

A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA

→ STUDI ←

a cura di

Leonardo Ferrara, Domenico Sorace

Vol. III

La giuridificazione

a cura di

Barbara Marchetti
Mauro Renna

Firenze University Press
2016

A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi /
a cura di Leonardo Ferrara, Domenico Sorace ; Vol. III. La
giuridificazione / a cura di Barbara Marchetti, Mauro Renna. –
Firenze : Firenze University Press, 2016.
(Studi e saggi ; 165)

<http://digital.casalini.it/9788864534398>

ISBN 978-88-6453-438-1 (print)
ISBN 978-88-6453-439-8 (online PDF)
ISBN 978-88-6453-440-4 (online EPUB)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández, Pagina Maestra snc

Hanno contribuito alla realizzazione degli studi e alla loro pubblicazione la Banca d'Italia, il Comune di Firenze, l'Ente Cassa di Risparmio di Firenze e la Regione Toscana.

Certificazione scientifica delle Opere

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul catalogo on-line della casa editrice (www.fupress.com).

Consiglio editoriale Firenze University Press

A. Dolfi (Presidente), M. Boddi, A. Bucelli, R. Casalbuoni, M. Garzaniti, M.C. Grisolia, P. Guarnieri, R. Lanfredini, A. Lenzi, P. Lo Nostro, G. Mari, A. Mariani, P.M. Mariano, S. Marinai, R. Minuti, P. Nanni, G. Nigro, A. Perulli, M.C. Torricelli.

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>).

This book is printed on acid-free paper

CC 2016 Firenze University Press
Università degli Studi di Firenze
Firenze University Press
via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy
www.fupress.com
Printed in Italy

INDICE

I processi di giuridificazione: soggetti, tecniche, limiti <i>Barbara Marchetti, Mauro Renna</i>	9
STUDI	
La giuridificazione del principio di precauzione: tutela anticipata v. legalità-prevedibilità dell'azione amministrativa <i>Miriam Allena</i>	35
La tutela della chance ovvero alla ricerca del bene sperato <i>Vincenzo Antonelli</i>	73
<i>Juridification</i> , società civile e identità nazionali nel processo di integrazione europea <i>Francesco Bilancia</i>	97
Giuridificazione e tutela multilivello dei diritti fondamentali: ruolo e strumenti del giudice amministrativo <i>Andrea Cardone</i>	117
La rilevanza giuridica della proprietà industriale (marchi e brevetti) <i>Antonio Cassatella</i>	151
Dalla bioetica al biodiritto: sulla giuridificazione di interessi scientificamente e tecnologicamente condizionati <i>Fulvio Cortese, Simone Penasa</i>	169

la Banca d'Italia, il
ana.

esterno di cui sono
le singole collane. Le
siglio editoriale della
imanda ai documenti
n).

aniti, M.C. Grisolia,
riani, P.M. Mariano,

ution 4.0International

6 LA GIURIDIFICAZIONE

La tenuta della giuridificazione del diritto d'autore nell'era digitale <i>Monica Delsignore</i>	209
La giuridificazione degli ordini professionali <i>Andrea Fantin</i>	227
Il ruolo del giudice nella giuridificazione del diritto tributario <i>Francesco Farri</i>	251
La giuridificazione dell'ambiente <i>Annalaura Giannelli</i>	281
La giuridificazione dello sport <i>Giuseppe Manfredi</i>	315
Il processo di 'giuridificazione' della protezione degli animali dall'Unità ad oggi <i>Giovanni Martini</i>	335
La giuridificazione della protezione dei dati personali <i>Francesco Midiri</i>	355
La concorrenza: itinerari di una giuridificazione tra diritto pubblico e diritto privato <i>Samuel Cornella, Silvia Pellizzari</i>	373
La giuridificazione del settore alimentare <i>Margherita Ramajoli</i>	393
La giuridificazione della parità di genere in Italia <i>Anna Simonati</i>	411
L'autodisciplina delle formazioni sociali <i>Serena Stacca</i>	423
La giuridificazione del canone dell'efficienza della pubblica amministrazione <i>Riccardo Ursi</i>	445

i digitale 209
227
ario 251
281
315
ali 335
355
o pubblico 373
393
411
423
a 445

COMMENTI

Nobiltà e miserie della giuridificazione
Marco D'Alberii

479

GLI AUTORI

487

SOMMARIO GENERALE

491

LA CONCORRENZA: ITINERARI DI UNA GIURIDIFICAZIONE TRA DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO

Samuel Cornella, Silvia Pellizzari

SOMMARIO – 1. Introduzione. 2. La disciplina antitrust di cui alla l. n. 287/90. 3. Concorrenza nel mercato. 4. Concorrenza per il mercato. 5. Tutela della concorrenza e interessi privati. 6. Il *private enforcement* della disciplina antitrust. 6.1 Interessi tutelati e rimedi esperibili. 6.2 Il rapporto tra *public* e *private enforcement*. 6.3 La tutela dell'interesse privato nei confronti dei provvedimenti dell'AGCM. 7. La concorrenza nel mercato: regolazione pubblica e interessi privati. 8. La concorrenza per il mercato: gli interessi delle imprese nelle gare pubbliche. 9. Conclusioni.

1. Introduzione

La progressiva giuridificazione dei fenomeni economici risulta particolarmente evidente in materia di concorrenza.

È ben noto che, sino al 1990, l'ordinamento italiano tutelava la concorrenza soltanto attraverso poche disposizioni del codice civile, peraltro riconducibili solo in senso lato alla protezione di un corretto sviluppo delle dinamiche di mercato. Le regole di cui all'art. 2598 c.c. sulla concorrenza sleale, infatti, tutelano in prima battuta l'interesse dell'imprenditore leso dalla scorrettezza professionale altrui e soltanto in via mediata la concorrenza come valore giuridico autonomo.

Ed invero, per sottolineare come una prospettiva di effettiva ed organica tutela della concorrenza fosse estranea al codice civile, è sufficiente richiamare l'art. 2616 c.c. che, sebbene mai attuato, 'istituzionalizzava' pratiche di cartello attraverso la promozione di consorzi 'obbligatori' volti a rispondere alle esigenze di organizzazione della produzione nazionale.

A partire dal 1957, una disciplina della concorrenza nell'ordinamento nazionale era in realtà positivizzata dagli artt. 85 e 86 T.C.E., ancorché prassi e legislazione interna siano rimaste per molti anni impermeabili rispetto alla crescente applicazione delle disposizioni europee sulle intese e sull'abuso di posizione dominante, che pure la Corte di Giustizia aveva da tempo qualificato come direttamente applicabili negli Stati membri.

