

© 2008, Gius. Laterza & Figli

Prima edizione 2008

Questo libro è stato pubblicato  
con il contributo della Cattedra  
di Analisi economica del diritto  
«Franco Romani» e del Centro  
di Eccellenza in Diritto Europeo  
dell'Università di Roma Tre

a cura di  
Gustavo Olivieri  
Andrea Zoppini

## Contratto e antitrust

*Saggi di:*

Antonio Catricalà  
Philipp Fabbio  
Anna Genovese  
Mario Libertini  
Maria Rosaria Maugeri  
Vincenzo Meli  
Gustavo Olivieri  
Cristoforo Osti  
Vincenzo Zeno-Zencovich  
Andrea Zoppini

Marchetti, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova 1969; L. Montesano, voce *Obbligo a contrarre*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano 1979; L. Nivarta, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, Padova 1989; Id., *La disciplina della concorrenza. Il monopolio, in Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger (art. 2597), Milano 1992; C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino 2004; R. Sacco, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino 1993; V. Scaloja, *Il diritto di saline in tram*, in *Saggi di vario diritto*, Roma 1927, vol. I, pp. 145 sgg. (già in «Foro it.», 1905); G. Stolfa, *L'obbligo legale a contrarre*, in «Riv. dir. civ.», 1932, pp. 105 sgg.; N. Visalli, *Il contratto imposto*, in «Riv. dir. civ.», 1999, pp. 193 sgg.; S. Bastianon, *L'abuso di posizione dominante*, Milano 2001.

Sul tema del rifiuto a contrarre cfr. M. Meli, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino 2003; M. Bertani, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Milano 2004.

## Diritto «antitrust» e libertà contrattuale: l'obbligo di contrarre e il problema dell'eterodeterminazione del prezzo

di Vincenzo Meli

### 1. Diritto «antitrust» e libertà contrattuale: il dibattito statunitense

Come rileva Rudolph Peritz, nell'introduzione al suo libro su storia e retorica dell'*antitrust* statunitense, «The conventional view holds that arguments for competition policy and private property rights are complementary. After all, the very idea of competition requires the capacity to buy and sell. And if anything is a basic property right, it is the freedom to buy and sell. In short, free competition seems to depend upon freedom of contract. Although this conventional understanding seems logical, the actual historical relationship between competition policies and private property rights turns out to be less logical than rhetorical»<sup>1</sup>.

La questione della compatibilità tra disciplina giuridica del mercato e riconoscimento della libertà di contrarre non si pone in verità esclusivamente con riferimento alla legislazione sulla concorrenza; in questo campo, tuttavia, essa partecipa di un più evidente paradosso: in nome della tutela del mercato, l'intervento pubblico è qui diretto ad apporre limiti a quella libertà di concorrenza che attiene allo stesso nucleo essenziale del funzionamento del mercato. Il paradosso si precisa nella circostanza che il confine tra libertà e suoi limiti non può essere certo tracciato sulla base della direzione e degli esiti dell'esercizio della prima: essa comprende, infatti, anche il diritto di mettere in campo strategie volte a perseguire il successo a costo di provocare l'espulsione dal mercato di altre imprese. Il problema preliminare col quale si confronta il diritto della concorrenza è,

<sup>1</sup> R.J.R. Peritz, *Competition Policy in America. History, Rhetoric, Law*, Oxford-New York, 1996, p. 3. Cfr., per il dibattito politico e ideologico sulla libertà di contrarre che si sviluppò negli Stati Uniti alla fine del XIX secolo, F. Foner, *Storia della libertà americana* (1998), Roma 2000, pp. 159 sgg.

dunque, quello dell'individuazione di un criterio-guida che consenta di determinare il punto di equilibrio tra il rispetto della libertà dei singoli operatori e la repressione dell'attacco che, nell'esercizio di tale libertà, può essere condotto alla complessiva libertà del mercato? A tali termini può riportarsi, in estrema sintesi, il conflitto che ha accompagnato l'ideazione e, soprattutto, l'applicazione delle discipline *antitrust*.

La dialettica descritta si è a lungo svolta in termini alquanto differenti nel contesto statunitense e in quello europeo, storicamente caratterizzati dalla diversa forza dei principi – la tutela della concorrenza e quella della libertà del contratto – in potenziale conflitto. Si vedrà come, dal momento in cui entrambe le esperienze, con tempi diversi, pervengono al comune prevalere dell'idea che l'efficienza (nelle sue varie proposizioni) è il parametro in base al quale determinare la soluzione del conflitto, comuni diverranno anche alcune fondamentali questioni e le risposte ad esse fornite. Ciò sarà evidenziato, in particolare, con riferimento alla configurazione di obblighi di contrarre in applicazione della disciplina *antitrust*.

Negli Stati Uniti la relazione tra libertà del contratto e disciplina antimonopolistica fu al centro del dibattito, durato ben due anni, che divise il Senato americano in occasione dell'approvazione dello *Sherman Act* (1890). Da una parte, un gruppo guidato, appunto, dal Senatore Sherman, il quale, rappresentando la diffusa domanda di tutela dello *small business* contro gli abusi dei «monopolisti» (categoria allora evocata piuttosto genericamente, senza preciso collegamento al modello di mercato che proprio in quegli anni cominciava ad essere delineato dalla dottrina economica neo-classica) e dei grandi cartelli industriali, riteneva che l'approvando statuto dovesse essere esplicitamente diretto alla difesa della *free competition* e doves-

se vietare senza eccezioni tutti gli accordi restrittivi della concorrenza. Dall'altra parte, coloro i quali, ritenendo il pericolo dei cartelli non maggiore di quello di una *ruinous competition* e comunque animati da una robusta diffidenza per l'espansione del potere pubblico a scapito della libertà individuale, premevano perché la legge si mantenesse nell'alveo tradizionale della *Common Law*: sulla base di essa, non avrebbe potuto formularsi un generale giudizio di illiceità degli accordi limitativi della concorrenza, bensì un giudizio caso per caso, mirante a consentire la repressione, in via eccezionale, solamente di quegli accordi che fossero ritenuti «irragionevolmente» restrittivi del commercio.

Ne risultò, in apparenza, un compromesso. Nella definizione delle fattispecie sembra esser prevalsa la tendenza tradizionalista: può sorprendere, ma nello *Sherman Act* non compare alcun riferimento alla *competition*, apparentovi invece centrale il *restraint of trade or commerce*, e solo l'accanita resistenza degli «shermaniani» salvò, nella Section 2, il richiamo alla *monopolization*, anch'esso nel mirino dei sostenitori della continuità con la *Common Law*. Tuttavia, il sistema di *enforcement* della disciplina, approvato singolarmente senza alcun dibattito, annoverò sanzioni penali e *punitive damages*, del tutto estranei al diritto contrattuale della *Common Law*.

Per dirla ancora con Peritz<sup>3</sup>, entrò così in vigore una legge caratterizzata da *Common Law language* e *uncommon remedies*.

Appare oggi estremamente chiaro che la criminalizzazione dell'attentato al funzionamento del mercato apriva in realtà la strada all'affermazione di indirizzi valutativi di tipo nuovo, che facevano retrocedere in secondo piano ogni considerazione di principio sulla *freedom of contract* quale valore ideale e politico. Si avviava cioè quel processo che avrebbe condotto a leggere la libertà di contratto alla luce della tutela della concorrenza, e non invece il contrario; e poiché già cominciavano ad affacciarsi alla ribalta le nuove teorie di cui sui modelli di mercato (*Principles of Economics* di Alfred Marshall sono pubblicati, per singolare coincidenza, nello stesso anno

<sup>2</sup> Su tale equilibrio, cfr. la definizione di M. Gillo, *The Theory and Practice of Antitrust. A perspective in the history of economic ideas*, in «Storia del pensiero economico», 2006, fasc. 2, p. 33: «Antitrust essentially consists of a set of norms and legal principles that, in order to inhibit market power, restrict the economic agents' allowed decision set – that is, the set from which economic agents are free to choose their preferred strategy – when they interact in the marketplace. The crucial point is that, in such a way, the ultimate object of Antitrust is to enlarge the scope for socially valuable decentralisation of economic decisions, when markets are less than perfectly competitive. In other words, Antitrust law conventionally restricts, in an appropriate way, the decision set of individuals, in order that their decisional autonomy can be exalted, even in imperfectly competitive markets».

<sup>3</sup> Peritz, *Competition Policy in America*, cit. Sul tema cfr. anche H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, St. Paul, Minn., 2004<sup>3</sup>, pp. 51 sgg.; W. H. Page, *The Ideological Origins and Evolution of Antitrust Law*, in *Issues In Competition Law And Policy*, Wayne Dale Collins, ed., ABA Antitrust Section, 2005 (www.ssm.com); G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power. The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Oxford 1997, pp. 13 sgg.

del varo dello *Sherman Act*), ecco che si avviava anche quel movimento che, entro qualche decina di anni, avrebbe portato il diritto *antitrust* ad affrontare i fenomeni concorrenziali sulla prevalente (e poi esclusiva) base delle indicazioni fornite, di volta in volta, dalle teorie economiche dominanti.

In breve, a dispetto degli sforzi che la prima giurisprudenza metterà in campo per ricondurre il diritto *antitrust* alla *Common Law*<sup>4</sup>, sarà il primo a scegliere il terreno del confronto e a dettare le regole: la libertà del contratto non potrà più trovare tutela al di fuori delle valutazioni che, di volta in volta, saranno formulate dalla legge e dalla prassi *antitrust*. È da qui che prende il via quel percorso che per la definizione dei limiti di tale libertà finirà col riconoscere un ruolo crescente, e infine preponderante, agli economisti.

