deve essere particolarmente rigoroso, dovendosi, da un lato, dimostrare che l'impresa dominante non ha alcun interesse al procedimento e alcun diritto a opporsi al rilascio del provvedimento favorevole per il concorrente, e, dall'altro lato, che il concorrente ha patito un danno dall'intervento dell'impresa in posizione dominante, ossia che “*that it had suffered heavy expense, that the opposition was sham and without merit and put up in bad faith for the sole purpose of monopolizing*”³²³. In questo caso, l'intervento dell'antitrust è rivolto a sanzionare la violazione del “*dovere generale di correttezza*”³²⁴ che incombe sul partecipante al procedimento³²⁵ e, che nella specie si è materializzata tramite un “comportamento a lui imputabile in modo esclusivo che nel procedimento abbia trovato una semplice occasione”³²⁶ per danneggiare i concorrenti.

Si noti, in conclusione che, in entrambi i casi appena menzionati, l'intervento dell'antitrust comporterebbe benefici positivi,

³²³ cfr. R. H. BORK, *The Antitrust Paradox*, cit., p. 362. L'esempio fatto da Bork è quello del proprietario dell'unico cinema in una città che si oppone ai procedimenti urbanistici per il rilascio al suo concorrente del permesso di costruire un altro cinema. È interessante notare che nonostante l'esempio effettuato da Bork rammenti il caso *Coop Estense*. Si tratta solo di un'analogia apparente perché, anche a volere tacere d'altro, a differenza dell'esempio scolastico di Bork, nel caso Coop Estense l'impresa in posizione dominante aveva diritto di intervenire nel procedimento urbanistico, proprio in quanto proprietario di un'area che sarebbe svalutata nel caso di approvazione del piano di Esselunga, ed è intervenuta nel procedimento non con l'esclusivo scopo di escludere il proprio concorrente, bensì per proteggere un proprio investimento.

³²⁴ v. F. LEDDA, *Problema amministrativo*, op. cit., p. 151. Secondo l'illustre Autore, il dovere generale di correttezza, “quasi certamente riconducibile alla clausola di buona fede che anche nel diritto pubblico deve trovare applicazione, si riferisce “essenzialmente al modo di atteggiarsi, al contegno o comportamento complessivo, e non ai contenuti dell'informazione: la quale può rivelarsi non veridica, non completa o ambigua, senza che ciò autorizzi una censura in termini di lealtà e probità”.

³²⁵ Si noti che la dottrina più recente ha sostenuto che speculare al potere del privato di partecipare al procedimento è il suo dovere “in sede di rappresentazione dei propri interessi, di non alterare falsamente la realtà e, quindi, di non fuorviare l'azione amministrativa” (v. M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche*, cit., p. 316).

³²⁶ v. F. LEDDA, *Problema amministrativo*, op. cit., p. 151.

**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**

non solo in termini di preservazione della concorrenzialità del mercato. Contrastando fenomeni di cattura e/o di egemonia dell'impresa dominante nei confronti dell'amministrazione pubblica, il diritto antitrust assumerebbe altresì un ruolo di protezione (correzione) della democrazia procedimentale³²⁷. Ciò si realizzerebbe peraltro senza sconfinare nelle competenze dell'autorità amministrativa procedente, poiché in tali casi l'antitrust si limiterebbe a colpire i comportamenti dell'impresa dominante che alterano il funzionamento dell'amministrazione pubblica.

5.4. Discrezionalità amministrativa e nesso di causalità

Le questioni fin qui descritte potrebbero essere viste anche in chiave fenomenologica: ossia, sotto l'aspetto del nesso di causalità tra la condotta e il suo effetto anticoncorrenziale.

L'esercizio del potere discrezionale, tramite la realizzazione di un attività di *giudizio* e di formazione della *volontà* della pubblica amministrazione, si frappone tra condotta dell'impresa in posizione dominante e l'effetto escludente provocato dal provvedimento, interrompendone il nesso causale tra condotta dell'impresa in posizione dominante e la restrizione della concorrenza.

Per questa ragione, la natura discrezionale del potere esercitabile dall'amministrazione procedente può fungere come una presunzione semplice dell'assenza di nesso causale tra condotta dell'impresa e restrizione della concorrenza. La presunzione, proprio in quanto tale, si colloca quindi a un livello superiore a (e comunque diverso da)

³²⁷ Come in tutti i fenomeni della vita, anche l'intervento dell'antitrust nell'ambito di procedimenti amministrativi deve tendere al raggiungimento di un punto di equilibrio tra le varie esigenze in gioco. Non va infatti dimenticato che le autorità della concorrenza, in quanto apparati amministrativi, sono esse stesse soggette a cattura da parte dei diversi gruppi d'interesse.

**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**

quello della verifica della sussistenza in concreto del nesso di causalità tra condotta ed effetto anticoncorrenziale³²⁸.

Nell'ambito dei procedimenti vincolati, ovvero nei casi in cui la presunzione di cui sopra viene vinta (è il caso delle circostanze eccezionali, menzionati *supra*, in cui si dimostra l'“inquinamento” da parte dell'impresa dominante dell'esercizio del potere discrezionale), sarà invece necessario procedere alla verifica della sussistenza in concreto del nesso causale.

La precisazione d'obbligo che deve essere compiuta in questo caso è che, non essendo la prova degli effetti escludenti necessaria ai fini dell'applicazione dell'articolo 102 TFEU (vedi, *supra*, § 5), non è parimenti necessario dimostrare l'esistenza di un nesso causale tra condotta contestata e l'attuale/(concreto) effetto lesivo della concorrenza (evento escludente della concorrenza). Lo si evinceva già dal caso *AstraZeneca*³²⁹. Una recente sentenza del Tribunale UE lo ha

³²⁸ Esprime una posizione (quantomeno) parzialmente diversa V. C. ROMANO, *L'abuso di posizione dominante*, cit., il quale, commentando la sentenza del Consiglio di Stato nel caso Coop Estense, ritiene che “bisognerebbe chiedersi se l'amministrazione aveva il potere di svincolarsi dall'abbraccio mortale dell'impresa o se era invece vincolata nelle proprie scelte dalle rigidità procedurali. Di modo che solo in questo ultimo caso potrebbe parlarsi di effetto diretto, e dunque, ritenere sufficientemente stabilito il nesso causale. In caso contrario, posto che facendo uso dei poteri (e attenendosi ai doveri) pubblicitistici, la pubblica amministrazione avrebbe potuto concludere nel senso di garantire l'assetto concorrenziale del mercato (ma, ciò nonostante, non lo ha fatto), il nesso tra condotta ed effetto deve altrimenti ritenersi interrotto (p. 617).

³²⁹ Si fa riferimento al primo abuso, con riguardo al quale i giudici UE hanno ritenuto irrilevanti ai fini della sussistenza dell'illecito antitrust che l'intervento delle autorità nazionali, avesse escluso il concretizzarsi dell'effetto escludente della condotta. Si noti inoltre che nella decisione *AstraZeneca*, la Commissione ha ritenuto che “*the use of public procedures and regulation, including administrative and judicial processes, may also, in specific circumstances, constitute an abuse, as the concept of abuse is not limited to behaviour in the market only and misuse of public procedures and regulations may result in serious anticompetitive effects on the market. The fact that in such cases the effects in the market may be dependent on further action by public authorities is not decisive to exclude the existence of an abuse. Even when the behaviour is implemented in the market, the effect of exclusionary practices is often dependent on the subsequent reaction of other operators in the market (such as purchasers)*” (§ 330). La posizione della Commissione è stata confermata anche dai giudici UE.

**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**

ribadito in maniera inequivocabile, ritendo che “*given that it is not necessary to prove actual effects of the rebates, it follows necessarily from this that the Commission is also not required to prove a causal link between the practices complained of and actual effects on the market*”³³⁰.

La verifica della sussistenza del nesso di causalità, sarà quindi concentrata sul potenziale effetto concorrenziale della condotta. L'esame che dovrà essere svolto, sarà quello di porsi in un'ottica *ex ante*, ossia al momento dell'attuazione della condotta contestata, e verificare se quest'ultima possa plausibilmente provocare un effetto anticoncorrenziale. Ciò non significa, come pure potrebbe sembrare a prima vista, adottare un nesso di causalità troppo astratto e/o remoto, con la conseguenza di vederlo sempre accertato. È sufficiente a tale riguardo rilevare che nel caso *AstraZeneca* i giudici UE hanno annullato la decisione della Commissione, nella parte in cui sosteneva che la revoca dell'autorizzazione avrebbe ostacolato l'ingresso degli importatori paralleli in Norvegia e Danimarca, perché non era stato provato a sufficienza che “la prassi delle autorità danesi [e norvegesi] consistesse nel ritiro automatico delle autorizzazioni delle importazioni parallele a seguito della revoca delle autorizzazioni all'immissione in commercio del prodotto in questione per motivi estranei alla salute pubblica”³³¹. Si tratta quindi di provare in maniera oggettiva e realistica la plausibilità dell'effetto escludente.

³³⁰ v. Sentenza del Tribunale UE, 12 giugno 2014, causa T-286/09, *Intel c. Commissione*, § 104. La conseguenza logica di questa premessa è stata che, secondo il Tribunale, “*the circumstance claimed by the applicant that customers bought exclusively from it for business reasons which were entirely independent of the rebates, assuming that it were proved, does not mean that those rebates were not capable of inducing customers to obtain their supplies exclusively from it*” (*ibid*).

³³¹ v. sentenza del Tribunale UE, *AstraZeneca*, cit., § 843. Lo standard probatorio imposto alla Commissione europea è quello di apportare elementi tangibili per dimostrare che, nel caso di specie, “tenuto conto del contesto normativo in questione, le autorità nazionali avrebbero potuto ritirare, o che normalmente

**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**

6. Il provvedimento amministrativo e il diritto antitrust

La migliore dottrina che ha analizzato l'interazione tra la partecipazione procedimentale dell'impresa in posizione dominante e l'applicazione dell'articolo 102 TFUE, ha osservato che nell'ambito di tale tematica si pone “in termini relativamente nuovi il problema della pluriqualificazione della medesima condotta”³³².

La teoria tradizionale della pluriqualificazione si basa sulla relatività delle situazioni giuridiche soggettive, rispetto ai diversi poteri della pubblica amministrazione che incidono su quelle situazioni soggettive. Secondo la teoria in questione, “uno stesso e identico rapporto di un soggetto con un bene può presentarsi, a seconda dei casi e dei momenti e perfino a seconda del genere di protezione che il soggetto faccia valere (s'intende non ad arbitrio, ma servendosi di elementi obiettivi), ora come un diritto soggettivo, ora come un interesse protetto solo di riflesso”³³³. Non è quindi

avrebbero ritirato, le autorizzazioni alle importazioni parallele in seguito alla revoca, dietro richiesta del loro titolare, delle autorizzazioni all'immissione in commercio del prodotto di cui trattasi” (§ 846).

³³² v. L. TORCHIA, *Il diritto antitrust*, cit., p. 519.

³³³ v. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 2^o ed., 1953, p. 61. La tesi è ripresa più recentemente da M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano 2002, p. 251 ess. In altri termini, si è osservato che “il diritto soggettivo, come del resto l'interesse legittimo, sono situazioni giuridiche che non hanno valore assoluto: sono solo relative” (V. A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, AA. VV. vol. 1, Bologna, 2005, p. 224). È noto altresì che la teoria della pluriqualificazione “venne originariamente elaborata al fine di spiegare la vicenda espropriativa senza ricorrere alle aporie della teoria della c.d. “degradazione””. In quest'ottica, “la pluriqualificazione rifiutò qualsiasi forma di alterazione dei tratti distintivi del diritto e dell'interesse legittimo [e] non vennero accettate né l'idea del mutamento dei diritti in interessi, né l'esistenza di posizioni soggettive intermedie tra gli uni e gli altri (diritti affievoliti)” (M. OCCHIENA, *Situazioni*, cit., pp. 251-253). E le questioni relative alla pluriqualificazione delle situazioni giuridiche rispetto a un determinato bene emergono con esemplare chiarezza con riferimento ai “beni di proprietà privata [che] sono oggetto, oltre che del potere di espropriazione anche, tra gli altri, dei poteri di requisizione, di occupazione d'urgenza a carattere temporaneo ..., di occupazione d'urgenza preordinata all'espropriazione, ecc.; senza contare i poteri urbanistici di determinazione dell'uso del suolo, e quelli a tutela delle cose di interesse artistico e storico, il cui esercizio da parte dell'Amministrazione ha l'effetto di limitarne sotto

**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**

“logicamente contraddittorio delineare una data situazione giuridica soggettiva come protetta dall'ordinamento generale in modo assoluto, ossia come diritto soggettivo, per certi aspetti; e, per altri, solo subordinatamente agli interessi pubblici la cui cura è demandata all'Amministrazione, e ai poteri unilaterali e imperativi che a tal fine il medesimo le attribuisce: ossia, come un interesse legittimo”³³⁴.

Nell'ambito dell'interazione tra esercizio di prerogative procedurali e applicazione del diritto antitrust, la questione della pluriqualeficazione si pone in termini nuovi rispetto ai temi tradizionali, in primo luogo, perché quello che rileva in quest'ambito non è più la posizione delle diverse situazioni giuridiche soggettive nei confronti di un determinato bene, bensì la contemporanea qualificazione dei medesimi fatti come illecito (dal punto di vista del diritto antitrust) e come condotta tipizzata e pienamente legittima (per un altro plesso dell'ordinamento). In secondo luogo, come rilevato dalla migliore dottrina, si intravede nella prassi applicativa l'instaurarsi della tesi “della presunta permanente prevalenza del diritto antitrust sulla qualificazione di legittimità derivante da altro plesso dell'ordinamento”³³⁵.

Le osservazioni della dottrina appena citata hanno anticipato la posizione assunta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato sulle

vari aspetti la disponibilità” (v. A. ROMANO, op. ult. cit., p. 224). La teoria è stata poi utilizzata anche con riferimento ad altre situazioni, quali quella relativa alla pluriqualeficazione degli effetti del medesimo atto amministrativo in diversi procedimenti. In questa direzione è stato ritenuto che “non è poi da escludere che un atto endoprocedimentale possa produrre di per sé effetti esterni e che, se lesivo di situazioni giuridiche soggettive, possa essere impugnato: è questa la ragione per cui la giurisprudenza ritiene talora immediatamente impugnabili alcuni di questi atti. Il fenomeno è spiegabile ricorrendo all'idea della pluriqualeficazione degli atti e delle fattispecie giuridiche. Lo stesso atto può cioè rilevare sia come atto del procedimento, sia come atto, avente effetti esterni, lesivo di posizioni giuridiche di alcuni terzi” (v. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, p. 412).

³³⁴ A. ROMANO, ult.op.cit., 224

³³⁵ v. L. TORCHIA, *Il diritto antitrust*, cit., p. 519.

**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**

tematiche in questione. Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, la qualificazione giuridica di una determinata condotta secondo il plesso ordinamentale di riferimento è indifferente ai fini dell'applicazione del diritto antitrust. Quest'ultimo valuterebbe “le condotte per quello che economicamente significano, adeguandole alla utilità economica che perseguono: considerandole come stretti atti economici, in rapporto agli interessi concreti cui sono orientate”. La conseguenza sarebbe quella di rendere le condotte, ai fini dell'applicazione del diritto antitrust “indifferenti alle qualificazioni che eventualmente ricevono altrove: e perciò di assumerle solo nella loro dimensione utilitaristica, prescindendo dalle attribuzioni formali che possono caratterizzarle alla luce di altri ordinamenti di settore”³³⁶. Sostenere il contrario significherebbe, secondo il Consiglio di Stato, privilegiare un aspetto qualificatorio, di natura prettamente formalistica, che restringerebbe ingiustificatamente il campo d'applicazione del diritto antitrust³³⁷.

³³⁶ v. sentenza Consiglio di Stato, *Coop estense*, cit.

³³⁷ Il rischio, secondo il Consiglio di Stato, sarebbe che diversamente opinando “alcuni comportamenti potrebbero sfuggire all'operatività della tutela della concorrenza e al divieto di distorsione del mercato: ad esempio, le condotte elusive o quelle di abuso; e più ancora se ne sottrarrebbero i comportamenti tipizzati o comunque leciti sotto altri e diversi punti di vista”. Mentre, “l'effetto di sistema che ne deriverebbe sarebbe quello di un intervento di garanzia intermittente e claudicante, a dispetto del carattere sistemico del mercato e interdipendente dei comportamenti dei suoi attori”. Riconoscere rilevanza alla legittimità della condotta secondo plessi ordinamentali diversi dal diritto antitrust, “riduce indebitamente gli obblighi concorrenziali ai rispetti strettamente formali, li sottrae alla ricordata qualificazione come meri atti economici, li affranca quando li sovrappone all'ordinamento urbanistico: dimenticando che invece si tratta, per relatività, di una diversa qualificazione dei fatti e dei comportamenti” [e] “così mescolando le qualificazioni e dando prevalenza a quelle formali sulle caratteristiche materiali economiche delle condotte, elude l'esistenza dei particolari obblighi che incombono sull'impresa dominante in quanto tale e sulla speciale responsabilità che nasce dal suo potere di mercato, finendo per dare, riduttivamente, dominante rilievo alle mere qualificazioni del sistema regolatorio urbanistico-edilizio” (*ibid.*).

**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**

6.1. La rilevanza del provvedimento amministrativo nei confronti del diritto antitrust

La tesi del Consiglio di Stato non può condividersi, specialmente quando oggetto dell'applicazione del diritto antitrust sono condotte espressione dell'esercizio di prerogative procedimentali. Anche a volere assumere che esista nella realtà ordinamentale la categoria degli “*atti economici*”, e prescindendo dal significato che in concreto il Consiglio di Stato abbia voluto dare a siffatto concetto, le condotte partecipative sono inserite in un procedimento amministrativo, che si conclude con un provvedimento autoritativo, il quale, in assenza di profili di nullità o di accertata invalidità, modifica l'ordinamento.

È stato, a tal riguardo, affermato che “il provvedimento amministrativo non è il foglio di carta sul quale risulta (normalmente) scritto e la cui intangibilità formale rappresenti un valore o abbia un qualche significato: esso invece vive nelle innovazioni e negli effetti che traduce nel mondo giuridico, è una realtà che si situa nelle modulazioni delle relazioni intersoggettive e organizzatorie”³³⁸.

Proprio per questa sua capacità di modificare l'ordinamento, sembra difficile sostenere che il provvedimento amministrativo, in cui confluiscono anche gli apporti dell'impresa dominante nell'ambito del procedimento, non abbia alcuna rilevanza ai fini dell'accertamento antitrust.

Si pone quindi il problema di sondare la rilevanza, ai fini dell'applicazione del diritto antitrust, del provvedimento amministrativo adottato a conclusione del procedimento in cui ha partecipato anche l'impresa in posizione dominante. L'oggetto dell'indagine è quello di verificare se gli accertamenti contenuti nel

³³⁸ v. R. VILLATA, “*Disapplicazione*” dei provvedimenti amministrativi e processo penale, Milano, 1980, p. 84.

**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**

provvedimento amministrativo possano avere rilevanza nell'ambito del diritto antitrust, fungendo da limite per quest'ultimo, nel senso che di essi se ne debba tenere conto nell'ambito dell'applicazione del diritto antitrust, così che quest'ultimo non può spingersi a controllare il corretto esercizio di un potere amministrativo affidato ad altra amministrazione pubblica.

**6.2. Il provvedimento amministrativo e il diritto antitrust:
l'articolo 21-bis della l. n. 287/1990**

Nei termini appena descritti, la questione della rilevanza del provvedimento amministrativo diviene questione di resistenza nei confronti dell'ingerenza dell'antitrust. Sotto questa prospettiva si tratta quindi di comprendere quale sia la capacità del provvedimento amministrativo di condizionare l'applicazione del diritto antitrust, ossia di incidere sulla configurazione dei medesimi fatti ai fini dell'applicazione del diritto antitrust.

Nell'analizzare una tale problematica non si può ignorare l'esistenza nell'ordinamento di una espressa disposizione normativa che, procedimentalizzando l'interazione tra l'*antitrust* e il provvedimento amministrativo, appare disegnare allo stesso tempo i limiti dell'intervento del primo rispetto alle valutazioni contenute nel secondo.

Si fa riferimento all'art. 35 del Decreto *Salva Italia*, che ha modificato la Legge n. 287/90, introducendovi l'art. 21-bis³³⁹.

³³⁹ L'Autorità, ha definito tale istituto come uno "strumento di portata reattiva" nei confronti delle pubbliche amministrazioni (Relazione annuale sull'attività svolta del 31.3.2012, p. 21; cfr. segnalazione 9.2.2010, AS659, Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per la concorrenza e il mercato). La disposizione in questione così recita: "1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. 2. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei

**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**

6.2.1. La disciplina prevista dall'articolo 21-bis l. n. 287/1990

Il primo comma dell'art. 21-bis legittima l'Autorità ad agire in giudizio contro (i) “gli atti amministrativi generali” e (ii) “i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica”, che essa ritiene lesivi della concorrenza. Il potere impugnativo può essere però legittimamente esercitato solo se preceduto dall'espletamento di una fase precontenziosa, avviata con l'amministrazione che ha adottato l'atto, conformemente a quanto previsto dal secondo comma del medesimo articolo³⁴⁰. Quest'ultima disposizione, prescrive che l'Autorità, qualora ritenga che un atto amministrativo sia lesivo della concorrenza, trasmette all'amministrazione che ha adottato l'atto, entro sessanta giorni³⁴¹, un parere motivato e può poi agire in giudizio solo se l'amministrazione destinataria del parere, nei sessanta giorni successivi al suo ricevimento, non abbia dato seguito alle indicazioni dell'Autorità³⁴².

Per quanto riguarda la natura del parere, Autorevole dottrina ha ritenuto che essa sia formalmente di un parere, mentre sostanzialmente si tratterebbe di una diffida, la cui inottemperanza da parte dell'amministrazione sarebbe sanzionabile con l'impugnazione dell'atto amministrativo ritenuto lesivo della concorrenza³⁴³. Questa

sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. [...]”.

³⁴⁰ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2246/2014.

³⁴¹ Secondo il Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1171/2015, il termine inizia a decorrere “solo dal ricevimento da parte dell'A.G.C.M. di una specifica comunicazione (di qualsiasi provenienza) recante gli elementi rilevanti dell'atto che del parere dovrebbe formare oggetto, giacché soltanto a partire da tale momento essa sarebbe nella reale condizione di esercitare la propria competenza”.

³⁴² Il comma terzo della disposizione in questione prescrive che “ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”.

³⁴³ V. M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90*, Relazione al Convegno tenutosi presso l'AGCM, il 27 marzo 2013, su “Evoluzione del ruolo e delle competenze dell'autorità antitrust”. Secondo l'Autore, il parere ex art. 21-bis, “al di là del *nomen* “edulcorato” utilizzato dal legislatore forse per rispetto formale delle prerogative delle pubbliche

**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**

interpretazione, che sembrerebbe seguita nella prassi applicativa dell'Autorità³⁴⁴, avrebbe come conseguenza la diretta impugnabilità del parere-diffida da parte delle amministrazioni che hanno adottato l'atto amministrativo ritenuto lesivo della concorrenza³⁴⁵. Alla base di questa costruzione normativa sembra esserci l'idea che l'articolo 21-bis l. n. 287/1990 riconosca alla concorrenza "implicitamente un rango più elevato rispetto ad altri interessi pubblici"³⁴⁶.

Se ci si muove però dalla prospettiva che, (come si è visto nel corso del Capitolo I del presente contributo) sono le stesse norme in materia di concorrenza ad ammettere un loro bilanciamento con altri

amministrazioni al cui *genus* appartiene in realtà anche l'Autorità, ha natura sostanziale di un atto di diffida. Esso sembra infatti equiparabile alle diffide, con fissazione di un termine per l'eliminazione dell'infrazione, che l'Autorità può indirizzare ai soggetti privati nei casi di violazione delle disposizioni in materia di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante (art. 15 della legge n. 287/1990). In entrambi i casi sorge in capo al destinatario un obbligo di conformazione. Cambiano soltanto le conseguenze dell'inottemperanza che consistono nel primo caso nel potere di proporre un ricorso innanzi al giudice amministrativo, nel secondo caso nel potere di irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10% del fatturato".

³⁴⁴ Da un'analisi dei casi riportati nelle Relazioni Annuali sull'attività svolta dall'AGCM negli anni 2013 e 2014, emerge l'Autorità abbia esercitato il potere impugnativo in tutti i casi in cui le autorità amministrative non abbiano dato seguito al parere, confermando invece la legittimità dei provvedimenti amministrativi adottati.

³⁴⁵ V. M. CLARICH, op.cit., secondo cui "il parere-diffida, in quanto determina un obbligo di conformazione in capo all'ente destinatario che va a incidere sul potere di autotutela rendendo vincolato l'annullamento d'ufficio anche in presenza di ragioni di interesse pubblico che suggerirebbero la conservazione della sua efficacia, è suscettibile di intaccare la sfera giuridica dell'ente e potrebbe dunque costituire un provvedimento immediatamente impugnabile da quest'ultimo". Contra, R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in www.giustamm.it, secondo cui "il parere non è un atto immediatamente lesivo, essendo ancora meramente eventuale la circostanza che l'Amministrazione si conformi ad esso, modificando o ritirando il provvedimento contestato. L'Amministrazione potrebbe, infatti, ignorare il parere lasciando in piedi l'atto contestato e questo esito esclude ogni concreta lesività del parere (semmai, gli eventuali terzi interessati alla conservazione dell'atto potranno intervenire ad opponendum nel giudizio di annullamento iniziato dall'AGCM). Se, invece, l'Amministrazione segue il parere modificando l'atto, il ricorso potrà indirizzarsi contro l'atto modificato (o contro l'atto con cui si dispone l'annullamento del precedente), eventualmente impugnando congiuntamente il parere dell'AGCM".

³⁴⁶ *Ibid.*

**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**

interessi pubblici, si dovrebbe ritenere invece che la finalità dell'articolo 21-*bis* sia quella di contribuire ad accrescere l'attenzione delle pubbliche amministrazioni nei confronti dell'impatto che le loro decisioni hanno sulla concorrenza e sul mercato, ossia quella di inserire l'interesse alla tutela della concorrenza tra gli interessi che la pubblica amministrazione debba tenere in conto al momento dell'adozione di un provvedimento amministrativo³⁴⁷.

In quest'ottica, la fase pre-contenziosa e, in particolare, il parere motivato dell'AGCM ha (o meglio dovrebbe avere) la funzione di fare emergere le criticità del provvedimento dal punto di vista della concorrenza, avviando in tal senso un vero e proprio dialogo tra le due amministrazioni. Il che implica intendere la fase pre-contenziosa, non come strumento che mira esclusivamente alla conformazione dell'amministrazione che ha adottato l'atto al parere espresso dall'Autorità, bensì come modulo di collaborazione tra le due amministrazioni. E se così è, tale modulo potrebbe concludersi anche proprio con un ripensamento da parte della stessa Autorità, dettato, ad esempio, dalla necessità di ammettere in un determinato caso il bilanciamento della tutela della concorrenza con il perseguimento di altri interessi pubblici.

Questa interpretazione sembra essere confermata anche dal fatto che, scaduto il termine di sessanta giorni per adeguarsi ai dettami del parere motivato, l'Autorità non ha l'obbligo, bensì la mera facoltà, di agire in giudizio, entro i successivi trenta giorni, contro l'amministrazione che ha adottato l'atto amministrativo in questione³⁴⁸. In altri termini, la disposizione sembra ammettere la

³⁴⁷ Tale interpretazione è confortata anche dal fatto che la nuova disposizione è stata inserita nella rubrica relativa alla promozione della concorrenza.

³⁴⁸ Una posizione vicina a quanto scritto nel testo sembra essere stata adottata anche dal Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2246/2014, secondo cui “la funzione di detto parere motivato è duplice: sollecitare la p.a. a rivedere le proprie determinazioni e a

**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**

possibilità che l'Autorità possa ritenersi soddisfatta dalle spiegazioni e dalle motivazioni dell'amministrazione sollecitata, rispetto alla legittimità della determinazione oggetto del parere.

Da un punto di vista sostanziale, l'applicazione dell'art. 21-*bis* della l. n. 287/90 non deve intendersi circoscritta alle sole norme di tutela della concorrenza in senso stretto, ossia quelle antitrust e in materia di aiuti di Stato³⁴⁹, bensì ritenersi applicabile in tutte quelle occasioni in cui i provvedimenti amministrativi incidono sulla struttura concorrenziale del mercato, ad esempio, discriminando tra diversi operatori, ovvero rifiutando il rilascio di autorizzazioni a potenziali nuovi entranti³⁵⁰. Come dimostra anche la prassi applicativa

conformarsi agli indirizzi dell'Autorità, mediante uno speciale esercizio del potere di autotutela giustificato dalla particolare rilevanza dell'interesse pubblico in gioco, in tal modo auspicando che la tutela di quest'ultimo sia assicurata innanzitutto all'interno della stessa p.a. e restando il ricorso all'Autorità giudiziaria amministrativa "*extrema ratio*", non essendo l'Autorità dotata di poteri coercitivi nei confronti dell'amministrazione pubblica; d'altro canto, la fase precontenziosa e il relativo parere, in coerenza con i principi comunitari, sono stati ragionevolmente concepiti anche come significativo strumento di deflazione del contenzioso, potendo ammettersi che il legislatore guardi con disfavore le situazioni in cui due soggetti pubblici si rivolgano direttamente ed esclusivamente al giudice per la tutela di un interesse pubblico".

³⁴⁹ Almeno in un caso la violazione oggetto di esame da parte dell'Autorità ha riguardato la normativa UE in materia di aiuti di Stato (segnalazione 9.8.2012, AS977, *Decreto del Ministero del lavoro di fissazione delle tariffe di facchinaggio nella provincia di Cremona*).

³⁵⁰ L'Autorità sembra interpretare il concetto di "*atti distortivi della concorrenza*" in senso lato, ricomprendendo non solo profili *antitrust* in senso stretto (quali, ad esempio, la fissazione di prezzi minimi, come nella segnalazione 14.2.2012, AS913, *Disposizioni in materia di autotrasporto*), ma anche problematiche concorrenziali di più ampio respiro, quali disposizioni di un bando di gara idonee ad alterare il giusto confronto competitivo o a disincentivare la partecipazione alla stessa gara (segnalazione 18.1.2012 AS908, *Cotral SpA - Documentazione di gara relativa all'affidamento della fornitura di ricambi di carrozzeria originali - Manutenzione di autobus Fiat-Iveco-Irisbus*), indebite e ingiustificate restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche (segnalazione 14.2.2012, AS926, *Regione Molise - Procedura ristretta per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico locale extraurbano*), l'imposizione di ingiustificati requisiti territoriali, finanziari e di anzianità operativa per l'accesso a taluni contributi regionali (segnalazione 14.3.2012, AS920, *Regione Abruzzo - Disposizioni di attuazione per la concessione dei contributi in conto interessi per integrazione dei fondi rischi*), nonché regolamentazioni comunali suscettibili di restringere ingiustificatamente l'accesso a talune attività economiche (segnalazione

**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**

dell'Autorità, il contrasto di molte delle suddette fattispecie potrebbe rendere necessario utilizzare quale base legale la delicata disciplina dell'articolo 106 TFUE³⁵¹.

Anche sul piano soggettivo, l'ampia formulazione normativa fa propendere per un'applicazione estesa della norma, che comprende tutti i provvedimenti amministrativi adottati dai soggetti riconducibili alla nozione di "pubblica amministrazione", ivi incluse le altre autorità indipendenti³⁵² e le partecipate pubbliche³⁵³.

21.12.2011, AS900, *Comune di Lucca . Regolamento comunale sugli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande*).

³⁵¹ Cfr. *ex multis*, AS1138, *Comune di Venezia-Autorizzazione al trasporto turistico per via navigabile*, 2014; AS1181, *Regione Calabria -Determinazione dei tetti di spesa per le prestazioni di assistenza specialistica da privato*, 2014.

³⁵² v. R. PERNA, *La concorrenza ed il mercato delle comunicazioni elettroniche: possibili interferenze*, in www.giustamm.it; S. LUCATTINI, *Garante della concorrenza e certezza economica: alla ricerca delle giustizie per i mercati*, in *Diritto amministrativo*, 2013, p. 511.

³⁵³ Nella segnalazione 23.1.2012, AS908, *Cotral SpA - Documentazione di gara relativa all'affidamento della fornitura di ricambi di carrozzeria originali - Manutenzione di autobus Fiat-Iveco-Irisbus*, l'Autorità ha indirizzato un parere motivato ex art. 21-*bis* della Legge n. 287/90 alla società Cotral S.p.A., i cui azionisti sono la Regione Lazio, la Provincia di Roma, la Provincia di Rieti, la Provincia di Viterbo e il Comune di Roma. Sembra quindi che, nell'identificazione delle "pubbliche amministrazioni" i cui atti possono formare oggetto di impugnazione ai sensi dell'art. 21-*bis* della Legge n. 287/90, si debba far riferimento alla definizione di cui all'art. 1(2) del d.lgs. n. 165/01, secondo cui, "[p]er amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300". È favorevole all'utilizzo di una nozione funzionale di "pubblica amministrazione" anche Giovagnoli il quale vi fa rientrare "ogni soggetto, ancorché formalmente privato, che, da un lato, eserciti funzioni amministrative e, dall'altro, è sottoposto, dal legislatore nazionale od europeo, ad obblighi finalizzati alla tutela della concorrenza e del mercato" (R. GIOVAGNOLI, cit.).

**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**

**6.2.2. L'articolo 21-bis, l. n. 287/90, quale limite espresso
all'intervento antitrust nei casi di esercizio del potere
amministrativo**

L'aspetto dell'articolo 21-*bis* della l. n. 287/90, che qui maggiormente concerne è quello relativo alla sua incidenza, seppure implicita e indiretta, sulla tematica della rilevanza del provvedimento amministrativo nell'ambito dei procedimenti sanzionatori antitrust avviati dall'Autorità³⁵⁴. A tal riguardo, si ritiene che con la previsione di una disposizione normativa quale l'articolo 21-*bis*, il legislatore abbia chiaramente optato per non riconoscere in capo all'Autorità un potere coercitivo, ovvero di sindacato diretto, nei confronti dei provvedimenti delle altre pubbliche amministrazioni ritenuti lesivi della concorrenza.

Per questa ragione, il legislatore ha procedimentalizzato il dialogo tra l'Autorità e le altre amministrazioni pubbliche, demandando invece al giudice amministrativo il potere di statuire sulla compatibilità del provvedimento amministrativo con la concorrenza. Spetta quindi solo al giudice amministrativo effettuare, nell'ambito del processo amministrativo instaurato dall'eventuale ricorso proposto dall'Autorità, il bilanciamento tra l'interesse alla

³⁵⁴ Si tratta di un aspetto non affrontato espressamente in dottrina, la quale si è principalmente concentrata sulla qualificazione processuale dello strumento in questione. A tal riguardo, sono stati sollevati dubbi circa l'inquadramento da dare a questa previsione. Una parte della dottrina ha ritenuto che si tratti di un'ipotesi di giurisdizione di diritto oggettivo e, per tale ragione, problematica alla luce dell'articolo 103 della Costituzione (F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità della concorrenza e del mercato* (art. 21-*bis* della Legge n. 287/90), disponibile sul sito www.giustamm.it); M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'Autorità nell'art. 21-bis della Legge n. 287/1990*, disponibile sul sito www.federalismi.it). Per altra parte della dottrina, la legittimazione dell'Autorità ai sensi dell'articolo 21-*bis* l.n. 287/1990 sarebbe simile a quella normalmente riconosciuta agli enti esponenziali di interessi diffusi (v. R. GIOVAGNOLI, cit). Sul tema si ritengono risolutivo di ogni dubbio le osservazioni di M. CLARICH, op. cit., secondo cui “riconoscere una impostazione squisitamente soggettiva del processo amministrativo, non significa ritenere indispensabile sempre e necessariamente la presenza di una situazione giuridica soggettiva di tipo sostanziale correlata al processo instaurato”.

**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**

tutela della concorrenza e gli altri interessi pubblici posti a fondamento del provvedimento amministrativo che si ritiene lesivo della concorrenza.

Ne consegue che, secondo un'interpretazione logica e sistematica dei poteri attribuiti all'Autorità, quest'ultima non può avere nell'ambito dei procedimenti antitrust, un potere di sindacato sul provvedimento amministrativo che a essa è stato escluso per via dell'adozione dell'articolo 21-*bis* della l.n. 287/1990. Ciò implica che, qualora nell'ambito di un procedimento sanzionatorio, l'Autorità si dovesse trovare dinanzi 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. Ed è proprio in ciò, che si esplica la rilevanza/resistenza del provvedimento amministrativo nell'ambito dell'accertamento antitrust.

Dal punto di vista pratico, quanto qui sostenuto confermerebbe, sotto una diversa prospettiva, la correttezza delle conclusioni in cui è giunto il TAR Lazio nei casi *Coop Estense* e *Arenaways*³⁵⁵.

Nella sentenza *Coop estense* è bene inteso infatti che il sindacato dell'Autorità nei confronti dell'atto amministrativo è un sindacato di rilevanza, ossia l'Autorità ha l'obbligo di confutare in maniera rigorosa l'irrilevanza del provvedimento amministrativo, ai fini dell'applicazione del diritto antitrust al caso concreto, ma non può spingersi a sindacarne il merito, in quanto, quest'ultimo, è riservato agli "organi ordinariamente deputati a esprimere avvisi sulla

³⁵⁵ Si noti però che in entrambi i casi, l'interpretazione dell'articolo 21-*bis* qui sostenuta opererebbe solo come una conferma *ex post*, perché al momento dell'adozione dei provvedimenti amministrativi rilevanti ai fini delle istruttorie in questione, l'articolo 21-*bis* della l. n. 287/90 non era ancora entrato in vigore.

**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**

perseguibilità delle iniziative urbanistico-edilizie dei privati, altrettanto ordinariamente vengono ponderatamente seguiti dagli organi decisionali competenti a esprimersi in via definitiva sulle iniziative stesse”.

In maniera analoga, l'interpretazione qui proposta supporta altresì le conclusioni in cui è giunto il TAR Lazio nel caso *Arenaways*, laddove il giudice ha censurato l'operato dell'Autorità per avere essa sostituito la valutazione effettuata dal regolatore, e posta alla base del provvedimento amministrativo limitativo della concorrenza, con una propria valutazione alternativa. Come è stato già osservato *supra*, un simile potere è precluso all'Autorità e spetta solo al giudice amministrativo, in sede di impugnazione del provvedimento amministrativo ritenuto lesivo della concorrenza.

6.2.3. La giurisprudenza CIF e l'articolo 21-bis l. n. 287/1990: i criteri di coordinamento

Un'ultima problematica, relativa alla rilevanza del provvedimento amministrativo nell'ambito del procedimento antitrust, è quella concernente il potere di disapplicazione riconosciuto in capo all'Autorità dalla giurisprudenza *CIF*. La giurisprudenza del Consiglio di Stato è infatti pacifica nel ritenere che, se alla luce della giurisprudenza *CIF*, “l'AGCM può disapplicare addirittura provvedimenti di rango legislativo, a maggior ragione può disattendere provvedimenti amministrativi, ove essi abbiano autorizzato condotte che perseguono finalità anticoncorrenziali”³⁵⁶.

Si pone quindi un problema di coordinamento tra i casi in cui l'Autorità ha il potere di disapplicare il provvedimento amministrativo da quelli in cui quest'ultimo resisterà all'intervento dell'Autorità, secondo le modalità e per le ragioni indicate nei paragrafi precedenti.

³⁵⁶ Sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1271/2006.

**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**

I criteri a disposizione dell'Autorità (e dell'interprete) sono sostanzialmente due, il primo di tipo normativo e il secondo di tipo sostanziale.

Il primo criterio di distinzione è rappresentato dalle norme antitrust che si ritengono lese. Per ovvi motivi, l'Autorità potrà avvalersi della *giurisprudenza CIF* e del potere di disapplicare il provvedimento amministrativo, solo nei casi in cui l'istruttoria è volta ad accertare eventuali violazioni della normativa antitrust dell'Unione europea (che nella prassi applicativa dell'Autorità rappresentano la stragrande maggioranza dei procedimenti sanzionatori). Sicché l'Autorità non potrà ricorrere alla *giurisprudenza CIF* nei casi in cui ritiene che la violazione riguardi solo la normativa antitrust nazionale³⁵⁷.

Il secondo criterio è invece sostanziale e concerne l'oggetto del provvedimento amministrativo, ritenuto lesivo della concorrenza. Tenendo a mente quanto osservato nell'ambito del Capitolo I, per l'applicazione della *giurisprudenza CIF* è necessario che ci sia stato un comportamento delle imprese coinvolte che, in assenza della copertura normativa/provvedimentale, sarebbe comunque ricaduto nell'ambito di applicazione della normativa antitrust.

³⁵⁷ Si noti che uno dei commentatori della sentenza del Consiglio di Stato nel caso *Coop Estense* si è posto la questione sulla mancata applicazione della *giurisprudenza CIF* in quel caso. La conclusione in cui è giunto è che “la normativa urbanistica ammette le condotte ritenute abusive, ma non le impone né le facilita. Pertanto, al caso in oggetto, non è possibile applicare la *giurisprudenza CIF* per escludere le sanzioni” (v. M. FILICE, *Le nuove frontiere in tema di abuso di posizione dominante*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2015, p. 90). La risposta dell'Autore non convince. Ciò non solo perché il criterio dell'imposizione e/o facilitazione delle condotte anticoncorrenziali da parte della normativa nazionale non è di per sé sufficiente ai fini dell'applicazione della *giurisprudenza CIF*, ma (e soprattutto) perché nel caso *Coop Estense* l'Autorità contestava la violazione dell'articolo 3 della l.n. 287/1990 e quindi non una violazione dell'articolo 102 TFUE. Ne consegue quindi che all'Autorità fosse preclusa in radice la possibilità di ricorrere al potere di disapplicazione.

**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 che, la giurisprudenza *CIF* e il potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo saranno invocabili in tutti quei casi in cui il provvedimento costituisca la mera copertura di una precedente condotta da parte delle imprese coinvolte, ovvero nel caso in cui il provvedimento deleghi alle imprese coinvolte i poteri decisionali su uno o più parametri concorrenziali (o su altri aspetti di regolazione dei mercati).

Il provvedimento amministrativo non potrà invece essere disapplicato dall'Autorità in tutti quei casi in cui il suddetto comportamento delle imprese sia assente, ossia quando la restrizione della concorrenza è addebitabile esclusivamente al provvedimento amministrativo e, quindi, alla pubblica amministrazione³⁵⁸. In questi ultimi casi, l'unica via consentita all'AGCM per eliminare gli effetti del provvedimento amministrativo sarà quella di avviare il modulo procedimentale ex articolo 21-*bis* ed, eventualmente, impugnare il provvedimento dinnanzi al giudice amministrativo.

7. Esercizio di prerogative procedimentali e abuso di posizione dominante

Si è fin qui osservato che, contrariamente a quanto sostenuto dal Consiglio di Stato, l'esercizio del potere amministrativo, secondo le modalità decisionali contenute nel provvedimento, non può essere ritenuto *a priori* irrilevante ai fini dell'accertamento antitrust.

L'indagine svolta sarebbe però incompleta se si fermasse agli effetti del provvedimento amministrativo sull'applicazione del diritto antitrust. Si potrebbe infatti obiettare che l'applicazione dell'articolo 102 TFUE non riguarda (quantomeno direttamente) l'esercizio del potere amministrativo, bensì la condotta tenuta dall'impresa in

³⁵⁸ Si pensi, ad esempio, ai casi in cui l'amministrazione rifiuta l'autorizzazione di accesso al mercato a un nuovo entrante, oppure ai casi in cui è la pubblica amministrazione a stabilire e a imporre direttamente il prezzo di un determinato prodotto o altri parametri concorrenziali (quali, ad esempio, gli orari di apertura dei negozi; contingentamento delle quantità, ecc.).

**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**

posizione dominante nell'ambito del procedimento. L'oggetto del diritto antitrust, si potrebbe, in altri termini, osservare, sarebbe costituito dalla condotta tenuta dall'impresa in posizione dominante in un momento anteriore alla materializzazione dell'esercizio del potere amministrativo con l'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento.

L'ulteriore questione da affrontare è quindi quella della qualificazione dell'esercizio di una prerogativa procedimentale, in termini d'illecito antitrust. Essa si inserisce nella più ampia tematica dell'interazione tra l'esercizio di facoltà riconosciute da un determinato plesso normativo e l'applicazione del diritto antitrust (nella specie, dell'articolo 102 TFUE).

7.1. Esercizio di prerogative procedimentali e diritto antitrust nel caso AstraZeneca: il diritto antitrust non è subordinato alla normativa settoriale, ma è complementare a essa

Fuori dall'ambito dell'esercizio di prerogative procedimentali, la problematica qui esposta, lo si rammenterà, è stata affrontata nel caso *AstraZeneca*, con riferimento alla seconda fattispecie abusiva. In quella sede, il gruppo AstraZeneca ha sostenuto che la sua condotta non poteva considerarsi abusiva ai sensi dell'art. 102 TFUE, perché tale condotta altro non era che l'esercizio di un diritto riconosciuto dalla normativa primaria.

A questa argomentazione, sia la Commissione che i giudici UE, hanno risposto che “l'illegittimità di un comportamento abusivo alla luce dell'art. [102 TFUE] non ha alcuna relazione con la sua conformità o meno rispetto ad altre norme giuridiche”, anche perché “gli abusi di posizione dominante consistono, nella maggioranza dei casi, in comportamenti peraltro legittimi alla luce di branche del diritto diverse dal diritto della concorrenza”³⁵⁹.

³⁵⁹ v. sentenza del Tribunale, *AstraZeneca*, *supra cit.*, p. 677.

**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**

In tal modo la Commissione e i giudici UE si sono rifiutati di riconoscere una aprioristica supremazia delle previsioni normative di un determinato plesso ordinamentale nei confronti del diritto antitrust. Ne consegue quindi che anche i comportamenti che, apparentemente sono esercizio di prerogative settoriali, potranno essere, in determinate circostanze, sottoposti all'applicazione del diritto antitrust.

Questa lettura del caso AstraZeneca sembra essere confermata dalla stessa Commissione europea. Quest'ultima, nella Relazione sulle attività svolte in materia di concorrenza nell'anno 2012, scrive in maniera inequivocabile che “[t]he Court of Justice found that in a majority of cases abuses of dominant positions consist of behaviour which is otherwise lawful under branches of law other than competition law. ***This confirms that EU competition policy is complementary, and not subordinate, to other branches of EU law, including Single Market rules***” (enfasi aggiunta)³⁶⁰.

Si tratta peraltro di una conclusione ovvia e condivisibile, alla luce dei fatti di causa, che riguardavano comportamenti apparentemente conformi a prerogative riconosciute al gruppo AstraZeneca da un direttiva, ossia da una normativa di rango inferiore all'articolo 102 TFUE³⁶¹.

³⁶⁰ Contra R. POSDZUN, *Can Competition Law repair patent law and administrative procedures? AstraZeneca*, cit., 290, secondo cui “*this is a very modest claim. As the case shows, competition law reigns in a field that one would expect to be governed primarily by patent law*”.

³⁶¹ La questione della diversa gerarchia delle fonti è stata infatti rilevata anche nelle conclusioni dell'Avvocato Generale nel caso *AstraZeneca*, espressamente richiamate nella sentenza della Corte, nelle quali si legge che, riconoscere un'illimitata estensione ai diritti garantiti dalla normativa settoriale primaria significherebbe autorizzare “ciò che in effetti costituirebbe una mancata applicazione dell'articolo 102 TFUE”. Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale, causa *AstraZeneca*, cit, § 78. L'AG continua il ragionamento osservando altresì che “considerato che il fondamento giuridico della direttiva 65/65/CEE è l'articolo 100 CE (divenuto articolo 114, paragrafo 1, TFUE), le norme di tale direttiva di armonizzazione non possono ostacolare l'applicazione dell'articolo 102 TFUE”.