Per oltre 30 anni, in Italia, sono quindi mancate una legislazione nazionale ed una cultura giuridica a tutela della concorrenza come valore pubblico, laddove invece gli Stati Uniti ed il Canada si erano dotati di una disciplina antitrust già alla fine del 1800 e diversi Stati europei stavano affinando l'applicazione di specifiche legislazioni nazionali largamente debitrice dell'influenza europea e americana.

La situazione si presenta oggi molto diversa rispetto al passato, dacché la concorrenza è nel frattempo divenuta 'materia', 'bene giuridico', 'valore' e 'principio' dotato di una vera e propria pervasività (Corso, 2002: 985). Di più, la 'tutela della concorrenza' è ormai considerata un 'fine' tendenziale dell'ordinamento, come ha spiegato la Corte costituzionale qualificando la corrispondente materia – di esclusiva competenza statale ai sensi dell'art. 117 Cost. – come 'trasversale' e suscettibile di ridurre il principio autonomistico delle regioni¹.

Sebbene la concorrenza sia stata elevata a 'super principio' dell'ordinamento, la corrispondente nozione rimane piuttosto incerta sia sotto il profilo giuridico che in campo economico, dove pure ha trovato origine. Sorprende, infatti, che il concetto di concorrenza – pur tutelato attraverso le regole antitrust e una moltitudine di riferimenti frammentati e disorganici – non venga enunciato in termini generali dalla legislazione nazionale, né europea, quasi che lo stesso debba ritenersi auto-evidente (Libertini, 2010: 97).

Nondimeno, la concorrenza evoca oggi l'idea del raggiungimento di risultati auspicabili in termini di allocazione efficiente delle risorse e, più in generale, l'idea di un corretto funzionamento dei mercati tale da garantire la crescita economica di un dato Stato.

In generale è possibile osservare che, trasferita dal terreno economico a quello giuridico, la concorrenza si qualifica in due accezioni. La prima si riferisce ad una o più 'relazioni' fra una pluralità di soggetti attivi su un determinato mercato (c.d. diritto antitrust); la seconda attiene invece a determinati obiettivi che le istituzioni devono perseguire affinché un dato sistema economico risponda ai canoni dell'economia di mercato e ai guadagni di efficienza riconducibili a tale assetto. In questo caso, non ci si limita a descrivere una situazione di fatto riguardante una serie di relazioni fra imprese, ma si cerca piuttosto di 'conservare' o di 'promuovere' per il futuro un assetto di mercato concorrenziale, agendo sulla conformazione del mercato stesso (Trimarchi Banfi, 2013: 15).

Dovendo qui determinare per sommi capi le diverse accezioni del concetto di concorrenza rilevanti ai fini della presente trattazione, possiamo fare riferimento alla partizione invalsa in dottrina e giurisprudenza fra la classica disciplina antitrust di cui alla l. 10.10.1990, n. 287 e i diversi concetti di concorrenza 'nel mercato' e di concorrenza 'per il mercato'.

Nel primo caso, ci si riferisce alla legislazione antimonopolistica di cui il nostro ordinamento si è dotato ad un secolo esatto dall'approvazione dello *Shermann act* e che prevede le tre classiche fattispecie sui cui si concentrano le discipline antitrust: intese anticoncorrenziali, abuso di posizione dominante e controllo preventivo delle concentrazioni.

Il concetto di concorrenza 'nel mercato' include invece una serie di misure di regolazione economica tra loro eterogenee, che possono riguardare l'acces-

so a mercati dotati di particolari caratteristiche strutturali, così come l'organizzazione e l'attività delle imprese che su quei mercati operano. Risulta significativo come, sempre più spesso, al concetto di regolazione economica si usi abbinare l'aggettivo pro-concorrenziale, quasi che la locuzione costituisca ormai una sorta di endiadi.

Con il concetto di concorrenza 'per il mercato', si indicano infine quelle regole a rilevanza pubblica che mirano a tutelare i valori di concorrenzialità e libera circolazione dei fattori produttivi all'interno del mercato unico europeo, garantendo massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica in materia di contratti pubblici.

2. La disciplina antitrust di cui alla l. n. 287/90

La l. n. 287/1990 introduce, all'interno dell'ordinamento nazionale, l'interesse alla concorrenza intesa come disciplina antitrust, riprendendo le disposizioni del Trattato di Roma sulle intese e sull'abuso di posizione dominante. La legge ricalca, poi, le disposizioni europee sul controllo delle concentrazioni (Reg. CEE 21.12.1989, n. 4064, ora confluite nel Reg. CE 20.01.2004, n. 139).

La legge nazionale ha istituito altresì l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato (AGCM), sin da subito considerata una sorta di archetipo delle autorità indipendenti per la neutralità delle funzioni esercitate e per l'alto grado di indipendenza dal potere politico ed economico. All'Autorità sono riconosciuti poteri di *adjudication* consistenti nell'applicare la normativa antitrust in casi concreti e all'esito di procedimenti paragiurisdizionali entro i quali garantire il contraddittorio 'orizzontale' tra imprese con interessi contrapposti e, soprattutto, il contraddittorio 'verticale' tra l'AGCM e le imprese passibili di sanzioni pecuniarie particolarmente elevate.

In questa sede non è possibile soffermarsi sui molti temi che hanno animato il dibattito scientifico sull'AGCM (Torchia, 2013: 501). Ciò che si intende fare è verificare come l'originaria struttura della l. n. 287/1990 sia stata interpretata ed arricchita nel corso del tempo, sia sotto il profilo delle regole sostanziali, che sotto il profilo degli strumenti di cui gode l'Autorità per esercitare la propria funzione. Tale processo evolutivo è avvenuto nell'ambito di un 'dialogo romano' fra l'AGCM, il TAR Lazio, dotato di competenza funzionale nel sindacare gli atti dell'Autorità, ed il Consiglio di Stato.

L'apporto della giurisprudenza è risultato decisivo per riempire di contenuti una disciplina 'per principi' entro cui ricorrono diversi concetti giuridici indeterminati, che l'AGCM ed i giudici sono chiamati di volta in volta ad estrinsecare (Chieppa, 2014: 190).

Al riguardo, il giudice amministrativo ha cercato di adeguare la nascente prassi applicativa nazionale agli indirizzi della Corte di Giustizia e della Commissione europea, attuando la previsione legislativa che richiede un'interpretazione della disciplina nazionale in linea con quella europea (De Lise, 2014: 72).

La preponderante influenza europea sulla disciplina antitrust nazionale è peraltro ben desumibile anche dal Reg. CE 16.12.2002, n. 1/2003, che richiede alle autorità nazionali di concorrenza (ANC) un'applicazione congiunta della legislazione interna e degli artt. 101 e 102 T.F.U.E. nei casi in cui vi sia un illecito nazionale che incida sugli scambi fra Stati membri².