La storia successiva del diritto *antitrust* americano vedrà alternarsi nell'applicazione delle sintetiche norme della legge tendenze ora più liberali, ora maggiormente interventiste. In quel sistema, pur celata dietro la peculiare tecnica argomentativa divenuta il *proprium* del diritto *antitrust*, la dialettica tra difesa tradizionale della *freedom of contract* e difesa della concorrenza ha però continuato a lungo a permeare il dibattito: nelle fasi espansive dell'applicazione della disciplina la prima – pur sempre ribadita dalla giurisprudenza – è stata interpretata alla luce delle esigenze poste dalla seconda. Nelle fasi recessive, la libertà del contratto è stata nuovamente richiamata, implicitamente o esplicitamente, quale baluardo contro l'espansione dell'interventismo pubblico in funzione di tutela della concorrenza. L'ultima, almeno fino ad oggi, grande battaglia dei difensori della conformità ai canoni della *Common Law* può essere considerata quella degli economisti e giuristi aderenti alla cosiddetta Scuola di Chicago. Ma anche i *chicagoans*, che pure si sono dimostrati i più accesi e coerenti critici dell'attivismo *antitrust*, hanno dovuto accettare che lo scontro si svolgesse all'interno delle sue proprie categorie: la dialettica si è svolta interamente, cioè, sul piano della definizione di efficienza di matrice neoclassica, in un estremo tentativo di farla coincidere con i parametri di 'ragionevolezza' delle *restraints of trade* della *Common Law*<sup>5</sup>. Anzi, in diretta polemica con coloro che ri-

tenevano di anteporre un quadro di principi politici e sociali all'interpretazione delle regole, i *chicagoans* si sono rivelati i maggiori sostenitori della esclusività dell'argomentazione economica nell'applicazione del diritto *antitrust* (e non solo di esso).

La reazione all'impostazione della Scuola di Chicago, significativamente raggruppata sotto l'etichetta di Post-Chicago, non segna un ritorno al vecchio scontro tra principi, ma piuttosto un definitivo sganciamento da esso, con la proposizione in primo piano della valorizzazione della c.d. efficienza dinamica, quale valore-guida del giudizio *antitrust*, e della *game theory* quale metodologia di valutazione dei comportamenti delle imprese sul mercato e delle risposte del sistema *antitrust*<sup>6</sup>. Non mancano, tuttavia, ancor oggi autorevoli voci che mettono in guardia dal «prematuro integrare economic assumptions into legal doctrine» e secondo le quali «it is better to keep legal norms goal-oriented and general, allowing the theoretical and empirical debate to inform the fact-finders»<sup>7</sup>. L'analisi economica, dunque, quale strumento ausiliario di verifica fattuale nell'applicazione di una disciplina che abbia già chiari i propri obiettivi. Ma è l'individuazione di tali obiettivi a risultare controversa, così come non si può ignorare – e gli esempi considerati in questo lavoro lo dimostrano agevolmente – che la scelta dei modelli di analisi non è neutra rispetto ad essi. La sostanza della disputa è ben espressa ancora da Michele Grillo<sup>8</sup>: «La letteratura economica propone oggi esplicitamente che il principio di efficienza venga assunto come 'la finalità istituzionale dell'*antitrust*'. Così facendo essa introduce, nella finalità o, ancora più profondamente, nelle giustificazioni del

Economies», 3, 1960, pp. 1-44, a formulare la «efficiency of the Common law hypothesis», secondo cui le regole di *Common Law* mirano ad allocare le risorse secondo il criterio pareiano di efficienza.

<sup>6</sup> Cf. J.F. Brodley, *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress*, «N.Y.U.L. Rev.», 62, 1987, p. 1020; *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, a cura di A. Cucinotta, R. Pardolesi, R. Van den Bergh, Cheltenham 2002, e per una lettura critica dell'impianto Post-Chicago, H. Hovenkamp, *Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique*, in «Colum. Bus. L. Rev.», 2001, p. 257.

<sup>7</sup> Cf. L.A. Sullivan, W.S. Grimes, *The Law of Antitrust. An Integrated Handbook*, St. Paul, Minn., 2006<sup>2</sup>, spec. 21. In Italia, difensore di un approccio al *consumer welfare* non totalmente consegnato alle valutazioni di efficienza è F. Denozza, *Forme di mercato e tutela della concorrenza*, in *La concorrenza tra economia e diritto*, a cura di N. Lipari, I. Musu, Milano 2000, p. 217.

<sup>8</sup> M. Grillo, *Antitrust*, in «Rivista di politica economica», 2006, p. 325.

<sup>4</sup> Cf. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, cit.; E. Fox, L.A. Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust*, St. Paul, Minn., 1989, pp. 37 segg.

<sup>5</sup> È per primo R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, in «Journal of Law and

complessivo disegno istituzionale *antitrust*, una divaricazione oggettiva tra il principio morale e politico di libertà individuale e il criterio economico di efficienza (o di massimizzazione del benessere). Coloro che — prevalentemente, benché non sempre e non necessariamente, nel solco della tradizione giuridica — continuano ad assumere come riferimento il primo principio imputano all'approccio economico odierno di dimenticare che, prima di ogni buona ragione di efficienza economica, la giustificazione di un mercato decentrato coinvolge un problema radicalmente politico di libertà; mentre, per altro verso, coloro che privilegiano il criterio di efficienza sembrano sostenere, almeno implicitamente, che alla fine si risolve in una malintesa libertà quella che pretende di essere giustificata indipendentemente dalle sue implicazioni per il benessere degli individui e della società nel suo complesso».

## 2. Libertà di concorrenza e libertà contrattuale nell'esperienza europea

Ben diverso dal contesto fin qui sommariamente descritto appare quello europeo continentale, che non ha per lungo tempo conosciuto la dialettica fra libertà economiche all'opera nel sistema americano. Le ragioni risiedono nella debolezza complessiva delle garanzie di libertà, a fronte della pervasività del potere statale e dei suoi intrecci con il potere economico.

Il panorama politico ed economico di quei paesi che, sul finire del secolo XIX, si avviano sulla strada della industrializzazione non è neppure lontanamente accostabile a quello statunitense, che, al di là della retorica sul modello jeffersoniano, appare comunque spiccatamente individualista in politica e liberista in economia. In Europa (con l'importante eccezione inglese) la libertà contrattuale, pur posta al centro degli ordinamenti giuridici, viene declinata dentro sistemi economici influenzati da una tradizione di stampo colbertiano; d'altro canto, minoritaria appare quella pulsione dal basso verso la democrazia economica che abbiamo visto pervadere il contesto statunitense<sup>9</sup>.

Ciò indebolisce la spinta verso la realizzazione di un ordine concorrenziale, inteso come garanzia di libertà economica per tutti i sog-

<sup>9</sup> Cfr. Amato, *Antitrust and the Bonds of Power*, cit., pp. 43 sgg.

getti operanti nel mercato e, in assenza di uno *small business* politicamente influente, operante da contrappeso allo strapotere delle grandi imprese, la libertà contrattuale diviene comodo riparo per ogni forma di restrizione della concorrenza. Tale situazione trova del resto sanzione nella giurisprudenza dominante: celebre la decisione con la quale, nel 1897, il *Reichsgericht* dichiarò valido, in quanto espressione della libertà contrattuale, un accordo anticoncorrenziale tra produttori di legname<sup>10</sup>, dando in tal modo l'avvio a un processo di massiccia cartellizzazione dell'economia tedesca<sup>11</sup>. Guardando in casa nostra, anche la giurisprudenza italiana antecedente al codice del 1942, pur nel contesto di un'economia ben più debole, rimane in larga prevalenza — anche qui in nome di una concezione formalistica della libertà contrattuale — generalmente validi i parti limitativi della concorrenza, limitandosi a contenerli entro quegli esili confini poi trashedi nell'art. 2596 del codice civile del 1942<sup>12</sup>.

Ambiente favorevole alla libertà di concorrenza (e alla sua tutela) non è poi certo quello che, in un crescendo di nazionalismo politico e gigantismo economico, porta alla deflagrazione del primo conflitto mondiale, né, tanto meno, l'epoca che segue, con la crisi e la ricostruzione, occasioni per ulteriori restrizioni della libera concorrenza, attuate anche attraverso l'avvio di politiche di diretto intervento pubblico nell'economia. Per restare all'esempio tedesco, la

<sup>10</sup> Sent. 4 febbraio 1897, *Sächsischen Holztöf-Fabrikanten-Verein*, in «Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen», Band 38 (1897), p. 155.

<sup>11</sup> Nel 1905 in Germania si annoveravano già 38 cartelli, con più di 12.000 aderenti; nel 1911 erano circa 600; nel 1923 erano circa 1.500, alla fine della Repubblica di Weimar i cartelli erano fra i 3.000 e i 4.000!

<sup>12</sup> Per una sintesi del dibattito sul tema, cfr. M. Libertini, *sub Art. 2596 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Cendon, Torino 1991. Significativo segnale del permanere a lungo nel nostro ordinamento di una cultura poco sensibile alle ragioni della concorrenza è la sentenza Corte Cost., 2-16 dicembre 1982, n. 273, con cui viene ritenuto infondato un prospettato contrasto tra l'art. 2596 cod. civ. e l'art. 41 Cost., sulla base dell'argomentazione per cui «la libertà di concorrenza comprende pure la possibilità di autolimitazione mediante accordi, la quale non turba necessariamente il gioco della libera concorrenza, anzi talvolta può agevolarlo (come nel caso di accordi intesi ad evitare l'emarginazione di imprese più deboli e la conseguente formazione di posizioni di monopolio o di quasi monopolio ovvero di oligopolio (sic!)), da parte delle imprese più forti», anche se tale libertà va esercitata entro i limiti dettati dall'ordinamento giuridico. E da rilevare che, capovolgendo tale impostazione, l'art. 1, comma 1, della l. n. 287/1990, afferma essere tale legge, che reprime duramente le intruse restrittive della concorrenza, emanata «in attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica».

