

Abuso di posizione dominante

Le nuove frontiere in tema di abuso di posizione dominante

Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 8 aprile 2014, n.1673 - Pres. G. Severini - Estens. S. De Felice - Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm), Esselunga s.p.a. c. Coop Estense Società Cooperativa a r.l.

L'abuso di posizione dominante, disciplinato dall'art. 102 TFUE, è un illecito mediante il quale un soggetto, attraverso condotte abusive e in virtù della sua posizione dominante, falsa il livello di concorrenza sul mercato. Dato il carattere atipico della fattispecie, le condotte possono essere costituite anche da comportamenti autorizzati da una normativa di settore, realizzando comunque finalità illecite. L'indagine è svolta su diversi piani: la verifica della sussistenza di una posizione dominante sul mercato; l'analisi dell'abusività delle condotte alla luce anche del regime di speciale responsabilità che grava sull'impresa dominante e la verifica degli effetti lesivi per la concorrenza anche solo potenziali. Non è invece necessaria la presenza del nesso di causalità fra condotta abusiva ed evento dannoso, nonostante non ci sia giurisprudenza unanime in merito. Se il giudice ravvisa la violazione come grave, può ritenere legittimo il potere sanzionatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di infliggere una diffida conformativa in forza del principio dell'effetto utile.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cons. Stato, sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 693; Cons. Stato, sez. IV, 13 settembre 2012, n. 4873; Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2011 n. 2925; Corte di giustizia dell'Unione europea, 6 dicembre 2012, causa C-457/10 (<i>AstraZeneca c. Commissione</i>); Tribunale dell'Unione europea, 29 marzo 2012, causa T-336/07 (<i>Telefonica c. Commissione</i>); Corte di giustizia dell'Unione europea, 21 febbraio 1973, causa C-6/72 (<i>Continental Can c. Commissione</i>).
Difforme	Tar Lazio, Roma, sez. I, n. 7826 del 2013; Tribunale dell'Unione europea, 20 settembre 2012, causa T-169/08.

(Omissis)

IL COMMENTO di Mario Filice

Il Consiglio di Stato - nel confermare la decisione dell'Agcm, che aveva sanzionato una impresa per abuso di posizione dominante - ha censurato l'esercizio, da parte dell'impresa, di alcune facoltà concesse dalla disciplina urbanistica, ritenendo che quella condotta, in sé lecita, fosse finalizzata a impedire ai concorrenti l'ingresso nel mercato. La sentenza, pur ponendosi in linea con la pregressa giurisprudenza nazionale e comunitaria, enuclea una nuova forma di manifestazione dell'illecito *antitrust*, realizzata attraverso l'abuso di diritti derivanti dalle norme urbanistiche.

Premessa

Può configurarsi un abuso di posizione dominante anche quando esso si realizza mediante comportamenti autorizzati dalla legge? Può una tale figura ricomprendere comportamenti atipici, ancorché leciti, che realizzano però un fine illecito? Infine, esi-

ste una connessione fra l'abuso di posizione dominante e l'abuso di diritto?

Il commento alla presente pronuncia cerca di rispondere a questi interrogativi, offrendo spunti di riflessione in ordine alla configurazione dell'illecito di abuso di posizione dominante (1).

(1) La nozione di abuso di posizione dominante è contenuta nell'art. 102 Tfeue e nell'art. 3 della l. n. 287 del 1990.

Con tale pronuncia il Consiglio di Stato interviene riformando una precedente decisione del Tar Lazio (2) in merito all'annullamento di un provvedimento con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) aveva sanzionato una società che opera nel settore dei supermercati perché essa sfruttava, con accezione escludente, la sua posizione dominante sul mercato, falsando così l'equilibrio concorrenziale.

La particolarità della vicenda sta nel fatto che la società utilizzava strumenti leciti, autorizzati dalla normativa urbanistica (3); attraverso tali condotte si realizzava però un fine illecito, ovvero impedire il naturale svolgersi della concorrenza sul mercato.

I problemi che ne derivano meritano di essere analizzati separatamente per cogliere la complessità della questione.

Dopo una breve ricostruzione del fatto, seguirà l'indagine sulla condotta reputata abusiva, sulla sua attinenza con la posizione dominante rispetto anche alla giurisprudenza pregressa.

Infine si analizzerà la delicata questione del danno e del nesso di causalità rispetto all'evento lesivo.

Il commento si soffermerà brevemente sugli aspetti sanzionatori ma non sull'analisi del mercato rilevante (4), non registrandosi in merito profili innovativi.

Il caso

La vicenda si colloca nel contesto geografico di Modena e di un piccolo centro limitrofo, Vignola. In tale area la Coop Estense Società Cooperativa a r.l. aveva, secondo l'Agcm, abusato della sua posi-

zione dominante sul mercato, ponendo in essere comportamenti ostruzionistici al solo fine di escludere una società concorrente: la Esselunga s.p.a.

In due circostanze la Coop Estense utilizzava i suoi diritti, nello specifico la partecipazione a procedimenti urbanistici e iniziative urbanistico-edilizie, per ostacolare la realizzazione di punti vendita della Esselunga s.p.a.

Nel primo episodio, relativo ai fatti di Modena, la Coop Estense effettuava un acquisto manifestamente antieconomico di un terreno (5), situato nella stessa zona del fondo appartenente alla concorrente Esselunga, al fine di inserirsi nell'approvazione del Piano particolareggiato (6), mettendo così in discussione le scelte edificatorie ed impedendo in concreto la realizzazione di punti vendita della società concorrente.

Nel secondo caso, relativo ai fatti di Vignola, la Coop Estense interveniva a fini ostruzionistici, proponendosi di offrire una soluzione alternativa (7) nel procedimento di approvazione, da parte del Comune, di un accordo (8) con cui si autorizzavano le scelte edificatorie in un'area in possesso della società Esselunga.

Con tale intervento, che giungeva esattamente un giorno prima dell'attesa approvazione del progetto, si raggiungeva lo scopo di una sospensione con rinvio, da parte del Comune, per esaminare la soluzione alternativa proposta (9).

L'Agcm sanzionava la Coop Estense, ritenendo che i comportamenti ostruzionistici avviati nel 2001 nel Comune di Modena e reiterati nel 2005 nel Comune di Vignola configurino un abuso di posizione dominante (10).

(2) Tar Lazio, Roma, Sez. I, n. 7826 del 2013. Si rinvia in merito a K. Peci, *Pianificazione urbanistica e abuso di posizione dominante*, in *questa Rivista*, 2014, 1, 39.

(3) Il riferimento è alla normativa urbanistica dettata con la legge della Regione Emilia Romagna 3 luglio 1998, n. 19, recante "Norme in materia di riqualificazione urbana".

(4) Per la nozione di mercato rilevante, inteso come quella zona geograficamente individuata in cui, dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati fra loro sostituibili, le imprese che lo forniscono entrano in rapporto di reciproca concorrenza, tra gli altri, S. Bastianon, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001, e, in giurisprudenza, Cass. Civ. sez. I, n. 3638 del 2009; Cons. Stato, sez. IV, n. 2925 del 2011; Tar Lazio, Roma, sez. I, 18 ottobre 2012, n. 8614; Tar Lazio, Roma, sez. I, 24 gennaio 2011, n. 10180; Cons. Stato, sez. IV, n. 652 del 2011; Cons. Stato, sez. IV, n. 1348 del 2000.

(5) La Coop Estense nel 2001 aveva acquistato una porzione di comparto a un prezzo pari circa a cinque volte il valore intrinseco secondo quanto dichiarato dalla rivale Esselunga, al fine esclusivo di incidere sulle scelte edificatorie dell'area. Così nel considerando in fatto della pronuncia in commento.