**7.2. Esercizio di prerogative procedurali e diritto antitrust
nella sentenza Coop Estense: dalla complementarietà alla
(pretesa) supremazia del diritto antitrust**

La tematica dell'interazione tra l'esercizio da parte di un'impresa dominante di una facoltà giuridica riconosciuta dall'ordinamento e l'applicazione dell'articolo 102 TFUE, è stata affrontata anche dal Consiglio di Stato nell'ambito del caso *Coop Estense*³⁶². A differenza del caso *AstraZeneca*, nella sentenza *Coop Estense* erano in rilievo prerogative partecipative a procedimenti amministrativi (e, in particolare, urbanistici). *Coop Estense* ha ritenuto che l'esercizio di siffatte prerogative procedurali, in quanto pienamente lecite secondo un plesso dell'ordinamento, non potevano essere invece ritenute illecite e sanzionate dal diritto antitrust.

Il Consiglio di Stato non ha seguito l'argomento della *Coop Estense*, affermando invece che non è compito del diritto antitrust “di valutare la legittimità di atti alla luce dei vari settori dell'ordinamento investiti (come, nella specie, appare essere – salvo diversa dimostrazione - riguardo a quello urbanistico-edilizio dove il corrispondente comportamento dell'impresa dagli atti presenti risulta essersi manifestato in una, di suo non antigiuridica, attività in sede di procedimento amministrativo)”. L'oggetto del diritto antitrust invece sarebbe quello “di considerare quelle condotte, pur settorialmente lecite, alla luce della loro portata anticoncorrenziale”. La conseguenza della posizione del Consiglio di Stato è quella di sancire la supremazia aprioristica del diritto antitrust, rispetto a prerogative (definite dal giudicante) settoriali. Tale risultato sarebbe poi pienamente giustificabile, alla luce de “la reciproca relatività degli ordinamenti di settore [che] fa comprendere il fenomeno per cui ciò che è lecito dal

³⁶² La questione viene trattata in maniera (invero apodittica) anche nel caso *Pfizer*, nonché in un più recente caso in materia di relazione tra il diritto antitrust e regolazione settoriale nell'ambito delle comunicazioni elettroniche (cfr. sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI., del 15 maggio 2015, n. 2479).

**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**

punto di vista dell'uno ordinamento, può al contempo non esserlo dal punto di vista dell'altro”.

7.2.1. Critica alla sentenza *Coop Estense*: il Consiglio di Stato ignora la (tendenza all') unità dell'ordinamento giuridico

La posizione assunta del Consiglio di Stato non è condivisibile per diverse ragioni.

In primo luogo, nel caso *Coop Estense* erano in gioco non delle mere facoltà riconosciute dalla normativa settoriale, bensì delle prerogative partecipative procedimentali, che trovano il proprio fondamento e protezione, sia nella Costituzione³⁶³, sia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³⁶⁴. A differenza del caso *AstraZeneca*, non vi è quindi alcuna ragione, nemmeno di gerarchia delle fonti, per concedere una primazia aprioristica all'applicazione del diritto antitrust rispetto all'esercizio di prerogative procedimentali. Ciò a maggior ragione, se si considera che il caso *Coop Estense* concerneva l'applicazione dell'articolo 3 della l. n. 287/1990 e non quella dell'articolo 102 TFUE.

³⁶³ A tal proposito è stato osservato che “il fondamento costituzionale del principio partecipativo va rinvenuto nell'art. 3, co. 2. Cost. Esso implica il coinvolgimento sostanziale di tutti i cittadini ai fini del miglioramento dell'organizzazione economica, politica e sociale del Paese, attraverso l'esercizio degli istituti fondamentali della democrazia rappresentativa e partecipativa diretta, quali, ad esempio l'esercizio dell'esercizio di voto e la facoltà di indire e votare un referendum popolare. Il principio di partecipazione trova applicazione sia nei confronti della funzione legislativa sia in relazione a quella giurisdizionale, ma nella funzione amministrativa rinviene il suo campo di elezione”. Tra le forme di partecipazione amministrativa va annoverato l'intervento del privato nel procedimento amministrativo, che rinviene il proprio fondamento costituzionale, oltre che nel ricordato art. 3 cost., nell'art. 97, co. 1, cost. e in particolare, nel principio di imparzialità dell'azione amministrativa” (A. SANDULLI, *Il Procedimento*, in Trattato di diritto amministrativo (a cura di S. CASSESE), Milano, 2003, Vol.II, p. 1077.)

³⁶⁴ Si vedano, in particolare, l'articolo 41 della Carta, che tutela il diritto ad una buona amministrazione, nonché l'articolo 44 della Carta che tutela il diritto di petizione al Parlamento UE. Peraltro la stessa della Corte di giustizia, “da lungo tempo, qualifica [il principio del contraddittorio (che altro non è che una declinazione del principio partecipativo)], come <<principio di diritto amministrativo ammesso in tutti gli Stati membri della Comunità e che risponde alle esigenze della giustizia e della sana amministrazione” (v. M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 153).

**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**

In secondo luogo, sostenere l'irrilevanza della qualificazione, dal punto di vista del diritto amministrativo, del comportamento contestato a Coop Estense, significa non risolvere la vera problematica posta dalla realtà ordinamentale: ossia, che lo stesso comportamento costituisce una facoltà giuridica secondo un plesso ordinamentale, mentre è sanzionato da altro settore dell'ordinamento. In quest'ottica, “il fenomeno per cui ciò che è lecito dal punto di vista dell'uno ordinamento, può al contempo non esserlo dal punto di vista dell'altro”, rappresenta il problema da risolvere e non la risposta.

E la soluzione non può essere il ricorso alla, non meglio spiegata, “relatività degli ordinamenti di settore”. La ragione di ciò è data dal fatto che la suddetta relatività cozza con il principio supremo dell'ordinamento giuridico, che è quella della sua unità e coerenza³⁶⁵ (o se si preferisce la sua tendenza all'unità e coerenza³⁶⁶).

Per ordinamento giuridico nel caso di specie si deve intendere quello statale, nella concezione di “gruppo organizzato ed effettivamente produttore di norme proprie”³⁶⁷. Sotto questo aspetto, la posizione assunta dal Consiglio di Stato è fallace per due motivi.

³⁶⁵ cfr. F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine)*, voce, Enc. dir., p. 704.

³⁶⁶ cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Padova, 1971, secondo cui “l'unità dell'ordinamento, in conclusione, non è un “dato” bell'e pronto, ma una conquista sempre rinnovantesi, un risultato da conseguire all'atto dell'applicazione del diritto, al quale si perviene, necessariamente, passando attraverso l'interpretazione: delle disposizioni da applicare, delle disposizioni prescriventi i modi di risoluzione delle antinomie, delle stesse disposizioni sull'interpretazione del diritto oggettivo e delle sue fonti” (p. 160).

³⁶⁷ Secondo la teoria istituzionale dell'ordinamento giuridico, “il diritto, prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante. ... Se così è, il concetto che ci sembra necessario e sufficiente per rendere in termini esatti quello di diritto, come ordinamento giuridico considerato complessivamente e unitariamente, è il concetto di istituzione. Ogni ordinamento giuridico è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione fra i due concetti è necessaria ed assoluta” (v. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 2° ed., 1946, p. 27). La costruzione istituzionalistica dell'ordinamento giuridico è stata criticata dagli

**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**

In primo luogo, il termine “*ordinamenti di settore*” è improprio perché, nel caso di specie, non di ordinamenti si deve parlare, bensì di ramo, plesso, branca di uno stesso ordinamento giuridico, appunto quello statale³⁶⁸. La teoria della “*relatività dei valori giuridici*”, alla quale sembra fare riferimento il Consiglio di Stato, è stata sviluppata come criterio correttivo al “*concetto della pluralità degli ordinamenti giuridici*”, cosa assai diversa dalla nozione di plessi normativi dello stesso ordinamento giuridico³⁶⁹.

In secondo luogo, proprio per via del principio di unità dell'ordinamento, la suddetta *relatività* dei plessi normativi non può mai significare tolleranza e arrendevolezza rispetto alle possibili contraddizioni o antinomie che la frenetica e divergente produzione normativa può sicuramente creare all'interno di un ordinamento giuridico. Sostenere il contrario significherebbe negare la stessa

appartenenti alla corrente normativa del diritto, in particolare per la mancata precisazione di cosa si intende per organizzazione/istituzione. N. BOBBIO, *Norme primarie e norme secondarie*, in Studi per una teoria generale del diritto (a cura di T. GRECO), Torino, 2012, osserva che “sospetto che il concetto di organizzazione, che pure ha una posizione chiave nella teoria istituzionale, sia rimasto indefinito perché non lo si poteva definire se non facendo ricorso alla nozione delle norme di secondo grado, di cui l'organizzazione è il risultato, Ciò che la teoria istituzionale chiama “organizzazione”, è l'effetto di una serie di attività di protezione e di creazione di norme, non più abbandonate al caso o all'evoluzione spontanea della società, ma a loro volta regolate da altre norme del sistema” (p. 169). La definizione di ordinamento giuridico riportata nel testo è quella tripartita di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. 1, 3° ed., Milano, 1993, p. 97, secondo cui “le componenti primarie dell'ordinamento sono quindi la plurisoggettività (complesso dei componenti il gruppo), l'organizzazione e la normazione; tali componenti non sono dissociabili (possono essere isolate solo a fini teorici) al punto che ciascuna determina l'altra”.

³⁶⁸ Di questa promiscuità linguistica intorno alla parola ordinamento ne dà conto anche F. MANTOVANI, *Esercizio del diritto (dir.pen.)*, voce, Enc. dir., p. 627, secondo cui “la locuzione “ordinamento giuridico” viene sovente usata per indicare un singolo ramo del diritto (ad es., ordinamento giuridico penale, civile)” (n. 5).

³⁶⁹ v. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Vol. I, 1970, Milano, p. 43, secondo cui per relatività dei valori giuridici si debba intendere la circostanza in cui “un medesimo fatto, uno stesso comportamento, possono ricadere nell'ambito di ordinamenti diversi ed essere da ciascuno di questi valutati in modi e con effetti diversi, ed anche contrastanti”.

**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**

essenza dell'ordinamento, che “come la parola esprime: [è] ordine, sistema regolatore coerente ed unitario, e non coacervo informe di norme tra loro contrastanti”³⁷⁰.

7.2.2. Critica alla sentenza *Coop Estense*: il principio di non contraddittorietà dell'ordinamento e la prevalenza dell'esercizio del diritto rispetto alla norma sanzionatoria

Si pone quindi il problema di indagare sulle diverse possibilità per risolvere la contraddizione derivante dalla doppia qualificazione dello stesso comportamento: quale esercizio del diritto e illecito antitrust.

Sono le stesse considerazioni appena svolte sull'unità e coerenza dell'ordinamento, a richiamare quale criterio guida il principio di non contraddizione dell'ordinamento, “astrattamente riconducibile ai principi generali dell'ordinamento (art. 12 disp. prel.), in forza del quale il legislatore non può entrare in contraddizione con se stesso”³⁷¹. La conseguenza diretta di questo principio, logico ancor prima che giuridico, è che qualora sia “indicato come facoltizzato un comportamento in un determinato ramo dell'ordinamento attraverso una norma attributiva di un diritto soggettivo, non è possibile che il medesimo comportamento risulti sottoposto a sanzione da una norma (incriminatrice) appartenente ad altro ramo dell'ordinamento medesimo”³⁷².

Nel diritto positivo il principio di non contraddizione dell'ordinamento trova espressione nella scriminante dell'esercizio del diritto, ex art. 51 c.p., secondo cui “l'esercizio di un diritto ... esclude

³⁷⁰ v. V. CRISAFULLI, *Lezioni*, Voll. II, cit., p. 159.

³⁷¹ A. REGINA, *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere* (voce) *Enciclopedia giuridica*, p.2., Secondo lo stesso Autore, il principio di non contraddizione significa che “affermato il principio in un determinato settore dell'ordinamento giuridico non è possibile che esso venga contraddetto in un altro settore dello stesso ordinamento”.

³⁷² *Ibid.*

**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**

la punibilità” della condotta³⁷³. In merito alla scriminante in questione, la migliore dottrina le riconosce natura costitutiva³⁷⁴, nel senso che “la ragione giustificatrice della scriminante va [altresi] ravvisata nella prevalenza dell’interesse di chi agisce esercitando un diritto rispetto agli interessi eventualmente confliggenti”³⁷⁵. Questa posizione sembra riscontrabile anche nella più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo cui “il fondamento della liceità di un fatto che in presenza della scriminante o causa di giustificazione dell’esercizio del diritto ex art. 51 c.p., non configura come reato, proprio per tale ragione, in quanto consentito dall’ordinamento, va individuato nella prevalenza dell’interesse attuabile mediante l’esercizio del diritto rispetto all’interesse tutelato dalla norma penale incriminatrice. In generale, il fatto scriminato è lecito per l’intero ordinamento giuridico e trova il proprio fondamento logico-giuridico nel principio di non contraddizione per cui lo stesso ordinamento non può consentire ed a un tempo vietare il medesimo fatto senza rinnegare se stesso”³⁷⁶.

La conseguenza delle argomentazioni fin qui svolte è quella di consentire all’interprete di trovare nell’articolo 51 c.p., una valida indicazione per cui l’ordinamento giuridico, nel caso di

³⁷³ Come sottolineato da autorevole dottrina “la ragion d’essere della non punibilità riposa sull’esigenza di rispettare il principio di non contraddizione all’interno di uno stesso ordinamento giuridico: sarebbe infatti logicamente contraddittorio che da un lato una norma concedesse un potere di agire e, dall’altro, ne sanzionasse penalmente l’esercizio” (G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2011, p. 265; cfr., T. PADOVANI (a cura di), *Codice Penale*, Milano, 2014, p. 393, ; M. RONCO - B. ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2013, 387; AA.VV., *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, voll. II, Milano, 2015, p. 471, R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2008, p. 468).

³⁷⁴ v. M. MANTOVANI, *Esercizio di un diritto*, (*dir.pen.*), voce, Il diritto, Enc. giuridica, il quale osserva come la dottrina sia divisa tra: (i) chi ritiene che l’articolo 51 c.p. abbia solo una valenza *dichiarativa* di principi ermeneutici ricavabili dal sistema e (ii) altri che, invece, le riconoscono una natura *costitutiva*, ossia di strumento per la risoluzione delle contraddizioni, specialmente nei casi di conflitti tra norme appartenenti a settori diversi dell’ordinamento (pp. 198-200).

³⁷⁵ v. G. FIANDACA ed E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 265.

³⁷⁶ v. sentenza Cassazione civile sez. III, del 19 febbraio 2014, n. 3973.

**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**

contraddittorietà tra esercizio del diritto e norma incriminatrice, tende a favore il primo, ossia l'esercizio del diritto³⁷⁷.

In quest'ottica, l'indagine si sposterebbe sull'estensione in concreto del diritto e, in particolare, sulla qualificazione del comportamento oggetto d'analisi quale esercizio del suddetto diritto.

³⁷⁷ Per mero scrupolo di completezza si noti che la dottrina penalistica sembra essere concordante nel ritenere per concetto di diritto, ai fini della scriminante, il “potere giuridico di agire”, non importa quale sia la corrispondente denominazione legislativa o dogmatica (diritto soggettivo, potestativo, potestà, facoltà giuridica)” (cfr. FIANDACA e MUSCO, p.265). Secondo, F. MANTOVANI, *Esercizio*, op.cit., “essendo troppo evidente che la legge non può punire ciò che valuta socialmente utile, autorizzando il soggetto a compierlo, è del tutto conforme alla *ratio legis*, anzi è dalla medesima imposto, il fare rientrare nell'art. 51 ogni comportamento dall'ordinamento giuridico autorizzato, qualunque sia la denominazione, legislativa o dommatica, di tale autorizzazione. Se così è, il concetto di diritto ai fini della scriminante va assunto nella sua massima estensione, costituendo una categoria in cui rientra ogni possibilità di agire che l'ordinamento giuridico riconosce al soggetto” (p. 643-644). Non rientra invece nella nozione di “diritto” ai sensi dell'articolo 51 c.p., l'interesse legittimo. Ciò non è però di ostacolo alle considerazioni fatte nel testo. Senza nemmeno volere richiamare le teorie che, contrariamente a quella che ritiene che le prerogative procedimentali costituiscano interessi legittimi, sostengano la natura di diritto soggettivo, ovvero di interesse partecipativo delle suddette prerogative (v. sulle diverse teorie, A. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 1147-1148), è opportuno notare che la ragione per la quale la dottrina penalistica esclude l'applicazione dell'articolo 51 c.p., nel caso di interessi legittimi è che essi “vanno classificati tra le cc.dd. situazioni giuridiche inattive (contrassegnate cioè dalla assenza di possibilità di fare o volere da parte del titolare) [e quindi non sono] suscettibili di esercizio” (A. REGINA, *Esercizio*, cit., p. 2; allo stesso modo secondo F. MANTOVANI, *Esercizio*, cit., non rientrano nella nozione di diritto gli interessi legittimi, [in quanto] interessi, la cui attuazione è giuridicamente riconosciuta al soggetto mediante attribuzione non di poteri sostanziali di agire ma di soli poteri strumentali, diretti ad ottenere il ripristino della precedente situazione favorevole ad opera della pubblica amministrazione, ogni comportamento del soggetto, volto a realizzare tali interessi in via autonoma, non costituendo esercizio di un potere giuridicamente riconosciuto, non può come tale essere scriminato” (p. 644). Appare in tal senso chiaro che la dottrina penalistica, quando si riferisce all'interesse legittimo, ha in mente la situazione giuridica soggettiva del privato nei confronti del bene oggetto del provvedimento, che per la sua soddisfazione ha per definizione bisogno dell'intervento/mediazione dell'esercizio del potere. La prerogativa partecipativa è invece una facoltà giuridica autorizzata “in concreto suscettibile di [autonomo] esercizio” e quindi scriminabile. Si verserebbe in fatti scriminabili, poiché commessi “nell'ambito di *poteri strumentali, trattandosi di attività giuridicamente autorizzate*” (F. MANTOVANI, *Esercizio*, cit., p. 644).

**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**

7.2.3. Osservazioni conclusive: possibilità di risoluzione del conflitto tramite il ricorso ai generali criteri ermeneutici

L'interprete non si dovrebbe però arrendere dinnanzi alla contraddittorietà dell'ordinamento, nemmeno qualora dovesse ritenere non ripercorribile l'opzione interpretativa appena indicata (perché, ad esempio, non si riconosce un valore costitutivo all'articolo 51.c.p.³⁷⁸).

In questo caso, il punto di partenza obbligato dell'indagine sarebbe quello di ricorrere ai criteri ermeneutici generali, sviluppati nell'ambito della teoria delle antinomie³⁷⁹. Si tratterà sicuramente di un percorso difficile, perché si è in presenza di quello che sembra essere un rapporto di interferenza parziale e occasionale tra due norme, ossia di contraddittorietà non tra norme, bensì tra due ipotesi applicative di norme che ne contemplano diverse e che tra di loro non hanno elementi in comune.

Risulterà quindi estremamente difficile, se non impossibile, applicare i tradizionali canoni sviluppati dalla teoria delle antinomie e, in particolare, quello della specialità (che è poi espressione del principio di giustizia nel caso concreto³⁸⁰), vista l'assenza di un rapporto specie-genere tra le due fattispecie³⁸¹.

³⁷⁸ È la tesi di F. MANTOVANI, *Esercizio*, op. cit., che comunque dimostra un'apertura verso la tesi della natura costitutiva dell'articolo 51 c.p., proprio per risolvere quei casi in cui i criteri ermeneutici generali non sono capaci di risolvere la contraddizione.

³⁷⁹ v. N. BOBBIO, *Antinomia*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1957, p. 667, secondo cui "ha luogo un'antinomia quando due norme appartenenti ad uno stesso ordinamento giuridico sono incompatibili. ... Due norme, come del resto due proposizioni, si dicono incompatibili quando: a) sono contraddittorie; b) sono contrarie. Contraddittorie si dicono due norme che sono incompatibili tra loro, e non vi può nessun'altra norma incompatibile con entrambe. Contrarie si dicono due norme che sono incompatibili tra loro, ma vi può essere una norma incompatibile con entrambe"; id., *Sui criteri per risolvere le antinomie*, in *Studi per una teoria generale de diritto*, cit., p. 79. V. anche, F. MODUGNO, *Ordinamento*, cit., p. 705 e ss, nonché F. MANTOVANI, *Esercizio*, cit., p. 629 e ss.

³⁸⁰ N. BOBBIO, osservava che "il criterio di specialità è l'applicazione del principio di giustizia secondo cui debbono essere trattate in modo eguale le persone che appartengono alla stessa categoria.... In altre parole, il passaggio dalla regola generale a quella speciale derogatoria corrisponde a una naturale differenziarsi delle categorie e a una graduale scoperta, da parte del legislatore o del giudice, di questa

**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**

L'interprete, allora, non potrà che fare ricorso al criterio residuale dell'*interpretazione correttiva*, che, secondo la teoria delle antinomie, si applica quando la contraddizione non è risolvibile tramite gli altri criteri.

In questo caso, tramite "*accorgimenti ermeneutici*" si cercherà di dimostrare che l'antinomia (*rectius*, la contraddizione) è solo apparente³⁸². Si procederà quindi, "per una elementare esigenza di conservazione, [all']<<interpretazione correttiva>>, mediante la quale si riduce parzialmente con accorgimenti ermeneutici la sfera applicativa di una delle due norme"³⁸³.

E in questa direzione, nel caso di specie, si presentano diversi indizi per risolvere l'(apparente) contraddittorietà. Significativo in tal senso è la pacifica constatazione secondo cui, la protezione dei propri interessi commerciali da parte dell'impresa dominante costituisce una giustificazione oggettiva che, in linea di principio, esclude la configurabilità della fattispecie di abuso di posizione dominante. *A fortiori*, la fattispecie abusiva non dovrebbe configurarsi nel caso in

differenziazione: rappresenta il processo di progressiva adeguazione della regola di giustizia alle articolazioni della realtà sociale, sino al limite ideale del trattamento diverso per ciascun individuo, che è la esigenza eterna dell'equità come giustizia del caso concreto, espressa nella massima *suum cuique tribuere*" (v. *Sui criteri*, cit., p. 90).

³⁸¹ Si noti che le difficoltà non si eliminerebbero nel caso in cui il conflitto si provasse a inquadrare tramite la teoria del concorso tra norme. La teoria è stata sviluppata con riguardo al diritto penale e ricorre quando lo stesso fatto è disciplinato da due norme (penali). Anche in questo caso il criterio principale per risolvere il concorso è quello della specialità, mentre nella specie non si applicherebbe il criterio della consunzione (ossia, l'applicazione della fattispecie più grave), in quanto nella specie mancherebbe l'identità di scopi. Sul concorso di norme, v. A. PAGLIARO, *Concorso di norme*, (voce) Enc. Dir., p. 545 e ss.

³⁸² L'espressione è di BOBBIO, *Antinomie*, p. 668. In altri termini "non vi è modificazione alcuna delle disposizioni (apparentemente) contrastanti, ma semplicemente una possibile diversa interpretazione di un'espressione contenuta nel testo normativo" (MODUGNO, p. 712).

³⁸³ v. F. MANTOVANI, *Esercizio*, cit., p. 631. Se anche questo criterio non dovesse essere risolutivo del conflitto, allora, la volontà del legislatore, si desumerà attraverso la tecnica del bilanciamento degli interessi, oppure si favorirà l'attività permessa, alla luce del principio alla base degli ordinamenti liberali, secondo cui ciò che non è espressamente vietato è lecito.

**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**

cui l'impresa in posizione dominante esercita un diritto, ovvero una prerogativa riconosciuta dallo stesso ordinamento.

La conseguenza sarà che, anche in questo caso come per la precedente opzione interpretativa, si dovrà analizzare 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 del diritto e se il comportamento contestato, in sostanza, sia allineato o meno alla funzione per la quale la prerogativa è stata riconosciuta.

Il richiamo alla teoria dell'abuso del diritto è fin troppo evidente. A quest'argomento sarà dedicato il terzo capitolo del presente contributo.

**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**

CAPITOLO III

**ABUSO DI PREROGATIVE PROCEDIMENTALI, ABUSO
DEL DIRITTO E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Partecipazione e diritto antitrust nell'esperienza statunitense: la giurisprudenza *Noerr-Pennington* – 2.1. Il principio: i processi decisionali pubblici sono immuni dall'applicazione del diritto antitrust – il caso *Noerr* – 2.2. Il principio: i processi decisionali pubblici sono immuni dall'applicazione del diritto antitrust – la giurisprudenza successiva al caso *Noerr* (le sentenze *Pennington* e *California Motor*) – 2.3. L'immunità dall'applicazione del diritto antitrust nell'ambito dei processi decisionali pubblici non è assoluta – 2.3.1. Le eccezioni all'immunità *Noerr-Pennington*: l'ottenimento di provvedimenti anticoncorrenziali attraverso il ricorso a “mezzi partecipativi impropri” – 2.3.2. Le eccezioni all'immunità *Noerr-Pennington*: la c.d. *sham exception* – 2.4. Osservazioni conclusive sulla *Noerr-Pennington doctrine*: l'uso distorto di prerogative partecipative fa scaturire l'applicazione del diritto antitrust – 3. L'abuso del diritto come strumento di controllo e contenimento del potere (privato) – 3.1. Dall'abuso del diritto all'abuso del (o nel) processo – 3.2. La dimensione europea della figura dell'abuso del diritto – 3.2.1. L'abuso del diritto nell'ambito della CEDU – 3.2.2. L'abuso del diritto nell'ordinamento UE – 3.2.2.1. Le origini giurisprudenziali della nozione di abuso del diritto nell'ordinamento UE – 3.2.2.2. Verso un test generale per l'accertamento dell'abuso del diritto nell'ordinamento UE – 4. L'abuso del diritto quale elemento della fattispecie di abuso di posizione dominante – 4.1. Il diritto di accesso alla giustizia e il divieto di abuso di posizione dominante – 4.1.1. Il diritto di accesso alla giustizia e il divieto di abuso di posizione dominante: il caso *ITT Promedia* – 4.1.2. Il diritto di accesso alla giustizia e il divieto di abuso di posizione dominante: osservazioni conclusive – 4.2. Abuso di prerogative procedurali, abuso del diritto e abuso di posizione dominante – 4.2.1. Abuso del diritto, abuso del procedimento e abuso di posizione dominante: il caso *AstraZeneca* letto in chiave di abuso del diritto – 4.2.1.1. Abuso del diritto, abuso del procedimento e abuso di posizione dominante: la “speciale responsabilità” dell'impresa in posizione dominante – 4.2.2. Abuso del diritto, abuso del procedimento e abuso di posizione dominante: il caso *Pfizer* – 4.2.2.1. Abuso del diritto, abuso del procedimento e abuso di posizione dominante: critica all'utilizzo distorto della figura dell'abuso del diritto da parte del Consiglio di Stato nella sentenza *Pfizer* – 5. Conclusioni: la “doppia dimensione” della relazione tra abuso del diritto e abuso di posizione dominante

1. Introduzione

La ricerca svolta nel secondo capitolo ha evidenziato le tensioni che possono sorgere a causa dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE a comportamenti attuativi di diritti/prerogative riconosciuti

**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**

dall'ordinamento. Si è infatti sostenuto in quella sede che diversi principi dell'ordinamento, non ultimo quello di non-contraddittorietà, osterebbero all'applicazione della normativa antitrust a comportamenti che costituiscono un genuino esercizio di diritti e/o prerogative riconosciute dall'ordinamento.

Il diritto antitrust dovrebbe invece trovare piena applicazione nei confronti di quella tipologia di comportamenti che, seppure formalmente conformi allo schema normativo di una determinata prerogativa, sono volti a perseguire un obiettivo diverso da, ovvero contrario a, quello per la quale la prerogativa in questione è stata riconosciuta dall'ordinamento. Come è stato già anticipato in conclusione del precedente capitolo, l'indagine sui limiti funzionali del diritto (e sull'allineamento, o meno, del comportamento contestato alla funzione per la quale la prerogativa è stata riconosciuta) richiama in maniera evidente la figura dell'abuso del diritto.

È quindi opportuno dedicare il presente capitolo all'indagine sull'utilizzo della figura dell'abuso del diritto quale criterio applicativo dell'articolo 102 TFUE nei confronti di comportamenti che rappresentano sostanzialmente un uso distorto delle prerogative riconosciute dall'ordinamento (quali, quelle processuali e procedimentali).

L'indagine sarà svolta secondo le seguenti linee di ricerca.

In primo luogo, si analizzerà l'esperienza dell'ordinamento statunitense nell'ambito della relazione tra l'esercizio di prerogative partecipative e applicazione del diritto antitrust. Lo scopo dell'analisi in questione è quello di dimostrare che anche nell'ordinamento statunitense il discrimine circa l'applicazione del diritto antitrust è rappresentato dalla *genuinità* o meno del ricorso a una determinata prerogativa partecipativa rispetto alla funzione riconosciutale dall'ordinamento.

**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**

In secondo luogo, si esamineranno le linee principali della figura dell'abuso del diritto, sia a livello nazionale, sia nell'ambito dell'ordinamento europeo. Con riferimento all'ordinamento (e, in particolare, alla giurisprudenza) UE, sarà oggetto di indagine l'emersione di un possibile *test* generale in tema di divieto di abuso del diritto UE.

In terzo luogo, e restando sempre nell'ambito dell'ordinamento UE, si analizzeranno due casi, ritenuti paradigmatici, dell'interazione tra l'abuso di prerogative processuali, ovvero procedimentali, e l'applicazione dell'articolo 102 TFUE. Si tratta, in particolare, del caso *ITT Promedia*, in tema di accesso alla giustizia da parte dell'impresa dominante e del, già esaminato, caso *AstraZeneca*, relativo all'abuso di prerogative procedimentali da parte dell'impresa in posizione dominante. Si osserverà, a tal proposito, l'analogia tra il *test* utilizzato in questi casi dalle istituzioni UE in tema di applicazione del divieto di abuso di posizione dominante e il *test* generale che emerge dalla giurisprudenza UE in materia di divieto di abuso del diritto. La peculiarità dei casi *ITT Promedia* e *AsraZeneca* è rappresentata dal fatto che la figura dell'abuso del diritto non assume un ruolo autonomo, bensì si inserisce all'interno della fattispecie di abuso di posizione dominante.

In quarto luogo, facendo tesoro degli insegnamenti provenienti dalla suddetta giurisprudenza UE, l'indagine sarà poi focalizzata sull'analisi critica della recente decisione del Consiglio di Stato nel caso *Pfizer*, che rappresenta un emblematico caso in cui la fattispecie di abuso di posizione dominante è stata letta alla luce della figura dell'abuso del diritto. Si evidenzierà, a tal riguardo, che la posizione ivi assunta dal Consiglio di Stato è: (i) erronea, in punto di fatto e di diritto, (ii) diverge in maniera evidente dalla giurisprudenza UE (in particolare, dal precedente *AstraZeneca*) e (iii) finisce per implicare

**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**

una sostanziale disapplicazione dell'articolo 102 TFUE, poiché il Consiglio di Stato ha giudicato i fatti di causa direttamente alla luce della figura dell'abuso del diritto, senza dimostrare la sua sussunzione all'interno del divieto di abuso di posizione dominante (contrariamente a quanto richiesto invece dalla giurisprudenza UE).

L'indagine si concluderà infine evidenziando la duplice "dimensione" della relazione tra la figura dell'abuso del diritto e il divieto di abuso di posizione dominante. Su un primo piano (prevalentemente teorico), la figura dell'abuso del diritto può essere utile quale strumento di lettura delle logiche sottostanti al divieto di abuso di posizione dominante. Quest'ultimo si potrebbe benissimo ritenere infatti una specificazione del divieto di abuso del diritto. Su un secondo piano, per così dire applicativo, la figura dell'abuso del diritto non rileva in maniera autonoma, ma entra a fare parte della fattispecie di divieto di abuso di posizione dominante, fungendo da criterio distintivo tra l'esercizio genuino di prerogative procedurali e il loro abuso da parte dell'impresa in posizione dominante.

2. Partecipazione e diritto antitrust nell'esperienza statunitense: la giurisprudenza *Noerr-Pennington*

Il tema dell'interazione tra diritto antitrust e partecipazione delle imprese nei processi decisionali pubblici è stato attentamente trattato sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina antitrust statunitense.

Attraverso la *Noerr-Pennington doctrine*, che prende il nome da due sentenze della prima metà degli anni '60, la Corte suprema federale ha tracciato il perimetro d'immunità dell'arena decisionale pubblica dall'interferenza del diritto antitrust.

La *ratio* della *Noerr-Pennington doctrine* è impedire che l'applicazione del diritto antitrust si ponga in conflitto: (a) con il diritto di petizione, inteso come il diritto di ogni cittadino di chiedere

**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**

al Governo la tutela dei propri interessi, nonché (b) con il principio di effettività del processo decisionale pubblico³⁸⁴.

Il punto cruciale per scongiurare il conflitto tra questi valori è individuato nella corretta definizione del campo di applicazione del diritto antitrust. La giurisprudenza e la migliore dottrina statunitense sono concordi nel ritenere, quantomeno in linea di principio, che “[the scope] of the antitrust laws is not to correct failures in political markets, but only in traditional private markets”³⁸⁵. Il diritto antitrust ha come oggetto, quindi, esclusivamente i comportamenti delle imprese riguardanti il processo economico, ossia le condotte imprenditoriali di mercato. Le condotte invece tenute, anche dalle imprese dominanti, nell’ambito del processo politico (ovvero decisionale pubblico) si collocano al di fuori dell’ambito di applicazione dello *Sherman Act*. Questi principi sono meglio compresi se contestualizzati nell’ambito dei casi in cui essi sono stati espressi e analizzati di seguito.

2.1. Il principio: i processi decisionali pubblici sono immuni dall’applicazione del diritto antitrust – il caso *Noerr*

Il *leading case* in materia è la sentenza della Corte suprema in *Eastern Railroad Presidents’ Conference v. Noerr Motor Freight, Inc* (“*Noerr*”)³⁸⁶. Il caso *Noerr* è frutto del duro confronto tra l’industria ferroviaria e quella del trasporto terrestre su gomma. Nel caso di specie, le imprese ferroviarie si erano associate tra di loro con lo scopo di intraprendere forti attività di *lobbying* contro l’espansione del

³⁸⁴ v. Federal Trade Commission, *Staff Report: Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine*, 2006, secondo cui “although the Court has not provided a consistent source for the doctrine, it appears to be rooted in a construction of the Sherman Act to avoid conflict with the constitutional right to petition the government for redress of grievances and the principle of effective government decision-making (p. 6).

³⁸⁵ v. P.E. AREEDA e H. HOVENKAMP, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust principles and Their Application*, 2002, Vol. I, (2° ed), p. 146.

³⁸⁶ v. Sentenza della Corte Suprema statunitense, *Eastern Railroad Presidents’ Conference v. Noerr Motor Freight, Inc* 365 U.S. 127 (1961).

**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**

settore dei trasporti su gomma (in particolare, trasporto merci su camion e di persone su autobus). Le imprese dell'industria ferroviaria, con l'aiuto di una società specializzata in pubbliche relazioni, lanciarono una dura campagna di *lobbying* volta a manipolare l'opinione pubblica sulla presunta pericolosità del trasporto su gomma, in modo da invocare l'adozione di misure legislative che penalizzassero questa modalità di trasporto³⁸⁷.

Una conseguenza della campagna di *lobbying* è stata la decisione del Governatore dello Stato del Pennsylvania di porre il veto contro l'adozione di una misura legislativa (il "*Fair Truck Bill*") che, innalzando i limiti di peso del carico trasportabile dai camion, avrebbe aumentato la concorrenza tra il trasporto merci su gomma e quello ferroviario. Come risposta a tale decisione, 41 imprese di trasporto su camion, attive nello Stato del Pennsylvania, hanno citato in giudizio 24 imprese ferroviarie, la loro associazione di categoria e la società di pubbliche relazioni curatrice della campagna di *lobbying*, chiedendone la condanna al risarcimento di danni punitivi (*treble damages*) per avere tentato di monopolizzare il settore del trasporto merci di lunga distanza. Le attrici lamentavano, in particolare, l'esistenza di un'intesa (*conspiration*) tra le parti resistenti, volta a ottenere l'adozione di provvedimenti legislativi sfavorevoli al trasporto terrestre su gomma, nonché a diffondere presso il pubblico e i clienti notizie denigratorie sul settore del trasporto terrestre su gomma.

³⁸⁷ Più nel dettaglio, tra i mezzi utilizzati dall'associazione delle imprese ferroviarie e dalla società di pubbliche relazioni, si possono elencare: (i) l'organizzazione di manifestazioni di protesta che potessero sembrare frutto di iniziative spontanee di gruppi di cittadini, ma che in realtà erano organizzate dalla società di consulenza, (ii) la diffusione di documenti, studi o pamphlet, non sempre veritieri e apparentemente provenienti da organizzazioni indipendenti e/o gruppi civici, ma in realtà erano stati prodotti da fonti collegate alle imprese ferroviarie (o alla società di pubbliche relazioni assunta da queste ultime); (iii) intensa attività di lobbying presso le autorità e gli organi legislativi in diversi Stati della Federazione.

**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**

La Corte suprema statunitense, riformando le decisioni delle corti inferiori, ha deciso che il diritto antitrust non avrebbe potuto trovare applicazione nel caso di specie. Secondo la Corte, nessuna violazione del diritto antitrust si potrebbe infatti prospettare nel caso di “*mere attempts to influence the passage or enforcement of laws*”³⁸⁸. Il diritto antitrust, allo stesso modo, non può ritenersi violato ogniqualvolta che “*a restraint upon trade or monopolization*” sia il frutto di una “*valid governmental action, as opposed to private action*”³⁸⁹.

La rappresentazione degli interessi da parte delle imprese nell'ambito del processo legislativo è quindi, in linea di principio, immune dall'intervento del diritto antitrust e l'eventuale restrizione della concorrenza prodotta da atti legislativi, adottati come risultato di iniziative di *lobbying* da parte delle imprese, è imputabile esclusivamente al potere pubblico e non alle condotte dei privati.

Il principio espresso dalla Corte suprema si basa su due ordini di argomenti.

In primo luogo, l'immunità dall'applicazione del diritto antitrust è necessaria per garantire l'effettivo funzionamento del processo decisionale pubblico (nella specie, di quello legislativo). Sotto questa prospettiva, i giudici statunitensi hanno osservato che “*the ability of the people to make their wishes known to their representatives*” sia proprio il cuore di un sistema di democrazia rappresentativa³⁹⁰.

³⁸⁸ *Ibid.* p. 136.

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ Di tal ché, hanno proseguito i giudici, “*to hold that the government retains the power to act in this representative capacity and yet hold, at the same time, that the people cannot freely inform the government of their wishes would impute to the Sherman Act a purpose to regulate, not business activity, but political activity, a purpose which would have no basis whatever in the legislative history of the Sherman Act*”, *ibid.*, p.137.

**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**

In secondo luogo, le condotte delle imprese ferroviarie erano “*mere solicitation of governmental action with respect to the passage and enforcement of laws*”³⁹¹, ossia si collocavano all'interno del perimetro di applicazione del diritto di petizione, protetto dal Primo Emendamento della Costituzione statunitense. Il diritto antitrust deve essere quindi interpretato in maniera tale da non interferire con il diritto, costituzionalmente garantito, di petizione al potere pubblico e di partecipazione ai processi decisionali pubblici³⁹².

Il riconoscimento dell'immunità dall'applicazione del diritto antitrust nell'ambito del processo legislativo contiene altresì due importanti implicazioni.

In primo luogo, il diritto antitrust non si applica nemmeno quando vi è evidenza che l'adozione delle misure legislative sia stata invocata da una determinata impresa con lo scopo di penalizzare i propri concorrenti, ovvero di ottenere un determinato vantaggio rispetto a essa. È quindi irrilevante, ai fini della responsabilità da illecito antitrust, l'intento con il quale viene richiesto al legislatore l'adozione di determinate misure³⁹³.

In secondo luogo, l'immunità dall'applicazione del diritto antitrust copre anche gli effetti anticoncorrenziali ancillari (ovvero, collaterali) alle attività volte a ottenere l'adozione di misure legislative

³⁹¹ *Ibid.* p.138.

³⁹² Si noti però che, secondo AREEDA e HOVENKAMP, *Antitrust Law*, op. cit., nel caso Noerr “*the Court did not actually applied the First Amendment. It merely held that, given the lack of any congressional mandate in the Sherman Act's legislative history to apply the statute to the political activity at issue, it would not construe the statute so as to warrant such an application*” (p. 150).

³⁹³ Secondo la Corte suprema, “*the right of the people to inform their representatives in government of their desires with respect to the passage or enforcement of laws cannot properly be made to depend upon their intent in doing so*” (sentenza Noerr, p. 139). Ciò anche perché “[the] construction of the Sherman Act that would disqualify people from taking a public position on matters in which they are financially interested would thus deprive the government of a valuable source of information and, at the same time, deprive the people of their right to petition in the very instances in which that right may be of the most importance to them” (*ibid.*, p. 139).

**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**

penalizzanti per la concorrenza. Si deve trattare, però, di effetti anticoncorrenziali collaterali (“*incidental effects*”, secondo la terminologia della Corte) ad attività il cui scopo principale sia quello “*to obtain legislation and nothing more*”³⁹⁴ e non invece quello di “*interfere directly with the business relationships of a competitor*”³⁹⁵.

2.2. Il principio: i processi decisionali pubblici sono immuni dall'applicazione del diritto antitrust – la giurisprudenza successiva al caso *Noerr* (le sentenze *Pennington* e *California Motor*)

Con la giurisprudenza successiva alla sentenza *Noerr*, la Corte suprema federale ha esteso i principi ivi enunciati anche ad altri ambiti decisionali pubblici. Due sono le sentenze che hanno maggiormente contribuito in tal senso.

La prima è la sentenza *United Mine Workers of America c. Pennington* (“*Pennington*”)³⁹⁶, adottata dalla Corte suprema a distanza di 4 anni dalla decisione *Noerr*. Nel caso *Pennington* la Corte suprema si è espressa sulla compatibilità con il diritto antitrust della decisione di aumentare il salario minimo nel settore dell'estrazione mineraria, adottata dal Governo statunitense recependo le istanze in tal senso pervenute da un sindacato di minatori e dalle principali imprese attive nel settore dell'estrazione mineraria, in attuazione di una contrattazione collettiva tra essi precedentemente intervenuta³⁹⁷.

³⁹⁴ v. AREEDA e HOVENKAMP, *Antitrust Law*, op. cit., p. 151.

³⁹⁵ v. sentenza della Corte suprema, *Noerr*, p. 144. La *Supreme Court*, ha infatti specificato che “*it is inevitable, whenever an attempt is made to influence legislation by a campaign of publicity, that an incidental effect of that campaign may be the infliction of some direct injury upon the interests of the party against whom the campaign is directed. And it seems equally inevitable that those conducting the campaign would be aware of, and possibly even pleased by, the prospect of such injury. To hold that the knowing infliction of such injury renders the campaign itself illegal would thus be tantamount to outlawing all such campaigns* (pp. 143-144).

³⁹⁶ Sentenza della Corte Suprema statunitense, *United Mine Workers of America c. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965).

³⁹⁷ Il caso, in particolare, originava da una contrattazione collettiva tra un sindacato di minatori e le imprese attive nel settore dell'estrazione mineraria, secondo cui il primo non si sarebbe opposto all'ulteriore meccanizzazione

**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**

La Corte suprema, decidendo sulla parte del contratto collettivo relativa alle attività di *lobbying* presso l'Esecutivo per l'ottenimento dell'aumento del salario minimo, ha ritenuto pienamente applicabili nel caso di specie i principi espressi nel caso *Noerr*. I giudici hanno in, tale ottica, affermato che “*joint efforts to influence public officials do not violate the antitrust laws even though intended to eliminate competition*”³⁹⁸. L'immunità dall'applicazione del diritto antitrust è stata quindi esplicitamente estesa anche alle attività volte a invocare l'intervento del potere Esecutivo.

L'altra sentenza importante ai fini che qui rilevano è quella adottata dalla Corte suprema nel caso la *California Motor Transport v. Trucking Unlimited* (“*California Motor*”)³⁹⁹. La ricorrente (una società attiva nel trasporto *intra*-statale su gomma) lamentava che la resistente, insieme ad altre società (tutte attive invece nell'ambito del trasporto *inter*-statale su gomma), avrebbero posto in essere attività volte a impedire l'entrata di nuovi concorrenti nel mercato del trasporto inter-statale di merci su gomma. Secondo la ricorrente, la convenuta (e le altre società operanti nel settore del trasporto inter-

dell'industria mineraria (e ai conseguenti esuberi), in cambio dell'aumento del salario minimo dei minatori. Entrambe le parti, in attuazione dell'accordo, hanno richiesto al (e ottenuto dal) Governo (in particolare, dal Segretario di Stato per il Lavoro) l'adozione di una decisione che aumentasse il salario minimo al livello concordato tra le parti sociali. L'accordo complessivo era chiaramente più favorevole per le grandi imprese di estrazione mineraria, perché esse erano le uniche ad avere la capacità finanziarie di investire nella meccanizzazione delle attività estrattive e quindi di compensare il maggiore costo derivante dall'incremento del salario minimo con i risparmi di costo ottenuti dalla meccanizzazione delle attività in questione. Per questa ragione la contrattazione collettiva non è stata rispettata da diversi operatori minerari di piccole dimensioni, tra cui la società *Phillips Brothers Coal Company* il cui presidente, Mr. Pennington, è stato citato in giudizio dal sindacato dei minatori, proprio per l'inadempimento del suddetto contratto collettivo.

³⁹⁸ v. *ibid.*, p. 670. La Corte ha ulteriormente precisato che “*such conduct is not illegal, either standing alone or as part of a broader scheme itself violative of the Sherman Act*” (*ibid.*).

³⁹⁹ v. sentenza della Corte suprema, *California Motor Transport v. Trucking Unlimited*, 404 U.S. 508 (1972).

**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**

statale su gomma) si sarebbe opposta sistematicamente nell'ambito dei procedimenti amministrativi, volti a esaminare le istanze avanzate dalla ricorrente per ottenere le autorizzazioni necessarie all'accesso al segmento del trasporto *inter*-statale.

Nel caso di specie, la Corte ha colto l'occasione per enunciare il principio secondo cui l'immunità dal diritto antitrust trova applicazione, sia con riferimento ai procedimenti dinanzi alle “*administrative agencies (which are both creatures of the legislature, and arms of the executive)*”⁴⁰⁰, sia con riferimento a quelli dinanzi agli organi giudiziari (definiti “*the third branch of Government*”) ⁴⁰¹. Secondo la Corte, sarebbe “*destructive of rights of association and of petition to hold that group with common interests may not, without violating the antitrust laws, use the channels and procedures of state and federal agencies and courts to advocate their causes and points of view respecting resolution of their business and economic interests vis-a-vis their competitors*”⁴⁰².

2.3. L'immunità dall'applicazione del diritto antitrust nell'ambito dei processi decisionali pubblici non è assoluta

Se è vero che nella sentenza *California Motors* la Corte suprema ha esteso l'applicazione dell'immunità *Noerr-Pennington* anche ai procedimenti amministrativi/giudiziari, è altresì vero che nella medesima decisione i giudici federali hanno individuato i confini della *Noerr-Pennington doctrine*, definendo le eccezioni alla sua applicazione. In *California Motors*, la Corte suprema ha infatti negato che la dottrina *Noerr-Pennignton* potesse applicarsi ai fatti di causa.

