



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Fondamenti del Diritto Europeo e Metodologia Comparatistica

Dipartimento di Studi Europei e della Integrazione Internazionale (DEMS)

IUS/02 Diritto Privato Comparato

**RIFIUTO A CONTRARRE E DIRITTO ANTITRUST
UNA COMPARAZIONE TRA GLI ORDINAMENTI
ITALIANO, EUROPEO E STATUNITENSE**

LA DOTTORESSA
ANTONELLA CORRENTI

IL COORDINATORE
CHIAR.MO PROF. GIUSEPPE DI CHIARA

IL TUTOR
CHIAR.MO PROF. ANTONELLO MIRANDA

CICLO XXIV
ANNO 2015

INTRODUZIONE

Il presente lavoro di ricerca si prefigge lo scopo, muovendo dagli sviluppi della legislazione nazionale e comunitaria, ed alla luce dell'esperienza statunitense, di ricondurre ad unità il concetto di essential facility, al fine di una sua applicazione nel quadro della più ampia tematica del “rifiuto di contrarre” o “di contrattare”, ovvero del refusal to deal or to supply.

Sono evidenti la portata operativa e il rilievo assunto dal tema dell'essential facility nell'ambito del diritto della concorrenza, per la difficoltà di delimitare il confine tra l'obbligo di contrarre dell'impresa in posizione dominante e il fondamentale principio della libertà di iniziativa economica.

Pur non essendo in sé una pratica abusiva, il “rifiuto di contrarre” diventa tale quando si risolve in uno strumento diretto ad eliminare la concorrenza o, più ampiamente, a pregiudicare il diritto di contrarre di chi aspiri ad instaurare rapporti commerciali con una impresa in posizione dominante nel mercato: in particolari condizioni esso può trasmodare in azioni di danneggiamento e di isolamento rivolte ad impedire l'approvvigionamento di un concorrente che si vuole eliminare, concretizzando il “boicottaggio commerciale”.

In un'epoca caratterizzata dalla crescente concentrazione del potere economico, in cui aumentano, con geometrica progressione, gli effetti deleteri sul mercato concorrenziale di simili pratiche commerciali, suscita particolare allarme, per l'impatto sulla tutela dei consumatori, la condotta dell'imprenditore che, trovandosi in una situazione di monopolio di fatto e apprestando un servizio insostituibile, o non facilmente sostituibile, rifiuta un'offerta di contratto compatibile con i mezzi ordinari della sua impresa.

Ciò impone una chiarificazione preliminare dei tratti qualificanti la figura del "rifiuto di contrarre" nell'ambito dell'attuale diritto della concorrenza, non senza una comparazione del diritto interno con l'esperienza di altri ordinamenti, primo fra tutti il diritto nordamericano, nel quale fu concepita la più antica delle legislazioni in materia.

Il 1890 è l'anno di emanazione dello Sherman Act e, insieme, del "diritto antitrust", o "diritto della concorrenza", con cui si identifica quel complesso di regole volte a reprimere atti lesivi della concorrenza: una sorta di compromesso politico tra le imprese, che vedono tutelata la loro libertà di iniziativa, e i consumatori, che sono garantiti dal mantenimento di un contesto concorrenziale nei mercati.

Sin dal suo primo apparire, l'antitrust è concepito come uno strumento per combattere il potere economico privato: impedire ai pochi di decidere, in una società che si vuole democratica, del destino dei molti.

La dottrina e la giurisprudenza americane pur riconoscendo che non esiste

un obbligo generale di condividere un'infrastruttura essenziale in capo al monopolista che ne abbia il controllo, ammettono che l'imprenditore non possa esimersi dal concedere l'accesso all'infrastruttura qualora l'ingresso nel mercato del nuovo operatore sia funzionale all'incremento della concorrenza, sempre che la risorsa sia disponibile e non sussista, sotto il profilo commerciale, alcun motivo legittimo (motivi tecnici o commerciali, ragioni di efficienza produttiva) per negare l'accesso.

Dall'analisi della dimensione civilistica del rifiuto a contrarre, la ricerca si propone di cogliere concreti elementi di base, su cui poggiare vitali spunti di approfondimento intorno alle dinamiche della pratica abusiva nel settore delle infrastrutture essenziali. In tal senso, saranno studiate le caratteristiche del fenomeno, per avere chiari i contenuti, i limiti, le categorie, in un contesto di indagine scientifica improntata alla comparazione giuridica, che consenta di trovare e delineare confini della materia, elementi sintomatici della liceità o dell'illiceità dei comportamenti, strumenti di tutela.

Non passa inosservato che un'interpretazione estensiva della nozione di infrastruttura essenziale nell'ambito della disciplina antitrust comporta il rischio di un'eccessiva limitazione dei diritti proprietari, disincentivando nuovi investimenti in asset essenziali: costringere un'impresa a condividere con altre una facility di cui è proprietaria può, nel lungo periodo, produrre effetti dannosi per la concorrenza (da un lato, l'impresa dominante sarebbe disincentivata dal rendere l'infrastruttura più efficiente, in quanto i risultati

degli investimenti andrebbero anche a vantaggio dei concorrenti; dall'altro i concorrenti non sarebbero stimolati a sviluppare infrastrutture alternative, più moderne e conformi ai bisogni dei consumatori).

In questa ottica, un accesso indiscriminato alle infrastrutture essenziali, se offre a breve il vantaggio di incrementare la concorrenza sul mercato, nel lungo periodo finisce per rallentare l'evoluzione tecnologica e dei processi produttivi.

L'esigenza di ovviare al rischio prospettato ha sollecitato contributi scientifici volti a precisare in via restrittiva i limiti applicativi dell'essential facility doctrine, specie nei casi in cui l'impresa dominante sia venuta in possesso dell'infrastruttura per effetto delle sue maggiori capacità imprenditoriali, che nondimeno concorrono a rendere più incerti i confini della figura.

Nel nostro ordinamento, la tutela del consumatore e della libertà di concorrenza, hanno tradizionalmente scontato i postumi di una lacuna normativa, enucleabile dalla disciplina del codice civile del 1942, laddove è previsto, all'art. 2597 c.c., un obbligo di contrarre esclusivamente a carico del monopolista legale.

Fino all'entrata in vigore della legge antitrust nazionale, la legge 10 ottobre 1990, n. 287, in difetto di una normativa ad hoc che sanzionasse gli abusi dell'impresa dominante a danno dei consumatori, si suggeriva dalla dottrina un'interpretazione estensiva dell'art. 2597 c.c., enucleando dal

secondo comma dell'art. 41 Cost. precisi vincoli all'operare dell'impresa, destinati ad attualizzarsi quando le scelte imprenditoriali fossero entrate in contrasto con valori costituzionalmente garantiti e di rango superiore rispetto alla libertà di iniziativa economica, quali il pieno sviluppo della personalità individuale ed il principio di eguaglianza (artt. 2 e 3 Cost.). Siffatta impostazione, disattesa da quella giurisprudenza che negava l'applicabilità in via analogica della norma codicistica al monopolista di fatto, ha ricevuto un notevole impulso dalla normativa comunitaria volta a contrastare gli abusi di posizione dominante.

La previsione dell'art. 82 del Trattato Istitutivo della Comunità Europea (TCE), ora recepita dall'art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), vieta lo sfruttamento abusivo della posizione dominante sul mercato comune, o su una parte sostanziale di questo, ad opera di una o più imprese, nella misura in cui tale sfruttamento possa essere pregiudizievole al commercio tra gli Stati membri.

Il problema dell'applicazione analogica dell'art. 2597 c.c. nel diritto interno ha perso gran parte della sua importanza a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 3 della legge 287/1990, che, sulla falsariga della disciplina comunitaria, vieta "l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale od in una sua parte rilevante", censurando in particolare quei comportamenti diretti ad "impedire o limitare

la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato ... a danno dei consumatori ...” (art. 3 cpv. lett. b).

Se l'accertamento del presupposto da cui scaturisce l'obbligo è alquanto agevole in presenza di un monopolio legale, più complessa diventa la ricerca degli indici e dei criteri di verifica allorquando il rifiuto di prestare sia opposto dal monopolista di fatto o, comunque, da un imprenditore in posizione dominante.

La nozione di posizione dominante in ambito comunitario è stata oggetto di letture non sempre uniformi da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia che, partendo da una prospettiva più tradizionale, legata alle dimensioni dell'impresa, alla conformazione del mercato e ad altri fattori di tipo strutturale, ha finito per agganciare la dominanza al requisito della possibilità per l'impresa di tenere comportamenti indipendenti.

Si vuol dire che nozioni, criteri e regole, enucleabili dalle discipline poste a tutela della concorrenza, presentano un grado di elasticità responsabile di concrete difficoltà operative, che investono il profilo di accertamento della situazione di dominio, cui si ricollega l'insorgere del cosiddetto obbligo di contrarre.

E' vero, infatti, che accanto al rifiuto puro e semplice sono configurabili condotte con cui l'impresa dominante accetta di concludere un contratto a condizioni tali da risolversi di fatto in un rifiuto di negoziare. Basti pensare all'imposizione di prezzi eccessivi su beni essenziali, ovvero alla richiesta di

prestazioni supplementari, non domandate dal contraente, cui si subordini la fornitura del bene contrattato (“tying” o pratica legante).

A fronte del diverso atteggiarsi del rifiuto di contrarre in funzione della relazione esistente tra l’impresa dominante che lo oppone e l’impresa destinataria dello stesso, accanto ai casi di rifiuto di contrarre diretto a clienti già esistenti, la ricerca attenziona i casi di rifiuto rivolto a clienti nuovi.

Se la fattispecie del rifiuto di continuare a fornire clienti già esistenti evoca questioni che attengono per lo più i profili dell’affidamento contrattuale e del disagio economico cagionato alla singola impresa discriminata, nell’ottica più generale della salvaguardia della concorrenza sul mercato si muovono le decisioni della Commissione e della Corte di giustizia Europea sui casi di rifiuto opposto a soggetti con cui l’impresa dominante non abbia intrattenuto alcun rapporto commerciale. Proprio l’approccio alle fattispecie di rifiuto a contrarre con nuovi clienti consentirà di accostarsi alla dottrina delle essential facilities, la cui elaborazione in ambito comunitario e nazionale ha portato alla progressiva affermazione di un principio giurisprudenziale che preclude al gestore di un’infrastruttura, indispensabile per lo svolgimento di determinate attività imprenditoriali su mercati a valle, la possibilità di negare ingiustificatamente l’accesso a condizioni eque e non discriminatorie a terzi concorrenti.

Momento fondamentale della ricerca sarà lo studio della casistica

ricavabile dalle decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, al fine di confrontare, in una prospettiva ispirata alla circolazione dei modelli ed al dialogo tra ordinamenti, i risultati cui è pervenuta l'Authority con gli approdi della giurisprudenza comunitaria e d'oltreoceano, senza trascurare le suggestioni promananti dal pensiero economico.

Nello sforzo di costruire un difficile equilibrio tra diritto della concorrenza e libertà d'iniziativa economica si cercherà, a conclusione della ricerca, di individuare i punti di contatto e le differenze tra la pratica del refusal to deal e la dottrina delle essential facilities, soffermandosi sui limiti di applicazione dell'obbligo di contrarre all'impresa che abbia la titolarità o la gestione di infrastrutture essenziali, in modo da tracciare una linea di demarcazione tra il rifiuto non giustificato e quello che invece possa considerarsi giustificato in presenza di situazioni obiettive ostative all'accesso.

Capitolo Primo

L'abuso di posizione dominante

SOMMARIO: *1.1. Nozione, finalità e criteri di accertamento - 1.1.1. La posizione dominante collettiva - 1.2. Le pratiche abusive - 1.2.1. I prezzi iniqui - 1.2.2. Le pratiche escludenti - 1.2.3. Le pratiche discriminatorie - 1.2.4. Le pratiche leganti - 1.3. Strumenti repressivi e sanzionatori*

1.1. Nozione, finalità e criteri di accertamento

L'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), già art. 82 del Trattato CE, rappresenta un tassello fondamentale nel vasto mosaico della politica della concorrenza e la sua effettiva applicazione favorisce un corretto funzionamento dei mercati a beneficio delle imprese e dei consumatori, nel più ampio obiettivo di realizzare un mercato interno integrato¹.

La norma vieta le condotte poste in essere unilateralmente da una o più imprese titolari di un significativo potere di mercato, rivolte ad escludere i concorrenti con il precipuo scopo di monopolizzare il mercato stesso a danno dei consumatori (abusi di esclusione), o di ricavare profitti sovra competitivi nei confronti dei clienti (abusi di sfruttamento).

¹ Comunicazione della Commissione - *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 del Tr. CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, in *G.U.U.E.* 24 febbraio 2009, C 45, 7, punto 1.

La nozione di posizione dominante nel diritto comunitario ricalca largamente quella di *market power* impiegata dalla dottrina antitrust statunitense, incentrata sulla possibilità di esercitare un controllo sui prezzi e di adottare comportamenti escludenti in danno dei concorrenti attuali o potenziali².

Prendendo parzialmente le distanze dal sistema nordamericano, i redattori del Trattato hanno stigmatizzato l'abuso e non il mero raggiungimento della posizione dominante in sé³, rifacendosi all'esperienza tedesca già sperimentata nell'art. 66 co.7 Tr. CECA.

La figura dell'abuso di posizione dominante in ambito europeo diverge dal modello statunitense per la scelta di sanzionare i prezzi iniqui e le condizioni contrattuali gravose (art.102 TFUE lett. a), nonché le condizioni discriminatorie (lett. c), atteso che l'ordinamento comunitario annovera tra i suoi obiettivi la correttezza dei rapporti commerciali tra operatori, la protezione dei contraenti deboli e la garanzia della parità di trattamento.

In altri termini, mentre negli Stati Uniti la monopolizzazione afferisce a contegni abusivi nei confronti dei concorrenti, la normativa antitrust comunitaria sanziona sia gli abusi "escludenti" che gli abusi "di sfruttamento"; se nel sistema statunitense è illecita la concentrazione del

² FACEY, ASSAF 2002, 513.

³ In tal senso SZYSZCZAK 2010, 1751, second cui "*Article 102 TFEU (article 82 EC) does not prevent holding a dominant position, but it does prevent abuse of such a position*".

potere vera e propria, in ambito comunitario esclusivamente l'abuso della stessa.

Le norme comunitarie (e quelle nazionali sulla stessa scia) hanno, quindi, scopi e portata più ampi rispetto alle omologhe disposizioni contenute nell'ordinamento statunitense, preoccupato più dell'accesso delle imprese al mercato che della tutela dei consumatori⁴.

Con il passare del tempo anche in Europa per effetto dell'influenza esercitata dalle analisi economiche si è affermata tuttavia una tendenza opposta rispetto all'applicazione estensiva della fattispecie; la stessa Commissione ha mostrato di volersi concentrare sui casi di abusi escludenti, piuttosto che su contegni abusivi perpetrati in assenza di un rapporto concorrenziale tra l'impresa dominante e i propri contraenti.

Per le difficoltà che ne connotano l'interpretazione e l'applicazione, l'abuso di posizione dominante rappresenta una figura residuale rispetto ai fenomeni delle intese (art. 101 TFUE) e delle concentrazioni (Regolamento CE 139/2004)⁵, la cui disciplina si propone di impedire che le imprese si sottraggano alle dinamiche del libero gioco della concorrenza creando tra loro alleanze o accrescendo il proprio potere di mercato.

⁴ La finalità di un diritto della concorrenza rivolto alla salvaguardia delle piccole imprese, propria del diritto europeo, ha permeato di sé l'*antitrust* americano nella fase antecedente ai mutamenti di prospettiva indotti dalla logica ispiratrice della cosiddetta Scuola di Chicago.

⁵ MANGINI, OLIVIERI 2009, 55.

L'abuso di posizione dominante si identifica con una situazione di potere economico grazie alla quale l'impresa è in grado di ostacolare il persistere di una concorrenza effettiva sul mercato di riferimento e di tenere comportamenti indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e dei consumatori⁶.

Tale definizione, ricorrente nella giurisprudenza europea, presenta aspetti che la rendono problematica.

Il concetto di dominanza, collegato a quello di indipendenza, rischia di confondersi con la nozione di potere di mercato (riconducibile alla capacità di elevare i prezzi), ma si tratta in realtà di due fattispecie distinte, aventi come comune denominatore una situazione di indipendenza correlata al grado di pressione concorrenziale subito dall'impresa interessata.

L'individuazione della pratica abusiva reca con sé la necessità di reperire eventuali elementi indicatori della posizione dominante stessa, non tipizzata a livello normativo⁷.

Si abbina, di regola, un'analisi di natura oggettiva, rivolta alla valutazione del mercato di riferimento e del ruolo che in esso ricopre l'impresa interessata, ad una di tipo comportamentale afferente alla condotta tenuta dall'impresa medesima e dai concorrenti.

⁶ Corte giust., 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione*, in *Racc.*, 1978, 207, punto 65.

⁷ Come osservato da PEARCE AZEVEDO, WALKER 2002, 363, “*the concept of dominance is often more a mantra than an analytical framework*”.

I due criteri tendono ad essere utilizzati congiuntamente, anche se quello di tipo oggettivo (o strutturale) assume una valenza più pregnante.

Nella Comunicazione sulle priorità del 2009 nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE la Commissione ha chiarito che i concetti di potere di mercato e di posizione dominante rivestono un ruolo centrale nell'analisi della fattispecie di sfruttamento abusivo di tale posizione, così come il parametro della struttura di mercato.

Secondo la Commissione tre sono gli elementi attinenti alla struttura di mercato medesima cui occorre fare riferimento⁸:

- la posizione di mercato dell'impresa leader e dei suoi concorrenti;
- la credibilità della minaccia di espansione degli attuali concorrenti e di ingresso sul mercato di nuovi concorrenti;
- la forza contrattuale dei clienti dell'impresa dominante. Ed invero, *“anche un'impresa con una quota di mercato elevata può non essere in grado di agire in maniera considerevolmente indipendente rispetto ai clienti che hanno sufficiente forza negoziale. Tale potere contrattuale può derivare dalle dimensioni dei clienti o dalla loro importanza commerciale per l'impresa dominante, nonché dalla loro capacità di passare rapidamente a fornitori concorrenti, di favorire nuovi ingressi sul mercato e di integrarsi a livello verticale, e di minacciare in modo credibile di farlo”*⁹.

⁸ *Orientamenti sulle priorità della Commissione, cit.*, punto 12.

⁹ *Orientamenti sulle priorità della Commissione, cit.*, punto 18.

L'indipendenza comportamentale del soggetto dominante permette a quest'ultimo di agire in maniera autonoma rispetto agli altri operatori del mercato, ma occorre considerare comunque le posizioni ricoperte dalle imprese concorrenti.

Nel descritto contesto appare ardua la definizione della nozione di indipendenza. Il fatto che l'impresa titolare del potere di mercato possa elevare il prezzo del prodotto rispetto al livello concorrenziale, non esclude che le altre imprese presenti sul mercato possano operare nella stessa direzione. Va detto poi che qualunque impresa, pur se in posizione dominante, nella definizione delle proprie strategie non può non tenere conto delle scelte dei consumatori.

L'entità della quota di mercato costituisce il parametro maggiormente adoperato per l'identificazione di una posizione di dominio.

Come sostenuto dalla Corte di giustizia nel caso *United Brands*, “*un operatore non può detenere una posizione dominante sul mercato di un prodotto se non è riuscito ad accaparrarsi una parte non trascurabile del mercato stesso*”¹⁰.

Una quota di mercato elevata, pur potendo suggerire l'esistenza della posizione di dominio, non integra tuttavia gli estremi dell'abuso se non è stabile e se non ci sono barriere legali ed economiche all'ingresso e/o all'espansione dei concorrenti. Al contrario, un'impresa con una quota ridotta,

¹⁰ Corte giust., 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands*, cit., punto 107.

anche al di sotto del 50% , può essere ritenuta in posizione dominante se la quota stessa è superiore a quella degli altri concorrenti e se questi non sono comunque in condizione di accrescere le loro quote.

E' necessario allora prendere in considerazione non solo la quota di mercato, ma anche la posizione degli altri concorrenti, tenendo presente che solo quote di mercato detenute per un arco temporale prolungato sono indicative di un costante potere di mercato dell'impresa in valutazione¹¹.

Il parametro della quota di mercato, potendo condurre a risultati poco attendibili, va nondimeno applicato con moderazione e non in maniera esclusiva.

Gli organi comunitari hanno focalizzato anche i vantaggi competitivi vantati dall'impresa sui propri rivali.

Elementi sintomatici di posizioni di dominanza sul mercato sono tratti dalla particolare efficienza della struttura organizzativa dell'impresa: sono stati ritenuti indici importanti al riguardo la forte integrazione verticale, l'ampiezza delle risorse produttive e della conseguente capacità di fronteggiare qualsiasi incremento di domanda, l'esistenza di una rete commerciale avanzata ed efficiente¹².

¹¹ Corte giust., 3 luglio 1991, C- 62/86, *Akzo Chemie c. Commissione*, in *Racc.*, 1991, I, 3359, in cui una quota di più del 50% del mercato detenuta stabilmente da almeno 3 anni ha fatto presumere l'esistenza di una posizione dominante.

¹² Corte giust., 14 febbraio 1978, C 27/76, *United Brands, cit.*, punti 58 ss.

Altro segnale di dominio è il vantaggio tecnologico dell'impresa sui rivali, che può scaturire dalla titolarità di particolari brevetti industriali o, ancora, dall'elevato livello del settore di ricerca e sviluppo e dalla rilevanza delle risorse ad esso demandabili¹³.

Un ulteriore indizio della posizione dominante può estrapolarsi dalla maggior qualità attribuita al prodotto e, più in generale, dalla sua differenziazione dai prodotti concorrenti, con la conseguente possibilità per l'impresa di vendere a prezzi più alti rispetto a quelli delle altre imprese che competono.

Come è stato autorevolmente osservato, *“la posizione di mercato viene ravvisata in situazioni diverse da quelle monopolistiche e nelle quali la concorrenza non è scomparsa, ma è indebolita, le barriere all'entrata non sono necessariamente impeditive, ma sufficientemente ostative, dove il mercato insomma non è chiuso, ma è prossimo ad esserlo ed è quindi probabile che presto lo sia”*¹⁴.

L'abuso di posizione dominante, pur estrinsecandosi in condotte riconducibili a quelle sanzionate negli Stati Uniti dal *Clayton Act*, è una figura di matrice europea.

Il trattato TFUE non prevede, rispetto alle disposizioni statunitensi, lo smantellamento dell'impresa le cui dimensioni si siano accresciute a tal punto

¹³ Corte giust., 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands, cit.*, punto 82.

¹⁴ AMATO 1998, 69.

da alterare il libero gioco della concorrenza; la posizione dominante risulta di regola accettata quando è frutto di una mera crescita concorrenziale e non di un raggruppamento di imprese¹⁵.

Chi è titolare di una posizione di dominanza è tuttavia destinatario di un regime di “speciale responsabilità”, che prevede regole e limiti di comportamento più severi rispetto a quelli delle altre imprese¹⁶: l’impresa in posizione dominante è tenuta a non pregiudicare col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato europeo.

Nella sentenza *Hoffman – La Roche* la Corte di giustizia, ricondotto il concetto di dominio ad *“ad una situazione di potenza economica grazie alla quale l’impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato ... ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”*, ha chiarito che *“siffatta posizione, a differenza di una situazione di monopolio o di quasi monopolio, non esclude l’esistenza di una certa concorrenza, ma pone l’impresa che la detiene in grado, se non di decidere, almeno di influire notevolmente sul modo in cui si svolgerà detta concorrenza e, comunque, di comportarsi*

¹⁵ AMATO 1998, 76.

¹⁶ AMATO 1998, 67.

*sovente senza doverne tener conto e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio*¹⁷.

L'applicazione dell'art. 102 TFUE postula l'identificazione della condotta qualificabile come abusiva; la norma intende reprimere le pratiche che possono condurre all'esclusione dei concorrenti e non anche quelle espressione di una legittima concorrenza oligopolistica.

Il confine tra liceità ed illiceità delle pratiche a rilievo concorrenziale è piuttosto labile.

Soccorrono a riguardo diversi criteri di valutazione, elaborati dalla dottrina d'oltreoceano al fine di appurare il carattere abusivo dei comportamenti dell'impresa dominante.

Il *consumer welfare test* fa leva sull'attitudine del contegno anticoncorrenziale a produrre effetti benefici per i consumatori¹⁸.

Il *sacrifice test* enuclea il carattere abusivo della pratica dalla circostanza che l'impresa dominante debba sopportare delle perdite a breve termine per porre in essere siffatta condotta¹⁹. Secondo una variante del predetto *test* occorrerebbe basarsi essenzialmente sulla razionalità delle condotte

¹⁷ Corte giust., 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione*, in *Racc.*, 1979, 461, punti 38-39.

¹⁸ AREEDA, HOVENKAMP 2002, 651a, 72; v. anche SALOP 2006, 330, secondo cui “*This competitive effect-based antitrust standard essentially would compare the beneficial and harmful competitive aspects of the alleged exclusionary conduct in order to determine the overall impact on consumers*”.

¹⁹ BORK 1978, 144.

scrutate, nel senso che andrebbero considerate non abusive quelle sorrette da giustificazioni economiche obiettive e razionali che dimostrino l' idoneità delle condotte a migliorare le performance di un'impresa a beneficio dei consumatori, e per contro sanzionate quelle condotte che non hanno alcuna finalità razionale se non quella di recare pregiudizio ai concorrenti²⁰.

L' *as efficient competitor test* reputa una condotta abusiva solo se esclude dal mercato un concorrente altrettanto efficiente dell'operatore dominante che presenti gli stessi costi²¹. La linea ispiratrice è quella degli economisti della Scuola di Chicago²², secondo cui l'efficienza rappresenta la principale finalità della disciplina antitrust²³. Le imprese di grandi dimensioni, titolari di posizioni dominanti o monopoliste, possono raggiungere risultati di efficienza qualora ciò contribuisca a contenere i costi e a tenere bassi i prezzi con benefici per i consumatori: solo le condotte inefficienti meritano di essere sanzionate, quelle efficienti possono restarne immuni.

1.1.1. La posizione dominante collettiva

Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante può essere posto in essere anche da *più imprese*: in una situazione di questo tipo si configura una posizione dominante collettiva.

²⁰ WERDEN 2006, 413-414.

²¹ POSNER 2001, 194.

²² V., *infra*, nota 123.

²³ In tal senso v. POSNER 2001, 29, il quale rileva che “*efficiency is the ultimate goal of antitrust, but competition a mediate goal that will often be close enough to the ultimate goal to allow the courts to look no further*”.

Vanno considerate come un'unica entità economica e sono responsabili in solido più imprese che occupano una posizione dominante nel mercato comune e il cui comportamento sia caratterizzato da unità di azione²⁴.

Non sono *intese* o *pratiche concordate*, ma strategie poste in essere da imprese che, d'accordo tra loro o in via del tutto autonoma, si astengono dal farsi una reciproca concorrenza, consapevoli di poter ottenere vantaggi superiori rispetto a quelli concorrenziali.

Grazie alla posizione dominante collettiva i soggetti che operano sul mercato possono permettersi di agire in maniera indipendente dai concorrenti e dai consumatori; quest'ultimi, non avendo alternative, non possono che adattarsi alle condizioni dettate dalle imprese che si contendono il campo.

L'agire secondo un disegno comune può scaturire da una vera e propria cooperazione favorita dall'esistenza di rapporti contrattuali o strutturali tra le imprese, o da legami nascenti dal carattere oligopolistico del mercato di riferimento.

Può trattarsi di accordi di cooperazione orizzontale (ad esempio, le cosiddette conferenze marittime)²⁵, o anche di accordi tra imprese che si trovino in una relazione verticale (caso *Irish Sugar*)²⁶.

²⁴ Corte giust., 6 marzo 1974, C-6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano Spa e Commercial Solvents Corporation c Commissione*, in *Racc.*, I, 223.

²⁵ Sul tema v. Corte giust., 16 marzo 2000, C-395/96 e C-396/96, *Compagnie Maritimes Belges Transports e a. c. Commissione*, in *Racc.*, I, 1365. Per "conferenza marittima" si intende un gruppo di due o più trasportatori armatori che assicura servizi internazionali di

Il fenomeno dell'abuso di posizione dominante collettiva costituisce lo strumento per applicare le regole antitrust a mercati oligopolistici e per reprimere le pratiche abusive delle imprese coinvolte.

Di regola il contesto che fa da cornice a fenomeni di questo genere presuppone la concentrazione di una considerevole quota di mercato in capo a poche imprese, l'esistenza di prodotti omogenei e determinate caratteristiche del mercato²⁷. Nell'ambito di mercati oligopolistici, controllati da un numero ristretto di imprese con quote di mercato elevate, le stesse imprese possono, con comportamenti paralleli, sottrarsi alla libera competizione manifestando il tentativo di collusione. A maggior ragione una situazione di questo tipo emerge nelle ipotesi di duopolio, in cui a contendersi il campo sono soltanto due imprese.

linea per il trasporto di merci su una o più linee, entro limiti geografici determinati e in base ad accordi o intese di qualunque natura, nell'ambito dei quali essi gestiscono in comune, applicando tassi di nolo uniformi o comuni e ogni altra condizione concordata nei riguardi della fornitura di detti servizi di linea. Le conferenze marittime erano disciplinate dal Regolamento (CEE) n. 4056/86 del 22 dicembre 1986 (in *G.U.C.E.* 31 dicembre 1986, L 378, 4) - successivamente abrogato dal Regolamento (CE) n. 1419/2006 del 25 settembre 2006 (in *G.U.U.E.* 28 settembre 2006, L 269, 1) – che all'art. 8 prevedeva il divieto di abuso di posizione dominante da parte delle conferenze marittime.