(6) Il Piano particolareggiato, previsto dalla legge n. 1150 del 1942 così come modificata dalla legge n. 457 del 1978, disciplina e conforma, in esecuzione alle previsioni del Piano re-

golatore generale, gli interventi pubblici e privati di una porzione di territorio, mediante la definizione dettagliata dell'assetto di quest'ultimo.

(7) Al contrario della vicenda di Modena, in cui l'acquisto implicava un esborso notevole, qui la soluzione alternativa che la Coop propone si manifestava attraverso l'invio di una lettera al Comune, con cui la società si proponeva di formulare un diverso piano attuativo, senza però ne esplicitarlo, ne presentarlo in futuro.

(8) Il riferimento è alla legge della regione Emilia Romagna 24 marzo 2000, n. 20, recante "Disciplina generale sulla tutela e l'uso del territorio" che prevedeva, all'art. 18, tali accordi fra i soggetti proprietari per la formulazione di una variante al Piano regolatore generale.

(9) L'effetto reale è stato un rinvio *sine die*, questo perché l'approvazione in tempi rapidi poteva giungere solo in quanto si agiva in base alla normativa precedente, divenuta transitoria per l'entrata in vigore della nuova disciplina regionale urbanistica. Dato il rinvio, la norma è decaduta e per una nuova approvazione potrà utilizzarsi esclusivamente la nuova disciplina regionale che ha imposto termini e verifiche procedurali molto più lunghe e severe.

(10) Prov. n. 23639 AGCM, conclusivo del proc. A/437, avviato ai sensi dell'art. 14, l. n. 287 del 1990.

La Coop Estense impugnava il provvedimento dell'Agcm dinanzi al Tar Lazio, lamentando non solo il difetto di istruttoria e di motivazione, ma anche la mancata e/o l'erronea dimostrazione del nesso di causalità fra le presunte condotte illecite e l'effetto escludente.

Il Tar accoglieva il ricorso affermando che il nesso di causalità fra condotta ed effetto escludente è un elemento costitutivo dell'abuso e che, data la sua assenza o la sua non chiara dimostrazione, non risultavano integrati tutti gli estremi per configurare l'illecito.

Avverso tale sentenza proponevano appello, in via principale, l'Autorità garante e la società Esselunga e, in via incidentale, la società Coop Estense. Il Consiglio di Stato, riuniti i mezzi di impugnazione (11), ha accolto le istanze dei ricorrenti principali riformando la pronuncia di primo grado.

La giurisprudenza CIF e l'abuso di diritto

La società Coop Estense ha realizzato varie condotte considerate abusive.

Nel caso di Modena è stata considerata abusiva la combinazione di due comportamenti: l'acquisto a un prezzo esorbitante di un terreno, situato nello stesso comparto del fondo appartenente alla società Esselunga, e il seguente utilizzo, a fini anticoncorrenziali, dei diritti derivati dall'acquisto.

La Coop avrebbe deciso di acquistare quel particolare terreno al solo fine di inserirsi nell'intesa attuativa e opporsi al progetto di pianificazione di

comparto già avviato, impedendo alla società concorrente di edificare in quella zona (12).

Nel caso di Vignola la condotta abusiva è consistita invece nell'invio di una lettera al Comune, recante la proposta di una diversa variante al piano, la quale ritardava le speranze edificatorie di Esselunga.

Il primo interrogativo da porsi è se la fattispecie in esame sia riconducibile alla c.d. giurisprudenza CIF (Consorzio Industrie Fiammiferi) (13).

Nella succitata vicenda i giudici amministrativi italiani, in sede di controllo di una decisione *antitrust*, avevano deciso di effettuare rinvio pregiudiziale presso la Corte di giustizia europea (14).

Il quesito riguardava la sanzionabilità delle imprese che avevano posto in essere condotte anticoncorrenziali laddove però, gli stessi comportamenti, avevano copertura normativa.

La Corte ha operato una distinzione fra condotte imposte e quelle semplicemente agevolate.

Con riferimento alle prime, la Corte ha chiarito che la sanzionabilità dipende da un criterio temporale a salvaguardia del principio di certezza del diritto: quando la legge nazionale imponga alle imprese di adottare determinati comportamenti anticoncorrenziali, l'autorità, pur essendo tenuta a disapplicare la legge nazionale contraria al diritto europeo, non potrà imporre sanzioni per un comportamento pregresso.

Viceversa, discostandosi dalle osservazioni dell'Avvocato generale (15), la Corte ha affermato che sono suscettibili di sanzione i medesimi com-

(11) Ai sensi degli artt. 39 del codice del processo amministrativo e 335 del codice di procedura civile il giudice riunisce i giudizi, trattandosi di appelli avverso la medesima sentenza.

(12) La normativa urbanistica, contenuta nella l. n. 1150 del 1942 così come modificata dalla l. n. 457 del 1978, prevede, in tema di piani attuativi su iniziativa dei privati (nel caso in oggetto si trattava di un Piano di riqualificazione urbana), un accordo fra tutti i proprietari del comparto per raggiungere le decisioni in merito alla pianificazione dell'area.

(13) Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, 9 settembre 2003, causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c/ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*. La sentenza della Corte di giustizia è stata anche la prima pronuncia adottata a seguito di un rinvio pregiudiziale in materia di concorrenza. L'orientamento espresso dalla Corte di giustizia in questa pronuncia è stato poi seguito dall'Agcm nella sua prassi e avallata dalla giurisprudenza amministrativa. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2005, n. 1387, caso *Test diagnostici per il diabete*; Agcm, provvedimento *Posta elettronica ibrida*, 29 marzo 2006, in Boll. n. 13/2006; Cons. Stato, Sez. VI, n. 6469/2007, caso *Lottomatica/Sisal*; Cons. Stato, Sez. IV, 20 maggio 2011, n. 3011, caso *COBAT*. B. Cfr. P. Cassinis, *La sentenza della Corte sul caso del "Consorzio industrie fiammiferi" (CIF): prevalenza del diritto comunitario e tutela della concorrenza in contesti regolamentati*, in *Foro amm. CDS*, fasc. 2, 2004.

B. Calabrese, *Sull'applicabilità della disciplina antitrust agli organismi di diritto pubblico*, *Giur. comm.* fasc. 3, 2012; F. Goisis, *Il potere di iniziativa dell'autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 2-bis l. n. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, fasc.2, 2013; P. Fattori - M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010.

(14) La vicenda trae origine nel 1997, anno in cui un'azienda tedesca produttrice di fiammiferi ha segnalato all'autorità nazionale della concorrenza la difficoltà a inserirsi nel mercato italiano della distribuzione dei fiammiferi. In base all'istruttoria, l'autorità ha appurato che tale situazione era generata da un sistema basato su forti poteri riconosciuti al Consorzio Industrie Fiammiferi e ai rapporti fra il medesimo e il CONAEDI, un secondo consorzio che raggruppava le imprese distributrici dei generi di monopolio. L'autorità ha ravvisato che la normativa era in contrasto con l'art. 81.1 Ce. Tale provvedimento sfavorevole è divenuto così oggetto di ricorso da parte del CIF al Tar, il quale ha operato ricorso pregiudiziale presso la Corte di giustizia dell'Unione europea. L.F. Pace, *In tema di norme nazionali illegittime per violazione del combinato disposto degli artt. 10 e 81 TCE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 2-3, 2002.