L'immunità *Noerr-Pennington* non è quindi assoluta.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 510.

⁴⁰¹ La Corte suprema ha altresì affermato che “*the right of access to the courts is indeed but one aspect of the right of petition*”.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 511.

**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**

Una prima indicazione in tal senso si trova invero già nella sentenza *Noerr*, in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti ha affermato, seppure in un *obiter*, che “[t]here may be situations in which a *publicity campaign, ostensibly directed toward influencing governmental action, is a mere sham to cover what is actually nothing more than an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor and the application of the Sherman Act would be justified*”⁴⁰³.

Si dovrebbe quindi distinguere, secondo la Corte, tra attività che rappresentano dei tentativi “*genuini*” di influenzare le istituzioni pubbliche e quelle che invece costituiscono un mero pretesto per ostacolare (e/o interferire con) l’attività del concorrente⁴⁰⁴. Le prime sono immuni dall’applicazione del diritto antitrust, mentre le seconde non lo sono.

È stato il compito delle sentenze successive al caso *Noerr* e, in particolare, della sentenza *California Motors*, di elaborare in maniera più chiara le eccezioni all’immunità della *Noerr-Pennigton doctrine* che, ai fini di una loro sistematizzazione, si possono suddividere nelle seguenti due categorie.

2.3.1. Le eccezioni all’immunità *Noerr-Pennigton*: l’ottenimento di provvedimenti anticoncorrenziali attraverso il ricorso a “mezzi partecipativi impropri”

Nella prima categoria di eccezioni si possono elencare tutti i casi in cui si richiede al potere pubblico l’adozione di una decisione limitativa della concorrenza, utilizzando mezzi impropri, scorretti,

⁴⁰³ Sentenza della Corte Suprema statunitense, *Noerr*, cit., p. 144.

⁴⁰⁴ In *Noerr* la Corte ha ritenuto che “*No one denies that the railroads were making a genuine effort to influence legislation and law enforcement practices. Indeed, if the version of the facts set forth in the truckers' complaint is fully credited, as it was by the courts below, that effort was not only genuine, but also highly successful. Under these circumstances, we conclude that no attempt to interfere with business relationships in a manner proscribed by the Sherman Act is involved in this case*” (*ibid*).

**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**

ovvero in qualche maniera (anche eticamente) censurabili. Un esempio emblematico è quello in cui al decisore pubblico sono fornite informazioni false, oppure gli vengono taciute circostanze rilevanti ai fini dell'adozione del provvedimento favorevole al richiedente.

In questi casi si ritiene che l'immunità prevista dalla *Noerr-Pennington doctrine* non debba applicarsi perché, sebbene l'eventuale effetto anticoncorrenziale sarà prodotto esclusivamente dalla decisione finale del decisore pubblico, la volontà di quest'ultimo potrebbe essere stata manipolata attraverso i mezzi impropri utilizzati dall'impresa dominante.

Sul piano teorico, per concludere sull'inapplicabilità dell'immunità prevista dalla *Noerr-Pennington doctrine*, si deve dimostrare sia la natura impropria del comportamento dell'impresa (o dei mezzi utilizzati da quest'ultima nell'ambito del processo decisionale), sia che il ricorso ai suddetti mezzi impropri costituisca un tentativo "non genuino" di influenzare l'autorità pubblica (ovvero, che non si tratti di un semplice errore).

Sul piano pratico, non è certamente compito facile dimostrare la sussistenza dei due elementi.

La giurisprudenza suole distinguere, a tal proposito, i comportamenti tenuti nell'ambito politico/legislativo da quelli posti in essere nell'ambito di procedimenti *adjudicatory* o *quasi-adjudicatory*⁴⁰⁵. È, di norma, estremamente difficile dimostrare che un determinato comportamento tenuto nell'ambito del processo di confronto politico-legislativo sia da ritenersi improprio, ai fini dell'applicazione del

⁴⁰⁵ Questa distinzione emerge in maniera chiara nella sentenza *California Motors*, in cui la Corte Suprema ha evidenziato che "[m]isrepresentations, condoned in the political arena, are not immunized when used in the adjudicatory process" (p. 513).

**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**

diritto antitrust⁴⁰⁶. L'immunità *Noerr-Pennington* troverà quindi la sua massima estensione nell'arena politico-legislativa.

All'interno dei procedimenti amministrativi si distingue invece tra procedimenti vincolati (*ministerial proceedings*) e procedimenti discrezionali. Per quanto riguarda i primi, si ritiene che i comportamenti ingannevoli, impropri o scorretti difficilmente saranno coperti dall'immunità *Noerr-Pennington*⁴⁰⁷. Analoghe valutazioni sembrano valere anche con riferimento ai procedimenti giudiziari.

È invece più complessa l'analisi da svolgere con riguardo a comportamenti posti in essere nell'ambito dei procedimenti discrezionali. La giurisprudenza statunitense sembrerebbe richiedere la dimostrazione di due condizioni, affinché si escluda l'applicazione dell'immunità *Noerr-Pennington* a comportamenti messi in atto nell'ambito di procedimenti discrezionali.

In primo luogo, il comportamento scorretto, fuorviante e/o improprio non deve essere frutto di un mero errore, ma deve trattarsi di una condotta procedimentale deliberata e consapevole da parte dell'impresa⁴⁰⁸. In secondo luogo, la condotta dell'impresa deve avere un impatto diretto sull'esito e sul contenuto della decisione adottata dall'amministrazione pubblica⁴⁰⁹. In ogni caso, viene posto un limite

⁴⁰⁶ Secondo AREEDA e HOVENKAMP, *The Antitrust Principles*, op. cit., “[t]he minimum teaching of Noerr is that unethical political conduct in the legislative context is irrelevant for antitrust purposes, and that result is reinforced by the recognition that the government learns about reality and appropriate policy responses through a complex battle of contending political forces that speak truths and partial truths and exert diverse pressures upon various persons and institutions. Society recognizes that politics is often a rough and tumble affair” (p. 167).

⁴⁰⁷ cfr. Federal Trade Commission, *Staff Report*, cit., p.18

⁴⁰⁸ v. *ibid.*, p. 27, secondo cui il comportamento deve essere “*deliberate (something more than mere error is necessary)*” e “*subject to factual verification*”. Per quanto riguarda i casi in cui vengono fornite informazioni false alle amministrazioni, AREEDA e HOVENKAMP, *The Antitrust Principles*, cit., osservano che si deve trattare di “*known falsity*” (p. 174).

⁴⁰⁹ Secondo il Federal Trade Commission, *ibid.*, “[t]he courts have made this last factor an essential element in the inquiry, with some requiring that the misrepresentation “*deprive the litigation of its legitimacy,*” others asking whether

**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**

chiaro all'intervento del diritto antitrust, ossia che la sua applicazione non può e non deve trasformarsi in un ri-esercizio del potere assegnato all'amministrazione che ha adottato la decisione anticoncorrenziale⁴¹⁰.

2.3.2. Le eccezioni all'immunità *Noerr-Pennington*: la c.d. *sham exception*

Nella seconda categoria di eccezioni all'applicazione dell'immunità *Noerr-Pennington* rientrano i casi in cui la partecipazione a procedimenti decisionali pubblici rappresenta un atto prettamente emulativo od ostruzionistico. Si tratta quindi di fattispecie in cui l'impresa in posizione dominante partecipa a un determinato processo decisionale essenzialmente per arrecare un danno ai propri concorrenti, tipicamente tramite l'aumento dei loro costi (per resistere all'azione/ostruzione dell'impresa dominante). Si è quindi in presenza di quella eccezione che comunemente la giurisprudenza e la dottrina chiamano la "*sham exception*". Rientrano nella nozione di "*sham exception*" (o eccezione di atti emulativi) i casi in cui l'impresa ricorre

the misrepresentation "infect[s] 'the very core' of the case," and still others asking "whether the government action would have resulted 'but for' the misrepresentation or omission." (pp. 27-28).

⁴¹⁰ Su questo punto il Federal Trade Commission, *ibid.*, precisa che "[a]pplication of the exception also must protect governmental decision-making. It should be clear that antitrust enforcement in these circumstances is not challenging government action itself, but rather attacking a private misrepresentation that "effectively supplanted government action." Similarly, application of the misrepresentation exception must not interfere unnecessarily with the governmental decision-making process. For example, there should not be any reassessment of the governmental entity's determination of public welfare or after-the-fact regulation of the outcome of that entity's political processes" (p. 28). Si noti che bisognerebbe distinguere dalla *Noerr-Pennington doctrine*, i casi concernenti l'adozione di diritti di proprietà intellettuale tramite l'utilizzo di informazioni ingannevoli. Queste ultime ipotesi sono infatti regolate da uno specifico filone giurisprudenziale, secondo cui viola il diritto antitrust l'impresa in posizione dominante che aziona diritti di proprietà intellettuale che sa di avere ottenuto in maniera ingannevole (v. *Walker Process Equipment c. Food Machinery & Chemical* 382 US 172 (1965); per un'analisi sull'interazione tra *Noerr-Pennington* e *Walker process*, v. V. GUIMARAES de LIMA E SILVA, *Sham Litigation in the Pharmaceutical Sector*, *European Competition Journal*, 2011, pp. 471-472. Per una comparazione della c.d. *Walker Process Doctrine* con il caso *AstraZeneca*, si veda anche S. GALLASCH, *Astrazeneca v the Walker Process – A Real EU-US Divergence or Just an Attempt to Compare Apples to Oranges*, *European Competition Journal*, 2011, pp. 505-526.

**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**

all'autorità pubblica o partecipa a procedimenti decisori pubblici senza avere alcun interesse all'esito finale del processo decisionale, avendo invece come obiettivo essenziale quello di arrecare un danno al concorrente aumentando i costi di quest'ultimo⁴¹¹.

Dal punto di vista concettuale la “*sham exception*” è diversa dall'eccezione di utilizzo di mezzi impropri, di cui alla prima categoria di eccezioni sopra esaminata. Nel caso della “*sham exception*”, l'impresa è disinteressata al provvedimento finale e partecipa al processo decisionale essenzialmente per ostacolare l'azione del concorrente. La già esaminata eccezione di utilizzo di mezzi impropri si riferisce invece a tutte quelle situazioni in cui l'impresa partecipa a un determinato processo decisionale proprio per ottenere un certo tipo di provvedimento (anticoncorrenziale), ma lo fa utilizzando mezzi impropri o, in qualche maniera, rimproverabili (dal punto di vista giuridico e/o etico). Nel primo caso, la restrizione anticoncorrenziale deriva quindi esclusivamente dalla partecipazione dell'impresa dominante al processo decisionale. Nel secondo caso, la restrizione della concorrenza deriva dal provvedimento dell'autorità pubblica⁴¹².

Per quanto riguarda l'applicazione della *sham exception*, in analogia a quanto osservato per le eccezioni relative all'utilizzo di mezzi impropri (supra, § 2.3.1), si ritiene che la natura stessa del

⁴¹¹ La definizione è quella di AREEDA e HOVENKAMP, *The Antitrust Principles*, op.cit., secondo cui “[s]trictly speaking, the term “*sham*” refers to a petition to the government that is improper in that it is intended not to obtain the requested relief from the government entity but only to exclude a rival, raise rival's costs and constrain its output, or cause similar competitive harm” (p. 215).

⁴¹² Secondo AREEDA e HOVENKAMP, *The Antitrust Principles*, op.cit., “[a]s Noerr defined the term, “*sham*” refers to a petition to the government intended to injure a rival not by the government grant of the petition itself but because the rival's counter-campaign or defense is costly and may deter or delay its entry or expansion into the market in question; or the process may serve to turn away customers and thus ruin the rival's business. Significantly, then, “*sham*” arises only when the injury is “private” – in the sense that it is caused entirely by the activities of another private person or firm, not by any actual government response” (p. 198).

**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**

processo politico-legislativo rende estremamente ardua la dimostrazione in concreto dell'eccezione in questione.

Nell'ambito dei procedimenti amministrativi si porrà invece particolare attenzione alle modalità con le quali la partecipazione viene effettuata, ovvero alla natura (manifestamente infondata) del provvedimento che si richiede. Nel primo caso, un indizio a favore dell'applicazione della *sham exception* potrebbe essere rappresentato dalla dimostrazione della consapevolezza dell'impresa dominante di intervenire nel procedimento esclusivamente per ostacolare il concorrente⁴¹³. Nel secondo caso, si dovrebbe esaminare la natura del provvedimento richiesto, concludendo per l'applicabilità dell'eccezione nei casi in cui l'istanza dell'impresa dominante miri all'adozione di provvedimenti oggettivamente e manifestamente infondati, nulli ovvero di competenza di un'altra autorità. La Corte suprema ha a tal riguardo sostenuto nella causa *California Motors*, che la *sham exception* troverebbe applicazione in tutti quei casi in cui si riuscisse a dimostrare che le istanze partecipatorie dell'impresa dominante siano oggettivamente “*baseless*” e che quindi “*the administrative and judicial processes have been abused*”⁴¹⁴.

⁴¹³ Il classico esempio, riportato anche da AREEDA e HOVENKAMP, *The Antitrust Principles*, op. cit., è rappresentato dal “*a regulated firm's request to a regulatory agency for a tariff excluding or injuring rivals when the firm has no expectation that the requested tariff will actually be approved, but the rivals will face significant costs in opposing it*” (ibid).

⁴¹⁴ La Corte suprema ha, in particolare, ritenuto, in *California Motors*, cit., che “[o]pponents before agencies or courts often think poorly of the other's tactics, motions, or defenses and may readily call them *baseless*. One claim, which a court or agency may think *baseless*, may go unnoticed; but a pattern of *baseless*, repetitive claims may emerge which leads the factfinder to conclude that the administrative and judicial processes have been abused. That may be a difficult line to discern and draw. But once it is drawn, the case is established that abuse of those processes produced an illegal result, effectively barring respondents from access to the agencies and courts. Insofar as the administrative or judicial processes are involved, actions of that kind cannot acquire immunity by seeking refuge under the umbrella of “political expression.” (p. 514).

**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**

**2.4. Osservazioni conclusive sulla *Noerr-Pennington doctrine*:
l'uso distorto di prerogative partecipative fa scaturire
l'applicazione del diritto antitrust**

Le brevi osservazioni svolte con riferimento all'esperienza statunitense supportano ulteriormente le conclusioni del secondo capitolo del presente contributo: il diritto antitrust non può sanzionare il mero esercizio da parte dell'impresa dominante dei propri diritti. L'applicazione del diritto antitrust allo stesso modo non può trasformarsi in un ri-esercizio di un potere assegnato alla competenza di un'altra amministrazione pubblica.

È proprio per queste ragioni che nell'esperienza statunitense emerge in maniera più netta che l'ambito di applicazione del diritto antitrust è estraneo all'esercizio di diritti (prerogative) partecipativi ai processi decisionali pubblici. Il diritto antitrust si applica invece ogniqualvolta si abbia un utilizzo distorto del diritto partecipativo. Emerge quindi anche nell'esperienza statunitense il sostanziale riferimento all'idea di abuso del diritto (sotto forma di *abuse of process*), quale criterio di applicazione del diritto antitrust con riferimento a comportamenti apparentemente (e formalmente) conformi agli schemi attuativi delle prerogative riconosciute dall'ordinamento.

Si deve precisare però che nell'esperienza antitrust statunitense non si trova un riferimento dogmatico-esplicito alla nozione di abuso del diritto, che invece è conosciuta alle tradizioni giuridiche di *civil law*. La giurisprudenza, chiamata a pronunciarsi sull'applicazione del diritto antitrust al caso concreto, ricorre a quelli che potrebbero ritenersi indici sintomatici, ovvero singole fattispecie, di abuso del diritto. Nozioni quali "genuinità" nell'esercizio dei diritti, atti emulativi e/o ricorso a mezzi partecipativi impropri, delineano quindi

**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 confine tra l'esercizio di una prerogativa riconosciuta dall'ordinamento e il suo abuso⁴¹⁵.

La sostanza del problema però non cambia anche nell'ordinamento statunitense: quello che si deve provare, ai fini dell'applicazione del diritto antitrust nei confronti di un comportamento che apparentemente costituisce l'esercizio di una prerogativa, è essenzialmente la sua deviazione dallo scopo, ovvero dalla funzione, assegnato dall'ordinamento alla suddetta prerogativa.

Come si vedrà nel seguente paragrafo, questa è anche la *ratio* di fondo della figura dell'abuso di diritto, elaborata nell'ordinamento nazionale ed europeo.

3. L'abuso del diritto come strumento di controllo e contenimento del potere privato

Prima di tentare di fornire alcuni possibili criteri risolutivi del conflitto tra applicazione del diritto antitrust ed esercizio di prerogative (ivi incluse quelle costituzionalmente garantite), si ritiene opportuno procedere a una breve indagine sulla figura dell'abuso del diritto⁴¹⁶.

⁴¹⁵ A tal proposito, è stato infatti affermato che “*the various legal systems adopt different approaches to abuse of procedural rights: while common law countries use “rich and complex typologies of specific instances of APR (abuse of process) and of sanctions, civil law systems use different approaches, among them vague rules stating abuse, or else specific rules without calling them abuse. Sham litigation can easily be considered part of the mentioned specific typology under US common law system; among the procedural rights listed as abusive in a report, frivolous claims and also repetitive claims, which characterise sham litigation, were mentioned”*”, *Recognition of a link between sham and abuse of process, although not always clearly assessed, has also been provided by US Courts. In PRE, the Supreme Court clarified the origins of the concept of sham litigation by establishing “sham” as the opposite of “genuine”, as defined by the Federal Rule of Civil Procedure 56, in order to justify the objective prong of the test. In its turn, in the US case CR Bard Inc, the Federal circuit stressed that to “invoke sham exception the claimant must show “some abuse of process”, as well as “clear and convincing evidence of bad faith”* (cfr. V. GUIMARAES de LIMA E SILVA, *Sham Litigation*, ci.t, pp., 494-495). Per un approccio comparatistico alle fattispecie di abuso di prerogative procedurali/processuali, si veda anche M. TARUFFO (a cura di), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, l'Aia, 1999.

⁴¹⁶ La bibliografia sull'abuso del diritto è sconfinata. Per una cognizione della trattazione dottrina e giurisprudenziale della materia, oltre ai “classici” citati

**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**

Concettualmente non ci sono difficoltà nell'accettare la formula "abuso del diritto" nella suo significato corrente, ossia quale "deviazione dalle sostanziali finalità assegnate alla prerogativa in virtù del riconoscimento normativo"⁴¹⁷. In tale ottica, l'abuso del diritto non

nell'ambito del presente contributo, si rinvia alla esaustiva rassegna contenuta nella recente opera di G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015, pp. 61-202. Per una sintesi del contributo appena citato, v. G. TROPEA, *Abuso del processo nella forma del venire contra factum proprium in tema di giurisdizione. Note critiche*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 2/2015, p. 685 e ss.

Per la comprensione della figura dell'abuso del diritto (specie, come problema storico), resta fondamentale l'opera di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998. Secondo l'illustre Autore, l'"idea stessa dell'"abuso di diritto" nasce ... nell'ambito dell'ordinamento liberale della società [del XIX secolo]" (p. 28). Alla base della teoria dell'abuso del diritto vi è il tentativo di affiancare all'eguaglianza formale, propria dell'ordinamento liberale, l'eguaglianza sostanziale. Non a caso uno dei campi in cui si sarebbe sviluppata la teoria dell'abuso del diritto, o delle prerogative ordinamentali, è quella delle relazioni commerciali/industriali. Con riferimento a questi ultimi ambiti, gli schemi di diritto della società liberale stabilivano e garantivano la libertà e l'eguaglianza formale contrattuale, senza però riuscire a proporre schemi atti a contrastare efficacemente i disequilibri derivanti dall'esercizio del potere economico (di fatto) (v. in particolare, pp. 29-31). Per quanto riguarda invece le ideologie sottostanti alla storia e alla costruzione della teoria dell'abuso del diritto, secondo l'Autore esse sono sostanzialmente due: quella cattolica e quella socialista. Alla base delle due ideologie vi è un dato comune, ossia quello dell'accettazione di una sorta di *superlegalità* come concetto direttivo al quale funzionalizzare l'esercizio della prerogativa privata. Sono diversi, ovviamente, i valori che connotano la superlegalità. Nel caso dell'ideologia cattolica, tali valori si identificano nella morale. Per l'ideologia socialista invece rileva la necessità del consenso sociale nell'esercizio della prerogativa individuale.

Sul diverso piano delle fonti, è altresì interessante la costruzione di A. GAMBARO, voce *Abuso del diritto* (diritto comparato e straniero), in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma, 1988, che sembra collegare l'esistenza della teoria dell'abuso agli errori nella programmazione normativa, e più in particolare nella mancata adeguata ponderazione degli effetti (negativi) sul benessere generale dell'attribuzione di posizioni di vantaggio abbastanza estese a determinate categorie. In maniera simile si esprime anche R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *AA. VV.*, *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Dir. Civ.*, Torino, 2001, secondo cui "la ragione per invocare la repressione dell'abuso risiede normalmente in una lacuna di regole puntuali" (p. 319).

⁴¹⁷ v. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (Una significativa rimediazione delle sezioni unite)*, in *Corriere giuridico*, 2008, p. 745. Cfr., altresì, Salv. ROMANO, voce *Abuso del diritto*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1958, per il quale assume rilevanza, ai fini dell'operatività del concetto di abuso del diritto, il criterio della "funzione, considerata nel necessario rapporto di corrispondenza tra il potere di autonomia conferito al soggetto e l'atto di esercizio di questo potere". Secondo Salv. Romano, "questo legame è obbiettivo: è più visibile nella autonomia cosiddetta funzionale i cui poteri richiedono di essere positivamente esercitati in funzione della cura di interessi determinati; la figura, normale nell'autonomia

**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**

colpisce comportamenti che sarebbero contrari ad altri precisi divieti ordinamentali (anche non di diritto positivo): al contrario, in questi casi è pacifico che la figura non avrebbe ragione di esistere⁴¹⁸. Allo stesso modo, si sostiene che l'abuso del diritto sia cosa diversa dall'eccesso del diritto: quest'ultima "figura di illecito ... che non dovrebbe suscitare particolari problemi"⁴¹⁹, in quanto agevolmente collocabile nella tradizionale categoria della responsabilità civile⁴²⁰. È stato infatti rilevato che ciò che distinguerebbe l'abuso del diritto da qualsiasi altra ipotesi di sconfinamento (del o) dal diritto è

pubblica, sussiste ed è diffusa anche in quella privata oltre il campo, correntemente ammesso, dei poteri familiari. Il non esercizio o l'esercizio secondo criteri diversi da quelli imposti dalla natura della funzione può considerarsi abuso in ordine a quel potere. Ma una funzionalità deve rinvenirsi anche nell'autonomia privata nei suoi normali aspetti di autonomia libera che è comunque collegata alla cura di interessi. Solo che questa funzionalità deve principalmente, essere percepita nel collegamento dell'atto coi limiti dello stesso potere che con quell'atto di esercita". Sicché, secondo l'illustre Autore, il concetto di *abuso del diritto* "è suscettivo di assumere un significato in tutti quei casi in cui ... si verifica un'alterazione nella funzione obbiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia che lo configura in relazione alle condizioni cui è subordinato l'esercizio del potere stesso". Siffatta alterazione della funzione obbiettiva dell'atto si verificherebbe: "a) sotto forma di alterazione del fattore causale che si ripercuote in un'alterazione nella struttura dell'atto stesso; b) sotto forma di una condotta di rapporti giuridici contraria alla buona fede o comunque lesiva della buona fede altrui".

⁴¹⁸ v. R. SACCO, *op.cit.*, secondo cui "la coerenza... suggerisce di non parlare di abuso di un diritto per indicare un comportamento che sia vietato ad un altro titolo". Ciò in quanto, "nella dottrina, e anche nei testi legislativi orientati all'accoglimento della dottrina dell'abuso del diritto, l'"abuso del diritto" implica sempre un collegamento con l'esercizio del diritto in questione. Il tale comportamento rientra astrattamente nell'esercizio di tale diritto, ma tuttavia ha caratteri e connotati che lo rendono abusivo" (p. 320). Allo stesso modo, M. STIPO, *Divagazioni sul tema del c.d. abuso del diritto, con particolare riferimento alla potestà delle Pubbliche Amministrazioni*, in www.giustamm.it, secondo cui, se il limite all'esercizio del diritto "è fissato in modo esplicito dalle norme di diritto positivo, la questione dell'abuso del diritto] non si pone neppure perché si versa in un'attività pacificamente illegale ed il danno che sia eventualmente cagionato è *injura datum*".

⁴¹⁹ v. P. RESCIGNO, *L'abuso*, cit., p. 68.

⁴²⁰ Già secondo Salv. Romano, *Abuso*, cit., "un concetto di abuso del diritto che, in ogni caso, andrebbe meglio precisato in ordine alle varie figure soggettive del potere, diritto, interesse non ha senso in tutte queste ipotesi di esorbitanza da precisi limiti di esercizio che escludono *in casu* l'esistenza di quel potere, di quel diritto o dell'interesse".

**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**

“l'apparente conformità del comportamento del soggetto al contenuto del suo diritto”⁴²¹.

L'abuso del diritto, o meglio il divieto di abusare di una prerogativa, viene invece in rilievo in tutte quelle situazioni in cui l'esercizio della prerogativa, seppure formalmente conforme allo schema ordinamentale, è attivato dal suo titolare per uno scopo/funzione diverso da quello che l'ordinamento assegna a siffatta prerogativa. In altri termini, e per dirla con la Corte di Cassazione, l'abuso del diritto “lungi dal presupporre una violazione in senso formale del diritto, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore”⁴²². Deviazione che, a

⁴²¹ v. U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958, p. 37. Proseguendo il ragionamento riportato nel testo, U. NATOLI sostiene che “abusare del diritto dovrebbe significare coprire dell'apparenza del diritto un atto che si avrebbe il dovere di non compiere”. Tale affermazione ci sembra prestarsi alla seguente critica: in questa concezione il compimento dell'atto che si avrebbe il dovere di non compiere costituirebbe più semplicemente violazione di quest'ultimo dovere. Sicché, l'unico ruolo che si potrebbe assegnare all'abuso del diritto sarebbe quello di argomento interpretativo volto all'individuazione (o alla creazione?) del suddetto dovere. Per un esame della figura dell'abuso del diritto come argomento, si rinvia ad A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, n. p.10297, che compara l'abuso del diritto con la tecnica interpretativa dell'analogia, rilevando che, a differenza di quest'ultima, con l'abuso del diritto “invocando l'identità di ratio, si applica una disposizione ad un caso (formalmente e strutturalmente, ma non teleologicamente) diverso, che è regolato. Regolato da una diversa disposizione, che con l'argomento dell'abuso viene disapplicata grazie all'assunto che la funzione del caso considerato, prevalente sulla struttura, è espressa da un'altra norma, “elusa”, che assoggetta l'atto ad un diverso effetto giuridico”.

⁴²² cfr. Cass. Civ. Sez. III, n. 20106/2009. La celebre sentenza in tema di recesso *ad nutum* ha suscitato molteplici reazioni, per di più critiche, da parte della dottrina. Senza pretesa di completezza si citano M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, p. 147; R. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Della serie “a volte ritornano: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro italiano*, 2010, I, 95; A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, p. 354; E. BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011, p. 295; L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2010, p. 834; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del*

**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**

seconda delle diverse concezioni dottrinarie, si ritiene sanzionabile con la mancata concessione della tutela⁴²³ oppure secondo le regole dell'illecito civile⁴²⁴.

È giunto quindi il momento di evidenziare che il problema della teoria dell'abuso del diritto non è un problema concettuale, bensì, come è stato rilevato, il problema è (per di più) di tipo positivo e “consiste nell'individuazione di un autonomo principio giuridico che sia, in primo luogo, desumibile in via di generalizzazione [da] fattispecie normative di diritto positivo; e, in secondo luogo, tale da aggiungere un *quid pluris* di valenza precettiva, rispetto al contenuto normativo di ciascuna di essa”⁴²⁵. Su questo punto la dottrina si è fortemente divisa tra chi ha dubitato della presenza della figura

contratto?), in Nuova giurisprudenza civile commentata, 2010, p. 139; R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in Contratti, 2010, p. 524; A. MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, in Danno e responsabilità, 2010, p. 347; F. SALERNO, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere “per principi”*, in Giurisprudenza italiana, 2010, p. 4; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in Contratti, 2010, p. 5; M. CENINI - A. GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in Corriere giuridico, 2011, p. 109; P. MONTELEONE, *Clausola di recesso ad nutum dal contratto e abuso del diritto*, in Giurisprudenza italiana, 2010, p. 3; F. SCAGLIONE, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica*, in Giurisprudenza italiana, 2010, p. 809; C. A. NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in Giustizia civile, 2010, p. 2547. Per la chiarissima esposizione e per la brillante confutazione delle critiche alla sentenza in questione, merita una menzione a parte merita il commento adesivo di F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in Contratto e impresa, 2011, p. 311.

⁴²³ v. ad esempio, Salv. ROMANO, *op. cit.*, secondo cui “circa le conseguenze dell'“abuso di diritto sembra possa stabilirsi una regola generale nel senso di un rifiuto di tutela da parte dell'ordinamento ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle ... esigenze della attività di servizio”.

⁴²⁴ Ad esempio, secondo C. SALVI, voce *Abuso del diritto* (diritto civile), Enciclopedia giuridica, Treccani, Roma, 1988, “concettualmente, la figura dell'abuso del diritto concerne ipotesi nelle quali un comportamento, che formalmente integri gli estremi dell'esercizio del diritto soggettivo, debba ritenersi però – sulla base di criteri non formali di valutazione – privo di tutela giuridica, o illecito”. Allo stesso modo, A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., la sanzione nei casi di abuso del diritto “può essere affittiva: un risarcimento per i pregiudizi arrecati usando il potere o invalidante: l'irrelevanza giuridica della forma adottata per l'atto” (p.1).

⁴²⁵ v. C.SALVI, *op.cit.*, p. 2.

**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**

nell'ordinamento oppure della sua utilità⁴²⁶ e chi invece ammette la sussistenza di un principio generale di divieto dell'abuso del diritto⁴²⁷.

E chi ammette l'esistenza di tale principio nell'ordinamento si sforza di identificare le fattispecie di diritto positivo dalle quali esso possa desumersi. In quest'ottica “vengono chiamati in causa il divieto degli atti emulativi; il trattamento del motivo illecito che induce a contrarre; il principio della correttezza; la repressione delle clausole vessatorie; la norma sulla minaccia di far valere un proprio diritto; la regola della buona fede oggettiva”⁴²⁸. Ed è proprio nella inscindibile connessione con la buona fede oggettiva che, la Corte di Cassazione e la giurisprudenza amministrativa attualmente ricostruiscono la

⁴²⁶ v. ad esempio, S. PATTI, *Abuso del Diritto*, in Enciclopedia giuridica, Il diritto, Sole 24 Ore, 2007, secondo cui “ragioni storiche e soprattutto la segnalata diversità dei criteri fissati nelle varie norme rendono particolarmente difficoltosa la ricostruzione teorica di una figura generale dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano” (p. 5). Secondo C. SALVI, op.cit., “sotto il profilo operativo, la formula [abuso del diritto] appare invece, soprattutto nel vasto campo dei diritti soggettivi in senso stretto ..., una sovrastruttura aggiuntiva alla disciplina positiva. Essa risulta quindi per lo più improduttiva, e talvolta anzi fonte di equivoci rispetto a fattispecie estremamente generali, e che richiederebbero dunque piuttosto un'articolazione analitica delle rispettive –e differenti – funzioni, tecniche operative e criteri contenutistici, che la riconduzione a un principio ancora più generale” (p. 5). Secondo R. SACCO, op.cit., “Se un ordinamento vuol reprimere ciò che oramai si vuole vedere come esercizio illecito del diritto, esso non ha un vero bisogno di mobilitare la categoria dell'abuso. In ogni ordinamento è consentito colpire quelle stesse fattispecie che qualcuno qualificherebbe come esercizio abusivo classificandole come violazioni di una regola equivalente, ma diversa, rispetto al divieto d'abuso” (p. 318). Sempre secondo lo stesso Autore, “la dottrina dell'abuso è superflua”. La critica “classica” che si fa alla teoria dell'abuso del diritto è quella di evidenziare l'intrinseca contraddizione tra i due termini che compongono la formula. È necessario però compiere delle distinzioni. Come è stato infatti rilevato da A. GAMBARO, op.cit., “una delle prese di posizione più recisamente negative nei confronti della moderna teoria dell'abuso del diritto si basa sull'intima contraddizione logica tra i due termini”. L'Autore distingue però tra due ipotesi. In primo luogo, se con tale argomento “si nega al giudice la possibilità di rivenire profili di illiceità in un comportamento che prima facie rappresenta l'esercizio di un diritto, il discorso è significativo”. In secondo luogo, “se invece ci si limita a contemplare la contraddizione logico formale tra i due termini e si proclama semplicemente “*le droit cesse où l'abus commence*”, il discorso diventa sibillino perché lascia aperta al giudice la possibilità di giudicare, ex post, abusivo un atto che prima facie si presentava nelle vesti dell'esercizio del diritto”.

⁴²⁷ v. Salv. ROMANO, op.cit. U. NATOLI, op. cit.

⁴²⁸ v. R. SACCO, op. cit., il quale, come già anticipato, ritiene non sussistente nel nostro ordinamento un principio generale di divieto di abuso del diritto.

**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**

presenza nell'ordinamento del principio di divieto di abuso del diritto. In tale accezione, il divieto di abuso del diritto, tramite il collegamento con i doveri di buona fede oggettiva e correttezza⁴²⁹, si ritiene trovi fondamento nel dovere di solidarietà sociale, di cui all'art. 2 della Carta Costituzionale.

È bene precisare però che il tentativo, condivisibile in linea di principio, di trovare una copertura di diritto positivo al divieto di abuso del diritto non scalfisce minimamente la sua peculiare funzione di fungere da “valvola” di accoglimento nel (o, se si preferisce, di *contaminazione*⁴³⁰ del) diritto di istanze emergenti dalla società in cui esso opera: istanze che, appunto, in un determinato periodo storico potrebbero evidenziare il contrasto con il dovere di solidarietà (e con gli obblighi di buona fede e correttezza) di comportamenti non biasimabili in precedenti epoche storiche⁴³¹. Come ha già evidenziato Bobbio, “il controverso principio del divieto di abuso di diritto” emerge proprio “dalla auscultazione, cui il giurista è chiamato, di esigenze etico-politiche manifestatisi in una determinata società in

⁴²⁹ La nozione di buona fede oggettiva può ritenersi “sinonimo di correttezza”, ossia “non uno status soggettivo”, bensì “una regola di comportamento, la cui natura giuridica comporta che la sua violazione debba ritenersi fonte responsabilità *latu sensu* contrattuale, di cui all'art. 1218 c.c.” (v. G. CHINÈ - M. FRATINI - A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile.*, Roma, 2015, p. 749).

⁴³⁰ v. M. STIPO, op. cit., secondo cui “*il diritto in quanto, fenomeno sociale, cioè umano è una realtà multiforme; ed invero il diritto, destinato ad essere applicato, a non restare cioè puramente in se stesso, non può che essere contaminato dalla realtà sociale, dall'empiria e dalla contingenza dei fatti, sicché sono facilmente dimostrabili i limiti del puro formalismo e soprattutto del monocausalismo, cioè della riduzione della realtà, che è sempre complessa, ad un solo ed unico fattore di spiegazione*”.

⁴³¹ In termini simili anche U. NATOLI, il quale richiama l'attenzione sul fatto che l'ordinamento, per il tramite dei principi generali, debba tenere conto di “*quei mutamenti che, fatalmente, l'evoluzione della storia apporta a tali principi generali, mutamenti che si ripercuotono, di necessità, sul fondamento dei singoli istituti, anche quando le norme che tali istituti contemplano siano sostanzialmente restaste immutate. Tale sostanziale identità non toglie, infatti, che diverso possa apparire il significato delle norme stesse – che si sia cioè, verificato un mutamento della loro ratio, e che, quindi, la loro applicazione debba, in un dato momento storico, avvenire in modo sensibilmente diverso da quello in cui avveniva in origine*” (p. 24).

**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**

contrasto con convinzioni che vanno declinando”⁴³². Ed è con riferimento a tale aspetto che emerge anche “*l’antica ricorrente preoccupazione*” rispetto alla figura dell’abuso, ossia la diffidenza verso i “*poteri di controllo e apprezzamento del giudice invasivi rispetto a prerogative riconosciute ai privati e soprattutto pericolosi per la certezza del diritto*”⁴³³.

Riconoscere un siffatto potere ai giudici non costituisce, peraltro, motivo di eccessivo allarme, specie in un ordinamento costellato dalla previsione di clausole generali⁴³⁴.

⁴³² v. N. BOBBIO, voce. *Principi Generali di Diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1966, il quale portava l’abuso del diritto quale esempio dei principi “desunti da idee e convinzioni morali affioranti nella società (che e in continua evoluzione), non ancora accolte dal diritto positivo” e la cui emersione non si poteva evincere né “da questa o quella norma del sistema, e neppure dallo spirito del sistema nel suo complesso”. Sulla funzione della figura dell’abuso del diritto quale strumento di evoluzione degli ordinamenti, v. S. PATTI, op. cit., secondo cui “il principio dell’abuso sopravvive così al mutare delle ideologie e costituisce in tal senso un elemento di continuità nello sviluppo degli ordinamenti giuridici europei” (p. 10).

⁴³³ v. P. RESCIGNO, *L’abuso del diritto (Una significativa rimediazione delle sezioni unite, cit. Id., L’abuso del diritto, cit. nel quale già si faceva notare che ai “problemi, della discrezionalità e del controllo, si riconduce l’antica disputa sull’abuso”*. Per S. PATTI, op. cit., “*la problematica dell’abuso del diritto può allora sinteticamente raffigurarsi come contrasto tra una visione “letterale” del Codice, tendente a rifiutare l’ammissibilità di un principio, non espressamente disciplinato e dalla formula apparentemente contraddittoria, che conferirebbe al giudice il potere di sindacare l’esercizio del diritto; e una visione “costruttiva” che, muovendo dal ricordato art. 833 c.c. e da altre norme dettate con riferimento a specifici settori del diritto privato (ad es. l’art. 1175 c.c.) tende a una ricostruzione unitaria della figura, in modo da garantire un controllo dell’esercizio del diritto soggettivo*” (p. 9). Secondo A. GAMBARO, op. cit., nelle esperienze di *civil law*, “la teoria dell’abuso è uno dei capitoli della complessa storia di come i giuristi hanno saputo costruire ed imporre un diritto giurisprudenziale accanto a quello promanante dal potere ufficialmente sovrano”. Su un piano istituzionale, quest’ultimo Autore avverte che “il problema appassionante del ruolo del giudice, della certezza del diritto, è, come problema di politica istituzionale, lontano dal tema dell’abuso, la sua soluzione dipende infatti dal sistema di formazione e reclutamento dei giudici, dalle garanzie di indipendenza loro accordate, dalla cultura e dall’organizzazione del ceto forense e da molte altre variabili la cui influenza è di molto superiore alla teoria dell’abuso”.

⁴³⁴ Si rischia di dire l’ovvio rilevando che a tale affermazione si potrà facilmente obiettare, evidenziando la previsione positivista delle suddette clausole generali. Si tratterebbe però di obiezione formalistica che, anche a voler prescindere dalla stretta connessione tra la teoria dell’abuso e i doveri di correttezza e di buona fede oggettiva, potrebbe avere un suo peso solo sulla questione del

**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**

Deve essere subito chiaro però che, per definizione, tale funzione di controllo non può essere svolta in astratto, ma deve essere sempre ancorata alle circostanze di una determinata condotta o di un rapporto concreto. L'abuso presuppone infatti il diritto (o la posizione soggettiva di vantaggio) e il suo (apparente) esercizio⁴³⁵. Sicché, il compito del giudice è quello di sindacare la presenza di quelle circostanze concrete che rendono abusivo quello che in apparenza sarebbe l'esercizio del diritto, ossia quelle circostanze che indicano la deviazione dell'esercizio del diritto dalla finalità preposta dall'ordinamento.

In tale direzione sembra andare anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale accanto alla (i) titolarità del diritto e (ii) alla discrezionalità nel suo concreto esercizio, elenca tra gli elementi costitutivi dell'abuso, (iii) “la circostanza che [l'esercizio] concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; [e] la circostanza che

riconoscimento dogmatico della figura dell'abuso del diritto, senza intaccare in alcun modo l'aspetto sostanziale del problema: ossia, il contrasto dell'ordinamento, con i mezzi a disposizione (comprese quindi le clausole generali), alle situazioni che la teoria dell'abuso del diritto si prefigge di combattere. E se ciò non dovesse bastare, si potrebbe anche rammentare il brillante pensiero di F. GALGANO, op.cit., contro le argomentazioni della dottrina che critica(va) la sentenza della Cassazione in tema di recesso *ad nutum*: ““Non facciamoci riconoscere”, si diceva nella commedia all'italiana. A dieci anni dall'entrata in vigore, in tutta Europa, della Carta di Nizza, la provincia italiana non sembra essersi ancora accorta del “divieto dell'abuso di diritto”, e continua a prodursi in inutili virtuosismi concettuali ed in sterili bizantinismi”.

⁴³⁵ Secondo U. NATOLI, op. cit., non è sufficiente “*l'astratta conformità del comportamento del soggetto contenuto del suo diritto a farne, senz'altro, ritenere la legittimità, potendosi sempre giungere ad una conclusione diversa valutando in concreto la situazione secondo le regole della buona fede*” (p.30). Nel ricostruire in maniera lucida i tratti principali delle teorie sull'abuso del diritto, R. SACCO, op.cit., sostiene che con riferimento a nessuna categoria di diritti dovrebbe escludersi “*il controllo e la critica*” dell'esercizio in concreto di un determinato diritto (inclusi quelli che attribuiscono una scelta personalissima al titolare), poiché “*controllo e critica sono, in certi settori, meno probabili; ma sono pur sempre configurabili*” (p. 323).

**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**

[(iv)], a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte”⁴³⁶.

3.1. Dall'abuso del diritto all'abuso del (o nel) processo

Per quanto riguarda le prerogative processuali, la giurisprudenza di legittimità è ormai costante nel ritenere applicabile il principio del divieto di abuso del diritto anche nell'ambito del processo⁴³⁷. Basta rilevare come di recente le Sezioni Unite della Cassazione siano tornate sul tema, evidenziando che “il carattere generale del principio discende dal fatto che ogni ordinamento che aspiri a completezza e funzionalità deve "tutelarsi" per evitare che i diritti da esso garantiti siano esercitati o realizzati, pure a mezzo di un intervento giurisdizionale, in maniera "abusiva", ovvero eccessiva e/o distorta”.

Per questa ragione “l'esigenza di individuare un limite agli abusi si estende dunque dal diritto sostanziale al processo, trascende le peculiari connotazioni dei vari sistemi, trovando ampio riscontro non solo negli ordinamenti processuali interni, ma anche in quelli sovranazionali e venendo univocamente risolta, sia a livello normativo

⁴³⁶ Si tratta della nota definizione fornita dalla pluri-citata sentenza della Cassazione in tema di recesso *ad nutum*. Non a caso infatti la sentenza pone l'accento sulla rivalutazione delle prove da parte del giudice del rinvio, per accertare se l'esercizio in concreto del recesso *ad nutum* fosse stato abusivo.

La definizione degli elementi costitutivi dell'abuso del diritto fornita dalla Corte di Cassazione echeggia quella di G. PINO, vedi, ad esempio, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, Ragionevolezza e Logica giuridica* (a cura di G. Maniaci), Milano, 2006, in particolare, pp. 127-128. Una diversa definizione è fornita da A. GENTILI, op. cit., secondo cui “nell'idea di abuso del diritto come fattispecie giuridicamente rilevante ricorrono i seguenti ingredienti: un atto ... , compiuto con coscienza e volontà; la conformità strutturale dell'atto ad un modello di comportamento permesso; il contrasto funzionale dell'atto con imperativi (principi o norme imperativi); un trattamento giuridico dell'atto connesso alla funzione e non alla struttura, di segno negativo (cioè contrario al significato ed ai fini dell'atto): sanzione. A questo si può aggiungere in molti casi ma non in tutti un pregiudizio di qualche tipo a terzi”.

⁴³⁷ v. Cass. Civ. Sez. Un., n. 23726/2007, con nota di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione)*, cit. Cfr. con Cass. civ., Sez. I, n. 6900 e 11271/1997. v. anche V. CARBONE, *Il giudicato implicito sulla giurisdizione evita l'abuso del processo*, in *Corriere giuridico*, 2012, p. 407.

**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**

che interpretativo, nel senso che l'uso distorto del diritto di agire o reagire in giudizio, volto alla realizzazione di un vantaggio diverso e/o contrario allo scopo per cui il diritto o la facoltà processuale sono riconosciuti, non ammette tutela⁴³⁸. Si ritiene quindi che “l’abuso della discrezionalità, ossia [l’uso] improprio e distorto del potere discrezionale che la legge conferisce [alla parte processuale]”⁴³⁹, si pone in contrasto “con i principi di correttezza e buona fede e col principio costituzionale del giusto processo”⁴⁴⁰. È stato correttamente evidenziato poi che la fenomenologia abusiva si possa concretizzare sia nella forma di *abuso del processo*, sia in quella di *abuso nel processo*⁴⁴¹.

⁴³⁸ v. Cass. civ. Sez. Un nn. 16627, 16628, 16629, del 2014, in tema di ricasazione, passate in rassegna da M. F. GHIRGA, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in Riv. Dir. Proc. 2015, p. 445. È importante notare che la motivazione della Corte di Cassazione si riferisce, per quanto riguarda al piano internazionale, “all’art. 35, par. 3 (a) - già 35, par. 3, e prima 27 - della Convenzione europea dei diritti dell'uomo - secondo il quale la Corte dichiara irricevibile ogni ricorso individuale presentato ai sensi dell'articolo 34 se ritiene che "il ricorso è incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo" - che, nella consolidata interpretazione della Corte di Strasburgo, consente di ritenere abusivo e perciò irricevibile il ricorso quando la condotta ovvero l'obiettivo del ricorrente siano manifestamente contrari alla finalità per la quale il diritto di ricorrere è riconosciuto; nonché, alla vasta giurisprudenza della Corte di giustizia UE - che richiama la nozione di abuso per affermare la regola interpretativa secondo la quale chi si appelli al tenore letterale di disposizioni dell'ordinamento comunitario per far valere avanti alla Corte un diritto che confligge con gli scopi di questo, non merita che gli si riconosca quel diritto (cfr., in particolare, sentenza 20 settembre 2007, causa C 16/05, *Tum e Dari*, punto 64; sentenza 21 febbraio 2006, causa C 255/02, *Halifax*).

⁴³⁹ v. M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in Rivista trimestrale di diritto processuale civile, 2012, p. 117, il quale aggiunge che per aversi una fattispecie di abuso “occorre che l’effetto diverso da quello tipico dell’atto che viene compiuto, e che si considera in qualche modo pregiudizievole rispetto ai valori generali dell’amministrazione della giustizia, si sia davvero verificato, non essendo sufficiente ad integrare l’abuso il mero intento – che tuttavia non abbia prodotto effetti – di conseguire uno scopo diverso da quello che la legge ricollega a quel determinato atto”.

⁴⁴⁰ La frase è della Corte di Cassazione Sez.un. n. 23726/2007. Per una ricostruzione critica ed esaustiva della giurisprudenza di legittimità in materia di abuso del processo e del suo ricorso al “principio della ragionevole durata” in chiave di *policy* per l’efficientamento del processo v. G. TROPEA, op.cit..