*Kartellverordnang* del 1923, rimasta comunque sostanzialmente inapplicata, fu voluta non per ridare libertà al mercato, ma per consentire, in una fase di inflazione galoppante, di attuare un controllo pubblico sui prezzi.

Il seguito è noto: se la storiografia più recente tende a ridimensionare il legame deterministico tra grandi concentrazioni industriali, crisi dello stato liberale e instaurazione del regime tirannico che aprì la strada a una nuova guerra mondiale, fu proprio la convinzione circa tale legame a indurre nell'immediato secondo dopoguerra le potenze alleate a volere che la Germania si dotasse di una legge *antitrust*.

Anche i fondatori della nuova Europa ritennero questo un passaggio essenziale per la costruzione dell'edificio comunitario, e ciò si tradusse nell'apprestamento di una disciplina ispirantesi al modello statunitense, ma, pur tuttavia, significativamente discostantesene.

### 3. La disciplina «antitrust» comunitaria e la sua tendenza regolatoria

La disciplina *antitrust* comunitaria, creata in funzione strumentale al processo di edificazione del mercato comune, risente anch'essa del contesto complessivamente dirigitistico in cui si colloca<sup>13</sup>.

Gli obiettivi dell'*antitrust* comunitario appaiono, fin dall'inizio, vari e talvolta contraddittori, convivendo tra di essi la promozione dell'integrazione tra i mercati nazionali, la tutela delle piccole e medie imprese, l'equità nei rapporti contrattuali, la tutela dei consumatori, la tutela ambientale, il perseguimento di disegni di politica industriale, ecc. Ne deriva una sostanziale utilizzazione dello strumento *antitrust* quale elemento di una *politica* della concorrenza, più che di una *polizia* della concorrenza. Tutto ciò, riassunto ricorrentemente in un generico richiamo al già vago (non)modello della *workable competition*, si riflette in un impianto normativo con spiccate caratteristiche regolatorie. Si intende dire che piuttosto che manifestazione del confronto tra libertà e autorità, in cui la seconda svolge una funzione di limite esterno alla prima, si assiste a una tendenziale compressione dell'autorità nella determinazione degli indirizzi secondo cui la libertà può essere esercitata.

<sup>13</sup> Cfr. ancora Amato, *Antitrust and the Bounds of Power*, cit., pp. 46 sgg.

Tale tendenza permea tutte le parti della disciplina *antitrust* comunitaria.

Il regime delle intese restrittive della concorrenza si è a lungo caratterizzato, ad esempio, per un giudizio in due fasi, dedicate, rispettivamente, alla valutazione della legittimità concorrenziale e della convenienza economica dell'intesa. Un sistema che, così come era posto in applicazione attraverso il Reg. n. 17/62 (ora superato dal Reg. 1/03, emanato per 'modernizzare' l'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato), si fondava su un giudizio generale di illiceità di *ogni* accordo restrittivo della concorrenza e accentrava in un'attività politico-amministrativa, quale è la Commissione, il potere di derogare singolarmente all'applicazione del divieto<sup>14</sup>. Mentre dunque nel sistema statunitense, con un unico giudizio di legittimità concorrenziale, ci si è sempre limitati a dichiarare leciti o illeciti *tout court* gli accordi restrittivi della concorrenza (ora con un giudizio *per se*, ora attraverso una valutazione improntata a una *rule of reason*), il sistema comunitario, articolato su tale doppio giudizio di illegittimità *per se*/esentabilità (temporanea) dal divieto, ha favorito l'esercizio di un potere di indirizzo nella formulazione dei contenuti contrattuali. Anzi, a un certo punto la Commissione è stata autorizzata a emanare regolamenti (ora sostituiti dal generale Regolamento n. 2790/99 in tema di restrizioni verticali<sup>15</sup> e da un paio di regolamenti in materia di cooperazione orizzontale), nei quali si è indicato preventivamente e in via generale alle imprese quali clausole contrattuali erano da considerarsi esentabili e quali non. Con ciò si è finito con l'andare al di là dell'effetto voluto, provocando una diffusa conformazione delle prassi contrattuali a modelli sostanzialmente eterodeterminati.

Quanto alla repressione dei comportamenti unilaterali, la distanza dal sistema statunitense e dal suo sofferto bilanciamento tra libertà è apparsa ancora più evidente. Il divieto di *monopolisation*, e ancor più quello dell'*attempts to monopolize*, della Sec. 2 dello *Sher-*

<sup>14</sup> Come è noto, il Regolamento n. 1/2003, sostituendo il regime della eccezione legale a quello dell'autorizzazione in deroga, ha praticamente, se non formalmente, eliminato tale doppio passaggio valutativo e ha eliminato la competenza esclusiva della Commissione, estendendola alle autorità amministrative e giudiziarie degli Stati membri.

<sup>15</sup> Nel campo delle restrizioni verticali, il solo regolamento per categoria rimasto in vita, e anzi rinnovato, è quello in materia di distribuzione degli autoveicoli (attualmente, Reg. n. 1400/2002).

*man Act*, riguardano potenzialmente i comportamenti anticoncorrenziali di tutte le imprese, rifuggendosi in quel sistema da una valutazione standardizzata del *market power*<sup>16</sup>, inoltre, l'azione *antitrust* mira esclusivamente a contrastare le strategie escludenti, non lo sfruttamento del mercato e per tale ragione esclude la possibilità di intervenire direttamente sulle condizioni contrattuali praticate alle controparti dall'impresa dotata di potere economico<sup>17</sup>.

Nel sistema comunitario, invece, il potere economico rilevante per il controllo dei comportamenti unilaterali viene cristallizzato nella fattispecie della posizione dominante e l'impresa che la detiene è esplicitamente sottoposta a un regime di sorveglianza speciale, affermandosi una sua «speciale responsabilità in ragione della quale le è fatto divieto di porre in essere qualsiasi comportamento atto a ridurre la concorrenza o ad ostacolarne lo sviluppo nei mercati in cui, proprio per il fatto che vi opera un'impresa dominante, il grado di concorrenza è già ridotto»<sup>18</sup>. Pur non essendo, dunque, in via di principio vietati l'acquisizione, il mantenimento o il rafforzamento di una posizione dominante, l'impresa che la detiene appare sostanzialmente dotata di un diritto di iniziativa economica minorato rispetto ad ogni altra impresa sul mercato; inoltre, l'intervento *antitrust* è in principio ammesso anche contro lo sfruttamento del mercato e, pertanto, può spingersi fino alla valutazione delle condizioni contrattuali praticate dall'impresa dominante<sup>19</sup>. Sorvoliamo sul fat-

<sup>16</sup> Cf. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, cit., pp. 285 segg., sulle ambiguità interpretative indotte dal *test* giurisprudenziale della «dangerous probability of success» nei casi di *attempts to monopolize*.

<sup>17</sup> Cf. *Berkey Photo vs Eastman Kodak Co.*, 603 F. 2d 263-2d Cir. 1979 - cert. denied, 444 U.S. 1093 (1980), che negò ogni possibilità di controllo sulla 'ragionevolezza' dei prezzi. In tema di accordi, ma sancendo un principio di portata generale, la Corte Suprema, nel caso *Uta. States vs Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392, 397-398 (1927), aveva già affermato: «In the absence of express legislation, requiring it, we should hesitate to adopt a construction making the difference between legal and illegal conduct in the field of business relations depend so uncertain a test whether prices are reasonable - a determination which can be satisfactory only after a complete survey of our economic organization and a choice between rival philosophies». Cf. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, cit., pp. 18, 273.

<sup>18</sup> Così Corte di Giustizia, 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann La Roche/Commissione*, in «Racc.», 1979, p. 461.

<sup>19</sup> Il modello ha le sue radici, com'è noto, nella legislazione tedesca (il *GWB, Gesetz gegen Wettbewerbschikanen*, entrato in vigore il 1° gennaio 1958, ma frutto di un'elaborazione risalente, che ne colloca la genesi in una fase ben anteriore al Trattato di Roma del 1957 e anche al Trattato CECA del 1951). L'ispira-

to che, per le critiche cui è stato sottoposto, non meno che per le sue insormontabili difficoltà di gestione, a tale strumento si è ricorsi raramente nella prassi e con risultati che non hanno generalmente retto al vaglio dei giudici; resta il fatto che esso risulta contemplato nel Trattato.

Quanto fin qui rilevato consente di evidenziare come il diverso ruolo giocato dalla dialettica tra libertà nella costruzione della tutela *antitrust* si sia tradotto nel contesto europeo in una maggiore inclinazione a conformare l'azione delle imprese anche attraverso forme di eterodirezione dell'attività contrattuale, il cui fondamento non è apparso sempre chiaro.

È vero, tuttavia, che nella più recente fase di applicazione, il diritto comunitario sembra avere ridotto le distanze dal modello statunitense.

Ciò è avvenuto soprattutto in virtù del suo affiancamento da talune esigenze politiche contingenti, legate alla fase di formazione del mercato unico, e, come conseguenza, di un più marcato accostamento all'analisi economica quale metodologia per la determinazione di quel punto di equilibrio tra la libertà individuale e la tutela del mercato del quale si è già detto. Il risultato è stata la propensione ad abbandonare certe tendenze regolatorie, per ridare libertà di autodeterminazione alle imprese. I precetti *antitrust* tendono dunque a riassumere una funzione di limite esterno all'agire dei privati, in nome di obiettivi di efficienza (naturalmente, anch'essi discutibili, ma che dovrebbero essere quanto meno verificabili), piuttosto che ad agire con finalità di conformazione a obiettivi, non sempre trasparenti, di politica economica.

