

Luisa Torchia

Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*

Sommario

1. Il sindacato giurisdizionale sul potere antitrust
2. I limiti esterni al potere antitrust
 - 2.1 Il diritto antitrust e i diritti fondamentali
 - 2.2 Il principio di competenza e il principio di specialità
 - 2.3 La regolazione non ferma l'antitrust, ma l'antitrust non può regolare
3. Nuove ipotesi di illecito antitrust: l'abuso del processo, della regolazione e dei procedimenti amministrativi
 - 3.1 L'abuso del processo
 - 3.2 L'abuso della regolazione e dei procedimenti amministrativi
 - 3.2.1 L'abuso di procedimenti amministrativi diretti a garantire diritti esclusivi: i casi nel settore farmaceutico
 - 3.2.2 L'influenza sul regolatore: il caso del trasporto ferroviario italiano
 - 3.2.3 Accesso al mercato e procedimenti di pianificazione territoriale: il caso della grande distribuzione
4. Diritto amministrativo e diritto antitrust nel processo amministrativo
5. Giudici e sentinelle

*Testo della relazione al Convegno "Giustizia amministrativa e crisi economica", Consiglio di Stato, Roma, 25-26 settembre 2013. Ringrazio il dott. Kostandin Peci per l'aiuto nella raccolta dei materiali.

1. Il sindacato giurisdizionale sul potere antitrust

Il diritto antitrust è stato oggetto, negli ultimi venti anni, di una giurisprudenza amministrativa ormai copiosa, che dopo qualche iniziale esitazione è giunta ad affermare un sindacato esteso a tutti i profili, di diritto come di fatto, sui quali si esercita il potere di valutazione e di decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm)¹.

¹ V. F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, 2, 2002, pp. 181-207; A. Pajno, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3, 2004, pp. 617-657; R. Chieppa, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4, 2004, pp. 1019-1082; F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e «giurisdizionalizzazione»*, Milano, Giuffrè, 2005; M. Clarich, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005; A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 253 ss.; A. Lalli, *Indipendenza e controllo giurisdizionale*, in M. D'Alberti e A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 153-172; P. de Lise, *Il contributo della giurisdizione amministrativa alla cultura antitrust*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Giappichelli, Torino, 2010, tomo. I., pp. 71-82; F.G. Scoca, *I provvedimenti dell'Autorità e il controllo giurisdizionale*, ibidem, pp. 259-286; sui possibili effetti del cosiddetto approccio economico, sul quale si tornerà nel par. 4. v. G. Bruzzone, A. Saija, *Non varcare quella soglia? Limiti al controllo del giudice sulle decisioni antitrust nell'era della modernizzazione e dell'approccio economico*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 1, 2010, pp. 7-28.

Questo punto di approdo è ben chiarito in alcune recenti sentenze, ove si è affermata la natura “di un sindacato comune al livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere, ma di verificare - senza alcuna limitazione - se il potere a tal fine attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato” (Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 595; v. anche Cons. St., sez. III, 2 aprile 2013, n. 1856; Cons. St., sez. III, 28 marzo 2013, n. 1837; Cons. St., sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873).

Sulla necessità di articolare diversamente le tecniche di tutela a seconda del tipo di funzione (regolatoria o sanzionatoria) che viene in rilievo v. R. Giovagnoli, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, in www.giustizia-amministrativa.it; specificamente in relazione alle funzioni dell'Agcm v. da ultimo C. Contessa, *L'applicazione del diritto della concorrenza da parte dei Giudici amministrativi italiani. In particolare: la legalità in senso procedimentale e la recente giurisprudenza in materia di rigetto delle proposte di impegno*, relazione al Convegno dal titolo ‘I principali sviluppi del diritto della concorrenza dell'Unione europea e nazionale’, Roma 31 maggio-1 giugno 2013, in www.giustizia-amministrativa.it; R. Perna, *The role of courts in reconciling competition, noncompetition and constitutional imperatives: the Italian experience*, intervento al Workshop su “Public policies, regulation and economic distress”, Istituto Universitario Europeo, 14 luglio 2012.

Per un esame comparato aggiornato, che prende in considerazione anche l'ampiezza del sindacato giurisdizionale sull'attività e le decisioni delle autorità antitrust nei diversi ordinamenti, v. ECN Working Group Cooperation Issues and Due Process, *Decision-Making Powers Report*, 31 October 2012; v. anche i saggi raccolti in E. Ferrari, M. Ramajoli, M. Sica (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, Giappichelli, 2006.

E' appunto attraverso il prisma dell'esercizio del potere² che il giudice amministrativo ha applicato e sviluppato in materia di antitrust i suoi strumenti abituali, valutando la regolarità del procedimento, la compiutezza dell'istruttoria, la sussistenza dei presupposti per l'imputazione dell'illecito antitrust, la logicità della motivazione, la ragionevolezza e la proporzionalità della sanzione³.

Il potere antitrust è stato così assoggettato, grazie ad un sapiente intreccio di tradizione ed innovazione, ai parametri di legittimità tipici e propri del potere amministrativo, pur tenendo conto della specificità del procedimento dinanzi all'Agcm, della rilevanza di concetti tecnici indeterminati, dell'applicazione di assunzioni e presunzioni ai fini dell'onere probatorio e, soprattutto, della dimensione europea del diritto antitrust, in ragione della quale norme o regole nazionali possono essere disapplicate dall'Agcm se considerate distorsive della concorrenza.

La dimensione europea della disciplina antitrust ha prodotto quindi, come frequentemente accade nel processo di integrazione europea, una sorta di depotenziamento della capacità normativa e regolatoria nazionale, soggetta a preclusioni e ad uno scrutinio ulteriore rispetto a quello di legittimità costituzionale.

Per meglio comprendere la peculiarità di questo fenomeno è utile un confronto con l'ordinamento americano, dove il diritto antitrust è nato.

² Sulla funzione del controllo antitrust rispetto al potere pubblico come al potere privato v., per tutti, G. Amato, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, Il Mulino, 1998. Per un esame delle ideologie sottese al dibattito sull'antitrust nell'ordinamento americano v. W. H. Page, *Ideological conflict and the origin of the antitrust policy*, in *Tulane Law Review*, vol. 66, n. 1, 1991, pp. 3-67; per un esame delle specificità del sistema americano, a confronto con altri ordinamenti, v. David J. Gerber, *Competition Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 50, Supplement: *American Law in a Time of Global Interdependence: U. S. National Reports to the 16th International Congress of Comparative Law* (Autumn, 2002), pp. 263-296.

³ La capacità del giudice amministrativo di svolgere un sindacato giurisdizionale pieno, per quanto riguarda la sanzione, è stata considerata come condizione rilevante dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in poi, Cedu) per escludere violazioni dell'art. 6, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come si legge nella sentenza del 27 settembre 2011, ricorso n. 43509/08 – A. Menarini Diagnostics s.r.l. c/ Repubblica italiana: “*La decisione della AGCM è stata sottoposta al controllo a posteriori da parte di un giudice avente giurisdizione estesa al merito, pertanto nel caso di specie non può essere rilevata alcuna violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione*” (punto 67).

Per una rassegna annuale dei più significativi orientamenti del giudice amministrativo sui provvedimenti antitrust v. le relazioni annuali dell'Agcm, pubblicate sul sito dell'Autorità.

Nell'ordinamento europeo si è affermata, infatti, una tendenza opposta a quella dominante oggi nell'ordinamento americano. Negli Usa l'applicazione del diritto federale antitrust incontra un limite costituzionale nell'autonomia regolatoria degli Stati. Il principio costituzionale del federalismo prevale, in larga misura, sulla tutela della concorrenza, tanto che la giurisprudenza, anche della Corte suprema, ha individuato le condizioni e i parametri per la "deferenza" che il controllo antitrust deve osservare nei confronti del potere di regolazione degli Stati⁴.

Nell'ordinamento europeo ha prevalso, invece, la tendenza opposta, anche e soprattutto perché la tutela della concorrenza è vista, sia dalla Commissione, sia dalla Corte di giustizia, come uno strumento fondamentale ed essenziale per il processo di integrazione e di realizzazione del mercato unico, con la conseguenza necessità di "disarmare" gli Stati membri, inevitabilmente sospetti di un *favor* verso le imprese nazionali.

Frutto di questa impostazione è la tendenza ad escludere che l'applicazione del diritto antitrust possa incontrare limiti in altre discipline o in principi generali dell'ordinamento. Il potere antitrust viene anzi ricostruito come un potere finalizzato ad un interesse pubblico primario, e quindi prevalente rispetto ad altri interessi (non solo privati, ma anche) pubblici. Per garantire la sua piena applicazione occorre depotenziare o marginalizzare ogni ostacolo alla qualificazione delle condotte in termini di illecito antitrust, accentuando l'atipicità dell'illecito e ritenendo sufficiente anche solo la potenziale idoneità della condotta a produrre effetti distorsivi della concorrenza⁵.

⁴ V., per una recente rassegna critica degli orientamenti della giurisprudenza, K. Roche, *Deference or Destruction? Reining in the Noerr-Pennington and State Action Doctrines*, in *Loy. L.A. L. Rev.*, vol. 45, 2012, p. 1295; v. anche J. Rossi, *Antitrust Process and Vertical Deference: Judicial Review of State Regulatory Inaction*, in *Iowa Law Review*, vol. 93, 2007, p. 185.

⁵ V. Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, in GUUE (2011), C 11/01, par. 20: "l'articolo 101, paragrafo 1, [TFUE] vieta gli effetti anticoncorrenziali sia effettivi che potenziali". La giurisprudenza si è orientata in questa direzione anche per quanto riguarda l'applicazione dell'articolo 102 TFUE, sin dalla sentenza del 13 febbraio 1979, causa C- 85/76, *Hoffmann-La Roche* (Racc., 1979, p. 461, par. 91), ove la Corte di giustizia ha precisato 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 impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici,

Sia la Commissione europea, sia le autorità nazionali e sicuramente l'Agcm, hanno contribuito alla costruzione e al consolidamento di questo quadro concettuale e normativo, ampliando l'ambito di applicazione del controllo antitrust, esercitando vigorosamente i poteri strumentali a quel controllo (come i poteri di ispezione e di acquisizione di informazioni) e individuando un catalogo sempre più vasto di condotte qualificabili come illecite.

Il fenomeno non è sfuggito al sindacato giurisdizionale, con la conseguenza di spostare, almeno in parte, il fuoco dello scrutinio del giudice. A venire in primo piano sono, infatti, due profili almeno relativamente nuovi, l'uno relativo ai limiti esterni al controllo antitrust e l'altro relativo all'ampiezza della capacità di conformazione, da parte dell'Agcm, dei diritti delle imprese in ragione della tutela della concorrenza.

Quanto al primo profilo, i problemi rilevanti possono essere raggruppati intorno a tre questioni fondamentali: a. il rapporto fra potere antitrust e diritti fondamentali; b. il rispetto, da parte dell'Autorità antitrust, del principio di competenza; c. il confine fra attività di tutela della concorrenza e attività di regolazione. Oggetto del sindacato giurisdizionale non è più soltanto l'esercizio del potere antitrust, ma più in generale la verifica della collocazione del diritto antitrust nell'ordinamento complessivo e rispetto ai principi generali dello stesso ordinamento.