²⁶ Trib. primo grado, 7 ottobre 1999, T-228/97, *Irish Sugar c. Commissione*, in *Racc.*, 1999, II, 2969: nel caso concreto l'esistenza di accordi verticali tra un fornitore di zucchero ed il suo principale distributore attribuiva ai due soggetti il potere di adottare una medesima linea di azione sul mercato.

²⁷ Comm., 31 ottobre 2001, *Comp/M. 2097 - Sca/Metsa Tissue*, in *G.U.C.E.* 27 febbraio 2002, L57, 1.

Problematica appare l'individuazione dei fattori indicativi della presenza di una posizione dominante collettiva.

Inizialmente l'accertamento della *collective dominance* avveniva sulla base di indici afferenti alle imprese coinvolte, quali vincoli giuridici, di interdipendenza economica o relazioni contrattuali.

Nel caso *Società Italiana Vetro* il Tribunale di I grado ha chiarito che, per potersi delineare una posizione dominante collettiva, è necessario che tra le imprese coinvolte vi siano *legami economici*: non veri e propri *legami strutturali*, ma collegamenti tali da renderle come un'unica entità economica sul mercato²⁸. Sono le autorità antitrust a dover dimostrare che le imprese operano sul mercato come una sola entità.

Il concetto di legame economico è stato talora esteso anche all'ipotesi in cui, soddisfatte determinate condizioni, le imprese operanti sul mercato tendano a orientarsi nella medesima direzione²⁹.

²⁸ Trib. primo grado, 10 marzo 1992, T-68/89, T-77/89, T-78/89, *Società Italiana Vetro SpA e altri c. Commissione*, in *Racc.*, 1992, II, 1403.

²⁹ V. Trib. primo grado, 25 marzo 1999, T-102/96, *Gencor Ltd c Commissione*, in *Racc.*, 1999, II, 753, punto 9: “*Sul piano giuridico ed economico non esiste alcuna ragione per escludere dalla nozione di legame economico la relazione di interdipendenza esistente tra i membri di un oligopolio ristretto, all'interno del quale questi ultimi su un mercato di caratteristiche adeguate, in particolare in termini di concentrazione di mercato, di trasparenza e di omogeneità del prodotto, sono in grado di prevedere i loro reciproci comportamenti e sono pertanto fortemente incentivati ad allineare il loro comportamento in modo da massimalizzare il loro profitto comune riducendo la produzione al fine di aumentare i prezzi*”.

Più di recente, si è privilegiata una visione prognostica sull'andamento del mercato. In presenza di una situazione di oligopolio, connotata dalla trasparenza nelle condizioni di mercato e dall'assenza di soluzioni alternative per gli utenti, per ciò solo potrà dedursi la sussistenza di una posizione dominante collettiva: coloro che si trovano ad operare sul mercato preferiscono infatti rinunciare alla concorrenza e avvalersi di una politica comune rivolta alla massimizzazione dei profitti.

Nei casi *Nestlé/Perrier* e *Airtours/First Choice* l'accertamento della *collective dominance* da parte della Commissione, prescindendo dall'esistenza di legami economici e/o strutturali tra le imprese interessate, ha fatto leva sul grado di concentrazione del mercato e sull'adozione di condotte parallele suscettibili di ridurre il gioco concorrenziale all'interno dell'oligopolio³⁰.

Nel caso *Kali und Salz* - in tema di concentrazioni tra imprese - la Corte di giustizia si è soffermata su una più lucida analisi delle caratteristiche del fenomeno, chiarendo che *“la Commissione deve verificare se la concorrenza venga ostacolata dai partecipanti alla concentrazione e da una o più imprese terze che insieme hanno, a causa dei fattori di correlazione fra essi esistenti, il potere di adottare nel mercato una medesima linea d'azione e di agire in*

³⁰ Comm., 22 luglio 1992, *Nestlé/Perrier*, in *G.U.C.E.* 5 dicembre 1992, L356, 1992, 1; Comm., 22 settembre 1999, *Airtours/First Choice*, in *G.U.C.E.* 13 aprile 2000, L93, 2000, 1.

*gran parte indipendentemente dagli altri concorrenti, dalla loro clientela e dai consumatori*³¹.

1.2. Le pratiche abusive

L'impresa in posizione dominante, da una parte, non può tenere contegni generalmente consentiti in un regime di libera concorrenza; dall'altra, deve porre in essere scelte rivolte a favorire la concorrenza medesima.

L'ordinamento comunitario prima, il legislatore italiano dopo, hanno forgiato uno strumento idoneo ad orientare la condotta delle imprese all'interno del mercato: si è preferito un criterio tanto di repressione degli abusi, quanto di orientamento del comportamento dell'impresa nello spazio concorrenziale.

Mentre la *section 2* dello *Sherman Act* vieta genericamente ogni tentativo di monopolizzare il mercato³², l'art. 102 TFUE contiene un'elencazione, per quanto non esaustiva, delle condotte abusive.

Le pratiche vietate coincidono con quelle, in materia di intese, di cui all'art. 101 del Trattato³³, ma la formulazione letterale dell'abuso di posizione dominante risulta più stringata: nelle fattispecie descritte alle lett. a), c), d) del

³¹ Corte giust., 31 marzo 1998, C-68/94 C-30/95, *Kali und Salz*, in *Racc.*, 1998, I, 1375, punto 221.

³² L'estrema sinteticità della previsione è sottolineata da H. HOVENKAMP 2008, 150: “*Monopolization*”, which is condemned by §2 of the *Sherman Act*, is the most poorly defined antitrust offense. The statute tells us nothing about what it means to “monopolize”, and the common law history is not helpful”.

³³ MANGINI, OLIVIERI 2009, 56.

comma 1 i soggetti tutelati sono sia le imprese, sia i consumatori che contraggono con l'impresa in posizione dominante (cd. divieto di sfruttamento); in quella alla lettera b), che fa invece riferimento unicamente ai consumatori, è intuitivo che l'esclusione dei concorrenti assume rilievo solo se dannosa per i primi.

Per interpretazione pacifica, l'art.102 TFUE contiene una indicazione esemplificativa, e non tassativa, delle possibili ipotesi di sfruttamento abusivo di posizione dominante.

La Commissione prima, la Corte di giustizia poi, hanno privilegiato un concetto di abuso di posizione dominante come strumento di contrasto agli abusi di sfruttamento e ai cosiddetti abusi anticoncorrenziali, cioè alle pratiche di esclusione dei rivali.

A conferma di tale asserzione gli organi comunitari hanno adottato una definizione di sfruttamento abusivo focalizzando l'attenzione principalmente sulla connotazione anticoncorrenziale.

Di abuso si suole parlare anche con riferimento alle condotte abusive poste in essere all'interno di un mercato non dominato, partendo da una posizione di forza su un mercato distinto ma vicino³⁴.

Per la distinzione tra pratiche abusive e non nel tempo si è fatto ricorso a diversi fattori: in alcuni casi si è osservato l'effetto indotto dal

³⁴ Corte giust., 14 novembre 1996, C-333/94, *Tetra Pak International c. Commissione*, in *Racc.*, 1996, I, 5951.

comportamento sulla struttura del mercato; in altri si è considerato se le pratiche fossero indispensabili per il conseguimento dei fini legittimamente perseguibili dall'impresa; in altre situazioni si è ritenuto che non esistessero comunque giustificazioni oggettive della pratica diverse da quelle afferenti agli effetti anticoncorrenziali.

Il comune denominatore delle pratiche abusive è costituito non soltanto dall'indebolimento della struttura della concorrenza, ma anche dall'intento monopolistico dell'impresa che riveste la posizione di forza. La detenzione di un dominio sul mercato di riferimento può trovare origine da avanzate abilità tecniche e produttive, nonché da una maggiore efficienza dell'impresa stessa rispetto alle concorrenti: sanzionare il conseguimento di una posizione preminente in sé finirebbe per penalizzare lo sviluppo tecnologico, disincentivando gli investimenti dei migliori soggetti imprenditoriali.

All'impresa *leader* di mercato viene impedito di abusare del proprio potere economico e di attuare condotte che, sebbene lecite per le altre imprese, potrebbero essere sanzionate in quanto poste in essere da un soggetto in posizione dominante³⁵. L'obiettivo è quello di proibire all'impresa dominante

³⁵ Corte giust., 9 novembre 1983, C-322/81, *NV Nederlandse Banden-Industrie-Michelin c. Commissione*, in *Racc.*, 1983, I, 3461, punto 57, ove il giudice comunitario ha precisato: “la constatazione dell'esistenza di una posizione dominante non comporta di per sé alcun addebito nei confronti dell'impresa interessata, ma significa solo che questa, indipendentemente dalle cause di tale posizione, è tenuta in modo particolare a non compromettere con il suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune”.

di approfittare della sua posizione per porre in essere comportamenti anticompetitivi nei confronti di concorrenti, clienti o utilizzatori finali.

Il concetto di sfruttamento abusivo può essere ricostruito con l'aiuto della prassi e della giurisprudenza comunitaria, che solitamente fanno distinzione tra:

- a) *imposizione di prezzi e di altre condizioni ingiustificatamente gravose;*
- b) *pratiche escludenti;*
- c) *pratiche discriminanti;*
- d) *pratiche leganti.*

L'art. 102 enumera solo una minima parte delle condotte che vengono generalmente ritenute abusive, le quali, in concreto, possono assumere forme assai diversificate.

Accanto alle pratiche abusive, per così dire, "tipiche", esistono numerosi altri comportamenti individuati dalla prassi comunitaria, non sempre facilmente riconducibili all'elenco esemplificativo fornito dalla norma del Trattato, ma ugualmente lesivi della concorrenza.

Tra i più significativi devono essere menzionati, in primo luogo, gli accordi di esclusiva, ovvero gli accordi che obbligano l'acquirente a rifornirsi in esclusiva presso l'impresa in posizione dominante. Tale tipo di condotta è abusiva in quanto ostacola la concorrenza attuale o potenziale nella

distribuzione dei prodotti o servizi, generando un effetto di chiusura nel mercato in cui è attiva l'impresa *leader* (cosiddetto effetto di *foreclosure*)³⁶.

Parimenti, costituisce un abuso la limitazione della produzione e dello sviluppo tecnico che cagioni un danno ai consumatori. A questo riguardo, le autorità sono solite rilevare un abuso in presenza di un livello di produzione o di innovazione tecnologica inferiore a quello che sarebbe riscontrabile in un mercato con un'organizzazione di tipo concorrenziale. Tipico è il caso dell'impresa che, senza alcuna ragione oggettiva, abbia cessato di fornire un bene per cui continui a sussistere forte richiesta sul mercato.

1.2.1. I prezzi iniqui

Il divieto di imporre *prezzi di acquisto, di vendita, o altre condizioni di transazione non eque* (102 lett. a TFUE) mira a *realizzare un controllo sui risultati dell'impresa dominante, abbracciando un indirizzo inaugurato dalla*

³⁶ E' il c.d. "monomarchismo" generato da accordi di non concorrenza in forza dei quali gli acquirenti, distributori o rivenditori si impegnano ad acquistare presso un fornitore in posizione dominante gran parte o tutto il proprio fabbisogno per un determinato mercato. Con riferimento a tale tipo di condotta, v. Corte giust., 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann – La Roche c. Commissione*, cit., punti 89-90, ma anche Trib. primo grado, 23 ottobre 2003, T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd, già HB Ice Cream Ltd, c. Commissione*, in *Racc.*, 2003, II, 4653, punti 159-160, che analizza e condanna una forma di esclusiva "di fatto": nei contratti di distribuzione *HB* offriva anche refrigeratori dove riporre i gelati, imponendo la condizione che nei refrigeratori dovessero essere riposti esclusivamente gelati di produzione *HB*; l'impossibilità dei dettaglianti di disporre di più refrigeratori nei propri locali imponeva, di fatto, un'esclusiva a favore di *HB*.

*disciplina antimonopolistica tedesca e sconosciuto, invece, all'esperienza americana*³⁷.

Notevoli difficoltà applicative si sono presentate tuttavia nell'esperienza tedesca per la determinazione del prezzo equo da contrapporre a quello non equo fissato dall'impresa, con il rischio di rendere l'Autorità antitrust una sorta di organo deputato alla determinazione dei prezzi corretti³⁸.

Ciò ha indotto gli organi comunitari ad operare una valutazione caso per caso dei prezzi praticati dall'impresa in posizione dominante nei confronti dei concorrenti che si trovino ad essere sue controparti contrattuali per determinati prodotti.

Il prezzo adottato dall'impresa deve ritenersi iniquo in presenza di una disarmonia tra il prezzo medesimo e il valore economico della prestazione dell'impresa, che può essere obiettivamente considerata attraverso un raffronto coi costi di produzione.

L'abuso di posizione dominante perpetrato attraverso l'imposizione di prezzi eccessivi, per le peculiarità che lo connotano, sembrerebbe a primo impatto costituire un classico caso di intervento delle autorità di tutela.

³⁷ MELI 1993, 370.

³⁸ OSTI 1995, 188.

Passando in rassegna le decisioni della Commissione e delle autorità nazionali, così come la giurisprudenza comunitaria, sorprende invece che il fenomeno costituisca un'ipotesi eccezionale³⁹.

La difficoltà di riconoscere simili forme di abuso deriva non solo dall'esigenza di valutare tutti gli elementi che determinano il livello dei prezzi tramite un controllo penetrante sulla contabilità interna dell'impresa, ma anche dalla consapevolezza che le scelte sul prezzo rientrano nella politica concorrenziale di un'impresa e dalla convinzione che il raggiungimento di una posizione dominante "meritata" giustifichi profitti monopolistici.

Un intervento sulle politiche di prezzo è estraneo all'esperienza americana⁴⁰, poiché ingenera il rischio di atteggiamenti regolatori inconciliabili con la funzione tipica del diritto antitrust⁴¹: il mercato è in grado di rimediare da solo alla presenza di prezzi sovra competitivi, in quanto la

³⁹ Come sostenuto dall'A.G. Jacobs, *"definire se i prezzi siano eccessivi è sempre un esercizio difficile e tale accertamento è stato raramente, se mai lo è stato, fatto dalla Corte o dalla Commissione nell'ambito delle regole di concorrenza"* (Conclusioni dell'Avv. Gen. F. G. Jacobs del 17 maggio 2011, C-475/99, *Ambulanz Glockner*, in *Racc.*, 2001, I, 8128, punto 152).

⁴⁰ *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 407 (2004): *"The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices—at least for a short period—is what attracts "business acumen" in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct"*.

⁴¹ PERA 2009, 100.

possibilità di realizzare maggiori profitti indurrà le imprese non ancora attive a farvi ingresso, praticando prezzi inferiori in modo da erodere la posizione dominante.

Un abuso di posizione dominante si riscontra anche nell'applicazione di prezzi eccessivamente bassi per la vendita o la fornitura di beni e servizi: è il caso della cosiddetta pratica dei prezzi predatori o delle vendite sottocosto, allorquando l'impresa deliberatamente decide di vendere i propri prodotti ad un prezzo non proficuo, con lo scopo - dopo avere eliminato la concorrenza - di recuperare le perdite subite mediante l'imposizione di un prezzo sovra concorrenziale.

Nella sopra menzionata Comunicazione del 2009 la Commissione prevede la possibilità di intervenire quando l'impresa dominante sostiene deliberatamente perdite e rinuncia a profitti a breve termine, *“in modo da precludere o avere la probabilità di precludere il mercato a uno o più dei suoi concorrenti reali o potenziali allo scopo di rafforzare o di mantenere il suo potere di mercato, causando quindi un danno ai consumatori”*⁴².

Tra le pratiche anticoncorrenziali la fattispecie dei prezzi predatori appare una delle più controverse: il contrasto alla stessa impone di individuare un parametro minimo, al di sotto del quale un prezzo è da considerarsi eccessivamente basso, e quindi abusivo.

⁴² *Orientamenti sulle priorità della Commissione, cit.*, punto 63.

Il criterio fondamentale di valutazione elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza statunitense fa capo al cosiddetto test *Areeda-Turner*, in applicazione del quale si reputa predatorio il prezzo inferiore al costo marginale sostenuto per la produzione del bene o per la prestazione del servizio. Il test è espressione di un principio di razionalità, in base al quale l'imprenditore non può decidere strategie che conducono alla generazione di una perdita economica.

Tale approccio è stato successivamente modificato dalla Suprema Corte degli Stati Uniti nel noto caso *Brooke Group*⁴³. Al fine di non contrastare eventuali spinte a ribassi competitivi, con pregiudizio per i consumatori, si è stabilito che, per essere illeciti, i prezzi non solo devono essere inferiori ai costi dei concorrenti, ma vi deve essere anche un'elevata probabilità di un successivo *recoupment*: occorre provare pertanto la capacità dell'impresa egemone di recuperare le perdite subite a causa dell'imposizione di prezzi predatori.

In ambito comunitario sia la Corte di giustizia che la Commissione si sono orientate a ritenere anticompetitivo il prezzo che rimanga comunque al di sotto dei *costi variabili medi*⁴⁴, valorizzando accanto al parametro dei costi

⁴³ *Brooke Group Ltd v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993); v., anche, *infra*, pag. 82.

⁴⁴ Si tratta dei costi (ad esempio, per le materie prime, per l'energia) che variano al variare della produzione, a differenza dei costi fissi (canoni per l'affitto dello stabilimento e/o per

sostenuti dall'impresa dominante, anche l'intento sotteso alla politica dei prezzi attuata.

In linea con lo standard di valutazione tradizionale elaborato nei noti casi *Akzo* e *Tetra Pak II*, se deve presumersi l'illiceità dei prezzi inferiori al *costo variabile medio*, i prezzi inferiori al *costo totale medio* - ma superiori al *costo variabile medio* - devono ritenersi abusivi qualora si inseriscano in un piano antimonopolistico⁴⁵. In altri termini, *i prezzi inferiori alla media dei costi variabili* sono considerati in via di principio abusivi, in quanto applicando prezzi di tal genere si presume che un'impresa in posizione dominante abbia come unico obiettivo l'eliminazione dei concorrenti; *i prezzi inferiori alla media dei costi totali, ma superiori alla media dei costi variabili*, sono abusivi quando si innestano in una più ampia strategia rivolta ad escludere un concorrente: in questo caso l'elemento soggettivo deve essere debitamente provato.

Nella causa *France Telecom/Commissione*⁴⁶ la Corte di giustizia ha chiarito il valore relativo della presunzione di predatorialità dei prezzi, onerando l'impresa egemone di fornire la prova contraria.

il *leasing* degli impianti e dei macchinari), indipendenti dal livello della produzione medesima.

⁴⁵ Corte giust., 3 luglio 1991, C-62/86, *Akzo c. Commissione*, in *Racc.*, I, 3359; Corte giust., 14 novembre 1996, C-333/94, *Tetra Pak*, *cit.*

⁴⁶ Corte giust., 2 aprile 2009, C-202/07, *France Telecom c. Commissione*, in *Racc.*, 2009, I, 2369.

Nel caso concreto la Corte, adottando un parametro di valutazione incentrato sui *costi sostenuti dall'impresa e sulla strategia di quest'ultima*, ha ravvisato gli estremi dell'abuso nella condotta dell'imprenditore che, in un mercato in cui le condizioni della concorrenza erano già indebolite a causa della sua presenza, si caratterizzava per una politica sui prezzi rivolta al precipuo scopo di eliminare i concorrenti, per poter poi trarre profitto dalla riduzione del livello di concorrenza.

Nella decisione si chiarisce che la possibilità di recupero delle perdite sofferte per l'applicazione da parte dell'impresa leader di prezzi inferiori a un determinato livello dei costi, per quanto indiziante di una strategia escludente, non costituisce presupposto necessario per dimostrare il carattere abusivo della pratica⁴⁷.

⁴⁷ Corte giust., 2 aprile 2009, C-202/07, *France Telecom*, cit., punti 110-112: “... contrariamente a quanto afferma la ricorrente, dalla giurisprudenza della Corte non si evince che la prova della possibilità di recupero delle perdite sofferte per l'applicazione, da parte di un'impresa in posizione dominante, di prezzi inferiori a un determinato livello di costi costituisca un presupposto necessario per dimostrare il carattere abusivo di una siffatta politica in materia di prezzi. In particolare, la Corte ha avuto occasione di escludere la necessità di una prova del genere in circostanze in cui l'intento eliminatorio dell'impresa in questione poteva essere presunto alla luce dell'applicazione, effettuata da quest'ultima, di prezzi inferiori alla media dei costi variabili Ovviamente, quest'interpretazione non esclude che la Commissione possa considerare una siffatta possibilità di recupero delle perdite come elemento rilevante in sede di valutazione della natura abusiva della pratica in questione in quanto, per esempio, essa può contribuire ad escludere, in caso di applicazione di prezzi inferiori alla media dei costi variabili, giustificazioni economiche diverse dall'eliminazione di un concorrente, oppure a dimostrare, in caso di applicazione di prezzi inferiori alla media dei costi totali ma

Il requisito del *recoupment*, elaborato dalla giurisprudenza nordamericana quale tratto caratterizzante del test di predatorietà, non è recepito pertanto dalla giurisprudenza comunitaria, quale autonomo elemento costitutivo della fattispecie abusiva.

Ai fini della dimostrazione dell'intento escludente sia la Commissione che le Corti europee hanno dato importanza alla documentazione interna dell'impresa. Il caso *France Telecom* è indicativo in tal senso, avendo la Commissione dedotto dalla documentazione aziendale i segnali di una strategia diretta al controllo o all'esclusione dei rivali.

Non dissimile dalla pratica dei prezzi predatori è il fenomeno del “*margin squeeze*”, nei casi in cui nell'ambito di mercati verticalmente integrati l'impresa dominante sul mercato a monte applichi condizioni non replicabili da parte dei concorrenti sui mercati a valle.

Con l'espressione si suole fare riferimento al comportamento attraverso il quale l'impresa dominante, che opera sia sul mercato a monte sia sul mercato a valle, utilizza il proprio potere di controllo, su un fattore essenziale per le

superiori alla media dei costi variabili, l'esistenza di un piano avente lo scopo di eliminare un concorrente. Del resto, la mancanza di qualsiasi possibilità di recupero delle perdite non può bastare ad escludere che l'impresa in questione giunga a rafforzare la sua posizione dominante in seguito, in particolare, all'uscita dal mercato di uno o più tra i suoi concorrenti, di modo che il grado di concorrenza esistente sul mercato, già indebolito proprio a causa della presenza dell'impresa in questione, risulti ancor più diminuito e che i consumatori subiscano un danno derivante dalla limitazione delle loro possibilità di scelta”.

imprese concorrenti nel mercato a valle, al fine di impedire loro di ottenere dei profitti positivi. Di regola, *“tale risultato può essere perseguito dall’impresa egemone sia fissando il prezzo dell’input ad un livello così alto da risultare insostenibile per le imprese concorrenti nel mercato a valle, sia ricorrendo a pratiche predatorie nel mercato a valle, nella consapevolezza di poter contare su un profitto globale positivo grazie agli extra profitti realizzati nel mercato a monte, sia infine attraverso una combinazione di tali pratiche”*⁴⁸.

La Corte di giustizia in una controversia vertente tra l’autorità svedese in materia di concorrenza (*Kunkurrensverket*) e la *Telia Sonera Sverige AB*, con riferimento ad una domanda presentata da detta autorità per ottenere la condanna della società al pagamento di un’ammenda amministrativa per violazione della disciplina in materia di concorrenza, ha chiarito come ai fini dell’accertamento del carattere abusivo della condotta sia necessaria la dimostrazione *dell’effetto anticoncorrenziale* almeno potenziale *sul mercato al dettaglio*. Altro parametro considerato dalla Corte nell’occasione è rappresentato dalla indispensabilità delle infrastrutture nel mercato a monte della fornitura di servizi a valle⁴⁹.

Nella coeva pronuncia *Deutsche Telekom* la Corte ha ritenuto abusivo il *margin squeeze*, in quanto la differenza tra le tariffe al dettaglio praticate

⁴⁸ BASTIANON 2009, 61.

⁴⁹ Corte giust., 17 febbraio 2011, C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, in *Racc.*, 2011, I, 527, punto 62.

dall'impresa dominante sul mercato e le tariffe all'ingrosso per i servizi di accesso per prestazioni analoghe alle imprese concorrenti risultava o negativa o insufficiente per coprire i costi specifici dei prodotti dell'operatore dominante per la prestazione dei propri servizi al dettaglio: tale compressione dei margini era di per sé idonea a costituire un abuso ai sensi dell'art. 82 Trattato CE; riducendo il grado di concorrenza esistente sul mercato, già indebolito a causa della presenza dell'impresa egemone, e rafforzando in tal modo la posizione dominante dalla stessa detenuta, produceva *“l'effetto che i consumatori subissero un danno a causa della limitazione della loro possibilità di scelta e, conseguentemente, della prospettiva di una riduzione, a più lungo termine, delle tariffe al dettaglio per effetto della concorrenza esercitata da concorrenti quantomeno altrettanto efficienti sul mercato medesimo”*⁵⁰.

In questo settore l'approccio nordamericano si mostra diametralmente opposto rispetto a quello comunitario. Nei casi *Trinko* prima⁵¹, *linkLine* dopo⁵², la Corte Suprema ha escluso la possibilità di considerare il *price squeeze* come un'autonoma figura di illecito antitrust, poichè l'introduzione di una regola che sanziona anche la fissazione di prezzi superiori ai costi rischia

⁵⁰ Corte giust., 14 ottobre 2010, C-280/08P, *Deutsche Telekom c. Commissione*, in *Racc.*, 2010, I, 9555, punto 182; v. anche, più di recente, Corte giust., 17 luglio 2014, C- 295/12, *Telefónica S.A. e Telefónica de España S.A.U. c. Commissione*, non ancora pubblicata sulla Raccolta generale.

⁵¹ *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP*, cit.

⁵² *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.*, 555 U.S. 438 (2009).

in ultima istanza di proteggere i concorrenti e danneggiare i consumatori; ha ravvisato piuttosto nella fattispecie un *mix* di rifiuto di contrarre e prezzi predatori, in cui l'elemento specializzante è costituito dalla presenza di un'impresa verticalmente integrata.

1.2.2. Le pratiche escludenti

Le “pratiche escludenti” (art. 102 TFUE lett. b) sono rivolte a estromettere i concorrenti aumentando i costi di ingresso sul mercato, o addirittura precludendo loro gli sbocchi o gli approvvigionamenti con l'intento di monopolizzare il mercato medesimo ed estrarne in maniera indisturbata rendite monopolistiche in danno dei consumatori.

Si ritiene comunemente che il danno ai consumatori non sia un elemento ulteriore della fattispecie, quanto un effetto scaturente dall'esclusione (o dal mancato ingresso) di uno o più concorrenti dal mercato di riferimento. Tale danno si identifica con la ridotta possibilità di scelta dei consumatori.

Si inquadrano in questa categoria, oltre alle vendite sottocosto, il rifiuto a contrarre, il tentativo dell'impresa che operi in regime di esclusiva legale di estendere la propria posizione dominante al di fuori del mercato o dell'attività ad essa riservata, il tentativo di accrescere il proprio potere di mercato, il tentativo di concedere il diritto di autoproduzione.

Con particolare riferimento al rifiuto a contrarre, di cui ampiamente si parlerà in seguito, deve sin da ora segnalarsi che ad esso possono ricondursi non solo le figure di cui all'art. 2597 c.c., ma anche quelle elaborate dalla

giurisprudenza sull'*essential facilities doctrine* di matrice statunitense, recepita e rielaborata in ambito comunitario.

Riguardo ai comportamenti di esclusione la Commissione nella Comunicazione del 2009 ha precisato che *“l’attuazione coercitiva delle norme ha lo scopo di garantire che le imprese dominanti non ostacolino lo svolgimento della concorrenza effettiva precludendo il mercato ai loro concorrenti in modo anticoncorrenziale con conseguenti effetti negativi per il benessere dei consumatori, sia in forma di prezzi più elevati di quelli vigenti che in altra forma quale ad esempio: la limitazione della qualità o riduzione della scelta dei consumatori”*⁵³.

La Commissione interviene quando, sulla base di prove specifiche, è probabile la presunta violazione delle previsioni di cui all’art. 102 TFUE; tra i fattori presi in considerazione ai fini della valutazione del carattere abusivo della condotta vi sono le eventuali prove di un’effettiva preclusione e le prove dirette di una strategia di esclusione.

Si collocano in quest’ultima categoria i documenti interni che forniscano una dimostrazione diretta di una strategia mirante all’esclusione dei concorrenti: si pensi ad un piano particolareggiato di esclusione o rivolto ad impedire l’ingresso o a prevenire l’emergere di un mercato, o ancora alle prove di minacce concrete di un’azione volta all’esclusione. Trattasi secondo

⁵³ *Orientamenti sulle priorità della Commissione, cit.*, punto 19.

la Commissione di prove utili ai fini dell'interpretazione del comportamento dell'impresa egemone.

Talvolta, si evince dalla Comunicazione medesima, *“qualora risulti che il comportamento assunto possa soltanto frapporre ostacoli alla concorrenza senza creare efficienze, è possibile dedurre l'effetto anticoncorrenziale”*⁵⁴.