Nell'ambito del diritto delle intese restrittive della concorrenza si sono così registrati importanti mutamenti, rappresentati dal superamento del meccanismo dell'autorizzazione in deroga (con competenza esclusiva della Commissione), in favore di un sistema di ecce-

zione originaria è infatti fornita dalle tesi elaborate, a partire dagli anni Venti del secolo scorso, dagli studiosi ordo-liberali - Eucken e Böhm in primo luogo - della c.d. Scuola di Friburgo, secondo i quali la disciplina *antitrust* avrebbe dovuto mirare a preservare l'ordine concorrenziale anche ricorrendo a un intervento correttivo di prezzi e condizioni praticati dalle imprese in posizione dominante (come fu detto sarcasticamente dai critici dell'idea ordo-liberale, si passava così dal *competitive order alla ordered competition*). Sul tema cf. D. J. Gerber, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism. Competition Law and the 'New' Europe*, in «Am. Journ. of Comparative Law», 42, 1994, p. 24.

zione legale, nonché dalla sostituzione dei regolamenti di esenzione per categoria con il ricordato unico regolamento generale, mirante a graduare la valutazione di liceità degli accordi sulla rilevanza economica delle imprese partecipanti.

Nell'ambito degli abusi di posizione dominante, poi, il clamoroso fallimento della *Ergebniskontrolle* nell'ambito dell'esperienza *antitrust* tedesca, così come la contrarietà delle dottrine economiche dominanti alla repressione di c.d.d. abusi di sfruttamento, ha indotto ad abbandonare tale forma di intervento sulle condizioni contrattuali. Il *Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, diffuso dalla DG Competition alla fine del 2005<sup>20</sup>, che dovrebbe approdare a una Comunicazione della Commissione, evidenza, da un lato, l'intenzione di concentrarsi sugli abusi «escludenti», tralasciando lo sfruttamento della posizione dominante, dall'altro quella di incrementare il ricorso all'analisi economica degli effetti concreti delle pratiche.

Il secondo profilo è certamente quello destinato a porre i maggiori interrogativi e, prevedibilmente, a costituire oggetto di aspro dibattito, proprio per la ricordata controversia sul ruolo dell'analisi economica rispetto alla determinazione delle finalità dell'intervento. Non si può, in effetti, ignorare il rischio che la sostituzione del generico riferimento alla «concorrenza efficace», *bon à tout faire*, che ha retto un'applicazione *multipurpose*<sup>21</sup> del diritto *antitrust* comunitario, con la semplice indicazione di uno strumento analitico avvenga al di fuori dell'esplicitazione dei fini perseguiti e apra la strada all'imprevedibilità, per le imprese, degli orientamenti applicativi.

Il rischio non è sfuggito agli organi deputati all'applicazione del diritto della concorrenza: man mano che ha proceduto nel suo disegno di aggiornamento del diritto *antitrust* comunitario, la Commissione ha avvertito la necessità di intensificare l'emancipazione di comunicazioni interpretative, che ormai coprono quasi per intero le aree di intervento.

<sup>20</sup> Cfr. l'indirizzo <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>.

<sup>21</sup> Cfr. M. Ricolfi, *Antitrust*, in N. Abriani, G. Cortino, M. Ricolfi, *Diritto industriale*, vol. II del *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cortino, Padova 2001, pp. 547 sgg. e il mio *Rifinito unilaterale di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto «antitrust» comunitario*, Torino 2003, pp. 26, 35 sgg.

#### 4. L'obbligo di contrarre quale fattispecie «antitrust»

La legislazione *antitrust* ha esclusivamente finalità repressive. Anche in questo essa differisce dall'attività regolatoria<sup>22</sup>. Pertanto, normalmente l'intervento sui contratti che ne costituiscono violazione si traduce in un divieto di concluderli o di mantenerli in vita; divieto che può riguardare anche singole clausole. Non è escluso, certo, che un giudizio di anticoncorrenzialità possa tradursi nell'ordine, all'impresa (o alle imprese) destinataria, di porre in essere determinate azioni, che possono interessare anche la sfera contrattuale. Ma si tratta di imprecisione che attiene alla sfera dei rimedi a comportamenti accertati, che costituiscono violazione di obblighi di *non facere*<sup>23</sup>.

In un solo caso la disciplina *antitrust* contempla la sanzione di un'assenza di attività, traducendosi nella previsione di un obbligo di *facere*: ciò avviene quando è sanzionato un rifiuto di contrattare. Tale circostanza può verificarsi allorché il rifiuto sia concentrato (ma in questo caso oggetto del giudizio di anticoncorrenzialità è l'accordo diretto al rifiuto, più che questo in sé, che può rilevare come suo oggetto o effetto), ovvero quando questo sia unilateralmente opposto da un'impresa in posizione dominante (*unilateral refusal to deal*).

Può apparire singolare, ma nella gestione di tale fattispecie, certamente quella in cui il contrasto tra libertà contrattuale e tutela del sistema concorrenziale si fa più stridente, e i limiti fra *antitrust* e regolazione si assottigliano, il diritto comunitario si accomuna a quel-

<sup>22</sup> Per una distinzione strutturale fra *antitrust* e *regulation*, cfr. Grillo, *The Theory*, cit., secondo il quale il primo «consists in setting 'rules' – that define, under general circumstances, the firms' allowed decision set – deemed to be adequate to deal with general cases» mentre nella seconda «a 'collective' decision substitutes for the result of decentralised market decisions».

<sup>23</sup> L'art. 3 del Reg. 1/03 dispone che «Se la Commissione constata, in seguito a denuncia o d'ufficio, un'infrazione all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato, può obbligare, mediante decisione, le imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata. A tal fine può imporre loro l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa. I rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale». Non v'è dubbio che la Commissione, con il solo limite del rispetto del principio di proporzionalità, possa imporre comportamenti attivi; cfr. C.S. Kerse, N. Khan, *EEC Antitrust Procedure*, Oxford 2005, pp. 334 sgg.



lo statunitense. Da quest'ultimo esso ha anzi, in epoca piuttosto recente, mutuato soluzioni e genere di approccio, finendo con il dividerne taluni problemi di *enforcement*.

La regola generale affermata dalla giurisprudenza comunitaria è che neppure sull'impresa dominante incombe un generale obbligo di contrarre<sup>24</sup>. È tuttavia chiaro che la speciale responsabilità che grava su tale impresa ha finito, soprattutto in passato, col consentire l'imposizione ad ampio raggio di un divieto di rifiutare *ab initio* o interrompere rapporti contrattuali con altre imprese in posizione di debolezza. Il divieto ha così conosciuto varie applicazioni, difficilmente riconducibili a un criterio unitario. Sono stati così sanzionati rifiuti funzionali a un processo di integrazione verticale dell'impresa dominante<sup>25</sup>; rifiuti ingiudicati in una strategia di punizione di un distributore infedele<sup>26</sup>; rifiuti miranti a mantenere o estendere una posizione dominante su mercati contigui<sup>27</sup>; rifiuti miranti a elevare i costi di un concorrente<sup>28</sup> e così via.

Non v'è dubbio che un'assenza di chiarezza dei criteri di imposizione di obblighi di contrattare renda poco leggibili gli interventi in chiave di efficienza e li lasci dunque scoperti sotto l'aspetto della giustificazione del sacrificio della libertà contrattuale<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Cf., ad esempio, Corte di Giustizia, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG vs Mediaprint*, Causa C-7/97, in «Racc.», 1998, I-07791. Nella giurisprudenza della Supreme Court tale principio è sancito innanzitutto in *United States vs Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307 (1919), secondo cui «[I]n the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the [Sherman] act does not restrict the long-recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal».

<sup>25</sup> Corte di Giustizia, 6 marzo 1974, *Istituto Chimioterapico Italiano s.p.a. e Commercial Solvents Corp. vs Commissione*, cause riun. 6 e 7/73, in «Racc.», 1974, p. 223.

<sup>26</sup> Corte di Giustizia, 14 febbraio 1978, *United Brands/Commissione*, causa 27/76, in «Racc.», 1978, p. 207, id., 31 maggio 1979, *Magin Kassaregister vs Commissione*, causa C-22/78, in «Racc.», 1979, p. 1869.

<sup>27</sup> Corte di Giustizia, 3 ottobre 1985, *S.A. Centre Belge de l'Indes de marché - Télémarketing (CBEM)/SA Compagnie Luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e SA Information publicitè Benelux (IPB)*, in causa 311/84, in «Racc.», 1985, p. 3261.

<sup>28</sup> Corte di Giustizia, 13 dicembre 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones vs GB-INNO-BM SA*, causa 18/88, in «Racc.», 1991, I-5941.

<sup>29</sup> Questo è il timore manifestato da Grillo, *Antitrust*, cit., nei confronti della possibile tendenza a una determinazione caso per caso della fattispecie di violazione della legge *antitrust*, che trasformerebbe i suoi interventi in senso regolativo.

Il trattamento del rifiuto di contrattare ha negli ultimi anni conosciuto però un tentativo compiuto di razionalizzazione. Ciò è avvenuto in corrispondenza dei processi di liberalizzazione che hanno spazzato via consolidate situazioni di monopolio, detenute da imprese pubbliche o comunque investite di privilegi pubblici, affermando nuove possibilità di accesso in regime di concorrenza ad attività in precedenza riservate<sup>30</sup>. Le istituzioni, comunitarie e nazionali, incaricate di dare seguito al nuovo corso, si sono però trovate a dover affrontare ostacoli residuati dai precedenti regimi di esclusiva: in particolare, quello rappresentato dalla permanenza, in capo agli ex monopolisti legali, di posizioni di dominio, adesso di fatto, sui mercati liberalizzati, generate spesso dal controllo esclusivo di nodi essenziali per l'esercizio delle attività in questione (ad esempio, la rete telefonica). Il problema è stato affrontato in primo luogo con gli strumenti del diritto *antitrust*, per essere poi anche assunto tra i contenuti di un'attività di regolazione resasi spesso inevitabile.