⁴⁴¹ v. TARUFFO, op. cit., secondo cui “il riferimento all’abuso del processo dovrebbe intendersi in modo estensivo: non esistono solo *abusi del processo* intesi

**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**

Il ricorso alla nozione di abuso del processo ha assunto importanza anche nel contenzioso amministrativo, con una casistica ormai variegata e complessa, che, senza alcuna pretesa di completezza, si ritiene opportuno passare brevemente in rassegna⁴⁴². In uno dei primi casi, la nozione di abuso è stata utilizzata per dichiarare inammissibile il ricorso contro un provvedimento che concedeva esattamente quanto richiesto dall'istanza del destinatario⁴⁴³. L'abuso del processo ha poi avuto "maggiore visibilità" con la nota Adunanza plenaria n. 3 del 2011, sulle conseguenze relative alla mancata impugnazione del provvedimento amministrativo⁴⁴⁴.

L'abuso del processo è stato altresì ravvisato nel comportamento dell'amministrazione, che non avendo eseguito l'ordinanza cautelare di primo grado, decideva di appellare la sentenza di merito che, nell'erronea convinzione dell'ottemperanza da parte dell'amministrazione dell'ordine cautelare, aveva dichiarato cessata la materia del contendere⁴⁴⁵.

E ancora, è stato ritenuto un abuso processuale e, quindi, inammissibile il ricorso proposto da un Comune contro i provvedimenti del Commissario *ad acta* che "riproducevano quelli già

come abusi della tutela giurisdizionale nel suo complesso, ma anche abusi che si verificano *nel processo* e riguardano il compimento di specifici atti del procedimento".

⁴⁴² v. per una ricostruzione dettagliata della casistica, G. TROPEA, op.cit.

⁴⁴³ v. Tar Napoli, Sez. VI, n. 2389/2004, in Foro amm. TAR., con nota di M. de FALCO, *Il divieto di venire contra factum proprium nel processo amministrativo*, in Foro Amm.-TAR, 2004, p. 201.

⁴⁴⁴ È stato acutamente osservato a tal proposito che l'Adunanza plenaria "aveva sentito il bisogno di invocare teorie ben più generali anche allo scopo di rendere applicabile al caso di specie una *ratio decidendi* che, anche senza il riferimento all'art. 1227 c.c., lo *jus superveniens* accoglieva esplicitamente e che, tuttavia, si sarebbe estesa ad una controversia sorta prima dell'entrata in vigore del c.p.a". v. F. CORTESE, *Il giudice amministrativo e l'abuso del diritto*, in Giornale di diritto amministrativo, 2012, p. 959.

⁴⁴⁵ v. Cons., St. Sez. IV, n. 1209/2012, annotata in Giornale di diritto amministrativo, 2012, da F. CORTESE, op.cit.

**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**

preliminarmente adottati dal Comune⁴⁴⁶. Alla casistica sin qui richiamata, si aggiunga altresì quella in tema di utilizzo scorretto dei mezzi processuali, quali ad esempio l'uso a fini illustrativi della memoria di replica⁴⁴⁷, oppure la richiesta di rinvio dell'udienza di discussione formalizzata dalle parti a pochi giorni da quest'ultima (e a distanza di anni dalla proposizione del ricorso)⁴⁴⁸.

Non mancano poi casi in cui l'assenza di abuso è considerata tra le condizioni per sancire la sussistenza dell'interesse a ricorrere, ossia la meritevolezza dell'azione⁴⁴⁹.

Il ricorso massiccio e per di più seriale alla figura dell'abuso del processo si è tuttavia avuto in materia di difetto di giurisdizione nell'ambito dei giudizi di impugnazione⁴⁵⁰. Complice anche l'articolo 9 c.p.a., che escludendo la rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione nell'ambito dei giudizi di impugnazione, prescrive che siffatto difetto “è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione”.

⁴⁴⁶ v. Tar Catania, Sez. I, n. 1124/2012.

⁴⁴⁷ v. da ultimo, TAR Trieste, Sez. I, n. 205/2014.

⁴⁴⁸ v. TAR Campania, Sez. II, n. 3000/2012. Si noti altresì che con una sentenza, invero criptica sul punto, il Consiglio di Stato sembra poi utilizzare l'abuso del processo per ammonire l'appellante circa la pretestuosità e il formalismo delle censure volte a denunciare un'asserita violazione del principio del giusto processo, per non avere il giudice delle prime cure ordinato il rinvio dell'udienza di discussione (e la concessione di termine alla difesa) a seguito del deposito in sede di discussione di una relazione da parte dell'Amministrazione resistente, la quale però, per stessa ammissione dell'appellante, non è stata presa in considerazione ai fini della decisione della causa (v. Cons. St. Sez. VI, n. 5025/2014).

⁴⁴⁹ v. *ex plurimis*, Cons. St. Sez. V, nn. 3829/2013, 5255 e 6288/2014. In tale ottica, l'abuso del processo potrebbe fungere da “grimaldello” per vagliare, già in sede di ammissibilità, la meritevolezza della sanzione.

⁴⁵⁰ Sebbene non mancano sentenze del Consiglio di Stato che censurano come abuso del processo i casi in cui la resistente in primo grado impugna in punto di giurisdizione la sentenza di primo grado che accoglieva la propria eccezione di difetto di giurisdizione ritualmente sollevata in primo grado (cfr. Cons. St., Sez. V, n. 6207/2013), la giurisprudenza si è sviluppata intorno all'ammissibilità della contestazione della giurisdizione effettuata per la prima volta in appello dall'appellante (ricorrente in primo grado).

**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**

Il filone giurisprudenziale in questione prende spunto da un *obiter* della sentenza n. 1537/2011, con la quale il Consiglio di Stato (sez. VI) ha dichiarato inammissibile l'eccezione sul difetto di giurisdizione, sollevato per la prima volta dall'appellante (ricorrente di primo grado) con semplice memoria. In quell'occasione, il Consiglio di Stato ha ritenuto, seppure *ad abundantiam*, che, alla luce dell'art. 9 c.p.a., è proprio l'eccezione stessa che non potrebbe essere sollevata in appello dalla parte che ha instaurato in primo grado la giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto ritenere il contrario "si porrebbe in contrasto con i principi di correttezza e affidamento che modulano il diritto di azione e significherebbe, in caso di domanda proposta a giudice carente di giurisdizione, non rilevata d'ufficio, attribuire alla parte la facoltà di ricusare la giurisdizione prescelta, in ragione dell'esito negativo della controversia". L'argomento è poi ripreso nella sentenza n. **656/2012** (sez. V), il vero *leading case*, per essere collegato alla dottrina dell'abuso del diritto e della buona fede oggettiva, declinato come attuazione dell'obbligo di solidarietà di cui all'art. 2 della Carta Costituzionale ed utilizzato per dichiarare inammissibile non più l'eccezione di difetto di giurisdizione proposta con memoria, bensì il motivo d'appello ritualmente proposto contro la pronuncia implicita in tema di giurisdizione⁴⁵¹.

⁴⁵¹ Con nota di V. CARBONE, op.cit.; E. Lo PRESTI, *La contestazione in appello della giurisdizione incardinata in primo grado integra abuso del processo?*, in Foro amm. CDS., 2012, p. 2011; G. VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, in www.judicium.it; F. DINELLI, *La questione di giurisdizione fra il divieto di abuso del diritto e il principio della parità delle parti nel processo*, in Foro amm.CDS, 2012, p. 1998; P.M. VIPIANA, *Il Consiglio di Stato e l'abuso del processo amministrativo per contraddittorietà dei comportamenti processuali*, in Giurisprudenza italiana, 2012, p. 1429; R. BARBIERI, *Legittimazione ad eccepire il difetto di giurisdizione e abuso del processo nella giustizia amministrativa*, in Rivista di diritto processuale, 2013, p. 754. Si ritiene interessante rilevare che la sentenza citata nel testo vede come estensore lo stesso dell'Adunanza Plenaria n.

**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**

Tratto peculiare di quest'ultima sentenza è l'analisi saldamente ancorata alle peculiarità della fattispecie concreta. La sentenza n. 656 del 2012, lungi dall'annunciare una generale ed astratta regola circa l'inammissibilità del motivo d'appello proposto da chi in primo grado ha instaurato la giurisdizione amministrativa, si poneva il compito di verificare in concreto la sussistenza di circostanze che potessero indicare-provare l'abusività del contegno processuale dell'appellante⁴⁵². Questo aspetto è stato però completamente trascurato dalla giurisprudenza successiva.

3.2. La dimensione europea della figura dell'abuso del diritto

La figura dell'abuso del diritto trova altresì importante riconoscimento, sia nell'ambito della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali ("CEDU"), sia all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea.

3.2.1. L'abuso del diritto nell'ambito della CEDU

Riferimenti al divieto di abuso del diritto si rinvengono negli articoli 17 e 35 della CEDU.

L'articolo 17 della CEDU prescrive che "nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste

3/2011 in cui si, come già osservato, si ha una prima "investitura" della dottrina dell'abuso nell'ambito del contenzioso amministrativo.

⁴⁵² A tal riguardo, assume rilievo l'argomentazione del Consiglio di Stato, che, a torto o a ragione, ritiene che "nella specie l'integrazione della condotta abusiva è in concreto dimostrata, in termini di particolare evidenza, dal rilievo che ... la parte appellante non ha mosso contestazioni di merito alla sentenza impugnata, ponendo in essere una condotta di integrale sottrazione alla giurisdizione pur inizialmente dalla medesima stessa invocata". Ovviamente, nel merito, tale affermazione può essere revocata in dubbio, perché il comportamento censurato come incoerente dal Consiglio di Stato, sembrerebbe essere invece coerente nell'ottica di chi contesta la giurisdizione.

**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**

dalla stessa Convenzione". In altri termini, nessuno può invocare l'esercizio dei diritti garantiti dalla CEDU per ottenere risultati contrari ai valori fondamentali della stessa Convenzione.

L'articolo 17 CEDU è stato, in quest'ottica, costantemente utilizzato dalla Corte EDU per negare l'applicazione dell'articolo 10 della Convenzione, che tutela la libertà di espressione, a manifestazioni di pensiero manifestamente contrarie ai valori e ai obiettivi fondamentali della CEDU. La Corte EDU ha ritenuto, in particolare, che l'articolo 10 della Convenzione non si applichi, e quindi non offri tutela, a discorsi e/o scritti divulgati in pubblico (ivi compresa diffusione tramite i media e internet), che: incitano l'odio etnico⁴⁵³, sostengono idee negazioniste e/o revisioniste dell'Olocausto durante la Seconda Guerra Mondiale⁴⁵⁴, inneggiano all'odio razziale⁴⁵⁵ e/o religioso⁴⁵⁶. In tutti questi casi, la conseguenza dell'applicazione dell'articolo 17 CEDU, e quindi del riconoscimento della natura abusiva dell'esercizio in concreto della libertà di manifestazione del proprio pensiero di cui all'articolo 10 della CEDU, è stata la dichiarazione di inammissibilità del ricorso.

La seconda disposizione CEDU che richiama la figura dell'abuso del diritto, sotto la forma dell'abuso del processo, è l'articolo 35, par. 3 della CEDU. A differenza dell'articolo 17 della CEDU, la disposizione in questione ha natura essenzialmente processuale, poiché mira a tutelare il funzionamento del processo dinanzi alla Corte EDU. L'articolo 35, par.3, (lettera a)), legittima

⁴⁵³ v., ex multis, sentenza della Corte, del 20 febbraio 2007, *Pavel Ivanov c. Russia*; sentenza del 2 settembre 2004, *W.P. e altri c. Polonia*

⁴⁵⁴ v., ex multis, sentenza della Corte, del 24 giugno 2003, *Garaudy c. Francia*; e del 20 Ottobre 2015, *M'Bala M'Bala c. Francia*.

⁴⁵⁵ v., ex multis, sentenza della Corte, del 11 ottobre 1979, *Glimmerveen e Hagenbeek c. Paesi Bassi*.

⁴⁵⁶ v., ex multis, sentenza della Corte, del 16 novembre 2004, *Norwood c. Regno Unito*.

**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**

infatti la Corte EDU a dichiarare inammissibili i ricorsi che costituiscono un abuso della facoltà di ricorrere a essa⁴⁵⁷.

3.2.2. L'abuso del diritto nell'ordinamento UE

Nell'ambito dell'ordinamento UE un preciso riferimento al divieto di abuso del diritto si trova nell'articolo 54 della Carta fondamentale dei diritti UE. La disposizione in questione, in maniera analoga all'articolo 17 della CEDU, vieta l'abuso dei diritti previsti dalla Carta, stabilendo che “nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta”⁴⁵⁸.

Al di fuori delle fattispecie concernenti l'applicazione dei diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla Carta, la nozione di abuso del diritto è stata da tempo elaborata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁵⁹. I campi in cui tale giurisprudenza si è sviluppata

⁴⁵⁷ Come evidenziato da G. TROPEA, *L'abuso del processo*, cit., la Corte EDU “al fine di ritenere abusivo un ricorso ex art. 35, parla di “esercizio dannoso di un diritto, per scopi diversi da quelli per i quali è previsto”, definendo così abusivo, in linea di principio, “qualunque comportamento di un ricorrente manifestamente contrario alle finalità del diritto di ricorso individuale riconosciuto dalla Cedu e che ostacoli il corretto funzionamento della Corte o il corretto svolgimento della procedura davanti ad essa” (p. 105).

⁴⁵⁸ Per un commento alla disposizione in questione, v. L. WOODS, *Prohibition of Abuse of Right*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds), in *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014, 1554-1555).

⁴⁵⁹ Tra gli scritti più recenti, si vedano, K. LENAERTS, *The Concept of “abuse of laws” in the Case Law of the European Court of Justice on Direct Taxation*, in *Maastricht journal of European and Comparative Law*, 2015, pp. 329-351; M. MAGGIOLINO - M.L. MONTAGNANI, *Wandering in the Land of the EU Abuse of Rights: Coordinates from the Antitrust Experience?*, 2015, Bocconi Legal Studies Research Paper n.2615032, reperibile all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2615032; O. RAZZOLINI, *Il difficile confine fra uso e abuso del diritto di stabilimento: il caso degli avvocati stabiliti*, in *Diritto della Relazioni Industriali*, 2014, p. 1169 e ss.; E.M. SIMONELLI - F. FERINI, *L'abuso del diritto: da principio immanente nell'ordinamento tributario a fattispecie penalmente ir-rilevante*, in *Riv. Dottori commercialisti*, 2013, pp. 135 e ss.; E. de la FERIA e S. VOGUANER (a cura di), *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?*, OXFORD, 2011; E. de la FERIA,

**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**

riguardano l'esercizio delle libertà fondamentali, l'ambito fiscale e quello del diritto societario.

3.2.2.1 Le origini giurisprudenziali della nozione di abuso del diritto nell'ordinamento UE

La peculiarità dell'emersione della figura del divieto di abuso del diritto in ambito europeo – divieto che secondo alcuni costituirebbe un principio generale dell'ordinamento UE⁴⁶⁰ – risiede nel fatto che tale nozione è stata originariamente sviluppata dalla Corte di giustizia con riferimento a misure statali, volte a sanzionare (di norma con l'inefficacia della protezione) quelle fattispecie in cui il ricorso ai diritti e alle prerogative garantite dal diritto dell'UE fosse ritenuto abusivo.

Si tratta quindi di effettuare un bilanciamento tra l'applicazione effettiva del diritto UE e la protezione degli interessi nazionali contro gli effetti negativi derivanti dall'utilizzo distorto delle prerogative riconosciute dall'ordinamento UE. Considerata la particolare attenzione dei giudici UE alla primazia del diritto dell'Unione, il suddetto bilanciamento è stato effettuato in sede di giustificazione e di valutazione della proporzionalità delle misure statali, ritenute quindi in partenza restrittive dell'applicazione del diritto dell'Unione.

In tale ottica, per sindacare la legittimità delle misure statali i giudici UE hanno dovuto stabilire la natura abusiva o meno dell'esercizio dei diritti garantiti dall'Unione. La figura dell'abuso di diritto non ha quindi costituito il risultato finale dell'analisi della Corte, bensì solo un passaggio intermedio verso la valutazione della legittimità o meno delle misure statali rispetto all'ordinamento UE.

Reverberation of Legal Principles: Further Thoughts on the Development of an EU Principle of Prohibition of Abuse of Law, 2010, Paper no 1021, Working Papers from Oxford University Centre for Business Taxation, reperibile all'indirizzo <http://econpapers.repec.org/RePEc:btx:wpaper:1021>.

⁴⁶⁰ v. A. LENAERTS, *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on its Role in a Codified European Contract Law*, *European Review of Private Law*, 2010, p. 1121 e ss.

**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**

In quest'ambito si possono distinguere due filoni giurisprudenziali.

Il primo è quello concernente l'abusività delle c.d. "operazioni a U" ("*U transactions*")⁴⁶¹. Si tratta, in particolare, di tutti quei casi in cui un soggetto privato esercita le prerogative riconosciute e garantite dall'ordinamento dell'Unione, in particolare quelle relative alla libera prestazione dei servizi e al diritto di stabilimento, con l'unico scopo di "sfuggire" all'applicazione della normativa dello Stato d'origine, pur continuando a svolgere in quest'ultimo le proprie attività. In questi casi, la Corte ha giustificato l'applicazione di misure statali (principalmente dello Stato di origine) che stabilivano conseguenze penalizzanti sull'esercizio della libertà di circolazione, nella misura in cui tali misure fossero limitate a sanzionare comportamenti opportunistici e/o abusivi da parte dei soggetti privati.

Il secondo filone giurisprudenziale è invece quello riguardante i casi in cui il ricorso alle prerogative garantite dal diritto dell'Unione è stato utilizzato non più per evitare l'applicazione della normativa dello Stato di origine, bensì esclusivamente per consentire al soggetto privato di ottenere diritti (nello Stato di destinazione) che altrimenti non avrebbe potuto ottenere⁴⁶². L'esempio "classico" di queste fattispecie è rappresentato dalle misure statali volte a impedire l'accesso ai benefici sociali da parte di soggetti trasferiti nello Stato di

⁴⁶¹ Per un'analisi dettagliata della giurisprudenza in questione, inaugurata con la sentenza della Corte di giustizia, 3 dicembre 1974, caso C-33/74, *Van Binsbergen*, v. L. CERIONI, *The "Abuse of Rights" in EU Company Law and EU Tax Law: A Re-reading of the ECJ Case Law and the Quest for a Unitary Notion*, *European Business Law Review*, 2010, pp. 783-813.

⁴⁶² Per un esame delle principali questioni concernenti questo filone giurisprudenziale, v. K. E. SOERENSEN, *Abuse of Rights in Community Law: A principle of Substance or Merely Rhetoric?*, *Common Market Law Review*, 2006, p. 423 e ss.

**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**

destinazione con il solo scopo di accedere a tali servizi dopo un breve periodo di residenza⁴⁶³.

3.2.2.2. Verso un test generale per l'accertamento dell'abuso del diritto nell'ordinamento UE

L'evoluzione dell'integrazione europea e, quindi, l'ampliamento del campo d'applicazione delle prerogative riconosciute dall'ordinamento UE, insieme ai fenomeni di uniformazione delle legislazioni nazionali per effetto della c.d. *regulatory competition* tra i vari ordinamenti nazionali, hanno sminuito l'importanza e la frequenza applicativa dei due filoni giurisprudenziali appena analizzati.

Allo stesso tempo è emerso un terzo indirizzo giurisprudenziale concernente la figura di divieto di abuso del diritto, che pone l'attenzione sulla funzione e sugli obiettivi del diritto UE. L'aspetto principale della casistica in questione non è più quello di analizzare la legittimità delle misure statali volte a impedire che i soggetti privati possano abusare della divergenza tra regolazioni nazionali. Il tema centrale di questo indirizzo giurisprudenziale è invece la deviazione dell'esercizio in concreto di una prerogativa garantita dal diritto UE rispetto all'obbiettivo perseguito da quest'ultimo. L'indagine si focalizza sull'estensione del campo di applicazione della prerogativa garantita dal diritto UE e sull'obbiettivo che il riconoscimento di siffatta prerogativa persegue (o, meglio, dovrebbe perseguire).

Si riscontra di nuovo quindi il problema tipico della figura dell'abuso di diritto, in termini simili a quelli discussi con riferimento all'ordinamento nazionale. In quest'ottica, la Corte di giustizia ha ritenuto, in una serie di casi concernenti principalmente la materia fiscale/tributaria, che si abusa del diritto dell'Unione quando: (i)

⁴⁶³ v. K.E. SOERENSEN, op. ult. cit., p. 448 e la giurisprudenza ivi richiamata.

**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**

nonostante l'applicazione formale della normativa UE, l'esercizio del diritto persegue e procura un vantaggio contrario all'obiettivo perseguito dalle stesse disposizioni europee; e (ii) si dimostri la volontà di ottenere un vantaggio derivante dal diritto UE tramite la artificiosa costituzione delle condizioni necessarie per il suo ottenimento, ossia un vantaggio indebito⁴⁶⁴.

Il *test* stabilito dalla Corte di giustizia in tema di divieto di abuso del diritto si compone quindi di due elementi.

Il primo elemento è oggettivo e concerne sostanzialmente la deviazione, ovvero la contrarietà, del comportamento tenuto dall'obiettivo per il quale una determinata prerogativa è stata riconosciuta dalla normativa europea.

Il secondo elemento è invece di tipo soggettivo, poiché indaga sulla volontà e sull'intento del titolare della prerogativa di ottenere sostanzialmente un indebito vantaggio dal diritto dell'Unione europea. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha, tuttavia, ulteriormente precisato due aspetti importanti della seconda componente del *test*. In primo luogo, i giudici UE hanno osservato che l'elemento soggettivo del *test* debba essere provato tramite prove di natura oggettiva⁴⁶⁵. Si procede quindi verso l'oggettivizzazione dell'elemento soggettivo. In secondo luogo, non è necessario dimostrare che l'intenzione dell'autore del comportamento contestato sia stata esclusivamente quella di ottenere un vantaggio indebito dalla normativa UE. È invece sufficiente che “lo scopo delle operazioni controverse [sia] *essenzialmente* l'ottenimento di un vantaggio”⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ v. sentenza della Corte di giustizia, 14 dicembre 2000, causa C-110/99, *Ensland-Starke*, § 53.

⁴⁶⁵ cfr. sentenza della Corte di giustizia, 21 febbraio 2006, causa C-255/02, *Halifax*, secondo cui l'accertamento dell'elemento soggettivo deve “risultare da un insieme di elementi oggettivi” (§ 75).

⁴⁶⁶ *Ibidem*. Secondo v. M. SCUFFI, *Verso la codificazione dell'abuso del diritto*, relazione tenuta nell'ambito del Seminario di aggiornamento professionale

**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**

Si evidenzia, in conclusione, che la natura elastica e ampia delle condizioni che compongono il suddetto *test* elaborato dalla giurisprudenza UE sia tale da renderlo facilmente applicabile a prescindere dal settore del diritto UE che di volta in volta viene in rilievo. Si ritiene quindi che il *test* appena esaminato possa quantomeno fungere da criterio generale per l'accertamento dell'esercizio abusivo di una prerogativa riconosciuta dal diritto UE⁴⁶⁷.

4. L'abuso del diritto quale elemento della fattispecie di abuso di posizione dominante

L'analisi fin qui svolta rende ora possibile esaminare meglio l'interazione tra la generale figura dell'abuso del diritto e la fattispecie di abuso di posizione dominante. La relazione tra i due istituti è emersa infatti per la prima volta proprio nella giurisprudenza UE, per poi estendersi anche nell'ambito della giurisprudenza nazionale.

per i magistrati delle Commissioni Tributarie delle regioni Piemonte e Valle d'Aosta – “Dialoghi di diritto tributario tra attualità e prospettive, 16-17.01. 2015, Torino. L'Autore ha rilevato, con riferimento alla sentenza della Corte di giustizia, 21 febbraio 2008, causa C-425/06, *Part Service*, in materia di frazionamento negoziale per il pagamento di una minore quantità di corrispettivo IVA, evidenzia che “il giudice comunitario nell'occasione precisava che l'esistenza di una pratica abusiva poteva essere affermata anche qualora il perseguimento di un vantaggio fiscale costituiva lo “scopo essenziale” ancorché “non esclusivo”, non essendo l'abuso impedito allorché nell'operazione concorressero - pur marginalmente - altre ragioni economiche e la Corte di cassazione di conseguenza veniva a statuire che tale frazionamento superava la “soglia minima” della pratica abusiva perché aveva come scopo principale quello di realizzare un risparmio d'imposta attraverso una diminuzione del corrispettivo soggetto ad IVA senza che concorressero altre plausibili ragioni economiche” (p.5).

⁴⁶⁷ cfr. A. LENAERTS, *The General Principle*, op.cit., pp. 1133-1134, secondo cui il test sviluppato da questo filone giurisprudenziale della Corte di giustizia si applica al diritto dell'Unione e si focalizza solo sull'esercizio abusivo di quest'ultimo diritto, prescindendo quindi dall'indagine se tale esercizio sia dovuto o meno alla necessità di evitare l'applicazione della regolamentazione nazionale. Si ritiene quindi che l'elaborazione di questo *test*, da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia abbia costituito un “*crucial step towards the recognition of a general principle of Union law prohibiting abuse of rights*”. v. *contra*, M. MAGGIOLINO e M.L. MONTAGNANI, *Wandering in the Land of the EU Abuse of Rights*, cit., secondo le quali non è possibile ricavare dalla giurisprudenza UE un test unico in tema di abuso del diritto UE.

**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**

Questa interazione sarà indagata attraverso l'analisi di tre casi giurisprudenziali, ritenuti paradigmatici ai fini che qui concernono. Il primo caso, scaturito dalla nota controversia *ITT Promedia*, riguarda la qualificazione di un presunto abuso del diritto di accesso alla giustizia da parte dell'impresa dominante quale abuso della propria posizione. Il secondo e il terzo caso, ossia *AstraZeneca* e *Pfizer*, già in parte precedentemente analizzati, concernono invece la questione della qualificazione di un presunto abuso di prerogative procedurali come abuso di posizione dominante.

È opportuno anticipare subito che, nell'ambito casistica che si andrà a esaminare, la nozione di abuso del diritto si inserisce nella fattispecie dell'articolo 102 TFUE, svolgendo una doppia funzione. Essa, allo stesso tempo, (i) priva il comportamento contestato della copertura dell'esercizio genuino del diritto, con la relativa espansione quindi dell'applicazione del diritto antitrust e (ii) contribuisce a costruire il giudizio negativo sull'incompatibilità del suddetto comportamento rispetto ai parametri di una normale concorrenza sul merito.

Ed è proprio in questa (duplice) dimensione che la sussunzione della nozione di abuso del diritto all'interno della fattispecie di abuso di posizione dominante, realizza quella funzione di criterio di competenza, ossia di “spartiacque” tra l'esercizio del diritto e applicazione del divieto di abuso di posizione dominante.

4.1. Il diritto di accesso alla giustizia e il divieto di abuso di posizione dominante

Il diritto di accesso alla giustizia e quello di difesa dei propri interessi sono diritti costituzionali fondamentali per una società democratica. Ciò implica che l'impresa in posizione dominante deve, come ogni altra persona fisica o giuridica, potere difendere in giudizio i propri interessi, anche nei confronti dei propri concorrenti e/o dei

**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**

propri clienti. È stato peraltro affermato dalle stesse istituzioni UE, che un “produttore dominante non è tenuto a sovvenzionare i suoi concorrenti”⁴⁶⁸.

L'impresa in posizione dominante potrebbe tuttavia utilizzare le proprie risorse, derivanti dalla propria posizione di supremazia sul mercato, per esperire azioni giudiziarie contro i propri concorrenti, con l'unico scopo di ostacolare e/o impedire il loro accesso al mercato, aumentandone i loro costi. In questi casi, oltre agli effetti negativi sulla concorrenza, il ricorso alle strategie processuali produce anche una distorsione del sistema giudiziario, poiché esso viene utilizzato per scopi e funzioni diversi da quegli assegnategli dall'ordinamento (in particolare, la genuina protezione delle situazioni giuridiche che l'attore ritiene siano lese da azioni od omissioni da parte della convenuta).

Emerge in tal modo tutta la complessità delle scelte che l'interprete deve effettuare ogniqualvolta è chiamato a valutare l'applicazione dell'articolo 102 TFUE ad azioni giudiziarie esperite dall'impresa in posizione dominante.

Se si limita in maniera eccessiva il diritto costituzionale dell'impresa in posizione dominante di accedere alla giustizia per difendere i propri interessi, si finisce sostanzialmente per sovvenzionare i concorrenti dell'impresa dominante e si, compie quindi, un'operazione di dirigismo economico, che cozza con il paradigma del libero mercato.

⁴⁶⁸ v. decisione (cautelare e provvisoria) della Commissione europea, del 29 luglio 1987, caso IV/32.279, *BBI/Boosey & Hawks*, in GUCE, L-286/1987, pp. 36 e ss. Il procedimento in questione è stato poi concluso dalla Commissione europea con una decisione finale di archiviazione del caso, perché l'istruttoria non ha fatto riscontrare una violazione dell'articolo 102 TFUE (all'epoca, articolo 86 CEE); cfr. comunicato stampa della Commissione europea, IP-127/1988, accessibile all'indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_IP-88-127_en.htm.

**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**

Se invece si propende per una sostanziale immunità dal diritto antitrust nei confronti delle azioni giudiziarie esperite all'impresa dominante, si rischia di lasciare impunte azioni che sostanzialmente distorcono il sistema giudiziario e che, allo stesso tempo, ledono la concorrenza.

In quest'ottica, le istituzioni UE sembrano fare ricorso alla figura dell'abuso del diritto come criterio distintivo tra esercizio (genuino) di prerogative processuali, e quindi immune dal diritto antitrust, e abuso di siffatte prerogative, che, ove invece posto in essere da un'impresa dominante, rientrerebbe nel campo d'applicazione delle regole sulla tutela della concorrenza.

4.1.1. Il diritto di accesso alla giustizia e il divieto di abuso di posizione dominante: il caso *ITT Promedia*

La questione dell'interazione tra diritto di accesso alla giustizia e abuso di posizione dominante è stata affrontata dal Tribunale UE nel caso *ITT/Promedia*⁴⁶⁹, che costituisce tuttora il *leading case* nella materia in questione⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ v. decisione della Commissione (di rigetto della denuncia), 21 maggio 1996, caso IV. 35268, *ITT Promedia/Belgacom*. cfr. sentenza del Tribunale UE, 17 luglio 1998, caso T-111/96, *ITT Promedia c. Commissione*, in Racc. II-2937. La sentenza del Tribunale UE non è stata appellata dalle parti.

⁴⁷⁰ Si noti però che un primo indizio sull'eventualità che l'abuso dell'esercizio di prerogative processuali potesse costituire un abuso di posizione dominante è si trova nella decisione *BBI/Boosey & Hawks* della Commissione europea (cfr. A. JONES e B. SUFRIN, *EU Competition Law: Text, Cases and Materials*, 2015, Oxford, p. 564). Il caso è scaturito dalla denuncia presentata dinanzi alla Commissione europea dalla società BBI, nuovo entrante nel mercato degli strumenti per le orchestre di ottoni britanniche, con la quale si lamentavano che l'impresa dominante Boosey & Hawks avrebbe posto in essere diverse pratiche escludenti, tra cui azioni giudiziarie in materia di diritti d'autore nei confronti della BBI e l'interruzione delle forniture ai propri distributori che promuovevano anche i prodotti BBI e che avevano anche un'esposizione debitoria con la stessa Boosey & Hawks. La Commissione europea, pur focalizzandosi sulla questione dell'interruzione delle forniture, ha effettuato valutazioni applicabili a tutte le azioni intraprese dalla società Boosey & Hawks contro la minaccia della concorrente BBI, ritenendo che "un'impresa dominante può sempre prendere misure ragionevoli per proteggere i suoi interessi commerciali, sempreché esse siano eque e proporzionate alla minaccia". Ciò in quanto, come già anticipato nel testo, "un produttore dominante non è tenuto a sovvenzionare i suoi concorrenti". Ne consegue quindi che

**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**

Il caso *ITT Promedia* ha avuto origine da una controversia tra l'ex monopolista della telefonia belga, la società Belgacom (prima ente RTT), e la società ITT Promedia concessionaria della prima per la pubblicazione degli elenchi telefonici in Belgio. Alla scadenza del contratto tra Belgacom e ITT Promedia, concernente la concessione a quest'ultima dell'esclusiva per la pubblicazione degli elenchi telefonici in Belgio, le parti non hanno trovato un accordo per il rinnovo della collaborazione. A seguito di un periodo di negoziazioni infruttuose, la società ITT Promedia ha annunciato che avrebbe proseguito la pubblicazione dei propri elenchi telefonici, senza essere in possesso delle autorizzazioni prescritte dalla normativa nazionale, che sostanzialmente riconosceva una posizione di monopolio in capo alla società Belgacom. Per questa ragione, la società Belgacom, reagendo alla campagna di ITT Promedia, avvisava i propri clienti che l'iniziativa dell'ex concessionaria era priva di qualsiasi autorizzazione da parte della stessa Belgacom e al di fuori di qualsiasi relazione contrattuale.

L'ITT Promedia ha di conseguenza citato in giudizio Belgacom per concorrenza sleale e violazione dell'articolo 102 TFUE (all'epoca 86 CEE). La società Belgacom ha reagito alle azioni di ITT Promedia, proponendo sia domande riconvenzionali sia azioni giudiziarie autonome contro la sua ex concessionaria. Si è instaurato così un complesso contenzioso giudiziario tra le due parti⁴⁷¹.

“qualora un cliente trasferisca le sue attività principali alla promozione di una marca concorrente, anche un produttore dominante potrebbe avere la facoltà di riesaminare le sue relazioni commerciali con tale cliente e, dopo un preavviso sufficiente, interrompere ogni relazione speciale”. Nel caso di specie, la Commissione ha, tuttavia, ritenuto che “il rifiuto di qualsiasi fornitura a GHH e RCH e le altre azioni avviate contro esse in reazione alla eventuale minaccia di BBI esorbiterebbero dalla legittima difesa degli interessi commerciali di B&H” (decisione della Commissione BBI/Boosey & Hawks, cit., § 19).

⁴⁷¹ In particolare, nell'ambito dello stesso processo per concorrenza sleale e violazione dell'articolo 102 TFUE, la società Belgacom ha proposto una domanda

**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**

In parallelo alle azioni in ambito nazionale, l'ITT Promedia ha depositato una denuncia dinnanzi alla Commissione europea, lamentando che il contegno processuale da parte di Belgacom costituisse abuso di posizione dominante.

La Commissione europea, rigettando la denuncia, ha ritenuto che, in linea di principio, “il fatto di intentare un'azione giudiziaria, espressione del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale”, non può essere qualificata “abuso” salvo “nel caso in cui un'impresa in posizione dominante intenti azioni giudiziarie i) che non possano essere ragionevolmente considerate volte a far valere i propri diritti, quindi unicamente defatigatorie, e ii) siano concepite nell'ambito di un piano volto ad eliminare la concorrenza”⁴⁷². La Commissione ha in sostanza ritenuto che la denunciante ITT Promedia non avesse provato in maniera sufficiente la natura abusiva e defatigatoria delle azioni giudiziarie proposte dalla società Belgacom. La circostanza che i giudici nazionali avessero escluso la natura vessatoria delle suddette

riconvenzionale con la quale anch'essa ha lamentato la violazione da parte di ITT Promedia della normativa in materia di concorrenza sleale e antitrust, poiché essa avrebbe svolto attività commerciali in assenza delle autorizzazioni prescritte dalla normativa nazionale di riferimento. Il processo si è concluso con l'accoglimento, sia in primo grado che in appello, della domanda principale e con il rigetto della riconvenzionale introdotta da Belgacom. Successivamente, l'ITT Promedia dopo avere richiesto, senza successo, a Belgacom l'accesso ai dati sui propri abbonati, lo ha nuovamente citata in giudizio per violazione della normativa antitrust. La società Belgacom, anche in questa occasione, ha presentato una domanda riconvenzionale, analoga alla prima, per violazione della normativa antitrust da parte di ITT Promedia. I giudici belgi hanno accolto la domanda principale, mentre hanno respinto la domanda riconvenzionale di Belgacom, escludendone tuttavia la natura vessatoria di quest'ultima. A fronte delle due azioni giudiziarie instaurate da parte di ITT Promedia, la società Belgacom ha citato in giudizio quest'ultima chiedendole l'adempimento di una clausola del contratto di concessione che la obbligava a trasferire, a titolo gratuito, al concedente tutte le informazioni, le licenze dei brevetti e, in generale, tutte le specifiche e il *know-how* acquisito durante il periodo della concessione e necessari per la pubblicazione degli elenchi telefonici. Nell'ambito di questo terzo processo, è stata invece l'ITT Promedia a proporre una domanda riconvenzionale, sostenendo la natura vessatoria dell'azione di Belgacom. I giudici hanno tuttavia respinto entrambe le domande.

⁴⁷² v. decisione della Commissione, *ITT Promedia/Belgacom*, *supra cit.*, § 11, nonché, sentenza del Tribunale UE, *ITT Promedia c. Commissione*, *supra cit.*, § 30.

**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**

azioni ha avuto una particolare importanza nell'ambito della decisione di rigetto della denuncia.

La decisione della Commissione è stata confermata dal Tribunale UE, il quale, pronunciandosi sul ricorso proposto da ITT Promedia, ha ritenuto legittime le due condizioni utilizzate dalla Commissione europea per stabilire l'applicazione del divieto di cui all'articolo 102 TFUE alle azioni giudiziarie proposte dall'impresa in posizione dominante. Il Tribunale ha altresì fornito ulteriori indicazioni circa la concreta applicazione del suddetto *test* stabilito dalla Commissione, con particolare riferimento al primo requisito relativo alla natura defatigatoria o meno dell'azione.

In primo luogo, il Tribunale ha ritenuto che, per quanto riguarda il momento temporale in cui collocarsi per analizzare la natura vessatoria o meno dell'azione giudiziaria, “va presa in considerazione solo la situazione esistente al momento in cui l'azione di cui trattasi viene intentata”⁴⁷³.

In secondo luogo, ciò che bisognerebbe valutare nel momento in cui viene intentata l'azione non è quello di “stabilire se i diritti che l'impresa interessata faceva valere al momento in cui ha promosso l'azione giudiziaria esistessero effettivamente, o se quest'ultima fosse fondata, ma di stabilire se tale azione avesse lo scopo di far valere quelli che, in quel momento, l'impresa potesse ragionevolmente considerare fossero i suoi diritti”⁴⁷⁴.

In terzo luogo, dalla sentenza del Tribunale emerge che per soddisfare il primo criterio del *test* stabilito dalla Commissione,

⁴⁷³ v. sentenza del Tribunale UE, *ITT Promedia c. Commissione*, *supra cit.*, §

72.

⁴⁷⁴ *ibid.*, § 73. Secondo il Tribunale UE risulta infatti dall'ultima parte della formulazione del primo criterio del *test* stabilito dalla Commissione, che esso è soddisfatto “soltanto qualora l'azione intentata non aveva tale scopo, per quanto riguarda l'unico caso nel quale è consentito di concludere che tale azione era unicamente defatigatoria (*ibid.*).

**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**

l'irragionevolezza dell'azione, ossia la sua natura defatigatoria, dovrebbe risultare in maniera manifesta dalla stessa azione, in analogia a quanto avviene, ad esempio, per le questioni di ammissibilità dell'azione. Questo si evince dalla circostanza che a più riprese il Tribunale ha ritenuto che l'infondatezza del merito dell'azione giudiziaria non fosse sufficiente a stabilire la natura defatigatoria/vessatoria della stessa⁴⁷⁵. Il primo criterio del *test* richiede quindi la prova che l'azione giudiziaria sia, “da un punto di vista oggettivo, priva di qualsiasi fondamento”⁴⁷⁶. L'esistenza di un comportamento abusivo dovrebbe, a maggiore ragione, escludersi in tutti i casi in cui le domande giudiziarie proposte dall'impresa in posizione dominante siano state accolte dagli organi giurisdizionali⁴⁷⁷.

Il Tribunale ha infine osservato che “i due criteri cumulativi, costituendo un'eccezione al principio generale della tutela

⁴⁷⁵ In tale direzione, deve essere infatti interpretato il ragionamento del Tribunale nella parte in cui ha ritenuto che “l'esame della questione se la normativa belga che disciplina la pubblicazione di elenchi telefonici fosse compatibile con il diritto comunitario non avrebbe potuto dimostrare che le due prime azioni giudiziarie della Belgacom non avevano lo scopo di far valere ciò che quest'ultima, al momento in cui le intentava, potesse ragionevolmente considerare come propri diritti, ricavati da detta normativa, e che le due azioni erano meramente defatigatorie” (ibid., § 94). Ciò in quanto, “detta questione apparteneva all'esame del merito, che era di competenza del giudice nazionale adito dalla Belgacom con le prime due azioni giudiziarie” e, quindi, la Commissione non è stata ritenuta competente (né tantomeno tenuta) a condurre la suddetta analisi di merito, ai fini dell'accertamento dell'asserita abusività della condotta processuale dell'impresa in posizione dominante (ibid., § 95). Secondo il Tribunale, sostenere l'opposta interpretazione del primo dei criteri del suddetto *test* per l'applicazione dell'articolo 102 TFUE alle azioni giudiziarie intentate dall'impresa in posizione dominante, “renderebbe praticamente impossibile la tutela giurisdizionale per le imprese in posizione dominante che, per non rischiare di rendersi colpevoli di infrazione dell'art. 86 del Trattato per il solo fatto di aver esperito un'azione giudiziaria, dovrebbero assicurarsi, prima di proporre detta azione, che la normativa sulla quale fondano i loro diritti sia compatibile con il diritto comunitario” (ibid.).

⁴⁷⁶ ibid., § 56.

⁴⁷⁷ Seppure con qualche distinguo, sono dello stesso avviso R. O'DONOGHUE e J. PADILLA, *The Law and Economics*, cit, secondo cui “*the fact that the dominant firm prevailed in litigation should be an absolute defence, unless, perhaps, there was some subsequent authority for saying that no reasonable court could have reached the conclusion that it reached*” (p. 652).

**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**

giurisdizionale, che garantisce il rispetto del diritto, devono essere interpretati e applicati restrittivamente, in modo tale da non rendere impossibile l'applicazione del principio generale⁴⁷⁸.

Gli insegnamenti del caso *ITT Promedia* sono stati pienamente confermati dallo stesso Tribunale nella recente sentenza *Protégé International c. Commissione*⁴⁷⁹. In quell'occasione è stato ribadito in maniera ancora più esplicita che la circostanza che i giudici nazionali abbiano dichiarato infondata l'azione giudiziaria dell'impresa in posizione dominante non è di per sé sufficiente a ritenerla defatigatoria, ai sensi del primo criterio del test *ITT Promedia*⁴⁸⁰.

4.1.2. Il diritto di accesso alla giustizia e il divieto di abuso di posizione dominante: osservazioni conclusive

L'analisi del caso *ITT Promedia* evidenzia, in primo luogo, l'affinità (se non l'identità) tra il *test*, ivi stabilito, per l'applicazione dell'articolo 102 TFUE e quello elaborato dalla giurisprudenza UE in materia di abuso del diritto.

Il primo criterio del *test ITT Promedia* è lo stesso criterio di ragionevolezza obiettiva dell'azione, sviluppato nell'ambito della giurisprudenza UE in tema di abuso del diritto. In entrambi i casi si richiede di dimostrare che un comportamento formalmente compatibile con una prerogativa riconosciuta dal diritto UE sia in realtà volto a realizzare un scopo contrario, ovvero diverso, da quello per il quale essa è stata riconosciuta.

⁴⁷⁸ v. sentenza del Tribunale UE, *ITT Promedia c. Commissione*, *supra cit.*, § 61.

⁴⁷⁹ v. sentenza del Tribunale UE, 13 settembre 2012, causa T-119/09, *Protégé International c. Commissione*, in Racc. digitale (id. T 2012:421), (disponibile solo in lingua francese).

⁴⁸⁰ *ibid.*, §§-56-57. Allo stesso modo, per soddisfare il primo criterio del *test ITT Promedia*, si deve dimostrare non solo, e non tanto, l'infondatezza (in punto di fatto e/o di diritto) dell'azione giudiziaria intentata dall'impresa in posizione dominante, bensì la natura defatigatoria/vessatoria della stessa (al momento in cui essa è stata proposta) (*ibid.*, § 59).

**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**

Per quanto riguarda il secondo criterio del *test* elaborato in *ITT Promedia*, esso altro non sembra essere che l'applicazione *ratione materiae* del criterio soggettivo elaborato dalla succitata giurisprudenza UE nei casi di abuso del diritto. Il secondo criterio del *test ITT Promedia* si riferisce essenzialmente all'intento escludente dell'impresa in posizione dominante, da dimostrarsi tramite la prova dell'inserimento dell'azione giudiziaria all'interno di una complessa strategia escludente. Anche in questo ambito quindi, così come richiesto per il secondo criterio del *test* elaborato dalla giurisprudenza UE in materia di abuso del diritto, si procede a una sorta di oggettivizzazione dell'elemento soggettivo⁴⁸¹.

Il richiamo della figura dell'abuso nell'ambito nel caso *ITT Promedia* diverge tuttavia dalla giurisprudenza UE in materia di abuso del diritto su un preciso profilo, che è quello della qualificazione della figura dell'abuso e, conseguentemente, della sua sanzione. Ed è questa la seconda riflessione che deriva dal caso *ITT Promedia*.

In *ITT Promedia*, l'abuso del diritto di accesso alla giustizia da parte dell'impresa in posizione non assume una funzione autonoma, bensì costituisce la sussunzione nel caso concreto della fattispecie di abuso di posizione dominante ex articolo 102 TFUE. L'applicazione del *test ITT Promedia* non fa quindi emergere l'abuso del diritto come una figura autonoma di illecito, costituendo invece il criterio applicativo/specificativo della fattispecie abusiva di cui all'articolo 102 TFUE.

Di talché, in questo caso il collegamento della figura dell'abuso del diritto con la fattispecie di posizione dominante (*rectius*, la sussunzione del primo all'interno della seconda), comporta

⁴⁸¹ In altri termini, l'esistenza di una strategia e/o di un intento escludente dell'impresa dominante dovrà essere dimostrata attraverso dati, informazioni e valutazioni di natura oggettiva, ossia tramite fonti probatorie che implicino un'esternazione e attuazione della strategia e/o intento escludente.

**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**

l'applicazione delle sanzioni previste dall'articolo 102 TFUE, *in primis*, di quelle pecuniarie.

Nell'ambito della giurisprudenza sul divieto di abuso del diritto UE, l'abuso emerge come una figura autonoma e, per questa ragione, la sanzione nei confronti di chi ha abusato della prerogativa riconosciutagli dall'ordinamento è una di quelle “tipiche” della teoria dell'abuso, ossia l'inefficacia nei confronti dell'autore dell'abuso dei benefici previsti dalla suddetta prerogativa⁴⁸².

La terza riflessione relativa al *test ITT Promedia* è che esso risulta essere sostanzialmente identico a quello sviluppato dalla giurisprudenza *Noerr- Pennington* della Corte Suprema statunitense. Secondo quest'ultima infatti il resistente in giudizio per sostenere la *sham exception* rispetto all'azione giudiziaria dell'impresa in posizione dominante dovrebbe dimostrare: (i) l'oggettiva e manifesta infondatezza dell'azione (che deve quindi essere “*objective baseless*”); e (ii) l'intento anticoncorrenziale dell'attore⁴⁸³.