Le imprese accusate della violazione di cui all'art. 102 possono fornire giustificazioni dimostrando che la propria condotta è necessaria o che da essa derivino efficienze che possono compensare eventuali effetti anticoncorrenziali sui consumatori.

Si prevederà in genere che l'impresa dimostri che sono state soddisfatte le seguenti condizioni cumulative, quali ad esempio: che le efficienze sono state realizzate in conseguenza del comportamento; che il comportamento è indispensabile per la realizzazione di tali efficienze; che quest'ultime superino probabili effetti negativi sulla concorrenza e sul benessere dei consumatori; e ancora che il contegno dell'impresa non sopprime la concorrenza effettiva⁵⁵.

Spetterà alla Commissione chiarire se effettivamente il comportamento contestato fosse necessario e se comparando gli effetti positivi e quelli negativi è probabile che da esso siano scaturite conseguenze dannose per i consumatori (punto 31).

⁵⁴ *Orientamenti sulle priorità della Commissione, cit.*, punto 28.

⁵⁵ *Orientamenti sulle priorità della Commissione, cit.*, punto 30.

1.2.3. Le pratiche discriminatorie

Le “pratiche discriminatorie”, regolate a livello comunitario dalla previsione dell’art. 102, co. 2, lett. c), TFUE, si traducono nell’applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi ingiustificati svantaggi nella concorrenza.

La norma evocata fa proprio il principio, già a suo tempo previsto nell’ordinamento interno dall’art. 2597 c.c., che impone al monopolista legale l’obbligo di rispettare la parità di trattamento fra quanti richiedano le prestazioni che formano oggetto della sua impresa.

Rispetto alla disposizione codicistica, i redattori del Trattato hanno esteso il principio suddetto, oltre che alle imprese in regime di monopolio legale, a chiunque detenga una posizione dominante sul mercato e lo hanno reso operante non solo nei rapporti contrattuali che l’impresa leader intrattiene con i terzi, ma anche con fornitori, distributori e concorrenti in generale.

Perché vi sia discriminazione da parte dell’impresa dominante è necessario siano applicate “*condizioni dissimili per prestazioni equivalenti*”; occorre altresì che, in ragione della condotta tenuta dall’impresa egemone, si sia prodotto uno svantaggio competitivo in capo al soggetto discriminato.

L’obiettivo delle norme comunitarie è non tanto quello di protezione del consumatore contro gli arbitri del monopolista, quanto quello di evitare che il monopolista medesimo adoperi il proprio potere contrattuale per pregiudicare

alcuni contraenti in favore di altri. Quest'ultimo profilo serve a tracciare il confine tra liceità ed illiceità della condotta.

Anche in una situazione di questo tipo infatti occorre una valutazione caso per caso, non essendo la pratica in esame vietata per sé, ma solo nella misura in cui sia provato che la condotta posta in essere sia priva di giustificazione e non abbia altro obiettivo se non quello di favorire taluni contraenti a danno di altri.

Tra le varie forme attraverso le quali può estrinsecarsi il fenomeno in esame, la più classica è rappresentata dalla discriminazione di prezzo.

Nella sentenza *United Brands* la Corte di Giustizia ha considerato abusivo il comportamento dell'impresa che praticava prezzi di acquisto diversi da uno Stato membro all'altro: l'imposizione di prezzi discriminatori ostacolava la libera circolazione delle merci, creando un rigido isolamento dei mercati nazionali e falsando la concorrenza rispetto al suo andamento naturale.

Nel caso *Tetra Pak II* la Commissione ha sanzionato l'applicazione da parte dell'impresa di prezzi di vendita per i suoi cartoni diversi a seconda degli Stati membri nell'ambito di una politica di compartimentazione dei mercati non spiegabile sul piano economico⁵⁶.

La differenza tra le fattispecie in esame e quella dei prezzi predatori sta nel fatto che questi ultimi hanno riguardo alla posizione dei concorrenti dell'impresa dominante, e sono quindi una tipica pratica escludente; mentre i

⁵⁶ Comm., 24 luglio 1991, *Tetra Pak II*, in *G.U.C.E.* 18 marzo 1992, L72, 1992, 1.

prezzi discriminatori, riferendosi alla posizione dei soggetti che si trovano a contrattare con l'impresa dominante, mirano ad evitare lo sfruttamento di questi ultimi e l'alterazione della concorrenza.

In taluni casi gli organi comunitari tendono a trattare le pratiche predatorie che si manifestano in discriminazioni di prezzo indistintamente dalle ipotesi appena esaminate: in quest'ottica, sono stati considerati sia discriminatori che predatori i ribassi di prezzo concessi ai soli clienti delle imprese rivali con lo scopo di indebolirle.

1.2.4. Le pratiche leganti

Il fenomeno delle “pratiche leganti” completa l'elenco delle figure di abuso vietate alla lettera “d” dell'art. 102.

Comune denominatore dei comportamenti ad esso riconducibili è costituito dall'effetto che li caratterizza, consistente nel determinare o rafforzare una situazione di dipendenza tra l'impresa prevalente e i suoi contraenti.

Si suole utilizzare l'espressione “clausole leganti” (altrimenti note con il termine di *tying clauses*) per descrivere la situazione in cui l'impresa subordina la vendita di un bene, solitamente quello nella cui produzione ha una posizione dominante (bene legante o *tying*), alla condizione che il compratore acquisti un altro prodotto o servizio (bene legato o *tied*), economicamente separabile dal primo, senza che esista un collegamento tra i beni “legati”: *la identificazione dei due prodotti, e dunque di due mercati distinti, è un accertamento preliminare alla valutazione degli effetti sulla*

*concorrenza, trattandosi di un requisito da cui dipende l'esistenza stessa della fattispecie legata*⁵⁷.

La condotta vietata presuppone che i beni legati non abbiano tra loro alcun tipo di connessione, nel senso che si tratti di beni diversi e commerciabili separatamente. Se viceversa i due beni costituiscono un insieme unico, indivisibile, la vendita gemellata è legittima.

Il centro motore del fenomeno è solitamente rinvenuto nella *leverage theory* o teoria della leva, elaborata dalla dottrina nordamericana: l'impresa utilizza il suo potere di mercato su un determinato bene (il *tying product*) quale leva per acquisire un vantaggio competitivo sul mercato di un bene distinto (il *tied product*)⁵⁸. Si determina in tal modo un'alterazione della gara concorrenziale nel mercato dal *tied product*: i consumatori sceglieranno il *bene legato*, anziché per la qualità migliore e/o il prezzo più conveniente, per accedere al *bene legante*⁵⁹.

⁵⁷ CUCINOTTA 1993 a, 91.

⁵⁸ Per una descrizione del fenomeno, seppur con spunti critici, v. POSNER 1974, 508: "People used to regard tying as a method by which a firm having a monopoly in one market (for example computers) could obtain a monopoly of a second product (such as computer punch cards) by requiring all purchasers of the first product also to buy the second from it"; v., anche, *infra* nota 123.

⁵⁹ E' stato dimostrato - e paradossalmente proprio da un autore di Chicago, Ward Bowman - che il *leverage* è possibile quando i due beni (o la combinazione di beni e servizi) sono usati in proporzioni variabili. Quando, però, beni usati in proporzioni fisse sono ceduti gratis o addirittura, predatoriamente, sotto costo è inevitabile che i profili di analisi antitrust siano esaminati in una prospettiva dinamica sulla quale la (statica) teoria dei prezzi può dire poco o quasi nulla (CUCINOTTA 1993 a, 71). In quest'ottica la repressione

A una casistica comunitaria in materia piuttosto limitata⁶⁰, si contrappone un imponente contenzioso nella giurisprudenza d'oltreoceano, alimentato dal dibattito dottrinale sugli effetti della pratica⁶¹.

Possono richiamarsi quali *leading cases* quelli affrontati dalla Corte Suprema nelle cause *Northern Pacific* e *Motion Picture*. Nel primo caso la Corte condannava un'impresa ferroviaria per aver imposto ai privati, cui aveva ceduto o dato in affitto i terreni lungo la linea ferrata, l'impiego dei

del *tying* del sistema operativo *Windows* al programma per l'esplorazione del *web Internet Explorer* nel celebre caso *Microsoft* (v., *infra*, pagg. 39 ss.) va ritenuta senz'altro illecita monopolizzazione da entrambe le sponde dell'Atlantico (CUCINOTTA 1998, 343).

⁶⁰ Per un esempio di *tying* applicato al settore delle nuove tecnologie si veda il caso deciso da Trib. primo grado, 17 settembre 2007, T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, in *Racc.*, 2007, II, 3601 (la pronuncia ha qualificato abusivo l'uso di *Microsoft* di abbinare *Windows Media Player*, il proprio programma di lettura di *file* musicali su cui doveva affrontare la concorrenza, a *Windows*, il sistema operativo per *personal computer* sul cui mercato *Microsoft* deteneva un quasi monopolio), nonché la decisione nel caso *Tetra Pak* (Comm., 26 luglio 1988, *Tetra Pak*, in *G.U.C.E.* 19 ottobre 1998, L272, 27), dove la Commissione ha condannato l'imposizione da parte di *Tetra Pak* ai propri clienti di utilizzare per i macchinari acquistati o concessi in affitto solo i materiali di imballaggio prodotti dalla stessa *Tetra Pak*.

⁶¹ LEVY 2004, 202, sottolinea gli effetti benefici del gemellaggio in termini di riduzioni di costi e vantaggi prestazionali (“*Most economists recognize not only that tying arrangements are not-anticompetitive but they have pro-competitive effects as well, even when not intended that way. First, if the tying and tied products are functionally related, there may be cost through economies of joint production and distribution. Second, if the tied product is integral to the operational efficiency of the tying product, or if the tying product is sensitive to the quality of the tied product, there are obvious performance advantages in avoiding inferior substitutes – especially when it is difficult for the consumer to determine whether operating problems are due to low-quality inputs*”).

suoi servizi di trasporto per il trasferimento dei prodotti agricoli e dei servizi industriali provenienti dai predetti fondi⁶²; nell'altro procedimento il *tie-in* era ravvisato nella locazione di proiettori per sale cinematografiche con l'obbligo per i locatari di programmare esclusivamente le pellicole distribuite dal cartello dei produttori titolari dei diritti di brevetto sui proiettori⁶³.

La disamina della giurisprudenza nordamericana sui *tying arrangements* fa registrare il passaggio da un approccio fondato su una *per se rule*, seppur *sui generis*⁶⁴, ad una regola di valutazione di tipo casistico, che tenga conto delle circostanze concrete in cui la pratica legante si è manifestata in modo da operare un bilanciamento tra costi e benefici per il sistema concorrenziale.

Argomenti a favore dell'obsolescenza della *per se rule* si traggono dal sentenza emessa nel 1992 nel caso *Kodak*. L'impresa produttrice di fotocopiatrici e apparecchiature micrografiche, a partire dalla metà degli anni ottanta, adottava una politica commerciale che subordinava la vendita dei pezzi di ricambio all'accettazione da parte dei clienti di prestazioni supplementari di assistenza. Tale strategia metteva a rischio la posizione di

⁶² *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958).

⁶³ *Motion Picture Patents v. Universal Film Mfg. Co.*, 243 U.S. 502 (1917).

⁶⁴ I *tying arrangements* erano considerati in sé vietati ai sensi della *section 1* dello *Sherman Act* e della *section 3* del *Clayton Act* a condizione che potessero distinguersi due prodotti o servizi separati, che il venditore disponesse di un apprezzabile potere nel mercato del *tying product*, che la pratica abusiva interessasse un volume di scambi commerciali nel mercato del prodotto legato *not insubstantial*.

mercato di diciotto organizzazioni indipendenti, che offrivano servizi di assistenza per le apparecchiature Kodak.

Disattendendo la tesi difensiva della Kodak, che invocava un giudizio sommario sul rilievo che l'assenza di un potere sul mercato a monte della apparecchiature fotocopiatrici escludesse in sé l'inquinamento della concorrenza nel mercato a valle dei ricambi e dell'assistenza, la Corte Suprema si sottraeva al giudizio sommario, rimettendo le parti innanzi al giudice di merito, innanzi al quale l'impresa avrebbe dovuto dimostrare la fondatezza delle proprie argomentazioni⁶⁵.

Paradigmatico nell'impostazione dei rapporti tra normativa antitrust e nuove tecnologie è stato in tempi più recenti il caso *Microsoft*, affrontato dalla giurisprudenza di merito.

Tra le accuse mosse alla celebre *software - house* (detentrici di una posizione di dominio nel mercato mondiale dei sistemi operativi per elaboratore elettronico) vi era quella di imporre ai propri rivenditori la vendita al pubblico, unitamente al programma operativo *Windows '95* e per lo stesso prezzo, di un software per "navigare" su internet⁶⁶.

Il comportamento posto in essere dalla *Microsoft* è stato ritenuto in contrasto con la *section 2* dello *Sherman act*, in quanto, attraverso il *leveraging*, l'impresa stessa creava un monopolio in un mercato contiguo.

⁶⁵ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc.*, 504 U.S. 451 (1992).

⁶⁶ Corte d'Appello degli Stati Uniti, 23 giugno 1998, in *Foro it.*, 1998, IV, 343; v., anche, BISHOP 1999, 79.

Nella condotta della *Microsoft* sono stati riscontrati gli estremi della pratica illecita: un potere monopolistico in un dato mercato, l'uso dello stesso per alterare il libero gioco concorrenziale in un mercato diverso dal precedente, il pregiudizio alla concorrenza causato dalla condotta abusiva.

La pratica legante può colorarsi di illiceità anche qualora si traduca nell'invogliare il cliente ad adottare il comportamento voluto dall'impresa dominante attraverso la prospettiva di vantaggi economici.

La pressione esercitata in tal modo sulla libertà di scelta del contraente incide sull'equilibrio del mercato. Se il comportamento in questione fosse posto in essere da un'impresa non dominante sarebbe perfettamente legittimo. Viceversa, nel caso di un'impresa in posizione dominante presenta il rischio di un'ulteriore riduzione della già scarsa concorrenza e, pertanto, viene sanzionato⁶⁷.

Una variante della fattispecie in esame è rappresentata dal c.d. *bundling*, ricorrente allorché l'impresa egemone su uno o più prodotti di un medesimo gruppo favorisca, attraverso apposite politiche di prezzo, l'acquisto dell'intera gamma piuttosto che il singolo prodotto.

⁶⁷ Come chiarito dalla Corte di Giustizia, impegni di approvvigionamento esclusivo, con o senza contropartita di sconti o concessione di premi fedeltà, “sono incompatibili con lo scopo che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune, in quanto non si fondano ... su una prestazione economica che giustifichi questo onere o questo vantaggio, bensì mirano a togliere all'acquirente, o a ridurre nei suoi riguardi, la possibilità di scelta per quel che concerne le sue fonti di approvvigionamento ed a precludere l'accesso al mercato agli altri produttori (Corte giust., C-87/76, *Hoffmann La Roche*, cit., punto 90).

Tra le pratiche leganti, assai diffusa è l'applicazione degli sconti fedeltà, concessi da un'impresa in posizione dominante in modo da “fidelizzare” il cliente, ossia da creare un rapporto di esclusiva che impedisca o renda più oneroso l'accesso al mercato degli altri concorrenti.

Gli sconti fidelizzanti si collocano sull'incerto confine tra condotte unilaterali escludenti ed iniziative commerciali aggressive, ma sostanzialmente *pro competitive*: “la pratica può ostacolare l'accesso al mercato o la crescita dei concorrenti, scoraggiando la differenziazione delle fonti d'approvvigionamento, ma rappresenta, al contempo, una classica forma di concorrenza sui prezzi, può rispondere a legittime esigenze commerciali e può generare guadagni d'efficienza, consentendo la realizzazione di risparmi di costo e favorendo un maggior allineamento degli interessi all'interno dei costi di produzione”⁶⁸.

Nella valutazioni d'illiceità della condotta dell'impresa egemone assumono rilievo molteplici fattori quali l'intento monopolistico, la detenzione di una posizione dominante, l'inserimento della politica di sconti nell'ambito di una strategia escludente contrassegnata da contegni in sé abusivi, lo sfruttamento di informazioni privilegiate.

L'incidenza distorsiva del fenomeno è stata così spiegata dalla Corte di giustizia nel caso *Hoffmann La Roche*⁶⁹: “contrariamente agli sconti

⁶⁸ FAELLA 2008, 119.

⁶⁹ Corte giust., C-87/76, *Hoffmann La Roche*, cit., punto 90.

quantitativi che dipendono solo dal volume degli acquisti, il premio di fedeltà mira ad impedire, mediante la concessione di un vantaggio finanziario, che i clienti si riforniscano presso produttori concorrenti”. A ciò consegue l’applicazione alle controparti contrattuali di condizioni differenti per prestazioni equivalenti, in quanto due acquirenti delle stesse quantità del medesimo prodotto pagano prezzi diversi a seconda che si riforniscano esclusivamente presso l’impresa in posizione dominante o meno.

La sentenza distingue gli sconti cosiddetti quantitativi da quelli fedeltà: i primi consistono in una sorta di compromesso nell’acquisto di quantità superiori da parte del cliente e come tali risultano giustificati; al contrario, i premi fedeltà hanno solamente una finalità anticoncorrenziale.

Successivamente, la Corte ha chiarito però che anche gli sconti quantitativi possono, nel lungo periodo, sfociare in pratiche di fidelizzazione ricadenti nel divieto: qualora l’impresa vincoli a sé i rivenditori mediante un sistema di sconti concessi in funzione delle quantità vendute in un periodo relativamente lungo, alla fine del periodo stesso aumenta per l’acquirente l’incentivo ad effettuare gli acquisti necessari per ottenere il *bonus* o non subire la perdita prevista per l’intero periodo⁷⁰.

⁷⁰ Corte giust., 9 novembre 1983, C-322/81, *NV Nederlandse Banden-Industrie-Michelin c. Commissione*, cit., 3461: la Michelin aveva attuato un sistema di sconti annuali variabili, la cui percentuale era fissata in funzione del fatturato realizzato dai rivenditori nell’anno precedente (v., in particolare, punto 81: “*Orbene, qualsiasi sistema di sconti concessi in funzione delle quantità vendute nel corso di un periodo di riferimento*

La giurisprudenza comunitaria e quella americana in tema di sconti fidelizzanti hanno assunto posizioni divergenti. La prima ha ritenuto che la dimostrazione della mera tendenza a fidelizzare la clientela e, per tale via, restringere la concorrenza valga a sancire l'incompatibilità della pratica sugli sconti col divieto di abuso di posizione dominante previsto dal Trattato. In ambito americano, al contrario, la consapevolezza che la fattispecie in esame potrebbe costituire una classica forma di concorrenza sui prezzi ha spinto le Corti ad ammettere una presunzione di liceità degli sconti non predatori e non leganti, fatta salva la prova degli effetti anticoncorrenziali⁷¹.

Nella stessa direzione autorevole dottrina ha sostenuto una presunzione di liceità per gli sconti fidelizzanti allorchè il prezzo finale del prodotto non superi le soglie della predatorietà, sul rilievo che in tal caso un concorrente

relativamente lungo esercita necessariamente, alla fine del periodo di riferimento, una maggiore pressione sull'acquirente, che è spinto ad acquistare il quantitativo necessario per ottenere il vantaggio o per non subire la perdita prevista per l'intero periodo").

⁷¹ Significativamente la politica commerciale della *British Airways* - che incentivava le principali agenzie di viaggi del Regno Unito a promuovere le proprie vendite riconoscendo un premio di produzione calcolato retroattivamente in funzione dell'incremento delle vendite rispetto all'anno precedente - era valutata difformemente sul versante europeo e su quello statunitense: mentre la Corte di Giustizia attribuiva natura escludente alla pratica (Corte giust., 15 marzo 2007, C-95/04P, *British Airways c. Commissione*, in *Racc.*, 2007, I, 2331), i giudici americani ritenevano lecita la pratica che ingenerava effetti pro concorrenziali nel segno di una *competition on the merits* (*Virgin Atlantic Airways Ltd v. British Airways Plc*, 257 F.3d 256, 2nd Circ. 2001); sulla nozione assai problematica di "*competition on the merits*" v., *infra*, nota 123.

altrettanto efficiente (*an equally efficient rival*) sarebbe in grado di formulare un'offerta competitiva⁷².

Si registra nondimeno, su entrambe le sponde dell'Atlantico, il tentativo di elaborare specifici modelli o test di valutazione che consentano di distinguere gli sconti fidelizzanti benevoli da quelli escludenti tramite un raffronto tra prezzi e costi. In questo scenario dovrebbe dapprima identificarsi la porzione del mercato a valle coperta dalla politica di sconti fidelizzanti e la portata delle barriere all'accesso e all'espansione di rivenditori concorrenti, per poi verificare l'impatto dell'incremento dei costi cagionato dalla condotta sulla capacità competitiva dei rivali.

Un test di valutazione, rivolto a verificare attraverso un'analisi comparata di prezzi e costi dell'impresa dominante se la pratica sia diretta ad escludere un concorrente altrettanto efficiente, è stato elaborato dalla Commissione nel *Discussion Paper* del 2005⁷³: il test propone un confronto tra la cosiddetta *required share* (la quota del fabbisogno del cliente che un nuovo entrante dovrebbe soddisfare per compensare la perdita degli sconti concessi dall'impresa dominante senza essere costretto a offrire un prezzo inferiore al livello dei costi totali medi dell'*incumbent*) e la cosiddetta *commercially viable share* (la percentuale di fabbisogno di ciascun cliente che un efficiente

⁷² HOVENKAMP 2006, 857.

⁷³ *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruxelles, dicembre 2005, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

entrante può ragionevolmente aspirare ad assicurarsi). Il *Discussion Paper* prevede altresì la possibilità che l'impresa fornisca una *business justification* della condotta escludente, incentrata sulla prospettazione di specifiche situazioni oggettive che l'hanno determinata, ovvero di efficienze sufficienti a compensare gli effetti restrittivi.

A prescindere dell'intento fidelizzante, anche gli sconti selettivi ovvero i ribassi riconosciuti selettivamente solo a taluni clienti possono presentare connotati di illiceità, quando siano adottati per agevolare alcuni di essi ed estromettere gli altri concorrenti⁷⁴: una politica di sconti selettivi sarebbe invece lecita ove giustificata da prevalenti guadagni in termini di efficienza che si traducano in benefici per i consumatori⁷⁵.

Nel caso *Post Danmark*⁷⁶ la Corte di giustizia ha cercato, in tempi più recenti, di promuovere un'applicazione dell'art. 102 al passo con i tempi.

La vicenda si caratterizzava per l'offerta di prezzi scontati da parte dell'impresa dominante per i servizi di recapito della corrispondenza

⁷⁴ Si veda Comm., 14 maggio 1997, *Irish Sugar*, in *G.U.C.E.* 22 settembre 1997, L258, 1: la Commissione ha considerato abusivo il comportamento di *Irish Sugar* che aveva praticato alcuni sconti speciali a dettaglianti stabiliti al confine con l'Irlanda del Nord, allo scopo di dissuaderli dall'importare zucchero da quelle zone dove notoriamente il prezzo del prodotto era più basso di quello praticato nell'Eire.

⁷⁵ Corte giust., 15 marzo 2007, C-95/04P, *British Airways*, *cit.*; Corte giust., 17 febbraio 2011, C-52/09, *Telia Sonera c. Commissione*, in *Racc.*, 2011, I, 527.

⁷⁶ Corte giust., 27 marzo 2012, C-209/10, *Post Danmark c. Konkurrenserådet*, in *Racc. digit.*, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0209_SUM.

indirizzata a tre catene di supermercati, che costituivano alcuni dei clienti del più importante concorrente.

La Corte in questa occasione ha chiarito che ai fini di una declaratoria di illiceità degli sconti occorre una valutazione in concreto del rapporto tra costi ed effetti sul mercato della condotta contestata.

I giudici di Lussemburgo hanno precisato nell'occasione che devono reputarsi illeciti per violazione dell'art. 102 *“i comportamenti i quali abbiano, a danno dei consumatori, l'effetto di impedire, mediante il ricorso a mezzi diversi da quelli che reggono una normale competizione in base alle prestazioni degli operatori economici, il mantenimento del livello di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo della medesima”*⁷⁷. L'inciso *“a danno dei consumatori”* dimostra un mutamento di prospettiva importante da parte della Corte: dalla protezione del mercato in quanto tale, all'esigenza di salvaguardia degli interessi dei consumatori.

Un altro aspetto della sentenza degno di attenzione va individuato nell'aver specificato le condizioni in presenza delle quali il presunto contegno abusivo possa essere scriminato: *“le imprese interessate devono dimostrare che i vantaggi in termini di efficienza neutralizzano i probabili effetti svantaggiosi per la concorrenza e i consumatori sui mercati interessati; che è stato o è possibile realizzare tali vantaggi grazie al comportamento contestato; che*

⁷⁷ Corte giust., 27 marzo 2012, *Post Danmark c. Konkurrencerådet*, cit., punto 24.

*quest'ultimo è indispensabile per realizzarli e la condotta in questione non conduce all'eliminazione di una concorrenza effettiva*⁷⁸.

1.3. Strumenti repressivi e sanzionatori

In ambito europeo il sistema di contrasto alle pratiche anticoncorrenziali è incentrato sul *public antitrust enforcement*. La *ratio* della scelta risiede nell'idea, alimentata degli economisti e dai giuristi tedeschi della Scuola di Friburgo⁷⁹, che il diritto *antitrust* protegga un interesse pubblico, super-individuale, la cui tutela deve essere affidata ad un'autorità amministrativa anziché all'azione dei privati.

In questa prospettiva, la disciplina antitrust si propone di scoraggiare l'adozione di comportamenti che integrino gli estremi dell'abuso da parte delle imprese attraverso l'irrogazione di sanzioni⁸⁰.

⁷⁸ Corte giust., 27 marzo 2012, *Post Danmark c. Konkurrencerådet*, cit., punto 42.

⁷⁹ Nell'ambito della Scuola di Friburgo è maturata la proposta - in parte recepita dalle legge antitrust tedesca del 1957 - di affidare l'applicazione delle norme antitrust a un'autorità indipendente, dotata di poteri investigativi e sanzionatori (AMATO 1998, 44-45).

⁸⁰ V. PERA 2009, 51 (*"Nell'ordinamento comunitario e nella maggioranza dei paesi europei, le sanzioni hanno carattere amministrativo e colpiscono le imprese; in ogni caso le varie normative prevedono sanzioni pecuniarie molto elevate, che possono raggiungere il 10% del fatturato complessivo dell'impresa e i criteri per l'irrogazione delle sanzioni sono divenuti molto severi. A livello comunitario, nel solo anno 2007 sono state irrogate sanzioni per attività di cartello per 3,3 miliardi di €; le sanzioni comminate a cinque imprese coinvolte in un cartello di ascensori sono state pari a 992 milioni di €, di cui 480 milioni a una sola impresa. In un recente caso di abuso di posizione dominante, al più importante operatore mondiale nel settore informatico è stata comminata una sanzione che sfiora il mezzo miliardo di euro. In questo modo le autorità comunitarie sperano di scoraggiare le imprese dal praticare comportamenti restrittivi"*).

A norma dell'art. 105 del Trattato l'autorità che, in ambito comunitario, è preposta al controllo del rispetto dei divieti posti dagli artt. 101 - 102 è la Commissione europea che, qualora ravvisi un'infrazione, indica i mezzi atti per porvi termine. Se perdura l'abuso essa contesta la violazione con una decisione motivata che può essere pubblicata e serve ad autorizzare gli Stati membri ad adottare le necessarie misure, di cui la stessa Commissione definisce le condizioni e le modalità operative.

Una delle novità più consistenti del processo di modernizzazione del diritto comunitario della concorrenza è consistita nel fornire alla Commissione - a fronte dell'accertamento di condotte anticompetitive - poteri più penetranti, tra cui quello di imporre rimedi strutturali, come ad esempio, cessioni di partecipazioni, dismissioni di rami d'azienda o separazioni societarie.

Il ricorso a tali strumenti è da considerare residuale, in quanto esperibile solo in assenza di rimedi comportamentali efficaci.

A rafforzare gli effetti deterrenti delle sanzioni contribuisce il fatto che il divieto di un comportamento ha riflessi civilistici e conduce, in genere, alla richiesta di risarcimento dei danni da parte dei concorrenti.

Mentre in tema di intese l'ordinamento comunitario sancisce espressamente la nullità degli accordi restrittivi, analoga previsione non è rinvenibile per i negozi attraverso i quali si realizza l'abuso di posizione dominante. Rispetto alla tesi che propone anche in questo caso l'applicazione della sanzione

invalidante⁸¹, in conseguenza della violazione della norma imperativa antitrust, risulta più convincente l'indirizzo che ravvisa nel rimedio risarcitorio, l'unico strumento di tutela esperibile a livello civilistico dalla vittima dell'abuso⁸².

Nelle sentenze *Courage*⁸³ e *Manfredi*⁸⁴ la Corte di giustizia, riconoscendo la diretta applicabilità delle norme del Trattato anche nei rapporti interprivati, ha stabilito che i principi dell'ordinamento comunitario richiedono che chi venga danneggiato in maniera diretta o indiretta da un comportamento anticoncorrenziale debba essere risarcito. Ciò include non solo i danni subiti dai concorrenti, ma anche quelli subiti dai consumatori.