Quanto al secondo profilo, invece, la questione centrale è l'estensione della qualificazione di "abusività" delle condotte oltre i confini dei comportamenti negoziali e di mercato, anche alle azioni dinanzi ad autorità giurisdizionali o amministrative e, quindi, all'esercizio di diritti, come il diritto di azione, o il

*la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza". Per quanto concerne gli effetti della condotta abusiva, la giurisprudenza successiva ha chiarito che per accertare l'abusività di una determinata pratica "il suo effetto anticoncorrenziale sul mercato deve sussistere, ma non deve essere necessariamente concreto, in quanto è sufficiente la dimostrazione di un effetto anticoncorrenziale potenziale idoneo a precludere l'accesso al mercato a concorrenti di efficienza quantomeno pari all'impresa in posizione dominante"; tuttavia "in assenza del minimo effetto sulla posizione concorrenziale dei concorrenti, una pratica tariffaria [...] non può essere qualificata come pratica preclusiva qualora essa non renda minimamente più difficile la penetrazione di questi ultimi nel mercato interessato", sentenza della Corte di giustizia, 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *TeliaSonera Sverige* (Racc., 2011, p. 527, par. 64 e 66).*

diritto di partecipazione al procedimento amministrativo o l'utilizzo di un provvedimento amministrativo. Al centro del sindacato giurisdizionale vengono, così, il rapporto fra la disciplina della concorrenza e altre discipline e l'incertezza derivante dalla possibile pluriqualificazione di condotte nell'ordinamento giuridico.

Data la relativa novità del fenomeno e il conseguente limitato numero di casi, conviene esaminare questi ultimi, non tanto per trarne conseguenze di carattere generale, oggi probabilmente ancora impossibili, ma per verificare se e come il sindacato giurisdizionale sia uno strumento efficace di scrutinio dei nuovi sviluppi in materia di tutela della concorrenza.

2. I limiti esterni al potere antitrust

Il potere antitrust incontra, innanzitutto, alcuni limiti esterni, utilizzati dalla giurisprudenza sia per definire la natura del potere, sia per individuare l'ambito materiale di esercizio.

2.1 Il diritto antitrust e i diritti fondamentali

Il primo e più rilevante limite può individuarsi nel necessario rispetto dei diritti fondamentali.

Il tema è tornato all'attenzione, recentemente, con la sentenza Menarini della Cedu, ove si conferma che il potere antitrust, come tutti i poteri intrusivi della libertà privata, deve rispettare i principi fondamentali dell'ordinamento e, in primo luogo, il diritto fondamentale alla difesa sancito con l'art. 6 della Cedu. La Corte ha stabilito che in ragione della natura amministrativa del potere sanzionatorio dell'Agcm, è necessario che sulla sanzione si eserciti uno scrutinio pieno ed effettivo del giudice e ha ritenuto, sotto questo profilo, la compatibilità dei poteri attribuiti al giudice amministrativo italiano con l'art. 6, §1 della Convenzione.

Appare evidente, qui, il definitivo superamento delle tesi volte a riconoscere natura giudiziale o quasi-giudiziale ai poteri dell'Agcm e la conferma, invece della natura amministrativa dei medesimi poteri, ai quali si applicano

quindi interamente e compiutamente tutti i limiti derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali⁶.

Il rispetto dei diritti fondamentali è stato, naturalmente, costantemente affermato dalla giurisprudenza europea come principio di carattere generalissimo, ma esso è andato assumendo via via una nuova pregnanza anche nei confronti del potere antitrust dopo l'approvazione della Carta europea dei diritti dell'uomo.

L'analisi giuridica, sinora focalizzata soprattutto sulla concentrazione in capo alle autorità antitrust di più ruoli – investigatore, accusatore, istruttore, giudice – fra loro potenzialmente conflittuali ha iniziato a prendere in considerazione anche le modalità di determinazione dell'illecito antitrust, specie per quanto riguarda il ricorso ad assunzioni e presunzioni. Il rispetto dei diritti fondamentali, e in primo luogo del diritto di difesa, richiede uno spazio ben più ampio per la possibilità di controprova e controdeduzione rispetto a quanto oggi consentito nel corso del procedimento antitrust⁷.

I limiti derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali incidono anche sui poteri strumentali – di investigazione, di accesso e richiesta delle informazioni, di inchiesta – sempre più spesso ed ampiamente esercitati dalle autorità antitrust, in sede europea come negli ordinamenti nazionali⁸. La Cedu ha affermato⁹ che

⁶ Nella sentenza si legge, al punto 59: “*La conformità con l'articolo 6 non esclude che, in un procedimento di natura amministrativa, una pena sia inflitta da un'autorità amministrativa. Si presuppone però che la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfi le condizioni di cui all'articolo 6 § 1 debba subire un controllo a posteriori da un organo giudiziario avente giurisdizione piena (Schmautzer, Umlauf, Gradinger, Pramstaller, Palaoro e Pfarmer c. Austria, sentenza del 23 ottobre 1995, serie A nn. 328 A-C e 329 A-C, rispettivamente §§ 34, 37, 42 e 39, 41 e 38). Tra le caratteristiche di un organo giudiziario avente piena giurisdizione vi è il potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione, resa da un organo di grado inferiore. Detto giudice deve essere competente a giudicare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti per la controversia per cui viene adito (Chevrol c. Francia, n. 49636/99, § 77, CEDU 2003-III, e Silvester's Horeca Service c. Belgio, n. 47650/99, § 27, 4 marzo 2004)*”.

⁷ Specificamente su quest'ultimo aspetto v. M. Bronckers, A. Vallery, *No Longer Presumed Guilty? The Impact of Fundamental Rights on Certain Dogmas of EU Competition Law*, in *World Competition. Law and Economic Review*, vol. 34, 2011, p.4.

⁸ V. M. Messina, *Indagini preliminari e garanzie procedurali nel diritto antitrust europeo*, Cedam, 2012; ECN Working Group Cooperation Issues and Due Process, *Investigative Powers Report*, 31 October 2012, per un confronto fra i diversi ordinamenti anche relativamente all'ampiezza dei poteri e alle regole procedurali per l'esercizio dei poteri investigativi, segnalando i casi in cui l'ordinamento nazionale prevede il necessario coinvolgimento dell'autorità giudiziaria; M. Macchia, *L'attività ispettiva dell'amministrazione europea in materia di concorrenza*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, n. 1, pp. 173-209; sotto il profilo penalistico con riferimento all'ordinamento italiano v. D. Savy, *Diritti fondamentali ed*

l'esercizio del potere ispettivo deve poter esser sottoposto ad un sindacato giurisdizionale esteso alla regolarità e alla fondatezza della decisione che ordina l'ispezione, alla base giuridica e agli elementi di fatto posti a fondamento dell'autorizzazione dell'ispezione e, infine, alle misure eventualmente adottate sulla base della medesima decisione. L'ordinamento deve inoltre prevedere, per il caso che la decisione sia illegittima, mezzi di prevenzione del compimento dell'operazione o, nel caso in cui essa sia nel frattempo già stata effettuata, adeguate misure di rettifica o ristoro.

Il limite così posto all'esercizio dei poteri ispettivi ha un importante riflesso anche sulla possibilità di impugnare gli atti di esercizio del potere ispettivo senza dover necessariamente attendere l'adozione del provvedimento finale, in quanto l'ispezione ha una propria portata lesiva, indipendentemente dall'utilizzo degli elementi con essa acquisiti nel prosieguo del procedimento antitrust.

Il giudice amministrativo italiano ha riconosciuto, ad esempio, che in questo caso il principio di inoppugnabilità di atti endoprocedimentali incontra un temperamento¹⁰ e che la valenza autonomamente lesiva *“può riconnettersi sia al momento in cui l'Autorità ha ritenuto sussistere la propria competenza per l'esercizio del potere, obbligando in tal modo i destinatari dell'azione all'assolvimento degli oneri di cui all'art. 14, co. 5, l. 287/1990, sia al momento in cui l'Autorità ha deciso di autorizzare l'ispezione, acquisendo documentazione accessibile, sia pure nei limiti di legge, ai soggetti denunciati”*.

intervento del procuratore della Repubblica in sede di ispezioni antitrust condotte dalla Commissione Ue nei domicili privati, in Diritto penale contemporaneo, www.penalecontemporaneo.it.

⁹ Cedu, Sezione V, sentenza del 21 dicembre 2010, ricorso n. 29408/08, *Société Canal Plus e a./Francia* (§§ 36-45) e Cedu, Sezione V, sentenza del 21 dicembre 2010, ricorso n. 29613/08, *Compagnie des Gaz de Pétrole Primagaz/Francia* (§§ 23-33).

¹⁰ Tar Lazio, sez. I, 26 gennaio 2012, n. 865: *“il ricorso deve ritenersi ammissibile laddove gli atti impugnati evidenzino una valenza ex se lesiva dell'interesse legittimo dedotto in giudizio, nel senso che il loro eventuale annullamento potrebbe produrre un'utilità che non sarebbe più conseguibile attraverso l'annullamento del provvedimento conclusivo del procedimento”*; per un esame articolato degli effetti dell'art. 6 della .Cedu rispetto al procedimento in materia di pratiche commerciali scorrette v. Tar Lazio, sez. I, 16 maggio 2012, n.4455.

Il sindacato sul potere ispettivo si estende, così, anche alla valutazione sulla sussistenza della competenza dell'Agcm, che è stata a sua volta oggetto di alcune pronunce recenti, esaminate di seguito.

2.2 Il principio di competenza e il principio di specialità

Il sindacato giurisdizionale sulla sussistenza della competenza dell'Agcm consente di individuare un ulteriore e diverso limite esterno all'esercizio del potere antitrust. Si tratta di uno scrutinio particolarmente interessante, perché per suo tramite il giudice procede non solo al confronto fra diritto antitrust e diritti fondamentali, ma anche al confronto fra diritto antitrust e altre discipline. Non ci si riferisce qui al problema, esaminato al punto successivo, del rapporto fra diritto antitrust e regolazione, ma piuttosto alla natura generale del diritto antitrust e alla possibilità che esso incontri limiti in ragione dell'esistenza di discipline speciali

La giurisprudenza si è pronunciata più volte in materia, tentando di individuare i casi in cui la competenza antitrust è indipendente rispetto alla competenza delle autorità di settore, i casi in cui essa è complementare e convive con la competenza delle autorità di regolazione di settore e i casi, infine, in cui il principio di specialità consente di escludere la competenza generale dell'Agcm, a favore della competenza delle autorità di settore.

Alla prima ipotesi appartiene, ad esempio, la decisione con la quale il giudice amministrativo ha ritenuto che, nel settore televisivo, le competenze dell'Agcom non incidono sulla competenza generale dell'Agcm in materia di controllo antitrust, anche in ragione del regime procedimentale, in base al quale l'Agcm deve acquisire un parere dell'Agcom, obbligatorio ma non vincolante, dal quale può quindi discostarsi con adeguata motivazione¹¹.

Con accentuazione diversa il tema è stato nuovamente affrontato qualche anno dopo, aggiungendo però all'analisi del regime procedimentale l'esame della natura degli interessi curati. Si è affermato, così, che la competenza generale dell'Agcm non può essere circoscritta in ragione delle attribuzioni dell'Agcom, in quanto la disciplina antitrust *“non riveste natura residuale se non nei casi in cui*

¹¹ Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2006, n. 127.

sussista una disciplina speciale di settore che, oltre a regolare puntualmente e compiutamente il contenuto degli obblighi comportamentali, definisca anche i poteri ispettivi, inibitori e sanzionatori dell'autorità settoriale”.

Nel caso di specie, il giudice ha ritenuto che le due autorità perseguano finalità almeno parzialmente diverse, in quanto *“l’attività di vigilanza svolta dall’AGCom sul sistema delle comunicazioni è finalizzata ad assicurare il pluralismo dei sistemi di informazione, favorendo anche la concorrenza nel settore, affiancandosi le relative disposizioni a quelle previste da altri comparti dell’ordinamento in materia di concorrenza”*¹².

Sussistono, peraltro, evidenti profili di sovrapposibilità, in quanto l’Agcom è titolare del potere di individuare le imprese aventi significativo potere di mercato e dispone di un potere prescrittivo finalizzato a garantire sia una effettiva e sostenibile concorrenza nel mercato delle comunicazioni. Il giudice ravvisa, dunque, un parallelismo di competenza, con l’obbligo per le autorità di esercitare le proprie attribuzioni secondo principi di leale collaborazione.