Le Autorità *antitrust* hanno così fatto ricorso a una metodologia affermatasi nell'ambito dell'esperienza statunitense, denominata *essential facilities doctrine*, cioè teoria delle infrastrutture essenziali<sup>31</sup>. Metodologia che, peraltro, ha suscitato in quel sistema non poche perplessità e critiche<sup>32</sup>, si è, in particolare, manifestato il timore che l'imposizione di obblighi di condivisione di una risorsa per la quale sono stati effettuati investimenti possa avere effetti disincentivanti sulla stessa attività innovativa, aiutando, allo stesso tempo, imprese meno efficienti ad avvalersi di assets che altri ha creato e che esse, proprio per la loro minore efficienza, sono state incapaci di creare.

<sup>30</sup> Sul tema, si permetta di richiamare il mio *Rifuto unilaterale di contrattare*, cit., e *L'essential facilities doctrine nel diritto «antitrust» comunitario e i suoi problemi operativi*, in *Studi in onore di Gerhard Schröder*, Milano 2005, p. 395; cfr. anche C. Orsi, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino 2004.

<sup>31</sup> La prima pronuncia in cui si applica esplicitamente la *essential facilities doctrine* a un caso di rifiuto unilaterale è *Flecht vs Pro Football, Inc.*, 570 F. 2d 982 (D.C. Cir. 1977), cert. denied, 436 U.S. 956 (1978). Nel caso *Verizon Communications, Inc. vs Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004), la Corte Suprema sembra però aver preso le distanze da tale metodo. Anche se la Corte ha sottolineato la peculiarità del contesto in cui si era sviluppata la controversia (accesso alle reti locali di telecomunicazione, soggetto a disciplina regolatoria federale e statale), essa ha anche in generale paventato il rischio di disincentivo a investire connesso con l'imposizione della condivisione di risorse per le quali sono stati effettuati investimenti.

<sup>32</sup> Cf., *ex multis*, P. Areeda, *Essential Facilities: An Epitaph in Need of Limiting Principles*, in «Antitrust L. J. Developments», 1989, vol. 58, p. 841.

Secondo la teoria, nella versione fornita dalla Corte di Giustizia<sup>33</sup>, un rifiuto di dare accesso a una risorsa detenuta dall'impresa in posizione dominante è abusivo a) se non è giustificato; b) se la risorsa è condivisibile senza danno per l'impresa che la detiene; c) se la risorsa è indispensabile per svolgere un'attività economica; d) se essa non è duplicabile da un'impresa efficiente; e) se il rifiuto elimina del tutto la concorrenza sul mercato per accedere al quale la risorsa rappresenta un *input*, appunto, essenziale.

Il metodo è stato applicato a tutti i casi di rifiuto di contrattare, quale che sia la risorsa oggetto del rifiuto, comprendendovi l'estrema ipotesi in cui il rifiuto riguarda la concessione di una licenza su diritti di proprietà intellettuale. In quest'ultimo caso, tuttavia, la necessità di non vanificare la funzione di incentivo all'innovazione che è alla base del riconoscimento legislativo di tali diritti ha indotto a precisare ulteriormente i presupposti per l'applicazione del metodo: non basta, infatti, che il rifiuto elimini la concorrenza, ma è necessario che esso ostacoli l'emergere di un *prodotto nuovo* per il quale esiste una domanda potenziale da parte dei consumatori<sup>34</sup>.

La verità è che, così come è avvenuto anche nel sistema statunitense, al superamento dell'incerta prospettiva della *workable com-*

<sup>33</sup> Corte di Giustizia, 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG vs Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG*, causa C-7/97, in «Racc.», 1998, I-7791. Nella prassi dell'Autorità italiana, cf. i provv. A298, del 14 novembre 2002, *ONI e altri/Cantieri del Mediterraneo*; A358, del 15 febbraio 2006, *ENI - Trans Tunisian Pipeline*; A363, dell'8 febbraio 2006, *Glaro - Principi attivi*; A364, del 15 giugno 2005, *Merck - Principi attivi* (misure cautelari).

<sup>34</sup> Il principio è stato per la prima volta affermato in un caso che vedeva le tre principali emittenti televisive nordlandesi rifiutarsi di fornire le liste dei propri programmi televisivi a un editore che intendeva pubblicare una guida. TV omni-comprendiva (cf. Commissione, 21 dicembre 1988, 89/205, *Magill TV Guide/ITP, BBC e RTE*, in «GU», n. L078, del 21 marzo 1989, p. 43; Tribunale di primo grado CE, 10 luglio 1991, *RTE/Commissione*, T-69/89, in «Racc.», 1991, II-485 e *ITP/Commissione*, T-76/89, in «Racc.», 1991, II-575; Corte di Giustizia, 6 aprile 1995, *Radio Televis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP)/Commissione CE*, cause riun. C-241/91P e C-242/91P, in «Racc.», 1995, I-743). Il principio è stato più recentemente confermato dalla Corte di Giustizia con la pronuncia pregiudiziale 29 aprile 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG/NDCC Health GmbH & Co. KG*, causa C-418/01, in «Racc.», 2004, p. 5039 e dal Tribunale di primo grado CE (grande sezione), 17 settembre 2007, *Microsoft Corp. contro Commissione delle Comunità europee*, T-201/04, in «Racc.», 2007.

Sulle relazioni fra tutela della proprietà intellettuale e tutela della concorrenza, cf., da ultimo, M. Ricolfi, *Is There an Antitrust Antidote Against IP Overprotection within TRIPs?*, in «Marq. Intellectual Property L. R.», 10, 2006, p. 305.

*petition* e all'indebolimento delle teorie ruotanti intorno al concetto di efficienza allocativa, ha fatto riscontro un maggiore interesse per i profili dinamici del mercato, traducendosi in termini di perseguimento di quell'efficienza innovativa, le cui radici teoriche si tendono oggi a individuare in Schumpeter e nella c.d. Scuola Austriaca (che, per la verità, erano assolutamente ostili a ogni correttivo pubblico, ivi compreso quello di tipo *antitrust*)<sup>35</sup>.

È qui che, come detto, i percorsi dell'*antitrust* americano e di quello europeo hanno finito con il convergere: l'esercizio della libertà di contrarre (o, meglio, di *non* contrarre) da parte delle imprese dotate di potere di mercato viene giudicato sulla base della sua idoneità a intralciare lo sviluppo dell'innovazione. Si è davvero quanto mai lontani dalla ricerca di un bilanciamento tra libertà, tutta intera a una dimensione autonoma del precetto legale: la valutazione si incentra esclusivamente sulla ponderazione tra il rischio di disincantare gli investimenti in innovazione dell'impresa che detiene la risorsa e l'esigenza di consentire che ulteriori processi innovativi siano sviluppati da altre imprese sullo stesso o su altri mercati.

##### 5. Il problema dell'eterodeterminazione delle condizioni contrattuali

Quando l'individuazione di profili di anticoncorrenzialità riguarda un rifiuto di contrarre, la questione del rapporto tra applicazione del diritto *antitrust* e libertà contrattuale incappa in un ulteriore snodo critico, che è quello della formulazione dell'ordine di cessazione del comportamento anticoncorrenziale, che segue all'accertamento della violazione. Ordine che, essenzialmente, riguarda l'avvio di quell'attività negoziale alla quale l'impresa dominante si era sottratta; nelle esperienze *antitrust* comunitarie e nazionali spesso tale ordine viene formulato in termini ultimativi, accompagnato da scadenze e dall'ingiunzione di fornire informativa all'autorità procedente su modalità previste e stato di esecuzione dell'obbligo imposto. La stessa esigenza di garantire l'attuazione della decisione sembra rendere però più irrinunciabile anche un intervento *nel* contratto. Laddove, infat-

<sup>35</sup> Per un'efficace espressione di tali idee, cf. I.M. Kirzner, *Competition and Entrepreneurship*, Chicago 1973. Per la definizione dell'efficienza innovativa cf. Brodley, *The Economic Goals of Antitrust*, cit.; W. Baumol, *The Free Market Innovation Machine*, Princeton 2002, spec. pp. 151 sgg. Cf. anche le considerazioni di Gillo, *The Theory*, cit.

ti, all'imposizione all'impresa dominante di un obbligo di contrarre non si accompagnasse l'indicazione delle condizioni alle quali il contratto deve essere concluso, l'impresa potrebbe determinarne in modo da ottenere lo stesso effetto di un rifiuto.

In realtà, i termini in cui tale questione deve essere posta appaiono tutt'altro che scontrati e gli stessi timori che hanno accompagnato l'approccio al *refusal to deal* secondo l'*essential facilities doctrine* si sono riaffacciati — e, anzi, rafforzati — allorché si è passati a valutare la questione delle condizioni alle quali la risorsa *bottleneck* deve essere posta in condivisione dal suo detentore. Ci si è chiesti, infatti, se il controllo delle condizioni di accesso a una risorsa detenuta in monopolio debba limitarsi a impedire che l'accesso venga surrettivamente negato (concetto già di non facile traduzione), o debba invece spingersi ad assicurare che essa sia messa a disposizione a condizioni 'egue' (con tutto il bagaglio di incertezza che tale espressione reca con sé).

È evidente che anche con riferimento a tale questione la risposta non può prescindere dal modello di concorrenza da tutelare e, quindi, dagli obiettivi dell'intervento *antitrust*: dal momento in cui l'efficienza diviene criterio alla luce del quale definire fondamento e limiti di interventi indubbiamente restrittivi della libertà contrattuale, non si può più sorvolare sul genere di efficienza rispetto al quale valutare la congruità dell'intervento, cioè fondarne la legittimità<sup>36</sup>.