Sotto diverso profilo, il Regolamento istituzionalizza il ruolo di guida della Commissione rispetto alle ANC, dando vita a una rete di autorità di tutela della concorrenza (ECN), che mette in costante contatto fra loro le Autorità dei diversi Stati membri e la Commissione UE, dotata di un ruolo di impulso e coordinamento.

Se l'operatività dell'ECN risulta, per un verso, funzionale ad una trattazione congiunta fra diverse ANC di taluni procedimenti antitrust, per altro verso l'allocazione dei casi all'interno della rete – basata su regole di *soft law* – solleva diversi problemi di certezza del diritto, prevedibilità delle sanzioni e rispetto delle tutele procedurali legati alla gestione di procedimenti multi-giurisdizione le cui diverse fasi possono risultare di competenza di diverse autorità (nazionali o europea), che agiscono sulla base di differenti regole procedurali e sostanziali.

Quanto agli strumenti a disposizione dell'Autorità per perseguire le pratiche anticoncorrenziali ed attuare, così, il c.d. *public enforcement* della disciplina antitrust, deve senza dubbio essere segnalata, sulla scorta del diritto europeo, l'introduzione delle decisioni con impegni e dei programmi di clemenza³.

L'introduzione delle decisioni con impegni all'interno della l. n. 287/1990 è considerata una delle più importanti innovazioni nel corso della storia del diritto nazionale della concorrenza (Siragusa, 2010: 385). Tali decisioni permettono di definire un dato procedimento tramite l'assunzione, da parte dell'impresa coinvolta, di impegni formali che facciano venire meno i profili anticoncorrenziali che avevano originariamente portato all'avvio di una istruttoria da parte dell'Autorità. Una volta accettati, gli impegni vengono resi obbligatori dall'AGCM, che chiude il procedimento senza accertare l'infrazione a carico dell'impresa e, quindi, con un provvedimento di archiviazione.

Sotto il profilo teorico, la possibilità di orientare le condotte d'impresa attraverso impegni specifici induce a riconsiderare, almeno potenzialmente, la supposta neutralità delle funzioni esercitata dall'AGCM, dacché vi è la possibilità di individuare una seppur latente componente regolatoria nell'azione

della stessa. La valutazione degli impegni può infatti richiedere un giudizio in termini di opportunità o meno della soluzione 'conciliativa' prescelta, ma anche di maggiore o minore efficacia degli impegni individuati rispetto alle condotte d'impresa che si vogliono scongiurare e ai diversi e contrapposti interessi in gioco (Cerulli Irelli, 2010: 343).

In tema di decisioni con impegni, la giurisprudenza nazionale ed europea hanno affrontato, nel corso degli anni, diverse questioni relative alla tutela dei terzi controinteressati e alla necessità di rispettare il principio di proporzionalità nella determinazione degli impegni, così come di evitare derive regolatorie da parte dell'Autorità antitrust⁴.

Nondimeno, l'alta – per taluni eccessiva – frequenza con cui questo istituto è utilizzato rischia di danneggiare il già lento sviluppo del *private enforcement* della disciplina antitrust che è di norma basato sulle irrinunciabili risultanze istruttorie dei procedimenti condotti dalle Autorità di concorrenza nazionali ed europea (Ghezzi, 2012: 447).

Sotto diverso profilo, anche i programmi di clemenza sembrano uno strumento particolarmente efficace per supportare l'azione di *public enforcement* dell'autorità antitrust e per ridurre l'endemica asimmetria informativa che grava su quest'ultima nel momento in cui cerca di individuare l'esistenza di cartelli anticoncorrenziali.

In sintesi, tali programmi prevedono la possibilità di garantire l'immunità all'impresa che disveli all'autorità antitrust l'esistenza di un cartello di cui la stessa è parte, denunciando gli altri componenti della cospirazione anticoncorrenziale. Sconti di pena decrescenti sono poi garantiti agli altri componenti del cartello che, a seguito dell'autodenuncia originaria, decidano di scegliere a propria volta la via della collaborazione, portando un valore aggiunto all'istruttoria in corso.

Sebbene presente in pressoché tutti gli ordinamenti nazionali europei e d'oltreoceano, l'istituto dei c.d. *leniency programs* ha sollevato un vivace dibattito sull'utilità dello strumento ai fini di un'effettiva tutela della concorrenza.

Tale dibattito vede divisi coloro che ritengono i programmi di clemenza un'irrinunciabile leva per rompere l'equilibrio collusivo di cartelli che altrimenti non verrebbero mai scoperti e coloro che mettono in guardia dal pericolo di ridurre l'effetto deterrente della disciplina antitrust attraverso un approccio troppo lassista.

Al di là del dibattito generale sull'utilità dell'istituto, è necessario segnalare che il suo utilizzo pone una serie di delicati problemi connessi alla necessità di sollecitare la collaborazione delle imprese e di non vanificare l'incentivo a cooperare esponendo le stesse ad azioni private per il risarcimento del danno basate sulle dichiarazioni confessorie rese (Nascimbene, 2012: 731).

Si profila quindi un'ulteriore contraddizione fra il *public* ed il *private enforcement* della disciplina *de qua*.

Un significativo indice della crescente valorizzazione della tutela della concorrenza emerge da ultimo analizzando la previsione di cui al recente art. 21 *bis* della l. n. 287/1990 che ha conferito all'AGCM il potere di impugnare dinnanzi al giudice amministrativo «gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato».

L'esercizio di tale potere risulta condizionato all'emanazione di un parere motivato entro 60 giorni dall'adozione dell'atto ritenuto lesivo. Nel caso in cui la pubblica amministrazione non si conformi a tale parere, l'AGCM può presentare ricorso innanzi al giudice amministrativo entro il termine di 30 giorni.

Il potere di ricorso dell'AGCM è stato definito come una «novità dirimente» all'interno del processo amministrativo nella misura in cui, per alcuni, introdurrebbe aspetti riconducibili alla giurisdizione di diritto oggettivo, generando possibili problemi di compatibilità con l'art. 103 Cost. (Cintioli, 2012: 7).

Altri commentatori hanno invece qualificato il potere dell'Autorità come la manifestazione in via di azione di una posizione soggettiva sostanziale, riconoscendo all'AGCM il ruolo di soggetto deputato *ex lege* alla protezione dell'interesse pubblico e diffuso alla tutela della concorrenza (Sandulli, 2012: 18).

Per parte propria – pur evitando di entrare nel merito e con una sentenza in punto di ammissibilità – la Corte costituzionale ha osservato che non si deve parlare di un nuovo e generalizzato controllo di legittimità, quanto piuttosto di un «potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato», che integra i poteri consultivi e conoscitivi già attribuiti in precedenza all'AGCM⁵.