Ci si avvicina, così, alla ipotesi di complementarità, affermata espressamente in materia di trasporto ferroviario, per il quale il giudice ha ritenuto che la competenza dell’Agcm e la competenza dell’Ursf siano coesistenti e abbiano *“finalità complementari, sia pure in qualche misura sovrapponibili”*¹³. Come nel caso precedente, si ritiene quindi che gli operatori del settore debbano considerare la disciplina antitrust e la regolazione di settore come un complesso regolamentare integrato, da rispettare nella sua globalità, *sicché, nello svolgimento delle proprie attività, gli operatori del settore devono considerare l’insieme di queste discipline come un complesso regolamentare integrato e curare il rispetto della regolamentazione nella sua globalità, adottando le misure necessarie”*.

¹² Tar Lazio, sez. I, 21 giugno 2012, n. 5689, che si sofferma anche sui criteri metodologici da seguire al fine di accertare la sussistenza della competenza, affermando che la questione *“va risolta in via interpretativa tenuto conto della necessità di evitare duplicazioni di interventi, in violazione del ne bis in idem, e di salvaguardare il principio di certezza del diritto ed il principio di legalità dell’azione pubblica, quand’anche sui generis, che va messo in relazione al principio generale di libertà, non essendo tollerabile la reiterazione del medesimo intervento autoritativo di attuazione del diritto oggettivo da parte di figure pubbliche diverse”*.

¹³ Tar Lazio, sez. I, 26 gennaio 2012, n. 865.

Sarà interessante verificare se queste conclusioni potranno essere confermate dopo l'istituzione e l'avvio operativo dell'Autorità sui trasporti, dotata di poteri significativamente più ampi rispetto ai poteri attribuiti all'URSF.

Nella terza ipotesi, infine, il giudice amministrativo ha scrutinato il principio di competenza alla luce del principio di specialità e ha concluso che ove la disciplina speciale contenga tutti gli elementi della disciplina generale e in più alcuni elementi di specificità, essa trova esclusiva applicazione, in quanto il "cerchio" della disciplina speciale è più ampio del "cerchio" della disciplina generale¹⁴.

E' importante rilevare che nell'accezione adottata dal giudice la specialità non si attegga come deroga o eccezione rispetto ad una regola generale e quindi come una sottrazione a quella disciplina. Si tratta, invece, di una disciplina allo stesso tempo autosufficiente e più articolata della disciplina generale, tanto che quest'ultima viene definita dal giudice come "livello essenziale minimo", rispetto al quale la disciplina speciale ha carattere aggiuntivo ed espansivo¹⁵. Proprio perché la specialità non è intesa come deroga o eccezione, essa non comporta una diminuzione di tutela e svolge l'ulteriore funzione di assicurare la coerenza fra tutela accordata e poteri attribuiti dall'ordinamento.

Il principio di specialità si basa sul perseguimento dei medesimi fini e sull'attribuzione degli stessi poteri, di modo che esso opera sul piano della competenza del soggetto, ma non conduce alla esenzione dal controllo antitrust.

¹⁴ Cons. St., Ad.plen., sentenze 11 maggio 2012, n. 11, 12, 13, 14, 15, 16, sulle quali sia consentito il rinvio a L. Torchia, *Una questione di competenza: la tutela del consumatore fra disciplina generale e discipline di settore*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 10, 2012, p. 953 e ss. I principi affermati dall'Adunanza plenaria sono stati applicati in Tar Lazio, sez. I, 18 febbraio 2013, nn. 1742, 1752 e 1754; v. anche sentenza TAR Lazio, sez. I, 17 gennaio 2013, n. 535, in materia di pratiche scorrette nel settore assicurativo, nella quale si afferma espressamente l'incompetenza dell'Agcm; in Tar Lazio 12 luglio 2012 n. 6325 si è ritenuto che *ratione temporis* la competenza fosse dell'Agcm, ma che quella competenza sia stata poi spostata in capo alla Banca d'Italia (sempre in materia di pratiche commerciali scorrette).

¹⁵ Il principio affermato dal giudice è stato successivamente ripreso dal legislatore con l'art. 23, comma 12-quinquiesdecies del d.l. 6 luglio 2012, n. 35, conv. con modificazione dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, che prevede che la competenza ad accertare e sanzionare le pratiche commerciali scorrette è dell'Agcm, escluso unicamente il caso in cui le stesse siano poste in essere in settori in cui esiste una regolamentazione di derivazione comunitaria, con finalità di tutela del consumatore, affidata ad altra autorità munita di poteri inibitori e sanzionatori e limitatamente agli aspetti regolati.

Più semplicemente, il controllo non è svolto dall'Agcm, ma da un'autorità di settore, per espressa scelta del legislatore, sancita con l'adozione della disciplina speciale.

Il principio di specialità consente quindi di individuare la competenza di ciascuna autorità anche al fine di evitare duplicazioni e sovrapposizioni. Si evita così sia la sottoposizione dei privati a procedimenti diversi avviati, per gli stessi fatti, da parte di diverse autorità, sia lo svolgimento parallelo di procedimenti onerosi per il potere pubblico come per la libertà privata. Procedimenti plurimi potrebbero peraltro avere esiti diversi e contraddittori, da scongiurare, appunto, mediante l'applicazione del principio di specialità, che il giudice riconduce, anche per tale ragione, direttamente al principio di buon funzionamento e quindi all'art. 97 della Costituzione¹⁶.

2.3 La regolazione non ferma l'antitrust, ma l'antitrust non può regolare

Si conferma così, sotto altro profilo, un principio generale costantemente affermato dalla giurisprudenza europea e nazionale: la circostanza che una impresa sia soggetta ad una regolamentazione di settore non esclude che la sua condotta possa essere soggetta al controllo antitrust¹⁷.

Di converso, però, il potere antitrust non può spingersi sino a sostituire un assetto regolatorio, considerato anticompetitivo, con un diverso assetto ritenuto preferibile dall'Agcm.

Il giudice amministrativo si è più volte pronunciato sulla questione negli ultimi anni, segnando puntualmente il confine fra potere antitrust e potere di regolazione. Seguendo, per mere ragioni di comodità espositiva, un criterio cronologico, si possono segnalare, innanzitutto, i limiti posti dal giudice all'esercizio del potere di diffida dell'Agcm.

¹⁶ V. R. Caponigro, *L'actio finium regundorum tra L'Autorità antitrust e le altre Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁷ Il principio è stato affermato costantemente anche nella giurisprudenza europea, cfr. da ultimo sentenza della Corte di giustizia, 14 ottobre 2010, causa C-280/08 *Deutsche Telekom* (Racc. 2010, p. 9555, par. 82 e ss). In termini generali v. S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 11-26; M. Monti, *Concorrenza e regolazione nell'Unione Europea*, ibidem, pp. 75-86.

Il potere di diffida deve essere volto, secondo la giurisprudenza, a riequilibrare e non a modificare l'assetto del mercato, al solo fine di tutelare la libertà d'impresa e deve, di converso, evitare *“che il diritto antitrust assuma connotazioni dirigistiche, che ne snaturerebbero la filosofia di fondo”*¹⁸.

Anche alla luce dell'effetto utile, la diffida ha, dunque, una funzione ripristinatoria, volta ad assicurare che *“nello specifico mercato inciso da un illecito antitrust siano ripristinate condizioni simili a quelle che vi si sarebbero potute riscontrare in assenza di infrazione”*¹⁹. La giurisprudenza si è attestata su una lettura dell'art. 15 della legge 287/1990 e dell'art. 5 del Regolamento CE n. 1/2003 come norme attributive di poteri *“testualmente finalizzati alla eliminazione delle infrazioni ed alla cessazione delle medesime”*, di modo che non è possibile *“aggiungere all'ordine di rimozione della condotta antigiuridica una modifica strutturale del sistema, ove non strettamente funzionale alle finalità anzidette”*²⁰.

E' questa una lettura coerente sia con il ruolo arbitrale dell'Agcm, sia con la funzione generale del potere antitrust, volto ad assicurare la tutela della concorrenza e non, invece, la tutela di uno specifico concorrente²¹.

Sulla base di questa ricostruzione delle norme e del ruolo dell'Autorità è stato considerato, ad esempio, illegittimo un provvedimento di approvazione di impegni²² con il quale si era modificato in profondità l'assetto del mercato del soccorso autostradale²³, introducendo un sistema di gare per l'accesso al mercato, precedentemente aperto a tutte le imprese fornite di autorizzazione.

¹⁸ Cons. St., sez. VI, 12 agosto 2004 n. 5638.

¹⁹ Cons. St., sez. VI, 2 febbraio 2004, n. 5368; Cons. St., sez. VI, 6 novembre 2006 n. 6522.

²⁰ Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 423; Cons. St., sez. VI, 27 febbraio 2007. n. 1736. V. anche Tar Lazio, sez. I, 9 gennaio 2013, 125, per l'annullamento di una diffida dell'Agcm che avrebbe dovuto essere, secondo il giudice, preceduta dalla disapplicazione di un decreto ministeriale che espressamente disciplinava l'attività oggetto di controllo antitrust.

²¹ V. *DG Competition Discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Dicembre 2005, par. 54, in <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

²² Sul ricorso allo strumento degli impegni e sul relativo controllo giurisdizionale v. M. Siragusa, *Le decisioni con impegni*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *20 anni di Antitrust*, cit., pp. 385-418.

²³ V. provvedimento Agcm n. 19021, 23 ottobre 2008, caso A391, *Servizi di soccorso autostradale*, in Boll. n. 40/2008.

La censura del giudice si è appuntata sia, per così dire, sul veicolo, sia sul contenuto²⁴. Sotto il primo profilo, il giudice ha osservato che in assenza di impegni l’Autorità non avrebbe mai potuto realizzare la trasformazione di un assetto basato sulla concorrenza nel mercato, svolta sulla base di un titolo autorizzatorio, in un assetto basato sulla concorrenza per il mercato, nel quale le imprese erano obbligate a partecipare a gare e avrebbero svolto l’attività sulla base di un titolo concessorio (ottenuto, appunto, con l’aggiudicazione).

L’approvazione degli impegni è apparso lo strumento per una “*surrettizia esercitabilità*”, da parte dell’Autorità, di un potere regolatorio volto a dettare “*prescrizioni orientative dell’agere degli operatori*”²⁵.

L’orientamento è stato ribadito successivamente in alcune sentenze con le quali si è fatta applicazione del principio di specialità formulato dall’Adunanza plenaria. La carenza di attribuzione in capo all’Autorità, già accertata in ragione dell’applicazione del principio di specialità, è stata basata anche sul fatto che “*l’Autorità ha agito come se operasse nell’esercizio di un potere di regolamentazione, peraltro estraneo alla sua sfera di attribuzioni*”²⁶.

²⁴ Tar Lazio, sez. I, 8 maggio 2009, n. 4994: “*L’intervento manipolativo posto in essere da AGCM quanto alla individuazione delle coordinate di accesso al mercato de quo, quantunque veicolato dall’accettazione degli impegni alla medesima proposti dalle parti oggetto di accertamento istruttorio, appare trasmodare dalle prerogative legittimamente esercitabili dall’Autorità: venendo ad integrare una determinazione “regolativa” del mercato stesso che il Collegio ritiene esorbitante rispetto alle attribuzioni di vigilanza, controllo e verifica in ordine al corretto svolgimento delle dinamiche competitive, che l’ordinamento disciplina e demanda all’Antitrust*”.