Neppure il diritto *antitrust* statunitense ha potuto sottrarsi a tali dubbi e in quel contesto sono emersi profili di possibile contraddizione tra l'impianto proefficientistico accolto quale metro di valutazione delle violazioni e della loro repressione e l'intervento correttivo sulle condizioni del contratto imposto. In generale, può dirsi che sul tema si è per lo più riscontrata una frattura tra la dottrina e le corti. Queste ultime, che pure, come si è già sottolineato, hanno costantemente negato che si possa controllare la 'ragionevolezza' del prezzo praticato dall'impresa dominante, ritengono generalmente che laddove il diritto *antitrust* voglia garantire l'accesso a una risorsa

essenziale per competere, esso non può rinunciare a imporre che tale accesso sia assicurato *on fair terms*<sup>37</sup>. La preoccupazione alla base di questa posizione è comprensibile: qui non si tratta di evitare uno sfruttamento del mercato, bensì di impedire un pregiudizio concorrenziale in danno degli accedenti-concorrenti dell'impresa che detiene la risorsa-*bottleneck*. In dottrina, invece, si è registrato un fermo richiamo alla coerente applicazione del principio per cui il diritto *antitrust* non può guardare nel contratto, per imporre correzioni al suo contenuto<sup>38</sup>. La ragione di tale critica è duplice e anch'essa comprensibile: da un lato, si ritiene che all'applicazione di un metodo che, se utilizzato incautamente, già pone di per sé a rischio incentivi a investire, non può aggiungersi la depressione del diritto dell'impresa titolare della risorsa di trarre adeguata remunerazione dagli investimenti effettuati<sup>39</sup>; dall'altro, si manifesta il timore che così si finisca con l'attribuire improprie funzioni regolatorie allo strumento *antitrust*<sup>40</sup>. Il tema è anzi tra quelli che periodicamente riaccendono la generale discussione sui rapporti fra *antitrust* e regolazione.

Apparentemente, nessun problema di coerenza sistematica dovrebbe porsi nell'ordinamento comunitario, che, come si è visto, prevede anche il controllo dei prezzi 'non equi' praticati dall'impresa dominante. Infatti, nella definizione dello statuto giurisprudenziale della *essential facilities doctrine* l'affermazione per cui l'accesso alla risorsa debba essere consentito a condizioni *egue* e non discriminatorie appare tratlazio, e pochi si chiedono se il superamento della stessa logica che conduceva al giudizio sull'equità dei prezzi non imponga di affrontare la questione con metodi nuovi. Ancora una volta, non è in questione la libertà dell'impresa monopolista quale valore astrattamente considerato: il problema è, invece, in che modo, una volta fondata sulla base di valutazioni efficientistiche (il pregiudizio all'innovazione come limite entro cui va iscritto il rispetto della libertà dell'impresa) la negazione della libertà di *non* contrarre, si possa contemperare, alla luce dei medesimi criteri efficientistici, l'interesse al massimo sviluppo di una concorrenza nel

<sup>36</sup> È significativo che la Corte Suprema, nei casi in cui si è mostrata critica con una disinvolta imposizione di accessi a risorse detenute in esclusiva, pur enfatizzando l'importanza della «freedom to switch suppliers», ha sempre più collegato il giudizio alla coerenza con le finalità stesse della legge *antitrust* (cfr., ad esempio, *Nymex Corp. vs Discov, Inc.*, 525 U.S. 128, 131, 1998; *Verizon Communications Inc. vs Law Offices of Curtis V. Trinko*, cit.).

<sup>37</sup> Cfr., per tutte, *Hecht vs Pro-Football, Inc.*, cit.

<sup>38</sup> Areeda, *Essential Facilities*, cit.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> Cfr., in tal senso, G.J. Werden, *The Law And Economics of the Essential Facilities Doctrine*, in «St. Louis Univ. L. J.», 32, 1987, pp. 453, 479 sg.

mercato e il diritto dell'impresa a ricevere un'adeguata remunerazione degli investimenti, che si traduce in generale incentivo a investire in innovazione.

Va, per inciso, detto che, in tutta la prima fase di applicazione dell'*essential facilities doctrine* in ambito comunitario, la insufficiente considerazione del tema è stata certamente motivata dalla circostanza che le *facilities* in questione non fossero frutto di autonomi investimenti delle imprese che le detenevano, bensì grazioso lascito della loro precedente posizione di monopolisti legali. Superata quella fase, in cui pochi dubbi sussistono che la disciplina *antitrust* abbia operato in funzione di supplenza di una regolazione ancora di là da venire, il problema si propone in termini analoghi a quelli sviluppati nell'ambiente statunitense.

Pochi chiarimenti in merito ci fornisce l'esperienza *antitrust* comunitaria di applicazione dell'art. 82 (già 86) (e certo nessun ausilio forniscono i deludenti esiti della lunga controversia in tema di determinazione del prezzo 'equo', sviluppatasi con riferimento alla *Erbiskontrolle*)<sup>41</sup>, mentre se si guarda alla specifica materia del *refusal to deal*, la prassi evidenzia come la fissazione del prezzo al quale l'accesso alle risorse essenziali deve essere assicurato sia generalmente affidata a un'attività di contrattazione svolta sotto la vigilanza della Commissione in sede di esecuzione delle decisioni<sup>42</sup>. In una sua presa di posizione generale<sup>43</sup>, la Commissione, pur esprimendosi in modo ambiguo, sembra tuttavia propendere per la non inammissibilità, di per sé, del prezzo di monopolio in sede di trasferimento delle risorse essenziali; essa afferma, infatti, che l'impresa detentricice della risorsa non deve essere privata dei vantaggi della priorità della *essential facility*, incluso il profitto, e che finalità del controllo non è condannare l'elevato livello dei prezzi praticati dall'impresa dominante, bensì solamente «the behavior of the dominant company designed to preserve its dominance, usually directed against competitors or new entrants who would normally bring

<sup>41</sup> Cfr. il mio *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi «non equi»*, Milano 1989, p. 55 sgg., 131 sgg.

<sup>42</sup> Per alcuni significativi esempi, si rinvia al mio *L'«essential facilities doctrine» nel diritto «antitrust» comunitario*, cit.

<sup>43</sup> Nota della Commissione, *Defining what is legitimate competition in the context of companies' duties to supply competitors and grant access to essential facilities*, presentata all'OCSE in occasione del Working Party No. 2 on Competition and Regulation, 6 febbraio 1996.

about effective competition and the price level associated with it [...] It is not the Commission's task to decide either the level of prices or which criteria should govern the setting by the dominant firm of its prices; its duty is to ensure that these are applied in a non-discriminatory and objective way».

Il problema è reso più spinoso dalla circostanza che di ragionevolezza si parla anche con riferimento alle controprestazioni per le licenze su diritti di proprietà intellettuale. Nella sentenza Volvo<sup>44</sup>, la Corte nega che sia abuso di posizione dominante il rifiuto di un titolare di un brevetto per modello ornamentale, su parti componenti della carrozzeria di un'autovettura, di concedere a terzi licenza per la fornitura di pezzi che incorporino il modello «sia pure in contropartita di un ragionevole compenso». È evidente che la ragionevolezza non può escludere, in questi casi, che il titolare del diritto debba percepire quel profitto supracompetitivo che è ragione stessa del riconoscimento di un ambito di esclusiva.

Ma al di fuori di tale ambito, il problema indubbiamente si propone, ed esso non appare certo esclusivo del diritto *antitrust*, essendosi già posto in tutti i casi in cui si è dovuto applicare un regime regolatorio in mercati relativi a *public utilities*<sup>45</sup>. Il principio che è costantemente emerso nel contesto delle discipline di fonte comunitaria in materia di liberalizzazioni è quello per cui i prezzi (o tariffe) per l'utilizzazione della risorsa che permangono in monopolio (la rete primaria di vettoramento del gas, le linee fisse di telecomunicazione, gli elettrodotti ecc.) devono essere determinati dai regolatori secondo criteri *cost-oriented*.

È agevole comprendere – e riportare nell'ambito *antitrust* – le esigenze di segno opposto che il legislatore prima e il regolatore poi si sono trovati a dover considerare. Da un lato, evitare una sostanziale espropriazione della risorsa, che detterebbe dal mancato riconoscimento della copertura dei costi affrontati per apprestarla e gestirla: si otterrebbe, infatti, un risultato sicuramente inefficiente. Dall'altro, impedire che i detentori esclusivi di risorse rappresentanti monopolio naturali facciano leva sulla loro posizione di *incumbents* per creare barriere all'ingresso di nuove imprese; ma qui la questione si pre-

<sup>44</sup> Corte di Giustizia, 5 ottobre 1988, causa 238/87, *AB Volvo vs Erik Veng*, in «Racc.», 1988, p. 6211, punto 11.

<sup>45</sup> Cfr. P. Fattori, M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna 2004, p. 157.

senza più sottile, perché, se è in principio certo che, una volta ritenuta efficiente l'imposizione di un accesso a una risorsa essenziale non se ne possa consentire una indiretta negazione — e qui non si questionerebbe della legittimità del prezzo di monopolio, bensì di un «prezzo infinito»<sup>46</sup> —, non è invece facile individuare la soglia di efficienza dei nuovi entranti sulla quale parametrare la capacità di pagare il prezzo richiesto dall'*incumbent* per la condivisione della risorsa.

#### 6. Metodologie di determinazione del prezzo di accesso e principio di non discriminazione

Il dibattito tra gli economisti sul punto si è rivelato assai vivace, venendone investita proprio la gestione del *cost-based approach*<sup>47</sup>.