Stimolata dalle decisioni del giudice comunitario, la Commissione europea ha pubblicato un *Libro Verde*⁸⁵ e poi un *Libro Bianco*⁸⁶, in cui si prevede che

⁸¹ DI MARZIO 2011, 210.

⁸² ASCARELLI 1960, 169, il quale dalla diversa disciplina prevista per le intese e per l'abuso di posizione dominante deduce che i contratti abusivi non possono considerarsi nulli. D'altra parte, il divieto di abuso di posizione dominante di sfruttamento attinge il contegno dell'impresa dominante e non il contenuto del negozio, sicché la pattuizione non può ritenersi in sé illecita. Sull'opzione risarcitoria v. anche LIBERTINI 2005, 237.

⁸³ Corte giust., 20 settembre 2001, C-453/99, *Courage Ltd c. Crehan*, in *Racc.*, 2001, I, 6297.

⁸⁴ Corte giust., 13 luglio 2006, da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico*, in *Racc.*, 2006, I, 6619.

⁸⁵ Libro Verde. Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, del 19 dicembre 2005, http://europa.eu/legislation_summaries/other/l26120_en.htm

siano intraprese una serie di azioni volte a rendere più agevole l'azione di risarcimento negli ordinamenti nazionali.

Tra le misure suggerite vi sono previsioni relative all'accesso ai documenti delle imprese e all'introduzione di normative che consentano l'azione collettiva⁸⁷, sulla falsariga del modello americano che prevede le *class actions* alla *rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*.

In assenza di specifiche indicazioni normative, la determinazione dei criteri di accertamento e quantificazione del danno da condotte anticoncorrenziali è affidata a criteri che sono frutto dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale⁸⁸.

⁸⁶ Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie del 2 aprile 2008, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_it.pdf.

⁸⁷ Nell'ottica di agevolare le iniziative private di contrasto alle condotte anticompetitive è da accogliere con favore l'introduzione nel nostro ordinamento dell'azione risarcitoria di classe per i danni da pratiche anticoncorrenziali di cui all'art. 140 *bis* del Codice del Consumo.

⁸⁸ Per un approfondimento sui diversi metodi di quantificazione del danno v. PROSPERETTI, PANI, TOMASI 2009, 111 ss. L'11 giugno 2013 la Commissione ha presentato al Consiglio e al Parlamento Europeo una proposta di direttiva relativa a determinate norme che regolamentano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi della legislazione nazionale a seguito della violazione delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati Membri e dell'Unione Europea; la direttiva è stata firmata il 26 novembre 2014 ed ha come scopo quello di garantire e rendere effettivo il diritto al pieno risarcimento del danno conseguente alla violazione delle norme antitrust europee che vietano le intese e gli abusi di posizione dominante (artt. 101 e 102 TFUE): l'iniziativa legislativa mira ad apprestare regole coordinate per il *private* ed il *public enforcement*, in vista di un'interazione efficace.

Talora si è seguito un approccio analitico, incentrato sul confronto - tramite un'analisi dettagliata del mercato rilevante di riferimento - tra la situazione attuale del danneggiato e quella che si sarebbe registrata in assenza della condotta anticoncorrenziale⁸⁹. Altro criterio è quello del *before and after*, che costruisce uno scenario ipotetico, antecedente al verificarsi dell'evento dannoso⁹⁰.

La giurisprudenza statunitense ha in più occasioni applicato il cosiddetto metodo *yardstick* o *benchmark*, volto a comparare la situazione dell'impresa che ha subito l'abuso con quella di altra impresa equivalente, estranea all'illecito⁹¹.

A differenza del sistema europeo, imperniato sul *public antitrust enforcement*, il *private antitrust enforcement* assume un ruolo centrale nel sistema statunitense, in cui l'operatività del rimedio risarcitorio con effetti deterrenti e general-preventivi è agevolata da strumenti quali i *treble damages* e le *class actions*.

⁸⁹ L'approccio è stato adottato dalla Corte d'Appello di Milano nel caso *Telesystem*: l'impresa lamentava di aver subito un danno a seguito di un abuso di posizione dominante da parte di Sip-Telecom (App. Milano, 18 luglio 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 276)

⁹⁰ A tale criterio ha fatto ricorso la Corte d'Appello di Milano nel caso *Bluvacanze*, la quale lamentava di aver subito un danno a causa di un'intesa restrittiva tra i principali *tour operators* italiani, volta ad escluderla dal mercato dei pacchetti turistici (App. Milano, 11 luglio 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 597).

⁹¹ Cfr, tra le altre, *Greenhaw v. Lubbock County Beverage Ass'n* (721 F.2d 1019, 1026, 5th Cir. 1983). Per un'applicazione del metodo *yardstick* nella giurisprudenza italiana, v. App. Milano, 16 settembre 2006, in *Dir. ind.*, 2007, 2, 155 (caso *Avir Spa c. Eni Spa*).

Ai danni punitivi la Corte di Lussemburgo ha aperto nella sentenza *Manfredi*⁹²; nella giurisprudenza di legittimità italiana è tuttavia granitico l'orientamento di segno contrario⁹³.

Se in ambito europeo si tende ad estendere la legittimazione a chiedere il risarcimento a chiunque sia danneggiato dalla pratica anticoncorrenziale, oltreoceano sono state elaborate a livello federale particolari regole (la

⁹² Si veda Corte giust., 13 luglio 2006, C-295/04, *Manfredi c. Lloyd Adriatico*, cit., punti 92-94: “Per quanto riguarda la concessione di un risarcimento danni e un’eventuale possibilità di liquidare danni punitivi, in mancanza di disposizioni comunitarie in materia, spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono di determinare l’entità del risarcimento, purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati. A tale riguardo, da un lato, in conformità del principio di equivalenza, una forma particolare di risarcimento, qual è il risarcimento esemplare o punitivo, deve poter essere riconosciuta nell’ambito di azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, qualora possa esserlo nell’ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno (v., in tal senso, sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame*, cit., punto 90). Tuttavia, risulta da una giurisprudenza costante che il diritto comunitario non osta a che i giudici nazionali vigilino affinché la tutela dei diritti garantiti dall’ordinamento giuridico comunitario non comporti un arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto (v., in particolare, sentenze 4 ottobre 1979, causa 238/78, *Ireks-Arkady/Consiglio e Commissione*, Racc. pag. 2955, punto 14; 21 settembre 2000, cause riunite C-441/98 e C-442/98, *Michailidis*, Racc. pag. I-7145, punto 31, e *Courage e Crehan*, cit., punto 30)”.

⁹³ Cfr, *ex plurimis*, Cass., 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Danno e resp.*, 2012, 611: “Nel vigente ordinamento, il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive - restando estranea al sistema l’idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta - ma in relazione all’effettivo pregiudizio subito dal titolare del diritto leso, non essendo previsto l’arricchimento, se non sussista una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale da un soggetto all’altro. E quindi incompatibile con l’ordinamento italiano l’istituto dei danni punitivi”.

proximate causation o *remoteness rule*, la *indirect purchaser rule* o *passing-on doctrine*), rivolte alla individuazione del soggetto maggiormente incentivato all'azione: solo gli acquirenti diretti e non quelli indiretti hanno diritto al risarcimento del danno⁹⁴.

Al fine di ovviare al rischio che eventuali difficoltà nella quantificazione del danno possano ostacolare l'operatività della tutela risarcitoria, la giurisprudenza americana ha affermato il principio per il quale la prova richiesta per l'accertamento della sussistenza di un'infrazione antitrust è diversa da quella richiesta per la dimostrazione dell'entità del danno patito dalla vittima: se la prova del danno è certa, l'incertezza della sua misura non impedisce il risarcimento⁹⁵.

⁹⁴ In ossequio al criterio della *proximate causation* (o *remoteness rule*), affermato dalla Corte Suprema nei casi *Associated General Contractors of Cal v. Cal State Council of Carpenters* (459 US 519, 536 n. 33, 1983), *Holmes v. SIPC* (503 US 258, 272, n. 20, 1992), *Blue Shield v. McCready* (457 US 465, 1982), la legittimazione ad agire in via risarcitoria può essere riconosciuta solo ai soggetti più vicini all'infrazione; non dissimile valenza deve attribuirsi alla *indirect purchaser rule* (o *passing-on doctrine*), elaborata dalla Corte nei casi *Ahnover Shoe Inc. v. United Shoe Machinery Corp* (392 US 482, 88 S. Ct. 2224, 20 L. Ed.2d 1231, 1968) e *Illinois Brick Co. v. Illinois* (431 US 720, 97 S. Ct. 2061, 52 L. Ed.2d 707, 1977), in base alla quale solo i contraenti diretti dell'autore dell'infrazione hanno diritto al risarcimento.

⁹⁵ Come sostenuto dalla Corte Suprema sin dal caso *Story Parchment Co. v. Paterson Parchment Paper Co.* (282 U.S., 555, 562, 51 S. Ct. 248, 75, L. Ed. 544, 1931), vanno tenute distinte “*the measure of proof necessary to establish the fact that the petitioner has sustained some damage and the measure of proof necessary to enable the jury to fix the amount*”. Al fine di favorire le azioni risarcitorie la giurisprudenza americana ha altresì affermato che l'attore deve limitarsi a dimostrare che la violazione *antitrust* abbia

In Italia l'organo deputato alla verifica del corretto svolgimento del fenomeno concorrenziale è l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM).

Anche in seno alla normativa antitrust italiana (legge 10 ottobre 1990, n. 287, art. 3) la posizione dominante non viene considerata in quanto tale lesiva della sfera concorrenziale, ma nella misura in cui l'impresa che la detiene sfrutti il proprio potere a danno dei consumatori o impedendo ai concorrenti di operare sul mercato.

L'Autorità garante, ove accerti l'esistenza di un abuso rilevante interviene diffidando l'impresa responsabile dal perseverare nella condotta contestata e infliggendo, se necessario, una sanzione di tipo pecuniario tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione medesima⁹⁶.

Per far fronte ad un rischio imminente ed irreparabile al mercato concorrenziale l'Autorità può anche adottare misure cautelari dirette a fornire

contribuito in maniera significativa a provocare il danno lamentato, anche se vi siano altri fattori che hanno influito sulla sua entità (*Zenith Radio Corp v. Hazeltine Research Inc. (Zenith I)*, 395 US 100, 114, 1969; *Continental Ore v. Union Carbide*, 370 US 690, 702, 1961; *Catlin v. Washington Energy Co*, 791 F 2d 1343, 1347, 9th Cir 1986; *Virginia Vermiculite Ltd. v. WR Grace & Co-Conn*, 156 F 3d 535, 539, 4th Cir 1998), gravando sul convenuto, responsabile della condotta anticoncorrenziale, l'onere di dimostrare che i danni lamentati dalla controparte vittima siano collegabili a cause diverse.

⁹⁶ In caso di inottemperanza alla diffida, l'Autorità applica la sanzione pecuniaria fino al 10% del fatturato. Tale sanzione non può essere inferiore al doppio di quella comminata al momento dell'accertamento della violazione, nei casi di reiterata inottemperanza l'Autorità può disporre la sospensione dell'attività d'impresa fino a 30 giorni (art. 15 legge 10 ottobre 1990, n. 287).

un risultato immediato. Al fine di evitare le misure suddette, le imprese coinvolte possono impegnarsi ad elidere il profilo anticoncorrenziale oggetto dell'istruttoria, fatta salva la riapertura della stessa in caso di mancato rispetto degli impegni assunti⁹⁷.

Nei rapporti tra l'autorità indipendente e il giudice ordinario opera un *sistema c.d. binario*, fondato sull'autonomia dei rispettivi procedimenti⁹⁸.

Azionando la tutela in sede amministrativa, l'impresa danneggiata può ottenere l'emissione di un ordine di interruzione della pratica abusiva e l'irrogazione di una sanzione di tipo pecuniario. L'impresa vittima del comportamento scorretto è facultata anche ad adire l'autorità giudiziaria nazionale per la tutela delle posizioni privatistiche, si pensi al risarcimento del danno⁹⁹ o alla possibilità di ottenere provvedimenti cautelari.

⁹⁷ V. artt. 14 *bis* e 14 *ter* della L. 287 del 1990, nonché - in relazione ai poteri cautelari della Commissione in presenza di un'infrazione anticoncorrenziale - artt. 8 e 9 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione alle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE.

⁹⁸ In tal senso TAVASSI, SCUFFI 1998, 174-175 (“... *si potrà ricorrere sia all’Autorità garante sia al giudice ordinario, senza alcun rischio di inammissibilità per pregiudizialità o sospensione del procedimento davanti al giudice*”).

⁹⁹ In Italia la Corte di Cassazione ha affermato l'ingiustizia dei danni antitrust patiti dai consumatori e il diritto al risarcimento in capo agli stessi (Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, 4, I, 1014). Al fine di agevolare la prova dell'esistenza del danno, la giurisprudenza di legittimità tende a dare spazio all'operatività di presunzioni in presenza di provvedimenti dell'Autorità Garante che abbiano accertato la condotta anticoncorrenziale (cfr., tra le altre, Cass., 18 agosto 2011, n. 17362, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 7-8, 1175).

Capitolo Secondo

Il rifiuto a contrarre

SOMMARIO: 2.1. L'ambito civilistico del rifiuto a contrarre - 2.2. Il rifiuto a contrarre nel diritto antitrust - 2.3. Genesi ed evoluzione del *refusal to deal* - 2.3.1 L'esperienza nordamericana - 2.3.2. La prospettiva europea - 2.3.3. (*segue*): il rifiuto a contrarre nel *Discussion Paper* e nel *Guidance Paper* - 2.3. Rifiuto a contrarre e diritti di proprietà intellettuale

2.1. L'ambito civilistico del rifiuto a contrarre

Il sistema italiano sulla concorrenza si è contraddistinto a lungo per una vistosa lacuna: la mancanza di una normativa antimonopolistica che, come è avvenuto nella maggior parte dei paesi industrializzati ed in primis negli Stati Uniti, preservasse il regime concorrenziale sul mercato nazionale, reprimendo eventuali abusi connessi a posizioni di strapotere economico. Tale lacuna è stata solo in parte colmata, a partire dagli anni cinquanta, dalla diretta applicabilità nell'ordinamento interno della disciplina antitrust dei Trattati istitutivi della Comunità Economica Europea.

Nella ricerca di un faticoso equilibrio tra il modello ideale di concorrenza perfetta e la concreta realtà del mercato, sovente caratterizzata da situazioni di monopolio o oligopolio, le istanze di tutela hanno trovato conforto a livello normativo nella scarna disciplina del codice civile sugli obblighi di contrarre ed in materia di concorrenza sleale.

Un generale obbligo di contrarre è sancito dall'art. 2597 c.c. per il monopolista legale, il quale è tenuto a *“contrattare con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'impresa, osservando la parità di trattamento”*.

La disposizione si riferisce al momento genetico del contratto, alla fase di stipulazione, e non anche a quella esecutiva che, pertanto, è soggetta alla disciplina generale del codice.

Il monopolista legale, dovendo stipulare il contratto con chiunque voglia accedere a quel determinato prodotto o servizio, non può scegliere il proprio partner commerciale, ma deve contrattare a prescindere dal soggetto che avanzi la relativa richiesta.

Dalla Relazione al codice civile del 1942 si evince che il monopolio in materia di pubblici servizi ha preceduto quello di cui all'art. 2597 c.c.: *“L'obbligo di contrattare si impone a difesa del consumatore come necessario temperamento della soppressione della concorrenza, tenuto conto che il regime di monopolio legale ... va estendendosi molto al di là di quei particolari settori (come i rapporti ferroviari) nei quali tradizionalmente si soleva considerare tale fenomeno”*¹⁰⁰.

La norma, per garantire agli utenti l'accesso ai beni o ai servizi offerti in regime di monopolio legale adopera *“un congegno - l'obbligo di prestare cui*

¹⁰⁰ Relazione al codice civile del 1942 n.1046.

*si accompagna in posizione ancillare, la regola di parità - che, incidendo sull'impresa, ne attua una forma assai penetrante di governo*¹⁰¹.

Anziché offrire strumenti risolutivi di un conflitto di interessi tra imprese, la scelta legislativa riconosce la superiorità delle esigenze del consumatore; ciò ha indotto a ravvisare nel bisogno del singolo il criterio ordinante dell'intera vicenda¹⁰².

La posizione di debolezza economica dell'utente viene compensata attraverso un rafforzamento della sua tutela sotto il profilo giuridico.

Sono state prospettate diverse opzioni circa le prospettive di tutela, in regime di monopolio, dell'interesse del consumatore alla prestazione.

Secondo un primo indirizzo il mancato rispetto dell'obbligo di contrarre non comporta l'attribuzione al privato di una posizione soggettiva, azionabile in sede giudiziale a fronte dell'illegittimo rifiuto dell'imprenditore¹⁰³.

Per effetto di una lettura così orientata la norma *“degraderebbe a doppiione degli obblighi di contrarre sanciti volta per volta dai vari provvedimenti*

¹⁰¹ NIVARRA 1989, 88.

¹⁰² Qualche giorno prima dell'entrata in vigore della legge n. 287 del 1990, la Corte d'Appello di Roma (App. Roma, 17 settembre 1990, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1990, 720), in una controversia tra rivenditori di giornali e editori/grossisti, scaturita da un pregresso accordo di boicottaggio dei nuovi edicolanti non graditi dai concorrenti, rigettava la richiesta di risarcimento dei danni, affermando, tra l'altro, che non poteva invocarsi l'applicazione analogica dell'art. 2597 c.c. sull'obbligo di contrarre del monopolista, perché norma eccezionale volta a tutelare i consumatori finali e non anche la libertà d'impresa.

¹⁰³ FERRI, 1980, 165, il quale ravvisa in capo all'utente un interesse di mero fatto, essendo l'imprenditore obbligato unicamente nei confronti della pubblica amministrazione.

*istitutivi del monopolio, sprovvista di qualunque contenuto normativo autonomo*¹⁰⁴.

Un'ulteriore obiezione può essere mossa facendo leva sulla previsione di cui all'art. 2951 comma 4 c.c. che, con riferimento alla prescrizione in materia di spedizione e di trasporto, parla espressamente di *diritti* nei confronti degli esercenti i pubblici servizi di linea indicati dall'art. 1679 c.c.

La tesi evocata si scontra altresì con un'ormai consolidato orientamento dottrinale¹⁰⁵ e giurisprudenziale¹⁰⁶ che nella disposizione di cui all'art. 2597 c.c. vede il riconoscimento al singolo di un diritto soggettivo in senso stretto, la cui lesione - in caso di rifiuto illegittimo del monopolista legale - darebbe luogo ad una forma di responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c.¹⁰⁷

Molteplici sono stati i tentativi di ricostruzione dottrinale della figura dell'obbligo a contrarre del monopolista legale.

Secondo una prima tesi *l'obbligazione legale gravante sul monopolista di diritto ha ad oggetto il contratto*¹⁰⁸. Altra impostazione sottolinea il contenuto

¹⁰⁴ NIVARRA 1989, 33

¹⁰⁵ LIBERTINI 1981, 279.

¹⁰⁶ Cass., 26 aprile 1977, n. 1547, in *Giust. civ.*, 1977, I, p.1133; Cass., 29 novembre 1978, n. 5613, in *Giust. Civ. Rep.*, 1978, voce *Poste*, n. 14.

¹⁰⁷ SACCO 1993, 300; per la dottrina tedesca tale costruzione si deve alla giurisprudenza del *Reichsgericht* ed alla elaborazione di NIPPERDEY 1920; per una ricostruzione più recente, cfr. BUSCHE 1999, 142.

¹⁰⁸ MARCHETTI 1969, 379, 405.

complesso dell'obbligazione stessa, caratterizzato e dalla predisposizione dei mezzi per l'adempimento e dall'emissione della dichiarazione negoziale¹⁰⁹: in quest'ottica il contratto degraderebbe ad un mero passaggio della vicenda obbligatoria avente per oggetto principale l'ammissione al bene o al servizio.

Il primo indirizzo trascura la circostanza che la richiesta del singolo mira al conseguimento della prestazione e non all'accettazione dell'imprenditore: se la richiesta medesima venisse considerata una vera e propria proposta contrattuale, il monopolista, obbligato a contrarre, non potrebbe fare altro che aderire.

L'elemento poco convincente della tesi richiamata sta comunque nell'aver attribuito al contratto un ruolo fondamentale attorno al quale ruota l'intera vicenda.

Altro orientamento ha riconosciuto l'esistenza di un vincolo obbligatorio a carico del monopolista debitore, con conseguente attribuzione di un diritto soggettivo a favore della controparte; il limite di questa impostazione va ravvisato nell'indeterminatezza del soggetto titolare del diritto. Per far fronte a tale difficoltà taluno ha ipotizzato la possibilità di considerare il vincolo obbligatorio come una fattispecie a formazione progressiva in cui la richiesta dell'utente funge, al tempo stesso, da criterio di individuazione del soggetto attivo e di determinazione del contenuto della prestazione¹¹⁰. In quest'ottica

¹⁰⁹ NIVARRA 1989, 39.

¹¹⁰ FALZEA 1941, 179.

sarebbe configurabile *un rapporto obbligatorio in itinere*¹¹¹; diversamente, perderebbe valore il dovere dell'imprenditore di comportarsi in modo da garantire la piena attuazione dell'interesse all'accesso al bene o al servizio, che è oggetto immediato della tutela normativa.

L'unica certezza che emerge da questo controverso scenario è l'esistenza di un obbligo a contrarre gravante sul monopolista di diritto, che ne orienta la condotta verso il fine ultimo di accesso al bene o al servizio da parte del consumatore finale.

L'assunto è suffragato dal tenore letterale della norma, che fa riferimento all'obbligo di contrattare con chiunque richieda *le prestazioni che formano oggetto dell'impresa*.

Problematica è l'applicazione della normativa civilistica a fenomeni differenti quali l'oligopolio e l'abuso di posizione dominante.

La previsione di cui all'art. 2597 c.c., pur riferendosi espressamente al monopolio legale, pare in verità prestarsi ad una lettura estensiva.

Una parte della dottrina e della giurisprudenza inizialmente ne ha sottolineato il carattere eccezionale, costituendo la stessa una forma di deroga alla libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.¹¹².

¹¹¹ NIVARRA 1989, 53.

¹¹² Trib. Roma, 6 agosto 1955, in *Foro it.*, 1956, I, 448; Cass., 3 luglio 1968, n. 2216, in *Foro it.*, 1969, I, 2352; CAPIZZANO 1974, 345.

Siffatto valore comunque, in ossequio all'art. 41 comma 2 Cost., non può essere esercitato *in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.*

Se il legislatore con la statuizione di un obbligo a contrarre a carico del monopolista legale ha limitato la sua libertà di contrattare, il rifiuto che l'imprenditore monopolista oppone al singolo si scontra con il dettato costituzionale, in quanto pregiudizievole per la libertà e la dignità dello stesso.

Nelle successive elaborazioni si è cercato di attribuire alla norma un respiro più ampio, sganciato dagli elementi enunciati dall'art. 2597, che introduce *una tutela rigida, ancorata ad un presupposto altrettanto rigido, il monopolio legale*¹¹³: la disposizione codicistica, se offre al consumatore uno strumento di tutela utile ed efficace, lascia residuare un'ampia discrezionalità in capo all'imprenditore.

Un simile approccio impone di stabilire se la soluzione adottata nell'ambito del monopolio legale possa essere estesa anche ai casi in cui l'organizzazione monopolistica o oligopolistica dipenda da circostanze interne al mercato di riferimento.

Con particolare riferimento all'esercizio abusivo di una posizione dominante, che più attiene al nostro campo di ricerca, le difficoltà connesse

¹¹³ NIVARRA 1989, 26.

all'applicazione della disciplina citata risultano accresciute dalla scarsa uniformità dei criteri di verifica del dominio di cui gode l'impresa *leader*.

In alcuni casi si è privilegiato il riferimento alle dimensioni dell'impresa e alla conformazione del mercato, in altri la dominanza è stata parametrata alla possibilità, da parte dell'impresa, di tenere comportamenti indipendenti. Oltretutto, come già evidenziato, necessario antecedente dell'applicazione della normativa antitrust è l'individuazione del mercato geografico di riferimento.

Nell'interpretazione del rifiuto a contrarre opposto dall'impresa dominante è opportuno valutare, preliminarmente ad una declaratoria di illiceità, se sussistano i presupposti per garantire l'accesso al bene o servizio richiesto e se non vi sia una causa di giustificazione a monte, tale da elidere il carattere abusivo.

In questo l'istituto *de quo* diverge dalla figura dell'obbligo a contrarre tipizzata dall'art. 2597 c.c. in cui, essendovi un'espressa riserva di legge alla base del monopolio espletato dall'impresa in quel determinato settore, prevale l'interesse del consumatore finale e, quindi, l'imprenditore è obbligato, per ciò solo, a fornire l'accesso alla risorsa di cui si richiede l'accesso.

Le superiori asserzioni convincono che, nell'adattare lo schema dell'art. 2597 cit. al fenomeno dello sfruttamento abusivo di posizione dominante, vanno vagliati tutta una serie di ostacoli (quali ad esempio, l'individuazione della posizione di forza dell'imprenditore e l'adattamento a tale più ampia

fattispecie del congegno delineato dal legislatore per il monopolio legale) che potrebbero scoraggiare una lettura estensiva.

La giurisprudenza, in passato, ha chiarito che il rigido meccanismo delineato per il monopolio legale trova giustificazione nella circostanza che in quel caso struttura e regole del libero mercato sono state eliminate per un evento del tutto esterno alla dinamica concorrenziale; al contrario, nel monopolio di fatto, nell'oligopolio e nell'abuso di posizione dominante la condotta dell'imprenditore deve essere tale da garantire comunque il libero gioco della concorrenza¹¹⁴.

L'indirizzo contrario all'applicazione dell'art. 2597 ai monopoli di fatto, per quanto fondato sulla chiara lettera del codice, non persuade: è un controsenso sostenere che l'obiettivo della disposizione di riferimento si identifichi con l'esigenza di salvaguardare la controparte dall'assenza di concorrenza e non ammettere che la medesima necessità si ponga in situazioni in cui il valore della concorrenza è in eguale misura carente.

¹¹⁴ Trib. Milano, 22 marzo 1976, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1976, 816: “La circostanza che il legislatore abbia apprestato una tutela diretta del consumatore nei confronti del solo monopolista (legale o di fatto) non significa e non può voler dire che abbia escluso ogni tutela contro il rifiuto che, producendo effetti distorsivi del mercato, è direttamente lesivo degli operatori economici che agiscono in esso e solo indirettamente è lesivo del consumatore: vale a dire se ed in quanto gli interessi di quest'ultimo siano coincidenti con il normale funzionamento dell'economia di mercato”; v. anche, Cass. 6 agosto 1962, n. 2387, in *Foro it.*, 1962, I, 1424.

Avvalorano un simile approccio le esperienze occidentali, contrassegnate dalla tendenza ad estendere ai monopoli di fatto la figura dell'obbligo a contrarre.

Trattasi di elaborazioni *“tra loro strettamente legate in quanto, in particolare, la teoria del Kontrahierungszwang si ispirò apertamente a quella anglo-americana del common carrier ed a quella francese dell'obbligo di contrarre dell'entrepreneur public”*¹¹⁵.

Anteriormente all'adozione di un'espressa regolamentazione in materia antitrust si sono prospettati diversi indirizzi interpretativi rivolti a riempire in via ermeneutica il vuoto normativo. Facendo leva sul concetto di libera competizione, quale principio di ordine pubblico economico a vantaggio dei consumatori, si sottolineava che l'iniziativa economica non potesse esplicitarsi in contrasto con l'utilità sociale: ciò avrebbe dovuto condurre ad una declaratoria di nullità degli accordi rivolti ad estromettere dal mercato gli operatori presenti o ad ostacolare l'ingresso di nuovi¹¹⁶.

Altri suggerivano che le lacune esistenti potessero essere colmate attraverso il richiamo agli artt. 2598 e ss c.c., in materia di concorrenza sleale¹¹⁷.

Dottrina e giurisprudenza, nell'interpretazione delle disposizioni citate, hanno adottato un concetto di concorrenza in senso lato, includendovi i contrasti tra operatori che si collocano a differenti livelli nella filiera di

¹¹⁵ OSTI 2004, 47.

¹¹⁶ ASCARELLI 1959, 773.

¹¹⁷ BARCELLONA 1969, 129; MARCHETTI 1969, 236, 249.

produzione, alla fine della quale si trovano gli stessi consumatori¹¹⁸. Aderendo all'impostazione in esame la condotta posta in essere dall'imprenditore può arrecare pregiudizio ad altro imprenditore operante ad un diverso livello perché sussiste già un legame concorrenziale.

Con l'entrata in vigore della disciplina comunitaria in tema di abuso di posizione dominante (art. 3 legge 10 ottobre 1990, n. 287) si è assistito ad un importante mutamento di prospettiva nella considerazione dei fenomeni lesivi del diritto concorrenziale rispetto a quella che aveva caratterizzato le norme codicistiche.

Nella configurazione della fattispecie il legislatore comunitario ha tenuto conto dell'ambivalenza del fenomeno, suscettibile di determinare non soltanto svantaggi al regime concorrenziale, ma anche effetti benefici.