Per quanto concerne la prima parte del *test*, la resistente dovrebbe dimostrare che nessun ricorrente ragionevole si attenderebbe l'accoglimento dell'azione⁴⁸⁴. Solo nel caso in cui questa prima parte

⁴⁸² cfr. M. SCUFFI, *Verso la codificazione dell'abuso del diritto, cit.*, L'Autore evidenzia infatti che “sul piano sanzionatorio la Corte di giustizia nella sentenza Halifax aveva statuito che la constatazione dell'esistenza di un comportamento abusivo, se da luogo ad un obbligo di rimborso delle imposte non versate, non implica necessariamente l'irrogazione di una sanzione per la quale occorrerebbe un fondamento normativo “chiaro ed univoco” (p.8). Ciò anche alla luce del fatto che l'articolo 4 del Regolamento n. 2988/95, “ritenuto dalla Corte di giustizia pertinente per tutti i casi di partecipazione a pratiche illecite-prevede infatti (par.3) che “ gli atti per i quali si stabilisce che hanno per scopo il conseguimento di un vantaggio contrario agli obbiettivi del diritto comunitario ,creando artificialmente le condizioni per ottenere il vantaggio ,comportano ,a seconda dei casi, il mancato conseguimento o la revoca del vantaggio stesso” (p.1).

⁴⁸³ Sentenza della Corte Suprema statunitense, *Professional Real Estate Investors (PRE) c. Columbia Pictures Industries*, 508 U.S. pp. 60-61 (1993).

⁴⁸⁴ Secondo la Corte, *ibid.*, “*the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits*”. Sicché, “*if an objective litigant could conclude that the suit is reasonably calculated*

**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**

del test venisse dimostrata, il giudice dovrà poi valutare le argomentazioni della resistente circa la sussistenza di un intento anticoncorrenziale in capo all'attore. In quest'ottica, la resistente deve dimostrare che l'attore abbia esperito l'azione solo per ostacolare le attività della resistente, utilizzando il processo in sé (e non il suo esito) quale strumento anticoncorrenziale⁴⁸⁵. Si tratta anche in questo caso di un *test* misto, ossia, che richiede un apprezzamento sia sull'ambito oggettivo della domanda, sia su quello soggettivo (legato all'intenzione dell'attore)⁴⁸⁶.

La differenza tra la giurisprudenza statunitense e l'*ITT Promedia doctrine* sembra invece consistere nel fatto che, secondo la giurisprudenza statunitense, l'accoglimento della *sham exception* non implica, ovviamente, l'accertamento della responsabilità da illecito antitrust, ma semplicemente che un determinato comportamento non è protetto dalla *Noerr-Pennigton doctrine*. Ciò significa quindi che la responsabilità antitrust deve essere anch'essa dimostrata seguendo le normali regole processuali e probatorie⁴⁸⁷.

to elicit a favorable outcome, the suit is immunized under Noerr, and an antitrust claim premised on the sham exception must fail". (p. 60).

⁴⁸⁵ In questa direzione la Corte ha precisato che "[o]nly if challenged litigation is objectively meritless may a court examine the litigant's subjective motivation. Under this second part of our definition of sham, the court should focus on whether the baseless lawsuit conceals "an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor," Noerr, supra, at 144 (emphasis added), through the "use [of] the governmental process--as opposed to the outcome of that process--as an anticompetitive weapon," Omni, 499 U. S., at ___ (slip op., at 14) (emphasis in original). This two tiered process requires the plaintiff to disprove the challenged lawsuit's legal viability before the court will entertain evidence of the suit's economic viability" (p. 61).

⁴⁸⁶ E, anche per questo, è un *test* estremamente difficile da soddisfare.

⁴⁸⁷ Sempre nella sentenza *PRE*, la Corte ha ritenuto che "[o]f course, even a plaintiff who defeats the defendant's claim to Noerr immunity by demonstrating both the objective and the subjective components of a sham must still prove a substantive antitrust violation. Proof of a sham merely deprives the defendant of immunity; it does not relieve the plaintiff of the obligation to establish all other elements of his claim." (p. 61). In questo modo si spiega pertanto il basso tasso di accoglimento, nella giurisprudenza statunitense, di domande riconvenzionali fondate sull'asserita violazione del diritto antitrust da parte dell'attore

**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**

Per la giurisprudenza *ITT Promedia* invece, l'adempimento dei criteri del test ivi stabilito sembra di fatto comportare la violazione dell'articolo 102 TFUE.

4.2. Abuso di prerogative procedurali, abuso del diritto e abuso di posizione dominante

Come evidenziato in precedenza, il ricorso alla figura dell'abuso del diritto può costituire un utile criterio applicativo dell'articolo 102 TFUE a comportamenti che, quantomeno formalmente, appaiono costituire esercizio di prerogative procedurali.

Questa sembra essere anche la posizione della giurisprudenza, europea e nazionale. Sono emblematici in tal senso i casi *AstraZeneca*, deciso a livello europeo, e, per quanto concerne l'ordinamento nazionale, la sentenza del Consiglio di Stato nel caso *Pfizer*.

Nel primo caso, il ricorso alla figura dell'abuso del diritto è implicito nel ragionamento delle istituzioni UE, pur influenzandone in maniera chiara e determinante l'analisi. Nel secondo caso, il divieto di abuso del diritto è sollevato a principio generale dell'ordinamento nazionale ed è espressamente richiamato dal Consiglio di Stato quale elemento risolutivo della controversia.

Anticipando le conclusioni dell'analisi che sarà svolta di seguito, si osserva che nel caso *AstraZeneca* il ragionamento delle istituzioni UE utilizza in maniera corretta la figura dell'abuso del diritto, poiché incentra l'analisi sulle evidenze probatorie relative al discostamento del comportamento censurato dalla funzione per la quale la prerogativa, di cui il comportamento contestato ne costituirebbe l'esercizio, è stata riconosciuta dall'ordinamento. Nel secondo caso invece la figura (*rectius*, il principio) dell'abuso del diritto è utilizzato, ad avviso di chi scrive, in maniera distorta, poiché sembra fungere da *slogan*, ovvero come *argomento*, per avvalorare un'analisi che sembra risolversi nella disapplicazione dell'articolo 102

**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**

TFUE o, quantomeno, nella riqualficazione della fattispecie contestata all'impresa dominante.

4.2.1 Abuso del diritto, abuso del procedimento e abuso di posizione dominante: il caso *AstraZeneca* letto in chiave di abuso del diritto

Per analizzare l'utilizzo della figura dell'abuso del diritto nel caso *AstraZeneca* si ritiene più interessante soffermarsi sulla seconda fattispecie abusiva. La ragione di tale scelta è che – a differenza della prima fattispecie abusiva, in cui si contestavano dei comportamenti di per sé censurabili, quali l'aver fornito informazioni non veritiere, ovvero reticenti, alle autorità di regolazione⁴⁸⁸ – la seconda fattispecie abusiva riguarda comportamenti (almeno formalmente) compatibili con (e conformi al) l'esercizio di una prerogativa concessa dal diritto dell'Unione europea.

Nell'ambito della seconda fattispecie abusiva, il gruppo *AstraZeneca*, come si rammenterà, è stato ritenuto responsabile della violazione dell'articolo 102 TFUE per avere ritirato in Svezia, Norvegia e Danimarca, le AIC relative alla versione in capsule del

⁴⁸⁸ Si noti, in ogni caso, che la dottrina che si è occupata del caso *AstraZeneca* ha suggerito una lettura in chiave di abuso del diritto non solo della seconda fattispecie abusiva, bensì anche della prima sostenendo che “*As the granting of SPC's is one of those IP areas that have undergone a process of harmonization, AstraZeneca's conduct concerning the misleading information granted to the national patent offices, so as to unlawfully extend the SPC terms, could be construed as seeking to gain a financial or advantage by abusive use of Community law*” (v. M. MAGGIOLINO e L. MONTAGNANI, *Astrazeneca's Abuse of IPR-Related Procedures: A Hypothesis of Ant-Trust Offence, cit.*, p. 257). La tesi sostenuta dalle Autrici si presenta però difficilmente conciliabile con la nozione di abuso del diritto. Nel primo caso infatti l'impresa in posizione dominante aveva fornito informazioni non veritiere, o comunque fuorvianti, alle autorità nazionali, il che induce a concludere per la non conformità del comportamento contestato allo schema della prerogativa riconosciuta dall'ordinamento. In altri termini, il comportamento contestato nell'ambito della prima fattispecie d'abuso, proprio perché di per sé rimproverevole, anche alla luce degli obblighi di collaborazione incombenti sull'impresa dominante, non può nemmeno dirsi formalmente compatibile con lo schema della prerogativa che si pretende esercitare, collocandosi quindi al di fuori dello schema tipico di siffatta prerogativa. Questa divergenza tra comportamento concreto e schema ipotetico della prerogativa è sufficiente per collocare il comportamento al di fuori della fattispecie dell'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**

medicinale Losec, al solo fine di ritardare l'ingresso dei genericisti e degli importatori paralleli nei suddetti mercati.

Pur senza esplicitamente menzionare la figura dell'abuso del diritto, né il test elaborato dal Tribunale nella causa *ITT Promedia*, le istituzioni UE hanno ritenuto che il ritiro della delle autorizzazioni da parte del gruppo AstraZeneca non fosse volto a proteggere i propri interessi legittimi⁴⁸⁹, né era supportato da giustificazioni oggettive⁴⁹⁰.

È stato quindi rilevata la mancanza di razionalità economica del comportamento tenuto da AstraZeneca⁴⁹¹. Ciò anche alla luce del fatto che la revoca delle autorizzazioni non rappresentava un comportamento conforme alla prassi commerciale del settore⁴⁹². Le istituzioni UE hanno quindi dimostrato che la condotta contestata “appariva *unicamente* atta ad impedire ai richiedenti di AIC di farmaci essenzialmente simili il ricorso alla procedura abbreviata e, di

⁴⁸⁹ I giudici UE hanno infatti evidenziato innanzitutto la circostanza che al momento della revoca delle autorizzazioni, AstraZeneca non avesse più un diritto esclusivo sui propri studi, avendo quindi sfruttato tutto il tempo necessario, secondo il legislatore, a recuperare gli investimenti fatti. In secondo luogo, la revoca dell'autorizzazione all'immissione in commercio non era necessaria per l'introduzione di una nuova linea del farmaco Losec.

⁴⁹⁰ Sul profilo delle giustificazioni oggettive invece, la tesi di AstraZeneca circa la necessità della revoca delle AIC al fine di evitare i penetranti obblighi di farmacovigilanza, è stata considerata contraddittoria, (poiché le autorizzazioni non erano state revocate in altri Stati membri con pesanti obblighi di farmacovigilanza), prima ancora che inammissibile, perché sollevata per la prima volta dinnanzi al Tribunale.

⁴⁹¹ v. C. DESOGUS, *Nuove frontiere tra regolazione, proprietà intellettuale e tutela della concorrenza nel settore farmaceutico: le pratiche di brevettazione strategica*, cit, p. 11, secondo cui la nozione di abuso del diritto sarebbe vicina “alla prospettiva adottata da Tribunale UE nella sentenza sul caso AstraZeneca. Ivi essa, infatti, afferma che lo standard di prova per dimostrare che l'attività di brevettazione strategica nasconde un intento anticoncorrenziale consta di due fasi: innanzitutto, occorre provare l'esistenza (anche solo potenziale) della *foreclosure* e, in secondo luogo, occorre che l'esercizio del diritto al brevetto non poggi su una valida e razionale giustificazione economica. In altre parole, quindi, l'abuso del diritto potrebbe essere letto con le lenti del “*no economic sense test*” d'oltreoceano, che guarda a se una certa condotta d'impresa ha senso sotto il profilo delle strategie di business di un'impresa ovvero se essa acquista importanza solo per la probabilità che questa contribuisca a proteggere la posizione dominante da essa posseduta”.

⁴⁹² v. § 820 della Decisione.

**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**

conseguenza, a ostacolare o ritardare l'ingresso sul mercato di prodotti generici⁴⁹³ (enfasi aggiunta). A ben vedere, il ragionamento utilizzato nel caso di specie non è altro che quello volto a dimostrare la soddisfazione della prima condizione del *test ITT Promedia*. Per quanto riguarda invece la seconda condizione del *test ITT Promedia*, ossia l'elemento soggettivo, le istituzioni UE hanno provato, attraverso accurate evidenze documentali, che con il comportamento contestato "l'AZ, come il Tribunale ha dichiarato al punto 814 della sentenza [di primo grado], intendeva ostacolare l'introduzione dei prodotti generici e le importazioni parallele"⁴⁹⁴.

Si deve infine osservare che un ruolo importante nelle conclusioni delle istituzioni UE lo ha avuto la circostanza che il comportamento contestato, ossia la revoca delle autorizzazioni, è avvenuto dopo la scadenza del periodo di esclusiva sull'utilizzo dei propri dati, riconosciuto dall'ordinamento UE all'impresa AstraZeneca. L'ordinamento aveva quindi introdotto una limitazione (temporale) al diritto di esclusiva dell'impresa dominante sull'utilizzo dei propri dati e studi di laboratorio, riconoscendo quindi un vero e proprio diritto in capo ai genericisti di accedervi in caso di commercializzazione di prodotti essenzialmente simili a quello a cui si riferivano gli studi e i dati in questione.

Proprio su tale aspetto, merita di essere evidenziato che l'elemento caratterizzante della seconda fattispecie abusiva in *AstraZeneca* sia rappresentato dal tentativo dell'impresa dominante di ottenere un risultato contrario alla normativa UE, ossia un risultato che eludesse l'applicazione della limitazione sull'esclusiva dell'impresa dominante sui propri dati e che, quindi, estendesse di

⁴⁹³ v. sentenza della Corte di giustizia, *AstraZeneca*, cit., § 118.

⁴⁹⁴ *ibid.*, § 130.

**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**

fatto il periodo di esclusiva del gruppo AZ sui dati e sugli studi in questione. Il Tribunale evidenzia tale circostanza in maniera chiara quando afferma che il comportamento di AstraZeneca ha avuto la conseguenza di “rendere inapplicabile la limitazione [che la normativa europea sulle procedure abbreviate] prevede allo sfruttamento esclusivo delle informazioni provenienti dalle prove farmacologiche, tossicologiche e cliniche”⁴⁹⁵.

In altri termini, nel caso AstraZeneca è stato censurato il tentativo dell'impresa dominante di andare oltre il periodo di esclusiva che l'ordinamento le aveva riconosciuto come tempo di sfruttamento esclusivo dei propri studi, necessario e sufficiente per il recupero degli investimenti effettuati dal gruppo nel campo della ricerca⁴⁹⁶.

4.2.1.1 Abuso del diritto, abuso del procedimento e abuso di posizione dominante: la “speciale responsabilità” dell'impresa in posizione dominante

La lettura del caso *AstraZeneca* alla luce della teoria dell'abuso del diritto pone il problema delle modalità attraverso cui si possa legittimare, sul piano teorico, il ricorso alla nozione di abuso del diritto come fattispecie applicativa del diritto della concorrenza. Si tratta, in altri termini, di comprendere su quale base si potrebbe giustificare che una stessa azione sia potenzialmente sanzionabile con l'imposizione di pesanti ammende se messa in atto da un'impresa in

⁴⁹⁵ v. sentenza del Tribunale, *AstraZeneca*, cit., § 682. In maniera ancora più chiara la Commissione ha ritenuto che tramite il proprio comportamento “l'AZ avrebbe quindi tentato di conservare artificialmente la sua esclusiva sul mercato, cercando di annullare il diritto, conferito dal quadro normativo al secondo richiedente e ai richiedenti successivi al termine del periodo di esclusiva dei dati, di non fornire i dati contenuti nei fascicoli del primo richiedente” (v. sentenza del Tribunale, § 645, dove si riportano le conclusioni della decisione adottata dalla Commissione).

⁴⁹⁶ Si tratta a ben vedere di un elemento di particolare importanza ai fini della presente analisi, poiché differenzia i fatti del caso *AstraZeneca* da quelli del caso *Pfizer*, appalesando tutta la problematicità della sentenza del Consiglio di Stato in questo ultimo caso.

**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**

posizione dominante, mentre essa può sfuggire a tale sanzione se svolta da un'impresa che non detiene una siffatta posizione.

La risposta al quesito si può trovare nella già menzionata nozione di speciale responsabilità dell'impresa dominante. Sin dalla sentenza *Michelin I*⁴⁹⁷, i giudici comunitari e nazionali hanno ripetutamente evidenziato la sussistenza di un dovere di “speciale responsabilità” che incombe sull'impresa in posizione dominante, precisando che la posizione dominante “comporta la soggezione [dell'impresa] ad un particolare statuto di responsabilità, in virtù del quale [essa] è tenuta a comportamenti diversi da quelli normalmente consentiti agli operatori del mercato e all'osservanza di un grado di diligenza e precauzione maggiore nell'esplicazione della propria attività nel mercato, onde non compromettere ulteriormente con la propria condotta il confronto concorrenziale residuo, già pregiudicato dal significativo potere di mercato di cui essa è detentrica”⁴⁹⁸.

Si tratta di tutta evidenza di una nozione, di derivazione ordoliberal⁴⁹⁹, che esprime in maniera chiara quella concezione

⁴⁹⁷ V. sentenza della Corte di giustizia, 3 novembre 1983, causa C-322/81, *Michelin*, § 57.

⁴⁹⁸ v. *ex multis*, sentenza del Consiglio di Stato, del 13 settembre 2012, n. 4873.

⁴⁹⁹ Il concetto richiama il paradigma del “come se” di matrice ordoliberal (anche se non condiviso da tutti gli affiliati alla scuola), secondo cui per scongiurare i rischi derivanti dalla concentrazione del potere economico privato in mano a un determinato soggetto, quest'ultimo dovrebbe comportarsi “come se” operasse in mercati contraddistinti da concorrenza perfetta. Lo standard “come se” per di più di natura economica, trovò poi fondamento legale nella distinzione tra “*performance competition*” e “*impedement competition*”. La prima è una forma di concorrenza permessa, la seconda no. Sicché, è stato osservato che, secondo questa concezione, “*since the dominant firm will abuse its position if it engages in hindrance competition, it is under a duty to refrain from such hindrance competition, hence the special responsibility of the dominant firm*” (v. P. LAROUCHE e M.P. SCHINKEL, in *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, (R.D. BLAIR & D. D. SOKOL,) Oxford, vol. 2., 2015, p. 164). v., altresì, D.J. GERBER, *Law and Competition*, cit., supra n. 12; P. LAROUCHE e M.P. SCHINKERL, *Continental Drift in the treatment of Dominant Firms: Article 102 TFUE in contrast to § 2 Sherman Act*; reperibile sul sito http://www.luc.edu/media/lucedu/law/centers/antitrust/pdfs/events/larouche_colloqu

**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**

dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE quale strumento di contenimento del potere economico privato, secondo il paradigma per cui “*chi detiene il potere non ha diritto di essere libero e chi vuole essere libero non dovrebbe detenere il potere*”⁵⁰⁰. La rigosità del dovere in questione è proporzionale al grado di potere detenuto dall'impresa in posizione dominante⁵⁰¹.

Come è stato coerentemente ritenuto in dottrina e in giurisprudenza, la nozione di speciale responsabilità non rileva, di per sé, ai fini della configurazione dell'abuso di posizione dominante, bensì semplicemente implica che, “quando sono in grado di

[ium.pdf](#); E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, 2010; E. SZYSZCZAK, *Controlling Dominance*, cit.; K. MCMAHON, *Interoperability: “Indispensability” and “Special Responsibility”*, in *High Technology Markets*, in *Tulane Journal of Technology & Intellectual Property*, Vol 9, 2007.

⁵⁰⁰ La citazione è attribuita a Franz Bohm da E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, supra cit., p. 72. Nonostante la nozione di speciale responsabilità sia stata severamente criticata dai sostenitori dell'effect based approach (V. per tutti, R. A. CORCHO, *Can We finally Say Farewell to the “Special Responsibility” of Dominant Companies?*, in *European Competition Law Annual: 2007 – A Reformed Approach to Article 82 EC*, C.D. Ehlermann e M. Marquis (a cura di), Hart Publishing, 2008, p. 320-324), essa ha avuto una “posizione d'onore” negli Orientamenti della Commissione sugli abusi escludenti. Infatti, al § 1 dei suddetti Orientamenti si legge che: “*l'articolo 82 del trattato CE (in appresso “l'articolo 82”) vieta lo sfruttamento abusivo della posizione dominante. Conformemente alla giurisprudenza, non è di per sé illegale che un'impresa sia in posizione dominante e tale impresa dominante ha il diritto di competere sulla base dei propri meriti. **L'impresa in questione ha tuttavia la responsabilità speciale di non permettere che il suo comportamento ostacoli una concorrenza realmente priva di distorsioni nel mercato comune***”. Ciò a dimostrazione che si tratta di un concetto fortemente radicato nel diritto europeo della concorrenza. È noto infine il pensiero di G. AMATO, secondo cui in Europa la speciale responsabilità delle imprese in posizione dominante sarebbe diretta alla “*tutela dei pochi concorrenti esistenti*”, in *Il potere e l'antitrust*, cit., p. 71.

⁵⁰¹ In *CMB*, la Corte di giustizia ha infatti sostenuto che “*l'ambito di applicazione materiale della responsabilità particolare che incombe su un'impresa dominante deve essere valutato alla luce delle circostanze specifiche del caso concreto, le quali riflettono una situazione di concorrenza affievolita*” (v. sentenza della Corte di giustizia, 16 marzo 2000, cause riunite, C-395/96 396/96, in *Racc.* 2001, p. I-1365, § 114). Sicché, nei casi di imprese in posizione di “super-dominanza”, il giudice comunitario ha considerato abusivo il tentativo della suddetta impresa di avvalersi “*di un'esclusiva contrattuale prevista [in un determinato] accordo con l'autorità pubblica al fine di estromettere il solo concorrente dal mercato*” (sentenza della Corte di giustizia, *CMB*, cit., supra § 86).

**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**

restringere la concorrenza, anche comportamenti commerciali comuni – e del tutto legittimi, se adottati da imprese non dominanti – possono essere abusivi se adottati da un'impresa dominante”⁵⁰². Ciò è stato ribadito recentemente dalla Corte di giustizia, secondo cui “il livello di potere di mercato influisce, in linea di principio, più sulla portata degli effetti del comportamento dell'impresa in questione che sull'esistenza dell'abuso in quanto tale”⁵⁰³. Sostenere il contrario significherebbe infatti condannare la mera detenzione della posizione dominante da parte di un'impresa.

Il ruolo che invece svolge la speciale responsabilità dell'impresa in posizione dominante è quello di una sorta di clausola generale aperta, tramite la quale concorrono a modellare il comportamento dell'impresa in posizione dominante diversi obblighi e/o regole comportamentali dettati dalla funzione svolta dall'articolo 102 TFUE e quindi dagli obiettivi assegnati all'ordine concorrenziale⁵⁰⁴. Si tratta

⁵⁰² v. L. PROSPERETTI, M. SIRAGUSA, *Economia e diritto antitrust*, cit., p. 221-222. Si veda altresì sentenza del Tribunale UE, 30 settembre 2003, cause riunite T-191/98 e 212-214/98, *TACA*, in Racc. 2003 II-3275, § 1461.

⁵⁰³ v. sentenza *Tomra*, cit., n. 16, § 39.

⁵⁰⁴ Parzialmente *contra*. R. NAZZINI, *The Foundations of European Union Competition Law*, cit., secondo cui “special responsibility is not a legal doctrine because it does not define legal rules. It is a short-hand to describe and explain their operation. Importantly, the doctrine of special responsibility must not be used as a formula according to which duties and liabilities can be imposed on the dominant undertakings. Duties and liabilities can be imposed on the dominant undertaking only under tests that concretize the general precepts of Article 102 in the light of its objective”. Secondo lo stesso Autore “only to this extent can “special responsibility” become a legal doctrine. But the nit would add nothing to the definition other abuse because it would only say that a dominant undertaking has a special responsibility not to abuse its dominant position within the meaning of Article 102” (p. 175). v. anche HADRIAN. S., *Appeal, Non-Application, Judicial Review on the Acts of the Public Administration for Antitrust Purposes (Notes to the Consiglio di Stato-Italian Supreme Administrative Court-Judgment, Sec. VI, n. 693/2014)*, cit., secondo cui “the principle of “special responsibility”, frequently invoked in the case law of the Court of Justice [...] becomes so an independent source of obligations and prohibitions for the companies in dominant position; according to a logic of integration, of the typified obligations, and of balancing, of the conflicting interests, which belongs also to other general clauses, first of all, the rule of good faith which, as is well known, occupies a preminent role in the European law of contracts” (p. 155).

**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**

sia di obblighi generali, come ad esempio quello di cooperazione con le autorità, buona fede e lealtà nei comportamenti, così come di obblighi negativi di astensione da pregiudicare la struttura concorrenziale del mercato.

Ed è proprio alla luce della sua “*particolare responsabilità*” che l’impresa in posizione dominante non può abusare della proprie prerogative procedurali, ovvero non può “*utilizzare procedure normative in modo da impedire o rendere più difficile l’ingresso di concorrenti sul mercato, in assenza di motivi attinenti alla difesa dei legittimi interessi di un’impresa impegnata in una concorrenza basata sui meriti o in mancanza di giustificazioni oggettive*”⁵⁰⁵.

A questi obblighi, la giurisprudenza più recente ha anche aggiunto obblighi positivi, ossia veri e propri doveri di attivazione da parte dell’impresa dominante ai fini della collaborazione con le autorità pubbliche. Si pensi, ad esempio, all’obbligo di correggere gli errori del regolatore settoriale enunciato dai giudici UE nel caso *Deutsche Telekom*⁵⁰⁶, ovvero quelli enunciati nel caso *AstraZeneca* e volti, sia a informare l’autorità competente degli errori commessi dall’impresa dominante nella presentazione di un’istanza autorizzatoria, sia ad adottare tra diverse interpretazioni della normativa settoriale quella “*più ortodossa*”, oppure quella con minore incidenza negativa sulla situazione concorrenziale del mercato⁵⁰⁷.

⁵⁰⁵ v. sentenza della Corte di giustizia, *AstraZeneca*, cit., supra n. 17, § 134.

⁵⁰⁶ v. quanto già sostenuto al Cap. I, § 7.3.1.

⁵⁰⁷ v. P. LAROUCHE e M.P. SCHINKEL, *The Oxford Handbook*, supra cit., p. 164. In senso critico invece F. MURPHY e F. LIBERATORE, *Abuse of Regulatory procedures – the AstraZeneca case*, cit., p. 322-323, secondo cui “*in its most basic form, it appears that the Commission’s case is that the special responsibility under art.82 of the EC Treaty extends to a dominant company being under a positive obligation to ensure that its marketing authorisations are maintained so that it is easier for generics and parallel imports to come on to the market and thereby compete with the dominant company. The special responsibility prevails regardless of whether or not the dominant company still has a commercial interest in selling the product to which the marketing authorisation relates and*

**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**

Si giunge quindi a imporre all'impresa in posizione dominante non solo l'incentivo a una applicazione decentrata e responsabile del diritto della concorrenza, bensì anche un obbligo di collaborazione attiva con le autorità settoriali. In tale modo, si procede a una sorta di inversione del tradizionale dovere di soccorso in capo alle autorità pubbliche, in quanto è l'impresa in posizione dominante ad avere una speciale responsabilità ad attivarsi affinché l'autorità pubblica (settoriale) adotti decisioni compatibili con il diritto della concorrenza, ovvero corregga le proprie precedenti decisioni in contrasto con il diritto della concorrenza.

4.2.2. Abuso del diritto, abuso del procedimento e abuso di posizione dominante: il caso Pfizer

A livello nazionale la questione dell'interazione tra abuso di posizione dominante e abuso del diritto è stata affrontata, in maniera esplicita, nel caso *Pfizer*⁵⁰⁸.

thereby any commercial interest in maintaining the existence of the marketing authorisations. The special responsibility also prevails regardless of the fact that the maintenance of the marketing authorisations would impose upon the dominant company continuing updating and pharmacovigilance obligations that it would have to fund. [...] The Commission's extension of the special responsibility on dominant companies goes way beyond existing caselaw. What the Commission is doing in AstraZeneca is introducing a form of compulsory licensing through the back door. If upheld, the Commission's AstraZeneca Decision will have the effect of placing dominant companies under a positive obligation to actively maintain rights (whether exclusive or non-exclusive) they have obtained to commercialise their products, if the maintenance of those rights would make it easier for others to compete with them".

⁵⁰⁸ Si noti che la figura dell'abuso del diritto è stata, implicitamente, richiamata anche in un altro caso analizzato nel cap. II del presente contributo e, in particolare, nel caso *Coop Estense*. Il Consiglio di Stato ha infatti osservato con riferimento alle condotte della società Coop Estense nel comune di Modena, che “correttamente il provvedimento sanzionatorio qui al vaglio ha ravvisato in questi comportamenti la fattispecie dell'intento abusivo a finalità escludente: la tempistica dei fatti, per quanto legittima dal punto di vista dell'ordinamento del settore urbanistico, dal punto di vista dell'ordinamento della tutela della concorrenza si rivela inequivocabilmente, in ragione di quanto sopra rammentato, come una condotta della dominante il mercato orientata a una sua indebita utilità economica, consistente nella preclusione dell'ingresso, surrettiziamente realizzato mediante la descritta ‘distrazione’ dell'azione amministrativa, del nuovo paventato concorrente”. Ne conseguirebbe, secondo il Consiglio di Stato, che “proprio in applicazione del principio generale di proporzionalità – [è] coerente e lineare

**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**

Come si rammenterà dal secondo capitolo del presente contributo, l'Autorità ha sanzionato le società del gruppo Pfizer, perché esse avrebbero messo in atto una complessa strategia escludente, volta a estendere artificiosamente la durata della protezione del farmaco Xalatan e, di conseguenza, a ritardare l'entrata sul mercato dei genericisti. L'Autorità ha sostanzialmente sostenuto che la strategia escludente sarebbe consistita nell'utilizzo improprio delle procedure brevettuali da parte delle società del gruppo Pfizer, nonché nell'instaurazione del contenzioso giudiziario contro i genericisti, con lo scopo di creare nei confronti di questi ultimi uno stato di incertezza giuridica circa l'estensione temporale della protezione brevettuale.

Il TAR Lazio invece, accogliendo il ricorso proposto dal gruppo Pfizer contro la decisione dell'Autorità, ha ritenuto che il garante della concorrenza non fosse riuscito a provare l'esistenza di quel *quid pluris* necessario a stigmatizzare le condotte tenute dalle imprese del gruppo Pfizer, che si presentavano come comportamenti in sé leciti e volti alla tutela dei propri diritti e i interessi legittimi.

Pronunciandosi in appello, il Consiglio di Stato ha annullato la sentenza del TAR, proprio sulla base di una lettura del provvedimento dell'Autorità e delle condotte in esso contestate, alla luce della figura dell'abuso del diritto.

Il Consiglio di Stato ha posto quindi l'attenzione sull'asserito utilizzo strumentale del brevetto divisionale, precisando che, nel caso di specie, non fosse in contestazione l'astratta legittimità della richiesta del brevetto divisionale, bensì l'uso che in concreto il gruppo

rapportare con l'atto impugnato siffatta condotta alla figura dell'abuso di posizione dominante. Abuso è qui infatti l'esercizio di un potere che, per quanto possa apparire conforme al suo contenuto dal punto di vista urbanistico o proprietario, è in realtà – cioè economicamente - funzionale al conseguimento di un'utilità inaccettabile dal punto di vista della finalità generale di esclusione dei comportamenti discorsivi del mercato (enfasi aggiunta).

**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**

Pfizer ne avrebbe fatto. L'unica ragione per la quale il gruppo Pfizer avrebbe richiesto il brevetto divisionale sarebbe stata quella di ottenere il CPC in Italia e di estendere fino al 2011 la durata della protezione del principio attivo latanoprost, allineandolo quindi alla scadenza della protezione del medesimo principio attivo negli altri Stati membri. Il giudice d'appello ha inoltre osservato che la conformità dei comportamenti contestati con la normativa brevettuale fosse irrilevante ai fini dell'accertamento della violazione dell'articolo 102 TFUE. La linea di fondo del ragionamento dell'organo giudicante è che l'ambito della normativa sulla tutela brevettuale è diverso da quello della disciplina antitrust.

L'abuso di posizione dominante, peraltro, ed è questo il punto centrale del ragionamento del Consiglio di Stato, non sarebbe altro che la "specificazione della più ampia categoria dell'abuso del diritto, della quale presupposto è, appunto, l'esistenza di un diritto, del quale si faccia un uso strumentale, non coerente con il fine per il quale l'ordinamento lo riconosce: nel caso di specie, l'esclusione dal mercato dei concorrenti". Secondo il Consiglio di Stato, il comportamento contestato al gruppo Pfizer andrebbe quindi letto alla luce della figura dell'abuso del diritto, tra le cui caratteristiche essenziali c'è proprio la compatibilità formale della condotta con lo schema astratto della fattispecie attuativa di una prerogativa riconosciuta dall'ordinamento⁵⁰⁹.

⁵⁰⁹ Nel ricostruire la figura dell'abuso del diritto il Consiglio di Stato ha fatto riferimento alla recente e già citata giurisprudenza della Cassazione, ripresa poi anche nelle precedenti sentenze del Consiglio di Stato, secondo cui "elementi costitutivi dell'abuso del diritto sono, infatti, proprio la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico; la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una

**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**

Il giudice d'appello ha, in quest'ottica, ritenuto che nel caso di specie la richiesta del brevetto divisionale sarebbe stata strumentale al perseguimento di un obiettivo diverso da quello riconosciuto dal legislatore, poiché tale richiesta avrebbe avuto lo scopo di escludere la concorrenza dei genericisti. L'alterazione dello schema formale della prerogativa emergerebbe, secondo il Consiglio di Stato, da due circostanze. La prima riguarda la mancata commercializzazione di un nuovo prodotto, a seguito dell'ottenimento del brevetto divisionale. La seconda sarebbe rappresentata dalla richiesta del brevetto divisionale a “notevole di distanza di tempo dalla domanda principale”⁵¹⁰.

4.2.2.1. Abuso del diritto, abuso del procedimento e abuso di posizione dominante: critica all'utilizzo distorto della figura dell'abuso del diritto da parte del Consiglio di Stato nella sentenza Pfizer

La sentenza del Consiglio di Stato nel caso *Pfizer* presenta molteplici criticità.

In primo luogo, non è stata dimostrata la deviazione della condotta contestata rispetto all'obiettivo per il quale la prerogativa (del brevetto divisionale) è stata riconosciuta dall'ordinamento europeo. L'esclusione dal mercato dei concorrenti, per un determinato tempo ritenuto dal legislatore come necessario al recupero degli investimenti effettuati dall'inventore, rappresenta invero l'obiettivo della normativa brevettuale in questione⁵¹¹.

sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte; di conseguenza l'abuso del diritto, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, comporta l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi fino a quelli indicati dal legislatore (Cons. Stato, sez. III, 17 maggio 2012, n. 2857)”.

⁵¹⁰ cfr. sentenza del Consiglio di Stato, caso *Pfizer.*, cit.

⁵¹¹ v. in tale senso, anche C. STOTHERS e M. van KERCKHOVE, *Is Winter Coming? The Competition Chill Continues in Italian Antitrust Authority v Pfizer (Xalatan)*, in *European Intellectual Property Review*, 2014, secondo cui “it is puzzling that the Consiglio di Stato would find that Pfizer had used its IP rights in a way “inconsistent with the purpose for which they are granted, when the very purpose of IP rights is to exclude competing products, whether they be innovative drugs or generics” (p. 731).

**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**

La differenza del caso di specie con la seconda fattispecie in *AstraZeneca* è, in quest'ottica, evidente. Nel caso *AstraZeneca*, la ragione per la quale il diritto (*rectius*, la giurisprudenza) UE ammetteva una limitazione al ricorso alla procedura abbreviata per l'immissione in commercio dei prodotti generici era quella di tutelare la sanità pubblica e non quella di escludere i genericisti dal mercato. Nel caso *AstraZeneca* si è avuto quindi una vera e propria deviazione dell'obiettivo perseguito dal comportamento contestato, rispetto a quello fissato dalla normativa settoriale, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Nel caso *Pfizer*, risulta pertanto circolare e ridondante sostenere, come ha fatto il Consiglio di Stato, che richiedere un brevetto divisionale al fine di escludere la concorrenza costituirebbe una deviazione dall'obiettivo della prerogativa, che è appunto quello di escludere la concorrenza per un determinato periodo di tempo. E, contrariamente a quanto ha sostenuto il giudice amministrativo d'appello, è proprio questa identità tra obiettivo perseguito dalla condotta contestata e quello previsto dalla normativa brevettuale a rendere maggiormente necessaria, ai fini dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE, l'analisi del comportamento in questione alla luce della normativa settoriale (brevettuale)⁵¹².

In secondo luogo, il comportamento contestato al gruppo *Pfizer* non mirava a ottenere alcun vantaggio indebito, ovvero a estendere il periodo dell'esclusiva oltre quello previsto dal legislatore UE. Questo

⁵¹² Si rammenterà che secondo il Consiglio di Stato invece “che il brevetto divisionale e il relativo certificato di protezione siano stati o meno legittimamente chiesti e ottenuti è questione che qui non rileva (ed è perciò irrilevante la documentazione versata in atti all'odierna udienza), in quanto sono ininfluenti le vicende attinenti alle sorti dei vari brevetti accessori chiesti da Pfizer, nonché la tempistica delle relative richieste all'EPO e l'effettivo contenuto della rivendicazione accolta con il divisionale, poiché l'ambito normativo della tutela dell'invenzione, attraverso il rilascio dei brevetti, è diverso da quello della tutela della concorrenza” (sentenza Pfizer, *cit.*).

**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**

è un punto che è stato, ingiustamente, fatto passare in silenzio nella decisione dell'Autorità e nella sentenza del Consiglio di Stato. Considerata infatti nel suo insieme, la disciplina in materia brevettuale concede la possibilità all'inventore di recuperare i propri investimenti, riconoscendogli un tempo determinato di esclusiva.

Questo periodo di esclusiva è normalmente composto dalla sommatoria del periodo di protezione brevettuale e quello derivante dall'ottenimento del CPC. L'ottenimento di un brevetto divisionale e del relativo CPC su tale brevetto non cambia il suddetto periodo complessivo di protezione⁵¹³. Ciò significa che il legislatore riconosce come legittimo, anzi come necessario, concedere un determinato periodo di sfruttamento in esclusiva a beneficio dell'inventore, senza preoccuparsi se allo sfruttamento di tale periodo di protezione si giunga attraverso il brevetto principale (e del relativo CPC) oppure attraverso la richiesta di brevetti divisionali (e del relativo CPC). Le imprese produttrici di medicinali generici sanno, d'altronde, in anticipo, o comunque dovrebbero sapere, usando la dovuta diligenza e buona fede, che l'inventore ha diritto a ottenere una protezione dei propri prodotti per il suddetto periodo di esclusiva.

L'essenza della disciplina brevettuale che qui interessa sta, pertanto, nella concessione all'inventore di una immunità dalla concorrenza per un determinato periodo di tempo, disinteressandosi delle modalità attraverso quali l'inventore giunge ad ottenere tale protezione, salvo ovviamente i controlli di legittimità degli strumenti brevettuali, che sono tuttavia di esclusiva competenza degli uffici brevettuali⁵¹⁴.

⁵¹³ E questo è un punto incontestato, sia dall'Autorità, sia dalla dottrina che si è occupata del caso.

⁵¹⁴ In generale sui limiti dell'intervento del diritto antitrust, v. S.L.DOGAN e M.A. LAMELY, *Antitrust Law and Regulatory Gaming*, in *Texas Law Review*, 2009, secondo cui “*while we argue that antitrust should not defer to regulatory*

**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**

Nel caso di specie, il periodo di protezione massima a cui poteva ambire Pfizer, esclusa la proroga per motivi pediatrici, scadeva nel 2011. Allo stesso modo, occorre evidenziare come sia pacifico che i comportamenti contestati fossero volti a garantire che anche in Italia il periodo di protezione brevettuale venisse a scadenza nel 2011, come nel resto degli Stati membri⁵¹⁵.

agencies merely because they operate in the area of inquiry, neither should antitrust ignore the decisions regulators make. Where a regulator has made a decision that affects competition – by setting a particular price, for example, or denying a licence to a potential competitor – antitrust should not second-guess that decision absent evidence of outright corruption” (p. 687). Con riferimento specifico invece al caso Pfizer, C. STOTHERS e M. van KERCKHOVE, *Is Winter Coming?, cit.*, osservano che *“the role of competition law should not be to second-guess the rules and objectives of the IP system, particularly if it seeks to do so while intentionally rejecting the need to understand those rules and objectives”* (p. 731).

⁵¹⁵ È poi opportuno osservare che non sembrano corretti i richiami contenuti nella decisione Pfizer dell'AGCM e nella sentenza del Consiglio di Stato con riferimento alle asserite preoccupazioni espresse dalla Commissione europea, nella sua indagine sul settore farmaceutico, circa l'utilizzo del brevetto divisionale a fini anticoncorrenziali (v. ad esempio, § 178 della decisione Pfizer). Tali riferimenti sembrano essere effettuati al solo fine di stigmatizzare le condotte del gruppo Pfizer, poiché se si analizzano le preoccupazioni espresse dalla Commissione europea nella sua indagine settoriale, si scopre che nessuna delle fattispecie ivi menzionate è pertinente con le condotte contestate al gruppo Pfizer. Come infatti evidenzia la stessa Autorità, le strategie ritenute problematiche dalla Commissione riguardano *“la presentazione di numerose domande divisionali sullo stesso brevetto volte a bloccare lo sviluppo di un nuovo farmaco concorrente attraverso la costruzione di una fitta ragnatela brevettuale a protezione di una medesima specialità medicinale”* (§ 178 della decisione Pfizer). A tale rilievo è stato acutamente replicato, osservando che *“nor is the European Commission’s Pharmaceutical Sector Inquiry identify a particular issue with the application of divisional patents or SPCs on a stand-alone basis. In the Sector Inquiry, the Commission discussed at length the potentially negative effects that can be used, among other things, to create a situation of legal uncertainty as to the scope and date on which a patent will be granted. However, in the Pfizer case, EP’ 168 was only the second divisional patent based on EP’ 417. It took the EPO almost six years to provide its first substantive examination after the filing of EP’ 168, to which Pfizer responded in less than four months. The examination report and Pfizer’s response were publicly available on the EPO’s website and Ratipharm’s European patent attorneys were able to file observations less than a month after Pfizer amended its claims (and over a year before the anticipated expiry of EP’417 in Italy). This does not match the concerns of legal uncertainty raised by the Commission in the Sector Inquiry”* (C. STOTHERS e M. van KERCKHOVE, *Is Winter Coming? cit.*, p. 732). Anche la dottrina certamente non vicina al gruppo Pfizer, ha osservato che il deposito di una domanda divisionale implica l'estensione del periodo di esame della stessa da parte dell'ufficio brevetti, anche se la domanda di brevetto principale è stata ritirata o il brevetto è stato revocato. Tale effetto giuridico si presta in maniera particolarmente efficace a creare

**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**

Alla luce di quanto precede, emerge in maniera evidente la differenza tra la seconda fattispecie abusiva del caso *AstraZeneca* e il caso *Pfizer*.

In *AstraZeneca*, i comportamenti contestati erano intervenuti dopo la scadenza del periodo massimo di esclusiva riconosciuto dal legislatore ed avevano come scopo proprio quello di estendere la protezione oltre il suddetto periodo. Nel caso *Pfizer*, al contrario, i comportamenti contestati erano volti a beneficiare del massimo periodo di protezione garantito dal legislatore: nulla di più nulla di meno!

Il comportamento del gruppo Pfizer non era quindi atto a ottenere alcun beneficio indebito, ovvero un beneficio diverso da quello previsto dalla normativa di settore⁵¹⁶.

In terzo luogo, la sentenza del Consiglio di Stato è erranea anche sotto un profilo di teoria generale. Se è vero che, come sostiene il Consiglio di Stato, l'abuso di posizione dominante è una *specificazione* del principio dell'abuso del diritto, ciò non può che comportare l'applicazione nella fattispecie concreta delle regole in

il menzionato status di incertezza giuridica sull'estensione della privativa, che potrebbe essere foriera di un ritardo nell'ingresso dei farmaci generici sul mercato. L'effetto di sospensione, e la conseguente incertezza, peraltro, aumenta ulteriormente se si considera che nella prassi dell'European Patent Office una domanda divisionale a sua volta può fornire la base di un'altra domanda divisionale, fino a formare delle sequenze di domande divisionali" (v. C. DESOGUS, *Nuove frontiere*, cit., p. 9). In tal modo, l'effetto di incertezza deriverebbe solamente dal prolungamento del periodo di esame del brevetto divisionale.

⁵¹⁶ cfr. D. GERADIN, *The Uncertainties Created by Relying on the Vague 'Competition on the Merits'*, cit., secondo cui "Pfizer was not requesting any rights beyond those to which it was lawfully entitled under the patent laws. While Pharmacia did not apply for an SPC on the original patent, it is not illegal or "artificial" to instead seek an SPC on a divisional patent, and one of the common uses of divisional patents is as a "back-up" to be used in the event there are problems with the original patent. Further, while the EPO had implemented a new rule at the time of the ICA's decision, that divisional patent applications had to be made within 24 months, this new rule has subsequently been revoked by the EPO. Thus, Pfizer's use of a divisional patent to "fix" Pharmacia's "error" and obtain extended patent protection (via an SPC and a paediatric extension) appears to be a perfectly valid use of its rights under the patent system." (enfasi aggiunta, p. 351).

**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**

materia di abuso di posizione dominante, come richiede il principio di specialità.

Si sarebbe quindi dovuto accertare la sussunzione dell'asserito abuso delle regole brevettuali da parte del gruppo Pfizer sotto la fattispecie di abuso di posizione dominante, alla luce degli insegnamenti della giurisprudenza *AstraZeneca* e *ITT Promedia*. Il Consiglio di Stato non ha speso nemmeno una parola in tal senso. Esso ha invece adottato l'approccio inverso, ossia quello di analizzare i comportamenti contestati alla luce della figura (principio generale) dell'abuso del diritto. Si tratta però di un approccio inammissibile, poiché, oltre a essere in contrasto con il principio di specialità, costituisce una nuova qualificazione della fattispecie in sede d'appello, con tutte le conseguenze che ciò può avere in termini di violazione del diritto di difesa del gruppo Pfizer⁵¹⁷.

Nel provvedimento dell'Autorità infatti non si fa mai riferimento alla figura dell'abuso del diritto. È tutt'altro che superficiale rilevare poi che l'Autorità è competente ad applicare e sanzionare solo fattispecie di abuso di posizione dominante, mentre non ha alcun potere di sanzionare comportamenti contrari al principio di divieto dell'abuso del diritto.

In quarto luogo, il ragionamento del Consiglio di Stato è manifestamente erroneo e contraddittorio, anche a volere seguire la sua impostazione sull'applicazione del principio di divieto dell'abuso del diritto.

⁵¹⁷ v. in termini analoghi, C. OSTI, *The Italian Way*, cit., secondo cui “*what is even more interesting, the ICA itself had never in its decision even mentioned the theory, and it actually never even referred to its general framework: the ICA’s decision was rather based on Pfizer excluding the genericists by postponing the patent’s expiry, recurring to litigation, creating legal uncertainty on the part of the genericists as to the appropriate time to enter the market legally and generating (at the same time) “reliance” in them as to the possibility to enter the market. Which all has nothing to do with the abuse of right and was, once again, never qualified as such by the agency*” (p. 129).

**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**

I due elementi principali sui quali il Consiglio di Stato fonda la sua analisi sono infatti la mancata commercializzazione di un nuovo prodotto a seguito dell'ottenimento del brevetto divisionale e l'asserito ritardo nella presentazione della richiesta per l'ottenimento del brevetto divisionale.