(15) L'Avvocato generale G. Jacobs, nelle sue conclusioni del 30 gennaio 2003, ha escluso la sanzionabilità per le condotte successive alla scelta di disapplicazione da parte dell'autorità.

portamenti anticoncorrenziali se successivi alla disapplicazione delle norme interne incompatibili.

Diversamente, nel caso di norme nazionali agevolatrici di comportamenti anticoncorrenziali da parte delle imprese, la Corte ha sancito l'applicazione diretta degli artt. 81 e 82 Ce (attuali artt. 101 e 102 Tfu), e di conseguenza la sanzionabilità non solo per i comportamenti successivi ma anche per quelli anteriori alla disapplicazione (16).

Il caso CIF ha dato origine a una giurisprudenza volta a escludere le sanzioni *antitrust* tutte quelle volte in cui i comportamenti anticoncorrenziali siano imposti da una normativa nazionale (il principio della c.d. *State action defence*) (17).

Nella pronuncia in commento i comportamenti posti in essere sono ammessi da una specifica normativa ma, diversamente dal caso CIF, non imposti.

La normativa urbanistica ammette le condotte ritenute abusive, ma non le impone né le facilita. Pertanto, al caso in oggetto, non è possibile applicare la giurisprudenza CIF per escludere le sanzioni.

Ciò chiarito, occorre accertare se gli stessi comportamenti possano configurarsi come una fattispecie di abuso di diritto (18).

Il richiamo al tema dell'abuso di diritto è giustificato poiché la Coop Estense, attraverso l'utilizzo delle facoltà concesse dalla normativa di settore, ha realizzato un fine diverso e ulteriore rispetto a quello previsto dalla legge (19).

Il diritto di cui si presume l'abuso è costituito da una serie di facoltà concesse dalla disciplina urbanistica ai soggetti proprietari.

Per risolvere tale questione, l'indagine del Consiglio di Stato ha dovuto far luce su due elementi: la mancanza di utilità dell'atto per l'impresa e il fine esclusivo di realizzare un danno al terzo.

Gli orientamenti della scienza giuridica e della giurisprudenza inquadrano la questione dell'individuazione del fine illecito nell'abuso di diritto su parametri quantitativi (20).

Sarebbe configurabile un abuso di diritto ogni qual volta il vantaggio che il titolare trae dal compimento dell'atto è nettamente inferiore al pregiudizio subito dal terzo.

A riguardo è utile richiamare la giurisprudenza del Consiglio di Stato nel recente caso *Pfizer* (21).

La vicenda ha riguardato la Pfizer Italia s.r.l., una società operante nel settore farmaceutico, la quale, secondo l'Agcm, avrebbe commesso una serie di condotte che, combinate fra loro, davano vita ad un abuso di posizione dominante (22). Il

(16) Nel decidere il caso di specie, la Corte di giustizia ha osservato che bisognava distinguere se la normativa nazionale lasciasse o meno dei margini di sussistenza di comportamenti autonomi delle imprese, all'interno dei quali rintracciare poi gli eventuali comportamenti anticoncorrenziali. La Corte ha interpretato restrittivamente lo *State action defence*, e ha affermato che nel caso CIF sussisteva un margine di autonomia delle imprese nel determinare le proprie condotte, pur rimanendo in un contesto concorrenziale fortemente limitato dalle normative nazionali.

(17) La prima formulazione della *State action doctrine* si è avuta nel celebre caso *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943). In quell'occasione oggetto di esame è stata una legge californiana che limitava la produzione di uva mediante un meccanismo di ripartizione delle quote determinato dai produttori. Chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità di detta regolazione con la normativa *antitrust* federale, la Corte ha dato una risposta negativa, affermando che il diritto federale si applica alle imprese e non agli Stati. I giudici supremi hanno negato cioè che la legge californiana ostacolasse con l'applicazione dello *Sherman Act*; questo poiché tale normativa non faceva venir meno il potere di regolazione degli Stati e la legge federale doveva applicarsi solo nei casi in cui era coinvolto il commercio interstatale. Cfr. A. Argentati, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, 2009.

(18) In termini giuridici l'abuso è l'uso di un diritto o di un potere oltre i limiti stabiliti dalla legge. In generale quando si parla di diritti soggettivi abbiamo una facoltà concessa ad un soggetto, un *agere licere* che l'ordinamento gli riconosce per il soddisfacimento di un interesse ritenuto meritevole di tutela. Ma tale libertà non deve scadere in arbitrio, ed è proprio lungo il crinale del discrimine fra libertà e arbitrio, che si colloca il problema dell'abuso, inteso come abuso di un diritto. I. Kant,

Metafisica dei costumi, Torino, 1956, definisce il diritto come "l'insieme delle condizioni per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi all'arbitrio dell'altro secondo una legge universale di libertà".

M. Vietti - G. Tasca, *Abuso di diritto e di potere*, Roma, Luiss University Press, 2012.

(19) P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998; C. Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007.

(20) Date le insormontabili difficoltà probatorie cui le teorie soggettive dell'abuso di diritto sono andate incontro, hanno riscontrato sempre più successo le teorie oggettive, e fra queste in particolar modo quella che configura l'elemento oggettivo come una sproporzione fra il pregiudizio altrui e l'utilità del soggetto titolare. R. Garofoli, *Manuale di diritto civile*, Roma, Nel Diritto Editore, 2013. L. Nanni, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contr. impr.* del 1994, afferma che l'abuso del diritto rappresenta una concreta violazione del bilanciamento tra opposti interessi soggettivi, una violazione di quelli che sono i canoni generali di giustizia sostanziale di un ordinamento.

F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Roma, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013; F. Di Marzio, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, in *Riv. dir. civ.* 2006.

(21) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 693.

(22) L'Agcm ha ritenuto che i comportamenti attuati dalla *Pfizer* erano frutto una strategia volta a ritardare l'ingresso sul mercato delle specialità medicinali equivalenti a un farmaco prodotto dalla stessa società: lo *Xalatan*. La condotta anticoncorrenziale in questione era composta da una serie di comportamenti quali: la richiesta di brevetto divisionale e del relativo certificato di protezione complementare sul medesimo principio attivo già tutelato; la mancata commercializzazione dopo

Consiglio di Stato, riformando la sentenza di primo grado, ha accolto la ricostruzione compiuta dall'autorità.

In particolare la società avrebbe realizzato alcuni comportamenti privi di utilità concreta, al solo fine di restringere la possibilità per i concorrenti di competere efficacemente sul mercato.

I giudici hanno rilevato una sproporzione ingiustificata, derivante dalle condotte, tra il beneficio ottenuto dal titolare del diritto e il sacrificio sopportato dalla controparte (23).

Occorre dunque verificare se il Consiglio di Stato, nel caso oggetto della pronuncia in commento, è riuscito ad accertare la sproporzione, in che modo ha individuato il fine dell'impresa ed è giunto a qualificarlo come illecito.

Secondo i giudici amministrativi "la strumentalità e la emulatività dei comportamenti" è evidenziata dalle circostanze fattuali.

Nel caso di Modena l'acquisto antieconomico del terreno limitrofo, in astratto, non potrebbe da solo costituire un abuso, ma è invece la connessione tra i fatti concreti che lo dimostrerebbe.

L'acquisto a un prezzo fuori mercato, il mancato utilizzo di quel fondo e il repentino esercizio dei diritti urbanistici in senso contrario all'edificazione,

confermerebbero la sproporzione e il fine illecito delle condotte.

Nel caso di Vignola, allo stesso modo, l'esercizio di una proposta alternativa al piano in approvazione non potrebbe costituire di per sé un abuso, ma gli effetti che essa ha indotto, ovvero la sospensione definitiva dell'approvazione, la tempistica e il sostanziale disinteresse successivo per la pianificazione attuativa, dimostrerebbero l'intento abusivo.