La base della discussione è l'assunto cardine, che fonda l'idea della superiorità del sistema concorrenziale, per cui quando sul mercato vi è sufficiente concorrenza sono i prezzi di mercato a rappresentare il miglior indicatore del valore di un bene o servizio. Essi assicurano, infatti, sia l'efficienza allocativa, sia quella dinamica. La prima, perché il prodotto viene acquistato da coloro che dal suo consumo ricavano il maggior beneficio, e sono perciò disposti a pagarlo di più, e viene venduto da coloro che lo producono al costo più basso; la seconda, perché i protagonisti del mercato assumono quelle decisioni di investimento che approdano agli esiti più efficienti. Nei casi di fallimento del mercato, sia che si renda necessario l'intervento *ex ante* sui prezzi di un regolatore, sia che si renda necessario l'intervento *ex post* di un'autorità *antitrust*, il rischio è che vengano imposti prezzi che non rispecchiano, per eccesso o per difetto, quelli di mercato, con ciò inducendosi, allo stesso tempo, inefficienze allocative e dinamiche. Secondo i critici del tradizionale approccio *cost oriented*, la considerazione per il costo di produzione della risorsa da condividere non è, appunto, in grado di rispecchiare il suo valore di mercato e, pertanto, conduce a esiti inefficienti sotto entrambi i profili.

Detto questo, naturalmente il dibattito si sposta sul terreno delle migliori metodologie per la individuazione del prezzo di mercato

della risorsa da porre in condivisione, e non si può dire che si tratti di dibattito vicino a soluzione.

Il metodo che ha da ultimo suscitato più accesa discussione è la c.d. *Efficient Component Pricing Rule* (ECPR) o *parity principle*<sup>48</sup>. L'idea che la sorregge è che il titolare della risorsa essenziale, che si pone come *input* in un prodotto, deve porla a disposizione delle altre imprese a un prezzo uguale a quello che egli stesso sostanzialmente paga per il suo uso. Tale prezzo deve comprendere il costo degli investimenti e, dunque, deve essere adeguato, oltre che a remunerare il capitale immobilizzato, a tenere conto dei costi-opportunità, inclusa in essi la perdita netta di introiti derivante dall'ingresso dei nuovi operatori (si è parlato, perciò, di un *revenue-based approach*). Il pregio del metodo sarebbe, secondo i suoi propugnatori, di consentire l'uso della risorsa alle imprese che sono efficienti almeno quanto quella che detiene la risorsa, cioè a quelle che, pagato il prezzo per l'accesso alla risorsa, riescono a concorrere sulla restante parte dei costi che essi affrontano per la fornitura del bene rispetto al quale la risorsa costituisce *input*.

Secondo i critici, tuttavia, il metodo non può funzionare secondo le modalità sperate se non si registra la coincidenza di numerose circostanze. In particolare, se esso viene applicato a un *incumbent* dotato di potere sul mercato finale del prodotto rispetto al quale la risorsa in questione rappresenta un *input*, esso finisce con il garantire la protezione integrale del relativo profitto monopolistico: il prezzo di accesso che lo contempra, infatti, viene scaricato anche sulle imprese accedenti, pregiudicando ogni possibilità di miglioramento della condizione dei consumatori<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Proposta principalmente da R.D. Willig, *The Theory of Network Access Pricing*, in H.M. Trebing (a cura di), *Issues in Public Utility Regulation*, Michigan State University Public Utilities Papers, Proceedings of the Institute of Public Utilities Tenth Annual Conference, 1979 (non vidi); W.J. Baumol, J.G. Sidak, *The Pricing of Inputs Sold to Competitors*, in «Yale J. on Reg.», 11, 1994, p. 171; W.J. Baumol, J. Ordover, R.D. Willig, *Parity Pricing and its Critics: A Necessary Condition of Efficiency in the Provision of Bottleneck Services to Competitors*, in «Yale J. on Reg.», 14, 1997, p. 145. Per una simetrica esposizione del metodo e delle sue applicazioni, cfr. J.J. Laffont, J. Tirole, *Competition in Telecommunications*, Munich 2000, pp. 166 sgg.

<sup>49</sup> Cfr. N. Economides, L.J. White, *Access and Interconnection Prices: How Efficient is the «Efficient Component Pricing Rules?»*, in «Antitrust Bulletin», 40 (Fall 1995), p. 571, secondo i quali «Though the ECPR is usually presented in terms of access to a bottleneck facility, its logic extends to any entry by any rival

<sup>46</sup> Cfr. Grillo, *Antitrust*, cit.

<sup>47</sup> Cfr. D.S. Spulber, C.S. Yoo, *Access to Networks: Economic and Constitutional Connections*, in «Cornell L. Rev.», 88 (May 2003), p. 885.

Si consenta qui al giurista di non addentarsi ulteriormente in un dibattito che può vederlo solamente attento spettatore, per trarre qualche considerazione più conforme alle sue specifiche competenze.

Orbene, è agevole confermare l'osservazione che nessuna regola per il prezzo di accesso è neutrale rispetto ai fini che il diritto della concorrenza vuole perseguire nel consentire l'accesso a un mercato. Commisurare la sostenibilità del prezzo dell'*input* ai costi individuali dell'impresa che lo richiede significherebbe tutelare un diritto individuale di ogni impresa che aspiri a utilizzare tale *input* e la regola non è sostenibile nella misura in cui possa addirittura costringere a mettere a disposizione la risorsa sotto costo. È una scelta incompatibile con la logica *antitrust*, ma potrebbe avere un senso in un contesto di grave carenza concorrenziale, allorché, attraverso un sistema di regolamentazione, si garantisca anche una qualche forma di remunerazione pubblica dei costi inerenti alla risorsa. Garantire condizioni di accesso *cost oriented* consente, per contro, all'impresa detentricice della risorsa di remunerare gli investimenti effettuati (incluso un 'ragionevole' margine di profitto), garantendo allo stesso tempo ampie possibilità di accesso alla concorrenza, in quanto consente comunque l'ingresso di tutte quelle imprese che sono in grado di sopportare quel costo dell'*input*, riuscendo a competere sui restanti costi. Essa appare certamente giustificabile in quelle ipotesi in cui, per esclusivo effetto del *bottleneck*, in un mercato operi in monopolio la sola impresa detentricice della risorsa e l'impedimento opposto

firm into any market where there is an incumbent. If the sole goal of social policy is to prevent inefficient production by an entrant from displacing more efficient production by the incumbent, then the ECPR principle – the entrant must reimburse incumbent for the latter's opportunity costs, including forgone net revenues – will achieve that goal. But 'if the incumbent is exercising market power, the use of the ECPR will also protect the incumbent and preserve its market power against the competitive erosion of prices and margins that even less efficient rivals could bring. If the ECPR is placed in this context, the lustre of its rationale tarnishes rapidly. An 'entry tax' that required market entrants generally to reimburse incumbents for their forgone net revenues would quickly be seen as a protective and anti-competitive device and would likely receive little support from policy-oriented economists, despite any claims that the tax would preclude inefficient production. The ECPR is just this type of entry tax». Sul tema, cfr. anche P. Buccrossi, *Access to an Essential Facility: Efficient Component Pricing Rule or Unrestricted Private Property Rights?*, in «J. of Regulatory Economics», 16 (1999), p. 287.

all'accesso di nuovi concorrenti si traduca nell'eliminazione totale della concorrenza (o nell'impedimento alla sua nascita). Non a caso, si tratta della scelta affermata nei contesti regolamentari<sup>50</sup>. Non è detto però che, in altri contesti, particolarmente dinamici, consentire al detentore della risorsa di trarre dalla sua messa a disposizione il massimo profitto compatibile con la permanenza sul mercato dell'aspirante più efficiente non possa essere una scelta sostenibile ed efficiente. L'obiettivo non sarebbe quello di garantire *hic et nunc* prezzi più bassi ai consumatori, ma sbloccare un processo innovativo, ai fini del quale la risorsa è essenziale, che si ponga come presupposto per l'offerta di nuovi prodotti o di prodotti tecnologicamente più avanzati.

Come si è detto, ambigui restano sul punto i riferimenti comunitari. Dai principi generali sanciti in materia di *essential facilities doctrine* può però desumersi che l'accesso vada garantito solo a imprese efficienti almeno quanto quella che detiene la risorsa-*bottleneck*: questo ha sostenuto la Corte di Giustizia nel ricordato *leading case* Bronner, escludendo che l'aspirante all'accesso a una risorsa possa parametrate sulla propria minore efficienza l'induplicabilità della ri-

<sup>50</sup> Un esempio è quello del settore delle telecomunicazioni. Per quel che riguarda il nostro paese, cfr., sul punto, l'art. 4, comma 7, lett. d), del D.P.R. n. 318/97 e l'art. 50 del Codice delle comunicazioni elettroniche (dlgs n. 259/03), secondo cui «per determinati tipi di interconnessione e di accesso l'Autorità può imporre obblighi in materia di recupero dei costi e controlli dei prezzi, tra cui l'obbligo che i prezzi siano orientati ai costi, nonché l'obbligo di disporre di un sistema di contabilità dei costi, qualora l'analisi del mercato riveli che l'assenza di un'effettiva concorrenza comporta che l'operatore interessato potrebbe mantenere prezzi a un livello eccessivamente elevato o comprimere i danni dell'utenza finale. L'Autorità tiene conto degli investimenti effettuati dall'operatore e gli consente un'equa remunerazione del capitale investito, di volume congruo, in considerazione dei rischi connessi e degli investimenti per lo sviluppo di reti e servizi innovativi». Per quanto riguarda il metodo di calcolo dei costi, esso si articola in due test: a) la determinazione del *price floor*, che dovrebbe garantire la remunerazione dei fattori produttivi, al quale si applica un fattore di riduzione nel tempo, basato sui prevedibili recuperi di efficienza; b) il test di replicabilità, che mira a controllare che le condizioni economiche dell'offerta proposta dall'operatore dominante possano essere replicate da un operatore alternativo efficiente che operi nel medesimo mercato del servizio esaminato. Il sistema prevede, ovviamente, che gli *incumbent* separino contabilmente le attività relative ai servizi intermedi e quelle di offerta al mercato, rispetto ai quali le prime costituiscono gli *input* essenziali, e presentino all'autorità di vigilanza sul settore una contabilità regolatoria.

sorsa. Una regola parallela in termini di fissazione del prezzo di accesso appare l'esito più coerente, proprio alla luce di un sistema che vuole garantire la concorrenza, *sub specie* di promozione dell'innovazione, ma non deprimere lo stimolo all'innovazione favorendo forme di parassitismo: ammettere a condividere una risorsa da parte di imprese che, se fossero più efficienti, potrebbero costruirselà da sé renderebbe fondati tutti i timori dei critici della *essential facilities doctrine*.