Si è così profilata *“una strategia di costruzione del giudizio di correttezza improntata ad un alto grado di flessibilità - come è ovvio trattandosi, per un verso di manovrare una clausola generale, per altro verso, di intervenire su una specie di conflitto che mal si presta a troppe rigide soluzioni - ma che al tempo stesso non cade nella trappola di un pragmatismo senza principi venendo questi ultimi non soltanto enunciati ma anche effettivamente applicati”*¹¹⁹.

¹¹⁸ Per la dottrina v. SANTINI 1952, 1097, GUGLIELMETTI 1955, 62; Per la giurisprudenza v. rassegna di GHIDINI 1982, 35 ss.

¹¹⁹ NIVARRA 1989, 173.

Oggi, in un contesto giuridico e socio politico intimamente trasformato, a fronte di un'ormai compiuta *costituzionalizzazione sostanziale progressiva della nozione di concorrenza* si considera indubbio che la disciplina civilistica inerisca al medesimo mercato proprio del diritto antitrust ¹²⁰. Da qui l'evidente attualità del codice civile, in grado di sopportare l'introduzione nel sistema del concetto di mercato concorrenziale che, almeno nella sua dimensione comunitaria, non conosceva.

Ecco che allora l'esigenza di appurare i caratteri e il contenuto del rifiuto a contrarre proprio del diritto antitrust si caratterizza, non tanto e non solo, per una sua differenziazione dal fenomeno di cui all'art. 2597 c.c., ma anche per comprendere le implicazioni derivanti dal substrato dottrinale e giurisprudenziale che ha influenzato l'interpretazione delle norme sulla concorrenza sleale (artt. 2598-2601 c.c.). Queste ultime infatti hanno rappresentato per lungo tempo l'unico modello di riferimento per dirimere eventuali conflitti che sconfinavano dal mercato interno.

Non possiamo accomunare le due normative quanto alle finalità: come chiarito da un illustre autore tedesco *il diritto antimonopolistico tutela l'esserci della concorrenza, il diritto della concorrenza sleale ne tutela la qualità*¹²¹. Tuttavia nella dottrina germanica si è affermata una considerazione unitaria del fenomeno *Wettbewerbsrecht* (diritto della concorrenza), reputato

¹²⁰ BERRUTI 2002, 115.

¹²¹ MOHRING 1954, 387, in NIVARRA 1989, 182.

come “*un genus al cui interno, poi, distinguere le due species del diritto antimonopolistico e del diritto a presidio della leale concorrenza, entrambi votati, in ultima analisi, alla salvaguardia e alla promozione di un effettivo Leistungswettbewerb*”¹²², concetto quest’ultimo che evoca una concorrenza di prestazione o *competition on the merits*¹²³.

¹²² NIVARRA 1989, 182.

¹²³ L’espressione *competition on the merits* (alla quale, non senza qualche forzatura, è paragonata la tedesca *Leistungswettbewerb*) può essere forse considerata una delle più “ambigue” dell’intera analisi giuridico - economica in *antitrust*. Essa infatti è il cuore della dottrina dell’abuso, cioè dell’improprio ricorso da parte delle imprese alla più che legittima loro libertà di iniziativa economica (cfr. art. 41 Cost.) che incontra il necessario limite del riconoscimento dell’altrui libertà di iniziativa, compresa quella - decisiva per l’*antitrust* - che si esprime nelle scelte sovrane dei consumatori. Il problema di fondo che l’analisi economica può impostare (ma probabilmente non risolvere, considerate le infinite controversie che dividono tra loro gli economisti) è quello di dimostrare se la linea che separa una iniziativa economica legittima da un comportamento “abusivo” possa essere tracciata con i metodi quantitativi della matematica. Al principio di quella revisione delle dottrine consolidate dell’*antitrust* negli Stati Uniti c’è la straordinaria esperienza dei corsi tenuti a Chicago da Edward Levi in confronto dialettico con Aaron Director, economista e maestro riconosciuto della “Scuola” (quella di Chicago, appunto) che ha prodotto, a partire dagli anni ‘60 del XX secolo, una poderosa rivisitazione di tutte le dottrine dell’*antitrust* alla luce della applicazione della teoria “neoclassica” dei prezzi: movimento di revisione, però, che non ha tacitato le controversie tra gli economisti, ma che le ha al contrario accresciute al punto che questioni decisive rasentano oggi l’indecidibilità. Come osservato in dottrina, in un saggio dedicato alla questione della possibile espansione del potere sui prezzi dal mercato di un prodotto ad un altro (il cosiddetto *leverage* nelle *tying clauses*), concentrarsi sul problema della “*competition on the merits*” significa, da un punto di vista comparatistico, interpellare il corrispettivo statunitense degli sviluppi della dottrina dell’abuso in ambito europeo: “*il concetto di abuso, che domina un’area applicativa particolarmente delicata del diritto antitrust, è uno degli esempi più significativi di dottrina antitrust che necessita di un accurato riscontro di ammissibilità da parte*

In quest'ottica i dubbi derivanti dall'utilizzo, in chiave suppletiva, delle norme codicistiche sulla concorrenza sleale nella disciplina antitrust si attenuano.

Significativo appare il riferimento alla tradizione tedesca, secondo cui una determinata condotta può assumere rilevanza da entrambi i punti di vista: antitrust in senso stretto e concorrenza sleale.

La scelta dell'una o dell'altra via scaturisce allora dalla prospettiva privilegiata.

dell'analisi economica"; scrivono Director e Levi: *the doctrine of abuses sees them as exclusionary devices useful for getting a monopoly, or expanding it, or for moving from one monopoly to the creation of another* (CUCINOTTA 1993 a, 96, che cita DIRECTOR, LEVI 1956, 289). Infatti, se fosse vero che l'analisi economica (*rectius*: teoria dei prezzi) è in grado di dimostrare, con un approccio quantitativo che non lascia spazio a dubbi residui, che la "creazione di un monopolio" in un mercato diverso da quello nel quale il potere originario del monopolista ha origine, non è mai e in alcun modo possibile (come vorrebbe l'attacco alla teoria del *leverage* da parte degli autori di Chicago), allora le dimostrazioni degli economisti metterebbero a tacere le ben note controversie che complicano il lavoro dei giuristi. Ma così non è: quando e se la politica o la strategia competitiva di un'impresa diviene o meno "abusiva" è tema controverso di una teoria dei prezzi incapace di offrire una solida base alle dottrine giuridiche dell'*antitrust* soprattutto in chiave dinamica (e la questione va oltre l'esame del *tying*, giacché può essere riferita a tutte le pratiche - specie verticali - che pongono un problema di monopolizzazione o tentata monopolizzazione). L'abuso, in realtà, non può essere limitato ai soli casi in cui un produttore sfrutta indebitamente clienti già acquisiti. Il concetto di "concorrenza nel merito" richiama, insomma, l'idea che siano le scelte "sovrane" dei consumatori a premiare o punire le strategie commerciali con le quali le imprese di produzione o di distribuzione perfezionano, in concorrenza tra loro, offerte ben definite tra le quali (*on the merits*) i consumatori (possono, o meglio: potrebbero, se il potere di mercato dell'impresa che controlla l'offerta glielo consentisse) scegliere.

L'introduzione di una disciplina *ad hoc* in materia antitrust non può oscurare gli esiti dell'intenso lavoro di ricerca svolto dalla scienza giuridica sugli istituti civilistici.

2.2. Il rifiuto a contrarre nel diritto antitrust

L'espressione *refusal to deal or to supply* descrive la condotta dell'imprenditore che, trovandosi in una situazione di monopolio di fatto e apprestando un servizio insostituibile o non facilmente sostituibile, rifiuta un'offerta di contratto compatibile con i mezzi ordinari della sua impresa.

Negli attuali sistemi di diritto della concorrenza la pratica riveste un carattere abusivo qualora l'impresa dominante agisca per limitare l'attività dei concorrenti e ostacolarne l'accesso al mercato di un determinato prodotto o servizio.

La condotta si considera vietata, in mancanza di un'oggettiva giustificazione al comportamento di diniego, se sia diretta a favorire l'estensione o il rafforzamento del monopolio da un mercato ad un altro verticalmente collegato¹²⁴: è questo il caso in cui l'impresa, titolare di un'esclusiva su un determinato mercato o di una infrastruttura indispensabile per la creazione di un prodotto secondario, neghi l'accesso alla risorsa medesima alle imprese produttrici del bene secondario, con l'intento di estendere il monopolio in quest'ultimo mercato.

¹²⁴ HOVENKAMP 1999, 263.

Di regola, la condotta di rifiuto dà origine ad una preclusione di tipo verticale.

Il *refusal to deal* coinvolge infatti due mercati: un “mercato a monte”, quello del bene del fornitore in posizione dominante, ed un “mercato a valle”, nel quale “*il fattore di produzione rifiutato è necessario per fabbricare un prodotto o fornire un servizio*”¹²⁵.

Lo sfruttamento di posizione dominante si caratterizza per la tendenza dell’impresa egemone ad estendere il proprio potere economico dal mercato del bene primario al mercato del bene secondario, approfittando della circostanza che il primo sia un elemento necessario per la produzione o commercializzazione del secondo.

Nel caso in cui le ripercussioni negative del contegno assunto incidano invece direttamente sul mercato a monte l’abuso sarà di portata orizzontale.

Non risulta facile per le Autorità preposte alla salvaguardia della concorrenza reperire gli strumenti necessari per arginare gli effetti distorsivi di siffatti comportamenti ostruzionistici.

A complicare la ricostruzione esegetica dell’istituto interviene la difficoltà di trovare un punto di equilibrio tra la libertà di contrarre di cui dispone l’impresa dominante e la tutela della concorrenza sul mercato. L’imposizione all’impresa egemone di un obbligo a fornire i propri beni o servizi ai concorrenti può produrre effetti distorsivi, disincentivando la prima

¹²⁵ *Orientamenti sulle priorità della Commissione, cit.*, punto 76.

dall'effettuare nuovi investimenti, ovvero gli altri dal reperire soluzioni alternative, quali la produzione in proprio delle risorse interessate o la ricerca di eventuali sostituti¹²⁶.

Pur essendo una figura unitaria il “*rifiuto può assumere varie forme: rifiuto puro e semplice; imposizione di un prezzo eccessivo su di un bene essenziale; pratica legante e rifiuto di fornire il bene singolo; creazione di una incompatibilità tecnica tra un prodotto o servizio e altri utilizzati da clienti o concorrenti in combinazione con il primo*”¹²⁷.

Dalla prassi degli Organi comunitari si evince che è sufficiente ad integrare la pratica abusiva anche un rifiuto “costruttivo”, nei casi di ritardo o di discriminazione nella fornitura del bene, o di imposizione di condizioni insolite per l’offerta del bene o del servizio.

L’impresa dominante, di regola, oppone il rifiuto proprio al soggetto al quale intende negare l’ingresso sul mercato di riferimento (*rifiuto di contrarre con effetto escludente diretto*); nella casistica giurisprudenziale ricorrono tuttavia rifiuti inquadrabili nell’ambito di una più ampia strategia rivolta all’esclusione di un soggetto terzo (*rifiuto di contrarre con effetto escludente indiretto*).

¹²⁶ HOVENKAMP 1999, 296; BISHOP, WALKER 2002, 240.

¹²⁷ OSTI 2007, 142.

Nel primo caso si avrà come conseguenza l'alterazione della concorrenza nel mercato a valle, rispetto a quello in cui l'impresa occupa una posizione di forza, e sul quale la stessa riversa il proprio intento monopolizzatore.

La seconda tipologia di rifiuto, il cui destinatario non è il reale obiettivo dell'impresa dominante, incide sul mercato controllato ostacolando l'ingresso ai concorrenti orizzontali.

Una *species* del *genus* del rifiuto a contrarre è il *boicottaggio*, figura di abuso integrata dalla condotta di una pluralità di soggetti che, astenendosi dal contrattare o offrendo condizioni discriminatorie, arreca pregiudizio ad altri¹²⁸.

Pur se la fattispecie in esame è suscettibile di una più rigida valutazione rispetto all'ipotesi di condotta perpetrata da una singola impresa, il pregiudizio al regime concorrenziale è il medesimo.

Tra le manifestazioni anticompetitive dell'abuso di posizione dominante la tematica del rifiuto negli ultimi anni ha assunto un'importanza sempre maggiore in coincidenza con l'intensificarsi dei processi di liberalizzazione nell'ambito dei singoli Stati membri dell'Unione, che hanno favorito l'apertura alla concorrenza di mercati un tempo caratterizzati da situazioni di monopolio.

¹²⁸ Sul tema cfr. MARCHETTI 1969; MENESINI 1988,1.

Questa fase di cambiamento ha permesso alle imprese, prima oscurate dai soggetti più forti economicamente, di operare in settori un tempo inaccessibili.

Le istituzioni comunitarie e nazionali, travolte dalla forza dirompente dei fenomeni di liberalizzazione, hanno dovuto fronteggiare la transizione dai precedenti regimi di esclusiva, in un contesto in cui il confine tra condotte illegali e pratiche legittime, in quanto espressione della politica commerciale dell'impresa, era sovente difficile da tracciare.

A questo complesso scenario ha fatto da cornice il diritto antitrust, rimettendone in discussione le coordinate fondamentali e incidendo su tutto il sistema dell'abuso di posizione dominante, in generale, e sul rifiuto a contrarre, in particolare.

2.3. Genesi ed evoluzione del *refusal to deal*

2.3.1 L'esperienza nordamericana

Il dibattito circa i rapporti tra libertà di contrarre e abuso sotto forma di rifiuto ha trovato origine nella riflessione giuridica statunitense sull'ambito applicativo della *section 2* dello *Sherman Act* con riguardo al fenomeno della "monopolization" ed alle "exclusionary practices".

Sorprende che l'interesse per questo tema sia sorto proprio in un sistema, quello americano, in cui la libertà d'impresa è considerata la regola e, di contro, le limitazioni alla stessa, l'eccezione.

L'introduzione delle norme dello *Sherman Act* ha reso necessario un contemperamento tra l'esigenza di tutela della concorrenza nel suo complesso e quella di salvaguardia dei bisogni dei singoli¹²⁹.

Sebbene inizialmente le implicazioni della scienza economica sul diritto della concorrenza siano state sporadiche¹³⁰, l'approccio all'analisi economica, nel tempo, è divenuto momento imprescindibile nell'interpretazione dei fenomeni di illecito antitrust.

Dottrina e giurisprudenza hanno fornito la bussola che ha permesso di orientarsi nelle particolarità delle singole fattispecie, estrapolando dalle stesse un apparato regolatorio adeguato: tale compito si è rivelato particolarmente delicato nelle situazioni in cui il rifiuto serviva da scudo verso le imprese concorrenti che intendevano sfruttare le risorse dell'impresa dominante per concorrere con la stessa in un diverso mercato.

Taluno¹³¹, dubitando della possibilità di una ricostruzione unitaria della figura, ha operato una tripartizione tra comportamenti rivolti alla creazione o al mantenimento di un monopolio, comportamenti diretti all'estensione del

¹²⁹ HOVENKAMP 2001, 11 ss.

¹³⁰ HOVENKAMP 1999, 58 ss., secondo cui “*one of the greatest myths about American antitrust policy is (...) that courts first began to adopt an “economic approach” to antitrust problems in the relatively recent past*”.

¹³¹ GLAZER KENNET, LIPSKY ABBOT 1995, 749.

potere monopolistico da un mercato ad un altro¹³² e infine, in posizione residuale, ipotesi non riconducibili alle due categorie precedenti.

Rispetto alle autorità europee quelle americane sono apparse meno propense ad intervenire in questa materia, riconoscendo alle imprese una generale libertà di scegliere se contrarre o meno.

Nel 2007 l'*Antitrust Modernization Commission* commentava che “*refusals to deal with rivals in the same market should rarely, if ever, be unlawful under antitrust law, even for a monopolist*”, enucleando “*the longstanding principle that, in general, firms have no duty to deal with a rival in the same market*”¹³³.

Le origini della *refusal to deal doctrine* sono solitamente fatte risalire alla controversia *United States v. Terminal R.R. Association*.

Il rifiuto promanava da alcune imprese che detenevano un terminal per la gestione del traffico ferroviario proveniente dall’ovest verso Sant Louis, le quali si opponevano alla fruizione dell’*asset* da parte dei propri concorrenti¹³⁴.

La Suprema Corte si pronunciava a favore di quest’ultimi, ravvisando nella condotta una violazione tanto della prima quanto della seconda sezione dello *Sherman Act*.

¹³² Il c.d. *monopoly leveraging test* costituisce una delle teorie più importanti nella considerazione dei fenomeni di rifiuto la cui introduzione si suole ricondurre alla pronuncia della Corte Suprema *United States V. Griffith et al.*, 334 U.S. 100 (1948).

¹³³ *Antitrust Modernization Comm’n Report and Recommendations 101* (2007), http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf.

¹³⁴ *United States v. Terminal R.R. Association*, 244 U.S. 383 (1912).

Nel caso di specie, il servizio conteso era considerato una risorsa essenziale¹³⁵: le imprese denunciate gestivano tutti gli accessi ferroviari alla città e gli annessi sistemi di deposito, con relativa monopolizzazione e di quella attività e di tutte le altre ad essa collegate.

Qualche anno dopo la Corte Suprema nel celebre caso *Colgate*¹³⁶ tentò di conciliare (in una problematica *ratio decidendi* destinata ad un setaccio critico infinito dalla giurisprudenza successiva) il “sacro” principio dell’autonomia contrattuale con le limitazioni derivanti dalle tutele riconosciute ai consumatori, quali arbitri (o addirittura sovrani) che regolano il gioco della concorrenza in un mercato aperto. In *Colgate* si trattava della libertà delle imprese di scegliersi le controparti contrattuali definendo clausole le quali, se (perfezionate verbalmente ed) espresse in un accordo scritto, potrebbero essere ritenute illecite¹³⁷.

La Colgate, produttrice di saponette e articoli da toilette distribuiti su tutto il mercato americano, era accusata di aver rifiutato di approvvigionare i clienti

¹³⁵ La decisione rappresenta una delle prime applicazioni dell’*essential facility doctrine*, in ordine alla quale v., *infra*, capitolo terzo.

¹³⁶ *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307 (1919).

¹³⁷ Non è questa la sede per l’approfondimento della (o meglio delle) dottrine derivanti da *Colgate*: si deve però segnalare che dal tentativo di conciliare tutela antimonopolistica della concorrenza e libertà di contratto si è generato il rebus più intricato (e litigato) dell’intero *antitrust* statunitense, vale a dire quello della cospirazione tacita verticale sui prezzi (si veda CUCINOTTA 2003 ed, in particolare, 223 ss.).

che intendevano rivendere i prodotti a prezzi inferiori rispetto a quelli fissati dalla ditta.

Alla citata pronuncia si deve l'elaborazione del cosiddetto *intent test* per individuare le ipotesi di rifiuto integranti gli estremi dell'abuso: più specificamente, per la qualificazione in termini negativi del diniego assume rilievo la finalità perseguita dall'impresa di creare o rafforzare una posizione di dominio¹³⁸.

Fondamentale a questo scopo è non tanto, o non solo, l'indagine sulle motivazioni soggettive dell'agente, quanto sulle conseguenze scaturenti dal suo comportamento nel mercato.

Una delle prime applicazioni del criterio si riscontra nella vicenda *Kodak*, in cui l'intento monopolizzatore era individuato dalla Corte Suprema nella volontà dell'impresa di *integrare la fase di rivendita di prodotti fotografici* e nel conseguente rifiuto della stessa di contrarre con i grossisti che non avevano ceduto la propria struttura di rivendita¹³⁹: qui il servizio complementare era collegato (con presumibile intento di monopolizzazione) al bene oggetto di prestazione principale, con effetti anticompetitivi che possono essere colti soltanto in una prospettiva dinamica (congetturando sugli

¹³⁸ *United States v. Colgate & Co.*, cit., 544: “*In the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the 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*”.

¹³⁹ *Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.*, 273 U.S. 359 (1927).

effetti nel tempo della condotta delle imprese) e tenendo inevitabilmente conto della struttura del mercato del bene principale rispetto al servizio complementare¹⁴⁰.

Qualche decennio dopo, nella causa *United States v. Grinnel Corp.* la Corte Suprema ravvisava nell'intento di monopolizzazione un elemento costitutivo della fattispecie abusiva (“*The offense of monopoly under § 2 of the Sherman Act has two elements: (1) the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident*”)¹⁴¹.

L'*intent test* è evocato dalla giurisprudenza nordamericana nella nota controversia *Aspen Skiing Co. V. Aspen Highlands Corp.*, considerata il *leading case* in materia¹⁴².

Oggetto del contendere era un accordo perfezionato tra imprese concorrenti per garantire l'uso di uno *skipass*, per accedere agli impianti sciistici di Aspen nel Colorado: la società vittima della condotta incriminata era titolare di un solo sistema di risalita rispetto alle tre stazioni gestite dalla convenuta.

La Corte Suprema, pur ribadendo il principio di libertà di contrarre dell'impresa esercente un potere monopolistico (*Aspen Skiing Co.*), riconosceva un intento escludente nel mancato rispetto dell'accordo originario

¹⁴⁰ CUCINOTTA 1993 b, 84.

¹⁴¹ *United States v. Grinnel Corp.*, 384 U.S. 563, 570-71 (1966).

¹⁴² *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

da parte del soggetto più forte economicamente e imponeva al *defendant* di contrattare con l'impresa rivale.

In quella circostanza la Corte considerava il profilo soggettivo quale indice di riferimento per chiarire la natura esclusionaria o anticoncorrenziale della condotta, sul rilievo - già espresso in precedente pronuncia¹⁴³ - che “*no monopolist monopolizes unconscious of what he is doing*”¹⁴⁴.

L'elemento dell'intento risulta comunque di difficile prova: se si identifica con le motivazioni soggettive dell'agente, il relativo accertamento può implicare una selezione di documenti che le sorreggano.

Rende più complicato il quadro di riferimento la constatazione che, talvolta, ad una finalità anticoncorrenziale possono aggiungersi altri obiettivi quali innovazioni, efficienze e così via.

Non mancano poi casi in cui la volontà dell'operatore dominante viene ricondotta alla cosiddetta *prevedibilità di un certo effetto esclusionario*: indicatore che di volta in volta può essere osservato dalla prospettiva di chi agisce o di un terzo estraneo al rapporto, o coincidere con la redditività della condotta¹⁴⁵.

¹⁴³ *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 432

¹⁴⁴ *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, *cit.*, 602.

¹⁴⁵ Si è osservato che sarebbe utile vagliare l'intento attraverso una ponderazione delle restrizioni con le efficienze, al fine di stabilire il carattere lecito o illecito della condotta (SALOP, ROMAINE 1999, 659).

In altre decisioni l'attenzione dei giudici si è soffermata sull'esistenza di ragioni oggettive atte a giustificare il contegno suscettibile di pregiudicare la concorrenza sul mercato¹⁴⁶: la giustificazione dell'impresa leader di aver rifiutato di contrattare al solo scopo di evitare l'indebolimento della propria posizione di dominio su un determinato mercato è stata tuttavia considerata priva di rilievo decisivo¹⁴⁷.

In questa prospettiva lo standard di valutazione delle condotte si è talora incentrato sul *welfare balancing approach*, ossia sulla comparazione tra la giustificazione offerta dal *defendant* e gli effetti anticoncorrenziali della sua condotta¹⁴⁸.

Al *balancing test* si è ispirata la decisione della Corte d'Appello del District of Columbia nel caso *Microsoft*, enunciando un criterio di giudizio che svaluta l'elemento soggettivo in favore di una pluralità di profili oggettivi: l'effetto esclusionario dell'atto, la giustificazione pro-

¹⁴⁶ Cfr. *Olympia Equipment Leasing Co. v. Western Union Telegraph Co.*, 797 F. 2d 370 (7th Cir. 1986), cert. denied, 480 U.S. 934 (1987): nel caso di specie il *Seventh Circuit* non considerava abusivo il comportamento della *Western Union*, società che inizialmente deteneva un monopolio nei servizi telex, la quale decideva di ritirarsi dal mercato, rifiutando di svolgere un'attività di agenzia per i concorrenti.

¹⁴⁷ *City of College Station v. City of Bryan*, 932 F. Supp. 877,888 – S.D. Tex. 1996.

¹⁴⁸ Il criterio di valutazione fu evocato dal Giudice Hand nel caso *U.S. v. Aluminium Company of America (ALCOA)*, 148 F.2d 416 (1945).

concorrenziale offerta dal *defendant*, la comparazione tra vantaggio pro-concorrenziale e danno anticoncorrenziale¹⁴⁹.

Ad un deciso superamento dell'*intent approach* si è assistito nel caso *Brooke Group*, in tema di condotte predatorie, ove la Corte Suprema chiariva che “*Even an act of pure malice by one business competitor against another does not, without more, state a claim under the federal antitrust laws*”¹⁵⁰.

L’ insussistenza di un dovere legale di contrattare coi concorrenti in capo al monopolista è ribadito nel noto caso *Trinko*¹⁵¹, sul quale ci si soffermerà più ampiamente nella disamina dell’*essential facility doctrine*.

In questa sede è sufficiente anticipare che la controversia riguardava un operatore verticalmente integrato e detentore di una posizione monopolistica

¹⁴⁹ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001), 58: “*From a century of case law on monopolization under § 2, however, several principles do emerge. First, to be condemned as exclusionary, a monopolist's act must have an "anticompetitive effect." ... Second, the plaintiff, on whom the burden of proof of course rests, must demonstrate that the monopolist's conduct indeed has the requisite anticompetitive effect... Third, if a plaintiff successfully establishes a prima facie case under § 2 by demonstrating anticompetitive effect, then the monopolist may proffer a "procompetitive justification" for its conduct... Fourth, if the monopolist's procompetitive justification stands unrebutted, then the plaintiff must demonstrate that the anticompetitive harm of the conduct outweighs the precompetitive benefit.... Finally, in considering whether the monopolist's conduct on balance harms competition and is therefore condemned as exclusionary for purposes of § 2, our focus is upon the effect of that conduct, not upon the intent behind it. Evidence of the intent behind the conduct of a monopolist is relevant only to the extent it helps us understand the likely effect of the monopolist's conduct*”; cfr. CUCINOTTA 1998, 343.

¹⁵⁰ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, *cit.*, 225 (1993); cfr. CUCINOTTA 1994, 503.

¹⁵¹ *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, *cit.* (2004).

nel mercato locale delle telecomunicazioni, la *Verizon*, accusato di aver rifiutato o ritardato l'accesso alla rete locale del concorrente *AT&T*.

La Corte Suprema perveniva ad una soluzione della controversia diametralmente opposta rispetto al caso *Aspen Skiing*, rilevandone le differenze: difettava nel caso di specie l'interruzione di una relazione commerciale in corso (*joint venture*) tra il *defendant* e l'impresa concorrente (“*Aspen Skiing is at or near the outer boundary of §2 liability. The Court there found significance in the defendant’s decision to cease participation in a cooperative venture. ... The unilateral termination of a voluntary (and thus presumably profitable) course of dealing suggested a willingness to forsake short-term profits to achieve an anticompetitive end.*”)¹⁵²; non si era in presenza di servizi offerti direttamente al pubblico (“*In Aspen Skiing, what the defendant refused to provide to its competitor was a product that it already sold at retail—to oversimplify slightly, lift tickets representing a bundle of services to skiers. ... In the present case, by contrast, the services allegedly withheld are not otherwise marketed or available to the public.*”)¹⁵³; nel contegno dell'impresa dominante non era riscontrabile alcun intento di monopolizzazione (“*In Aspen Skiing, the defendant turned down a proposal to sell at its own retail price, suggesting a calculation that its future*

¹⁵² *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, cit.*, 409.

¹⁵³ *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, cit.*, 410.

monopoly retail price would be higher. Verizon's reluctance to interconnect ... tells us nothing about dreams of monopoly)¹⁵⁴.

Particolare interesse riveste nella vicenda la tesi sostenuta dal Dipartimento di Giustizia, incentrata sull'assenza di un significato economico nel comportamento dell'impresa dominante: il rifiuto non avrebbe avuto alcun senso sul piano economico, se non quello di eliminare o diminuire la concorrenza¹⁵⁵.

Il *no economic sense test*, autorevolmente sostenuto in dottrina¹⁵⁶, rappresenta un'evoluzione del *profit sacrifice test*, di difficile applicazione nei casi di rifiuto a contrarre in materia di risorse essenziali, poiché molte condotte pro-concorrenziali implicano una rinuncia ai profitti a breve termine in vista della realizzazione di maggiori profitti a lungo termine, come nel caso di investimenti nella ricerca e nello sviluppo.

Per ovviare alle segnalate aporie è stato proposto uno standard di valutazione incentrato sul cosiddetto *Protected Profits Benchmark*¹⁵⁷, che identifica *"the level at which the monopolist is sacrificing direct profits by*

¹⁵⁴ *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, cit., 409.

¹⁵⁵ *Brief for the United States and the Federal Trade Commission as Amici Curiae Supporting Petitioner*, 15, *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*: *"Conduct is "exclusionary" or "predatory" in antitrust jurisprudence if the conduct would not make economic sense for the defendant but for its elimination or softening of competition"*.

¹⁵⁶ Cfr., *supra*, nota 20.

¹⁵⁷ SALOP 2010, 710.

refusing to deal and at which a hypothetical equally efficient competitor would be available, and more efficient competitor would prosper". Lo standard in esame *"allows the monopolist to obtain compensation sufficient to maintain its innovation and investment incentives, without impeding either efficient entry or the innovation incentives of competitors"*.