Tuttavia, nel silenzio della disposizione specifica, la peculiarità dell'azione dell'AGCM porta a dover ricostruire in via interpretativa alcune regole processuali destinate a regolare il ricorso dell'AGCM, dacché si tratta di un'azione invero innovativa, che implica un giudizio dinnanzi al TAR fra un'amministrazione ricorrente ed una resistente con caratteri del tutto peculiari⁶.

3. Concorrenza nel mercato

Quello della regolazione pro-concorrenziale è un tema che interessa mercati di notevole importanza e dotati di caratteristiche strutturali ben specifiche.

Si tratta di mercati, un tempo appannaggio di un monopolista di Stato (*incumbent*), con struttura a rete, che necessitano di infrastrutture essenziali

– di sovente non duplicabili per ragioni fisiche e/o finanziarie –, con alte barriere all'entrata e caratterizzati da elevati costi fissi legati agli investimenti.

Inoltre, l'ex monopolista proprietario delle infrastrutture essenziali mantiene di sovente un vantaggio competitivo legato al controllo di tecnologie la cui conoscenza è vitale per l'operatività di eventuali concorrenti.

Tutte queste circostanze hanno giustificato, anche in virtù dell'influenza dell'ordinamento europeo, l'adozione di regole che permettano ai nuovi *players* di operare in condizioni di tendenziale parità rispetto all'*incumbent*.

La progressiva apertura alla concorrenza di settori un tempo riservati ha dimostrato la necessità di individuare soggetti pubblici che dettino a propria volta regole pro-concorrenziali di dettaglio da far rispettare agli operatori economici di settore.

Queste autorità sono, quindi, le protagoniste di un'ulteriore fase di giuridificazione che si estrinseca in provvedimenti di regolazione a carattere altamente tecnico finalizzati a disciplinare i mercati attraverso misure che possono riguardare la struttura dei prezzi, l'organizzazione societaria e contabile delle imprese o, ancora, i rapporti tra *incumbent*, *new comers* e consumatori/utenti. Anche in questo caso, l'influenza di modelli, rimedi e soluzioni di matrice comunitaria è stata favorita dall'integrazione organizzativa delle *authorities* di settore all'interno di reti europee.

In particolare l'applicazione delle regole pro-concorrenziali ha posto delicate questioni interpretative nel campo dei servizi di interesse economico generale (SIEG). Il dibattito è maturato attorno alle previsioni dell'art. 106 T.F.U.E. e alle omologhe disposizioni vigenti a livello nazionale. Anche su questi temi, l'apporto della giurisprudenza e del diritto europei sono stati decisivi, come dimostra la progressiva marginalizzazione a livello nazionale del controverso concetto di 'servizio pubblico', in favore della definizione europea di 'servizio di interesse economico generale'.

Inoltre, tanto il diritto europeo quanto quello interno hanno testimoniato l'esigenza di considerare la rilevanza dei profili sociali e di uguaglianza legati alla regolazione dei servizi di interesse economico generale. Si pensi, per fare un solo esempio, al tema della compensazione degli obblighi di servizio universale, almeno in parte indirizzata dalla nota pronuncia della Corte di Giustizia in *Altmark*⁷.

Giova, infine, sottolineare la crescente attenzione per gli aspetti procedurali legati all'esercizio della funzione regolatoria che è oggi oggetto di una serie di composite discipline finalizzate a garantire la partecipazione di tutti gli *stakeholders*, secondo un meccanismo di *notice and comment* diretto a garantire il diritto di essere sentiti da parte dei *players* di settore e a permettere l'acquisizione di preziose informazioni ai regolatori.

La funzione regolatoria viene pertanto in rilievo non solo come 'prodotto', ma anche come 'processo' dotato di una propria autonomia concettuale e di principi ordinanti per molti versi peculiari.

4. Concorrenza per il mercato

Con la legge di contabilità dello Stato del 1923, e con il successivo regolamento attuativo del 1924, si abbracciava un concetto di evidenza pubblica volto a garantire l'interesse finanziario della stazione appaltante alla stipula di un contratto a condizioni favorevoli.

In quell'ottica, l'interesse ad una corretta concorrenza tra gli operatori privati veniva tutelato unicamente in via indiretta ed in quanto dipendente dalla sussistenza di una lesione dell'interesse della stazione appaltante.

Tale prospettiva viene radicalmente innovata con le Direttive europee in materia di appalti succedutesi a partire dal 1971 e, in particolare, con le Direttive CE 31.03.2004, n. 17 e 18, che individuano come principale obiettivo della disciplina sui contratti pubblici quello di garantire la concorrenza fra imprese per creare un mercato unico europeo.

Sulla base di tale impostazione finalistica, il richiamo al principio di concorrenza fra imprese, intimamente legato a quello di massima partecipazione e non discriminazione, risulta ancillare rispetto alla costruzione del mercato interno europeo.

Con un indirizzo ormai risalente, i principi a tutela del mercato interno e della concorrenza sono stati estesi anche ai contratti con valore inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, a conferma dell'influenza europea⁸.

Da ultimo, le Dir. 2004/17/CE e 2004/18/CE sono state sostituite dalle Direttive UE 26.02.2014, n. 24 e 25 che propongono un approccio nuovo da parte del legislatore europeo volto ad incorporare, all'interno della disciplina sui contratti pubblici, una serie di obiettivi ulteriori, di natura sociale e ambientale. Se, per un verso, tale impostazione 'multilaterale' segna un salto di qualità rispetto alle precedenti Direttive e riprende gli obiettivi della strategia 'Europa 2020', per altro verso, il fine di garantire la tutela della concorrenza rimane interesse primario e le nuove regole devono essere interpretate in modo da risultare compatibili e coerenti con i canoni di massima partecipazione, trasparenza e concorrenzialità fra imprese.

L'effettività del principio di concorrenza costituisce, quindi, una sorta di limite rispetto alla affermazione di altri e diversi interessi, che devono essere temperati con il consolidato e pervasivo impianto di regole, principi ed istituti posti a tutela delle dinamiche concorrenziali e di mercato.

5. Tutela della concorrenza e interessi privati

Nel contesto dello Stato regolatore, l'interesse concorrenziale appare come una funzione che, oltre a organizzare gli apparati pubblici e a dirigerne l'attività regolatoria e autoritativa, condiziona la libertà individuale e l'autonomia negoziale dei soggetti presenti nel mercato.

Ciò determina conseguenze significative sulla validità e licità degli atti e dei comportamenti privati e sulla tutela delle situazioni giuridiche di volta in volta rilevanti.

Di seguito, verranno dunque analizzati alcuni temi connessi alla tutela privatistica della concorrenza.