²⁵ Il punto viene sviluppato ulteriormente nella sentenza, ove si legge che “*la portata effettuale riveniente dalle misure decise dall’Autorità non deve introdurre all’interno delle regole di funzionamento del mercato un quid novi rispetto all’assetto che quest’ultimo avrebbe assunto in difetto della condotta suscettibile di essere stigmatizzata per effetto della rilevabile violazione delle regole concorrenziali: ma deve, piuttosto, svolgersi in un ambito meramente “ripristinatorio”, ovvero essere preordinata alla “ricostituzione” della logica competitiva vulnerata (o suscettibile di essere compromessa) per effetto di singoli comportamenti “abusivi*”.

²⁶ Tar Lazio, sez. I, 18 febbraio 2013, n. 1742, ove si entra anche nel merito della misura, stabilendo che “*il provvedimento impugnato, nel vietare la diffusione o continuazione della pratica commerciale descritta, nella sostanza vieta l’utilizzo di determinate modalità di commercializzazione delle arte SIM, in tal modo venendo a porre a carico dell’operatore telefonico una regola di comportamento sconosciuta alla regolazione settoriale e alla stessa legislazione consumeristica, e tanto nell’esercizio di un potere che esula dalle attribuzioni dell’Antitrust*”. V. anche l’ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, 24 marzo 2009, n. 1515, sempre in materia di pratiche commerciali scorrette, con la quale è stato sospeso un provvedimento dell’Autorità in quanto “*la condotta richiesta all’appellante (peraltro, anche con riferimento al passato) sembra integrare una nuova regola, estranea al contenuto della disciplina*”.

L'analisi dei casi esaminati mostra, in conclusione, che la giurisprudenza ha individuato una serie di limiti che operano lungo tre diverse direzioni.

Il potere antitrust non può sottrarsi, in primo luogo, al rispetto dei diritti fondamentali e non si può dunque espandere l'esercizio dei poteri strumentali e l'utilizzo di assunzioni e presunzioni sino a privare l'impresa accusata di illecito della capacità di difesa, o a limitare significativamente la possibilità di contrastare le presunzioni dell'Autorità entro lo stesso procedimento antitrust.

Il controllo antitrust non è attribuito, in secondo luogo, esclusivamente all'Agcm, ma può essere esercitato da autorità di settore, ove sussista una disciplina speciale che definisca compiutamente gli interessi perseguiti ed i poteri attivabili, secondo criteri di similarità e di identità con gli interessi ed i poteri previsti dalla disciplina antitrust.

Il potere antitrust non può, infine, tradire la propria funzione arbitrale e ripristinatoria e trasmodare da strumento di riequilibrio in strumento di regolazione e conformazione del mercato.

3. Nuove ipotesi di illecito antitrust: l'abuso del processo, della regolazione e dei procedimenti amministrativi

Il potere antitrust si è andato sviluppando anche lungo una diversa direzione, sulla incerta frontiera che divide (o accomuna) le condotte delle imprese e l'attività dei pubblici poteri.

La Commissione ha ritenuto, e la Corte di giustizia ha confermato, sia pure con rilevanti distinguo e cautele, che può considerarsi abusiva una condotta volta a strumentalizzare o manipolare i processi, o le regole, o i procedimenti amministrativi. Anche l'esercizio del diritto di azione e del diritto di partecipare ai procedimenti amministrativi possono essere qualificati come illeciti antitrust.

regolatoria posta in essere dall'Agcom con deliberazione 664/06/CONS (Adozione del regolamento recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza) e tale regola non appare poter essere introdotta dall'AGCM, autorità con competenze sanzionatorie, ma priva di diretti poteri regolatori?" (sottolineato aggiunto).

Si tratta di sviluppi particolarmente interessanti, perché pongono un problema generale relativo alla qualificazione delle condotte. Siamo in presenza di un esercizio di un diritto espressamente protetto dall'ordinamento, a volte addirittura con norma di rango costituzionale, che in quanto tale dovrebbe essere intangibile dal potere antitrust? O di un esercizio abusivo di quel diritto? In questo caso, esiste un test per misurare l'abusività e quale onere probatorio è necessario soddisfare per fondare l'accusa di illecito? E qual è lo spazio per il sindacato giurisdizionale sulla valutazione dell'illecito?

L'Agcm ha seguito, almeno in parte, le orme della Commissione in materia e la questione è stata oggetto di recenti pronunce del giudice amministrativo italiano. Il fenomeno è troppo recente per dar luogo ad un orientamento consolidato, anche perché su alcune sentenze di primo grado sono pendenti i giudizi di appello. Si possono, però, analizzare alcuni casi significativi, per individuare i problemi rilevati dalla giurisprudenza e le soluzioni per ora offerte.

Per completezza, si darà conto prima della giurisprudenza europea in materia di abusi del processo, sinora, a quanto consta, richiamata ma mai direttamente applicata dalla giurisprudenza amministrativa italiana²⁷, per poi esaminare i casi, sia europei sia nazionali, relativi all'abuso della regolazione e all'abuso dei procedimenti o provvedimenti amministrativi.

3.1 L'abuso del processo

La Corte di giustizia ha riconosciuto, in astratto, la possibilità che il ricorso al contenzioso da parte di un'impresa in posizione dominante nei confronti dei suoi concorrenti possa configurare una condotta abusiva ed essere qualificato come illecito antitrust. L'abuso del processo in quanto tale si presenta, però, sia come una eccezione ad un diritto di rango costituzionale, quale è il diritto di

²⁷ Un'applicazione indiretta si è avuta nel provvedimento dell'Agcm n. 21297 del 20 giugno 2010, caso A 383, Mercato del cartongesso, in Boll. 26/2010, parr. 247 e ss, con il quale è stato contestato all'impresa anche il ricorso strumentali ad alcune azioni giudiziarie, senza però considerarlo come un elemento a sé stante o comunque di per sé determinante ai fini della configurazione dell'illecito. La legittimità del provvedimento è stata confermata da Tar Lazio, sez. I, 24 dicembre 2011, n. 10180; Cons. St., sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2722.

difesa, sia come una distorsione nel ruolo dei giudici, chiamati in tutti gli ordinamenti ad assicurare la corretta applicazione delle norme (e non invece a garantire uno specifico diritto).

Consapevole della necessità di distinguere il diritto dal suo abuso, la Corte ha quindi individuato le caratteristiche dell'abuso in due elementi, che devono peraltro essere presenti cumulativamente e non alternativamente. Deve essere possibile escludere, innanzitutto, che l'azione contenziosa sia volta a far valere i diritti dell'impresa attrice e deve essere evidente il suo carattere vessatorio nei confronti dei concorrenti. La medesima azione deve essere inquadrata, in secondo luogo, in un piano volto ad eliminare la concorrenza e non essere, quindi, un elemento isolato, ma parte di una più complessiva attività anticoncorrenziale²⁸. Ambedue le condizioni devono essere, sempre secondo la Corte, interpretate e applicate restrittivamente, in modo da non contrastare con il diritto generale di difesa e di accesso alla giustizia²⁹.

La Corte ha inoltre specificato, successivamente, che al fine di determinare la natura vessatoria dell'azione non conta il fatto che i diritti fatti valere dall'impresa esistano effettivamente o che l'azione sia fondata: è sufficiente, ad escludere la sussistenza dell'illecito, provare che l'impresa abbia tentato l'azione per far valere i diritti che essa, in quel momento, poteva ragionevolmente considerare come esistenti³⁰.

Per meglio comprendere la portata dell'illecito da contenzioso vessatorio è utile confrontare la nozione elaborata dalla Corte di giustizia con l'analogo concetto di *sham litigation* elaborato dalla Corte suprema nell'ordinamento americano³¹.

²⁸ V. sentenza del Tribunale, 17 luglio 1998, causa T- 111/96, *ITT Promedia* (Racc., 1998, p. II-2937, par. 55), par. 55; conf. sentenza del Tribunale, 13 settembre 2012, Causa T-119/09, *Protégé International*, par. 49, disponibile solo in lingua francese e non ancora pubblicata in Raccolta.

²⁹ *ITT Promedia*, par. 61. Il giudice ha stabilito, inoltre, che occorre verificare prima l'infondatezza dell'azione e solo se questa verifica ha esito positivo si può passare alla verifica della sussistenza dell'elemento soggettivo.

³⁰ *ITT Promedia*, parr. 72/73 e *Protégé International*, par. 56.

³¹ Il *leading case* è *Professional Real Estate Investors, Inc v Columbia Pictures Industries, Inc*, 1993.

La principale differenza sta nella relazione con la definizione di condotte abusive. Nell'ordinamento americano, infatti, il ricorso da parte di un'impresa alla *sham litigation* è stato giudicato prevalentemente in settori nei quali operano imprese titolari di diritti proprietà intellettuale (brevetti o licenze) ed è stato costruito come una eccezione alla immunità antitrust di cui quelle imprese godono appunto in ragione della titolarità di un brevetto o di una licenza esclusiva e, altresì, come una eccezione alla riconosciuta legittimità dell'attività di *lobbying* delle imprese nei confronti delle istituzioni pubbliche³². Perché possa in effetti riconoscersi il carattere abusivo della condotta, la Corte suprema richiede la presenza cumulativa di un elemento soggettivo ed un elemento oggettivo. Deve essere accertato, di conseguenza, sia l'intento dell'impresa di utilizzare il processo per ostacolare i concorrenti (definito come "*malicious purpose*"), sia l'assenza di alcun fondamento dell'azione (definito come "*probable cause*")³³.

E' stato osservato che lo standard posto dalla Corte è così difficile da rispettare da rimanere pressochè inapplicato, perché il riconoscimento della natura strumentale del ricorso al contenzioso produce solo il preliminare effetto di eliminare l'immunità antitrust, ma l'illecito vero e proprio deve poi essere provato indipendentemente³⁴.

La giurisprudenza comunitaria ha seguito in materia un percorso in parte simile e in parte diverso rispetto a quello adottato dalla Corte suprema nell'ordinamento americano. Il ricorso al contenzioso può essere qualificato come vessatorio, infatti, solo al ricorrere di condizioni di natura oggettiva e soggettiva, precise e di stretta interpretazione, come si è visto sopra, al pari di quanto accade nell'ordinamento americano. Una volta qualificato come tale, però, esso configura di per sé un illecito antitrust, *sub specie* di abuso di posizione dominante.

³² Secondo la cosiddetta Noerr-Pennington doctrine, il diritto antitrust (i.e., lo Sherman Act) non trova applicazione ai monopoli o alle restrizioni del commercio quando questi trovino fondamento o derivino da una decisione governativa o una norma, in quanto, secondo il ragionamento esposto dalla Corte suprema, lo Sherman Act è finalizzato a regolare l'attività delle imprese e non l'attività politica o governativa.

³³ V. V. Guimaraes De Lima e Silva, *Sham Litigation in the Pharmaceutical Sector*, in *European Competition Journal*, vol. 7, n.3, 2011, pp.455-503.

³⁴ Guimaraes, cit.: "*the threshold or the US sham litigation test has proven so high that, in practice, it has not been superseded and parties avoid this legal argument when trying to prove an anticompetitive conduct based on abusive litigation*" (p. 456).

La giurisprudenza in materia ha aperto la strada ad un ampliamento delle figure di abuso di posizione dominante e, soprattutto, ha esteso il controllo antitrust oltre le condotte delle imprese sui mercati, ai comportamenti tenuti nei confronti delle istituzioni pubbliche (giudici, autorità di regolazione, autorità amministrative), con sviluppi esaminati nel paragrafo successivo.

3.2 *L'abuso della regolazione e dei procedimenti amministrativi*

La relazione fra diritto antitrust e regolazione pubblica nell'ordinamento europeo si è prevalentemente atteggiata come un rapporto tra regola ed eccezione. Gli Stati come le imprese sono soggetti al controllo antitrust, ma al ricorrere di specifiche condizioni la regolazione pubblica può legittimare condotte che altrimenti sarebbero annoverabili fra gli illeciti antitrust.