Entrambi i rilievi sono infondati.

Per quanto riguarda l'asserita mancata commercializzazione di un nuovo prodotto, sia l'Autorità⁵¹⁸, sia la dottrina⁵¹⁹, concordano sul

⁵¹⁸ Al § 22 della decisione Pfizer si legge infatti che “ai sensi dell'articolo 76 della Convenzione di Monaco, è possibile presentare domanda per ottenere un brevetto divisionale: quest'ultimo rappresenta una protezione brevettuale che nasce da un precedente brevetto principale, del quale costituisce una specificazione; pertanto, la data di presentazione, nonché la validità temporale del brevetto divisionale sono mutate dal brevetto principale. In particolare, la domanda divisionale di brevetto europeo può essere depositata soltanto per elementi già ricompresi nella descrizione dell'invenzione contenuta nel testo depositato in principio, ma che si riferiscono a invenzioni separabili o distinte”. Al § 23 della medesima decisione si specifica invece che “nella domanda di brevetto divisionale, la parte descrittiva dell'invenzione è identica a quella contenuta nella domanda di brevetto principale, mentre le rivendicazioni - che definiscono l'ambito di tutela dell'innovazione - risultano differenti.”

⁵¹⁹ cfr. C. STOTHERS e M. van KERCKHOVE, *Is Winter Coming?*, cit., secondo cui “those working in the field of patents would be very surprised to hear that divisional patent applications are expected to lead to the introduction of a new product. In order to be valid, divisional applications must be based on the disclosure in the original application from which they are divided, and thus seek to capture another aspect of that invention (which will rarely form the basis for an entirely new product). It would be surprising if that point had not been made in the evidence regarded by the court as irrelevant” (p. 731); D. GERADIN, *The Uncertainties*, cit., secondo cui, come già anticipato, uno degli usi frequenti del brevetto divisionale è quello di “back-up” ... in the event there are problems with the original patent” (p. 351); R. O'DONOGHUE and J. PADILLA, *The Law and Economics*, op. cit., secondo cui “divisional patents are not at all premised on the added innovative or market value of patent: they are primarily a procedural device to allow the applicant to buy some time. Further, they cannot extend patent life any more than the parent patent could have” (p. 672); C. OSTI, *The Italian Way*, cit., *Not putting another product on the market is not only not required, but even impossible given the way the divisional works, i.e. that it pertains to different claims referring to the same product (you would need a 'new' original patent otherwise)*” (p. 124). Anche la dottrina palesemente favorevole alla sentenza del Consiglio di Stato non si spinge mai fino al punto di ammettere che la commercializzazione del nuovo prodotto fosse obbligatoria, a seguito dell'ottenimento del divisionale, preferendo invece tacere sull'argomento e affermare che la mancata commercializzazione dimostrerebbe sostanzialmente che l'intento dietro la richiesta di Pfizer fosse quella di prolungare la durata della protezione del principio attivo

**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**

fatto che l'inventore non ha nessun obbligo di commercializzare un nuovo prodotto a seguito dell'ottenimento di un brevetto divisionale. Né, in aggiunta, l'Autorità ha dimostrato che costituisce una prassi di settore quella di introdurre un siffatto nuovo prodotto, a seguito dell'ottenimento del brevetto divisionale. Come spiega la stessa Autorità, peraltro, la richiesta del brevetto divisionale non contiene alcun elemento di innovatività rispetto alla domanda principale, in quanto la logica del brevetto divisionale è proprio quella di separare/specificare un'innovazione già presente nel brevetto principale. Non è poi un caso che in tutto il provvedimento l'Autorità non afferma mai l'esistenza di un obbligo di commercializzare un nuovo prodotto a seguito dell'ottenimento del brevetto divisionale, limitandosi invece ad asserire in maniera generica (e senza uno studio di supporto) che ciò succederebbe solo “*di norma*”.

Anche a volere prescindere da quanto precede, nel caso Pfizer il brevetto divisionale riguardava il dosaggio del medicinale Xalatan⁵²⁰ e quindi non vi era alcuna necessità di introdurre un prodotto nuovo nel mercato a seguito dell'ottenimento del brevetto divisionale. È stato peraltro rilevato dalla dottrina che il medicinale Xalatan già prima dell'ottenimento del brevetto divisionale era commercializzato secondo il dosaggio oggetto di quest'ultimo⁵²¹.

oggetto del brevetto divisionale (v. G. GHIDINI, G. CAVANI e P.F. PISERA, *Abuso del diritto al brevetto e abuso di posizione dominante: il caso Pfizer*, cit., p. 149).

Si noti infine che il Consiglio di Stato, richiedendo la dimostrazione di un requisito non previsto dalla normativa europea in materia brevettuale, lo ha sostanzialmente disapplicato, ovvero applicato in maniera errata. Ciò, in assenza di un previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, potrebbe comportare conseguenze sul piano della responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE.

⁵²⁰ cfr. C. OSTI, *The Italian Way*, cit., secondo cui “*in the specific case the divisional patent covered the correct dosage for administering the product, i.e., the one which obtains the most effective treatment while minimizing any negative side effects.*” (p.118).

⁵²¹ v. C. DESOGUS, *Nuove frontiere*, cit., p. 9, n. 105, a detta di cui “lo Xalatan era già stato immesso in commercio proprio nel dosaggio rivendicato nel

**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**

Per quanto riguarda l'asserito ritardo nella richiesta del brevetto divisionale⁵²², si tratta di un'accusa priva di ogni fondamento logico, prima che giuridico. Dal punto di vista logico, il ritardo è tale rispetto a una scadenza temporale, mentre nel caso di specie una tale scadenza temporale non viene mai specificata, né nel provvedimento dell'Autorità, né nella sentenza del Consiglio di Stato, né dalla dottrina che si è occupata del caso Pfizer.

È importante evidenziare come, né l'Autorità, né il Consiglio di Stato, hanno dato il meritato risalto al fatto che il brevetto divisionale fosse diventato definitivo **solo nel 2004** e che, pertanto, fino a quella data, Pfizer aveva tutto il diritto di depositare i relativi brevetti divisionali, come ha, peraltro, fatto con il divisionale concernente il caso di specie, depositandolo ben **2 anni** prima della suddetta scadenza⁵²³.

brevetto divisionale. Pertanto, con il deposito della domanda divisionale l'impresa intendeva proteggere, non un nuovo e distinto prodotto, ma esattamente lo stesso, già in commercio dal 1997 in Italia. Con ciò si spiega perché l'invenzione non fosse stata attuata – lo Xalatan già ne costituiva l'attuazione – né avesse ad oggetto un prodotto nuovo e diverso dallo Xalatan – quest'ultimo era, infatti, proprio il prodotto che si intendeva proteggere”.

⁵²² v. G. GHIDINI, G. CAVANI e P.F. PISERA, *Abuso del diritto al brevetto*, cit., che si riferiscono ad un “*abnorme ritardo*” nel deposito del brevetto divisionale; v. C. DESOGUS, *Nuove frontiere*, cit., p. 12, che scrive di “*deposito tardivo*” e, secondo cui, “non sembra ragionevole, infatti, che l'impresa abbia sentito l'esigenza di proteggere gli investimenti effettuati per giungere alla scoperta dell'elemento di novità o abbia realizzato che questo costituiva un'invenzione distinta da quella base, dopo che l'invenzione con quell'elemento specificamente rivendicato nel brevetto divisionale era già sul mercato da molto tempo, proprio nella forma del farmaco di proprietà dell'impresa”.

⁵²³ Tale rilievo conduce a un aspetto preoccupante sulla neutralità dell'Autorità nello svolgimento della propria attività investigativa. Se come sostiene l'Autorità infatti, il brevetto principale fosse concesso a Pfizer nel 1994 e commercializzato nel 1997, il lettore del provvedimento rimane con l'interrogativo su come sia stato possibile che Pfizer avrebbe potuto legittimamente richiedere nel 2002 (e ottenere) un brevetto divisionale su un brevetto concesso nel 1994. Come concorda la stessa Autorità, il brevetto divisionale poteva essere richiesto solo fino al momento della concessione del brevetto principale.

La risposta a tale questione cruciale la si trova non in chiara evidenza nel testo del Provvedimento, bensì in una nota a piè pagina, per precisione la n. 22, del medesimo Provvedimento. Nella nota, l'Autorità svela che “a seguito della concessione del brevetto EP417 [brevetto principale] alcune società presentavano opposizione;

**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**

In ogni caso, se l'Autorità, ovvero il Consiglio di Stato, avessero voluto sostenere che una richiesta di brevetto divisionale, presentata dopo 13 anni dalla domanda sul brevetto principale, fosse da considerarsi tardiva, si sarebbe dovuto provare: (i) in primo luogo, l'anomalia del periodo trascorso rispetto alla prassi del settore; (ii) che tale ritardo non fosse dovuto, come sembra essere il caso della specie, dall'Ufficio brevetti, ovvero dall'opposizione effettuata da parte dei genericisti-denuncianti, ossia da circostanze che non dipendono dal comportamento dell'inventore.

L'ultimo profilo critico della sentenza del Consiglio di Stato che qui si vuole evidenziare, riguarda la razionalità economica del comportamento del gruppo Pfizer. Il comportamento contestato alla società Pfizer sembra pienamente giustificabile alla luce di obiettivi diversi da quelli anticoncorrenziali e risponde a una lecita e coerente logica di razionalità economica⁵²⁴.

Se si legge attentamente la decisione Pfizer, si nota infatti che la richiesta di ottenere il brevetto divisionale è stata effettuata quando già erano in corso le trattative per la vendita della società Pharmacia al gruppo Pfizer. Si potrebbe quindi benissimo ipotizzare che la ragione

pertanto, solo nel 2004 Pharmacia (nel frattempo acquisita da Pfizer) otteneva la concessione definitiva del brevetto EP417" (enfasi aggiunta).

In altri termini, l'Autorità ritiene opportuno svelare solo in una nota a piè pagina che il brevetto principale è stato concesso in maniera definitiva solo nel 2004. Le conseguenze sono devastanti per la tesi dell'Autorità, perché ciò significa, la legislazione, vigente all'epoca dei fatti, concedeva a Pfizer il diritto di richiedere brevetti divisionali **fino al 2004**.

Pertanto, come si fa a sostenere che sia stata presentata in ritardo, una richiesta di brevetto divisionale presentata **2 anni** prima della scadenza del termine utile per depositare una simile richiesta?

Dall'altra parte, come è possibile sostenere che i genericisti, probabilmente le stesse società che si sono opposte al brevetto principale, avessero potuto creare un legittimo affidamento sulla scadenza della protezione brevettuale in Italia, **quando fino al 2004**, quindi 3 anni prima che Ratiopharma intendesse entrare sul mercato, vi era la chiara e legittima possibilità per Pfizer di richiedere brevetti divisionali (e relativi CPC) e pertanto beneficiare del massimo periodo di protezione riconosciuto dal legislatore?

⁵²⁴ *contra*, C. DESOGUS, *Nuove frontiere*, cit., p.8-9.

**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**

che ha spinto Pharmacia a chiedere il divisionale potrebbe essere stata quella di “regolarizzare” la durata della protezione per quanto riguarda l'Italia e, quindi, aumentare il valore della società nei confronti del venditore. È diverso infatti il prezzo che si è disposti a pagare per una società il periodo di esclusiva del cui medicinale *blockbuster* in uno Stato Membro scade prima di quella massima prevista dal legislatore (e quindi anche di quella negli altri Stati Membri), dal prezzo che si è inclini a versare nel caso in cui in tutti gli Stati Membri la durata della protezione sia allineata a quella massima prevista dal legislatore.

Il comportamento contestato, intervenuto peraltro 5 anni prima che le denunciati pensassero di entrare sul mercato, è agevolmente giustificabile con l'obiettivo di regolarizzare quello che sembra essere stata una precedente dimenticanza⁵²⁵, valorizzando quindi la società al prospetto del (più che potenziale) compratore.

Si noti che tale preoccupazione corrisponde allo stesso obiettivo per il quale il legislatore ha riconosciuto il periodo di protezione esclusiva, ossia la massimizzazione dei profitti nell'ottica di recupero degli investimenti effettuati in ricerca e sviluppo.

Il fatto che questo recupero avvenga poi tramite la massimizzazione del valore della società ai fini della sua vendita, oppure dalla massimizzazione delle vendite del prodotto finale, è una questione irrilevante, sia per il legislatore brevettuale, sia ai fini della normativa antitrust.

⁵²⁵ v. C. OSTI, *The Italian Way*, cit., p. 116-117 “*why Pfizer (or rather, Pharmacia, to which did the original patent belong before it would be acquired by Pfizer) should have not filed for an SPC on the original patent (as it could have) does not clearly emerge from the file: Pharmacia may have not been interested in the Italian market, or it may have just forgotten to file in such respect*”. La posizione è stata confermata anche da GHIDINI, G. CAVANI e P.F. PISERA, *Abuso del diritto al brevetto*, cit., che evidenziano che “come sostenuto da Pfizer nelle sue difese, infatti, la protezione complementare non era stata inizialmente richiesta in Italia e in Spagna per una ... “dimenticanza”.” (n. 57, p. 146).

**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**

**5. Conclusioni: la “doppia dimensione” della relazione tra
abuso del diritto e abuso di posizione dominante**

L'indagine svolta in questo capitolo induce a individuare, quantomeno, due piani su cui si sviluppa la relazione tra abuso di posizione dominante e l'“*assai simile*”⁵²⁶ figura dell'abuso del diritto.

Il primo piano di relazione si può definire, un poco enfaticamente, di tipo dogmatico. L'abuso di posizione dominante e l'abuso del diritto si pongono, in questa ottica, in una relazione di specialità tra di loro. Questa, è per intenderci, la posizione del Consiglio di Stato nella sentenza *Pfizer*, secondo cui, lo si rammenterà, il divieto di abuso di posizione dominante non è che 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.

Sotto questa prospettiva, il divieto di abuso di posizione dominante diventa uno dei campi privilegiati in cui studiare la mutazione del concetto di potere e della sua fonte di legittimità, ossia del diritto soggettivo⁵²⁷. Il mercato, in quanto contenitore di diverse istanze e interessi pluralistici, esprime al meglio quel passaggio – evocato dalla più attenta dottrina – dalla concezione assolutistica e monologica del diritto soggettivo, quale fonte di legittimazione del potere, a una concezione “sociale”, ovvero “funzionale” e solidaristica della posizione individuale di supremazia⁵²⁸.

⁵²⁶ v. C. OSTI, *Abuso di posizione dominante*, cit., p. 21.

⁵²⁷ v. D. MESSINETTI, *Abuso del diritto* (voce), in Enc. Dir., Aggiornamento, II, Milano, 1998.

⁵²⁸ *ibid.*, L'Autore osserva che “*dai diritti che hanno il compito di assolutizzare (rendere in forma assoluta) processi di codificazione, costituiti in privilegi individuali, si passa alla qualificazione dell'agire orientato verso l'intesa sociale e formalizzato attraverso clausole generali di comportamento*” (p.6).

**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**

L'abuso di posizione dominante può essere quindi costruito come la deviazione dell'azione dell'impresa dominante dalle finalità che persegue un determinato ordine concorrenziale, quale, ad esempio, quella di garantire “l'uguaglianza di fronte alla concorrenza”⁵²⁹. In questa direzione rimane fermo il principio, già rilevato dal Rotondi con riferimento alla disciplina della concorrenza negli Stati Uniti, secondo cui “non è illecito interferire nella realizzazione delle finalità economiche del concorrente se è richiesto per la realizzazione del proprio successo: lo scopo di chi persegue la propria affermazione nel campo economico costituisce *justification*, e discrimina dalla responsabilità per quello che, *prima facie* sarebbe un *tort*, ma la lesione illecita comincia là ove l'invocare il *privilege of competition* appare come un abuso”⁵³⁰.

E l'analisi dell'abuso, inteso come sviamento dalla funzione, è svolta sulla base di parametri, clausole generali, o diversamente nominate, “*standards valutativi*”⁵³¹. Basti pensare, in questo senso, alle ricorrenti affermazioni della giurisprudenza relative a: “a) una concorrenza « normale »; b) una concorrenza « fondata sui meriti »; c) una concorrenza « in base alle [o basata sulle] prestazioni »; d) una concorrenza « effettiva »; e) una concorrenza « leale »”⁵³². Sotto

⁵²⁹ Cfr. M. ROTONDI, *La disciplina della concorrenza negli Stati Uniti e la sua evoluzione verso la tutela delle eguaglianze nella concorrenza*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1962, I. Analizzando la disciplina statunitense in materia di concorrenza (e concorrenza sleale), lo stesso Autore osservava che “è evidente l'analogia – che non mi pare rilevata mai – tra questa situazione del diritto e della giurisprudenza anglo-americana, con la tesi di quegli scrittori francesi che considerano la concorrenza sleale come un abuso del diritto di libera concorrenza.” (p. 415).

⁵³⁰ *ibid.*, p. 413.

⁵³¹ v. D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, *cit.*, *passim*.

⁵³² v. C. OSTI, *Abuso di posizione dominante*, *cit.*, che rileva come, tra le diverse teorie della concorrenza, vi sia anche quella basata sull'abuso del diritto. In questo senso l'Autore osserva che “in realtà, la teoria dell'abuso di posizione dominante ex abuso di diritto si avvicina molto e persino si identifica con quella di abuso da mezzi diversi o da concorrenza non fondata sui meriti o sulle prestazioni:

**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**

questa logica, per fare un esempio concreto, offrire prezzi più bassi dei concorrenti rappresenta il cuore della concorrenza fondata sui meriti, mentre applicare prezzi predatori, ossia sotto una certa soglia dei costi, sarebbe un comportamento anormale, ossia un abuso di uno strumento concorrenziale, in quanto una tale politica difficilmente troverebbe una giustificazione diversa dall'esclusione dei concorrenti dal mercato. La figura dell'abuso del diritto, ossia della posizione/prerogativa di vantaggio, potrebbe, in altri termini, fungere da chiave di lettura e comprensione delle logiche sottostanti al divieto di abuso di posizione dominante.

Osservare però, come lo si è appena fatto, che il divieto di abuso di posizione dominante può essere costruito anche alla luce della teoria del divieto dell'abuso del diritto, può essere utile ai fini della costruzione teorico-dogmatica della figura dell'abuso di posizione dominante, ma nulla aggiunge ai criteri di applicazione in concreto della disposizione dell'articolo 102 TFUE, o dell'articolo 3 della l. n. 287/1990. Come è stato già osservato nelle critiche mosse alla sentenza del Consiglio di Stato nel caso *Pfizer*, l'analisi sull'abusività della condotta da parte di un'impresa in posizione dominante dovrà essere svolta esclusivamente secondo le modalità previste dall'articolo 102 TFUE, come interpretato dalla giurisprudenza UE. Non si può quindi sostituire tale analisi con quella utilizzata dalla giurisprudenza in materia di divieto dell'abuso del diritto.

Per avere una rilevanza, ai fini dell'applicazione in concreto dell'articolo 102 TFUE, la figura dell'abuso del diritto dovrà sussumersi nella fattispecie di abuso di posizione dominante. Ed è questo il secondo piano di relazione tra l'abuso di posizione dominante e abuso del diritto. L'abuso del diritto rileva, in questa

in sostanza, infatti, lo sviamento dalla funzione sarebbe atto a dimostrare la alterità, la abnormità dello strumento concorrenziale utilizzato.” (p. 20).

**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**

ottica, quale criterio interno alla fattispecie di abuso di posizione dominante.

Con particolare riferimento a condotte tenute fuori dal (o con mezzi diversi da quelli del) mercato, il suo ruolo è quello di discriminare tra ciò che costituisce genuino esercizio di prerogative ordinamentali e il loro abuso. In altri termini, come parte della fattispecie di abuso di posizione dominante, il ricorso alla figura dell'abuso del diritto assume importanza ai fini dell'attribuzione di disvalore normativo a una condotta formalmente compatibile con lo schema normativo di una determinata prerogativa.

È questa, invero, la logica sottostante i casi *ITT Promedia* e *AstraZeneca* decisi dalla giurisprudenza UE. Dagli stessi casi si possono anche trarre i due criteri cumulativi che rendono possibile la sussunzione della figura dell'abuso del diritto all'interno della fattispecie del divieto di abuso di posizione dominante. Il primo criterio, riguarda più specificamente l'abuso della prerogativa, intesa come deviazione dalla funzione assegnatale 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 questione⁵³³. 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). È stato già rilevato che, secondo la giurisprudenza UE, pur trattandosi di un requisito di natura soggettiva la sua dimostrazione deve basarsi su dati, informazioni e valutazioni di natura oggettiva. Si propende

⁵³³ È sottinteso infatti che anche l'utilizzo defatigatorio di una determinata prerogativa rappresenta, comunque, una forma di sviamento dalla funzione per la quale l'ordinamento riconosce la suddetta prerogativa.

**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**

quindi per l'oggettivizzazione del criterio soggettivo, quantomeno per
ciò che concerne il suo accertamento in concreto.

**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**

CAPITOLO IV

**L'INTERSEZIONE TRA L'ESERCIZIO DI PREROGATIVE
PROCEDIMENTALI E DIVIETO DI ABUSO DI POSIZIONE
DOMINANTE, COME ESEMPIO DI PIÙ AMPIE TENDENZE
ORDINAMENTALI**

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La “resistenza” del provvedimento amministrativo rispetto ad altri plessi ordinamentali: l'esempio del sindacato del giudice penale sul provvedimento amministrativo – 2.1. Il provvedimento amministrativo quale presupposto negativo della fattispecie penale: i reati urbanistico-edilizi – 2.2. Il provvedimento amministrativo quale elemento facoltizzante, estraneo alla fattispecie penale – 2.3. Giudicato amministrativo e sindacato del giudice penale sul provvedimento amministrativo – 2.4. Provvedimento amministrativo e diritto penale: osservazioni conclusive – 3. Altre ipotesi di pluriqualificazione, ovvero di rilevanza del provvedimento amministrativo in fattispecie diverse da quella che ha dato luogo alla sua adozione – 3.1. La rilevanza del provvedimento amministrativo nel giudizio dinanzi alla Corte dei Conti (in ambito pensionistico e sulla responsabilità amministrativa) – 3.2. Il c.d. “doppio binario” sanzionatorio – 3.3. Provvedimento sanzionatorio antitrust e azioni risarcitorie c.d. *follow-on* – 3.4. La novella introdotta dall'articolo 6 della l. n. 124/2015 – 4. La codificazione dell'abuso del diritto in materia fiscale: verso il (formale) riconoscimento del divieto di abuso del diritto quale principio generale dell'ordinamento?

1. Introduzione

Tra i diversi risultati emersi nel corso del presente studio due sembrano, in particolare, costituire chiare specificazioni di più ampie tendenze dell'ordinamento. Il primo fenomeno è quello della pluriqualificazione giuridica del medesimo comportamento (ovvero, della medesima fattispecie) da due o più plessi dello stesso dell'ordinamento⁵³⁴. Il secondo, forse più scontato per la sua

⁵³⁴ Chi scrive ritiene che sia proprio la pertinenza del fenomeno all'interno dello stesso ordinamento giuridico a distinguere concettualmente la pluriqualificazione dalla nozione di relatività giuridica. Come è stato già rilevato, nell'ambito del Capitolo II della presente ricerca, con quest'ultima nozione “si debba intendere la circostanza in cui “un medesimo fatto, uno stesso comportamento, possono ricadere nell'ambito di ordinamenti diversi ed essere da ciascuno di questi valutati in modi e con effetti diversi, ed anche contrastanti” (cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Vol. I, 1970, Milano, p. 43).

**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**

vocazione di teoria generale del diritto, è rappresentato dalla figura dell'abuso del diritto.

Nell'ambito della presente ricerca la pluriqualficazione giuridica, e la conseguente problematica della “resistenza” del provvedimento amministrativo in altri plessi dell'ordinamento, è stata utilizzata come strumento volto a spiegare l'intersezione tra l'esercizio di prerogative procedimentali e l'applicazione del diritto antitrust (*supra*, Cap. II, § 8 e ss). L'obiettivo di questo capitolo è invece quello evidenziare che la tematica della pluriqualficazione giuridica non è un fenomeno che riguarda solo il campo delle relazioni tra il diritto antitrust e il diritto amministrativo. Saranno pertanto evidenziati ed analizzati diversi ambiti dell'ordinamento in cui la problematica in questione, ovvero fenomeni a essa contigui, emergono in maniera chiara. In quest'ottica, l'analisi cercherà altresì di evidenziare quali siano le risposte (e i criteri risolutivi) che l'ordinamento fornisce alle tensioni applicative che possono sorgere con riferimento ai diversi fenomeni di pluriqualficazione.

Si rammenterà invece che, nell'ambito della presente ricerca (e, in particolare, all'interno del Capitolo III), la figura dell'abuso del diritto è stata esaminata, sia nei suoi tratti generali, sia più specificatamente come criterio applicativo della fattispecie di divieto di abuso di posizione dominante a comportamenti apparentemente attuativi di prerogative (processuali e procedimentali) riconosciute dall'ordinamento. È stato altresì evidenziato che una delle obiezioni sollevate contro l'ammissibilità nell'ordinamento giuridico nazionale di un principio generale di divieto di abuso è rappresentato dall'assenza di un appiglio normativo che faccia espressamente riferimento alla figura dell'abuso del diritto. L'obiezione deve essere tuttavia ridimensionata alla luce della novella introdotta dall'articolo 1 della l.n. 128/2015, che codifica nello Statuto del contribuente il

**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**

divieto di abuso del diritto. La novità legislativa in questione non può che interpretarsi come una conferma dell'esistenza di un principio generale di divieto dell'abuso del diritto, anche nell'ordinamento nazionale. Per questa ragione, l'ultima parte del presente capitolo si soffermerà ad analizzare questa novella legislativa.

2. La “resistenza” del provvedimento amministrativo rispetto ad altri plessi ordinamentali: l'esempio del sindacato del giudice penale sul provvedimento amministrativo

La questione della rilevanza/resistenza del provvedimento amministrativo nell'ambito dell'applicazione di una branca dell'ordinamento diversa da quella attributiva del potere amministrativo, non è nuova. Tra i vari ambiti in cui questo fenomeno si manifesta, merita di essere qui analizzato quello, forse il più noto, della rilevanza del provvedimento amministrativo ai fini della configurazione di una fattispecie penale⁵³⁵. Speculare a tale problematica è quella del sindacato del giudice penale sul provvedimento amministrativo⁵³⁶.

⁵³⁵ Si noti che già nel 1983, M. NIGRO, nella Relazione conclusiva al Convegno “*La effettività della tutela giurisdizionale tra la pluralità di giurisdizioni e la disciplina della finanza pubblica*”, tenutosi a Napoli-Salerno nel novembre del 1983, pur confessando la sua adesione al principio della relatività giuridica, affermava di scandalizzarsi “*quando un giudice penale, davanti al quale si va per stabilire se ci sia reato di costruzione abusiva oppure esercizio di commercio autorizzato – nei casi cioè in cui il difetto di autorizzazione o di consenso da parte dell'autorità amministrativa rende penalmente illecita l'attività del privato – non accerta soltanto l'esistenza dell'atto amministrativo, l'unica cosa di cui esso sia legittimato ad occuparsi – ma indaga se l'atto abilitativo sia legittimo o illegittimo e, per giunta, non si contenta di una indagine sulla legalità esterna dell'atto (secondo la saggia tradizione interpretativa penalistica dell'art. 5), ma si mette addirittura alla ricerca dell'eccesso di potere.*” (La relazione è pubblicata nella rivista *Diritto processuale amministrativo*, 1984, p. 453, con il titolo “*La giurisdizione sui pubblici poteri tra sistema normativo e spinte fattuali*”).

⁵³⁶ Questioni analoghe, ossia relative all'estensione del controllo del giudice penale sull'attività amministrativa, si pongono anche con riferimento alla configurazione del reato di abuso di ufficio, di cui all'articolo 323 c.p.. Sul tema si veda la recente monografia di C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014, in particolare pp. 111 e ss. Si veda altresì A. MERLI, *Il Controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012.

**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**

2.1. Il provvedimento amministrativo quale presupposto negativo della fattispecie penale: i reati urbanistico-edilizi

Un primo ambito di interazione tra provvedimento amministrativo e diritto penale è rappresentato da quelle fattispecie che “prevedono come illecito penale lo svolgimento di determinate attività senza aver ottenuto il consenso dell'Amministrazione pubblica, volta a volta qualificato, ma senza differenze intrinsecamente rilevanti, licenza o autorizzazioni”⁵³⁷. In questi casi, il provvedimento amministrativo si attegga quale presupposto negativo della fattispecie tipica.

La casistica più nota e corposa in tal senso si è sviluppata nell'ambito dei reati urbanistico-edilizi e, in particolare, sull'applicazione dell'articolo 44 lett., b) del d.p.r. 380/2001, che sanziona penalmente la costruzione in assenza del permesso di costruire. Il dibattito, per la verità tuttora in corso, si è sostanzialmente concentrato sul tema della configurabilità della suddetta fattispecie anche nei casi in cui i lavori di costruzione siano stati compiuti sulla base di un permesso di costruire esistente, ma illegittimo. Dalla prospettiva del giudice penale, la questione concerne i poteri di quest'ultimo di sindacare la legittimità del provvedimento amministrativo, ai fini dell'applicazione dell'art. 44 lett., b) del d.p.r. 380/2001 (ovvero, quello dell'esistenza in capo al giudice penale di un potere generale di disapplicazione del provvedimento amministrativo, si sensi dell'articolo 5 l.a.c).

Sfugge dall'oggetto della presente ricerca costruire le diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali che si contendono il campo sull'argomento in questione. È sufficiente, ai fini che qui concernono,

⁵³⁷ R. VILLATA, “Disapplicazione” cit. L'Autore è ritornato recentemente sul tema, ribadendo la sua precedente posizione, in *Un problema non ancora (o, forse meglio, erroneamente) risolto dalla giurisprudenza della Cassazione penale*, in *Diritto processuale amministrativo* n. 3, 2015, p. 1152 e ss.

**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**

osservare che mentre in dottrina si discute sulla sussistenza o meno in capo al giudice penale del potere di disapplicare il provvedimento amministrativo ritenuto illegittimo⁵³⁸, la giurisprudenza di legittimità sembra sostanzialmente convergere sull'assenza di un siffatto potere generalizzato in capo al giudice penale⁵³⁹.

La giurisprudenza di legittimità è invece divisa sulla presenza del reato in caso di provvedimento autorizzatorio esistente, ma illegittimo. Si possono distinguere due contrapposte posizioni.

Per un primo orientamento, sostenuto anche dalle Sezioni Unite della Cassazione nel *caso Giordano*, ai fini dell'applicazione dell'art. 44 lett. b) del d.p.r. 380/2001, "non possono ritenersi realizzate in "assenza" di permesso di costruire le opere eseguite sulla base di un provvedimento abilitativo meramente illegittimo"⁵⁴⁰.

⁵³⁸ Le posizioni della dottrina sono state schematizzate nelle seguenti categorie: (i) la teoria che ammette il potere di disapplicare il permesso edilizio illegittimo da parte del giudice penale; (ii) la teoria favorevole alla sola disapplicazione in *bonam partem*; (iii) la teoria che esclude il potere di disapplicare il permesso di costruire illegittimo; (iv) la teoria che ritiene sussistente la lett. a e non la lett. b) dell'art. 44. T.U. 380/01 (cfr. P. TANDA, *I reati urbanistico-edilizi*, Padova, 2013, pp. 869 e ss, che contengono una dettagliata analisi critica delle suddette posizioni dottrinali).

⁵³⁹ Si noti però che secondo una giurisprudenza meno recente delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, il potere di disapplicare il provvedimento autorizzatorio sussisterebbe in tutti i casi in cui l'illegittimità di quest'ultimo dovesse essere talmente macroscopica da ritenerlo inesistente (cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 31 gennaio 1987, n. 3, *Giordano*).

Per quanto riguarda la giurisprudenza di merito, essa prevalentemente sostiene che "il giudice penale può, ex articolo 5 l.a.c. disapplicare la concessione edilizia (ora permesso di costruire) illegittima e, di conseguenza, condannare, ai sensi dell'art 20 lett. b) L.47/1985, il soggetto che sulla base di tale concessione abbia eseguito lavori edili, equiparando agli effetti penali l'attività edificatoria senza concessione e l'esecuzione dei lavori edilizi realizzati in base a concessione esistente ma illegittima" (cfr., F. CARINGELLA - M. PROTTO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2012, p. 1512).

⁵⁴⁰ v. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 31 gennaio 1987, n. 3; conf. *ex plurimis*, Cass. Sez. III, 18 novembre 2014, n. 7423; Cass. Sez. III, 28 novembre 1997, Bortoluzzi. Secondo la giurisprudenza in questione al giudice penale è invece riconosciuto il potere di disapplicare il provvedimento amministrativo solo nei casi di macroscopica illegittimità dello stesso, ossia quanto "l'atto è affetto da patologie così macroscopiche da essere considerato tamquam non esset" (v. F. PRETE, *Il*

**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**

A questo orientamento si oppone un altro, che richiamando quanto ritenuto dalle sezioni Unite nella sentenza *Borgia*, seppure con riferimento alla lettera a) del suddetto articolo 44⁵⁴¹, ritiene ravvisabile il reato di esecuzione di lavori edilizi in assenza di concessione “anche in presenza di una concessione illegittima senza che occorra fare ricorso alla procedura di disapplicazione dell'atto amministrativo, essendo sufficiente la sola valutazione della sussistenza dell'elemento normativo della fattispecie, atteso che la conformità della costruzione e della concessione alla normazione urbanistica è elemento costitutivo o normativo dei reati contemplati dalla normativa urbanistica, stante l'individuazione del parametro di legalità urbanistica e edilizia quale ulteriore interesse protetto dalle disposizioni in questione”⁵⁴².

sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, p. 9)

⁵⁴¹ Ai sensi dell'articolo 44, lett. a) del d.p.r. n. 380/2001, è sanzionato con “l'ammenda fino a 20658 euro per l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal presente titolo, in quanto applicabili, nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire”.

⁵⁴² v. *ex plurimis*, Cass. Sez. Un., 12 novembre 1993, n. 11635; conf. Cass. Sez. III., 23 ottobre 2012, n. 41318. Questo orientamento della Corte di Cassazione è stato posto a dura critica da parte della dottrina penalistica, secondo cui non essendo la distinzione legittimità-illegittimità presupposto costitutivo della fattispecie tipica di cui alla lettera b) dell'art. 44, l'applicazione di questa disposizione anche nei casi di lavori eseguiti in presenza di un titolo illegittimo, violerebbe anzitutto “il fondamentale principio di legalità nella sua più delicata espressione (principio di tassatività): *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali scripta et stricta*”. Un ulteriore “fondamentale principio che verrebbe a essere violato è quello dell'irretroattività: infatti, la regola in base alla quale l'atto amministrativo disapplicato debba considerarsi tamquam non esset, comporta – in via di fatto – il retroagire di un elemento costitutivo del reato” (cfr. P. TANDA, *I reati urbanistico-edilizi*, op. cit., pp. 893-894. Allo stesso modo, secondo M. GAMBARDELLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, “se, dunque, la predeterminazione normativa concerne esclusivamente l'assenza, la mancanza dell'atto amministrativo e non anche la sua illegittimità, il principio del *nullum crimen sine lege* impedisce che un soggetto sia punito in presenza di un atto materialmente esistente ma illegittimo (o comunque invalido); il principio di legalità in materia penale sotto il profilo della tassatività argina, a sua volta, l'impiego per il giudice penale del rimedio *disapplicatorio in malam partem* dell'atto amministrativo che contribuisce a definire la norma incriminatrice. Infatti, in tale eventualità, il giudice verrebbe ad avere un potere creativo in relazione alla fattispecie tipica, mentre il principio di tassatività preclude al giudice penale il

**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**

**2.2. Il provvedimento amministrativo quale elemento
facoltizzante, estraneo alla fattispecie penale**

Un'altra categoria, meno nota della prima, ma egualmente importante ai fini dell'indagine sulla rilevanza del provvedimento amministrativo nell'ambito del diritto penale, è quella in cui “alla fattispecie descritta dalla norma penale sia riconducibile un comportamento facoltizzato da un atto della pubblica amministrazione in essa contemplato”⁵⁴³. Si pensi, ad esempio, all'applicazione dell'articolo 734 c.p., che sanziona il reato di distruzione o alterazione di bellezze naturali, a comportamenti autorizzati da un provvedimento amministrativo. Un altro esempio della categoria in questione, può essere dato dall'applicazione dell'articolo 528 c.p., che punisce le pubblicazioni e gli spettacoli osceni, alla proiezione di opere cinematografiche che hanno ottenuto il nullaosta amministrativo, ai sensi della l. n. 161/1962. Il tratto comune di questi casi è che il provvedimento amministrativo non è un elemento costitutivo della fattispecie tipica del reato, che punisce invece condotte che sono facoltizzate da suddetto provvedimento.

Secondo la migliore dottrina e una parte, invero minoritaria, della giurisprudenza di legittimità, nei suddetti casi “di fronte ad un comportamento facoltizzato da provvedimenti amministrativi sembra realizzarsi l'ipotesi dell'esercizio del diritto ex art. 51 cod. pen. e

procedimento analogico nei confronti di norme incriminatrici, vincolandolo a ricondurre all'interno della fattispecie astratta soltanto i casi da essa “espressamente” contemplati” (p. 765).

⁵⁴³ v. R. VILLATA, *Disapplicazione*, cit., pp. 157. Un'ulteriore categoria, meno importante ai fini della presente indagine, è quella in cui “la qualificazione legittimità-illegittimità dell'atto rientra nella stessa descrizione della fattispecie penale” (*ibid.*, p. 108). In questo caso infatti il sindacato del giudice sull'atto amministrativo è demandato direttamente dalla disposizione penale. Per un esempio di reati, parte di questa categoria, si pensi alla fattispecie di cui all'articolo 650 c.p. secondo cui “chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a duecentosei euro”.

**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**

quindi la sussistenza di una scriminante oggettiva⁵⁴⁴. Secondo questa ricostruzione, il provvedimento amministrativo incide sull'antigiuridicità, che è un elemento del reato, facendola venire meno.

L'orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità ritiene invece, con riferimento all'applicazione dell'articolo 734 c.p., che “il giudice penale non è condizionato dalle valutazioni della P.A. ai fini dell'accertamento della sussistenza o meno del reato di cui all'art. 734 c.p.”⁵⁴⁵. Secondo questo orientamento giurisprudenziale, il provvedimento amministrativo incide tuttavia “sull'elemento soggettivo del reato o sulla sua gravità”⁵⁴⁶.

2.3. Giudicato amministrativo e sindacato del giudice penale sul provvedimento amministrativo

Una problematica strettamente connessa alla qualificazione come illecito penale del comportamento autorizzato da un provvedimento amministrativo e, quindi, ai poteri di controllo del giudice penale sul provvedimento amministrativo, è quella relativa alla rilevanza nel processo penale del giudicato amministrativo sul provvedimento urbanistico autorizzatorio/concessorio⁵⁴⁷.

Si tratta, in altri termini, di indagare sugli eventuali effetti e/o limiti che la pronuncia del giudice amministrativo sulla legittimità del

⁵⁴⁴ v. R. VILLATA, *Disapplicazione*, cit., p. 168 e la dottrina ivi citata. In giurisprudenza v. Corte di Cassazione, Sez. III., del 17 febbraio 2004, n. 14433.

⁵⁴⁵ v. *ex plurimis*, Corte di Cassazione, Sez. III., 29 gennaio 2014.

⁵⁴⁶ v. (Cass. sez. III, 17 giugno 2010 n.34205; Cass. sez. IV, 29 marzo 2004 n. 32125; Cass. sez. III, 3 marzo 2004 n. 15299; Cass. sez. III, 1 ottobre 1998 n. 11773; cfr. altresì Cass. sez. III, 29 settembre 2011 n. 42065).

⁵⁴⁷ Si è scelto qui di esaminare solo l'influenza del giudicato amministrativo sul processo penale e non invece il valore che assumono all'interno di quest'ultimo le sentenze non definitive del giudice amministrativo, poiché dall'esame del codice di procedura penale sembra emergere che esso consideri rilevante a tali fini solo le sentenze del giudice amministrativo che sono irrevocabili. In questo senso l'articolo 238-*bis* del codice di procedura penale stabilisce che “fermo quanto previsto dall'articolo 236, le sentenze divenute irrevocabili possono essere acquisite ai fini della prova di fatto in esse accertato e sono valutate a norma degli articoli 187 e 192 comma 3”.

**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**

provvedimento urbanistico autorizzatorio/concessorio possa avere sulle valutazioni del giudice penale in tema di configurazione dell'illecito penale edilizio.

La giurisprudenza penale si è più volte pronunciata sul tema che qui si vuole analizzare⁵⁴⁸. Essa ha avuto una chiara evoluzione verso una posizione tendente a riconoscere una sempre minore interdipendenza tra giudicato amministrativo sulla legittimità del provvedimento e processo penale.

La posizione dalla quale parte la suddetta evoluzione della giurisprudenza penale è di rigoroso rispetto del giudicato amministrativo sulla legittimità del provvedimento. Si è ritenuto, in particolare, che il principio della tutela della certezza del diritto e quello di riparto di giurisdizione fungerebbero da insormontabili ostacoli al sindacato del giudice penale su un provvedimento già positivamente vagliato dal giudice "naturale" dell'amministrazione⁵⁴⁹.

Il mutamento dell'individuazione del bene protetto dalle norme incriminatrici in materia di reati edilizi ha chiaramente influito anche all'erosione della assoluta vincolatività del giudicato amministrativo

⁵⁴⁸ Per un'analisi della giurisprudenza in questione, si v. I. SCORDAMAGLIA, *Trasformazione del territorio sulla base di titolo abilitativo illegittimo: profili di tutela e questioni applicative*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2012, p. 180 e ss; F. PRETE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012.

⁵⁴⁹ v. di questa iniziale posizione della giurisprudenza penale ne da conto la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. IV penale, del 30 novembre 2012, n. 46471, secondo cui dopo che in una decisione ormai risalente si è affermato, in una fattispecie nella quale era in questione la configurabilità del reato di costruzione senza concessione edilizia nonostante l'esistenza di una pronuncia definitiva del TAR che affermava la legittimità della costruzione, che "l'autorità giudiziaria ordinaria non ha il potere di valutare la conformità a legge di un "arret" di un'altra giurisdizione (nella specie, una sentenza del Tribunale amministrativo regionale coperta da giudicato): ciò in quanto il cittadino - pena la vanificazione dei suoi diritti civili - non può essere privato della facoltà di fare affidamento sugli strumenti della tutela giurisdizionale posti a sua disposizione dall'ordinamento" (Cass. Sez. 3, sent. n. 54 del 11/01/1996, Ciaburri, Rv. 204622), una posizione così netta non è stata condivisa da alcune pronunce successive."

**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**

da parte della più recente giurisprudenza penale⁵⁵⁰. La giurisprudenza penale ha inizialmente specificato, in tal senso, che l'effetto vincolante del giudicato amministrativo operi solo nel caso in cui il giudice amministrativo si sia pronunciato espressamente sulla legittimità dell'provvedimento⁵⁵¹. Si giunge quindi a quello che sembra essere la posizione attuale della giurisprudenza penale, secondo cui al giudicato amministrativo sulla legittimità del provvedimento autorizzatorio si debba riconoscere solo una “*tendenziale vincolatività*” nell'ambito dell'accertamento del reato urbanistico/edilizio. Sotto questo profilo, il giudice penale riconosce la vincolatività del giudicato amministrativo solo con riferimento ai motivi espressamente dedotti nel giudizio di legittimità del provvedimento, mentre nessuna vincolatività è riconosciuta qualora nel processo penale rilevino motivi di illegittimità del provvedimento

⁵⁵⁰ Si ritiene che complice di questa erosione sia stata anche l'identificazione tra le diverse funzioni svolte dal giudice amministrativo e dal giudice penale nell'ambito, rispettivamente, del processo amministrativo e penale. La distinzione in questione è riassunta in maniera chiara e condivisibile da I. SCORDAMAGLIA, *Trasformazione, cit.*, secondo cui “mentre il giudice amministrativo è chiamato a valutare, *su istanza di parte e nei limiti delle censure dedotte*, la legittimità dell'atto, al fine di esercitare su di esso il potere di annullamento, al giudice penale – in sintonia con i principi affermati sul punto dalle Sezioni Unite della Cassazione – spetta, invece, verificare non l'esistenza dell'autorizzazione amministrativa e della conformità tra questa e l'attività costruttiva, ma, direttamente, *la corrispondenza tra l'opera in concreto eseguita e la fattispecie legale astratta*, sulla scorta delle disposizioni legislative e regionali in materia, delle previsioni degli strumenti urbanistici e delle prescrizioni del regolamento edilizio” (p. 181).

⁵⁵¹ cfr., Corte di Cassazione, Sez. III penale, 5 giugno 2003, n. 39707, in cui si afferma che “in materia edilizia il potere del giudice penale di accertare la conformità alla legge ed agli strumenti urbanistici di una costruzione edilizia, e conseguentemente di valutare la legittimità di eventuali provvedimenti amministrativi concessori o autorizzatori, trova un limite nei provvedimenti giurisdizionali del giudice amministrativo passati in giudicato che abbiano espressamente affermato la legittimità della concessione o della autorizzazione edilizia ed il conseguente diritto del cittadino alla realizzazione dell'opera” (conf. Corte di Cassazione, Sez. III penale, del 14 dicembre 2006, n. 1894).

**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**

autorizzatorio non espressamente dedotti nell'ambito del processo amministrativo⁵⁵².

Partendo da una posizione di assoluta vincolatività del giudicato amministrativo sulla legittimità dell'atto, la giurisprudenza penale è giunta quindi a una sorta di vincolatività "selettiva" del suddetto giudicato.

La conseguenza sostanziale di questa evoluzione è stata, a ben vedere, non solo l'erosione della vincolatività del giudicato, bensì anche l'aumento dell'incertezza della protezione giurisdizionale nei confronti del privato destinatario del provvedimento autorizzatorio. L'attuale orientamento del giudice penale aggrava significativamente la posizione del destinatario del provvedimento edilizio autorizzatorio, poiché quest'ultimo non sarà sicuro della sostanziale intangibilità dell'autorizzazione, nemmeno dopo il passaggio in giudicato delle pronunce del giudice amministrativo che ne confermino la legittimità.

Il destinatario del provvedimento rimane quindi "scoperto" con riferimento a quei vizi del provvedimento, non dedotti ed

⁵⁵² v. Corte di Cassazione, Sez. IV penale, del 30 novembre 2012, n. 46471, in cui si rileva che secondo l'attuale orientamento giurisprudenziale "seppure deve riconoscersi -... - che il potere del giudice penale di valutare la legittimità dei provvedimenti amministrativi che costituiscono il presupposto dell'illecito penale, incontra un limite nei provvedimenti giurisdizionali del giudice amministrativo passati in giudicato (...), ritiene tuttavia questo Collegio, anche in considerazione del carattere autonomo della giurisdizione penale rispetto a quella amministrativa e della assoluta rilevanza ed inderogabilità del potere del giudice ordinario di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo, che tale effetto preclusivo sussista con riferimento ad un provvedimento giurisdizionale del giudice amministrativo passato in giudicato, che abbia espressamente esaminato lo specifico profilo di illegittimità dell'atto fatto valere, incidentalmente, in sede penale, dovendo altrimenti ritenersi, in maniera non dissimile a quanto affermato da questa Corte in tema di processo esecutivo (in termini, Sez. 1, Sentenza n. 30496 del 3/06/2010 dep. 30/07/2010, imp. Nicolini, Rv. 248319), che la preclusione del cosiddetto giudicato amministrativo non si estende a tutte le questioni deducibili ma esclusivamente a quelle che sono state dedotte ed effettivamente decise" (Cass. Sez. 1, sent. n. 11596 del 11/01/2011, P.G. in proc. Keller, Rv. 249871). In effetti, anche in dottrina si rileva che il codice del 1988 ha superato il principio dell'unità della giurisdizione, optando per la autonomia dei diversi giudizi (civile, penale, amministrativo), con una relativa prevalenza riconosciuta al giudicato penale".