In primo luogo, saranno oggetto d'indagine la disciplina antitrust e gli istituti che compongono il suo c.d. *private enforcement*. Successivamente, verrà affrontato il tema degli interessi protetti dagli interventi di concorrenza 'nel mercato'.

Infine, con riferimento alla concorrenza 'per il mercato', si procederà a verificare come questa incida sull'esercizio dell'autonomia negoziale dell'amministrazione in materia dei contratti pubblici e sulla tutela degli operatori economici concorrenti.

6. Il *private enforcement* della disciplina antitrust

Come noto, a livello nazionale e sovranazionale, è da tempo in corso un ampio dibattito circa l'opportunità di promuovere, sulla scia dell'esperienza statunitense, l'adozione di una disciplina relativa al c.d. *private enforcement* delle disposizioni antitrust, che dovrebbe affiancarsi alle funzioni esercitate dall'AGCM e dalla Commissione europea (c.d. *public enforcement*).

I meccanismi di *private enforcement* implicano che la tutela della concorrenza sia imposta a garanzia non solo dell'interesse pubblico alla realizzazione di un mercato concorrenziale, ma anche degli interessi, patrimoniali e non, dei soggetti presenti nel mercato, siano esso i concorrenti, i consumatori finali o anche le istituzioni pubbliche.

Se, in passato, la tutela privatistica della concorrenza trovava un parziale fondamento nell'interpretazione estensiva della correttezza professionale di cui alle disposizioni civilistiche in materia di concorrenza sleale, in epoca più recente il diritto UE ha fatto propri gli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia⁹ e dalla Commissione, licenziando la Direttiva UE 26.11.2014, n. 104 volta ad armonizzare le discipline nazionali sul risarcimento dei danni derivanti da illeciti antitrust.

In vista del suo recepimento a livello nazionale, avvenuto nei primi giorni del 2017 con un richiamo pressoché letterale alla disposizioni contenute nel-

la Direttiva, si è acuito l'interesse scientifico per gli elementi costitutivi della tutela privatistica delle posizioni giuridiche soggettive garantite dalla disciplina antitrust.

Tra i molteplici spunti di riflessione, particolarmente interessanti sono quelli relativi alla natura e funzione del rimedio risarcitorio e ai delicati rapporti tra *public* e *private enforcement*.

6.1 Interessi tutelati e rimedi esperibili

Uno degli obiettivi principali della Dir. 2014/104/UE è quello di garantire, a qualsiasi persona fisica o giuridica, il risarcimento del danno prodotto da un atto o da un comportamento compiuto in violazione del diritto antitrust.

Tuttavia, tale rimedio risarcitorio rappresenta solo uno dei possibili strumenti di tutela a fronte dell'illecito antitrust; nulla esclude, infatti, che a livello nazionale si prevedano rimedi di natura cautelare, inibitoria e restitutoria o meccanismi stragiudiziali di risoluzione delle controversie.

Al carattere riparatorio dell'azione (Barcellona, 2010: 62) si accompagna una funzione deterrente (Denozza, Toffoletti, 2010: 198) finalizzata a scoraggiare gli operatori economici dal porre in essere condotte anticompetitive. In questo senso si giustifica l'ampia legittimazione attiva all'azione, che viene riconosciuta a 'chiunque' si ritenga vittima di una violazione della disciplina antitrust, compresi i consumatori, gli operatori economici e le autorità pubbliche.

Nonostante la Dir. 2014/104/UE non se ne occupi direttamente, accanto al tema della legittimazione individuale si pone quello delle azioni collettive e/o rappresentative che l'Unione ha affrontato, da ultimo, in alcuni documenti di *soft law* del giugno 2013 riguardanti i meccanismi di ricorso collettivo per le violazioni di 'diritti a portata diffusa' conferiti dal diritto UE¹⁰.

Nel diritto italiano occorre fare riferimento alle disposizioni contenute nel Codice del Consumo e, in particolare, all'art. 140 *bis* che, al co. 2 lettera c), tutela espressamente «i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante ai consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette e da comportamenti anticoncorrenziali» secondo lo schema dell'azione di classe con *opting in*.

Più problematico è invece il ricorso all'azione rappresentativa delle associazioni dei consumatori e degli utenti di cui agli artt. 139 e 140 del Codice del Consumo in quanto l'art. 139 non richiama, tra gli interessi tutelati, quelli pregiudicati dalle pratiche anticoncorrenziali.

Sul punto è, invece, significativo quanto previsto dagli artt. 1 e 2 della l. 11.11.2011, n. 180 (c.d. Statuto delle imprese), secondo cui l'impresa e l'imprenditore, in quanto titolari della libertà di iniziativa economica, sono ti-

tolari anche della libertà di concorrenza sulla base dei principi riconosciuti dall'Unione europea.

La disposizione induce a interpretare la libertà di concorrenza non solo quale interesse strumentale rispetto a quello primario della libertà di iniziativa economica, ma anche quale interesse autonomo che completa il patrimonio giuridico dell'imprenditore, diventando così anche comune e omogeneo rispetto ad una intera categoria.

Per questo motivo il successivo art. 4 legittima le associazioni di categoria più rappresentative a proporre azioni in giudizio a tutela di interessi che appartengono alla generalità dei soggetti rappresentati o anche solo omogenei ad alcuni di questi.

Infine, il co. 2 dell'art. 4 attribuisce alle associazioni di categoria delle imprese la legittimazione ad impugnare gli atti amministrativi lesivi degli interessi diffusi (anche di natura concorrenziale).

6.2 Il rapporto tra public e private enforcement

È diffusa l'opinione che un sistema repressivo dei comportamenti anticoncorrenziali è tanto più efficace quanto più combina strumenti di diritto pubblico e di diritto privato (Grillo, 2007: 203).¹

In via di principio le azioni private possono essere esperite anche in assenza di un procedimento amministrativo diretto all'accertamento della violazione. Si parla, in questi casi, di azioni *stand alone* rispetto a quelle *follow on* che hanno natura consequenziale rispetto ai provvedimenti dell'Autorità.

Tuttavia, la complessità dei fenomeni economici oggetto della disciplina, l'evoluzione degli strumenti a disposizione delle Autorità garanti e la difficoltà di 'filtrare' nel processo ordinario gli interessi in gioco impongono, di fatto, il carattere ancillare dei rimedi privatistici rispetto al *public enforcement*.

La Dir. 2014/104/UE conferma questa tendenza con riferimento al regime delle prove nel giudizio risarcitorio e agli effetti delle decisioni amministrative sull'accertamento giudiziale dell'illecito.

Quanto al primo profilo, chi promuove l'azione, soprattutto se si tratta del consumatore, si trova in una situazione di asimmetria informativa ed è per questo inevitabile che le parti e il giudice considerino i fascicoli dell'Autorità garante quali fonti privilegiate per recuperare fatti e prove decisivi.