La soluzione proposta in applicazione del *PPB test* non soddisfa le aspettative di coloro che privilegiano una *rule of per se legality*, che mal si adatta tuttavia ai fenomeni di rifiuto in quanto *"can be used by vertically integrated monopolists to maintain or enhance their monopoly power, to detriment of competition"*¹⁵⁸.

Se lo scopo di creazione, rafforzamento o mantenimento del potere di mercato incide negativamente sulle finalità del diritto antitrust, la stessa giurisprudenza avverte l'esigenza di conciliare il criterio soggettivo con strumenti di valutazione delle condotte abusive di carattere oggettivo, reputando imprescindibile la considerazione degli effetti delle presunte pratiche abusive¹⁵⁹.

¹⁵⁸ SALOP 2010, 711.

¹⁵⁹ *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231, 238. Significative le parole pronunciate dal giudice Brandeis secondo il quale *"lo scopo e il fine che si cercavano di raggiungere [...] sono fatti rilevanti. Questo non perché la buona intenzione renda lecita una regola altrimenti dubbia o viceversa, ma perché la conoscenza di un intento può aiutare il giudice ad interpretare i fatti e a predire le conseguenze"*.

2.3.2. La prospettiva europea

La disciplina del rifiuto a contrarre nel sistema europeo è stata tradizionalmente caratterizzata da una lacuna di fondo: la mancanza di una esplicita previsione nelle norme del Trattato.

L'omessa tipizzazione della figura ad un superficiale approccio potrebbe far pensare ad una mera svista del legislatore: in realtà, l'istituto trova espresso riconoscimento a livello comunitario in diverse legislazioni nazionali antitrust.

Si considerino, a titolo esemplificativo, l'art. L420-2 del *Code de Commerce* francese, che vieta il *refus de vente* come abuso di posizione dominante; l'art. 19 del *GWB* tedesco, che sanziona il *Boycottverbot* con riferimento a fattispecie afferenti all'accesso ad una risorsa essenziale.

In Italia, sebbene non previsto dalla normativa antitrust di matrice comunitaria, il fenomeno è menzionato espressamente nella disciplina sulla subfornitura¹⁶⁰.

¹⁶⁰ L'art. 9 della legge 18 giugno 1998 n. 192 indica tra i casi di abuso di dipendenza economica il rifiuto di vendere e il rifiuto di comprare (“È vietato l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. ... L'abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto”).

Nel silenzio del legislatore europeo, la figura del rifiuto a contrarre è ricondotta nella più ampia categoria dell'abuso di posizione dominante, tra le cosiddette pratiche escludenti, ossia tra le condotte che implicano una *limitazione della produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico, a danno dei consumatori e una discriminazione*, sanzionate dall'art. 102 lett. b e c TFUE.

Questa soluzione vale solo in parte ad ovviare alla mancanza di una previsione normativa espressa, posto che le fattispecie richiamate includono al loro interno anche ipotesi differenti dal rifiuto vero e proprio.

Contribuisce a rendere ancora più difficile l'inquadramento della figura la constatazione che un rifiuto implicito ricorre nelle condotte sanzionate dalla normativa antitrust che si concretizzano nell'imporre *prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque* (art. 102 lett. a TFUE), ovvero nel *subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi* (art. 102 lett. d TFUE).

Probabilmente la ragione giustificatrice della mancanza di un'apposita regolamentazione va ricercata nella *“trasversalità della figura del refusal to deal rispetto a molte se non a tutte le pratiche espressamente elencate nella norma del Trattato”*¹⁶¹: in questa prospettiva il rifiuto sarebbe illecito quando

¹⁶¹ MELI 2003, 8.

in esso sia individuabile un profilo di illiceità che consenta di ricondurlo ad una delle fattispecie tipiche.

A rendere originale il rifiuto di contrarre rispetto alle altre pratiche in cui può tradursi l'abuso di posizione dominante è quindi la sua capacità di adattarsi a situazioni differenti tra loro: il che spiega l'impossibilità di una *reductio ad unum* nell'ambito di una norma precisa.

La storia del *refusal to deal* in ambito comunitario è contrassegnata da una progressiva erosione dell'autonomia delle imprese: si è passati da una repressione, in presenza di determinate condizioni, del rifiuto di contrattare in sé alla creazione di un vero e proprio obbligo di cooperazione dell'impresa leader sul mercato nei confronti dei concorrenti che non abbiano altrimenti la possibilità di accedervi.

Il *refusal to deal or to supply* rappresenta la più controversa tra le pratiche abusive riconducibili nell'alveo dell'art. 102 TFUE.

La difficoltà nel tracciare il confine tra lecito e illecito è accresciuta dalla consapevolezza che, in queste fattispecie, si scontrano dei valori fondamentali: la libertà di contrarre e di scegliere con chi contrarre dell'impresa dominante, da una parte, e il diritto degli eventuali concorrenti di accedere ad una determinata risorsa, dall'altra.

Se è vero che ciascuna impresa può selezionare gli operatori con cui intrattenere rapporti commerciali e, una volta operata la scelta, stabilire le

condizioni e i termini dell'offerta¹⁶², per l'impresa in posizione dominante le cose stanno diversamente posto che, ove ricorrano determinati presupposti, grava su di essa l'obbligo di contrarre.

L'eventuale rifiuto, in quanto promanante da un'impresa destinataria di una speciale responsabilità, assume i contorni di una pratica vietata ai sensi dell'art. 102 TFUE¹⁶³.

Nella trattazione del dispiegarsi del fenomeno nel sistema europeo del diritto della concorrenza occorre distinguere il periodo anteriore all'introduzione dell'*essential facility doctrine* e quello successivo, in coincidenza con la creazione del mercato unico europeo¹⁶⁴.

Nella prima fase prevale un approccio all'abuso sganciato dal contesto in cui esso si inserisce.

¹⁶² Cfr. Trib. primo grado, 26 ottobre 2000, T-41/96, *Bayer AG c. Commissione*, in *Racc.*, 3383, 180: nell'ammettere che, anche un'impresa in posizione dominante possa, in determinati casi, legittimamente rifiutarsi di vendere o modificare le sue condizioni di consegna o d'approvvigionamento, il Tribunale riconosce indirettamente l'importanza della tutela della libertà d'impresa nell'applicazione delle regole antitrust.

¹⁶³ Alla speciale responsabilità dell'impresa dominante fa riferimento Corte giust., 9 novembre 1983, C-322/81, *Michelin c Commissione*, *cit.*, v. *supra*, nota 35.

¹⁶⁴ MELI 2003, 26, distingue tra rifiuto di contrattare nella fase "costituente" del diritto antitrust comunitario, in cui era prioritaria la creazione di un mercato unico europeo, e rifiuto di contrattare nella fase "costituzionale" del diritto *antitrust* comunitario, in cui - realizzato il mercato unico - l'obiettivo è divenuto quello della salvaguardia della concorrenza in senso proprio: in questa seconda fase sul modello dell'*antitrust* americano, si è assistito ad una più penetrante invocazione dei paradigmi dell'analisi economica intimamente connessi alle questioni sottese alle fattispecie di illecito antitrust e il cui contributo appare imprescindibile (sul tema cfr. BISHOP, WALKER 2002).

L'attenzione degli organi comunitari si concentra sulle condotte assunte dall'impresa dominante, anziché sugli effetti dell'abuso sul mercato.

Successivamente la politica concorrenziale si interroga sulla possibilità di estensione della normativa a tutela della concorrenza ai monopoli pubblici, al fine di reprimere il tentativo dei monopolisti legali di estendere, *con un effetto leva*, il monopolio nei mercati a valle¹⁶⁵. Fa così ingresso nella logica comunitaria il *leverage* di matrice statunitense¹⁶⁶, che può integrare un vero e proprio *test* di valutazione dell'illiceità del rifiuto¹⁶⁷.

Si registra un mutamento di prospettiva nel diritto europeo, che non si limita a considerare il contenuto del rifiuto, ma guarda alle conseguenze della presunta pratica abusiva sul mercato, convergenti con la prospettiva del più risalente diritto statunitense.

Le decisioni più datate dei giudici comunitari privilegiano il fenomeno del rifiuto a contrarre in sé, tralasciando la considerazione della finalità escludente.

Nel caso *Commercial Solvents* un gruppo farmaceutico statunitense (la *Commercial Solvents Corporation*), tramite l'*Istituto Chemioterapico Italiano*, sua controllata, aveva interrotto la fornitura delle materie prime (nitropropano e aminobutanolo), nel cui mercato vantava una posizione di dominio, ad un cliente, il *Laboratorio Chimico Farmaceutico Giorgio Zoja*,

¹⁶⁵ Corte giust., 30 aprile 1974, C-155/73, *Giuseppe Sacchi*, in *Racc.*, 1974, 409.

¹⁶⁶ Cfr. *U.S. Supreme Court, United States v. Griffith et al.*, *cit.*

¹⁶⁷ Sulla dottrina del *leverage* v., *supra*, pag. 36.

che le adoperava per la produzione di una sostanza derivata, l'*etambutolo*, impiegata nella cura della tubercolosi polmonare. Lo scopo di tale contegno era quello di facilitare alla *Commercial Solvents* l'ingresso sul mercato a valle del prodotto finito.

La Commissione sanzionava la condotta in quanto rivolta a eliminare dal mercato comune uno dei principali produttori d'*etambutolo*, arrecando un pregiudizio grave al mantenimento di condizioni di concorrenza effettiva¹⁶⁸.

La Corte di giustizia si concentrava invece sul comportamento dell'impresa dominante in sé, che aveva interrotto il rapporto contrattuale con un impresa cliente, mossa dall'intento di monopolizzazione: *“il detentore di una posizione dominante sul mercato delle materie prime che, nell'intento di riservare tali materie prime alla propria produzione di prodotti finiti, rifiuti di rifornire un proprio cliente, anch'esso fabbricante di prodotti finiti, col rischio di eliminare del tutto dal mercato il cliente e concorrente, ... sfrutta in modo abusivo la propria posizione dominante”*¹⁶⁹.

Come chiarito in dottrina¹⁷⁰ la fattispecie *Commercial Solvents* si caratterizza per due aspetti fondamentali che avranno una differente evoluzione in giurisprudenza: quello della illiceità *per sé* della rottura del rapporto contrattuale, quale espressione del comportamento scorretto

¹⁶⁸ Comm., 14 dicembre 1972, *Zoja/CSC-ICI*, in *G.U.C.E.* 31 dicembre 1972, L 299, 51.

¹⁶⁹ Corte giust., 6 marzo 1974, C-6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation c. Commissione*, in *Racc.*, 1974, 223, punto 25.

¹⁷⁰ MELI 2003, 49.

dell'impresa dominante, e quello dell'improvvisa interruzione della fornitura¹⁷¹; la chiave di lettura della controversia non va ricercata nei postulati della *essential facility doctrine*, ma piuttosto nel pregiudizio arrecato dalla pratica scorretta alla “*capacità competitiva di un'impresa già controparte in un rapporto contrattuale in corso*”.

Nel caso *United Brands*, qualche anno dopo, il rifiuto a contrarre dell'impresa in posizione dominante si manifestava in assenza di qualunque rapporto concorrenziale con l'impresa danneggiata: come nella controversia *Commercial Solvents* il rifiuto era rivolto ad un vecchio cliente, difettava nondimeno un intento dell'impresa *leader* di integrarsi a valle nella fase distributiva.

La *United Brands* era accusata di aver interrotto la fornitura di banane verdi al proprio distributore *Olesen*, reo di aver preso parte ad una campagna pubblicitaria ideata da un concorrente della *United Brands*, divenendo anche suo distributore.

La Corte di giustizia escludeva che l'impresa detentrica di una posizione dominante per la distribuzione di un dato prodotto avesse “*la facoltà di sospendere le forniture ad un vecchio cliente ligio agli usi commerciali*”, i cui ordini non presentavano alcunché di anormale.

¹⁷¹ Il primo aspetto in linea con la più datata elaborazione antitrust sarà sempre meno preso in considerazione dalla giurisprudenza successiva; il secondo, con i dovuti correttivi, diverrà, anche in giurisprudenza, uno dei principi cardine dell'analisi antitrust.

La trasgressione ai valori espressi nel Trattato CEE era individuata nella circostanza che il rifiuto *“limita gli sbocchi a danno dei consumatori e provoca una discriminazione che può spingersi fino all’eliminazione di un operatore commerciale dal mercato considerato”*: una condotta di questo tipo lede *“la libertà di azione delle piccole e medie imprese, libertà nella quale rientra il diritto di preferire i prodotti della concorrenza”*¹⁷².

A questa pronuncia si deve il merito di aver introdotto, nella riflessione giuridica sulla pratica, il profilo della *giustificabilità* del rifiuto¹⁷³. La Corte ha riconosciuto all’impresa in posizione dominante *“il diritto di tutelare i propri interessi commerciali”*, ove insidiati, purché il contegno difensivo sia proporzionato alla minaccia da fronteggiare¹⁷⁴ e non abbia lo scopo di rafforzare la posizione dominante dell’impresa¹⁷⁵.

Rispetto al caso *Commercial Solvents*, l’autorevole consesso ha tenuto conto non solo delle conseguenze del contegno vietato sull’impresa che interagiva con l’operatore dominante, ma anche degli effetti ricadenti sia sul mercato della distribuzione del prodotto, che su quello del prodotto stesso.

¹⁷² Corte giust., 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands*, cit., punti 182, 183, 193, 194.

¹⁷³ Corte giust., 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands*, cit., punto 184.

¹⁷⁴ Corte giust., 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands*, cit., punto 190: *“pur potendosi ammettere un’eventuale reazione, questa deve essere proporzionata alla minaccia, tenuto conto della potenza economica delle imprese coinvolte”*.

¹⁷⁵ Corte giust., 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands*, cit., punto 189: *“non è ... ammissibile un comportamento che abbia in realtà lo scopo di rafforzare la posizione dominante dell’impresa e di farne abuso”*.

Si riscontra un più penetrante approccio al fenomeno, attento alle ripercussioni che dallo stesso possano derivare al regime concorrenziale: siamo tuttavia ben lontani dalle più sofisticate tecniche di analisi successive.

L'applicazione del criterio di proporzionalità ha condotto a risultati differenti nella caso *Benzine en Petroleum*. La Corte di giustizia riteneva lecita la scelta delle imprese ricorrenti, che si occupavano della produzione e della distribuzione di prodotti petroliferi nei Paesi Bassi, di ridurre, in periodo di penuria, le forniture di benzina ad un acquirente (la società olandese *Aardolie Belangen Gemeenschap BV*) di una percentuale più alta rispetto a quella applicata agli altri acquirenti: un simile contegno era giustificato dalla congiuntura economica e dall'assenza di uno stabile rapporto commerciale con l'impresa cliente¹⁷⁶.

All'interruzione di un rapporto contrattuale in corso si assiste nella vicenda *Hugin/Liptons*, in cui l'esecutivo comunitario sanzionava il rifiuto opposto dalla *Hugin*, produttrice di registratori di cassa, di fornire ad imprese indipendenti i pezzi di ricambio necessari per la manutenzione e la

¹⁷⁶ Corte giust., 29 giugno 1978, C-77/77, *Benzine Petroleum c. Commissione*, in *Racc.*, 1978, 1513, punti 32-33: “dato che la posizione dell'ABG nei confronti della BP era, già da vari mesi prima dello scoppio della crisi, quella di un acquirente occasionale, non si può far carico alla BP di averle riservato, durante la crisi, un trattamento meno favorevole di quello usato alla clientela tradizionale; data la generale scarsità di prodotti petroliferi durante il periodo considerato e la situazione di emergenza in cui si trovava il complesso del mercato olandese, se la BP avesse applicato all'ABG il coefficiente di riduzione praticato ai clienti tradizionali, o un coefficiente pressoché identico, ciò avrebbe implicato una forte diminuzione delle forniture previste da questi clienti”

riparazione dei registratori, con l'effetto di eliminare un concorrente nel settore dei servizi di assistenza¹⁷⁷.

La decisione era tuttavia annullata dalla Corte di giustizia che non riscontrava un pregiudizio al commercio fra gli Stati membri nel comportamento della *Hugin*, in quanto il rifiuto dell'impresa non aveva prodotto alcun effetto al di fuori della regione londinese e comunque del Regno Unito, in cui la *Lipton* esercitava la sua attività¹⁷⁸.

Nel complesso scenario, che faceva da preludio all'affermazione dell'*essential facility doctrine*, l'attenzione degli organi comunitari si concentrava dunque sulle ripercussioni del comportamento vietato sulla concorrenza in generale.

Ad imitazione del modello americano trovavano spazio nell'interpretazione delle figure di illecito anticoncorrenziale criteri tecnici di matrice economica, con il recepimento da parte della Commissione e della Corte di giustizia della già menzionata *teoria della leva*, rivolta a reprimere i comportamenti con cui l'impresa dominante tentava di estendere il proprio potere su un diverso mercato.

¹⁷⁷ Comm., 8 dicembre 1977, *Hugin/Liptons*, in *G.U.C.E.* 27 gennaio 1978, L 22, 23, punti 19-20.

¹⁷⁸ Corte giust., 31 maggio 1979, C-22/78, *Hugin c. Commissione*, in *Racc.*, 1979, 1869.

Seppur in ambito comunitario non vi sia traccia del dibattito sviluppatosi nell'analisi antitrust statunitense¹⁷⁹, la predetta teoria ha inciso profondamente nella valutazione da parte degli organi comunitari del fenomeno del rifiuto a contrarre.

Una delle prime controversie in cui vengono adattati i postulati del *leveraging* alla figura del rifiuto è rappresentata dalla causa *Tèlèmarketing*.

La vicenda afferiva al mancato rinnovo di un rapporto contrattuale tra la *IPB* (*Information publicité Benelux*), esclusivista per la diffusione della pubblicità sull'emittente televisiva *RTL*, gestita dalla *CLT* (*Compagnie Luxembourgeoise de Telediffusion*), e la *CBEM* (*Centre belge d'études de marchés - télèmarketing*) che si occupava di televendite.

L'accordo prevedeva che le televendite venissero effettuate attraverso il numero telefonico della *CBEM*, ma alla sua scadenza la *RTL* e la *IPB* non solo si rifiutavano di rinnovare il contratto, ma decidevano che da quel momento delle televendite se ne occupasse la *IPB*, che provvedeva alla sostituzione del numero telefonico originario con uno proprio.

La Corte di giustizia, facendo ricorso a criteri di giudizio diversi dai precedenti, non stigmatizzava il rifiuto in sé, ma in quanto espressione di una

¹⁷⁹ Cfr. HOVENKAMP 1999, 317 ss. La teoria del *leveraging*, introdotta dalla Corte Suprema americana negli anni trenta (*Carbice Corp. of America v. American Patents Development Corp.*, 283 U.S. 27, 1931), è stata criticata dalla Scuola di Chicago, secondo cui non possono essere incrementati i profitti di monopolio con l'estensione del monopolio ad un secondo mercato legato al primo (POSNER 2001, 197; BORK 1978, 365).

strategia scorretta¹⁸⁰: “*costituisce abuso ... il fatto che l’impresa che detenga una posizione dominante su un determinato mercato si riservi o riservi ad un’impresa appartenente allo stesso gruppo, e senza necessità obiettiva, un’attività ausiliaria che potrebbe essere svolta da una terza impresa nell’ambito delle sue attività su un mercato vicino, ma distinto, con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di detta impresa*”.

Rispetto al *leading case Commercial Solvents* nella sentenza *Tèlèmarketing* la posizione dominante rappresenta una *leva* per estendere su un diverso mercato il dominio dell’*incumbent*; passa invece in secondo piano l’indagine sull’elemento soggettivo che sorregge l’azione dell’impresa leader.

Si realizza così una sorta di inversione dell’onere della prova: il rifiuto viene reputato oggettivamente abusivo e l’operatore dominante deve dimostrare le ragioni atte a renderlo giustificato¹⁸¹.

¹⁸⁰ Corte giust., 3 ottobre 1985, C-311/84, *CBEM/CLT e IPB*, in *Racc.*, 1985, 3261, punto 27.

¹⁸¹ Sul profilo della giustificabilità si soffermava l’Avv. Gen. Jacobs nella causa *Syfait* in tema di rapporti tra antitrust e commercio parallelo di prodotti farmaceutici, reputando in sé non abusivo il rifiuto opposto da un’impresa dominante per contenere il fenomeno delle esportazioni parallele; osservava che, a causa della peculiare regolamentazione del settore, specie con riferimento alle politiche di contenimento dei prezzi, il commercio parallelo non era in grado di generare benefici di prezzo per i consumatori, che nel lungo periodo avrebbero potuto essere danneggiati dalla sottrazione di risorse da destinare all’innovazione (Conclusioni dell’Avv. Gen. F. G. Jacobs del 28 ottobre 2004, in *Racc.*, 2005, I, 4611). La Corte di Giustizia non entrava tuttavia nel merito della questione dichiarando irricevibile il ricorso (Corte giust., 31 maggio 2005, C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri contro GlaxoSmithKline plc e*

La decisione *Tèlèmarketing*, pur costituendo una tappa importante nel percorso che condurrà all'affermazione dell'*essential facility doctrine*, non determina un passaggio definitivo in questa direzione, limitando il proprio campo di indagine esclusivamente alla posizione dell'impresa destinataria del rifiuto, senza ponderare le possibilità di accesso di nuovi operatori sul mercato.

Ad analoga conclusione la Corte di giustizia perviene nella controversia tra la *RTT (Règie des télégraphes et des téléphones)*, impresa gestrice della rete telefonica pubblica esercente attività di omologazione di apparecchi telefonici, e la *GB-Inno-BM*, titolare di una pluralità di punti vendita di apparecchi non omologati e commercializzati a prezzi più convenienti.

La controversia traeva origine dal tentativo da parte della *RTT*, con opportune azioni giudiziarie, di ostacolare la vendita di apparecchi non omologati.

La Corte, riprendendo il ragionamento seguito in *Tèlèmarketing*, considerava come abuso di posizione dominante “*il fatto che un'impresa che detiene il monopolio sul mercato della costituzione e dell'esercizio della rete si riservi, senza obiettiva necessità, un mercato prossimo ma distinto, nella specie quello dell'importazione, della vendita, dell'allacciamento, del collaudo e della manutenzione degli apparecchi atti ad essere allacciati a*

GlaxoSmithKline AVEE, in *Racc.*, 2005, I, 4609). Tre anni dopo le medesime questione erano riproposte al giudice comunitario nel caso cd. *Syfait II* (Corte giust., 16 settembre 2008, da C 468-478/06, *Lelòs Kai Sia e altri c. GlaxoSmithKline*, in *Racc.*, 2008, I, 7139).

*detta rete, eliminando in tal modo ogni forma di concorrenza da parte di altre imprese*¹⁸².

A differenza delle pronunce più risalenti, la Corte sembra voler reprimere non tanto il rifiuto come pratica scorretta in sé, ma come espressione di una più ampia politica concorrenziale diretta ad affidare l'esercizio di una data attività, di cui potrebbero occuparsi soggetti terzi, all'impresa dominante medesima o a una sua controllata.

Nel tracciare i contorni dell'istituto a livello comunitario anche la Commissione offre il proprio contributo attribuendo rilievo, ai fini della repressione del rifiuto, ad un elemento ulteriore di valutazione: il mancato accesso al mercato di un concorrente potenziale.

Nel caso *BBI/Boosey&Hawkes* la Commissione amplia le maglie della disciplina antitrust includendovi il riferimento alla concorrenza potenziale e, sul modello di *United Brands*, riconoscendo il diritto di accesso al bene nei limiti di conformità agli usi commerciali¹⁸³.

La *Boosey & Hawkes*, impresa egemone nella produzione di strumenti in ottone a fiato, aveva rifiutato di fornire strumenti e pezzi di ricambio alla *GHH (Gabriel's Horn House)*, suo rivenditore di strumenti per orchestre di ottoni, ed alla *RCN Music*, ditta riparatrice di simili strumenti, allorquando queste ultime avevano costituito una società, la *BBI (Brass Band*

¹⁸² Corte giust., 13 dicembre 1991, *Régie des Télégraphes et des Téléphones et des Téléphones (RTT) c. GB-INNO-BM SA*, C-18/88, in *Racc.*, 1991, I, 5941, par 19.

¹⁸³ Comm., 29 luglio 1987, *BBI/Boosey & Hawkes*, in *G.U.C.E.* 9 ottobre 1987, L286, 36.

Instruments), allo scopo di fabbricare e commercializzare su larga gamma strumenti per orchestre di ottoni (segnatamente i modelli più risalenti della *B&H* sui quali i diritti di esclusiva si erano estinti). Nel sanzionare siffatta condotta la Commissione evoca ancora un volta il criterio di proporzionalità di matrice giurisprudenziale (“*Un’impresa dominante può sempre prendere misure ragionevoli per proteggere i suoi interessi commerciali, sempreché esse siano eque e proporzionate alla minaccia.*”)¹⁸⁴.

Accanto ai casi di rifiuto diretto a clienti già esistenti, di cui si era occupata la precedente giurisprudenza comunitaria¹⁸⁵, a partire dagli anni ‘90 il rifiuto assume rilievo nei confronti di clienti nuovi.

La sua introduzione coincide con il processo di modernizzazione della disciplina comunitaria a tutela della concorrenza avviato sul finire del secolo scorso.

Si tratta di una svolta importante nel panorama del diritto concorrenziale. Se, infatti, appare naturale la repressione delle forme di rifiuto verso coloro con cui già il soggetto dominante si trovi ad intrattenere rapporti commerciali, più ardua si presenta la possibilità di stigmatizzare fattispecie nelle quali le vittime siano nuovi clienti.

Questa innovazione è figlia di un più maturo approccio ai fenomeni antitrust in cui - è utile ribadirlo - la concorrenza da strumento per la

¹⁸⁴ Comm., 29 luglio 1987, *BBI/Boosey & Hawkes, cit.*, punto 19.

¹⁸⁵ Cfr., tra gli altri, Corte giust., 6 marzo 1974, *Commercial Solvents Corporation, cit.*; Corte giust., 14 febbraio 1978, *United Brands, cit.*

creazione di un mercato unico europeo diviene essa stessa uno dei principali obiettivi cui l'azione degli Organi comunitari si ispira.

La difficoltà di adattamento a questa nuova categoria di principi per la primigenia figura del *refusal to deal* risulta attenuata dal recepimento dell'*essential facility doctrine*.

Tale dottrina definisce abusivo il contegno di un'impresa in posizione dominante sul mercato, titolare di un'infrastruttura essenziale (*essential facility*) indispensabile per operare su altro mercato a valle, che neghi l'accesso a tale risorsa ai concorrenti sul mercato secondario o imponga a questi ultimi condizioni particolarmente gravose ed inique per consentirli.

Invocata ed applicata dalle corti di merito statunitensi, l'*essential facility doctrine* viene sovente criticata dalla Corte Suprema che, pur riconoscendone l'esistenza, ne mette in dubbio l'affermazione come dottrina autonoma¹⁸⁶.

E' agevole comprendere come in questo settore si accentui la difficoltà di delimitare il confine tra l'obbligo di contrarre dell'impresa in posizione dominante e il fondamentale principio della libertà di iniziativa economica.

Manca ancora oggi una definizione precisa del concetto di infrastruttura essenziale, la cui individuazione è complicata dall'esteso ricorso ad esso nelle normative di liberalizzazione delle strutture a rete indispensabili per la

¹⁸⁶ Si veda *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko*, 540 U.S. 398, 411 (2004), in cui l'autorevole consesso ha affermato: "We have never recognized such a doctrine ... and we find no need either to recognize it or to repudiate it here".

fornitura di beni e servizi ai consumatori in settori strategici del mercato (trasporti, energia, telecomunicazioni).

La posizione espressa in materia dalla Corte di giustizia nella nota sentenza *Oscar Bronner*¹⁸⁷ dimostra peraltro, come talora sostenuto¹⁸⁸, una certa diffidenza verso l'intervento del diritto concorrenziale in situazioni tanto delicate. Le condizioni teorizzate, in presenza delle quali il rifiuto può ritenersi abusivo (*indispensabilità del prodotto, necessità che la concorrenza sia eliminata, ostacolo all'ingresso sul mercato di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori, mancanza di giustificazione al rifiuto*), risultano invero - come si vedrà appresso - alquanto discutibili e di difficile prova.

2.3.3. (segue): il rifiuto di contrattare nel *Discussion Paper* e nel *Guidance Paper*

A partire dal 2005 la Commissione, preoccupata delle conseguenze sull'equilibrio dei mercati dei comportamenti cosiddetti esclusionari, ha avviato un processo di revisione della disciplina sull'abuso di posizione dominante. Tale processo è sfociato dapprima nel *Discussion Paper*¹⁸⁹, rivolto

¹⁸⁷ Corte giust, 26 novembre 1998, C- 7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contro Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, in *Racc.*, 1998, 7791.

¹⁸⁸ OSTI 2007, 145.

¹⁸⁹ Cfr. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, v., *supra*, nota 73. Il documento, pubblicato al fine di promuovere un

solo ad alcune pratiche di esclusione¹⁹⁰; successivamente, nel *Guidance Paper* del 2009 riguardante le priorità nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE¹⁹¹.

Le ragioni sottese ad una tale presa di posizione muovono dalla consapevolezza della mancanza, nella prassi dottrinale e giurisprudenziale, di un approccio economico rivolto alla considerazione delle conseguenze sulla concorrenza delle pratiche attraverso le quali si esplicano le condotte abusive¹⁹².