Le condizioni di legittimazione sono sempre da sottoporre a verifica rigorosa e, nel caso in cui non siano conformi alla interpretazione del Trattato seguita dalla Commissione e dalla Corte di giustizia, la regola può essere disapplicata e l'impresa può dunque trovarsi priva di "copertura" nei confronti del controllo antitrust³⁵.

Fra i casi di mancato rispetto delle condizioni di conformità al Trattato ricorre frequentemente l'ipotesi in cui lo Stato abbia delegato l'esercizio dei suoi poteri (di regolazione, di determinazione delle tariffe, di applicazione di norme tecniche) alle imprese, in genere associate o consorziate. In questi casi, secondo la giurisprudenza europea, la "*state action*"³⁶ in realtà non è tale, perché il potere di regolazione viene esercitato dai soggetti – le imprese – che hanno naturalmente

³⁵ Il giudice europeo ha esaminato diversi casi in materia, ma ha individuato una violazione dell'art. 101 del Trattato a carico di uno Stato membro solo in alcuni di essi, fra i quali particolarmente rilevante è la sentenza Cif (sentenza 9 settembre 2003, causa C-198/01).

³⁶ Per un esame del richiamo nell'ordinamento europeo della c.d. *state action doctrine* sviluppatasi nell'ordinamento americano v. D. Ehle, *State Regulation under the US Antitrust State Action Doctrine and under EC Competition Law: A comparative analysis*, in *Europena Competition Law Review*, 1998, pp 380 ss.; per un esame attento e critico della giurisprudenza europea in materia v., D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 42 ss.

interesse ad orientare la regolazione a proprio vantaggio e a svantaggio dei concorrenti e dei consumatori³⁷.

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 Usa³⁸, 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 settore³⁹.

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 e pienamente legittima.

A venire in esame non è, dunque, il comportamento dell'impresa nel mercato, né l'effetto anticompetitivo della regola pubblica, ma piuttosto l'utilizzo

³⁷ V. sentenza della Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany International BV* (Racc., 1999, p. 5751, par. 65), ove si legge: "Occorre poi ricordare, come la Corte ha affermato, in particolare, nella sentenza 21 settembre 1988, causa 267/86, *Van Eycke* (Race. pag. 4769, punto 16), che l'art. 85 del Trattato, di per sé, riguarda soltanto la condotta delle imprese e non disposizioni di legge o di regolamento emanate dagli Stati membri. Tuttavia, da una costante giurisprudenza della Corte risulta che l'art. 85 del Trattato, letto congiuntamente con l'art. 5, fa obbligo agli Stati membri di non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, aventi il carattere di legge o di regolamento, idonei a rendere praticamente inefficaci le norme di concorrenza da applicare alle imprese. Tale caso ricorre, secondo la medesima giurisprudenza, quando uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 85 del Trattato o rafforzi gli effetti di siffatti accordi, ovvero tolga alla propria normativa il suo carattere pubblico, delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica (v. altresì sentenze 17 novembre 1993, causa C-2/91, *Meng*, Racc. pag. I-5751, punto 14; causa C-185/91, *Reiff*, Racc. pag. I-5801, punto 14; causa C-245/91, *Ohra Schadeverzekeringen*, Racc. pag. I-5851, punto 10; 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Commissione/Italia*, Racc. pag. I-3851, punti 53 e 54, e causa C-266/96, *Corsica Ferries France*, Racc. pag. I-3949, punti 35, 36 e 49)".

³⁸ William H. Page and John E. Lopatka, *State Action and the Meaning of Agreement Under the Sherman Act: An Approach to Hybrid Restraints*, in *Yale J. Reg.*, vol. 20, 2003, p. 269; T. M. Jorde, *Antitrust and the New State Action Doctrine: A Return to Deferential Economic Federalism*, in *Cal. L. Rev.*, vol. 75, 1987, p. 227.

³⁹ S.L. Dogan, M.A. Lemley, *Antitrust Law and Regulatory Gaming*, in *Texas Law Review*, vol. 87, n.4, 2009, pp. 684-729.

strumentale e abusivo da parte di una impresa – in genere si tratta di una impresa in posizione dominante o titolare di un diritto esclusivo – delle regole pubbliche.

Questo tipo di abuso è stato individuato, almeno per quanto risulta dall'indagine qui svolta, rispetto a tre tipi di condotte: a. l'(ab)uso di procedimenti o provvedimenti amministrativi finalizzati a garantire diritti di esclusiva; b. la capacità dell'impresa di influenzare il regolatore; c. l'(ab)uso di procedimenti amministrativi anche quando non siano finalizzati ad assicurare l'accesso al mercato.

3.2.1 L'abuso di procedimenti amministrativi diretti a garantire diritti esclusivi: i casi nel settore farmaceutico.

Il primo tipo di casi si è presentato sia davanti alla Commissione europea, sia davanti all'Agcm, con conseguente contenzioso in sede europea come in sede nazionale.

Il controllo antitrust si è appuntato sull'uso di procedimenti amministrativi volti a garantire un diritto esclusivo, come accade nel caso dell'autorizzazione alla immissione al commercio dei farmaci⁴⁰.

La titolarità di un diritto esclusivo è, naturalmente, di per sé pienamente legittima e anzi prevista e garantita da norme del cui contrasto con il diritto antitrust nessuno ha mai dubitato⁴¹.

Nel caso di specie però, all'impresa farmaceutica AstraZeneca sono stati imputati due diversi illeciti antitrust, relativamente al tentativo di estendere la durata del diritto esclusivo e ad una richiesta di revoca di autorizzazione di un

⁴⁰ La materia dei diritti esclusivi si presta per sua stessa natura al confronto fra regolazione ed antitrust, come dimostra il contenzioso parallelo e contestuale in diversi ordinamenti in materia di nuove tecnologie: v. in proposito i materiali raccolti in Assonime, *Information Technology, Innovation and Competition Law: the Role of the Courts*, in *Note e studi*, n. 9, 2013.

⁴¹ I brevetti e il sistema autorizzatorio in materia di farmaci sono volti ad assicurare la remunerazione degli ingenti investimenti necessari, che in assenza di tale garanzia non verrebbero realizzati dalle imprese farmaceutiche. V. D. Harhoff, *Economic Cost-Benefit Analysis of a Unified and Integrated European Patent Litigation System*, Rapporto per la Commissione europea, 2009; A Gambardella, P. Giuri, *The strategic use of patents and its implications for enterprise and competition*, Rapporto per la Commissione europea, 2007.

farmaco commercializzato in capsule, per sostituirlo con il medesimo farmaco commercializzato in compresse.

La condotta dell'impresa volta ad estendere la durata del diritto esclusivo è stata considerata illecita dalla Commissione (e successivamente dalla Corte di giustizia) in quanto la stessa impresa ha fornito alle amministrazioni competenti informazioni errate. La natura vincolata del provvedimento rendeva quelle informazioni determinanti ai fini della decisione dell'amministrazione⁴². L'autorizzazione dell'estensione del diritto, non essendo discrezionale ed essendo decisamente condizionata dal fatto che l'impresa aveva fornito informazioni errate, è stata ricondotta dalla Commissione alla condotta dell'impresa e qualificata come illecita.

Il test che emerge dalla sentenza per la configurazione dell'illecito antitrust prescinde, peraltro, dall'elemento soggettivo. Non è stato considerato necessario, infatti, provare che le informazioni fossero state fornite in mala fede o con intento fraudolento, ma solo che l'impresa fosse venuta meno all'obbligo di trasparenza che su di essa incombeva in ragione della speciale responsabilità propria delle imprese in posizione dominante.

Occorre, però, che ricorrano due diversi elementi oggettivi: la natura ingannevole delle informazioni fornite dalla imprese e la natura vincolata della decisione che l'amministrazione deve prendere sulla base dei dati forniti. Solo la presenza congiunta di questi due elementi consente di imputare l'effetto anticompetitivo (più esattamente, la mera idoneità a produrre un effetto anticompetitivo⁴³) direttamente all'impresa, non tenendo conto del provvedimento amministrativo o, meglio, individuando la causa esclusiva o comunque determinante del provvedimento nella condotta dell'impresa. L'autorità antitrust non sostituisce, quindi, una propria decisione al provvedimento dell'autorità di settore competente, né incide sulla regolazione di settore, ma colpisce un abuso

⁴² Anche se alcune amministrazioni nazionali presso le quali era stata presentata l'istanza hanno in effetti richiesto ulteriori informazioni e chiarimenti proprio in relazione alla data iniziale dell'autorizzazione.

⁴³ Non rileva, secondo il giudice, ai fini della qualificazione della condotta come abusiva che il brevetto sia stato in fatto utilizzato.

che appare come condotta illecita sia alla luce del diritto antitrust, sia alla luce delle regole del procedimento.

La mancanza di trasparenza si pone in contrasto, infatti, sia con la speciale responsabilità dell'impresa in posizione dominante, sia con gli obblighi di correttezza che qualsiasi partecipante ad un procedimento amministrativo deve rispettare⁴⁴. Grazie alla mancanza di trasparenza l'impresa ha, nella ricostruzione della Commissione e del giudice, acquisito un diritto al quale non aveva diritto o al quale aveva diritto per un periodo più limitato. Per dirla con i termini tipici del diritto amministrativo, la spettanza del diritto non è questione da decidere discrezionalmente perché discende automaticamente dalla data iniziale dell'autorizzazione e quindi l'autorità antitrust può verificare la spettanza senza travalicare i suoi poteri e senza usurpare la competenza dell'autorità amministrativa di settore.

Parzialmente diversa è la ricostruzione del secondo illecito imputato all'impresa, per avere essa richiesto la revoca dell'autorizzazione per un medicinale in capsule e la sostituzione con un'autorizzazione per il medesimo medicinale in compresse⁴⁵. Ai nostri fini non interessa entrare qui nel merito della questione, e cioè se la condotta in questione sia in effetti qualificabile come un abuso: basti ricordare che secondo la Commissione la richiesta di revoca non serviva più a proteggere l'investimento, perché AstraZeneca non aveva più il diritto esclusivo di usare test e prove cliniche. In assenza del diritto esclusivo, la revoca viene qualificata come un uso manipolativo del procedimento, volto solo ad ostacolare i concorrenti.

E' significativa, invece, ai nostri fini, la valutazione espressa in generale dalla Commissione e riportata senza commento, ma con apparente adesione del giudice, al par. 677 della sentenza, ove si afferma che *“l'illegittimità di un comportamento abusivo alla luce dell'art. 82 CE non ha alcuna relazione con la*

⁴⁴ Così è certamente per la disciplina italiana del procedimento amministrativo, all'interno del quale il soggetto istante assume responsabilità per ogni dichiarazione fornita, specie in autocertificazione.

⁴⁵ In generale su questo tipo di condotta v. J. Cheng, *An Antitrust Analysis of Product Hopping in the Pharmaceutical Industry*, in *Columbia Law Review*, vol. 108, 2008, p. 1471

sua conformità o meno rispetto ad altre norme giuridiche. Occorre osservare, al riguardo, che 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”.

Si pone qui in termini relativamente nuovi il problema della pluriquificazione della medesima condotta e della presunta permanente prevalenza del diritto antitrust sulla qualificazione di legittimità derivante da altro plesso dell'ordinamento.

Il titolare di un'autorizzazione è sicuramente legittimato, in base alla disciplina dei diritti di proprietà intellettuale, a chiedere la revoca della stessa autorizzazione. La richiesta di revoca è stata giustificata, nel caso di specie, con l'intenzione di modificare le modalità di somministrazione del farmaco. La Commissione ha, però, individuato un altro intento – impedire o comunque ritardare l'effetto di sostituzione dei farmaci generici – e ha quindi qualificato la richiesta di revoca come abuso di posizione dominante⁴⁶.

Il punto sarà approfondito successivamente, ma si può dire sin d'ora che il ricorso a questa qualificazione richiederebbe almeno la contestuale applicazione di test e standard di verifica, specificamente definiti, anche perché essa opera al di fuori dei casi tipizzati di abuso di posizione dominante e l'abusività si presenta dunque come una clausola dai confini indeterminati.