Ma, a ben vedere, se questa della parità di efficienza con l'*incumbent* è la regola normale di selezione degli accedenti e di fissazione del prezzo di accesso, centrale appare, ancor più che il controllo dell'entità delle condizioni praticate per l'accesso a una risorsa essenziale, il presidio dell'obbligo di non discriminazione, non solamente espresso in tutti i contesti regolamentari<sup>51</sup>, ma affermato in generale in ambito *antitrust* dall'art. 82, lettera c) del Trattato. Da esso discende che l'impresa dominante non deve praticare condizioni ingiustificatamente differenti tra i diversi concorrenti acquirenti di un *input*, ma anche che essa non deve praticare a tali concorrenti-clienti condizioni derisorie rispetto a quelle che essa pratica a se stessa (cioè alla sua componente 'a valle', che acquista l'*input*). La violazione di tale obbligo avrebbe, infatti, un effetto di *marginal squeeze* e sanirebbe l'impossibilità di imprese concorrenti di pari efficienza di competere ad armi pari con l'*incumbent*, sbarrando la via all'ulteriore innovazione.

A ben vedere, l'obbligo di condivisione a parità di condizioni, quale che sia il metodo attraverso il quale tecnicamente tale parità si realizza, rivela la scelta di obiettivo dell'azione di contrasto *antitrust* alle manovre escludenti di imprese che controllino risorse essenziali. Esso consente di porre in secondo piano la positiva eterodermizzazione, da parte delle Autorità *antitrust*, delle condizioni contrattuali, tutelando invece il pari sviluppo delle opportunità competitive. È così che si mira dunque a realizzare quella competizione nell'innovazione, alla luce della quale la libertà contrattuale viene declinata nell'attuale contesto di tutela della concorrenza.

<sup>51</sup> Ancora in materia di telecomunicazioni, cfr. l'art. 4, comma 7, del D.P.R. n. 318/97 e l'art. 47 del Codice delle comunicazioni elettroniche.

## BIBLIOGRAFIA

- N. Abriani, G. Cortino, M. Ricolfi, *Diritto industriale*, vol. II del *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cortino, Padova 2001.
- G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power. The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Oxford 1997.
- P. Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, in «*Antitrust L. J. Developments*», 1989, vol. 58, pp. 841 sgg.
- W.J. Baumol, *The Free Market Innovation Machine*, Princeton 2002.
- W.J. Baumol, J. Ordover, R.D. Willig, *Parity Pricing and its Critics: A Necessary Condition of Efficiency in the Provision of Bottleneck Services to Competitors*, in «*Yale J. on Reg.*», 14 (1997), pp. 145 sgg.
- W.J. Baumol, J.G. Sidak, *The Pricing of Inputs Sold to Competitors*, in «*Yale J. on Reg.*», 11 (1994), pp. 171 sgg.
- F. Brodley, *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress*, in «*N.Y.U.L. Rev.*», 62 (1987), pp. 1020 sgg.
- P. Buccrossi, *Access to an Essential Facility: Efficient Component Pricing Rule or Unrestricted Private Property Rights?*, in «*J. of Regulatory Economics*», 16 (1999), pp. 287 sgg.
- R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, in «*Journal of Law and Economics*», 3 (1960), pp. 1-44.
- F. Denozza, *Forme di mercato e tutela della concorrenza*, in *La concorrenza tra economia e diritto*, a cura di N. Lipari, I. Musu, Milano 2000.
- N. Economides, L.J. White, *Access and Interconnection Prices: How Efficient is the «Efficient Component Pricing Rule?»*, in «*Antitrust Bulletin*», 40 (Fall 1995), pp. 557 sgg.
- P. Fattori, M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna 2004.
- E. Foner, *Storia della libertà americana* (1998), Roma 2000.
- E. Fox, L.A. Sullivan, *Cases and Material on Antitrust*, St. Paul, Minn., 1989.
- D.J. Gerber, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism. Competition Law and the «New» Europe*, in «*Am. Journ. of Comparative Law*», 42 (1994), pp. 24 sgg.
- M. Gillo, *Antitrust*, in «*Rivista di politica economica*», 2006, pp. 325 sgg.
- M. Gillo, *The Theory and Practice of Antitrust. A Perspective in the History of Economic Ideas*, in «*Storia del pensiero economico*», 2006, fasc. 2, pp. 33 sgg.
- H. Hovenkamp, *Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique*, in «*Colum. Bus. L. Rev.*», 2001, pp. 257 sgg.
- H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*, St. Paul, Minn., 2004<sup>3</sup>.

## Interpretazione del contratto e tutela della concorrenza

di Gustavo Olivieri

- C.S. Kerse, N. Khan, *EEC Antitrust Procedure*, Oxford 2005.
- I.M. Kirzner, *Competition and Entrepreneurship*, Chicago 1973.
- J.J. Laffont, J. Tirole, *Competition in Telecommunications*, Munich 2000.
- M. Libertini, *sub Art. 2596 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Cendon, Torino 1991.
- V. Meli, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante l'imposizione di prezzi «non equi»*, Milano 1989.
- V. Meli, *Rifuto unilaterale di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto «antitrust» comunitario*, Torino 2003.
- V. Meli, *L'«essential facilities doctrine» nel diritto «antitrust» comunitario e i suoi problemi operativi*, in *Studi in onore di Gerhard Schricker*, Milano 2005.
- C. Ossi, *Naovi obblighi a contrarre*, Torino 2004.
- W.H. Page, *The Ideological Origins and Evolution of Antitrust Law*, in *Issues In Competition Law And Policy*, Wayne Dale Collins, ed., ABA Antitrust Section, 2005 (www.ssrn.com).
- R.J.R. Peritz, *Competition Policy in America. History, Rhetoric, Law*, Oxford-New York 1996.
- M. Ricolfi, *Is There an Antitrust Antidote Against IP Overprotection within TRIPs?*, in «*Marg. Intellectual Property L. R.*», 10 (2006), pp. 305 sgg.
- D.S. Spulber, C.S. Yoo, *Access to Networks: Economic and Constitutional Connections*, in «*Cornell L. Rev.*», 88 (May 2003), pp. 885 sgg.
- L.A. Sullivan, W.S. Grimes, *The Law of Antitrust. A Integrated Handbook*, S. Paul, Minn., 2006<sup>2</sup>.
- G.J. Werden, *The Law And Economics of the Essential Facility Doctrine*, in «*St. Louis Univ. L. J.*», 32 (1987), pp. 433 sgg.
- R.D. Willig, *The Theory of Network Access Pricing*, in H.M. Trebing (a cura di), *Issues in Public Utility Regulation*, Michigan State University Public Utilities Papers. Proceedings of the Institute of Public Utilities Tenth Annual Conference, 1979.

### 1. Il diritto della concorrenza come limite esterno all'autonomia privata

Sin dall'origine, il diritto antitrust comunitario ha rimesso ai legislatori nazionali il compito di disciplinare le conseguenze prodotte dagli illeciti concorrenziali sui contratti incisi da tali comportamenti, a cominciare dalla nullità «di pieno diritto» sancita dall'art. 81, par. 2, del Trattato CE in relazione alle intese vietate<sup>1</sup>. E analogo orientamento le Autorità comunitarie sembrano intenzionate a mantenere anche ora che, avviato il processo di modernizzazione attraverso l'applicazione decentrata delle norme in esame, alcuni limiti insiti in quella scelta, soprattutto in tema di *private enforcement* e di risarci-

<sup>1</sup> Così P. Fattori, M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna 2004, p. 429, ove in nota riferimenti alla giurisprudenza comunitaria sul tema; A. Pappalardo, *Il diritto comunitario della concorrenza: profili sostanziali*, Torino 2007, pp. 114 sgg.; L.F. Pace, *Diritto europeo della concorrenza: divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Padova 2007, pp. 81 sgg. Tale circostanza non ha peraltro impedito il formarsi di principi comuni in tema di nullità delle intese vietate ai sensi dell'art. 81, par. 2, del Trattato CE che, nella sostanza, non appaiono molto dissimili da quelli che caratterizzano la nullità assoluta nel nostro ordinamento. Sul punto cfr. Corte di Giustizia CE 6.2.1973, causa 48-72, *Brasserie de Haecht*, in «*Foro it.*», 1973, IV, p. 75; Corte di Giustizia CE 20.9.2001, causa C-453/99, in «*Foro it.*», 2002, IV, p. 75, con nota di A. Palmieri, R. Pardolesi, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: «ohi è causa del suo mal... si laghi e chiedi i danni»*; cui addde, in dottrina, V. Scalisi, *Nalita e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuro, Torino 2002, pp. 201 sgg.; G. Taddai Elmi, *Tutele civili e antitrust*, in *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di G. Vertori, Padova 2005, pp. 187 sgg.; M.R. Mavgeri, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civili*, Catania 2006, pp. 33 sgg.