Il *Discussion Paper* tipizza talune fattispecie ricorrenti di rifiuto a contrarre.

La prima ipotesi è quella della interruzione di relazione economiche (*Termination of an existing supply relationship*): tale condotta, se assunta dall'impresa dominante in mancanza di una giustificazione oggettiva, diviene abusiva qualora produca effetti negativi sulla concorrenza¹⁹³.

dibattito su come proteggere al meglio i mercati europei dai comportamenti escludenti che rischiano di indebolire la concorrenza, delinea una possibile metodologia per la valutazione di alcune delle più diffuse pratiche abusive di esclusione, tra cui le riduzioni predatorie.

¹⁹⁰ In particolare ai comportamenti con cui un'impresa “*sacrifices part of the profit that could be earned under competitive circumstances in order to lessen competition and gain consequent monopoly profit*”

¹⁹¹ V., *supra*, nota 1.

¹⁹² Cfr. LOVDHAL GORMSEN 2010, 1-16.

¹⁹³ *Discussion paper, cit.*, punto 238: “*The following four conditions normally have to be fulfilled in order to find the termination of a supply relationship abusive: (i) the behaviour can be properly characterised as termination; (ii) the refusing undertaking is dominant;*

Altra ipotesi è quella del rifiuto di iniziare a fornire un input indispensabile (*Refusal to start supplying an input*)¹⁹⁴.

Ulteriore ipotesi è il rifiuto di concedere la licenza per diritti di proprietà intellettuale (*Refusal to licence intellectual property rights*), purchè ricorra un'ulteriore condizione: il rifiuto impedisce lo sviluppo del mercato a detrimento dei consumatori; ciò può avvenire, in particolare, nel caso in cui l'impresa che chiede la licenza intenda produrre beni o servizi nuovi¹⁹⁵.

Come il *Discussion Paper* anche il *Guidance Paper* del 2009, non avendo un carattere precettivo, si presta ad una lettura elastica ai fini della valutazione dei comportamenti cui si riferisce.

(iii) *the refusal is likely to have a negative effect on competition; (iv) the refusal is not justified objectively or by efficiencies*".

¹⁹⁴ *Discussion paper, cit.*, punto 224: "Five conditions normally have to be fulfilled in order for a refusal to start supplying to be abusive: (i) the behaviour can be properly characterized as a refusal to supply; (ii) the refusing undertaking is dominant; (iii) the input is indispensable; (iv) the refusal is likely to have a negative effect on competition; (v) the refusal is not objectively justified".

¹⁹⁵ *Discussion paper, cit.*, punto 239: "The refusal to license an intellectual property therefore does not in itself constitute an abuse. Only under exceptional circumstances can the refusal to license an IPR be considered an abuse. For example, the refusal by a dominant company to license access to the IPR could be considered abusive when the five conditions described above are all fulfilled and, furthermore, the refusal to grant a licence prevents the development of the market for which the licence is an indispensable input, to the detriment of consumers. This may only be the case if the undertaking which requests the licence does not intend to limit itself essentially to duplicating the goods or services already offered on this market by the owner of the IPR, but intends to produce new goods or services not offered by the owner of the right and for which there is a potential consumer demand".

La stessa Commissione ha negato al documento un valore giuridico, essendo compito della Corte di giustizia vagliare la compatibilità dei criteri ivi enunciati con il sistema di diritto antitrust europeo (art. 19 TUE).

Tra le finalità che presiedono all'attuazione della Comunicazione vi sono la garanzia di *una concorrenza effettiva* e la tutela dell'*efficacia* del processo concorrenziale, sul rilievo che la rivalità produce effetti benefici sull'efficienza e sull'innovazione¹⁹⁶.

Nel novero delle pratiche regolamentate dalla Commissione non poteva mancare il rifiuto a contrarre: tipica condotta esclusionaria.

L'Organo comunitario precisa le condizioni in presenza delle quali la fattispecie assume rilievo: l'esistenza di due mercati (uno a monte e uno a valle) e l'aspirazione dell'operatore dominante di estendere il proprio dominio sul mercato secondario.

Per la configurazione dell'abuso è necessaria la valutazione di tre fattori fondamentali: la necessità obiettiva del fattore di produzione, il rischio di eliminazione di una concorrenza effettiva e un pregiudizio per i consumatori.

¹⁹⁶ *Orientamenti sulle priorità della Commissione, cit.*, punto 20: “La rivalità tra imprese è uno stimolo essenziale per efficienze economiche, quali le efficienze dinamiche sotto forma di innovazione. In sua assenza l'impresa dominante non avrà incentivi adeguati per continuare a creare e trasferire gli incrementi di efficienza. Quando non vi è una concorrenza residua né alcuna minaccia prevedibile di ingresso sul mercato, la protezione dalla rivalità e dal processo competitivo supera gli eventuali incrementi di efficienza”

Quanto al primo requisito, l'indispensabilità dell'*input* si ricollega alla mancanza di alternative valide per i concorrenti nel mercato a valle, nel caso in cui si vedano negato l'accesso alla risorsa richiesta.

La seconda condizione è strettamente collegata alla precedente, posto che il diniego di fornitura di un bene o servizio indispensabile non può che rappresentare un ostacolo alla concorrenza. Lo scopo perseguito dall'impresa che oppone il diniego di accesso è evidentemente quello di escludere i concorrenti e monopolizzare così il mercato secondario.

Per quanto riguarda l'elemento del danno ai consumatori occorre ponderare gli effetti negativi del rifiuto sul mercato con quelli che comunque discenderebbero dall'imposizione di un obbligo di fornitura: ove i primi siano superiori, il pregiudizio agli utenti potrà ritenersi integrato.

La Commissione ha lasciato spazio alle imprese accusate dei contegni vietati di addurre - al fine di non incorrere nelle sanzioni a tal uopo irrogate dalle Autorità antitrust - eventuali giustificazioni, allegando che sono state realizzate *“efficienze sufficienti a garantire che non vi sia la probabilità che si determini un danno netto per i consumatori”*.

L'impresa dominante dovrà in particolare dimostrare che sono state soddisfatte le seguenti condizioni cumulative:

- le efficienze, che possono consistere in *“miglioramenti tecnici della qualità dei beni”* o in una *“riduzione dei costi di produzione o di*

distribuzione”, sono (o è probabile che siano) conseguite al comportamento che conduce alla preclusione per i concorrenti;

- *“il comportamento è indispensabile per la realizzazione di tali efficienze”*, non esistendo alternative *“meno anticoncorrenziali”* che siano in grado di produrre lo stesso risultato;

- le efficienze superano i probabili effetti negativi sulla concorrenza e sul benessere dei consumatori;

- il contegno dell’impresa *“non sopprime la concorrenza effettiva, eliminando tutte le fonti esistenti di concorrenza reale o potenziale o la maggior parte di esse”*¹⁹⁷.

Il testo varato dalla Commissione ha il merito di aver fornito un’interpretazione sicuramente più moderna ed evolutiva rispetto al passato della figura di abuso di posizione dominante che si concretizzi nel rifiuto a contrarre.

Non sono mancate tuttavia le critiche in ordine all’astrattezza dei parametri ivi formulati¹⁹⁸ ed al ristretto ambito di applicazione degli orientamenti, restando esclusi gli abusi di sfruttamento e le discriminazioni di prezzo¹⁹⁹.

2.4. Rifiuto a contrarre e diritti di proprietà intellettuale

La tematica del rifiuto a contrarre ha fatto registrare interessanti sviluppi allorquando si è confrontata con la tutela dei diritti di proprietà intellettuale,

¹⁹⁷ *Orientamenti sulle priorità della Commissione, cit.*, punto 30.

¹⁹⁸ Cfr. GHIDINI, AREZZO 2010, 131

¹⁹⁹ Cfr. GERADIN 2010, 46.

ossia con quell'insieme di regole che presiedono alla salvaguardia delle opere dell'ingegno o frutto della creatività del singolo.

Al fine di stabilire quale sia il rapporto intercorrente tra le predette regole e il diritto della concorrenza occorre innanzitutto guardare agli obiettivi posti dalle diverse normative: le prime tutelano la posizione di chi con la propria attività ha favorito lo sviluppo e l'innovazione in un determinato settore; il secondo l'ordinato svolgimento del libero gioco della concorrenza.

Alla diversità di obiettivi risponde una differente distribuzione delle competenze: se la tutela dei diritti di proprietà intellettuale è affidata alle singole autorità nazionali, il principio della libera concorrenza permea di sé l'azione degli organi comunitari.

In questo settore si contrappongono tradizionalmente due orientamenti antitetici.

Un primo indirizzo ritiene che il conflitto tra le due discipline sia più apparente che reale²⁰⁰: tale contrasto si registra soltanto nel breve periodo, posto che nel lungo periodo i diritti esclusivi finiscono per giovare alla concorrenza, in quanto incentivano la produzione, consentendo la circolazione dei beni protetti. Altra impostazione, al contrario, vede un'intrinseca tensione tra i due ordini di norme: pur avendo un'anima comune rivolta a favorire il benessere generale, esse adoperano strumenti differenti²⁰¹.

²⁰⁰ DENOZZA 2003; MELI 2003; RICOLFI, 2003, 149; BERTANI 2004.

²⁰¹ MEZZETTI 2008, 247.

I giudici comunitari tendono a seguire una linea mediana, ritenendo che il diritto di proprietà intellettuale in quanto tale non attribuisca al suo titolare un potere di mercato²⁰²: l'esercizio delle prerogative intellettuali o industriali, da parte di un operatore in posizione dominante, non integra gli estremi dell'abuso, fatta salva la ricorrenza di circostanze eccezionali.

L'applicazione della disciplina del rifiuto a contrarre alla sfera dei diritti di proprietà intellettuale o industriale postula un adattamento dell'istituto alle prerogative delle situazioni giuridiche in esame, il cui contenuto si caratterizza per il divieto di fabbricazione, vendita e importazione da parte di terzi dei prodotti soggetti alla speciale tutela senza il consenso del titolare.

L'imposizione di un obbligo di concedere l'accesso ad una risorsa di questo tipo comporta, in linea di principio, l'alterazione della genuinità del diritto di esclusiva; di conseguenza, l'eventuale rifiuto del titolare esula a rigore dallo sfruttamento abusivo di posizione dominante.

In altri termini, *“le ragioni della tensione tra il riconoscimento dei diritti di proprietà intellettuale e la tutela della concorrenza si possono riassumere nel contrasto tra un settore del diritto a vocazione pluralista, quale è l'antitrust ed un altro incentrato invece sull'assegnazione e la protezione di posizioni di esclusiva funzionalizzate all'incentivazione dell'innovazione”*²⁰³.

²⁰² Cfr. Corte giust., 29 febbraio 1968, C-24/67, *Parke Davis c. Probel*, in *Racc.*, 1968, 55, nonché le conclusioni dell'Avv. Gen. J. Mischio in data 21 giugno 1988 nella causa 238/87, *Volvo c. Erik Veng*, in *Racc.*, 1988, 6224.

²⁰³ MELI 2003, 203.

Secondo questa opzione, dare la preferenza all'interesse per la concorrenza cagionerebbe un pregiudizio ai titolari dei diritti di esclusiva: l'apparente antinomia è nondimeno superata da coloro che pongono alla base di entrambi gli ambiti una finalità di promozione dell'innovazione²⁰⁴.

In tale direzione si sono mosse le *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* del 1995, elaborate negli Stati Uniti dal Dipartimento di Giustizia e dalla *Federal Trade Commission*, che riconoscono nella ricerca dell'innovazione un punto di convergenza tra le opposte esigenze sottese ai diritti di proprietà intellettuale ed all'antitrust²⁰⁵.

Un'impostazione di questo tipo, se ben si adatta al sistema statunitense, è più difficilmente sostenibile in ambito europeo, ove molteplici sono gli obiettivi cui si ispira il diritto della concorrenza, primo tra tutti la creazione di un mercato comune prodromico allo sviluppo delle dinamiche dello stesso.

Non manca chi evidenzia che la finalità perseguita, e in seno alle privative intellettuali e in seno al diritto concorrenziale, sia la stessa e vada ricondotta alla massimizzazione del profitto²⁰⁶. V'è pure chi propone *un bilanciamento per categorie concettuali*, che tenga conto delle conseguenze sugli incentivi agli investimenti²⁰⁷.

²⁰⁴ Cfr., tra gli altri, GHIDINI 2001, 213.

²⁰⁵ *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property* (1995), <http://www.usdoj.gov/latr/public/guidelines/0558.pdf>.

²⁰⁶ RAMELLO 2001.

²⁰⁷ DENOZZA 2010.

Ad un primo approccio l'interrogativo circa la possibile estensione dell'istituto del rifiuto a contrarre alla categoria di diritti suddetti sembrerebbe condurre ad un esito negativo: la giurisprudenza ha tuttavia ammesso alcune aperture, stigmatizzando rifiuti ritenuti ingiustificati e lesivi del sistema concorrenziale.

La Corte di giustizia si è pronunciata per la prima volta sull'argomento nelle controversie *Volvo*²⁰⁸ e *Renault*²⁰⁹.

Chiarito che i divieti di fabbricazione, vendita o importazione di prodotti sui quali si vanta un'esclusiva di diritto costituiscono la *sostanza stessa del diritto* di riferimento, la Corte ha escluso che il mero diniego di accesso possa integrare gli estremi dell'abuso, salvo che l'esercizio del diritto di esclusiva finisca per sfociare in comportamenti abusivi quali *“l'arbitrario rifiuto di fornire pezzi di ricambio ad officine di riparazione indipendenti, il fissare i prezzi dei pezzi di ricambio ad un livello non equo o la decisione di non produrre più pezzi di ricambio per un dato modello malgrado il fatto che numerose vetture di questo modello siano ancora in circolazione”*²¹⁰.

²⁰⁸ Corte giust., 5 ottobre 1988, C-238/87, *AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd*, in *Racc.*, 1988, 6211.

²⁰⁹ Corte giust., 5 ottobre 1988, C-53/87, *Concorso Italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli Maxicar Spa/Règie nazionale des usines Renault*, in *Racc.*, 1988, 6039.

²¹⁰ Corte giust., 5 ottobre 1988, C-238/87, *AB Volvo c. Erik Veng (UK) Ltd*, *cit.*, punto 9.

La rilevanza di questi precedenti afferisce in concreto al contenuto (nel caso *Renault*) o alla sostanza (nel caso *Volvo*) del diritto di proprietà intellettuale, una volta sorto il conflitto con l'antitrust.

Inizialmente i giudici comunitari hanno fatto riferimento ad ipotesi di rifiuto rivolto non a concorrenti diretti, ma solo potenziali.

E' stata la Commissione ad occuparsi per prima di fattispecie di rifiuto a contrarre nei confronti di un concorrente diretto, in situazioni in cui si assisteva al progressivo ingresso nel panorama comunitario della dottrina dell'*essential facilities*²¹¹.

Il principio, più volte segnalato, secondo cui non è la posizione dominante in quanto tale ad essere vietata, ma lo sfruttamento abusivo della stessa, è stato ribadito dalla Corte di giustizia in materia di privative intellettuali nel noto caso *Magill*.

La *Magill TV Guide Ltd*, che pubblicava su una guida tv i programmi settimanali di tutti i canali televisivi in Irlanda, accusava la *ITP (Independent Television Publications)*, la *RTE (Radio Telefis Eireann)* e la *BBC* di abuso

²¹¹ Comm., 4 novembre 1988, *London European/Sabena*, in *G.U.C.E.* 24 novembre 1988, L317, 47; Comm., 26 febbraio 1992, *British Midland/Aer Lingus*, in *G.U.C.E.* 10 aprile 1992, L96, 34.

di posizione dominante, avendo le stesse negato la concessione della licenza per la pubblicazione dei rispettivi palinsesti settimanali²¹².

La Corte di giustizia, investita della controversia, enunciava il principio secondo cui la presunzione di liceità dei comportamenti riconducibili alle prerogative oggetto dei diritti di proprietà intellettuale può essere superata *in casi eccezionali*, nei quali siano integrati gli estremi dell'abuso di posizione dominante²¹³. Nella vicenda specifica la Corte sanzionava il contegno delle imprese denunciate, osservando che: le informazioni sui programmi televisivi costituivano la materia prima indispensabile per produrre la guida settimanale; il rifiuto di fornire tali informazioni - fondato sulle disposizioni nazionali che tutelavano il diritto d'autore - non era giustificato ed ostacolava l'emergere di un prodotto nuovo per il quale non esisteva alcun sostituto reale o potenziale; la condotta escludente mirava a riservare alle imprese dominanti un mercato derivato (quello delle guide televisive settimanali) distinto da quello primario in cui operavano (la diffusione radiotelevisiva).

L'omessa specificazione da parte della Corte delle circostanze di carattere eccezionale da cui possa scaturire l'illiceità dell'esercizio del diritto di

²¹² RTE, BBC e ITP pubblicavano ciascuna una guida televisiva settimanale contenente esclusivamente i propri programmi e rivendicavano la tutela del diritto d'autore sui propri palinsesti al fine di impedirne la riproduzione da parte di terzi.

²¹³ Corte giust., 6 aprile 1995, C-241/91 e C-241/91, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione*, in *Racc.*, 1995, I, 743. Cfr. anche Trib. primo grado, 10 luglio 1991, T-69/89, *RTE c. Commissione*, e T-76/89, *ITP c. Commissione*, in *Racc.*, 1991, II, 485.

esclusiva da parte del titolare, ha aperto la strada negli anni successivi a diverse interpretazioni della decisione.

Un primo approccio vede nella vicenda *Magill* un caso isolato.

Come osservato dall'avvocato generale Jacobs nella causa *Oscar Bronner, Magill* va letto alla luce delle peculiarità specifiche che connotavano il caso concreto²¹⁴. Innanzitutto, la circostanza che il diritto d'autore sui palinsesti ostacolava la nascita di un prodotto nuovo, per il quale esisteva una forte domanda con conseguente limitazione della produzione o degli sbocchi a danno dei consumatori; secondariamente, la particolarità del diritto d'autore irlandese, che salvaguardava raccolte di dati grezzi che non sarebbero state tutelabili in altri Stati membri²¹⁵.

La decisione anticipa nondimeno i postulati dell'*essential facilities doctrine* attraverso la tipizzazione del conflitto “tra tutela degli investimenti ed esigenze di promozione della libera concorrenza”²¹⁶, conflitto che si ripropone di fronte ad un obbligo per l'impresa dominante di condividere le proprie risorse essenziali con i concorrenti.

Più convincente è l'approccio secondo cui *Magill* costituisce una fattispecie di ordinaria applicazione dell'art. 102 TFUE e, pertanto, le circostanze eccezionali riscontrate nel caso concreto dalla Corte non necessariamente

²¹⁴ Conclusioni dell'Avv. Gen. F. G. Jacobs del 28 maggio 1998, in *Racc.*, 1998, 7794, punto 63.

²¹⁵ MEZZETTI 2008, 248

²¹⁶ MELI 2003, 114

coincidono con quelle che, in altre situazioni di *refusal to supply*, possono presentarsi²¹⁷.

La vicenda *Magill*, così come affrontata dalla Corte di giustizia, mina l'assolutezza del diritto di proprietà intellettuale quando il suo esercizio sia di ostacolo all'ingresso di un nuovo prodotto sul mercato.

Essa costituisce la prima ipotesi di rifiuto illecito, sulla quale la Commissione e gli organi giurisdizionali comunitari si sono espressi.

Nonostante sia intervenuta in epoca antecedente all'esplicito riconoscimento della *essential facility doctrine* nel panorama comunitario, viene considerata un *leading case* nell'applicazione di tale dottrina ai diritti di proprietà intellettuale.

Con il successivo caso *Tiercè Landbroke*²¹⁸ i criteri elaborati dalla Corte in *Magill* hanno subito una parziale modifica.

²¹⁷ Comm., 24 marzo 2004, *Microsoft/W2000*, Comp. C-3/37.792, punti 556 ss.: “*On a general note, there is no persuasiveness to an approach that would advocate the existence of an exhaustive checklist of exceptional circumstances and would have the Commission disregard a limine other circumstances of exceptional character that may deserve to be taken into account when assessing a refusal to supply...there is no reason why a refusal to supply an undertaking that has an interest in entering the market should be treated differently to a refusal to supply a company that is already present in the market. In Magill, for instance, the company to which supply was refused was not competing in the market that was being monopolized precisely because such supply had been refused*”.

²¹⁸ Trib. primo grado, 12 giugno 1997, *Tiercè Landbroke c. Commissione*. Sulla vicenda si veda KORAH 1998, 169.

La controversia trovava origine dal rifiuto di concessione di una licenza e di una sub licenza per l'esercizio di diritti di sfruttamento di immagini e relativo commento sonoro delle corse ippiche.

La *Tiercè Landbroke* aveva formulato la richiesta al *Paris Mutuel Urbain Francais*, gruppo creato dalle principali società organizzatrici di corse ippiche in Francia, ai fini della trasmissione nelle proprie sale delle immagini delle corse ippiche francesi.

La Commissione e il Tribunale si pronunciavano in senso sfavorevole al *defendant*, ritenendo carenti i requisiti della *novità del prodotto* e dell'*indispensabilità* del servizio.

Sorprende nondimeno la differente valutazione operata dagli Organi comunitari nelle controversie *Magill* e *Tiercè Ladbroke*: in quest'ultimo caso vengono individuati due mercati non autonomi, uno a monte delle scommesse sulle corse ippiche, l'altro a valle delle immagini e dei suoni afferenti alle corse, mentre ad analoga soluzione non si perviene in *Magill* ove sono distinti, rispettivamente, il mercato televisivo e quello delle guide televisive.

Il mutamento di prospettiva deve probabilmente ricercarsi nella differente considerazione “*dell'ostacolo alla piena applicazione delle regole di concorrenza rappresentato dai diritti di proprietà intellettuale e nella diversa obiettiva giustificabilità del rifiuto*”²¹⁹: in *Magill* la concessione in licenza dei palinsesti non rientrava nell'oggetto dell'attività delle imprese televisive, là

²¹⁹ MELI 2003, 118.

dove le immagini delle corse ippiche erano considerate dalla Commissione e dal Tribunale un vero e proprio prodotto sul quale le imprese vantavano un diritto di sfruttamento.

Immediatamente successiva alla sentenza del Tribunale di Primo Grado nel caso *Tiercè Ladbroke* è la decisione della Corte di giustizia nella controversia *Oscar Bronner*²²⁰, riguardante il rifiuto di una società austriaca editrice di giornali, titolare di una rete di distribuzione a domicilio, di fornire l'accesso ai concorrenti-editori. La Corte, rifacendosi al precedente *Magill*, negava il carattere abusivo del rifiuto, essendo carente la prova *dell'eccessiva onerosità o dell'impossibilità tecnica della realizzazione di una rete di distribuzione autonoma* da parte dei concorrenti.

La sentenza ha il merito di specificare le circostanze in presenza delle quali il diniego del *defendant* merita una qualificazione in termini di illiceità:

- l'input essenziale *non deve essere replicabile* dai concorrenti;
- il rifiuto *deve ostacolare la creazione di nuovi prodotti per i quali esiste una domanda potenziale*;
- *non deve essere giustificato*
- *deve impedire ogni forma di concorrenza sul mercato a valle.*

Un ulteriore tassello nel panorama dei rapporti tra i diritti di proprietà intellettuale e la normativa antitrust è offerto dalla decisione della Corte di giustizia nel caso *IMS Health*.

²²⁰ Corte giust., 26 novembre 1998, C- 7/97, *Oscar Bronner*, cit., punti 23 ss.

La controversia riguardava una licenza per l'uso di una banca dati, la cui richiesta veniva avanzata dalla *NDC (National Data Corporation)* alla *IMS Health*, leader mondiale nei servizi di informazione e di consulenza per l'industria farmaceutica.

Sulla questione si susseguivano una serie di decisioni nazionali e comunitarie che facevano propendere l'ago della bilancia ora a favore del diritto di proprietà intellettuale, ora della tutela della concorrenza.

La Commissione²²¹, nell'adottare le misure cautelari che le erano state richieste, reputava abusivo il rifiuto rifacendosi ai criteri elaborati dalla Corte di giustizia in *Oscar Bronner* (eliminazione della concorrenza, assenza di giustificazione del diniego, indispensabilità della risorsa) e tralasciando i principi espressi in *Magill*.

Il Presidente del Tribunale di primo grado²²², nel sospendere la decisione con cui si ingiungeva a *IMS* di concedere alla *NDC* la licenza d'uso relativa alla banca dati, riteneva che la Commissione avesse privilegiato la tutela dei concorrenti, piuttosto che l'interesse del mercato in generale. Invocava l'art. 295 Tr. CE (art. 345 TFUE), secondo cui il Trattato lascia impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri.

²²¹ Comm., 3 luglio 2001, *NDC Health / IMS Health*, in *G.U.U.E.* 18 ottobre 2003, L268, 69.

²²² Ord. Pres. Trib. primo grado, 26 ottobre, 2001, *IMS Health c. Commissione*, in *Racc.*, 2001, II, 3193.

Sulla stessa linea, in sede di gravame cautelare, il Presidente della Corte di giustizia ribadiva che solo in presenza di eccezionali circostanze i diritti di proprietà intellettuale possono essere sottoposti a limitazione²²³.

La Corte si pronunciava sulla questione per effetto di rinvio pregiudiziale a da parte del *Landesgericht* di Francoforte. Sulla scia delle pronunce precedenti (da *Volvo* a *Magill* e *Oscar Bronner*) osservava: “*affinché il rifiuto di un’impresa titolare di un diritto di autore di dare accesso ad un prodotto o ad un servizio indispensabile per esercitare una data attività possa essere qualificato abusivo, è sufficiente che siano integrate tre condizioni cumulative, e cioè che tale rifiuto costituisca ostacolo alla comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori, che sia ingiustificato e idoneo a escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato*”²²⁴. Nel caso concreto l’autorità nazionale remittente avrebbe dovuto verificare se l’impresa che aveva chiesto la licenza intendesse offrire sul mercato della fornitura dei dati prodotti o servizi nuovi che il titolare del diritto di proprietà intellettuale non offriva e per i quali esisteva una potenziale domanda da parte dei consumatori; se il rifiuto non fosse giustificato da considerazioni obiettive; se il rifiuto fosse tale da riservare al titolare del diritto di proprietà intellettuale il mercato della fornitura dei dati

²²³ Ord. Pres. Corte giust., 11 aprile 2002, causa C-481/01, *NDC Health c. Commissione*, in *Racc.*, 2002, I, 3401.

²²⁴ Corte giust., 29 aprile 2004, C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG e NDC Health GmbH & Co. KG*, in *Racc.*, 2004, I, 5039, punto 38.

sulle vendite di prodotti farmaceutici nello Stato membro interessato escludendo ogni concorrenza su detto mercato²²⁵.

La Corte trascurava nondimeno che il bene conteso non assumeva i caratteri di una vera e propria infrastruttura e che l'accesso alla risorsa non era indispensabile, avendo i concorrenti di *IMS* la possibilità di elaborare raccolte dati alternative.

Si è anche sottolineata l'*artificiosa costruzione di due distinti mercati*, l'uno a monte della raccolta dei dati e l'altro a valle relativo alla vendita, laddove si era in presenza di *due differenti stadi della produzione tra loro connessi*²²⁶.

Interessante segnalare le conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, secondo cui il diniego di accesso può assumere un carattere abusivo esclusivamente nel caso in cui l'impresa destinataria non intenda duplicare i beni/servizi già presenti sul mercato, ma produrre beni o servizi con caratteri diversi rivolti a soddisfare esigenze dei consumatori non appagate dai beni/servizi esistenti²²⁷.

La Corte di giustizia, prendendo le distanze da quest'ultima prospettazione, considerava invece abusivo il rifiuto opposto all'impresa che intendesse offrire *prodotti o servizi nuovi* rispetto a quelli del titolare del diritto e per i

²²⁵ Corte giust., 29 aprile 2004, C-418/01, *IMS Health, cit.*, punto 52.

²²⁶ COLANGELO 2010, 61.

²²⁷ Conclusioni dell'Avv. Gen. A. Tizzano del 2 ottobre 2003, in Racc., 2004, I, 5042, punto 90.

quali esisteva una domanda potenziale da parte dei consumatori, non essendo sufficiente ai fini della connotazione di illiceità della condotta che si trattasse di prodotti diversi rispetto a quelli esistenti, così come opinato dall'Avvocato Generale.

Il requisito del *new product* è sintomatico della tendenza a privilegiare la sfera dei diritti di proprietà intellettuale ritenendo possibili eventuali invasioni, in nome del diritto della concorrenza, solo se rivolte a favorire sviluppo e innovazione.

Volendo ricavare una visione di insieme dall'analisi giurisprudenziale, il rifiuto di concedere licenza può integrare un abuso di posizione dominante in presenza di tre condizioni: 1) l'impresa richiedente la licenza intenda offrire sul mercato *prodotti o servizi nuovi*, che il titolare della risorsa intellettuale non offre e per i quali vi sia una domanda potenziale dei consumatori; 2) il rifiuto sia tale da riservare al titolare della privativa un mercato secondario escludendo ogni concorrenza dallo stesso, attesa l'*indispensabilità della risorsa* cui si chiede accesso; 3) non ricorra *una oggettiva giustificazione* per il comportamento del soggetto dominante²²⁸.

Non può tuttavia costituire di per sé una giustificazione oggettiva l'interesse dell'impresa ad esercitare i diritti di proprietà intellettuale di cui sia titolare.