Si corre il rischio, altrimenti, di introdurre surrettiziamente un obbligo di deferenza di segno opposto e contrario rispetto a quello vigente negli Usa: le discipline di settore, e forse anche le norme e i principi generali che legittimano le ordinarie condotte delle imprese, non solo nel mercato, ma anche nei confronti delle autorità amministrative, devono, per così dire, arretrare rispetto all'atipicità dell'illecito e alla primazia del diritto antitrust⁴⁷. Anche di questa primazia

⁴⁶ Pur senza entrare nello specifico merito della controversia, è interessante notare che l'impresa non si trovava, peraltro, al momento della richiesta di revoca in posizione dominante sul mercato rilevante e che la titolarità di un'autorizzazione consente, ma non obbliga, allo svolgimento dell'attività (e l'autorizzazione può essere, quindi, non rinnovata alla scadenza o essere oggetto di una richiesta di revoca).

⁴⁷ L'art. 102 del Trattato opererebbe, così, come una sorta di “ipernorma”, rilevante per tutti i procedimenti regolatori, a prescindere (e anzi anche a volte in contrasto) con la regolazione

occorrerebbe fornire qualche ragione fondativa e giustificativa, specie nei casi in cui, come in quello di specie, non si può provare che la condotta dell'impresa abbia avuto di per sé un effetto escludente⁴⁸.

Non si tratta peraltro di un orientamento consolidato, ma di un'unica decisione⁴⁹, anche se spesso richiamata nei provvedimenti dell'Agcm e abbastanza significativo da aver provocato un confronto con l'ordinamento americano⁵⁰.

Nel caso Pfizer, a differenza del caso sopra esaminato, all'impresa non è stata imputata una violazione degli obblighi di corretta informazione nei confronti delle autorità competenti, ma una strategia *“risultata idonea a creare uno stato di incertezza giuridica in merito alla possibilità di commercializzare un nuovo farmaco generico a base di latanoprost e, pertanto, a ritardare l'entrata dei genericisti nel mercato rilevante”*⁵¹. Questa strategia si era realizzata, secondo l'Autorità, mediante l'abuso di procedimenti giudiziari ed amministrativi, questi ultimi relativi alla durata e alla validità dei brevetti detenuti da Pfizer⁵².

Nel corso del procedimento l'Autorità ha rigettato gli impegni presentati dall'impresa e ha poi irrogato una sanzione di 10.6 milioni di euro. Il provvedimento è stato impugnato dinanzi al giudice amministrativo, che in primo

di settore e, nel caso di specie, con i diritti di proprietà intellettuale, grazie anche alla plasticità delle nozioni di abuso di posizione dominante e di condotta escludente.

⁴⁸ Il giudice ha infatti ritenuto sufficiente l'astratta idoneità della condotta a produrre un effetto escludente, identificato nelle maggiori difficoltà che i produttori di farmaci generici avrebbero incontrato, pur se essi erano comunque in grado di accedere al mercato.

⁴⁹ Sempre in materia di farmaci, l'esempio europeo è stato seguito nel Regno Unito con una recente decisione dell'OFT, caso CE/8931/08, Decision CA98/02/2011, *Abuse of a dominant position by Reckitt Benckiser Healthcare (UK) Limited and Reckitt Benckiser Group plc*, del 12 aprile 2011 (richiamata in Guimaraes, cit., p. 485), che ha qualificato come abuso di posizione dominante il ritiro dal mercato di un prodotto da parte della società farmaceutica, rilevando l'uso strumentale del procedimento autorizzatorio.

⁵⁰ V. S. Gallasch, *Astrazeneca v. Walker Process – A Real EU-US Divergence or Just an Attempt to Compare Apples to Oranges?*, in *European Competition Journal*, vol. 7, n.3, 2011, pp. 505-526.

⁵¹ V. provvedimento Agcm n. 23194, 11 gennaio 2012, caso A 431, Ratiopharmer/Pfizer, in Boll. n. 2/2012, par 177.

⁵² Pfizer aveva presentato una richiesta di brevetto divisionale che, secondo l'Autorità, non aveva ragioni giustificatrici oltre al tentativo di prolungare la durata del diritto esclusivo garantito dal brevetto principale del farmaco, portandola dal settembre 2009 al luglio 2011 e, conseguentemente, impedire l'accesso al mercato di un nuovo farmaco generico.

grado ha annullato sia la decisione di rigetto degli impegni, sia il provvedimento finale⁵³.

La sentenza è particolarmente interessante per il profilo che qui rileva, e cioè la possibilità di qualificare come abusive le condotte tenute da una impresa sia in sede di contenzioso e di procedimento amministrativo, sia nello sfruttamento di un diritto esclusivo garantito da un brevetto.

Questo ultimo aspetto viene affrontato nell'esame della decisione di rigetto degli impegni, viziata secondo il giudice da difetto di istruttoria e di motivazione e basata, inoltre, su una valutazione di "uso improprio" (come è definito dall'Autorità) del brevetto⁵⁴.

Quanto alla ricostruzione della strategia escludente imputata all'impresa, il giudice ne accerta l'inconsistenza sotto due diversi profili.

Per quanto riguarda il ricorso al contenzioso vessatorio, rileva che Pfizer è quasi sempre convenuta e non attrice nei giudizi pendenti e considera irrilevante la circostanza, enfatizzata dall'Autorità, che tanti giudizi siano stati in parte almeno avviati a seguito delle diffide notificate dall'impresa ai "genericisti". Il diritto di difendersi in un contenzioso da altri non può infatti essere paralizzato in nome di una estensione oltre ogni ragionevole confine della speciale responsabilità incumbente su una impresa in posizione dominante.

Per quanto riguarda, invece, l'abuso di procedure amministrative, si rileva nella sentenza come la richiesta di un brevetto divisionale non possa essere di per sé considerata abusiva, tanto è vero che la stessa Autorità ricorre, in proposito ad un argomento infondato in fatto, e cioè alla presunta invalidità del brevetto principale. Il brevetto principale era stato, in effetti, solo sospeso dall'autorità competente e, in esito all'apposito procedimento, dichiarato valido⁵⁵.

⁵³ Tar Lazio, sez. I, 3 settembre 2012, n. 7467.

⁵⁴ Nella sentenza si rileva come l'uso di un brevetto valido di per sé non può che essere lecito e che la questione è estranea "*o comunque non direttamente incidente sull'interesse pubblico all'apertura del mercato alla concorrenzialità posto a base del procedimento, che on può che postulare un uso proprio delle privative, laddove esistenti*".

⁵⁵ Il giudice ha ritenuto infondato anche l'argomento dell'Autorità relativo alla tempistica della richiesta, richiamata a prova dell'intento escludente, in quanto la domanda era stata presentata sette anni prima del previsto ingresso dei genericisti sul mercato italiano.

Le condotte individuate dall’Autorità non possono essere qualificate, secondo il giudice, come abusive ed escludenti perchè esse rientrano nelle ordinarie azioni a disposizione dell’impresa per tutelare, legittimamente, i propri diritti ed interessi legittimi. Ai fini della qualificazione di queste condotte come abusive l’effetto escludente non può dunque essere presunto di per sé o argomentato sul piano dell’astratta idoneità ad escludere.

L’Autorità avrebbe dovuto invece dimostrare che quelle condotte sono connotate da *“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”*.

Non si esclude, così, che una condotta legittima secondo l’ordinamento amministrativo o giudiziario possa essere, in ipotesi, qualificata illecita ai fini del diritto antitrust. Tale qualificazione deve superare, però, un apposito test e fondarsi su un *“quid pluris”* rispetto alla mera sommatoria dei comportamenti delle imprese, anche per evitare il rischio di una *“palese violazione del principio di certezza del diritto”*.

La possibilità di considerare comunque di per sé abusive condotte del tutto legittime rispetto ai procedimenti giudiziari ed amministrativi non consentirebbe, infatti, di prevedere il rischio di illecito e graverebbe le imprese di un onere quasi impossibile da soddisfare.

3.2.2 *L’influenza sul regolatore: il caso del trasporto ferroviario italiano*

La seconda ipotesi, relativa alla capacità dell’impresa di influenzare il regolatore, è stata chiaramente formulata dall’Agcm in un recente provvedimento relativo al settore del trasporto ferroviario.

L’Autorità ha ritenuto che potesse essere imputata alle tre società pubbliche - FS, RFI e Trenitalia – una condotta concordata volta ad influenzare il regolatore (l’Ursf), al fine di impedire l’ingresso sul mercato di Arenaways, una impresa ferroviaria concorrente di Trenitalia⁵⁶.

⁵⁶ In effetti le specifiche condotte sono state imputate a gestore della rete (RFI) e alla impresa ferroviaria (Trenitalia), mentre alla capogruppo FS è stata imputata sia la responsabilità

E' importante rilevare subito che l'Autorità si riferisce nel provvedimento a condotte tenute nel corso di alcuni procedimenti amministrativi obbligatoriamente previsti dalla legge ai fini dell'accesso alla rete ferroviaria⁵⁷ e non, invece, a tentativi di influenzare il regolatore in modo fraudolento o coercitivo. A prova dell'illecito vengono indicati, infatti, i tempi di risposta delle imprese a richieste di informazioni, le modalità di fornitura delle stesse informazioni e, soprattutto, le informazioni ed i dati forniti da Trenitalia al regolatore per consentirgli di verificare – come prescrive la norma – che l'accesso del nuovo entrante non compromettesse l'equilibrio economico dei contratti di servizio pubblico esistenti.

E', quindi, il modo in cui le imprese hanno partecipato al procedimento amministrativo che vale a provare, secondo l'Autorità, un illecito antitrust. Le condotte delle imprese nel corso dei procedimenti amministrativi avrebbero, infatti, indotto in errore il regolatore e lo avrebbero spinto ad adottare provvedimenti favorevoli per l'*incumbent*, a danno del nuovo entrante⁵⁸.

L'influenza sul regolatore è riconducibile, secondo l'Autorità, a diversi fattori, non tutti per la verità imputabili direttamente alle imprese.

Per un verso, l'Autorità è entrata nel merito della relazione di Trenitalia trasmessa all'Ursf, criticando non la veridicità dei dati, ma i criteri tecnici seguiti per il calcolo dell'equilibrio economico dei contratti di servizio ed indicando le modalità di calcolo che, a suo avviso avrebbero dovuto essere seguite⁵⁹, senza tenere conto, peraltro, del fatto che i criteri in questione sono stati determinati, in

oggettiva in quanto *holding*, sia la diretta partecipazione ad una “*articolata e unitaria strategia*” di gruppo.

⁵⁷ Si tratta dei procedimenti disciplinati dall'art. 59, comma 1, della legge n. 99/2009 e finalizzati, tra l'altro, a verificare la misura entro cui l'accesso al mercato di un nuovo entrante incida sull'equilibrio economico dei contratti di servizio stipulati fra Trenitalia e le regioni, in quanto da questi contratti derivano obblighi di servizio ai quali Trenitalia non può sottrarsi. Per un'analisi del caso sotto il profilo economico v. Andrea Boitani, Francesco Ramella, *Arenaways e altre storie ferroviarie (poco edificanti)*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 1, 2012, pp. 97-116.

⁵⁸ Sarà interessante verificare se, in futuro, l'Autorità attiverà i poteri di impugnazione previsti dall'art. 21bis della legge n. 287/1990 nei confronti di provvedimenti ai quali attribuisce effetti anticompetitivi.