Tuttavia, se i giudici intendono ordinare la divulgazione di prove incluse nel fascicolo di una Autorità garante (non necessariamente quella nazionale), la legislazione europea pone una serie di limiti che dipendono, in parte, dalla strategia dell'impresa soggetta al procedimento amministrativo e, in parte, dall'interesse all'economicità, efficienza ed efficacia dell'azione pubblica.

Nel dettaglio, sono del tutto inaccessibili le dichiarazioni collegate ai programmi di clemenza (c.d. *leniency materials*) al fine di salvaguardare l'attrattiva e l'efficacia di tali strumenti.

Per quanto riguarda gli altri atti istruttori, l'accesso dipende dalla preesistenza o meno del documento rispetto al procedimento. Nel primo caso, gli atti sono sempre accessibili, mentre nel secondo caso lo diventano solo dopo la conclusione dell'attività procedimentale.

A completare il rapporto tra *public e private enforcement* c'è poi l'art. 9, che contiene una disposizione sugli effetti delle decisioni amministrative nazionali nel processo ordinario.

La direttiva dispone che l'accertamento della violazione del diritto antitrust contenuto in una decisione dell'Autorità garante nazionale divenuta definitiva – perché non contestata in sede giurisdizionale o perché confermata da una sentenza passata in giudicato – abbia efficacia vincolante nel giudizio instaurato dalla parte lesa.

Si tratta di una previsione che, con alcune attenuazioni, riporta sul piano nazionale quanto già previsto, rispetto alle decisioni della Commissione europea, dall'art. 16 (1) del Reg. CE n. 1/2003.

Tuttavia, la disposizione pone una serie di interrogativi soprattutto con riferimento alla peculiarità del meccanismo previsto, il quale impone di rendere vincolante nel processo qualcosa che non è stato accertato con le metodologie processuali, a prescindere dal fatto che, almeno nell'ordinamento italiano, i procedimenti antitrust siano garantiti da un elevato livello di contraddittorio e da efficaci garanzie procedurali.

6.3 La tutela dell'interesse privato nei confronti dei provvedimenti dell'AGCM

Rispetto alla definizione dei procedimenti amministrativi diretti all'accertamento delle violazioni antitrust, ispirati alla logica della più ampia partecipazione dei soggetti portatori di interessi pubblici e privati, concorrenti e consumatori non hanno solo, a monte, la facoltà di denunciare all'Autorità le possibili condotte anticompetitive, ma anche, a valle, la legittimazione a ricorrere in sede giurisdizionale contro provvedimenti ritenuti lesivi delle loro posizioni giuridiche, come può avvenire, per esempio, nel caso di archiviazione di un'istruttoria.

Per la parte privata lesa dal comportamento illecito, quindi, anche il ricorso al giudice amministrativo può rappresentare una strategia processuale utile in vista del successivo esperimento dell'azione risarcitoria.

A tal riguardo è significativa la sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. I, 09.05.2011, n. 3964, resa nel caso Conto TV c. AGCM, ove i giudici amministrativi hanno

assunto una posizione che mette in luce la commistione tra *public* e *private enforcement* e i pericoli sottesi ad un possibile uso 'strumentale' dei diversi rimedi.

Il giudice amministrativo di primo grado ha annullato il provvedimento con il quale l'AGCM aveva chiuso un'istruttoria contro *Sky Italia* per presunta violazione dell'art. 102 T.F.U.E., accettando gli impegni da questa proposti. Come già evidenziato, il potere dell'AGCM di adottare decisioni con impegni consente all'impresa di chiudere il procedimento con l'archiviazione, evitando così l'accertamento dell'infrazione.

Il giudice amministrativo ha ritenuto che gli impegni proposti da *Sky Italia*, seppur atti a porre rimedio *pro futuro* ai profili anticoncorrenziali paventati dall'Autorità nell'avvio dell'istruttoria, non fossero comunque idonei a far venire meno gli effetti pregiudizievoli già prodotti dalla condotta.

Per questa ragione, si è ritenuto che l'AGCM avesse violato l'interesse della ricorrente ad ottenere una decisione di accertamento dell'infrazione, la quale sarebbe stata idonea a soddisfarne la pretesa sostanziale in considerazione della sua valenza probatoria in un eventuale contenzioso civile.

Una decisione di tale tenore può avere una portata dirompente sulla facoltà dell'AGCM di accettare impegni che non siano suscettibili di riparare integralmente i pregiudizi causati dalla condotta anticompetitiva.

Parimenti, non può non apparire criticabile la volontà del giudice di farsi carico delle ripercussioni in sede civile della decisione amministrativa che, in altra vicenda, ha addirittura indotto il Consiglio di Stato a 'snaturare' l'istituto delle decisioni con impegni, affermando che a queste sarebbe «pur sempre sotteso un comportamento del soggetto interessato dai connotati sostanzialmente confessori in ordine alla sussistenza dell'illecito»¹¹.

7. La concorrenza nel mercato: regolazione pubblica e interessi privati

La nozione di concorrenza 'nel mercato' costituisce un'espressione di sintesi rispetto a un complesso eterogeneo di strumenti giuridici affidati alle autorità di regolazione al fine di eliminare, in un dato mercato, le barriere e gli ostacoli che impediscono le dinamiche concorrenziali.

In questi casi, l'interesse alla concorrenza presenta caratteri parzialmente diversi rispetto alla disciplina antitrust. Esso giustifica interventi di regolazione, ma anche l'imposizione di obblighi e limiti positivi all'autonomia negoziale delle parti – si pensi alla determinazione dei prezzi o all'imposizione delle prestazioni riconducibili al servizio universale –, e deve essere necessariamente bilanciato con poteri pubblici di vigilanza e controllo anche nell'interesse di soggetti diversi dagli operatori economici, ovvero i c.d. contraenti deboli, i clienti e utenti del servizio.

In questo senso, gli interventi di regolazione nel mercato pongono alcune questioni in merito alla tutela degli interessi privati, che può assumere diverse forme.

Talvolta, gli obblighi e i diritti derivanti dalla regolazione pro-concorrenziale contribuiscono a tipizzare i doveri – e le relative pretese – di correttezza e buona fede nelle relazioni contrattuali, agevolando la prova della responsabilità *ex art.* 1218 c.c.

In altri casi, l'autonomia negoziale di una parte risulta estremamente ridotta, come nel caso della limitata facoltà di sospendere o recedere unilateralmente della fornitura di un servizio. Ciò può avvenire anche in vista della protezione di interessi ed esigenze sociali particolarmente avvertite, come si evince dagli obblighi di servizio pubblico imposti ai fornitori per la tutela dei clienti 'vulnerabili'.