La Coop Estense non avrebbe tratto alcun beneficio dalle sue condotte e avrebbe invece provocato esclusivamente un danno a un altro soggetto diretto concorrente (24).

Su questa base il Consiglio di Stato è arrivato a rintracciare un abuso di diritto, meglio identificato come abuso di posizione dominante.

L'abuso di diritto (25) consiste infatti in un uso anomalo di un potere concesso dall'ordinamento, uno sconfinamento di quell'agere consentito, laddove l'esercizio di tale facoltà non produce alcun vantaggio per il suo titolare, risolvendosi invece in un mero nocimento per un altro soggetto (26).

Queste considerazioni servono a ricostruire i rapporti che intercorrono fra i due tipi di abuso.

la ricezione del brevetto di alcuna specialità farmaceutica diversa da quella già sul mercato; l'aver generato una situazione di incertezza nel mercato dei farmaci equivalenti allo *Xalatan* attraverso l'invio di varie diffide ai concorrenti e l'intervento presso l'AIFA per impedire l'inserimento dei genericisti nella lista di trasparenza; la successiva richiesta per l'estensione pediatrica.

(23) Il Consiglio di Stato ha affermato apertamente che il comportamento imputato alla società *Pfizer* non è altro che una specificazione della più ampia categoria dell'abuso di diritto, il cui presupposto è proprio l'esercizio in maniera sproporzionata di un diritto autorizzato dalla legge. L'abuso di diritto comporterebbe l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi diversi e ulteriori rispetto a quelli delineati dal legislatore. Cfr. punto 5, Cons. St., Sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 693.

(24) Il riferimento è al punto 3 della sentenza in commento.

(25) Quando si parla di abuso di diritto sorge spontaneo interrogarsi sul fondamento che ha nel nostro ordinamento.

Una tale figura, a differenza di altre esperienze europee come quella spagnola, olandese e svizzera, non trova alcuna cittadinanza espressa nel nostro codice civile, nonostante il progetto di codice italo-francese la prevedeva. Proprio questa mancanza ha dato adito nel tempo a due distinte opinioni circa il suo fondamento giuridico: da una parte le più risalenti tradizioni, riconducibili a studiosi come M. Rotondi e L. Barassi, inclini a escludere la qualificazione giuridica di tale istituto. Addirittura nella dottrina francese M. Planiol, e di seguito in Italia il celebre F. Santoro Passarelli, hanno parlato di tale figura quasi come una contraddizione in termini, uno stesso atto non può essere contemporaneamente conforme e contrario al diritto che lo autorizza (*Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1923). Dall'altra, i più recenti orientamenti sono favorevoli ad un suo riconoscimento, ricordiamo oltre alle svariate pronunce giurisprudenziali, anche l'opinione espressa da U. Natoli, *Note pre-*

liminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958. Secondo questo nuovo filone la lacuna sarebbe semplicemente riconducibile alla scelta da parte dell'ordinamento di non regolare in via generale l'esercizio dei diritti, ma di preferire la distinzione fra diverse categorie di diritti e di dettare per ciascuna di esse discipline specifiche. C. Restivo, *Contributo ad una teoria dell'abuso di diritto*, Milano, 2007; R. Garofoli, *Manuale di diritto civile*, Roma, Nel Diritto, 2013; V. Velluzzi, *L'abuso del diritto, Teoria, storia e ambiti disciplinari*, Bologna, 2012. Inoltre le più recenti teorizzazioni tendono a ricollegare l'abuso del diritto al canone della solidarietà, espresso negli articoli 41 e 42 della Costituzione, e a considerarlo come una clausola generale implicita del nostro ordinamento. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013; F. Di Marzio, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004. Cfr. sentenze Cass, Civ. 7 marzo 1986, n. 1509; 20 aprile 1994, n. 3775; 26 ottobre 1995, n. 11151; 15 novembre 2007, n. 23726. La nozione di abuso del diritto è stata utilizzata anche dalla giurisprudenza comunitaria, inizialmente in riferimento all'IVA; poi, questa figura ha iniziato a prendere forma in molte ipotesi, come l'abuso di dipendenza economica e l'abuso di posizione dominante. P. Fabbio, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006.

(26) Riguardo alla struttura dell'illecito si possono rintracciare tre elementi: il compimento di un atto; la mancanza di utilità di tale atto per il soggetto; lo scopo di arrecare danno o molestia ad un terzo. Il più delicato è quest'ultimo, cioè l'*animus nocendi*, poiché secondo alcuni autori esso consisterebbe in un vero e proprio elemento soggettivo da dover dimostrare; secondo altri invece si dovrebbe guardare esclusivamente al risultato, quindi resterebbe un elemento oggettivo; per altri ancora si dovrebbe misurare confrontando il vantaggio che scaturisce dall'atto per il primo soggetto con il detrimento che invece ne scaturisce per il secondo. Cfr. M. Messina, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2003.

L'abuso di diritto è una figura che, se pur problematica (27), ha valenza generale e molteplici applicazioni: l'art. 833 c.c. in tema di atti emulativi, gli artt. 1175 e 1375 c.c. in tema di buona fede contrattuale, l'art. 9 della l. n. 192 del 1998 riguardo all'abuso di dipendenza economica e appunto l'art. 102 Tfu che disciplina l'abuso di posizione dominante.

L'abuso di posizione dominante è una specie del più ampio genere dell'abuso di diritto; una specie connotata però da elementi specifici e ulteriori (28).

L'individuazione dell'abuso di posizione dominante

Il Consiglio di Stato, per dimostrare l'abusività delle condotte, ha utilizzato tre argomenti: la non essenzialità del nesso causale tra condotta ed evento dannoso, il regime di speciale responsabilità che

grava sull'impresa in posizione dominante e l'indagine sull'intento illecito.

L'analisi svolta sui fattori strutturali, quali le quote di mercato (29), le barriere amministrative (30), la reputazione e la presenza storica della Coop stessa in quel territorio (31), ha dimostrato che tale società detiene effettivamente una posizione di dominio sul mercato rilevante (32).

Compiuta tale verifica, si passa alla qualificazione dell'abuso (33). Le norme, come noto, non vietano il raggiungimento in sé di una posizione dominante sul mercato, bensì il suo sfruttamento abusivo (34).

L'art. 102 Tfu che vieta appunto lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato, non fornisce tuttavia alcuna indicazione espressa circa i requisiti per considerare abusivo un comportamento realizzato da un'impresa in posizione dominante (35), detta

(27) Già M. Planiol agli albori della configurazione dell'abuso di diritto parlava di contraddizione in termini. La tematica dell'abuso è stata ed è tutt'ora dibattuta in dottrina e giurisprudenza dato il complesso rapporto fra libertà e liceità. In particolare ci si è chiesti se anche nei rapporti privati può sopravvivere un interesse pubblico, com'è stato affermato in forza del principio solidaristico espresso in Costituzione. In realtà sostenere una tale cosa minerebbe alle basi del diritto che regola le relazioni fra i privati. Se la legge attribuisce un diritto, il soggetto titolare può utilizzarlo finché non invada la libertà dell'altro, imporre un limite al suo esercizio, configurare un abuso potrebbe limitare un altro valore fondamentale come la libertà personale.