⁵⁹ Si vedano in particolare i § 325 e 329 del provvedimento, ove l'Autorità sancisce come avrebbe dovuto essere predisposta la relazione e che tipo di analisi essa avrebbe dovuto contenere.

applicazione della norma di legge, dallo stesso regolatore⁶⁰. L'Autorità ha quindi sostituito la propria valutazione sui criteri da seguire non solo a quella dell'impresa interessata, ma anche a quella del regolatore, pur affermando che il regolatore sarebbe stato “indotto in errore” dalle informazioni fornite dall'impresa.

Per altro verso, l'Autorità ha ritenuto che in ogni caso il regolatore non disponesse delle capacità necessarie per verificare compiutamente le informazioni fornite, anche in ragione della “*rilevante asimmetria informativa dell'URSF nei confronti dell'incumbent*” connessa agli “*oggettivi problemi di organico*” dell'ufficio⁶¹.

E' evidente il tentativo dell'Autorità di richiamare gli elementi posti a base della sentenza AstraZeneca: la natura ingannevole delle informazioni e la limitata discrezionalità dell'amministrazione. Le differenze fra i due casi sembrano, però, più significative delle similarità, per l'uno come per l'altro elemento.

Per quanto riguarda la natura discrezionale della decisione, è evidente che essa dipende dalla norma di attribuzione, che definisce e conforma l'ampiezza della scelta rimessa all'amministrazione. L'Autorità introduce, invece, una sorta di discrezionalità “in concreto”, da verificare e misurare in circostanze di fatto contingenti: la mancanza di personale o la disponibilità dei soggetti partecipanti a fornire informazioni che potrebbe produrre una “asimmetria informativa”. Si tratta di una ipotesi completamente diversa da quella del provvedimento vincolato (dalla legge), posto a base della sentenza AstraZeneca.

Per quanto riguarda la natura delle informazioni fornite, la loro “ingannevolezza” non emerge da un dato oggettivo – quale era, nel caso AstraZeneca, la data iniziale dell'autorizzazione – ma da una valutazione discrezionale dell'Autorità su quali dovrebbero essere i criteri preferibili per il calcolo dell'equilibrio economico dei contratti di servizio pubblico.

⁶⁰ V. d. dirett. n. 203/I/URSF del 6 maggio 2010.

⁶¹ V. §§ 336 e 337, oltre al § 310 del provvedimento, ove si legge: “*Le decisioni dell'URSF trovano un limite oggettivo nella disponibilità dei soggetti interpellati ad inviare all'Organismo di regolazione la documentazione necessaria ad esprimersi e si basano pressoché integralmente sulle valutazioni effettuate da Trenitalia*”.

Il provvedimento dell’Autorità è stato impugnato dinanzi al giudice amministrativo, che non si è ancora pronunciato sulla sua legittimità.

Quale che sia l’esito del giudizio, il caso mette in luce una sorta di inversione nel modo in cui il potere antitrust ha considerato il rapporto fra regolatore e regolato.

La censura dell’antitrust non si è appuntata, infatti, sul provvedimento del regolatore, ma sulla (presunta) incapacità in fatto del regolatore di esercitare i propri poteri e la propria discrezionalità. La natura del tutto contingente di questa incapacità presenta più di un profilo problematico, dalla soddisfazione dell’onere della prova, alla necessità di dimostrare (invece che presumere) il nesso di causalità fra condotte delle imprese, incapacità del regolatore e provvedimento finale.

La necessità di dimostrare il nesso di causalità è particolarmente rilevante, in quanto l’Autorità imputa gli effetti anticompetitivi del provvedimento non al regolatore che l’ha adottato, ma alle imprese che hanno “influenzato” il regolatore.

Il nesso di causalità è strettamente legato, nella struttura dell’illecito, al principio di colpevolezza e la prova della sua sussistenza assicura che la responsabilità ricada su chi in effetti ha provocato il danno.

Nel caso di specie, alle imprese non vengono imputate condotte mistificatorie o fraudolente, né si può sostenere che il provvedimento abbia natura vincolata e non discrezionale. Mancano, quindi, ambedue gli elementi utilizzati dal giudice europeo nella sentenza AstraZeneca per eliminare la rilevanza del provvedimento amministrativo e considerare i suoi effetti anticompetitivi come direttamente imputabili alle imprese che partecipano al procedimento.

In assenza di questi elementi oggettivi, il potere antitrust finisce per sostituire la valutazione del regolatore – o comunque dell’amministrazione competente – con la propria valutazione. L’Autorità si spinge sino ad ipotizzare e simulare quale avrebbe dovuto essere l’esito del procedimento, utilizzando

peraltro canoni diversi da quelli che la disciplina di settore fornisce al regolatore⁶².

Anche in questo caso, come nel precedente, sarebbe utile e necessario che la giurisprudenza individuasse un test o degli standard che il potere antitrust deve soddisfare prima di potersi espandere in questa direzione, lungo la quale il diritto antitrust non si limita a fornire strumenti di controllo dell'attività delle imprese, ma si sostituisce alla regolazione di settore e priva di significato e rilevanza i procedimenti amministrativi.

Si tratta, come si vede, di un problema generale, sul quale si tornerà, dopo l'esame dell'ultimo caso, nel paragrafo 4.

3.2.3 Accesso al mercato e procedimenti di pianificazione territoriale: il caso della grande distribuzione

Il terzo tipo di casi si distingue dai precedenti perché l'abuso potrebbe essere configurato, secondo la ricostruzione dell'Agcm, non in relazione a procedimenti regolatori o volti ad attribuire un diritto esclusivo, ma relativamente al procedimento amministrativo *tout court*. Nel caso di specie, la partecipazione a procedimenti di pianificazione del territorio da parte di una impresa operante nel settore della distribuzione commerciale (Coop estense) è stata qualificata come un abuso di posizione dominante finalizzato ad escludere dal mercato un concorrente (Esselunga).

L'Autorità ha ritenuto che la partecipazione dell'impresa abbia impedito l'approvazione di un piano particolareggiato da parte del Comune di Modena e l'adozione di una variante al PRG nel Comune di Vignola e che da tale impedimento sia derivata l'esclusione della concorrente dal mercato. La circostanza che gli effetti sui mercati rilevanti della condotta di Coop Estense fossero dipesi anche da decisioni di autorità pubbliche non esclude, secondo l'Autorità, l'imputabilità di una condotta abusiva in capo alla società. L'Agcm ha quindi irrogato all'impresa una sanzione di 4,6 milioni di euro e diffidato

⁶² Si spinge, cioè, ad una sorta di “*second guessing*” della decisione del regolatore, in una materia che esula peraltro dalle sue competenze, in quanto disciplinata da una norma di settore e involgente profili ulteriori di interesse pubblico rispetto a quelli esclusivamente concorrenziali.

l'impresa ad adottare comportamenti volti ad assicurare l'entrata del concorrente sul mercato⁶³.

Il provvedimento è stato annullato dal giudice amministrativo⁶⁴ per diversi ordini di ragioni, fra le quali qui interessano soprattutto quelle relative alla qualificazione della partecipazione a procedimenti amministrativi e al nesso di causalità.

Secondo il giudice, l'Autorità non è riuscita a dimostrare il nesso fra partecipazione dell'impresa ai procedimenti di pianificazione e la mancata approvazione dei provvedimenti dai quali avrebbe poi dovuto derivare la possibilità per il concorrente di accedere al mercato. La partecipazione dell'impresa ai procedimenti, in ambedue i casi, era del tutto legittima e, soprattutto, non è ad essa che può riconnettersi il preteso effetto escludente.

La decisione di non approvare il piano particolareggiato nel Comune di Modena è dipesa, infatti, da un insieme di fattori e circostanze, fra i quali spiccano le valutazioni negative di alcuni organi tecnici in ordine a specifici profili urbanistici, logistici ed ambientali. La rilevanza di queste valutazioni è duplice, perché esse non solo non possono essere, ovviamente, ricondotte al comportamento dell'impresa, ma soprattutto consentono di escludere che, pur in assenza della partecipazione procedimentale dell'impresa, il piano particolareggiato sarebbe stato sicuramente approvato. E' mancata, quindi, secondo il giudice, la necessaria prova del nesso di causalità fra condotta dell'impresa ed effetto escludente⁶⁵.

⁶³ V. provvedimento Agcm n. 23639, 6 giugno 2012, caso A437, Esselunga/Coop Estense, in Boll. n. 24/2012: *“la società Coop Estense si astenga dall'esercitare il proprio potere di veto sulle scelte pianificatorie dell'area ex Consorzio agrario del Comune di Modena, promuovendo un processo di collaborazione che conduca, entro e non oltre sei mesi dalla notifica del presente provvedimento, alla formulazione di un Piano condiviso che consenta il recupero e la riqualificazione urbana del comparto e, conseguentemente, l'avvio di attività commerciali da parte del concorrente, fornendo nei medesimi termini opportuna informativa all'Autorità delle attività in tal senso svolte”*.

⁶⁴ Tar Lazio, sez. I, 2 agosto 2013, n 7826.

⁶⁵ Si legge nella sentenza: *“risulta per tabulas che la mancata approvazione del Piano particolareggiato in discorso è dipesa da tutte le articolate motivazioni sin qui illustrate, e, quindi, oltre che dall'opposizione in via amministrativa prestata da Coop Estense, fondamentalmente dai profili critici relativi all'impatto ambientale e dall'inidoneità e dalla non conformità del progetto rispetto alle esigenze di riqualificazione urbana.”*

L'Autorità si è limitata, infatti, a considerare il piano particolareggiato come una "barriera amministrativa", ma non si è curata di provare come e a quali condizioni una "barriera amministrativa" potesse rientrare nella piena disponibilità di una impresa, né ha voluto affrontare il problema connesso alla natura sicuramente discrezionale dei provvedimenti di pianificazione, che rende particolarmente difficile riconnettere gli effetti dei medesimi provvedimenti al comportamento di una impresa.

Il problema del nesso di causalità, già rilevato per i casi esaminati in precedenza, è qui particolarmente rilevante, in quanto a venire in rilievo non sono procedimenti regolatori, che danno accesso al mercato o garantiscono un diritto esclusivo e ai quali partecipano solo i soggetti regolati, ma procedimenti di pianificazione, all'interno dei quali devono essere ponderati numerosi e diversi interessi pubblici e privati. L'accesso al mercato non rientra nelle finalità dei procedimenti di pianificazione, ma ne è soltanto un effetto secondario ed eventuale ed è quindi particolarmente arduo valutare la legittimità di quei procedimenti e delle condotte in essi tenute dai partecipanti esclusivamente alla luce dello scrutinio antitrust.

Non a caso, il risultato di uno scrutinio così condotto porta inevitabilmente l'Autorità a "indovinare" quale sarebbe stato l'esito del procedimento in assenza della partecipazione dell'impresa interessata e quindi a sostituire, anche in questo caso, la propria valutazione a quella dell'amministrazione competente: esercizio particolarmente arduo in materia di governo del territorio e svolto invece, nel caso di specie, come se l'accesso al mercato del concorrente dovesse essere comunque assicurato e garantito dagli atti di pianificazione.

Un ulteriore effetto negativo di questo modo di procedere è individuato dal giudice nella violazione del principio di certezza del diritto, perché la valutazione antitrust, pur sicuramente discrezionale, non può prescindere da "*parametri oggettivamente verificabili, quali quelli costituiti in primis dagli elementi chiaramente emergenti dagli atti amministrativi*".

Il principio di certezza del diritto richiede almeno che la valutazione del presunto illecito tenga conto non solo di tutti gli elementi rilevanti - secondo il

principio di completezza dell'istruttoria e di accertamento dei fatti – ma anche del valore giuridico che l'ordinamento ha loro attribuito. La valenza giuridica di ogni elemento può anche non essere, in ipotesi, vincolante e obbligatoriamente trasposta tal quale all'interno della valutazione antitrust, ma non può essere ignorata, o apoditticamente dichiarata irrilevante, grazie ad una mera operazione logica di sovrapposizione delle categorie della disciplina antitrust alle qualificazioni giuridiche proprie del diritto amministrativo.