Inoltre, le particolari forme che l'azione pubblica assume in questi settori danno vita a strumenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie sia tra le imprese, che tra queste e i consumatori.

È chiaro, poi, che i soggetti interessati agli atti di regolazione delle Autorità hanno la possibilità di beneficiare delle ampie garanzie procedurali previste dall'ordinamento e poste a presidio della legalità e legittimazione delle funzioni esercitate (Clarich, 2005: 164). Allo stesso tempo, ad essi è data la facoltà di impugnare i provvedimenti emananti per sindacarne la legittimità rispetto alle finalità pro-concorrenziali. In tema, si richiama una recente sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. I, 19.05.2014, n. 5215, che ha annullato una delibera dell'AGCOM in materia di tariffe per alcuni servizi di telefonia mobile sull'assunto che l'Autorità «può imporre limitazioni tariffarie agli operatori del settore in quanto si sia in presenza di un contesto di mercato caratterizzato dall'assenza di una concorrenza effettiva e sostenibile».

Tale situazione va accertata e dimostrata attraverso un «rigoroso processo di analisi di mercato» per verificare la necessità di una regolazione *ex ante* dello stesso. Nel caso di specie tale accertamento era mancato e, anzi, le parti ricorrenti avevano dimostrato che quel particolare mercato poteva già dirsi competitivo.

8. La concorrenza per il mercato: gli interessi delle imprese nelle gare pubbliche

Come è noto, la procedura ad evidenza pubblica che precede la conclusione dei contratti della pubblica amministrazione costituisce un limite all'autonomia negoziale di quest'ultima che, ricorrendo al mercato, ne crea contemporaneamente uno sul quale è chiamata a garantire il corretto funzionamento delle dinamiche concorrenziali.

Perciò, l'art. 30 del d.lgs. 18.04.2016, n. 50 dispone che l'affidamento dei contratti deve avvenire nel rispetto dei principi di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione.

L'applicazione del principio di concorrenza nei procedimenti di selezione del contraente assume invero una duplice veste: da un lato, promuove e garantisce l'interesse delle imprese ad un mercato delle commesse pubbliche sempre più aperto; dall'altro, assicura che in una determinata gara sia rispettata la c.d. *par condicio* tra i partecipanti, ovvero una loro corretta competizione sulla base dei presupposti stabiliti dalla legge e dal bando.

Non è escluso che le due accezioni entrino in conflitto: la violazione da parte di un concorrente degli oneri tassativamente previsti a pena di esclusione impone la sua estromissione dalla gara nel rispetto della *par condicio*, non potendo prevalere l'opposto principio della massima partecipazione alla procedura¹².

Si tratta di principi che contribuiscono a qualificare e differenziare le posizioni dei privati, i quali possono contestarne il rispetto attraverso il ricorso al giudice amministrativo contro gli atti di gara. Si tratta di interessi con contenuto diverso rispetto alla spettanza del bene della vita finale rappresentato dall'aggiudicazione.

In primo luogo, vi è l'interesse a che l'amministrazione proceda con una selezione aperta, rendendo così il contratto attribuibile a chi offra, in concorrenza con gli altri, la prestazione migliore¹³.

In secondo luogo, vi è l'interesse ad uno svolgimento corretto della selezione competitiva, onde evitare che l'amministrazione, direttamente o indirettamente, favorisca o pregiudichi la posizione di un'impresa rispetto alle altre. La tutela di tale interesse sussiste, per esempio, quando il ricorrente proponga censure idonee a travolgere l'intera procedura.

Allo stesso tempo, esso rappresenta il presupposto delle contestazioni circa la mancata esclusione di un altro partecipante alla gara sebbene la natura del processo amministrativo e il principio per cui i vizi del procedimento si convertano, di regola, in vizi dell'atto finale (i.e. l'aggiudicazione) impongano al titolare di far valere la violazione della *par condicio* quando si ritenga lesa anche dalla mancata aggiudicazione a suo favore del contratto.

9. Conclusioni

L'analisi condotta ha messo in evidenza come la concorrenza rappresenti oggi – anche in virtù dell'effettività del diritto UE – un 'super principio' dell'ordinamento nazionale, che si articola in un complesso di interventi legislativi e di regolazione incidenti sui tradizionali istituti del diritto pubblico e privato, modificandone gli assetti tradizionali e i reciproci rapporti.

Nonostante la concorrenza rimanga, sotto il profilo giuridico, una nozione ancora piuttosto vaga essa, nondimeno, evoca l'idea del raggiungimento di risultati auspicabili in termini di allocazione efficiente delle risorse e, più in generale, di un corretto funzionamento dei mercati tale da garantire la crescita economica di un dato Paese.

In altre parole, tutelare la concorrenza diviene uno dei principali fini tendenziali dell'ordinamento nazionale e l'interesse concorrenziale, giuridificandosi, appare come una 'funzione' che non solo organizza gli apparati pubblici e ne dirige l'attività, ma impone anche limiti negativi e positivi alle libertà individuali di alcuni soggetti nei confronti di altri.

L'importanza del fine accresce parallelamente la necessità di garantirne e verificarne l'attuazione (il c.d. *enforcement*), da raggiungersi attraverso gli istituti che il sistema giuridico mette a disposizione del regolatore.

Questa prospettiva è, però, foriera di inevitabili criticità come il contributo ha cercato di dimostrare. La formulazione in senso finalistico di molte regole concorrenziali, infatti, tende spesso a sottovalutare l'impianto dogmatico dei differenti istituti giuridici e a misurarli in chiave essenzialmente effettuale.

Emerge quindi con evidenza che il diritto della concorrenza, così come altre discipline, è sempre più caratterizzato dalla svalutazione di fondamenti trascendenti e diviene espressione di interessi economici, politici e tecnologici ritenuti di volta in volta prevalenti, con la conseguenza che la 'razionalità' dell'ordinamento settoriale non ha altro referente che la sua funzionalità in rapporto a determinati scopi.

Tuttavia, se questa impostazione può essere in parte compatibile con le logiche del diritto pubblico, lo è sicuramente meno rispetto alla disciplina delle relazioni interprivate dal momento che il vincolo pro-concorrenziale imposto all'autonomia privata presenta tratti del tutto peculiari rispetto agli istituti civilistici tradizionali.

Per altro verso – ferme restando le criticità dogmatiche evidenziate – giova qui osservare che un approccio finalistico alle norme in materia di concorrenza imporrebbe comunque il ritorno ad una seria ed approfondita riflessione sul fine ultimo della disciplina antitrust, che risulta parzialmente incerto nell'attuale fase in cui la *competition law* europea cerca di emanciparsi dal ruolo originario di legislazione volta alla costruzione di un mercato unico, oggi in larga misura consolidato.