(28) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 693. Come nel caso *Pfizer e AstraZeneca*, anche qui sono stati realizzati dei comportamenti ostruzionistici al solo fine di eliminare o ridurre la concorrenza sul mercato rilevante. L'accertamento dell'Agcm prima, e giurisdizionale poi, ha messo in luce come dalle accertate finalità illecite e dalle circostanze fattuali è emersa "l'emulatività" dei comportamenti, tali da integrare un abuso di diritto. Problema successivo sarà capire in base a quali elementi può configurarsi invece l'abuso di posizione dominante, *species* dell'abuso di diritto.

(29) Il Collegio, specificando la posizione espressa in merito dalla Commissione Europea, ha chiarito che il solo esercizio del 40% di quote non comporta di per sé la posizione dominante, ma è altrettanto vero che anche al di sotto di tale soglia le imprese possono essere in grado di limitare in modo effettivo il comportamento di una concorrente. Inoltre sarebbe rilevante anche l'entità del fattore temporale durante il quale la quota è stata detenuta.

(30) Le barriere amministrative sono un particolare tipo di barriere all'entrata. Si possono definire barriere all'entrata tutti quegli ostacoli di varia natura che rendono difficile, o impossibile, l'ingresso di nuove imprese sul mercato. Le barriere amministrative sono un tipo di barriera all'entrata per cui il soggetto pubblico impone all'operatore privato entrante particolari condizioni per ricevere autorizzazioni, licenze o concessioni per lo svolgimento di quelle particolari attività.

(31) Dalla verifica svolta è risultato che la posizione di Coop Estense, non solo si è conservata negli anni, ma addirittura è cresciuta di ben quattro volte nell'ultimo arco temporale di riferimento.

(32) Confermando l'analisi svolta dall'Agcm e successivamente dai giudici di prime cure.

(33) La nozione di abuso di posizione dominante è contenuta nell'art. 102 Tfu e nell'art. 3 della l. n. 287 del 1990. Nessuna di esse però contiene una definizione, ma a colmare tale vuoto ha provveduto la giurisprudenza comunitaria. I giudici comunitari ormai pacificamente affermano che "l'abuso di posizione dominante corrisponde ad una potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti, ed in ultima analisi dei consumatori". La pronuncia *United Brands* del 1978 è stata la prima in cui la Corte di giustizia si è cimentata nel dare una definizione di abuso di posizione dominante. Il caso concreto aveva riguardato la domanda di annullamento di una decisione della Commissione, la quale constatava la violazione dell'art.86 del Trattato CEE (attuale 102 Tfu) nel settore della vendita delle banane prodotte e importate dalle ricorrenti. Delo stesso avviso Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-322/81, caso *Michelin c. Comm.* del 1983; Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-85/76, caso *Hoffman-La Roche*, del 1978 in tema di prodotti farmaceutici. Cfr. Enciclopedia del diritto, voce "Abuso di posizione dominante" di C. Osti, Annali V, 2012. Cfr. Tar Umbria, Perugia, Sez. I, 5 giugno 2013, n. 325; Cons. St., Sez. VI, 29 gennaio 2013 n. 548.

(34) Cfr. G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2006; S. Bastianon, *Gli orientamenti sulle priorità della commissione nell'applicazione dell'art. 82 CE alle pratiche escludenti*, in *Dir. comm. internaz.*, fasc.1, 2009. Le esigenze di una tutela della concorrenza come situazione di mercato risalgono in altri ordinamenti ad epoche assai lontane, si ricorda lo *Sherman Act* statunitense del 1890 e il *Clayton Act* del 1914. In Italia ha trovato il suo primo riconoscimento nella l. n. 287 del 1990. Le tre figure particolari richiamate dalla legge nazionale e dalla normativa europea sono rispettivamente: le intese restrittive della concorrenza, l'abuso di posizione dominante e le concentrazioni. Cfr. F. Menabrin, *L'abuso di posizione dominante nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, 2004.

(35) Il problema sta dunque nel rintracciare l'abusività dello sfruttamento della posizione dominante sul mercato.

Molti autori si sono cimentati nella definizione, per citarne qualcuno: A. Tizzano nel 1988 definiva l'abuso come «il comportamento che si ponga oggettivamente in contrasto con i fini del Trattato»; M. Siragusa nel 1993 «ciò che qualifica oggettivamente l'abuso è la mancanza di giustificazione econo-

soltanto un elenco esemplificativo di condotte abusive (36).

Uno degli aspetti maggiormente controversi ha riguardato la necessità o meno dell'esistenza di un collegamento causale fra la condotta abusiva e la posizione dominante.

Se un tale collegamento fosse requisito essenziale per la configurazione dell'illecito, nel caso di specie sarebbe difficile affermare che la Coop Estense avrebbe fatto leva sulla sua posizione dominante per escludere la concorrente.

È ormai pacifico però ritenere che, alla luce delle indicazioni dettate dalla giurisprudenza comunitaria (37), per configurare un abuso di posizione dominante non sia necessaria la sussistenza di un rapporto di causa-effetto tra la posizione stessa e il suo sfruttamento abusivo.

Secondo il giudice comunitario un'impresa in posizione dominante incorrerà nel divieto sancito dalla norma anche quando non si avvalga della propria potenza economica per portare a compimento l'abuso (38).

Ciò che rileva non è quindi la connessione fra il diritto e la posizione dominante, bensì le modalità concrete con cui l'impresa lo ha esercitato, con l'unico scopo di escludere o rendere più difficoltoso l'ingresso nel mercato della società concorrente.

mica del comportamento tenuto dall'impresa» ; S. Bastianon nel 2001 «abusivo è ogni comportamento atto ad influire sulla struttura del mercato in cui detta impresa opera con l'effetto di frapporre ostacolo al mantenimento del livello di concorrenza esistente ovvero allo sviluppo di siffatta concorrenza». Il problema, se non risolto, sembra mitigato dalle pronunce della Corte di giustizia che hanno definito in termini abbastanza puntuali l'abusività del comportamento, a tal proposito vedi nota 33. Cfr. F. Menabrin, *L'abuso di posizione dominante nella giurisprudenza comunitaria*, Torino, 2004.

(36) Gli esempi tipici di pratiche scorrette che rientrano nel novero dell'abuso di posizione dominante sono: prezzi predatori, condizioni non eque, rifiuto a contrarre, comportamenti discriminatori, pratiche di gemellaggio, sconti fedeltà e quantitativi, ecc. Cfr. S. Bastianon, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001.

(37) Cfr. La Corte di Giustizia, nella pronuncia 21 febbraio 1973, causa n. 6/72, caso *Continental Can*, ha affermato che «il problema (...) del nesso di causalità che dovrebbe esistere (...) tra la posizione dominante ed il suo sfruttamento abusivo è irrilevante: il rafforzamento della posizione occupata dall'impresa può essere abusivo e vietato dall'art. 82 del Trattato, indipendentemente dai mezzi utilizzati a tal fine».

(38) Secondo parte della dottrina, muovendo da un'analisi della giurisprudenza comunitaria, si perverrebbe a concludere che l'art. 82 CE (attuale 102 Tfu) non presuppone necessariamente la sussistenza di un rapporto di causalità fra posizione dominante ed il suo sfruttamento abusivo. Altra parte della dottrina ritiene invece che il presupposto per l'applicazione del divieto non si sostanzia nell'adozione di un comportamento abusivo posto in essere da un'impresa in posizione di dominio, ma sarebbe da ricondurre all'effetto che da tale comportamen-

Secondo quale ragionamento però i giudici hanno reputato abusive le condotte in questione, qual è l'elemento decisivo in base al quale hanno ravvisato l'esistenza dell'abuso di posizione dominante?