4. Diritto amministrativo e diritto antitrust nel processo amministrativo

La giurisprudenza sinora esaminata si è esercitata su casi relativamente nuovi rispetto a quelli sui quali, negli ultimi venti anni, è andato prendendo forma e sostanza il sindacato giurisdizionale sul potere antitrust.

La tendenza del potere antitrust a scrutinare ogni azione e ogni comportamento delle imprese per i possibili intenti o effetti (anche solo potenziali) anticompetitivi comporta che il giudice si trovi sempre più spesso non tanto a confrontare una norma con l'applicazione che ne fa l'Autorità antitrust, quanto a valutare i confini entro i quali il potere antitrust si può esercitare o, per altro verso, a sindacare la legittimità e la plausibilità della pluriqualificazione di una condotta, lecita e legittima secondo altre norme dell'ordinamento, ma considerata illecita dal potere antitrust.

Sotto il primo profilo, come si è visto in precedenza, il giudice ha individuato alcuni limiti di esercizio: il rispetto dei diritti fondamentali, il principio di competenza declinato come principio di specialità, la carenza assoluta di potere regolatorio in capo all'autorità antitrust.

Sotto il secondo profilo, si pone il problema di un possibile rapporto conflittuale fra disciplina antitrust e ad altre discipline (non solo di settore ma) generali, come appunto il diritto amministrativo. Si tratta di un rapporto configurato in modo almeno parzialmente nuovo, perché il conflitto non è relativo ad una specifica regolazione amministrativa di settore, ma allo strumento più generale del quale il diritto amministrativo disponga: il procedimento amministrativo.

Rilevano, in particolare, due aspetti.

In primo luogo, il diritto di partecipare al procedimento amministrativo è un diritto generale garantito dall'ordinamento e la limitazione di questo diritto, ove non direttamente sancita da una norma di diritto positivo, richiede necessariamente condizioni precise e rigorose. La stessa ammissibilità della possibilità di qualificare la partecipazione al procedimento amministrativo come una condotta illecita sotto il profilo antitrust ha bisogno di una specifica dimostrazione e giustificazione, in quanto ha l'effetto di limitare un diritto generale. Ove questa prima prova di ammissibilità sia superata, bisogna essere consapevoli che l'illecito si configura come un abuso di un diritto, definito non a caso con formule come "manipolazione", o "abuso", o "uso strumentale" di procedimenti amministrativi. La natura abusiva deve allora essere dimostrata in base alla coesistenza di elementi soggettivi ed oggettivi e certo non può essere, invece, oggetto di presunzioni.

Al contrario, e qui emerge il secondo aspetto, non si può dimenticare che la finalità del procedimento amministrativo è, sempre, la ponderazione di interessi diversi, sia pure con grado diverso di discrezionalità e di coinvolgimento di interessi pubblici e privati. L'esito finale del procedimento amministrativo, salva la limitata ipotesi dell'attività vincolata, dipende quindi da un concorso di fattori e, soprattutto, dalla scelta discrezionale dell'amministrazione, espressa con un provvedimento.

La regolazione di interessi operata con il provvedimento ha carattere di tipicità e, sino a che la sua validità non sia negata o dall'amministrazione in autotutela, o dal giudice, produce effetti certi per tutti i soggetti coinvolti.

Nei casi prima esaminati questo assetto viene posto in dubbio dal potere antitrust sotto un duplice profilo: la riferibilità del provvedimento all'amministrazione e la valenza dei suoi effetti. Si è visto, infatti, come in alcuni casi la partecipazione al procedimento sia stata considerata determinante al punto da attribuire all'impresa l'esito finale del procedimento. In altri casi gli effetti del provvedimento sono stati, invece, considerati del tutto estranei o irrilevanti per la ricostruzione della fattispecie illecita.

La giurisprudenza è stata pronta a segnalare come, in entrambe le ipotesi, si produca il rischio di una violazione del principio di certezza del diritto. Il fenomeno è stato del resto discusso anche dall'analisi economica, specie in relazione alla progressiva prevalenza, nell'esercizio del potere antitrust, del cosiddetto approccio economico, volto ad enfatizzare l'effetto anticompetitivo delle condotte, piuttosto che la loro conformità (o difformità) rispetto alle regole della disciplina antitrust e a far prevalere, quindi, valutazioni di contesto rispetto a presunzioni di illiceità⁶⁶.

La lettura di alcune decisioni delle autorità antitrust, europea e nazionale, lascia il dubbio che, in realtà, anche l'*effect based approach* finisca per produrre presunzioni o, più esattamente, per trasformare principi di analisi e teoria economica in presunzioni dotate di valenza giuridica⁶⁷.

Prescindendo qui dal problema, pur rilevante, della stessa possibilità che le presunzioni in parola possano essere introdotte nell'ordinamento per questa via, si possono enucleare dalla giurisprudenza esaminata alcuni criteri da applicare nell'esercizio del potere antitrust ed individuare i loro possibili sviluppi, con

⁶⁶ Sullo specifico caso che nell'ordinamento americano ha segnato l'inversione di tendenza a favore della *rule of reason* nei confronti delle *per se rules* v. R.A. Posner, *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 45, n. 1, pp. 1-20; più in generale e recentemente, R.A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective* 2001, passim; B. Winrow, K. Johnson, *The Rule of Law is the Rule of Reason*, in *North Dakota Law Review*, vol.84, 2008, p.58.

Il dibattito è stato recentemente rispeso anche in Italia: v., con posizioni diverse, R. Pardolesi, *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 1, 2007, pp. 119-128; M. Polo, *A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 1 2007, pp. 129-136; G. Amato, F. Denozza, H. Schweitzer, A. Nicita, D. Stallibrass, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2, 2009 pp. 381-400; G. Colangelo, *Antitrust e regolazione dopo linkLine*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2 2009, pp. 373-380. Per quanto riguarda specificamente l'abuso di posizione dominante; la Commissione europea ha ridefinito alcuni criteri nel 2005, prevedendo che non sia più sufficiente la potenzialità abusiva, ma occorra dimostrare l'effetto della pratica escludente e, di converso, richiedendo la dimostrazione di efficienza della pratica, altrimenti ritenuta abusiva: v., in proposito M. D'Ostuni, *Gli orientamenti della Commissione sugli abusi escludenti: nati sotto un cattivo segno?*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2 2011, pp. 401-416; G. Ghidini, E. Arezzo, *L'assalto fallito? Riflessioni sulla proposta rivisitazione in chiave "più economica" dell'abuso di dominanza*, in *Mercato concorrenza regole*, n.1, 2010, pp. 115-138; M. Polo, *L'intervento antitrust in materia di pratiche escludenti: lezioni dal dibattito recente*, in C. Rabitti Bedogni, E. Barucci (a cura di), 20 anni, cit., pp. 677-702

⁶⁷ Così esplicitamente M. Polo, *A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust*, cit.

particolare riferimento ai casi in cui un procedimento o un provvedimento amministrativo siano parte del contesto entro il quale l'illecito deve essere provato.

Il regime della prova dovrebbe essere, in questi casi, particolarmente rigoroso⁶⁸, perché la presenza di un procedimento o di un provvedimento amministrativo incide sulla efficacia causale della condotta dell'impresa: l'efficacia va quindi dimostrata e non può essere, invece, presunta. Conseguentemente, anche l'onere della prova va attentamente distribuito, sia escludendo la possibilità di presunzioni assolute, sia richiedendo alle autorità antitrust un'attenta e non formale considerazione delle controdeduzioni delle parti, con un rispetto pieno e sostanziale del principio di completezza dell'istruttoria e dell'obbligo di motivazione⁶⁹.

La centralità dell'effetto anticompetitivo nelle valutazioni delle autorità antitrust richiede necessariamente, poi, una dimostrazione specifica ed accurata del nesso di causalità. Ove il nesso di causalità non venisse provato, si violerebbe il principio di colpevolezza, secondo il quale ciascuno deve rispondere esclusivamente delle proprie azioni e la dimostrazione dovrà essere particolarmente rigorosa nel caso in cui la condotta dell'impresa sia connessa ad un procedimento o ad un provvedimento amministrativo, che comportino l'esercizio di discrezionalità amministrativa.

Last, but not least, nei casi in cui la condotta dell'impresa sia disciplinata da una norma, generale o speciale, non può configurarsi un illecito antitrust se non sussiste anche una violazione di quella norma o, comunque, la configurazione di un illecito antitrust richiede la dimostrazione di un *quid pluris*, giuridicamente rilevante, rispetto ad un insieme di condotte che risultino comunque conformi alla norma di riferimento.

⁶⁸ V. in proposito Tar Lazio, sez. I, 25 giugno 2012, n. 569, ove si afferma che ove l'Agcm non provi adeguatamente l'anticorrenzialità della condotta degli operatori, il giudice deve ritenere prevalente il principio di non responsabilità dell'incolpato.

⁶⁹ Per l'esame della questione con riferimento all'ordinamento europeo v. D. Bailey, *Presumptions in EU Competition*, in *European Competition Law Review*, 2010, n. 9, 362

Il rispetto di quest'ultima condizione è necessario se si vuole evitare che il diritto antitrust operi come una sorta di superdiritto, in grado di neutralizzare o marginalizzare le regole del diritto amministrativo e di eludere, per altro verso, il principio di certezza del diritto.

L'insieme dei test e delle condizioni così posti dalla giurisprudenza potrebbero poi atteggiarsi con diverso grado di rigore a seconda del tipo di procedimento. Per i procedimenti regolatori, o volti ad assicurare un diritto esclusivo, la partecipazione dell'impresa è finalizzata ad ottenere un risultato che ha un effetto diretto ed immediato sull'assetto del mercato rilevante. Al contrario, la partecipazione ad altri procedimenti, come quelli di pianificazione o di valutazione ambientale, per fare solo un paio di esempi, è volta a garantire e tutela interessi ulteriori e diversi (dell'impresa come di altri soggetti) rispetto al semplice accesso al mercato o al posizionamento dell'impresa sul mercato. La connessione con i divieti antitrust è, quindi, indiretta e richiede un'applicazione più rigorosa dei test e delle condizioni elaborati dalla giurisprudenza e una dimostrazione convincente dell'effettiva sussistenza del collegamento.

5. Giudici e sentinelle

Le questioni sinora esaminate si prestano a due considerazioni conclusive sul piano generale, una di ordine metodologico e la seconda relativa al ruolo del giudice.

L'evoluzione dell'applicazione del diritto antitrust dimostra la tendenza, e la volontà, di far prevalere la "sostanza" sulla "forma", specie nelle decisioni più recenti dell'Agcm e della Commissione. Il ricorso ad un approccio sostanzialista dovrebbe essere, però, sempre corretto e temperato dalla consapevolezza che mentre la "forma" è il frutto di una definizione espressa dell'ordinamento ed è riconoscibile *ex ante*, la "sostanza" si presta ad una definizione caso per caso ed *ex post*. Diviene così concreto il rischio di violare quel "confine non valicabile

imposto dalle ragioni della certezza del diritto”⁷⁰ che il giudice è chiamato, appunto, a difendere e garantire.

Come per tutti i confini, è necessaria una sentinella, che eviti le incursioni. Sta al giudice amministrativo dimostrare anche a fronte di nuovi sviluppi - come ha già fatto in passato - la capacità di elaborare i test, gli standard e le parole d'ordine necessari per rendere sicuro il confine della certezza del diritto.

⁷⁰ Cfr. G. Amato, *Gli anni del radicamento e i problemi di oggi*, in C. Rabitti Bedogni, E. Barucci (a cura di), *20 anni*, cit. p.11, secondo il quale “nell’interpretazione e applicazione delle norme c’è sempre una base legale da cui partire, il dato testuale, e c’è anche un confine non valicabile imposto dalle ragioni della certezza del diritto”.