Il diritto antitrust europeo sta infatti affrontando una sorta di transizione fra l'originario approccio formalistico della Commissione e della giurisprudenza – retaggio della tradizione ordoliberalista alla base degli allora artt. 85 e 86 T.C.E. – e la crescente attenzione che, da ultimo, la Commissione europea si propone di dedicare agli effetti concreti delle condotte anticoncorrenziali (*effects based approach*).

Tale approccio, che risulta maggiormente evoluto e raffinato nell'ordinamento americano, impone alle autorità di tutela della concorrenza di dimostrare attraverso evidenze economiche solide che le condotte sanzionate come anticoncorrenziali riducono il *consumer welfare*, determinando per esempio aumenti del prezzo, la riduzione delle quantità disponibili sul mercato, il deterioramento della qualità di beni e servizi o, ancora, la riduzione della possibilità di scelta del consumatore.

Se, infatti, la giuridificazione si propone di razionalizzare e proteggere i beni giuridici prevalenti nella società ed i sottesi interessi, questa risulterà tanto più razionale, certa e prevedibile nel momento in cui risulti chiara e determinata la declinazione concreta degli obiettivi che il fenomeno di giuridificazione si propone di raggiungere.

Note

- * S. Cornella è autore dei parr. da 1 a 4, S. Pellizzari è autrice dei parr. da 5 a 8. Le conclusioni sono il frutto di una riflessione comune tra i due autori.
- ¹ C. cost., 03.03.2006, n. 80; C. cost., 04.05.2005, n. 175, C. cost., 27.07.2004, n. 272; C. cost., 15.05.2014, n. 125.
- ² Art. 3, Reg. CE n. 1/2003.
- ³ Art. 14 *ter*, l. n. 287/1990 (decisioni con impegni) e AGCM, Delib. 15.02.2007, n. 16472.
- ⁴ Trib. I gr., 11.07. 2007, T-170/06, *Alrosa/Commissione*; C. giust., 29.06 2010, C-441/07, *Alrosa/Commissione*.
- ⁵ C. Cost., 14.02.2013, n. 20.
- ⁶ TAR Lazio, Roma, sez. III ter, 15.03.2013, n. 2720.
- ⁷ C. giust., 24.07.2003, C-280/00, *Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg*.
- ⁸ Art. 36, d.lgs. n. 50/2016, C. giust., ord. 03.12.2001, C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard c Spottrup Boligselskab*; C. giust., 07.12.2000, C-324/98, *Telaustria*; Cons. St., sez. V, 14.04.2008, n. 1600.
- ⁹ C. giust., 20.09.2001, C-453/90, *Courage*; C. giust., 13.07. 2006, C-295/04 e C-298/04, *Manfredi*.
- ¹⁰ Commissione UE, Racc. 11.06.2013, n. 3539 e Comun. 11.06.2013, n. 401.
- ¹¹ C. Stato, sez. VI, 20.07.2011, n. 4393.
- ¹² Cons. St., sez. V, 23.11.2010, n. 8151.
- ¹³ TAR Sicilia, Palermo, 29.04.2010, n. 6406.

Riferimenti bibliografici

- Alessi R. 1994, *Concorrenza I) Libertà di concorrenza*, in *Enc. giur.*, VII, Treccani, Roma: 2 sgg.
- Amato G. 2000, *Il gusto della libertà. L'Italia e l'antitrust*, Laterza, Roma-Bari.
- Barcellona M. 2010, *Funzione compensativa della responsabilità (e «private enforcement» della disciplina antitrust)*, in M. Maugeri, A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, il Mulino, Bologna: 62 sgg.
- Bernini G. 1991, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Clueb, Bologna.
- Bruti Liberati E., Donati F. 2010, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino.
- Camilli E.L., Clarich M. 2007, *Poteri quasi – giudiziali delle Autorità indipendenti*, in *Astrid*, <http://www.astrid-online.it/rassegna/2009/20_10_2009.html> (12/2016).
- Cerulli Irelli V. 2010, *“Consenso” e “autorità” negli atti delle autorità preposte alla tutela della concorrenza*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci, *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Giappichelli, Torino: 325 sgg.
- Chieppa R. 2014, *Il giudice amministrativo e il mercato: verso una nuova dimensione economica del processo amministrativo?*, in G. Pellegrino, A. Sterpa, *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Carocci, Roma: 179 sgg.
- Cintioli F. 2012, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis della legge n. 287/1990 e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2: 3 sgg.
- Clarich M. 2005, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, il Mulino, Bologna.
- Corso G. 2002, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa delle Regioni e dello Stato*, in *Dir. pubbl.*, 3: 981 sgg.
- De Lise P. 2014, *Un giudice per l'economia*, in G. Pellegrino, A. Sterpa, *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Carocci, Roma: 69 sgg.
- Denozza F., Toffoletti L. 2010, *Funzione compensatoria ed effetti deterrenti dell'azione privata nel diritto antitrust*, in M. Maugeri, A. Zoppini, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, il Mulino, Bologna: 198 sgg.
- Ghezzi F. 2012, *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, in *Riv. soc.*: 447 sgg.
- Ghidini G. 1976, *Monopolio e concorrenza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Giuffrè, Milano: 786 sgg.
- Goisis F. 2013, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21 bis L. n. 287/1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2: 471 sgg.

- Grillo M. 2007, *L'ottimalità delle sanzioni antitrust*, in AIPDA, *Annuario 2006, Analisi economica e diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano: 203 sgg.
- Irti N. 2004, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari.
- Libertini M. 2010, *La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci, *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Giappichelli, Torino: 97 sgg.
- Lopilato V. 2014, *Tutela pubblica e privata della concorrenza*, in G. Pellegrino, A. Sterpa, *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Carocci, Roma: 159 sgg.
- Nascimbene B. 2012, *L'interazione tra programmi di clemenza e azione di risarcimento nel diritto antitrust comunitario: prospettive in tema di "collective redress"*, in *Il Dir. un. eur.*, 4: 731 sgg.
- Sandulli M.A. 2012, *Introduzione ad un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricordo dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287/1990*, in *Federalismi.it*, <<http://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=20212>> (12/2016).
- Siragusa M. 2010, *Le decisioni con impegni*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci, *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Giappichelli, Torino: 385 sgg.
- Torchia L. 2013, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Merc. conc. reg.*, 3: 501 sgg.
- Trimarchi Banfi F. 2013, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 1-2: 15 sgg.
- Zoppini A. 2010, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza (Il rapporto tra autonomia contrattuale e disciplina del mercato)*, in C. Rabitti, P. Bedogni Barucci, *20 anni di Antitrust, L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, II, Giappichelli, Torino: 1095 sgg.