Dalle circostanze fattuali e dalle comprovate finalità illecite deriverebbe la realizzazione di un abuso di diritto, ma per configurare la particolare specie di abuso di posizione dominante si è dovuto far leva sul principio consolidato nella prassi e nella giurisprudenza comunitaria della speciale responsabilità che grava sull'impresa dominante (39).

In forza di tale principio, i giudici hanno valutato le condotte poste in essere dall'impresa all'interno di un particolare contesto in cui le condizioni di concorrenza erano già alterate in ragione della particolare posizione di forza economica dell'impresa dominante.

A conferma di ciò, il Consiglio di Stato ha affermato che gli stessi comportamenti, attuati da un soggetto sprovvisto di posizione dominante, sarebbero stati perfettamente leciti (40).

L'impresa che abbia raggiunto una posizione dominante sul mercato è soggetta a specifici obblighi che, da un lato, le impediscono di adottare comportamenti generalmente consentiti in un mercato libero e, dall'altro, le impongono scelte atte a favorire lo sviluppo di una concorrenza laddove essa non c'è più o è entrata in grave difficoltà (41).

to derivi a prescindere dalla posizione detenuta dal soggetto che pone in essere l'abuso. Cfr. S. Bastianon, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001; M. Waelbroeck - A. Frignani, *European competition law*, Martinus Nijhoff, 1999.

(39) Il Consiglio di Stato ha aderito al principale argomento dell'Agcm nel suo ricorso in appello. L'autorità ha sostenuto l'erroneità della sentenza di primo grado data dal fatto che non è stata considerata la speciale responsabilità che incombe sulle imprese in posizione dominante. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 13 settembre 2012, n. 4873, 20 dicembre 2010, n. 9306; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 16 novembre 2006, n.12517. La speciale responsabilità che grava su questi soggetti impone infatti di astenersi dal porre in essere condotte che siano funzionali a: annullare il residuale grado di concorrenza sul mercato; realizzare un piano di aggressione o estromissione dei concorrenti e a rafforzare la propria *leadership* sul mercato rilevante. Cfr. V. Falce, *Abusi di posizione dominante*, in *Concorrenza e mercato*, fasc. 1, 2006.

(40) Nel senso che non sarebbe stato possibile configurare un abuso di posizione dominante. Il limite fra uso e abuso della posizione dominante va individuato in concreto, facendo ricorso al principio generale di proporzionalità. In base a tale principio saranno da considerare abusivi tutti quei comportamenti posti in essere dall'impresa dominante che siano assolutamente sproporzionati rispetto agli obiettivi perseguiti dall'impresa e comunque rispetto alla normale attività commerciale. M. Cassottana - A. Nuzzo, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006.

(41) Nel provvedimento n. 23639 Agcm, l'autorità ha deliberato non solo che la società doveva astenersi dall'esercitare il proprio potere di veto sulle scelte edificatorie, ma doveva anche impegnarsi promuovendo una collaborazione volta alla

Il Consiglio di Stato ha dichiarato che, nel caso in oggetto, la speciale responsabilità per l'impresa consisteva nel dover prendere atto delle previsioni urbanistiche locali e nel non interferirvi, lasciando un possibile spazio materiale per l'insediamento dei concorrenti eventuali (42).

Le condotte attuate dalla Coop sono andate invece oltre la semplice cura dell'impresa, e non hanno avuto altra ragione pratica che impedire l'ingresso in quel mercato di un serio concorrente.

L'abusività dei comportamenti risulterebbe dunque dalla combinazione fra le accertate finalità illecite e gli obblighi imposti dal regime di speciale responsabilità.

Occorre chiedersi a questo punto se l'applicazione della speciale responsabilità possa compromettere la parità fra i soggetti operanti in uno stesso mercato, concedendo alle imprese dominanti diritti minori rispetto alle altre imprese.

In alcune rilevanti pronunce, il giudice comunitario ha affermato che, lungi dal penalizzare un'impresa per la sola posizione di dominio, il regime di speciale responsabilità impone alle stesse un duplice ordine di regole: quelle che valgono per tutte le imprese operanti nel mercato e quelle che valgono solo per imprese dominanti (43).

Si può quindi affermare che le imprese che godono di una particolare forza sul mercato non hanno meno diritti rispetto alle altre imprese, tuttavia sono soggette a più doveri.

Questa impostazione eterogenea di regimi giuridici per le diverse imprese non favorisce la certezza del diritto ma tende, d'alto canto, a realizzare l'obiettivo finale di tutela dell'equilibrio concorrenziale; equilibrio che altrimenti potrebbe essere falsato per il solo fatto che nel mercato opera, senza specifici obblighi, un'impresa in posizione dominante.

formulazione di un piano attuativo che consentisse il recupero e la riqualificazione urbana del comparto. Cfr. Tar Lazio, Roma, Sez. I, 11 dicembre 2000, n. 11485; Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2002, n. 4001; Cons. Stato, sez. VI, 18 luglio 2014, n. 3849.

(42) Una tale imposizione ha creato dei problemi al livello di legittimità del provvedimento sanzionatorio, soprattutto in termini di proporzionalità, di ciò si parlerà nei seguenti paragrafi, vedi nota 54.

(43) Cfr. Tribunale dell'Unione europea, sez.V, causa T-340/03, 30 dicembre 2007, n. 340; Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. I, causa C-52/09, 17 febbraio 2011, n. 52.

(44) Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, C-457/10, 6 dicembre 2012, caso *AstraZeneca*; Cons. Stato, sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 693, caso *Pfizer*.

(45) La connotazione esclusivamente oggettiva dell'abuso è stata da tempo affermata dalla giurisprudenza comunitaria.

Le suddette conclusioni portano a sviluppare una riflessione finale circa i rapporti fra la disciplina *antitrust* e gli altri settori dell'ordinamento.

Il diritto *antitrust*, essendo un diritto trasversale, potrebbe prevalere su altri diritti?

Il Consiglio di Stato, nel caso in oggetto, richiamando la giurisprudenza comunitaria e nazionale (44), ha affermato che è qualificabile come abusivo un comportamento *ex art. 102 TFUE* a prescindere dalla sua conformità ad altre normative, anche perché gran parte degli abusi si manifestano attraverso comportamenti leciti alla luce di altri settori dell'ordinamento, diversi dal diritto della concorrenza.

Il diritto *antitrust* dunque è un diritto speciale che tende a prevalere sugli altri diritti, ma si tratta di una prevalenza relativa e funzionale rispetto agli obiettivi fissati dal Trattato.

La rilevanza del nesso causale e la questione del danno

La nozione di abuso di posizione dominante ha contenuto esclusivamente oggettivo, con la conseguenza che per accertare l'esistenza di un comportamento abusivo non è richiesta la sussistenza, in capo all'impresa, di una condotta soggettivamente rimproverabile (45).

Assumono rilevanza determinante gli elementi oggettivi dell'illecito: condotta, nesso causale ed evento dannoso.

Della condotta si è ampiamente trattato. Occorre quindi soffermarsi sugli altri due aspetti.

Nel giudizio di primo grado il Tribunale amministrativo, in accordo con la linea difensiva espressa dalla Coop, ha affermato che, non avendo l'Agcm fornito una completa dimostrazione riguardo al nesso di causalità fra condotta ed evento, ed essendo il nesso stesso un elemento essenziale della

A titolo di esempio: Corte di giustizia, causa C-6/72, 21 febbraio 1973, caso *Continental Can*, («il rafforzamento della posizione dominante su un determinato mercato, idonea a svantaggiare il consumatore, integra un abuso a prescindere dalla colpa»), Corte di giustizia, causa C-85/76, 23 maggio 1978, caso *Hoffmann - La Roche c. Commissione* (sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva»). Strettamente connesso è il problema della rilevanza dello scopo perseguito dall'impresa dominante. A prima vista si potrebbe affermare che il perseguimento di uno scopo legittimo esclude in radice la condotta abusiva, in realtà così non è, poiché anche se il disegno dell'imprenditore dominante non è quello di escludere un concorrente, ma la conseguenza pratica dei suoi comportamenti va in quel senso, l'abuso di posizione dominante è comunque perpetrato. Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-62/86, 03 luglio 1991, n. 3456, caso *Akzo c. Commissione*.

fattispecie di abuso, il provvedimento dell'autorità doveva essere annullato.