**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**

effettivamente decisi nell'ambito del processo amministrativo, e che potrebbero però risultare rilevanti ai fini dell'accertamento del reato edilizio. In questi casi sembrerebbe che l'unica possibilità di difesa per il destinatario del provvedimento amministrativo sia quella relativa all'incidenza dell'accertata legittimità del provvedimento, in sede processuale amministrativa, sul profilo soggettivo della fattispecie penale. In tale ipotesi, l'analisi giuridica si sposterebbe dal piano fattuale a quello dell'elemento soggettivo della colpevolezza, con tutte le difficoltà che l'analisi di quest'ultimo comporta⁵⁵³.

2.4. Provvedimento amministrativo e diritto penale: osservazioni conclusive

Come si è visto dalla breve analisi appena compiuta, la dottrina e la giurisprudenza non sono concordanti per quanto concerne il grado di rilevanza/resistenza che si debba riconoscere alle valutazioni contenute nel provvedimento amministrativo, ai fini della configurabilità di una fattispecie penale. Molto dipende infatti anche dal ruolo che la stessa norma incriminatrice riconosce al provvedimento amministrativo.

Le divergenze esposte non impediscono tuttavia di trarre le seguenti tre conclusioni sulla tematica in questione.

⁵⁵³ Si noti infatti che per la dottrina “proprio sul terreno dell'elemento soggettivo, si potrebbe scorgere una possibile interferenza con il problema del giudicato amministrativo. Si potrebbe, infatti, sostenere che una sentenza definitiva del giudice amministrativo che affermasse la legittimità del titolo abilitativo, determinerebbe nel soggetto agente il sicuro convincimento di effettuare un intervento edilizio pienamente legittimo. Sul piano penale sarebbe consequenziale un giudizio assolutorio per difetto dell'elemento soggettivo, anche solo in termini di colpa.” (F. PRETE, *Il sindacato*, p. 16). Lo stesso Autore ammonisce tuttavia che tale tesi “non coglie nel segno e avrebbe pregio solo se il giudicato amministrativo si collocasse in un momento temporalmente anteriore rispetto alla condotta criminosa, giacché, in questo caso inciderebbe realmente sull'elemento psicologico del reato. Si dovrebbe, in altri termini, ipotizzare il caso di una costruzione realizzata dopo che il giudice amministrativo avesse dichiarato la legittimità del titolo, ma nella normalità dei casi questo non avviene. Nella casistica dei reati urbanistici, infatti, l'impugnazione del titolo abilitativo avviene ad opera iniziata, quando il reato è già completo nei suoi elementi strutturali” (*ibid.*).

**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**

La prima conclusione è che, il provvedimento amministrativo raggiunge il suo minimo grado di resistenza/rilevanza in tutte quelle ipotesi in cui il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice coincide (quantomeno, in ampia parte) con l'interesse sostanziale la cui cura è affidata (anche) alla pubblica amministrazione.

Una dimostrazione di questa tesi è offerta proprio dalle ragioni sottostanti ai due diversi orientamenti sull'applicazione dell'articolo 44 lett. b) del d.p.r. 380/2001. La ragione per cui l'orientamento giurisprudenziale, che fa capo alla sentenza *Giordano*, ritiene non applicabile la suddetta disposizione nei casi in cui è stato rilasciato il permesso di costruire (illegittimo), sta nel fatto che il bene tutelato dalla disposizione viene identificato con “quello del controllo dell'attività edilizia da parte della p.a.”⁵⁵⁴. L'opposto orientamento invece, riconosce il potere del giudice penale di sindacare la legittimità del provvedimento amministrativo, proprio perché, in questo caso, si ritiene “che l'interesse tutelato è quello “sostanziale” del territorio, e non quello “strumentale” del controllo e della disciplina degli usi del territorio”⁵⁵⁵.

Analogo *iter* argomentativo è utilizzato, *mutatis mutandis*, anche dalla giurisprudenza in materia di applicazione dell'art. 734 c.p., dove si ritiene che “l'accertamento della sussistenza della distruzione o alterazione delle bellezze naturali dei luoghi soggetti alla speciale protezione dell'autorità è demandata al giudice penale, atteso che

⁵⁵⁴ F. PRETE, *Il sindacato del giudice penale cit.*, p. 10.

⁵⁵⁵ v. M. GAMBARDELLA, *La disapplicazione*, op.cit., p. 771, il quale osserva altresì che “il bene giuridico viene usato come una specie di “cavallo di Troia” dalla giurisprudenza (e da quella dottrina conforme) proprio per superare l'ostacolo del principio di legalità-tipicità, la garanzia della fattispecie astratta di reato. Attraverso l'interpretazione alla luce del bene tutelato, l'espressione concessione è intesa come concessione illegittima.” (p. 772).

**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**

trattasi di reato di danno per il quale l'accertamento dell'evento concretante la contravvenzione spetta al giudice⁵⁵⁶.

Al contrario, nelle fattispecie in cui invece la giurisprudenza non ha operato una siffatta (ri)qualificazione “sostanziale” del bene giuridico tutelato dalla norma, il sindacato del giudice penale è stato limitato alla sola verifica dell'esistenza (materiale o giuridica) del provvedimento, ovvero se il comportamento del privato, in significativa analogia con quanto ritenuto dalle istituzioni UE nel caso *AstraZeneca*, abbia in qualche maniera alterato o meno il processo decisionale della pubblica amministrazione fornendole, ad esempio, informazioni ingannevoli o false⁵⁵⁷.

La seconda conclusione che si può trarre sul tema dell'interazione tra provvedimento amministrativo e fattispecie penale è che, dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che – anche nelle ipotesi in cui si ammette il sindacato del giudice penale sulla legittimità del provvedimento amministrativo – nessun potere è riconosciuto al giudice penale “di sindacare l'opportunità degli atti in considerazione, sostituendosi alla P.A. nell'esercizio di quelle facoltà discrezionali, tecniche e/o di merito, comunque implicanti valutazioni comparative di opposte esigenze, di rilevanza pubblica, operando scelte di priorità ad essa sola attribuite”⁵⁵⁸. In altri termini, “si

⁵⁵⁶ cfr. Corte di Cassazione, Sez. III, del 3 marzo 2004, n. 15299.

⁵⁵⁷ v., ad esempio, Corte di Cassazione, Sez. III, del 17 settembre 2007, n. 34899, in materia di scarico di acque reflue industriali, dove il giudice della legittimità ha ritenuto che “non sussiste il reato di scarico di acque reflue industriali in assenza di autorizzazione, qualora non sia fornita congrua ed adeguata motivazione che l'autorizzazione sia stata rilasciata sulla base di erronea ed incompleta rappresentazione di fatto, o di induzione in errore della P.A. attraverso falsa o dolosa rappresentazione della realtà” (con nota di F. PONTIS, *I limiti del sindacato del giudice penale sulla autorizzazione amministrativa*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 2, 2009, p.378 e ss.).

⁵⁵⁸ v. *ex multis*, Corte di Cassazione, Sez. III., del 17 febbraio 2004, n. 14433; conf. Corte di Cassazione, Sez. III, del 16 giugno 1999, n. 7748, dove si afferma che “la valutazione del giudice penale, volta ad accertare carenza di potere ... nell'emettere il provvedimento..., non può scomparire in apprezzamenti di natura

**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**

individua, quale limite al controllo del giudice penale sull'atto amministrativo, l'impossibilità di sindacare il cosiddetto merito amministrativo, il quale altro non è che l'opportunità del provvedimento stesso: si tratta in pratica di accertamenti e valutazioni (di merito) che sono di esclusiva competenza dell'amministrazione"⁵⁵⁹.

Infine, pur rischiando di osservare l'ovvio, si evidenzia che, qualora il giudice penale ritenga legittimo il provvedimento amministrativo, esso ne deve tenere conto e, con riferimento alle fattispecie analizzate *supra*, accertare la non sussistenza della fattispecie penale.

3. Altre ipotesi di pluriqualficazione, ovvero di rilevanza del provvedimento amministrativo in fattispecie diverse da quella che ha dato luogo alla sua adozione

La questione dell'intersezione tra l'esercizio del potere (autorizzatorio) amministrativo e l'applicazione del diritto penale non esaurisce la casistica del fenomeno di pluriqualficazione delle fattispecie giuridiche.

Esistono infatti altri ambiti, meno conosciuti di quello appena menzionato, che pongono con eguale criticità la problematica della pluriqualficazione dell'esercizio del potere amministrativo, sotto la veste, in particolare, della rilevanza esterna del provvedimento amministrativo, ossia con riferimento a fattispecie giuridiche attuative

tecnica, riguardanti le scelte operate dall'organo amministrativo, poiché, in tal modo, la discrezionalità giurisdizionale verrebbe indebitamente a sostituirsi a quella amministrativa, il cui esercizio è, in questa materia, riservato".

⁵⁵⁹ V. M. GAMBARDELLA, *La disapplicazione*, op. cit., p. 759. In dottrina non manca chi ritiene che il limite non è rappresentato dalla sola discrezionalità amministrativa, ma ritiene che "rispetto a un atto espressione di discrezionalità tecnica manca la possibilità per il giudice di verificare se il provvedimento amministrativo sia conforme o meno al modello legale" (v. R. TUMBIOLO, *Il sindacato del Giudice penale sul titolo edilizio e paesaggistico: dal profilo formale a quello di legittimità*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2013, n. 6, p. 710.

**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**

di un potere diverso da quello che ha generato il provvedimento amministrativo.

Al solo fine di dare conto dell'esistenza di alcuni ulteriori ambiti in cui si esplica il fenomeno della pluriqualificazione, saranno di seguito esaminati, senza alcuna pretesa di esaustività delle espressioni del fenomeno pluriqualificatorio, quelli relativi: (i) alla rilevanza del provvedimento amministrativo nel giudizio contabile (pensionistico e sull'illecito contabile); (ii) alle fattispecie sanzionatorie cosiddette a "doppio binario"; (iii) agli effetti del provvedimento sanzionatorio antitrust nell'ambito del giudizio civile di risarcimento del danno; (iv) 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.

3.1. La rilevanza del provvedimento amministrativo nel giudizio dinnanzi alla Corte dei Conti (in ambito pensionistico e sulla responsabilità amministrativa)

Nella sua Relazione conclusiva al Convegno "*La effettività della tutela giurisdizionale tra la pluralità di giurisdizioni e la disciplina della finanza pubblica*", tenutosi a Napoli-Salerno nel novembre del 1983, Mario Nigro attirava l'attenzione su "*una disapplicazione pochissimo nota*" che è la disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice contabile⁵⁶⁰.

La casistica alla quale si riferiva Nigro riguardava la disapplicazione da parte della Corte dei Conti, in sede di giudizio sulla legittimità della pensione liquidata a un dipendente pubblico, del provvedimento amministrativo che stabilisce lo stipendio del dipendente pubblico sul quale è calcolata la pensione contestata in giudizio. La problematica era quindi quella della resistenza del

⁵⁶⁰ v. La rivista *Diritto processuale amministrativo*, 1984, p. 453, con il titolo "*La giurisdizione sui pubblici poteri tra sistema normativo e spinte fattuali*".

**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**

provvedimento amministrativo nell'ambito delle fattispecie pensionistiche, delle quali esso ne costituiva il presupposto.

A distanza di circa 3 anni dalle osservazioni di Nigro, sulla questione è intervenuta la Corte costituzionale, che con la sentenza n. 186/1986 ha negato al giudice contabile il potere di sindacare, nell'ambito del giudizio pensionistico, la legittimità del provvedimento che stabilisce lo stipendio del dipendente pubblico⁵⁶¹. Le argomentazioni della Corte costituzionale si basavano, sostanzialmente, sia sull'attribuzione del potere di disapplicazione soltanto all'autorità giudiziaria ordinaria⁵⁶², sia sull'estraneità della legittimità del provvedimento stipendiale all'oggetto del giudizio pensionistico.

Con particolare riferimento a quest'ultimo aspetto, anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione è sempre stata abbastanza costante nell'affermare che nel giudizio pensionistico dinnanzi alla Corte dei conti non si tratta “di esaminare neppure in via incidentale la legittimità di provvedimenti amministrativi definitivi riguardanti lo stato giuridico ed economico dell'impiegato e quindi relativi al rapporto di pubblico impiego, ancorché di questo costituiscano l'atto finale ed il presupposto indispensabile per la liquidazione della

⁵⁶¹ v. sentenza Corte costituzionale, del 14 luglio 1986, n. 186.

⁵⁶² Secondo la Corte costituzionale, infatti, “la disapplicazione dell'atto amministrativo è il risultato dell'esercizio di una potestà devoluta all'autorità giudiziaria ordinaria, in base all'art. 5 della ricordata legge n. 2248 all. E, del 1865, sull'abolizione del contenzioso amministrativo. Tale potestà è strettamente legata (anche se con ambito diversificato) alla normativa dell'art. 4 della stessa legge, nella parte in cui fa divieto al giudice ordinario di revocare o di modificare l'atto amministrativo. La limitazione dei poteri di questo giudice alla sola cognizione degli effetti dell'atto costituisce l'anello di completamento e di chiusura del sistema disegnato dalla legge del 1865, che pone come condizione dell'applicazione dell'atto amministrativo la sua conformità alle leggi. [...] Questa breve premessa circa l'origine, l'autorità giudiziaria titolare del potere e gli effetti della “disapplicazione”, spiana la via per risolvere la questione della riferibilità della relativa disciplina alla Corte dei conti nei giudizi in materia di pensioni”.

**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**

pensione”⁵⁶³. Nel giudizio pensionistico il provvedimento amministrativo stipendiale è infatti “valutato solo agli effetti della liquidazione della pensione e non viene impugnato in quanto tale”, con la conseguenza che esso è dunque “*degradato a mero presupposto processuale*, all’unico scopo di accertare il diritto soggettivo a pensione nella sua esatta misura, con esclusione di pronunce a carattere caducatorio o annullatorio”⁵⁶⁴.

Sembra invece porsi in termini diversi la questione della rilevanza del provvedimento amministrativo nell’ambito del giudizio sull’accertamento dell’illecito contabile. L’oggetto del giudizio in questione è infatti l’accertamento dell’illecito contabile. In tale ottica, può ben darsi che “una considerazione della illegittimità di un provvedimento amministrativo sia rilevante nella configurazione dell’ingiustizia del danno”, così come possa altrettanto accadere che “un danno erariale illecito possa configurarsi persino quando il provvedimento che emerge nella complessa vicenda sia nondimeno legittimo”⁵⁶⁵.

⁵⁶³ v. *ex multis.*, sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, del 8 aprile 2010, n. 8317; si veda anche Corte Conti reg., (Lombardia), sez. giurisd., del 20 novembre 2006, n. 649, secondo cui “il giudice delle pensioni non può esaminare, neanche incidentalmente, la legittimità dei provvedimenti amministrativi afferenti lo status giuridico ed economico conseguito dal dipendente nel pregresso rapporto di pubblico servizio, anche se essi costituiscono il presupposto indispensabile per l’attribuzione della pensione o degli assegni ad essa accessori, poiché, a fronte di un provvedimento di carattere costitutivo, il principio di esecutività dell’atto amministrativo e la presunzione di legittimità che lo assiste impediscono al giudice, che non sia competente, di disconoscere gli effetti, fintanto che l’atto stesso non sia rimosso in via di autotutela o in via di impugnativa giurisdizionale”.

⁵⁶⁴ *ibid.*

⁵⁶⁵ v. F. CINTIOLI, *Disapplicazione (diritto amministrativo)*, (voce), Enc. dir., p. 278. Per un’analisi esaustiva e autorevole della problematica in questione si rinvia a P. SANTORO, *L’illecito contabile e la responsabilità amministrativa*, Ravenna, 2011, secondo cui “l’illegittimità dell’atto non è di per sé sufficiente a concretare un illecito amministrativo mentre, all’inverso, una illiceità può riscontrarsi anche in presenza di atti formalmente legittimi” (p. 278). Secondo Santoro infatti l’illegittimità dell’atto non è sufficiente ai fini dell’accertamento del comportamento illecito perché “alla illegittimità dell’atto deve accompagnarsi, perché sia configurabile l’illecito contabile, una condotta (atteggiamento psicologico)

**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**

Lungi da costituire un mero presupposto processuale, la questione della legittimità o meno del provvedimento amministrativo potrebbe pertanto rilevare ai fini dell'accertamento del fatto, ovvero del complessivo comportamento illecito. Le valutazioni sul provvedimento amministrativo si inserirebbero, in altri termini, nell'ambito della sussunzione in concreto della fattispecie illecita.

Oggetto del giudizio non è tuttavia l'illegittimità in sé del provvedimento amministrativo, bensì la sua rilevanza ai fini dell'accertamento e/o della configurazione in concreto dell'illecito e del danno erariale⁵⁶⁶. Per questa ragione in siffatte ipotesi non si tratterebbe nemmeno “di una valutazione incidentale condotta sotto il titolo dell'art. 5 [all.E], bensì di una ponderazione giuridica dell'intero e complessivo contegno, del fatto illecito insomma”⁵⁶⁷.

Ed è proprio questa la posizione prevalente, sia della giurisprudenza di legittimità, sia di quella contabile⁵⁶⁸.

connotata da grave negligenza o un errore professionale inescusabile” (ibid.).

⁵⁶⁶ v. in tal senso, F. GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte di Conti. Responsabilità, conti, pensioni*, Milano, 2006, secondo cui può essere che “un atto occorre che esista, perché un evento lesivo si possa concretare; inoltre l'atto può costituire mezzo diretto ovvero indiretto di rilevazione dell'attività illecita sottostante, posta in essere da agenti dell'amministrazione (anche se questa attività può emergere da altri accertamenti), ma rimane in ogni caso indifferente l'atto medesimo e la sua valutazioni di legittimità, rispetto alla costruzione della fattispecie di illecito; l'atto non viene in rilievo come tale, ma come mero fatto giuridico, idoneo a produrre un evento dannoso” (p. 237).

⁵⁶⁷ v. F. CINTIOLI, *Disapplicazione*, cit.. v. anche F. GARRI, *Il giudizio*, cit., secondo cui “in sede di giudizio di responsabilità amministrativa è possibile al giudice di delibare incidentalmente la legittimità degli atti amministrativi [...] ma oggetto del giudizio rimane l'accertamento dell'illiceità, o meno, del fatto giuridico recante danno (e non della conformità a legge dell'atto stesso); sempre per tale motivo non esplica effetti preclusivi dell'accertamento della responsabilità l'eventuale pendenza di un giudizio amministrativo sulla legittimità del provvedimento che si suppone causativo del danno [...], proprio perché *petitum* e *causa petendi* dei due giudizi sono diversi” (p. 238).

⁵⁶⁸ Per quanto concerne la giurisdizione contabile, si veda di recente, la sentenza della Corte Conti reg., (Sardegna), sez. giurisd., del 9 ottobre 2014, n. 203, secondo cui “la Corte dei conti, nel giudizio sul fatto generativo del danno erariale, può accertare incidentalmente la legittimità dell'atto amministrativo, quando tale accertamento sia preliminare alla valutazione del comportamento e del danno conseguente”; si veda anche la sentenza della Corte Conti reg., (Lombardia), sez.

**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**

È stato infatti costantemente sostenuto che “in sede di giudizio per responsabilità amministrativa, il giudice contabile può conoscere dell'illegittimità di un provvedimento amministrativo onde valutare, unitamente agli altri elementi della fattispecie, la sussistenza della responsabilità dell'agente”, senza avere però il potere di “annullare l'atto in questione”⁵⁶⁹. Si tratta, secondo la Cassazione, di un intervento in “via principale (e non incidentale ai sensi dell'art. 5, legge n. 2248 del 1865, all. E) di uno degli elementi della più complessa fattispecie di responsabilità amministrativa”⁵⁷⁰. Ne consegue quindi che è irrilevante ai fini del giudizio di responsabilità per danno erariale che il provvedimento amministrativo oggetto delle valutazioni del giudice contabile sia stato precedentemente dichiarato legittimo in sede di controllo da parte della stessa Corte, ovvero che il giudice amministrativo abbia preventivamente accertato l'illegittimità,

giurisd., del 24 marzo 2009, n. 165, secondo cui “l'accertamento del giudice contabile non cade mai sull'illegittimità di un atto, ma sull'illiceità di un fatto giuridico che, modificando la realtà, abbia comportato una diminuzione patrimoniale per l'amministrazione; poiché nella maggior parte dei casi il fatto illecito, causativo di danno, nasce proprio dall'essersi prodotti gli effetti dell'atto amministrativo non annullato in sede di controllo né in sede giurisdizionale di legittimità, e perciò munito della cd. presunzione di legittimità, consegue la configurazione dei rapporti tra giudizio amministrativo e amministrativo-contabile in termini di assoluta autonomia, senza la previsione di preclusioni, precedenze, effetto di giudicato dell'uno rispetto all'altro e, altresì l'impercorribilità di qualsiasi costruzione giuridica che intenda legare o comunque posporre l'accertamento della responsabilità amministrativa all'accertamento dell'illegittimità di atti della p.a”.

⁵⁶⁹ Sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, del 3 novembre 2005, n. 21291. A tal proposito, v. P. SANTORO, *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, Ravenna, 2015, il qual riferendosi alla suddetta sentenza della Cassazione, afferma che “è stato riconosciuto, ai fini della delimitazione dell'ambito di cognizione del giudice contabile, che l'illegittimità dell'atto amministrativo nel giudizio per danno erariale rappresenta uno degli elementi della più complessa fattispecie di responsabilità contabile e di tale illegittimità il giudice contabile conosce ai soli fini del giudizio per danno erariale onde valutare, unitamente agli altri elementi, la sussistenza della responsabilità dell'agente, restando privo di “diretta” rilevanza persino la circostanza che l'atto sia ritenuto legittimo in sede di controllo o anche dallo stesso giudice amministrativo, non trattandosi neppure di una ipotesi di disapplicazione dell'atto in senso stretto ma di verifica di un elemento della fattispecie oggetto di cognizione principale” (p. 773).

⁵⁷⁰ *ibid.*

**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**

o meno, dell'atto posto in essere dagli amministratori ed in relazione al quale è proposta l'azione di responsabilità⁵⁷¹.

Per quanto concerne invece l'intensità del controllo esercitato dal giudice contabile, esso "può verificare la compatibilità delle scelte amministrative sotto il profilo del corretto esercizio della discrezionalità amministrativa, arrestando il sindacato sulla soglia della legittimità, senza penetrare nel merito delle scelte riservate all'amministrazione"⁵⁷².

In maniera analoga a quanto rilevato con riferimento ai reati edilizi, anche il controllo sulla legittimità del provvedimento amministrativo da parte del giudice dell'illecito contabile incontra quindi il limite del merito amministrativo.

3.2. Il c.d. "doppio binario" sanzionatorio

Un'altra ipotesi (abbastanza peculiare) di pluriqualificazione è rappresentata dalle c.d. fattispecie a "doppio binario" sanzionatorio, per utilizzare "una metafora ferroviaria abusata a tal segno da essere quasi assurda a nomenclatura giuridica"⁵⁷³. Nella sostanza, con la locuzione "doppio binario sanzionatorio" si intende la "previsione, per il medesimo fatto, di sanzioni di natura distinta (sul piano della qualificazione interna) applicabili alla stessa persona tramite procedimenti di diverso tipo (nella specie, penale e

⁵⁷¹ *ibid.*, conf. sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, del 10 luglio 2000, n. 469. Si veda anche Corte Conti reg., (Trentino-Alto Adige), sez. giurisd., del 12 luglio 2007, n. 37, secondo cui "in tema di rapporti tra giudicato amministrativo e giudizio di responsabilità amministrativo/contabile, la cognizione del giudice contabile non soffre limitazioni né è, in qualche modo, vincolata dalle statuizioni del g.a. la cui pronuncia ha diverso contenuto e finalità in quanto intesa alla verifica della legittimità degli atti e non, invece, all'accertamento di comportamenti produttivi del danno pubblico; **pertanto, non v'è rapporto di diretta interdipendenza tra illegittimità ed illiceità dell'atto potendo, la prima, costituire solo un sintomo della seconda ed anche non dar luogo ad un evento dannoso e, d'altro canto, potendo la seconda derivare da un'attività legittima, comunque, rivelatasi antieconomica** (enfasi aggiunta)".

⁵⁷² *ibid.*

⁵⁷³ v. G.M. FLICK - V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: Dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2015.

**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**

amministrativo)»⁵⁷⁴. Semplificando ulteriormente, l'ordinamento prevede dei casi in cui lo stesso comportamento fattuale può risultare punibile sia come illecito amministrativo, che come reato.

Attraverso questa tecnica, di cumulo sanzionatorio, il legislatore si assicura che particolari ambiti dell'ordinamento siano presidiati da meccanismi di sufficiente deterrenza, tali da conformare, in linea di principio, le condotte degli operatori agli obiettivi perseguiti dalla disciplina settoriale⁵⁷⁵. Gli esempi più noti di fattispecie a c.d. doppio binario si hanno nell'ambito della disciplina sugli abusi di mercato. Si pensi, ad esempio, alle condotte di *insider trading* che costituiscono illecito penale, ai sensi dell'articolo 184 del dlgs. n. 58/1998 (“TUF”), e illecito amministrativo, ai sensi dell'articolo 187-bis del TUF⁵⁷⁶. Simili tecniche punitive si possono però trovare anche in altri settori dell'ordinamento, diversi da quello dei mercati finanziari, quale, ad esempio, quello tributario⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ *ibid.*, p. 18.

⁵⁷⁵ Per un rilievo simile, G.M. FLICK e V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, *cit.*, secondo cui il ricorso alle clausole di cumulo delle sanzioni sono adottate dal legislatore “per assicurare una risposta sanzionatoria più pronta ed efficace, riducendo il rischio che determinati illeciti rimangano impuniti” (p.20)

⁵⁷⁶ Lo stesso vale anche per le condotte che costituiscono manipolazione di mercato, punibili penalmente, ai sensi dell'articolo 185 del TUF, e come illecito amministrativo, ai sensi dell'articolo 187-ter del TUF. Si noti poi che sul tema della compatibilità del cumulo di sanzioni (penali e amministrative) in materia di *insider trading*, la Corte di Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo “649 c.p.p. (divieto di doppio giudizio) per contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost. in riferimento all'art. 4 Prot. 7 CEDU, nella parte in cui lo stesso art. 649 c.p.p. non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui all'imputato sia già stata inflitta, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della giurisprudenza rilevante della Corte EDU” (v. F. VIGANO', *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, del 28 settembre 2015).

⁵⁷⁷ Si pensi, a tal proposito, alla fattispecie di omissione di versamento dell'IVA, sanzionabile penalmente oltre una certa soglia, ai sensi dell'articolo 10-ter del dlgs. n. 74/2000, e come illecito amministrativo, ai sensi dell'articolo 13, comma 1, del dlgs. n. 471/1997. Proprio la compatibilità del cumulo tra sanzioni penali e amministrative, in materia di omesso versamento dell'IVA, con il divieto di *ne bis in idem* di cui all'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea

**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**

A ben vedere, c'è una sostanziale differenza tra la vicenda pluriqualficatoria nelle fattispecie c.d. a doppio binario e quelle relative alle ipotesi esaminate nei paragrafi precedenti. Negli illeciti c.d. a “doppio binario” sanzionatorio non si riscontra infatti quel conflitto, che invece caratterizza la casistica esaminata nei precedenti paragrafi, tra la protezione/immunità garantita dal provvedimento amministrativo a un determinato comportamento e la configurazione del medesimo comportamento come illecito penale/contabile. In altri termini, non viene in rilievo la tematica relativa alla sanzione/divieto di un comportamento autorizzato/coperto dall'esercizio del potere amministrativo.

Nell'ambito degli illeciti c.d. a “doppio binario” è vero semmai il contrario. È infatti una caratteristica propria di tale ipotesi pluriqualficatoria, quella per cui lo stesso comportamento è valutato in maniera, sostanzialmente, uniforme (ossia, vietato e sanzionato) sia nell'ambito penale che in quello amministrativo.

La problematica che pongono gli illeciti c.d. a “doppio binario” non è quindi quella dell'individuazione di un criterio volto a evitare il conflitto autorizzazione-sanzione, bensì la compatibilità del cumulo tra due tipologie di sanzioni (e procedimenti) con i diritti fondamentali della persona.

Si pone, in particolare, il problema della compatibilità del sistema a “doppio binario” con il principio del *ne bis in idem*, sancito sia dall'articolo 4 del Protocollo annesso alla CEDU⁵⁷⁸, sia

(si veda, più nel dettaglio, *infra*) è stato oggetto di domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia effettuata dal Tribunale di Bergamo con ordinanza del 16 settembre 2015. Su analoghe problematiche, il Tribunale di Bologna, con ordinanza del 21 aprile 2015, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'articolo 10-ter del dlgs. n. 74/2000.

⁵⁷⁸ La disposizione in questione prescrive che: “1. Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato. 2. Le disposizioni del

**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**

dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵⁷⁹.

Sulla questione si è di recente pronunciata la Corte Edu, che, proprio con riguardo al cumulo di sanzioni (e procedimenti) in tema di manipolazioni di mercato, ha accertato la violazione dell'articolo 4 del Protocollo 7 CEDU da parte dello Stato italiano. La vicenda è nota ed è quella relativa all'*affaire Grande Stevens e altri*⁵⁸⁰. È sufficiente quindi evidenziare in questa sede che le conclusioni della Corte Edu, circa la violazione del principio del *ne bis in idem*, si reggono sostanzialmente su due pilastri⁵⁸¹.

Il primo riguarda la “*qualificazione sostanzialistica*” della natura dei procedimenti sanzionatori⁵⁸². Per la Corte non assume

paragrafo precedente non impediscono la riapertura del processo, conformemente alla legge e alla procedura penale dello Stato interessato, se fatti sopravvenuti o nuove rivelazioni o un vizio fondamentale nella procedura antecedente sono in grado di inficiare la sentenza intervenuta. 3. Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'articolo 15 della Convenzione.”.

⁵⁷⁹ Ai sensi dell'articolo 50 della Carta, “nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”.

⁵⁸⁰ Sentenza della Corte EDU del 4 marzo, 2014, caso *Grande Stevens e altri c. Italia*, cause riunite nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10. Tra i numerosi commenti della dottrina italiana alla sentenza in questione si segnalano, G.M. FLICK e V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? (“Materia penale”, giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Rivista delle società*, 2014, p. 953 e ss.; L. TORCHIA, *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle corti europee e nazionali*, Intervento al Convegno su “40 anni della legge istitutiva della Consob. Dal controllo della trasparenza dell'informazione al presidio della governance”, Milano, Università Bocconi, 29 e 30 ottobre 2014; M. ALLENA, *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, p. 1053 e ss.

⁵⁸¹ Per quanto riguarda invece la giurisprudenza della Corte di giustizia si segnala la sentenza, del 5 aprile 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, in cui la Corte, pronunciandosi in materia di cumulo tra sanzioni amministrativo-tributarie e sanzioni penali ha stabilito che “il principio del *ne bis in idem* sancito all'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni di obblighi dichiarativi in materia di imposta sul valore aggiunto, una sanzione tributaria e successivamente una sanzione penale, qualora la prima sanzione non sia di natura penale, circostanza che dev'essere verificata dal giudice nazionale”.

⁵⁸² v. L. TORCHIA, *Il potere sanzionatorio*, cit., che sottolinea come “a

**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**

rilievo vincolante la circostanza che un determinato illecito (sanzione) sia qualificato come amministrativo dall'ordinamento nazionale. Quello che conta, in realtà, sono la natura dell'illecito e la natura, nonché il grado di deterrenza, della sanzione⁵⁸³. Ne consegue quindi che illeciti qualificati come amministrativi dall'ordinamento nazionale possono essere invece considerati penali ai sensi della CEDU.

Il secondo pilastro della sentenza *Grande Stevens* concerne il ricorso a un criterio fattuale, e non giuridico-legale, per stabilire l'identità del fatto, ai fini dell'applicazione del *ne bis in idem*. In altri termini, la Corte Edu adotta “una nozione storico-naturalistica, anziché legale, dell’<<*idem factum*>> in sede di verifica della sussistenza del *ne bis in idem*: con conseguente irrilevanza degli scostamenti tra la fattispecie astratta [dell'illecito amministrativo] e quella dell'[omologo] reato”⁵⁸⁴.

Ciò che effettivamente conta è che si tratti dello stesso comportamento materiale e non necessariamente di identità di fattispecie giuridiche.

Il principio del *ne bis in idem* si può però guardare anche come criterio selettivo tra diverse fattispecie sanzionatorie. Sotto questa prospettiva, che è poi quella che maggiormente rileva ai fini della presente ricerca, sarà proprio il precetto del *ne bis in idem* a scongiurare che la pluriquificazione dello stesso comportamento risulti nell'imposizione di una doppia sanzione (penale e amministrativa).

rilevare non è, infatti, la qualificazione giuridica delle condotte, ma i fatti sottostanti” (p. 5).

⁵⁸³ Secondo i ben noti *criteri Engels*, così denominati perché formulati per la prima volta nella sentenza della Corte Edu, del 8 giugno 1976, *Engel e a. c. Paesi Bassi (Grande Camera)*, cause nn. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72.

⁵⁸⁴ v. G.M. FLICK e V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens*, *cit.*, p. 9.

**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**

La necessità di rispettare il principio del *ne bis in idem* indurrà pertanto l'interprete a dichiarare l'improcedibilità del procedimento penale, ovvero di quello amministrativo, ogniqualvolta lo stesso comportamento è stato già oggetto di sanzione (o assoluzione) in un altro procedimento (rispettivamente, amministrativo, ovvero penale).

Nulla potrà invece fare il principio del *ne bis in idem* nei casi in cui l'imposizione di sanzioni penali e amministrative avvenga nell'ambito dello stesso procedimento. L'unicità del procedimento sanzionatorio, e quindi del fatto sanzionato, sembra infatti impedire l'applicazione del suddetto principio⁵⁸⁵.

3.3. Provvedimento sanzionatorio antitrust e azioni risarcitorie c.d. follow-on

Una questione contigua a quella della pluriqualificazione giuridica della medesima fattispecie – pur non trattandosi di una vera e propria ipotesi di pluriqualificazione – è quella relativa agli effetti dei provvedimenti sanzionatori dell'autorità antitrust nell'ambito delle azioni risarcitorie avviate a valle dell'accertamento dell'infrazione da parte del garante della concorrenza (azioni *c.d. follow-on*).

Sotto questo profilo, la giurisprudenza di merito e di legittimità si è interrogata sulla vincolatività o meno degli accertamenti contenuti nel provvedimento sanzionatorio nei confronti del giudice chiamato a decidere sul risarcimento del danno, asseritamente provocato dalla medesima infrazione accertata dall'autorità garante della concorrenza. La posizione adottata è, formalmente, di autonomia del procedimento

⁵⁸⁵ Questa sembra essere infatti la posizione adottata dalla Corte EDU, nella recente sentenza, del 30 aprile 2015, *Kapetanios e altri c. Grecia*, cause nn. 3453/12, 42941/12 and 9028/13, secondo cui “*Article 4 of Protocol No. 7 did not in principle prohibit the imposition of a term of imprisonment and a fine for the same set of facts, provided that the ne bis in idem principle was respected. Thus, in the context of the prevention of contraband, this principle would not have been breached had the two forms of penalty, a custodial sentence and a financial penalty, been imposed as part of a single set of judicial proceedings*” (v. Information Note on the Courts case-law, n. 184, Aprile 2015, p. 16, reperibile all'indirizzo web <http://hudoc.echr.coe.int>).

**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**

giudiziario rispetto agli accertamenti contenuti nel provvedimento sanzionatorio, ma sostanzialmente la giurisprudenza di merito e legittimità finisce per riconoscere una natura vincolante agli accertamenti svolti dall'autorità garante della concorrenza.

La giurisprudenza è infatti granitica nel riconoscere al provvedimento sanzionatorio antitrust valore di *prova privilegiata* nell'ambito dei procedimenti risarcitori di *follow-on*⁵⁸⁶. Il valore di prova privilegiata non preclude, secondo la medesima giurisprudenza, che la società convenuta possa fornire prova contraria alle conclusioni contenute nel provvedimento sanzionatorio. È tuttavia escluso rimettere in discussione proprio i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza, se non altro in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi nel corso del procedimento amministrativo dinnanzi all'Autorità⁵⁸⁷.

Per quanto riguarda l'estensione degli effetti del provvedimento sanzionatorio nell'ambito del giudizio risarcitorio, la giurisprudenza più recente sembra riconoscergli valore di prova privilegiata non solo con riferimento all'accertamento dell'infrazione, bensì anche con riguardo alla sussistenza del nesso di causalità tra violazione della normativa antitrust e danno subito⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ v., *ex multis*, Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640; Cass. 29 maggio 2013, n. 13456.

⁵⁸⁷ v., Cass. 20 giugno 2011, n. 13486; Cass. 4 marzo 2013, n. 5327. In altri termini, all'impresa convenuta è consentito fornire la prova contraria dei fatti accertati, senza che sia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio o alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede.

⁵⁸⁸ v., in questo senso, sentenza della Corte di Cassazione, sez. IV., del 23 aprile 2014, n. 9116, secondo cui “nel giudizio promosso dall'assicurato ed avente ad oggetto il risarcimento del danno da questi patito per l'elevato premio corrisposto in conseguenza di un'illecita intesa orizzontale restrittiva della concorrenza, posta in essere da compagnie assicuratrici, gli atti del procedimento, in esito al quale l'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato ha accertato la sussistenza

**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**

Al provvedimento antitrust è insomma riconosciuto in sostanza un effetto vincolante nell'ambito delle azioni giudiziarie risarcitorie c.d. *follow-on*.

È in quest'ambito che si inseriscono le disposizioni della recente direttiva UE n. 104, del 26 novembre 2014, (la "Direttiva") sul risarcimento del danno antitrust. Assume particolare rilevanza ai fini della presente indagine l'articolo 9, comma 1, della Direttiva, secondo cui "gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza [...] sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza"⁵⁸⁹.

Per quanto concerne l'ordinamento nazionale la Direttiva "formalizza" quindi l'effetto vincolante delle decisioni (definitive) dell'autorità antitrust, ai fini dell'accertamento dell'infrazione nell'ambito delle azioni risarcitorie⁵⁹⁰.

dell'illecito anticoncorrenziale ed irrogato una sanzione ad una determinata impresa, costituiscono una prova privilegiata, quando non una presunzione, del danno patito dal singolo assicurato. Ne consegue che la medesima impresa assicuratrice può fornire prova contraria del nesso causale tra l'illecito concorrenziale e il danno, ma non con argomentazioni generali, tese a rimettere in discussione i fatti costitutivi della sussistenza della violazione della disciplina sulla concorrenza, già valutati dall'Autorità Garante, bensì offrendo precise indicazioni su situazioni e comportamenti relativi ad essa e all'assicurato, idonei a dimostrare che il livello del premio non è stato determinato dalla partecipazione all'intesa illecita, ma da altri fattori".

⁵⁸⁹ Si noti poi che il secondo comma della stessa disposizione si occupa del valore delle decisioni delle altre autorità della concorrenza nell'ordinamento nazionale, stabilendo che "gli Stati membri provvedono affinché una decisione definitiva ai sensi del paragrafo 1 adottata in un altro Stato membro possa, conformemente al rispettivo diritto nazionale, essere presentata dinanzi ai propri giudici nazionali, almeno a titolo di prova *prima facie*, del fatto che è avvenuta una violazione del diritto della concorrenza e possa, se del caso, essere valutata insieme ad altre prove addotte dalle parti".

⁵⁹⁰ È noto che analogo valore vincolante è già riconosciuto, ai sensi dell'articolo 16 del Regolamento n. 1/2003, alle decisioni (anche non definitive) della Commissione europea.

**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**

La disposizione sembra tuttavia avere quantomeno due importanti ricadute nell'ordinamento nazionale.

In primo luogo, potrebbero ben ipotizzarsi (seppure solo in via teorica) dei casi in cui il provvedimento antitrust continui ad avere un valore di prova privilegiata nell'ambito dei giudizi risarcitori. Si pensi, ad esempio, nei casi (invero rari) in cui si decida di avviare un processo prima che la decisione antitrust diventi definitiva. L'ipotesi però più plausibile è che il provvedimento amministrativo sanzionatorio continui ad avere valore di prova privilegiata per quanto concerne il nesso di causalità tra infrazione e danno subito, in quanto questo elemento non è stato coperto dall'articolo 9 della Direttiva.

In secondo luogo, l'articolo 9 della Direttiva prescrive che il provvedimento sanzionatorio antitrust, divenuto definitivo, sia vincolante per il giudice nazionale ai fini dell'accertamento dell'infrazione. Tale disposizione sembra quindi implicare che il giudice ordinario non potrà più esaminare, seppure incidentalmente, la legittimità del provvedimento sanzionatorio dell'autorità antitrust (divenuto definitivo). Se questo è vero, si deve quindi concludere che, in sede di attuazione della direttiva, prevista entro il 27 dicembre 2016, non può che sancirsi l'abrogazione parziale (e, quantomeno, implicita) dell'articolo 5 della legge n. 2248 del 1865 All. E.

3.4. La novella introdotta dall'articolo 6 della l. n. 124/2015

La problematica relativa ai fenomeni di pluriqualficazione ha peraltro recentemente catturato anche l'interesse del legislatore. Si fa particolare riferimento all'articolo 6 della l. n. 124/2015, che, nel aggiungere un nuovo comma 2-*bis* all'articolo 21-*nonies* della l. n. 241/90, prevede la possibilità dell'esercizio del potere di autotutela oltre il periodo di 18 mesi dall'adozione del provvedimento, nel caso

**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**

di dichiarazioni false o mendaci, stabilendo però che la falsità delle dichiarazioni sia stata accertata con sentenza passata in giudicato⁵⁹¹.

La nuova disposizione sembra porsi in controtendenza rispetto alle previgenti disposizioni della l. n. 241/1990, che rimettevano invece alla pubblica amministrazione la capacità di stabilire la falsità o mendacità delle dichiarazioni effettuate dagli interessati, ai fini dell'esercizio del potere di autotutela. È sufficiente a tal riguardo rammentare che, la precedente versione del comma 3 dell'articolo 19 della l. 241/1990 si limitava a stabilire che “in caso di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci, l'amministrazione [...] può sempre e in ogni tempo adottare i provvedimenti” di divieto dell'attività. Con la novella introdotta dall'articolo 6 della l. n. 124/2015, invece, il suddetto provvedimento di divieto di attività, per dichiarazioni false o mendaci, può essere adottato solo ai sensi dell'articolo 21-*nonies*, comma 2-*bis*, ossia solo in caso di falsità o mendacità “*accertate con sentenza passata in giudicato*”.

La soluzione adottata dal legislatore sembra quindi privilegiare la rilevanza delle qualificazioni effettuate in un plesso ordinamentale (in questo caso l'accertamento giudiziale della falsità/mendacità della dichiarazione/atto) anche in altre branche dell'ordinamento (ossia, nell'ambito dell'esercizio del potere amministrativo).

⁵⁹¹ In particolare, il comma 2-*bis* dell'articolo 21-*nonies* della l. 241/1990 prevede che “i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445”.

**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**

**4. La codificazione dell'abuso del diritto in materia fiscale:
verso il (formale) riconoscimento del divieto di abuso del
diritto quale principio generale dell'ordinamento?**

Accanto alla presenza di numerose ipotesi pluriqualficatorie, nell'ordinamento nazionale si può altresì ravvisare il sempre più crescente ricorso, per di più generalizzato, alla figura dell'abuso del diritto come spartiacque tra l'esercizio legittimo di prerogative ordinamentali e comportamenti che, seppure conformi allo schema tipico di siffatte prerogative, sono diretti a ottenere risultati contrastanti con, o divergenti da, gli obiettivi perseguiti dalle prerogative in questione.

Un chiaro e importante esempio in tale direzione è rappresentato dalla recentissima previsione di una clausola generale anti-abusiva in materia fiscale. Si tratta, in particolare, del d.lgs. del 5 agosto 2015, n. 128, il cui articolo 1 ha introdotto nello Statuto del contribuente una nuova disposizione (l'art. 10-*bis*), intitolata “*disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale*”⁵⁹².

La disposizione è intervenuta con l'intento di fornire certezza al contribuente in un ambito in cui gli interventi legislativi e la giurisprudenza di legittimità sono stati, quantomeno, ondivaghi⁵⁹³. Si è passati infatti da una fase in cui, dottrina e giurisprudenza, negavano l'esistenza di un principio generale di divieto di abuso del diritto in materia tributaria, alla giurisprudenza più recente della Corte di cassazione che invece riconosce nell'articolo 53 della Costituzione il fondamento del divieto dell'abuso del diritto in materia

⁵⁹² Per degli autorevoli commenti alla disposizione in questione si vedano, F. GALLO, *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rassegna tributaria*, 2015, n. 6, p. 1315 e ss; M. SCUFFI, *La codificazione dell'abuso del diritto secondo il D.LGS. n. 128/2015*, in *Rivista di diritto tributario*, 2015, n. 3, p. 234 e ss.

⁵⁹³ Il decreto legislativo è stato adottato sulla base di precisi criteri di delega previsti dall'articolo 5 della l. n. 23/2014, che, come rilevato dalla dottrina, aveva il “dichiarato intento di dare maggior certezza al sistema tributario ed ai rapporti tra fisco e contribuente” (v. M. SCUFFI, *La codificazione, cit.*, p. 234).

**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**

fiscale/tributaria⁵⁹⁴. Con particolare riferimento al recente orientamento della Corte di Cassazione, è noto che il giudice di legittimità opera, sostanzialmente, una duplice distinzione tra materie (i) armonizzate dalla normativa UE e (ii) quelle non armonizzate.

Nel primo ambito, il principio di divieto dell'abuso del diritto è ricavato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (già esaminata nel corso del capitolo III del presente contributo).

Per quanto riguarda invece le materie non armonizzate (e diverse dalla casistica anti-elusiva espressamente prevista dal legislatore), la Corte di Cassazione ha prevalentemente ritenuto che i primi due commi dell'articolo 37-*bis* del d.p.r. n. 600/1973, in materia anti-elusiva, fossero in realtà espressione di un generale principio, ricavabile dall'articolo 53 della Costituzione, secondo cui “il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale”⁵⁹⁵.

Questo orientamento dei giudici di legittimità, seppure prevalente, non è stato però sempre univoco. Non sono infatti mancate pronunce, anche recenti, della Suprema corte dirette a negare l'esistenza di un principio generale anti-elusivo in materia fiscale⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ Per un'analisi dettagliata della questione si rinvia a F. GALLO, *La nuova frontiera*, cit., il quale distingue l'evoluzione della figura dell'abuso del diritto tributario in tre fasi: (i) di sostanziale disconoscimento dell'abuso del diritto (*ante art. n. 10 della legge n. 408 del 1990*); (ii) di riconoscimento casistico da parte del legislatore (*l'art. 10 della legge n. 408 del 1990 e il vigente art. 37-bis del d.P.R. n. 600*) e (iii) la fase di riconoscimento del principio di divieto dell'abuso del diritto da parte della giurisprudenza della Corte di cassazione (*le sentenze nn. 30055 e 30057 del 2008 della Cassazione*).

⁵⁹⁵ v. *ex multis*, sentenze della Corte di Cassazione, nn. 30055 e 30057 del 23 dicembre 2008.