In particolare il nesso causale si sarebbe interrotto per ben due volte. Nel caso di Modena la mancata approvazione del piano particolareggiato non è stata dovuta alla sola opposizione della Coop ma ad altre circostanze, quali il parere negativo della Asl/Arpa e il mancato adeguamento del piano al parere della Commissione Edilizia, come già confermato in una precedente pronuncia (46).

Riguardo alla vicenda di Vignola è stata chiaramente prevista dalle norme urbanistiche la possibilità d'intervento dei terzi interessati nel procedimento; mancava dunque il nesso per ritenere abusivo il comportamento (47).

Il Consiglio di Stato ha espresso invece un'opinione differente in merito.

Secondo i supremi giudici amministrativi, l'illecito si sarebbe perfezionato già solo con la condotta anticoncorrenziale, non essendo necessario un nesso causale (48).

A suffragio di tale ricostruzione, i giudici hanno affermato che i comportamenti che integrano l'abuso di posizione dominante sono tali anche quando, per effetto della stessa posizione nel mercato, incidono sul livello della concorrenza non solo nell'impedirla ma anche nel tentare di impedirla.

In altri termini il Consiglio di Stato, traendo spunto dalla giurisprudenza comunitaria sul c.d. effetto potenziale, ha ritenuto che per integrare l'illecito di abuso di posizione dominante sia sufficiente la realizzazione di un effetto anche solo potenzialmente restrittivo, con conseguente irrilevanza del nesso causale (49).

I giudici hanno fatto espresso riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea nel caso *AstraZeneca*. Nella fattispecie richiamata, il soggetto imputato dell'illecito *antitrust* aveva fornito alle amministrazioni competenti dati falsi, al fine di mantenere indebitamente certificati protettivi complementari su alcuni farmaci generici (50).

(46) Nella pronuncia Tar Emilia Romagna, Bologna, n. 2280 del 2009, i giudici hanno respinto il ricorso proposto da Esselunga avverso la decisione negativa sul piano particolareggiato poiché erano presenti profili critici nel progetto.

Inoltre, la decisione negativa del Comune si fonderebbe su tre diversi elementi, di cui il mancato accordo tra le parti costituisce un solo punto, e nessun rilievo assumerebbe la mera dichiarazione dei rappresentanti del Comune di aver interesse allo sviluppo dell'area, atteso che la mancata approvazione del piano è stata adottata a tutela di interessi pubblici, come confermato dalla citata sentenza del Tar Emilia Romagna. In altre parole, poiché per l'Autorità l'unica ragione della mancata approvazione del piano in parola sarebbe il mancato accordo tra proprietari, verrebbe del tutto ignorata sia la discrezionalità dell'amministrazione comunale nella materia, sia le circostanze che il piano non avrebbe comunque potuto essere approvato per altre ragioni e che l'accordo tra i proprietari era condizione sufficiente solo per la definizione del piano e non per la sua approvazione. La difesa della Coop e i giudici di prime cure non hanno configurato i comportamenti realizzati come un vero e proprio veto nei confronti dei programmi della società rivale.

(47) Ha affermato la ricorrente Coop che era assolutamente prevedibile che il procedimento urbanistico si arricchisse dell'intervento di terzi, secondo il principio della concorsualità che vige in materia.

(48) Il Consiglio di Stato al punto 3 della sentenza in commento ha dichiarato: «L'illecito si perfeziona con la condotta anticoncorrenziale, purché di suo idonea a turbare il suo funzionamento corretto e in esso la libertà stessa del mercato».. In un secondo e più significativo passaggio continua: «Tanto è sufficiente concretare l'illecito in parola, [...], da considerare come illecito di mera condotta. Non è dunque necessario procedere all'indagine, [...], della sussistenza del nesso di causalità rispetto all'effetto di esclusione di Esselunga da quel mercato rilevante».

(49) Gli orientamenti comunitari sono stati altalenanti, ad es. la Commissione nella Decisione 20 luglio 1999, *COMP/36.888*, afferma: «l'applicazione dell'art. 82, pur esigendo spesso una valutazione degli effetti del comportamento dell'impresa su un dato mercato, non può essere esclusa nell'ipotesi in cui tali effetti non sussistano. [...] l'art. 82 può esse-

re applicato a situazioni in cui il comportamento di un'impresa dominante danneggia direttamente i consumatori pur non esplicando effetti sulla concorrenza». Il concetto è stato ribadito anche in due importanti sentenze più recenti del Tribunale di primo grado, 17 dicembre 2003, causa T-219/99, caso *British Airways c. Commissione* e 30 settembre 2003, causa T-203/01, caso *Manufacture Française des Pneumatiques*. La giurisprudenza è ormai pacifica nell'affermare ai fini dell'abuso la potenzialità dell'evento dannoso. Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-457/10, 6 dicembre 2012, caso *AstraZeneca*; Tribunale dell'Unione europea, causa T-336/07, 29 marzo 2012, caso *Telefonica*, 30 settembre 2003, causa T-203/01, caso *Michelin*; Corte di giustizia dell'Unione europea, 17 febbraio 2011, causa C-52/09; Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2011 n. 2925; Tar Lazio, Roma, Sez. I, 21 settembre 2009, n. 7433. Cfr. V. Capuano, *L'abuso di posizione dominante e proprietà intellettuale del diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2006.

(50) Con sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-457/10, 6 dicembre 2012, la Corte ha confermato la sentenza del Tribunale dell'Unione europea, condannando l'azienda farmaceutica AstraZeneca per abuso di posizione dominante nei confronti dei produttori di farmaci generici. La questione concerneva la commercializzazione di un farmaco di AstraZeneca, il cui principio attivo era protetto da brevetto. In particolare, la Corte ha accertato che AstraZeneca aveva comunicato agli uffici brevetti di alcuni Stati membri dichiarazioni deliberatamente ingannevoli, al fine di ottenere o mantenere indebitamente certificati protettivi complementari. Essa aveva inoltre chiesto la revoca delle autorizzazioni all'immissione in commercio del farmaco in questione in alcuni Stati membri al fine di ritardare e rendere più difficile la commercializzazione dei medicinali generici, nonché di impedire le importazioni parallele. La Corte di giustizia ha pertanto condannato la multinazionale per abuso di posizione dominante in quanto la stessa aveva tenuto un comportamento che aveva prodotto in concreto l'alterazione delle condizioni di mercato attraverso l'utilizzo di mezzi differenti da quelli propri di una concorrenza basata sul merito. Cfr. M. Colangelo, *Concorrenza e proprietà intellettuale in Europa dopo il caso AstraZeneca*, *Giur. comm.*, fasc. 4, 2013.

Da questa pronuncia può evincersi che, anche ove l'obiettivo restrittivo non sia stato raggiunto in concreto, ciò non è sufficiente a escludere la produzione di effetti anticoncorrenziali e di conseguenza la sanzionabilità.

Il Consiglio di Stato, a fronte di orientamenti oscillanti sul punto (51), ha scelto la tesi della non essenzialità del nesso, e di conseguenza non ha accertato il danno.

Tuttavia i giudici avrebbero potuto soffermarsi più a lungo sulle ragioni concrete che hanno giustificato l'irrilevanza dell'accertamento del nesso, andando oltre il mero richiamo alla giurisprudenza sul c.d. effetto potenziale.

Dall'entità del danno dovrebbe dipendere anche la severità delle sanzioni.

Il Consiglio di Stato ha confermato le sanzioni comminate dall'Autorità garante (52).

La società ricorrente ha contestato l'intero impianto sanzionatorio, ma il motivo più controverso che merita attenzione ha riguardato la diffida a carattere conformativo.

Imporre la cancellazione dei risultati anticoncorrenziali tramite l'obbligo a collaborare con la società terza, al fine di promuovere una nuova pianificazione che favorisca l'avvio di attività commerciali da parte del concorrente, costituisce una misura conformativa.

Una tale diffida, secondo l'impresa sanzionata, si risolverebbe in una misura dirigistica contrastante con l'autonomia d'impresa, priva di giustificazione e soprattutto sproporzionata rispetto al fine.

Nell'ordinamento nazionale l'Autorità garante della concorrenza e del mercato difetterebbe di un simile potere, senza considerare che la diffida sarebbe anche parzialmente rivolta ad un soggetto pubblico, quale il Comune di Modena, dotato di un potere discrezionale e non destinatario del provvedimento.

Dal canto suo il Consiglio di Stato ha rilevato viceversa che l'intero nucleo sanzionatorio si giustifica alla luce della gravità delle condotte realizzate, e che l'Autorità garante è legittimata ad imporre tali obblighi in forza del principio dell'effetto utile (53).

Queste motivazioni lasciano aperti alcuni dubbi, soprattutto per quel che concerne l'applicazione alla diffida conformativa del principio di proporzionalità (54).

Nuovi spazi per l'abuso di posizione dominante?

Dall'analisi della sentenza si possono trarre diverse conclusioni.

La prima riguarda la nozione di abuso di posizione dominante.

La società Coop Estense, utilizzando i suoi diritti in materia urbanistica, ha raggiunto un fine palesemente diverso rispetto alla logica delle norme di settore.

Con le sue condotte l'impresa dominante, senza produrre alcun beneficio per sé, ha ostacolato la società concorrente, impedendole di realizzare punti vendita e sbarrando di conseguenza l'ingresso nel mercato di riferimento. Di qui la realizzazione di una condotta illecita che ha integrato la fattispecie di abuso di diritto e, per le particolari condizioni di potenza economica sul mercato rilevante, di abuso di posizione dominante.

L'analisi del caso ha consentito inoltre una riflessione circa i rapporti che intercorrono fra i due tipi di abuso, e ha portato a definire l'abuso di posizione dominante come una particolare specie di abuso di diritto, connotata però da propri elementi distintivi.

La seconda conclusione riguarda l'atipicità dell'illecito.

(51) Per l'essenzialità del nesso: Tar Lazio, Roma, Sez. I, 2 agosto 2013 n. 7826; Tribunale dell'Unione europea, sez. VI, 20 settembre 2012, causa T-169/08. Per la non necessarietà del nesso: Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-6/72, 21 febbraio 1973, caso *Continental Can*, in cui «il problema del nesso causale che dovrebbe esistere tra la posizione dominante e il suo sfruttamento è irrilevante: il rafforzamento della posizione occupata dall'impresa può essere abusivo e vietato dall'art. 86 del Trattato (attuale art. 102 Tfu), indipendentemente dai mezzi utilizzati a tal fine»; Cons. Stato, sez. VI, 1 marzo 2012, n.1192.

(52) Le sanzioni richiamate sono consistite in: un dovere di porre fine ai comportamenti contestati e astenersi in futuro dal compierli; un secondo dovere di collaborare con la concorrente alla formulazione di un nuovo piano di recupero; una elevata sanzione amministrativa pecuniaria.

(53) Il Consiglio di Stato ha affermato che l'atto di diffida si spiega per la sua contemporanea funzione inibitoria e ripristinatoria, alla luce del c.d. principio dell'effetto utile. È citato anche un precedente: Cons. Stato, sez. VI, 6 novembre 2006, n. 6522, in cui però il potere di diffida non sembra essere utilizzato negli stessi termini.

(54) Tale misura difficilmente sarà idonea rispetto al mezzo, necessaria rispetto al fine, esistendo molti altri strumenti egualmente efficaci, e soprattutto difficilmente apparirà adeguata, data comunque l'intollerabilità del sacrificio. Per il principio di proporzionalità vedi G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità, in Ordinamento Europeo. L'esercizio delle competenze*, (a cura di) S. Mangiameli, vol. II, Milano, 2006; G. A. Ansaldi, *Principio di proporzionalità e funzioni pubbliche*, Roma, 2012; S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008.

L'abuso di posizione dominante, avendo appunto carattere atipico (55), può realizzarsi anche attraverso comportamenti autorizzati dalla legge ma volti comunque a conseguire un fine illecito.

Il caso *Pfizer* è stato giustamente richiamato dal Consiglio di Stato per le evidenti analogie con la vicenda in oggetto (56). In entrambe le circostanze si è assistito alla realizzazione di alcune condotte che, se prese singolarmente, sono lecite, derivando dall'esercizio di facoltà astrattamente previste dall'ordinamento; tuttavia, gli stessi comportamenti, combinati fra loro, realizzano una complessa ed articolata strategia integrante un abuso, riconducibile all'ampia categoria dell'abuso di posizione dominante (57).

La terza conclusione cui si giunge inerisce il nesso di causalità fra condotta abusiva ed evento dannoso. Secondo la giurisprudenza ormai prevalente, fatta propria dal Consiglio di Stato, il nesso causale

non pare essere un elemento essenziale: non lo è in particolare quando l'abuso derivi da condotte che hanno un effetto anche solo potenzialmente abusivo.

A tal proposito nella pronuncia il Consiglio di Stato ha richiamato il caso *AstraZeneca* (58). In quella circostanza i comportamenti abusivi erano stati reputati solo potenzialmente lesivi, ma al pari del caso in oggetto, le condotte avevano un chiaro fine ostruzionistico, essendo volte ad impedire o a rendere più difficile l'ingresso nel mercato ai concorrenti.

La sentenza si pone quindi in linea di continuità con le precedenti giurisprudenze nazionali e comunitarie, facendo però rilevare l'uso di nuove modalità per la realizzazione di un abuso di posizione dominante, quali appunto l'abuso di diritti derivanti dalle norme urbanistiche di settore.

(55) L'articolo 102 T.fue e l'art. 3 della legge n. 287 del 1990, si limitano a vietare l'abuso di posizione dominante, senza definirlo. Negli articoli sono riportate alcune condotte che realizzano pratiche abusive tipiche, ma tale novero è solo un elenco esemplificativo, esso cioè non è un *numerus clausius*, non esaurisce le modalità di sfruttamento abusivo di posizione dominante. Cfr. Van Bael & Bellis, *Diritto Comunitario della concorrenza*, Torino, 2009.

(56) Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 febbraio 2014, n. 693, caso *Pfizer*.

(57) Attraverso un caso del genere si nota come il diritto antitrust talvolta è formato con un metodo casistico sostanziale di case law. Così F. Cintioli, in *Convegno organizzato in collaborazione dell'Ordine avvocati di Roma del 5 maggio 2014*.

(58) Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, causa C-457/10, 6 dicembre 2012, caso *AstraZeneca*.