⁵⁹⁶ v. sentenza della Corte di cassazione, del 19 dicembre 2014, n. 27087; conf. Corte di cassazione, del 14 gennaio 2015, n. 405, con nota di G. ZOPPINI, *Nuove*

**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**

Anche per questa ragione l'intervento sistemico del legislatore appare particolarmente apprezzabile.

Esaminando ora più da vicino la definizione della figura dell'abuso del diritto contenuta all'articolo 10-*bis* dello Statuto del contribuente, si osserva che essa è composta da tre elementi⁵⁹⁷. Il primo elemento è rappresentato *dall'assenza di sostanza economica dell'operazione*, intesa come inidoneità dell'operazione a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali⁵⁹⁸. Il secondo elemento è identificato con la necessità che l'operazione sia essenzialmente diretta all'ottenimento di *vantaggi fiscali indebiti*, intesi come benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario⁵⁹⁹. Si tratta, a ben vedere, dell'elemento soggettivo (seppure oggettivizzato) di cui alla giurisprudenza della Corte di giustizia, a suo tempo esaminata. Il terzo elemento è invece di natura negativa ed è costituito dall'assenza di una giustificazione alternativa all'abuso, rappresentata da vantaggi extrafiscali – purché di natura non marginale – derivanti dall'operazione⁶⁰⁰.

prospettive giurisprudenziali in tema di abuso, in *Rassegna tributaria*, n. 5, 2015, p. 1276 e ss.

⁵⁹⁷ Si noti che, ai sensi dell'articolo 10-*bis* della l. n. 212/2000, “configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni.” Oltre alla dottrina già citata, sull'articolo 10-*bis*, si vedano anche G. ZIZZO, *La nozione di abuso nel nuovo art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in *Corriere giuridico*, n. 11, 2015, p. 1337 e ss.; F.G. CAPITANI, *Il “nuovo” abuso del diritto cala (definitivamente) il sipario sul rilievo penale delle condotte abusive*, in *Diritto & Giustizia*, n. 36, 2015, p. 36 e ss.

⁵⁹⁸ Il comma 2, lett. a) dell'articolo 10-*bis*, prevede altresì che “sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato.

⁵⁹⁹ v. comma 2, lett. b) dell'articolo 10-*bis*.

⁶⁰⁰ Il comma 3 dell'articolo 10-*bis* prevede che “non si considerano abusive, in

**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**

La sanzione in caso di accertamento dell'abuso è l'inopponibilità all'amministrazione del risparmio d'imposta. Restano invece applicabili le puntuali sanzioni amministrative previste da specifiche e diverse norme tributarie⁶⁰¹, mentre è espressamente esclusa che la fattispecie abusiva possa dare luogo a un illecito penale tributario⁶⁰².

Ai fini della presente indagine, tuttavia, la previsione di una clausola generale di divieto dell'abuso del diritto, di cui all'articolo 10-*bis* dello Statuto del contribuente, stimola due valutazioni, per certi versi scontate, e solleva un interrogativo.

Partendo dalle valutazioni, si osserva in primo luogo che, indubbiamente, la definizione di abuso prevista dall'articolo 10-*bis* riflette gli insegnamenti della giurisprudenza UE in materia di abuso del diritto⁶⁰³. In secondo luogo, il divieto di abuso del diritto, di cui

ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente”.

⁶⁰¹ Ai sensi dell'articolo 10-*bis*, comma 13, “resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie”.

⁶⁰² Il primo periodo dell'art. 10-*bis*, comma 13, stabilisce infatti che “le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie”. Secondo F. GALLO, *La nuova frontiera*, cit., 1317, ciò “significa che devono essere esclusi dalla nozione di condotta abusiva e devono confluire in quella di evasione tutti quei comportamenti e quelle situazioni che conducono alla rappresentazione di risultati diversi da (o in contrasto con) quelli previsti dalla legge e, perciò, non solo, ovviamente, gli occultamenti di ricavi e proventi, le deduzioni di spese non inerenti o fittizie, ma anche quelle alterazioni dei fatti economici che finora la Cassazione ha spesso assimilato all'abuso del diritto (il riferimento è, soprattutto, alla dissimulazione, all'antieconomicità, all'interposizione e residenza fittizie e all'esterovestizione). L'abuso del diritto in campo fiscale va, quindi, definito per esclusione nel senso che esso inizia dove, integrandosi le ipotesi di cui all'art. 10-*bis*, finisce il legittimo risparmio d'imposta e termina dove sono prospettabili specifiche fattispecie di evasione”.

⁶⁰³ Peraltro, come rilevato da F. GALLO, *La nuova frontiera*, cit., con riferimenti agli stessi criteri della legge delega “questi principi e criteri costituiscono l'essenza anche dell'abuso comunitario, come lo intende la stessa Corte di giustizia dell'UE quando parla di aggiramento, *fraus legis* ed elusione e quando rileva che, nonostante l'osservanza formale delle pertinenti disposizioni, l'abuso deve risultare dal fatto che l'attribuzione del vantaggio (indebito) sia frutto di un'attività fraudolenta, e cioè porsi oggettivamente in conflitto con l'obiettivo perseguito dalle

**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**

all'articolo 10-*bis* ha sicuramente natura “*universale*” nell'ambito della materia fiscale/tributaria, ossia rappresenta l'appiglio normativo di un principio generale della materia in questione⁶⁰⁴.

Da qui l'interrogativo, in realtà anticipato nel titolo del presente paragrafo: ossia, se la codificazione della figura dell'abuso del diritto, di cui al suddetto articolo 10-*bis*, possa fungere da riconoscimento espresso di un principio generale di divieto di abuso del diritto che va oltre i confini del settore fiscale.

La risposta non può che essere positiva, almeno per due ragioni.

In primo luogo, a differenza delle altre disposizioni dalle quali la dottrina suole di norma ricavare l'esistenza di un principio di divieto di abuso del diritto, l'articolo 10-*bis* fornisce in maniera diretta ed esplicita una definizione della figura dell'abuso del diritto.

Non si prescrive, in altri termini, una fattispecie dalla quale si sottintende la *ratio* del divieto di abuso del diritto, bensì, lo si ripete, il legislatore ha definito cosa debba intendersi per abuso del diritto. Ne consegue che, il principio di non contraddittorietà, e ancora prima semplice logica, imporrebbero che la stessa definizione valga anche negli altri plessi ordinamentali⁶⁰⁵.

disposizioni stesse”.

⁶⁰⁴ Cfr. M. SCUFFI, *La codificazione, cit.*, secondo cui “sin dalle prime stesure dell'articolato, veniva formulata una disposizione autonoma senza precisi confini da utilizzare in qualsiasi settore impositivo, privilegiando un principio generale antielusivo, volto a fornire - da un lato - certezza alle operazioni ritenute legittime e dall'altro consentire agli organi accertatori di ricostruire e/o ricondurre non solo in astratto ma nell'ambito di vero e proprio “*nomen juris*” normativamente riconosciuto, fattispecie di qualsiasi provenienza e natura qualificabili e provate come elusive. L'inserimento dell'abuso nell'ambito dello Statuto realizza dunque questo scopo “universale” e conferisce alla norma forza di “principio” preordinato alle regole pertinenti ogni singolo tributo”.

⁶⁰⁵ Peraltro, la definizione della figura dell'abuso del diritto da parte di una disposizione di rango primario, risponderebbe a una delle maggiori critiche sollevate dagli oppositori alla teoria dell'abuso del diritto, che come a suo tempo rilevato, riguarda proprio l'assenza di una disposizione nell'ordinamento nazionale che preveda la figura dell'abuso del diritto.

**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**

In secondo luogo, l'articolo 53 della Costituzione sul quale si basa, secondo l'orientamento prevalente della Corte di Cassazione, il principio generale anti-elusivo in materia tributaria, altro non è che una specificazione degli articoli 2 e 3 della Costituzione, che a loro volta esprimono i principi di solidarietà ed eguaglianza sostanziale, dai quali deriva, secondo la stessa Corte di cassazione, il divieto di abuso del diritto⁶⁰⁶. L'identità di *ratio* della figura dell'abuso del diritto in materia tributaria con quella alla base della teoria generale dell'abuso del diritto non osterebbe quindi all'espletamento degli effetti dell'articolo 10-*bis* oltre i confini del settore tributario.

Si deve quindi concludere che la codificazione della figura dell'abuso del diritto dalla legge n.128/2015 non può non implicare un'ulteriore conferma della sussistenza di un principio generale di divieto dell'abuso del diritto nell'ambito dell'ordinamento nazionale.

⁶⁰⁶ v. F. PROSPERI, *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 4, 2012, p. 10717, secondo cui "l'abuso di diritto come principio inerente a tutte le situazioni giuridiche patrimoniali è stato giustificato dalla dottrina civilistica anche, se non soprattutto, sulla base del dettato costituzionale e, in particolare, degli artt. 2 e 3, 2° comma. Il richiamo dell'art. 53 Cost., operato dalle Sezioni Unite a giustificazione dell'estensione del divieto di abuso ai rapporti tra contribuenti e Amministrazione finanziaria si pone, dunque, lungo questa linea di pensiero e non si può, pertanto, considerare in alcun modo metodologicamente scorretto. L'elusione fiscale non è, infatti, che una ipotesi specifica dell'abuso del diritto, così come l'art. 53 Cost. costituisce applicazione del principio di solidarietà di all'art. 2 Cost. e del principio di eguaglianza proclamato dall'art. 3 Cost. che sono i medesimi principi che danno fondamento costituzionale alla teoria dell'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**

CONCLUSIONI

È tempo di riepilogare i risultati evidenziati durante il percorso svolto.

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. Deve essere letta in tale direzione infatti la giurisprudenza della Corte di giustizia che legittima l'adozione di misure nazionali restrittive della concorrenza, ma giustificate dal perseguimento di altri valori altrettanto meritevoli di tutela. E, sia l'esperienza giuridica statunitense, sia quella europea, dimostrano che nel perseguire tali interessi le autorità pubbliche possono certamente coinvolgere gli

**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**

operatori di mercato, a patto che le attività di questi ultimi siano svolte in presenza di una: (i) 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 possono esistere 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.

**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**

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 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 dimostrato 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 dinanzi a restrizioni concorrenziali prodotte da un provvedimento amministrativo, essa non potrebbe prescindere dagli accertamenti ivi contenuti e, in particolare, non potrebbe sostituire

**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**

questi ultimi con le proprie valutazioni che, a sua detta, sarebbero rispettose del diritto della concorrenza. A tal riguardo, si ritiene che con la previsione di una disposizione normativa quale l'articolo 21-*bis* della l. n. 287/1990, il legislatore abbia chiaramente optato per non riconoscere in capo all'Autorità un potere coercitivo, ovvero di sindacato diretto, nei confronti dei provvedimenti delle altre pubbliche amministrazioni ritenuti lesivi 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.

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 procedurali e il loro abuso da parte dell'impresa in posizione dominante.

**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**

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, un poco 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 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 assegnatale 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.

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

**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 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 pluriqualificazione 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 pluriqualificazione 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, rende oramai ineludibile il

**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**

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

È giunta così l'ora di concludere.

Con la consapevolezza che una parte importante della ricerca non si trova in queste righe, vuoi perché la ricerca scientifica si nutre di, e a sua volta nutre, altri campi dell'esperienza esistenziale, vuoi perché non tutta la conoscenza accumulata è riuscita a fermentare in tempo.

E saranno proprio le intuizioni non ancora messe a frutto (quali, ad esempio, *le clausole generali e il ruolo del giudice amministrativo*) a guidare i prossimi viaggi e a indicare le nuove mete.

**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**

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, voll. II, Milano, 2015.

AKMAN P., *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*, Oxford, 2012.

AKMAN, P., - GARROD, L., *When Are Excessive Prices Unfair?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2011.

AKMAN, P., *The role of intent in EU case law on abuse of dominance*, *European Law review*, 2014.

ALLEGRETTI, U., *Democrazia partecipativa*, (voce), in *Enc. dir.*

ALLENA, M., *Il caso Grande Stevens c. Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi Cedu*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014.

AMATO, G., *Il potere e l'antitrust: il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998.

AREEDA, P. E., - HOVENKAMP, H., *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust principles and Their Application*, 2002, Vol. I, (2° ed).

AREEDA, P., - TURNER, D., *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, in *Harvard Law Review*, n. 88, 1975.

AREEDA, P., *Essential facilities: An Epithet in need of limiting principles*, in *Antitrust Law Journal*, n. 58, 1990.

AREZZO, E., *Strategic Patenting e diritto della concorrenza: riflessioni a margine della vicenda Ratiopharm-PFIZER*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2014.

BACH, A., *Case C-185/91, Bundesanstalt für den Güterfernverkehr v. Gebrüder Reiff GmbH & Co. KG, preliminary ruling of 17 November 1993 requested by the Bundesgerichtshof (not yet reported); Case C-2/91, Meng, preliminary ruling of 17 November 1993 requested by the Bundesgerichtshof (not yet reported); Case C-245/91, OHRA Schadeverzekeringen N V, preliminary ruling of 17 November 1993 requested by the Arrondissementsrechtbank Arnhem (not yet reported); all on the interpretation of Articles 3(f), 5(2) and 85(1) EEC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1994, n. 31.

BALDWIN, R., - CAVE, M., - LODGE, M., *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, 2° ed., Oxford, 2012.

BALZANO, M., - GRILLO, M., *Concorrenza e regolazione: i limiti dell'intervento antitrust*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 2, 2002.

**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**

BARBIERI, R., *Legittimazione ad eccepire il difetto di giurisdizione e abuso del processo nella giustizia amministrativa*, in *Rivista di diritto processuale*, 2013.

BARCELLONA, E., *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2011.

BASTIANON, S., *Esselunga v. Coop Estense e la guerra tra supermercati: l'abuso di posizione dominante come illecito di mera condotta*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2014.

BASTIANON, S., *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001.

BATCHELOR, B., - HEARLY, M., *CJUE AstraZeneca Judgment: Groping Towards a Test for Patent Office Dealings*, *European Competition Law Review*, 2013.

BERGER, D.J., *Law and Competition in the Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*; Oxford, 1998.

BERNINI, G., *Un secolo di filosofia antitrust: Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, 1991.

BIFULCO, R., *Democrazia deliberativa*, (voce), in *Enc. dir.*

BISHOP, S., - Walker, M., *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 2010 (3a ed).

BOBBIO, N., *Antinomia*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1957.

BOBBIO, N., *Norme primarie e norme secondarie*, in *Studi per una teoria generale del diritto* (a cura di T. GRECO), Torino, 2012.

BOBBIO, N., *Principi Generali di Diritto*, (voce) in *Novissimo Digesto Italiano*, 1966.

BORK, R. H., *The Antitrust Paradox: A policy at War with itself*, New York, 1978.

BRISIMI, V., *Abuse of Dominant Position and Public Policy Justifications: A Question of Attribution*, in *European Business Law Review*, 2, 2014.

BRUNELL, R.M., *In Regulators We Trust: The Supreme Court Approach to Implied Antitrust Immunity*, in *Antitrust Law Journal*, n. 2, 2012.

BUENDIA SIERRA, J.L., *Article 106 – Exclusive or Special Rights and Other Anti-competitive State measures*, in *The EU Law*, (a cura di J. FAULL e A. NIKPAY), Oxford, 2014.

**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**

CANEPA, A., *Mercato dell'energia, diritti esclusivi e rispetto delle regole antitrust: la Corte di Giustizia si pronuncia sul caso della lignite greca*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014.

CAPITANI, F.G., *Il "nuovo" abuso del diritto cala (definitivamente) il sipario sul rilievo penale delle condotte abusive*, in *Diritto & Giustizia*, 2015.

CARBONE, V., *Il giudicato implicito sulla giurisdizione evita l'abuso del processo*, in *Corriere giuridico*, 2012.

CARDONE, A., - CRISALFI, G., *Programmazione economica e libertà di concorrenza. L'utilità sociale nelle valutazioni dell'Autorità antitrust*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2014, n. 2, consultabile all'indirizzo web: <http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it/index.php/note-e-commenti-fascicolo-2/5-andrea-cardone-e-giorgia-crisafi-programmazione-economica-e-liberta-di-concorrenza-l-utilita-sociale-nelle-valutazioni-dell-autorita-antitrust> .

CARINGELLA, F. - PROTTO, M., *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2012.

CARLTON, D. W., *Should 'Price Squeeze' Be A Recognized Form of Anticompetitive Conduct?* in *Journal of Competition Law & Economics*, n. 2, 2008.

CASSETTA, E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011.

CASSESE, S., *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11, 2003.

CASSESE, S., *Il privato e il procedimento amministrativo*, in "Archivio giuridico", n. 1-2, 1970.

CASSESE, S., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche – Saggio di diritto comparato*, consultato su [www. irpa.eu](http://www.irpa.eu).

CASSESE, S., *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e Concorrenza* (a cura di, G. TESAURO e M. D'ALBERTI), Bologna, 2000.

CASSINIS, P., *Imprese pubbliche e incaricate di servizi di interesse generale*, in *La concorrenza*, (a cura di A. FRIGNANI e R. PARDOLESI), Trattato di diritto privato dell'Unione europea, Torino, 2006.

CASTILLO della TORRE, F., *State Action Defence in EC Competition Law*, *World Competition* 28 (4), 2005.

CENINI, M. - GAMBARO, A., *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corriere giuridico*, 2011.

**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**

CERIONI, L., *The "Abuse of Rights" in EU Company Law and EU Tax Law: A Re-reading of the ECJ Case Law and the Quest for a Unitary Notion*, European Business Law Review, 2010.

CHINÈ, G., - FRATINI, M. - ZOPPINI, A., *Manuale di diritto civile.*, Roma, 2015.

CINTIOLI, F., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010.

CINTIOLI, F., *Disapplicazione (diritto amministrativo)*, (voce), Enc. dir.

CINTIOLI, F., *Discrezionalità tecnica (diritto amministrativo)*, (voce), Enc. dir.

CINTIOLI, F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005.

CINTIOLI, F., *I servizi di interesse economico generale ed i rapporti tra antitrust e regolazione*, in 20 Anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (a cura di, C. RABITTI BEDOGNI - P. BARUCCI), Torino, 2010.

CINTIOLI, F., *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità della concorrenza e del mercato* (art. 21-bis della Legge n. 287/90), disponibile sul sito www.giustamm.it.

CLARICH, M., *Contratti pubblici e concorrenza*, Relazione presentata al 61° Convegno di Studi amministrativi su "La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economica e contrasto alla corruzione", Varenna, 17-19 settembre 2015.

CLARICH, M., *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21-bis l. 287/90*, Relazione al Convegno tenutosi presso l'AGCM, il 27 marzo 2013, su "Evoluzione del ruolo e delle competenze dell'autorità antitrust".

CLARICH, M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013.

CLARK, J.M., *Towards a Concept of Workable Competition*, in The American Economic Review, 1940.

COLANGELO, G., *Antitrust e regolazione dopo linkLine*, in Mercato, concorrenza, regole, n. 2, 2009.

COLANGELO, G., *La posizione dominante collettiva (commento a Trib. CE 6 giugno 2002, n. T-342/99)*, in Dir. Ind., 2003, n. 3.

COLANGELO, M., *Competition Rules in the Telecommunication Sector: Evidence from Recent EU Margin Squeeze Cases*, in Competition and Regulation in Network Industries, n. 3, 2013.

**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**

COLANGELO, M., *Concorrenza e proprietà intellettuale nel settore farmaceutico in Europa dopo il caso Astrazeneca*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013.

COONEY, W., *Competition and the Noerr-Pennington Doctrine: When Should Political Activity Be Barred under European Community Competition Law?*, in *Geo. Wash. Int'l. Rev.*, 2002.

CORCHO, R. A., *Can We finally Say Farewell to the "Special Responsibility" of Dominant Companies?*, in *European Competition Law Annual: 2007 – A Reformed Approach to Article 82 EC*, C.D. Ehlermann e M. Marquis (a cura di), Portland, 2008.

CORTESE, F., *Il giudice amministrativo e l'abuso del diritto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012.

CRISAFULLI, V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, Padova, 1971.

D'ALBERTI, M., *Diritto amministrativo e principi generali*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010.

D'AMICO, G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010.

D'AMICO, M., *La complementarietà delle funzioni affidate all'Antitrust e all'URSF nell'ambito del servizio di trasporto ferroviario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015.

DE BURE, F., *EU Competition Law: Abuse of Dominance under Article 102 TFEU*, (a cura di, F.E. GONZALES- DIAS e R. SNELDERS), Deventer, 2013.

de FALCO, M., *Il divieto di venire contra factum proprium nel processo amministrativo*, in *Foro Amm.-TAR*, 2004.

de la FERIA, E, e VOGUANER, S. (a cura di), *Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EU Law?*, Oxford, 2011.

de la FERIA, E., *Reverberation of Legal Principles: Further Thoughts on the Development of an EU Principle of Prohibition of Abuse of Law*, 2010, Paper no 1021, Working Papers from Oxford University Centre for Business Taxation, reperibile all'indirizzo <http://econpapers.repec.org/RePEc:btx:wpaper:1021>.

de la MANO, M., - NAZZINI, R., - ZENGER, H., *Article 102*, in *The EU Law of Competition* (a cura di J. FAULL e A. NIKPAY), Oxford, 2014.

DELLE PRISCOLI, L., (a cura di), *Concorrenza: Giurisprudenza*, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/filesDoc/La_concorrenza.pdf

**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**

DELLI PRISCOLI, L., *Abuso del diritto e mercato*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2010.

DESOGUS, C., *Nuove frontiere tra regolazione, proprietà intellettuale e tutela della concorrenza nel settore farmaceutico: le pratiche di brevettazione strategica*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1./2015.

DI VIA, L., *Antitrust e diritti sociali: Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Napoli, 2004.

DINELLI, F., *La questione di giurisdizione fra il divieto di abuso del diritto e il principio della parità delle parti nel processo*, in *Foro amm.CDS*, 2012.

DOGAN, S.L., - LAMELY, M.A., *Antitrust Law and Regulatory Gaming*, in *Texas Law Review*, 2009.

DREXEL, J., - LEE, N. (a cura di), *Pharmaceutical Innovation, Competition and Patent Law: A Trilateral Perspective*, Cheltenham, 2013.

DUNNE, N., *Margin Squeeze: theory, practice, policy: Part 1 e 2*, in *European Competition Law rievew*, n. 33, 2012.

EHLE, D., *State Regulation Under the U.S. Antitrust Action Doctrine and Under EC Competition Law: A comparative Analysis*, in *European Competition Law Review*, 1998.

EHLERMAN C.D. - ATANASIU I., (a cura di), *European Competition Law Annual 2003: What is an Abuse of dominant position*, Oxford, 2006.

ELHAUGE, E., *The Scope of Antitrust Process*, in *Harvard Law Review*, 1991.

ELSTER, J., (a cura di), *Deliberative Democracy*, Cambridge, 1998.

EZRACHI, A., - GILO, D., *Are Excessive Prices Really Self-Correcting?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2008.

F. PRETE, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi nell'abuso d'ufficio e nei reati edilizi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012.

FAELLA, G., - PARDOLESI, R., *'Squeezing price squeeze': la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 12, 2010.

FAELLA, G., *L'incerto status dei prezzi predatori e degli sconti selettivi nel diritto antitrust europeo: alcune riflessioni degli Orientamenti e del caso Post Danmark*, consultabile all'indirizzo web <http://www.law-economics.net/workingpapers/L&E-LAB-COMP-40-2013.pdf>.

**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**

- FAELLA, G., *Politiche di sconti delle imprese dominanti*, Torino, 2012.
- FERNANDEZ, P., *Increasing Powers and increasing Uncertainty: Collective Dominance and Pricing Abuses*, in *European Law Review*, 2000, n. 5.
- FIANDACA, G., - MUSCO, E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2011.
- FILICE, M., *Le nuove frontiere in tema di abuso di posizione dominante*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015.
- FLICK, G.M. - NAPOLEONI, V., *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? ("Materia penale", giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse)*, in *Rivista delle società*, 2014.
- FLICK, G.M., - NAPOLEONI, V., *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: Dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *Rivista AIC*, 2015.
- FOX, E. M., *"We Protect Competition, You Protect Competitors"*, in *World Competition*, 2003.
- FOX., E. M., *What is harm to competition? Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect*, in *Antitrust Law Journal*, 2002.
- FRIGNANI, A., *L'abuso di posizione dominante*, in *La Concorrenza* (a cura di A. Frignani e R. Pardolesi), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Torino, 2006.
- FTC, *Is There Life After Trinko and Credit Suisse? The Role of Antitrust in Regulated Industries*, Washington, 2010.
- GALGANO, F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2011.
- GALLASCH, S., *Astrazeneca v the Walker Process – A Real EU-US Divergence or Just an Attempt to Compare Apples to Oranges*, *European Competition Journal*, 2011.
- GALLO, D., *"I Servizi di interesse economico generale: Stato, Mercato, Welfare nel Diritto dell'Unione europea"*, Milano, 2010.
- GALLO, F., *La nuova frontiera dell'abuso del diritto in materia fiscale*, in *Rassegna tributaria*, 2015.
- GAMBARDELLA, M., *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013.

**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**

GAMBARO, A., *Abuso del diritto* (diritto comparato e straniero), (voce), Enc. Giur.

GAROFOLI, R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2008.

GARRI, F., *I giudizi innanzi alla Corte di Conti. Responsabilità, conti, pensioni*, Milano, 2006.

GENTILI, A., *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, fasc. 2, 2010.

GENTILI, A., *L'abuso del diritto come argomento*, in *Rivista di diritto civile*, 2012.

GERADIN, D., - LAYNE-FARRAR, A., - PETIT, N., *EU Competition Law and Economics*, Oxford, 2012.

GERADIN, D., - O'DONOGHUE, R., *The Concurrent Application of Competition Law and Regulation: the Case of Margin Squeeze Abuses in the Telecommunications Sector*, in *The Global Competition Law Centre Working Papers Series*, n. 4, 2005.

GERADIN, D., *Limiting the Scope of Article 82 of the EC Treaty: What can the EU learn from the U.S. Supreme Court's Judgment in Trinko in the wake of Microsoft, IMS and Deutsche Telekom*, in *Common Market Law Review*, 6, 2005.

GERADIN, D., *The Concept of Dominance in EC Competition Law*, in *Global Competition Law Center, Research Paper on the Modernization of Article 82 EC*, July 2005 n. 3.

GERADIN, D., *The Uncertainties Created by Relying on the Vague "Competition on the Merits" Standard in the Pharmaceutical Sector: The Italian Pfizer/Pharmacia Case*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014.

GHIDINI, G., - CAVNI, G., - PISERA, P. F., *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante: il caso Pfizer*, in *Rivista italiana di antitrust*, 2014.

GHIRGA, M.F. *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. Dir. Proc.* 2015.

GIANNINI, M.S., *Diritto amministrativo*, voll. I e II., 3° ed., Milano, 1993.

GIANNINI, M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi.*, Milano, 1939.

GIANNINI, M.S., *La giustizia amministrativa (lezioni raccolte a cura del dott. Raffaele Juso)*, Roma, 1961.

**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**

GIOVAGNOLI, R., *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in www.giustamm.it.

GLADER, M., - KOKKORIS, I., *Excessive Pricing, in EU Competition Law - Abuse of Dominance Under Article 102 TFEU*, (a cura di, F.E. GONZALEZ-DIAZ e R. SNELDERS).

GONZÁLEZ-DIAS, F.E., - SNELDERS, R., *EU Competition Law: Abuse of Dominance Under Article 102 TFEU*, Deventer-Leuven, 2013.

GREESPAN, A., *Antitrust: miti e leggende*, in *Antitrust. Mito e realtà dei monopoli*, (a cura di, A. Mingardi), Soveria Mannelli, 2004.

GUIMARAES de LIMA E SILVA, *Sham Litigation in the Pharmaceutical Sector*, *European Competition Journal*, 2011.

HADRIAN, S., *Appeal, Non-Application, Judicial Review on the Acts of the Public Administration for Antitrust Purposes (Note to the Consiglio di Stato – Italian Supreme Administrative Court – Judgment, Sec. VI, no. 693/2014)*, in *Rivista italiana di antitrust*, 2014.

HAY, G.A., - McMAHON, K., *The Diverging Approach to Price Squeezes in the United States and Europe*, in *Journal of Competition Law & Economics*, n. 8, 2012.

IRTI, N., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2009 (V ed).

JOLIET, R., *Monopolization and Abuse of Dominant Position: A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power*, Liege, 1970.

JONES, A., - SUFFRIN, B., *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, (V ed), 2015.

KAHN, J.L., *From Borden to Billing: Identifying a Uniform Approach to Implied Antitrust Immunity from the Supreme Court's Precedents*, in *Chicago-Kent Law Review*, n. 3, 2008.

KAPLOW, L., *Market Share Thresholds: On the Conflation of Empirical Assessment and Legal Policy Judgments*, in *The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, n. 5/2011.

KJØLBYE, L., *Rebates under Article 82 EC: Navigating Uncertain Waters*, in *European Competition Law Review*, 2010.

KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oregon, 2007.

**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**

LAGUNA de PAZ, J.C., *Regulation and Competition Law*, in *European Competition Law Review*, n. 2, 2012.

LANDES, W.M., - PONSER, R.A., *Market power in Antitrust Cases*, in *Harvard Law Review*, (94) n. 5/1981.

LAROCHE, P. - SCHINKERL, M.P., *Continental Drift in the treatment of Dominant Firms: Article 102 TFUE in contrast to § 2 Sherman Act*; reperibile sul sito

http://www.luc.edu/media/lucedu/law/centers/antitrust/pdfs/events/larouche_colloquium.pdf.

LAROCHE, P., *Contrasting legal solutions and the comparability of EU and US experiences*, in *TILEC Discussion Papers*, n. 28, 2006.

LEDDA, F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Diritto amministrativo*, n. 2/1993.

LENAERTS, A., *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on its Role in a Codified European Contract Law*, *European Review of Private Law*, 2010.

LENAERTS, K., *The Concept of "abuse of laws" in the Case Law of the European Court of Justice on Direct Taxation*, in *Maastricht journal of European and Comparative Law*, 2015.

LEONI, B., *La libertà e la legge*, Macerata, 1995.

LIBERTINI, M., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014.

LIBERTINI, M., *La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza*, in *Giornale di diritto Amministrativo*, n. 11, 2003.

LO PRESTI, E., *La contestazione in appello della giurisdizione incardinata in primo grado integra abuso del processo?*, in *Foro amm. CDS.*, 2012.

LUCATTINI, S., *Garante della concorrenza e certezza economica: alla ricerca delle giustizie per i mercati*, in *Diritto amministrativo*, 2013.

MAGGIOLINO, M., - MONTAGNANI, M.L., *Astrazeneca's Abuse of IPR-Related Procedures: A Hypothesis of Anti-Trust Offence, Abuse of Rights, and IPR Misuse*, in *World Competition*, 34, 2011.

MAGGIOLINO, M., - MONTAGNANI, M.L., *Wandering in the Land of the EU Abuse of Rights: Coordinates from the Antitrust Experience?*, 2015, *Bocconi Legal Studies Research Paper* n.2615032, reperibile all'indirizzo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2615032.

**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**

MANTOVANI, F., *Esercizio del diritto (dir.pen.)*, voce, *Enc. dir.*

MASTRORILLI, A., *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, in *Danno e responsabilità*, 2010.

MATTARELLA, B.G., *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. CASSESE, vol. I., Milano, 2003.

MC DONALD, M., *Antitrust Immunity Up in Smoke: Preemption, State Action, and the Master Settlement Agreement*", in *Columbia Law Review*, Vol. 11. 2013.

MCCMAHON, K., *Interoperability: "Indispensability" and "Special Responsibility"*, in *High Technology Markets*, in *Tulane Journal of Technology & Intellectual Property*, 2007.

McMAHON, K., *The Regulation of a Margin Squeeze in the European Union and the Intersection of Competition Law and Sector-Specific Regulation*, in *The Competition Law Review*, n. 2, 2014.

MEIJ, A., - BAUMÉ, T., *Balancing Object and Effect Analysis in Identifying abuses of a Dominant Position under Article 102 TFUE*, in *Ten years of effects-based approach in EU competition law*, (a cura di, J. BOURGEOIS e D. WAELBROECK), Bruxelles, 2012.

MEISEL, J.B., *Is Trinko a useful model for the European Union?*, in *European Competition Law Review*, n. 4, 2013.

MERLI, A., *Il Controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2012.

MESSINETTI, D., *Abuso del diritto* (voce), in *Enc. Dir.*

MIELE, G., *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 2°ed., 1953.

MODUGNO, F., *Ordinamento giuridico (dottrine)*, voce, *Enc. dir.*

MONTELEONE, P., *Clausola di recesso ad nutum dal contratto e abuso del diritto*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010.

MONTI, G., *Managing the Intersection of Utilities Regulation and EC Competition Law*, LSE Law, Society and Economy Working Papers, n. 8, 2008.

MONTI, G., *The scope of collective dominance under Article 82*, in *C.M.L.Rev.*, 2011, n. 38.

MORAIA, L. B., *La decisione Pfizer: profili critici in tema di brevetti divisionali e facoltà esclusive*, in *Rivista di diritto industriale*, 2012.

**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**

MOTTA, M., *Competition Policy: Theory and Practice*, 2004.

MURPHY, F., - LIBERATORE, F., *Abuse of regulatory procedures – the AstraZeneca Case*, in *European Competition Law Review*, 2009, Part 1 nel numero 30 (5) (pp. 223-229); Part 2 nel numero 30 (6) (pp. 289-300) e Part 3 nel numero 30 (7) (pp. 314-223).

NAPOLITANO, G., *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 11, 2003.

NAPOLITANO, G., *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014.

NATOLI, R., *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, 2010.

NATOLI, U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958.

NAZZINI, R., *The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, Oxford, 2011.

NEBBIA, P., *Case C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Judgment of the Full Court of 9 September 2003*, in *Common Market Law Review*, n. 41, 2004.

NEGRINOTTI, M., *Abuse of Regulatory Procedures in the Intellectual Property Context: The AstraZeneca Case*, in *European Competition Law Review*, 2008, 8.

NIGRO, C. A., *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in *Giustizia civile*, 2010.

NIGRO, M., *La giurisdizione sui pubblici poteri tra sistema normativo e spinte fattuali*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1984.

NIHOUL, P., *“The Ruling of the General Court in Intel: Towards the End of the Effect-based Approach in European Competition Law?”*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014.

O'DONOGHUE, R., - PADILLA, A. J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2013.

O'DONOGHUE, R., *Verbalizing a General Test for Exclusionary Conduct under Article 82 EC*, in *European Competition Law Annual: 2007 – A Reformed Approach to Article 82 EC*, C.D. Ehlermann e M. Marquis (a cura di), Oregon, 2008.

**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**

OCCHIENA, M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano 2002.

OGUS, A.I., *Regulation: Legal form and Economic Theory*, Oxford, 1994.

ORBACH, B., *The Implied Antitrust Immunity*, reperibile presso <http://ssrn.com/abstract=2447718>.

ORLANDI, M., *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in Riv. Dir. Civ., 2010.

OSTI, C., *Abuso di posizione dominante*, (voce) in *Enc. Dir.*

OSTI, C., *The Italian Way to Antitrust Judicial Review: A Few Oddities of the Pfizer Case*, in *Rivista italiana di antitrust*, 2014.

OSTI, C., *Trinko e l'antitrust come declamazione*, in *Mercato, concorrenza, regole*, n. 2, 2004.

PADOVANI, T. (a cura di), *Codice Penale*, Milano, 2014.

PAGE, W.H., - LOPATKA, J. E., *State Action and the Meaning of Agreement Under the Sherman Act: An Approach to Hybrid Restraints*, in *Yale Journal of Regulation*, 2003.

PAGE, W.H., *Ideological Conflict and the Origins of Antitrust Policy*, in *Tulane Law Review*, 1991.

PAGLIARO, A., *Concorso di norme*, (voce) *Enc. Dir.*

PALMIERI, R. - PARDOLESI, R., *Della serie "a volte ritornano: l'abuso del diritto alla riscossa"*, in *Foro italiano*, 2010.

PARCU, P.L., *On the Convergence of Antitrust and Regulation*, in *Concorrenza e Mercato*, 2013.

PARDOLESI, R., *Analisi economica e diritto antitrust*, in *20 Anni di Antitrust*, (a cura di) C. R. BEDOGNI e P. BARUCCI, Torino, 2010.

PARDOLESI, R., *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?* In *Mercato, concorrenza, regole*, 2007.

PARDOLESI, R., *Nota di commento alla sentenza Trib. Primo Grado CEE, 10 marzo 1992, cause riunite T-68,77 e 78/89, Vetro piano*, in *Il Foro Italiano*, 1992, n. 4.

PARDOLESI, R., *Parallelismo e Collusione Oligopolistica: Il Lato Oscuro dell'Antitrust*, in *Il Foro Italiano*, 1994, n. 4.

**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**

- PATEMAN, C., *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, 1970.
- PATTI, S., *Abuso del Diritto*, in Enciclopedia giuridica, Il diritto, Sole 24 Ore, 2007.
- PEČI, K., *Pianificazione urbanistica e abuso di posizione dominante*, in Giornale di diritto amministrativo, 2014.
- PERFETTI, L.R., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, Diritto amministrativo, 2013.
- PERNA, R., *La concorrenza ed il mercato delle comunicazioni elettroniche: possibili interferenze*, in www.giustamm.it.
- PETIT, N., *Intel, Leveraging rebates and the goals of Article 102 TFEU*, in European Competition Journal, 2015.
- PINO, G., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in Egualianza, Ragionevolezza e Logica giuridica (a cura di G. Maniaci), Milano, 2006.
- PIRAS, A., *Discrezionalità amministrativa*, (voce), Enc. Dir.
- PITRUZZELLA, G., *Concorrenza e regolazione*, in Federalismi.it- Rivista di diritto pubblico italiano, comparato europeo, n. 22/2014.
- PONTIS, F., *I limiti del sindacato del giudice penale sulla autorizzazione amministrativa*, in Responsabilità civile e previdenza, 2009.
- POSDZUM, R., *Can Competition Law Repair Patent Law and administrative procedures? AstraZeneca*, in Common Market Law Review, 2014.
- PROSPERETTI, L., - SIRAGUSA, M., *Economia e diritto antitrust: Un'introduzione*, Roma, 2005.
- PROSPERI, F., *L'abuso del diritto nella fiscalità vista da un civilista*, in Diritto e pratica tributaria, 2012.
- RAZZOLINI, O *Il difficile confine fra uso e abuso del diritto di stabilimento: il caso degli avvocati stabiliti*, in Diritto della Relazioni Industriali, 2014.
- REGINA, A., *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere* (voce) *Enciclopedia giuridica*.
- REICH, N., *The "November Revolution" of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited*, in Common Market Law Review, 1994.

**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**

RESCIGNO, P., *L'abuso del diritto (Una significativa rimediazione delle sezioni unite)*, in *Corriere giuridico*, 2008.

RESCIGNO, P., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998.

REY, P. - VENIT, J.S., "An Effects-Based Approach to Article 102: A response to *Wouter Wils*", in *World Competition*, 2015.

RIZZA BAJARDO, G. C., *L'obbligo delle autorità nazionali della concorrenza di disapplicare le norme interne contrarie al Trattato e i conseguenti limiti alla proponibilità della State action defense (Causa C-198/01 CIF/Autorità garante)*, in *Giurisprudenza commerciale*, II, 2004.

RIZZA BAJARDO, G. C., *La posizione dominante collettiva nella giurisprudenza comunitaria*, in *Concorrenza e mercato*, 2000, vol. 8.

RIZZA BAJARDO, G. C., *The Duty of National Competition Authorities to Disapply Anti-Competitive Domestic Legislation and the Resulting Limitation on the Availability of the State Action Defence*, in *European Competition Law Review*, 2004.

ROMANO, A., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, AA. VV. vol. 1, Bologna, 2005.

ROMANO, C., *L'abuso di posizione dominante da fatto lecito*, in *Il Foro italiano*, 2014, n. 10.

ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 2° ed., 1946.

ROMANO, SALV., *Abuso del diritto*, (voce) *Enc. dir.*

RONCO, M., - ROMANO, B. (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2013.

ROSE, V., - BAILEY, D., *BELLAMY & CHILD, European Union Law of Competition*, Oxford, 2015.

ROTONDI, M., *La disciplina della concorrenza negli Stati Uniti e la sua evoluzione verso la tutela delle eguaglianze nella concorrenza*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1962.

ROUSSEVA, E., - MARQUIS, M., *Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFUE*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, n.1.

ROUSSEVA, E., *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Portland, 2010;

**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**

SACCO, R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in AA. VV., *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, in Tratt. Dir. Civ., Torino, 2001.

SALERNO, F., *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere "per principi"*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010.

SALOP, S.C., *Refusal to deal and price squeezes by an unregulated, vertically integrated monopolist*, in *Antitrust Law Journal*, n 3, 2010.

SANDULLI, A., *Il Procedimento*, in Trattato di diritto amministrativo (a cura di S. CASSESE), Vol. II, Milano, 2003.

SANDULLI, M.A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'Autorità nell'art. 21-bis della Legge n. 287/1990*, disponibile sul sito www.federalismi.it.

SANTORO, P., *L'illecito contabile e la responsabilità amministrativa*, Ravenna, 2011.

SANTORO, P., *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, Ravenna, 2015.

SCAGLIONE, F., *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010.

SCHWEITZER, H., *The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC*, in *European Competition Law Annual: 2007 – A Reformed Approach to Article 82 EC*, C.D. Ehlermann e M. Marquis (a cura di), Hart Publishing, 2008.

SCOGNAMIGLIO, C., *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010.

SCORDAMAGLIA, I., *Trasformazione del territorio sulla base di titolo abilitativo illegittimo: profili di tutela e questioni applicative*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2012.

SCUFFI, M., *La codificazione dell'abuso del diritto secondo il D.LGS. n. 128/2015*, in *Rivista di diritto tributario*, 2015.

SCUFFI, M., *Verso la codificazione dell'abuso del diritto*, relazione tenuta nell'ambito del Seminario di aggiornamento professionale per i magistrati delle Commissioni Tributarie delle regioni Piemonte e Valle d'Aosta – "Dialoghi di diritto tributario tra attualità e prospettive, 16-17.01. 2015, Torino.

SENA, G., *Esclusiva brevettuale e strategia escludente*, in *Rivista di diritto industriale*, 2012.

**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**

SHELANSKI, H., *The Case for Rebalancing Antitrust Regulation*, in Michigan Law Review, n. 5, 2011.

SILVA, C., *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Padova, 2014.

SIMONELLI, E. M. - FERINI, F., *L'abuso del diritto: da principio immanente nell'ordinamento tributario a fattispecie penalmente ir-rilevante*, in Riv. Dottori commercialisti, 2013.

SMITH, A., *La ricchezza delle nazioni*, (1776), ristampa UTET del 2013.

SOERENSEN, K.E., *Abuse of Rights in Community Law: A principle of Substance or Merely Rhetoric?*, Common Market Law Review, 2006.

STIGLER, G.J., *The theory of economic regulation*, Bell Journal of Economics, 1971.

STIPO, M., *Divagazioni sul tema del c.d. abuso del diritto, con particolare riferimento alla potestà delle Pubbliche Amministrazioni*, in www.giustamm.it.

STOTHERS, C., - van KERCKHOVE, M., *Is Winter Coming? The Competition Chill Continues in Italian Antitrust Authority v Pfizer (Xalatan)*, in European Intellectual Property Review, 2014.

SZYSZCZAK, E., *Controlling Dominance in European Markets*, in Fordham International Law Journal, 2011.

TANDA, P., *I reati urbanistico-edilizi*, Padova, 2013.

TARUFFO, M. (a cura di), *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, l'Aia, 1999.

TARUFFO, M., *L'abuso del processo: profili generali*, in Rivista trimestrale di diritto processuale civile, 2012.

TARUFFO, M., *Sui confini*, Bologna, 2009.

TEASURO, G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010.

TEMPLE LANG, J., *European Competition Policy and regulation: differences, overlaps, and constraints*, in Antitrust and Regulation in the EU and US, (a cura di, F. LEVEQUE e H. SHELANSKI), Cheltenham, 2009.

TORCHIA, L., *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in Mercato, concorrenza, regole, n. 3/2013.

TORCHIA, L., *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle corti europee e nazionali*, Intervento al Convegno su "40 anni della legge istitutiva della Consob.

**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**

Dal controllo della trasparenza dell'informazione al presidio della governance",
Milano, Università Bocconi, 29 e 30 ottobre 2014.

TORCHIA, L., *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, in
Metamorfosi del diritto delle società (a cura di, F. BRESCIA, L.TORCHIA, e A.
ZOPPINI), Napoli, 2012.

TORCHIA, L., *Venti anni di potere antitrust: dalla legalità sostanziale alla
legalità procedurale nell'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del
mercato*, in 20 anni di antitrust: L'evoluzione dell'Autorità garante della
concorrenza e del mercato, a cura di C.R. BEDOGNI - P. BARUCCI, vol. I,
Torino, 2010.

TRAVI, A., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule
nuove e vecchie soluzioni*, in Diritto pubblico, 2004.

TROPEA, G., *Abuso del processo nella forma del venire contra factum proprium
in tema di giurisdizione. Note critiche*, in Diritto processuale amministrativo, n.
2015.

TROPEA, G., *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015.

TUMBIOLO, R., *Il sindacato del Giudice penale sul titolo edilizio e
paesaggistico: dal profilo formale a quello di legittimità*, in Rivista giuridica
dell'ambiente, 2013.

VAN DEN BERGH, R., - GIANNACARI, A., *L'approccio più economico nel
diritto comunitario della concorrenza. Il più è trippo o non (ancora) abbastanza?*,
in Mercato, concorrenza, regole, 2014.

VANBERG, V., *Consumer welfare, total welfare and economic freedom: on the
normative foundations of competition policy*, in Freiburger Diskussionspapiere zur
Ordnungsökonomik, 2009.

VERDE, G., *Abuso del processo e giurisdizione*, in www.judicium.it.

VIDETTA, C., *L'amministrazione della tecnica – La tecnica fra procedimento e
processo amministrativo*, Napoli, 2008.

VIGANO', F., *Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte
di giustizia*, in Diritto Penale Contemporaneo, del 28 settembre 2015.

VILLATA, R., - RAMAJOLI, M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino,
2006.

VILLATA, R., *"Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo
penale*, Milano, 1980.

**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**

VILLATA, R., *Un problema non ancora (o, forse meglio, erroneamente) risolto dalla giurisprudenza della Cassazione penale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015.

VIPIANA, P.M., *Il Consiglio di Stato e l'abuso del processo amministrativo per contraddittorietà dei comportamenti processuali*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012.

VOSSESTEIN, A. J., *Corporate Efforts to Influence Public Authorities, and the EC Rules on Competition*, in *Common Market Law Review*, 37, 2000.

WALBROECK, M - FRIGNANI, A., *European Competition Law*, New York, 1999.

WERDEN, G.J., *The History of Antitrust Market Delineation*, in *Marquette Law Review*, 1992, n.1.

WHISH, R., *Competition Law*, Londra, 2003.

WHISH, R., *Intel v Commission: Keep Calm and Carry on!*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014.

WILS, W.P.J., *The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-called "More Economic Approach" to Abuse of Dominance*, in *World Competition*, 2014.

WOODS, L., *Prohibition of Abuse of Right*, in S. PEERS - T. HERVEY - J. KENNER - A. WARD (a cura di), in *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, 2014.

ZIZZO, G., *La nozione di abuso nel nuovo art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente*, in *Corriere giuridico*, 2015.

ZOPPINI, G., *Nuove prospettive giurisprudenziali in tema di abuso*, in *Rassegna tributaria*, n. 5, 2015.