²²⁸ FAELLA 2007, 1220.

L'affermazione giurisprudenziale è ripresa dalla Commissione nel caso *Microsoft* del 2004.

Il colosso americano rifiutava di fornire informazioni sulla configurazione delle interfacce di *Windows* a società creatrici di *server*, precludendo a queste ultime l'utilizzo dei *software* per il funzionamento dei propri sistemi. Accusata di aver abusato della posizione dominante sul mercato, la *Microsoft* si difendeva facendo leva sul carattere riservato delle informazioni e invocando la disciplina dei diritti di brevetto.

La Commissione chiariva che “*funzione generale del diritto di proprietà intellettuale è proteggere i diritti morali e assicurare un compenso per lo sforzo creativo. Ma obiettivo fondamentale della normativa di tutela di tale diritto è anche che la creatività sia rivolta all'interesse generale*”²²⁹; ciò posto, concludeva che il rifiuto di concedere una licenza può contraddire l'interesse generale qualora si caratterizzi come sfruttamento abusivo di posizione dominante con pregiudizio per l'innovazione e per i consumatori in generale.

Privilegiando un'esigenza di salvaguardia del mercato, la Commissione dava torto alla *Microsoft* infliggendole una sanzione molto pesante.

La decisione era quasi integralmente confermata dal Tribunale di primo grado, secondo cui tra le pratiche abusive espressamente previste dall'art. 82

²²⁹ Comm., 24 marzo 2004, *Microsoft/W2000*, Comp. C-3/37.792, punto 711, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf.

lett. b Tr. CE (ora 102 TFUE), oltre alla limitazione della produzione e degli sbocchi, vi è anche la limitazione dello sviluppo tecnologico: la regola del prodotto nuovo, di cui alle sentenze Magill e IMS, è stata formulata con riferimento a fattispecie riconducibili alle prime due pratiche abusive contemplate dalla norma citata, e non alla terza²³⁰.

Se in ambito europeo l'interesse sociale alla base della sanzione del rifiuto a contrarre ha privilegiato le esigenze dei concorrenti, nel sistema americano è prevalso un atteggiamento di estrema cautela in quanto una licenza obbligatoria può soffocare l'innovazione²³¹.

La Corte Suprema ha chiarito che *il potere ottenuto attraverso un vantaggio naturale o giuridico, quale un brevetto, un diritto d'autore o il fiuto in affari, può generare responsabilità se il venditore sfrutta la sua posizione dominante su di un mercato per espandere il suo impero nel mercato vicino*²³².

²³⁰ Trib. primo grado, 17 settembre 2007, T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commissione*, in *Racc.*, 2007, II, 3601.

²³¹ Il Giudice Scalia nella sentenza *Trinko* (v., *supra*, nota 40) ha affermato che “*imporre ad alcune imprese di condividere la fonte del loro vantaggio è in contrasto con l'obiettivo di base del diritto della concorrenza*”.

²³² *Eastman Kodak Co. V. Image Technical Services*, 504 U.S. 451, 479 (1992): “*The Court has held many times that power gained through some natural and legal advantage such as a patent, copyright, or business acumen can give rise to liability if "a seller exploits his dominant position in one market to expand his empire into the next."*”.

Il diritto di proprietà intellettuale è paragonato ad un vantaggio giuridico o naturale, mentre manca qualsiasi riferimento ai fattori eccezionali di limitazione del diritto medesimo.

La protezione riconosciuta alla categoria si snoda lungo due direttrici fondamentali, e assicurando l'esclusiva nello sfruttamento dei prodotti frutto dell'ingegno, e garantendo la segretezza del cosiddetto *know how*²³³.

In alcune ipotesi la legittima acquisizione di un *know how* tecnologico ha indotto i giudici a considerare valido il rifiuto di concedere la relativa licenza; in altre, essendo il comportamento del titolare della risorsa diretto a danneggiare la concorrenza senza un'adeguata motivazione, si è ritenuto opportuno sanzionarlo²³⁴.

La dicotomia tutela della proprietà intellettuale - tutela della concorrenza si ripropone anche in relazione ai diritti d'autore: pur non potendosi qualificare come abusivo il rifiuto in sé della concessione della licenza, il titolare del relativo diritto deve garantirne l'altrui fruizione, qualora sia indispensabile per l'esercizio di una determinata attività e non vi siano ragioni oggettive che supportino il diniego all'accesso.

²³³ Il rifiuto di concedere una licenza per l'uso delle opere oggetto della privativa intellettuale è lecito, salvo che chi lo oppone non miri alla creazione o al mantenimento di una posizione monopolistica (*Berkey Photo Inc. vs. Eastman Kodak Co.*, 603 F. dd. 263, 283/84).

²³⁴ *Du Pont de Nemours*, 96 F.T.C. 653 (1980), aff'd, 698 F. 2d 1377 (9th Cir.), cert. denied, 464 U.S. 955 (1983); in senso contrario, *Studien Gesellschaft Koble, MBH*, 670 F. dd 1022 (D.C. Cir. 1981).

Il settore in esame tuttavia risulta carente sotto il profilo dei rimedi se paragonato a quello dei brevetti e, di conseguenza, come osservato in dottrina, appaiono inadeguati anche i tentativi sviluppatasi per affrontare il problema *dell'innovazione sull'innovazione*²³⁵.

La tutela dei diritti di proprietà intellettuale o industriale a fronte delle esigenze della concorrenza appare imprescindibile, in quanto una volta che il bene immateriale è messo a disposizione dei concorrenti diviene suscettibile di indiscriminata apprensione con conseguente pregiudizio in termini di innovazione.

Nel lungo periodo una situazione di questo tipo potrebbe scoraggiare le imprese dall'effettuare nuovi investimenti per migliorare la produzione, se degli effetti benefici finiscano per fruire gli altri operatori sul mercato.

Merita allora adesione l'indirizzo dottrinale che mette in luce la debolezza di un accesso incontrollato alla categoria dei diritti in esame (il fenomeno del cosiddetto *free riding*): se si potesse sostenere *che l'essential facility doctrine servisse a scongiurare comportamenti di tipo parassitario* il conflitto tra i diritti di proprietà intellettuale/industriale e l'antitrust non avrebbe motivo di esistere²³⁶.

Taluno suggerisce l'imposizione di una tariffa come contropartita della garanzia di accesso all'*asset* di riferimento; ove trascorra un certo margine di

²³⁵ LEMLEY 1997, 1084.

²³⁶ GHIDINI 2005, 247.

tempo tra la concessione e l'effettivo utilizzo della risorsa medesima, il proprietario originario potrebbe approfittarne ed elaborare una versione più aggiornata del prodotto²³⁷.

²³⁷ Cfr. BAUMOL 2004; KLUMPP, SU 2010, 64.

Capitolo Terzo

Rifiuto a contrarre e *essential facilities*

SOMMARIO: 3.1. La dottrina delle *essential facilities*: genesi ed evoluzione nell'ordinamento statunitense - 3.2. L'avvento della dottrina nell'ordinamento europeo - 3.3. L'*essential facility doctrine* nelle decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza italiana - 3.4. La dottrina delle risorse essenziali negli altri Stati membri dell'Unione Europea e nel resto del mondo: esperienze a confronto

3.1. La dottrina delle *essential facilities*: genesi ed evoluzione nell'ordinamento statunitense

L'*essential facilities doctrine* (EFD) trova origine nel sistema statunitense²³⁸ e viene recepita in Europa come strumento di repressione dei comportamenti di rifiuto afferenti a *risorse essenziali* per accedere ad un determinato mercato.

Secondo tale dottrina l'impresa che gestisce un'infrastruttura essenziale per lo svolgimento di una determinata attività economica, in presenza di particolari condizioni, è chiamata a garantire l'accesso alle imprese che ne facciano richiesta.

²³⁸ Il termine *essential facilities doctrine* è stato coniato nel 1970 dal professore A.D. Neale (NEALE 1970) per descrivere la linea seguita dalla Corte Suprema e dalle corti inferiori nel trattare il fenomeno del *refusal to deal* di un'impresa dominante integrata verticalmente nei confronti dei concorrenti. La prima implicita applicazione si fa risalire alla sentenza *Terminal Railroad* della Corte Suprema degli Stati Uniti; ma un espresso riferimento alla teoria delle infrastrutture essenziali si avrà nel 1977 con la sentenza *Hetch vs. Pro Football Inc.*, 570 F. 2d 982 (D.C. Cir. 1977), cert. denied, 436 U.S. 956 (1978).

Il contesto di riferimento è quello della *monopolizzazione* o del *tentativo di monopolizzazione* di cui alla sezione 2 dello *Sherman Act* nel sistema statunitense, delle condotte escludenti di cui all'art.102 TFUE nel sistema europeo.

Una valutazione in chiave comparatistica della fattispecie postula un raffronto testuale tra le norme evocate.

La prima (*section 2*) ha un'impronta soggettivistica, protesa all'individuazione delle motivazioni che animano la condotta dell'impresa agente²³⁹; la seconda, di stampo oggettivistico, si concentra sulle ipotesi più ricorrenti di abuso²⁴⁰.

Differenti sono anche i soggetti beneficiari della tutela: nel contesto europeo gli utenti finali dei prodotti offerti sul mercato; in quello americano gli imprenditori "schiacciati" dai concorrenti economicamente più forti.

Fa da comune denominatore ad entrambe le discipline il rischio di falsi positivi e di falsi negativi, con tutte le conseguenze che ne scaturiscano per i mercati interessati.

L'approccio della giurisprudenza americana alla dottrina delle *essential facilities* è piuttosto cauto: le ragioni sottese ad un simile atteggiamento di

²³⁹ VASQUES 1999, 50.

²⁴⁰ Corte giust., 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche*, cit., punto 91: "La nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito ...".

riserva riposano nella consapevolezza dell'impatto dirompente sui mercati di una indiscriminata applicazione della stessa²⁴¹.

Per evitare indebite intrusioni nella libertà contrattuale dell'imprenditore chiamato a garantire l'accesso all'infrastruttura, si tende a considerare l'*essential facility doctrine* rimedio ultimo per le fattispecie in cui non vi siano altre strade percorribili per consentire un regolare svolgimento della concorrenza.

L'alternativa che affligge teorici e pratici del diritto è tra una limitazione o una più incisiva protezione delle prerogative del soggetto titolare della risorsa essenziale.

Inizialmente la nozione di *essential facility* viene circoscritta alle infrastrutture la cui accessibilità è caratterizzata dalla presenza di un interesse più generale rispetto a quello dei singoli partecipanti alla competizione; in un secondo momento, se ne invoca l'applicazione anche per beni o servizi che appaiono, per determinati soggetti, necessari per lo svolgimento delle loro attività economiche.

In dottrina si sono distinte tre ipotesi in cui è possibile riscontrare una *facility* essenziale: “*situazioni di monopolio naturale o attività realizzate da più soggetti in comune per le quali le economie di scala sono eccezionalmente elevate; infrastrutture, impianti o altri beni costituiti nell'ambito di attività*”

²⁴¹ Come osservato da AREEDA 1990, 849, “*the reason any business declines to share the fruits of its labor with competitors is because it wants to win in the marketplace*”.

sottoposte a regolamentazione pubblica; strutture pubbliche o create e mantenute con finanziamenti pubblici”²⁴².

E' utile operare un'ulteriore classificazione, separando i casi in cui la *facility* è detenuta da una pluralità di soggetti, da quelli in cui sia unico l'operatore che controlla l'infrastruttura.

Nella prima ipotesi si ritengono integrati gli estremi del cosiddetto boicottaggio collettivo, riconducibile alla *section 1* dello *Sherman Act*.

Nella seconda, l'obbligo di fornire l'accesso non è facilmente separabile dal generale obbligo di contrarre cui è chiamata l'impresa quando con il proprio diniego possa o tenti di monopolizzare il mercato, come previsto dalla *section 2* dello *Sherman Act*.

Pur essendo da tempo oggetto di analisi dottrinale e giurisprudenziale, mancano interpretazioni univoche sul significato di *essential facility* e sull'ambito di applicazione dell'istituto.

Di non facile definizione risultano i rapporti con la figura del *refusal to deal*, suscettibile di ricomprendere situazioni che esulano dalla sfera di applicazione della dottrina di matrice nordamericana.

Gli ostacoli ad un esplicito riconoscimento dell'istituto dipendono anche dal suo porsi come un'eccezione al consolidato principio antitrust americano dell'autonomia contrattuale²⁴³.

²⁴² HOVENKAMP 1999, 274.

Non a caso l'*essential facility doctrine* è stata definita “una delle più problematiche, incoerenti e ingestibili basi per l'applicazione della section 2 dello Sherman Act”²⁴⁴.

Una voce autorevole, ponendosi in atteggiamento critico nei confronti della teoria, l'ha etichettata come un “epiteto” o uno “slogan” per descrivere un fenomeno dai contorni poco chiari²⁴⁵, suggerendo una più attenta analisi volta alla definizione dei contenuti e dei limiti che lo caratterizzano.

Il contesto applicativo della dottrina è in genere quello delle infrastrutture, nel senso proprio del termine (strade, porti, aeroporti ecc.), ma non mancano situazioni in cui sono le risorse immateriali (brevetti, marchi ecc.) a rivestire carattere di essenzialità²⁴⁶.

Nel sistema statunitense *leading case* è solitamente considerato il precedente *Railroad Terminal Combination* del 1912²⁴⁷, in cui la Corte Suprema, accertata la violazione della legge antitrust, apriva ai concorrenti

²⁴³ L'affermazione del principio è fatta risalire alla nota sentenza *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307 (1919).

²⁴⁴ HOVENKAMP 1999, 305.

²⁴⁵ AREEDA 1990, 841: “*The ‘essential facility’ is just an epithet describing the monopolist’s situation: the monopolist possesses something that the plaintiff wants. It is not an independent tool of analysis; it is only a label – a label that beguiles some commentators and courts into pronouncing a duty to deal.*”

²⁴⁶ OSTI 2007, 146.

²⁴⁷ *United States v. Terminal R.R. Association*, 244 U.S. 383 (1912), *cit.*

uno snodo ferroviario, controllato da un consorzio di società, considerandolo una risorsa essenziale per competere su quel determinato mercato²⁴⁸.

Qualche decennio dopo, nel caso *Associated Press v. United States*²⁴⁹, protagonista della vicenda giudiziaria era una celebre agenzia di stampa statunitense (l'*Associated Press*), sorta in forma di cooperativa e comprendente oltre 1200 giornali, che attraverso alcune disposizioni statutarie aveva impedito ai propri membri di fornire notizie a giornali che non facessero a loro volta parte della cooperativa medesima.

Tali disposizioni, come rilevava la Corte Suprema, avevano effetti discriminatori, precludendo ai soggetti che non aderivano all'associazione qualsiasi possibilità di acquistare notizie da AP o da uno dei suoi editori (*"The joint effect of these By-Laws is to block all newspaper non-members from any opportunity to buy news from A.P. or any of its publisher members. Admission to membership in A.P. thereby becomes a prerequisite to obtaining A.P. news or buying news from any-one of its more than twelve hundred publishers"*)²⁵⁰.

Potendo costituire un mezzo per ostacolare o annullare la concorrenza, lo statuto dell'*Associated Press* si poneva in contrasto con lo *Sherman Act*.

²⁴⁸ In realtà, come segnalato da OSTI 2004, 180, *"il primo riferimento concreto ad essa si trova nell'opinion per la maggioranza del giudice Scalia, nella sentenza Iowa Utilities Board (AT&T Corp. et. Al v. Iowa Utilities Board et al, in 525 U.S. 366), il quale in realtà si limita ad osservare: "l'operatore incumbente sostiene che [la disposizione in questione] codifica un qualcosa di simile alla dottrina dell'essential facilities [...]"*.

²⁴⁹ *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945).

²⁵⁰ *Associated Press v. United States, cit.*, 9.

Alle argomentazioni difensive della *Associated Press* il giudice estensore Black replicava che l'esercizio del diritto di proprietà non può tradursi in un abuso del diritto medesimo che alteri il libero e naturale flusso del commercio (“*It has been argued that the restrictive By-Laws should be treated as beyond the prohibitions of the Sherman Act, since the owner of the property can choose his associates and can, as to that which he has produced by his own enterprise and sagacity, efforts or ingenuity, decide for himself whether and to whom to sell or not to sell. While it is true in a very general sense that one can dispose of his property as he pleases, he cannot go beyond the exercise of this right, and by contracts or combinations, express or implied, unduly hinder or obstruct the free and natural flow of commerce in the channels of interstate trade*”)²⁵¹.

L'essenzialità dell'accesso alle informazioni detenute dalla *Associated Press*, come osservava nella *concurring opinion* il giudice Frankfurter, scaturiva dal fatto che l'associazione, per la sua supremazia territoriale, era l'unica fonte in grado di acquisire notizie rispetto agli altri giornali concorrenti.

Nel caso *Lorain Journal* l'infrastruttura essenziale era rappresentata da un quotidiano locale, che garantiva la diffusione di notizie e pubblicità nella città di Lorain in Ohio²⁵².

²⁵¹ *Associated Press v. United States*, cit., 14-15.

²⁵² *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143 (1951).

Il giornale rifiutava di pubblicare le inserzioni pubblicitarie dei clienti che si fossero rivolti anche ad una stazione radio, che cercava di impiantarsi nella zona. Un simile contegno, poiché mirava ad ostacolare l'ingresso di un potenziale concorrente sul mercato delle inserzioni pubblicitarie, era considerato un tentativo di monopolizzazione in violazione della *section 2* dello *Sherman Act*: la pratica veniva stroncata dalla Corte Suprema, che reputava la pubblicità sul quotidiano “*essential for the promotion of ... sales in Lorain County*”²⁵³ ed il giornale “*an indispensable medium of advertising for many Lorain concerns*”²⁵⁴.

Nel caso *Otter Tail*, affrontato negli anni '70 dalla Corte Suprema, l'infrastruttura essenziale era identificata nella rete per la distribuzione dell'energia elettrica. L'*Otter Tail*, società che erogava energia elettrica in numerose città, era condannata per aver negato la vendita all'ingrosso e il trasporto di energia ad alcuni operatori municipalizzati che volevano dotarsi di un autonomo sistema energetico²⁵⁵.

La società aveva sfruttato il proprio potere di mercato, determinato dal possesso dell'unica rete di distribuzione locale, per mantenere la sua posizione di monopolio nella vendita al dettaglio dell'energia elettrica precludendo l'accesso a potenziali concorrenti (“... *Otter Tail used its monopoly power in the towns in its service area to foreclose competition or*

²⁵³ *Lorain Journal Co. v. United States, cit.*, 148.

²⁵⁴ *Lorain Journal Co. v. United States, cit.*, 152.

²⁵⁵ *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366 (1973).

*gain a competitive advantage, or to destroy a competitor, all in violation of the antitrust laws ... The District Court determined that Otter Tail has “a strategic dominance in the transmission of power in most of its service area” and that it used this dominance to foreclose potential entrants into the retail area from obtaining electric power from outside sources of supply”*²⁵⁶: tale condotta, non supportata da valide motivazioni tecniche od economiche, integrava un tentativo di monopolizzazione vietato dalla *section 2* dello *Sherman Act* (“*Use of monopoly power “to destroy threatened competition” is a violation of the “attempt to monopolize” clause of 2 of the Sherman Act*”)²⁵⁷.

Il percorso giurisprudenziale segnato dalle sentenze che precedono trovava un punto di svolta nel 1983, nella nota decisione *MCI Communication Corp. v. AT&T*²⁵⁸, in cui la Corte d’Appello del Settimo Circuito faceva esplicito riferimento alla dottrina delle *essential facilities* delineandone gli elementi costitutivi.

La controversia originava dall’iniziativa di un’impresa attiva nel settore dei collegamenti telefonici che contestava al *defendant AT&T* di avere rifiutato la connessione alle linee telefoniche fisse gestite su base nazionale.

In quella circostanza la Corte, evocando l’*essential facilities doctrine* reputava illegittimo il rifiuto del monopolista (“*A monopolist’s refusal to deal*

²⁵⁶ *Otter Tail Power Co. v. United States, cit.*, 377.

²⁵⁷ *Otter Tail Power Co. v. United States*, 388.

²⁵⁸ *MCI Communication Corp. v. AT&T*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983).

*under these circumstances is governed by the so-called essential facilities doctrine. Such a refusal may be unlawful because a monopolist's control of an essential facility (sometimes called a "bottleneck") can extend monopoly power from one stage of production to another, and from one market into another. Thus, the antitrust laws have imposed on firms controlling an essential facility the obligation to make the facility available on nondiscriminatory terms")*²⁵⁹, cui imponeva di concedere all'attore MCI l'accesso alla sua rete locale, al fine di consentire ai clienti di usufruire dei servizi a lunga distanza offerti dalla concorrenza.

La Corte coglieva l'occasione per enunciare i presupposti fondamentali che, ancora oggi, caratterizzano la dottrina nordamericana:

1) il controllo da parte del monopolista di una *essential facility* ("*control of essential facility by a monopolist*"), indispensabile per l'accesso ad un mercato in cui i concorrenti non potrebbero essere produttivi senza la disponibilità della stessa;

2) l'impossibilità pratica da parte del concorrente di duplicare la *facility* ("*a competitor's inability practically or reasonably to duplicate the facility*");

3) il rifiuto di accesso ("*the denial of the use of the facility to a competitor*")²⁶⁰;

²⁵⁹ *MCI Communication Corp. v. AT&T, cit.*, punto 191.

²⁶⁰ Alle ipotesi di diniego sono equiparate le situazioni in cui la fornitura avvenga a condizioni gravose o a prezzi non convenienti.

4) l'*accessibilità* sul piano tecnico della risorsa (*“the feasibility of providing the facility”*).

In presenza di queste condizioni il rifiuto di fornitura deve considerarsi illecito, salvo che non trovi giustificazione in specifici *motivi tecnici o commerciali o ragioni di efficienza produttiva*.

Nel caso *Aspen Skiing*, affrontato dalla Corte Suprema negli anni ottanta, la risorsa essenziale era rappresentata da quattro sciovie, tre delle quali erano controllate dal *defendant*, una dall'attore. I contendenti si erano accordati in passato per offrire alla clientela biglietti che consentissero indifferentemente l'uso di uno qualsiasi dei quattro impianti, finché il gestore titolare di tre impianti (*Aspen Skiing Co.*) aveva deciso di porre in vendita biglietti che davano accesso solo ai suoi impianti, cagionando al concorrente (*Aspen Highlands*) la perdita di quote di mercato.

Pur senza menzionare esplicitamente la dottrina delle *essential facilities*, la Corte Suprema ravvisava nella condotta dell'attore un comportamento anticompetitivo, ordinando alle parti di vendere un biglietto combinato che desse accesso a tutti gli impianti, in quanto il rifiuto di condividere l'infrastruttura intaccava un sistema di distribuzione consolidatosi negli anni (*“In this case, the monopolist did not merely reject a novel offer to participate in a cooperative venture that had been proposed by a competitor, but instead elected to make an important change in a pattern of distribution of all-Aspen*

tickets that had originated in a competitive market and had persisted for several years”)²⁶¹.

Alla condivisione dell’infrastruttura conseguiva nel caso *Aspen Skiing* la determinazione congiunta dei prezzi dei biglietti: la soluzione stimolava nondimeno condotte potenzialmente collusive in violazione della *section 1* dello *Sherman Act*.

Punto d’approdo dell’evoluzione giurisprudenziale passata in rassegna è la pronuncia emessa dalla Corte Suprema nel noto caso *Trinko*²⁶², originato dall’azione intrapresa dall’avvocato *Curtis Trinko* nei confronti della *Verizon*, una compagnia telefonica operante nello Stato di New York.

La società aveva concluso, nel 1997, un accordo con la *AT&T* per permettere a quest’ultima, in ossequio al *Telecommunication Act* del 1996, di accedere alle infrastrutture, ai servizi e alla rete della medesima per la fornitura del servizio telefonico ai propri clienti.

A distanza di qualche anno la *AT&T*, adducendo il mancato rispetto dell’accordo, aveva invocato l’intervento delle Autorità competenti in materia.

La questione sembrava essersi conclusa con l’assunzione di un impegno da parte della *Verizon* a versare una somma, a titolo di sanzione, per il ritardo nell’erogazione del servizio.

²⁶¹ *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, cit., 586.

²⁶² *Verizon Communications Inc. V. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP.*, cit.

In un secondo momento, il più significativo dell'intera vicenda, l'avvocato Trinko aveva proposto una *class action*, nell'interesse di *AT&T* e di altre compagnie telefoniche, lamentando una condotta discriminatoria in violazione della *section 2* dello *Sherman Act*.

La Corte distrettuale, nel privilegiare le ragioni della *Verizon*, riteneva che non si potesse estrapolare dalla normativa antitrust un obbligo di cooperazione a carico del monopolista, escludendo che nel caso specifico fossero integrati gli estremi della condotta di *monopolizzazione* di cui alla *section 2* dello *Sherman Act*. L'esito del giudizio di primo grado era sovvertito dal giudice d'appello che invocava l'*essential facility doctrine* e la teoria del *monopoly leveraging*.

Sottoposta la questione al vaglio della Corte Suprema, quest'ultima - attraverso l'*opinion* del giudice Scalia - affermava il principio secondo cui la detenzione di un potere di mercato non costituisce, per ciò solo, un illecito, addentrandosi in una più approfondita riflessione sul fenomeno del rifiuto a contrarre.

L'autorevole consenso, privilegiando la libertà di contrattare, considerava eccezionali le limitazioni alla stessa, ammissibili esclusivamente nelle ipotesi in cui un eventuale diniego comportasse una perdita economica transitoria rivolta a guadagnare nel lungo periodo una rendita monopolistica²⁶³.

²⁶³ Secondo GIANNACCARI 2004, 191, "si è effettuato un ragionamento analogo a quello seguito dalla giurisprudenza nordamericana per sanzionare i prezzi predatori: oltre alla

L'*opinion* di Scalia, pur non aderendo completamente alla posizione della *Verizon*, ne condivideva il punto di vista: mentre la difesa della *Verizon* incentrava l'illiceità del comportamento sull'intento dell'imprenditore di conseguire profitti monopolistici, la Corte si soffermava, nella valutazione della condotta imputata, sulla presenza o meno di una rinuncia ai profitti da parte dell'*incumbent*.

Il percorso argomentativo tracciato da Scalia conduceva al rigetto della domanda dell'attore, non ricorrendo i presupposti per l'applicazione della normativa antitrust.

La decisione segnalata rispecchia lo scetticismo con cui la giurisprudenza statunitense si è accostata ai fenomeni di illecito antitrust, condizionata anche dal timore per le conseguenze, in termini di efficienza ed innovazione, nei casi di imposizione di un obbligo di accesso alle imprese dominanti²⁶⁴.

La Corte Suprema americana non ha mai riconosciuto apertamente l'*essential facility doctrine*; pur prendendo atto della sua esistenza, prima

differenza tra prezzi e costi, si deve dimostrare che l'autore della condotta abbia la ragionevole prospettiva di recuperare la perdita".

²⁶⁴ Sulle critiche sollevate alla dottrina sulle risorse essenziali cfr. WALLER, FRISCHMANN 2008, 28: "*The essential facilities doctrine is out of favor with a wide variety of legal and economic commentators. Most of the serious criticisms can be grouped into three categories: First, the doctrine leaves consumers no better off; second, application of the doctrine creates undesirable incentives for the incumbent, the new entrant, or both; and third, the doctrine cannot be meaningfully applied by a generalist federal district court judge*".

nella sentenza *Aspen*, poi nel caso *Trinko*²⁶⁵, l'ha considerata, comunque, ininfluyente ai fini della constatazione di una violazione concreta ai sensi della Sezione 2 dello *Sherman Act*²⁶⁶.

Paradossalmente, pur se trapiantata dall'esperienza d'oltreoceano, la dottrina ha ricevuto maggiori consensi nel sistema comunitario.

3.2. L'avvento della dottrina nell'ordinamento europeo

La dottrina sulle infrastrutture essenziali fa ingresso nel panorama del diritto concorrenziale europeo negli anni novanta, quando la finalità di tutela della concorrenza diviene uno degli obiettivi più importanti dell'azione comunitaria.

La sua introduzione, in un contesto diverso rispetto a quello di origine, è correlata ad un nuovo modo di affacciarsi alla fattispecie dell'abuso di posizione dominante, in generale, e del *refusal to deal* in particolare.

²⁶⁵ Cfr., HOVENKAMP 2008, 248: “*In Trinko the Supreme Court neither approved nor repudiated the essential facility doctrine. But it did impose sever limitations on the use of such claims....Trinko may effectively have brought the era of antitrust essential facility claims to an end, certainly in regulated industries where an agency is actively supervising the conduct that forms the basis of antitrust claim. If so, that would be an important step in our recognition that competition is not regulation, and federal courts are not regulatory agencies*”.

²⁶⁶ In *Aspen Skiing* la Corte ha relegato il riferimento alla dottrina in una nota a piè di pagina, precisando di non ritenere necessario valutarne la rilevanza; nella sentenza *Trinko*, dopo aver richiamato gli scritti critici relativamente alla disciplina delle *essential facilities*, la Corte ha affermato: “*We have never recognized such a doctrine ... and we find no need either to recognize it or to repudiate it here*” (v., *supra*, nota 186).

Sorprende il riferimento alla teoria negli strumenti di riflessione della dottrina e della giurisprudenza comunitarie, perché ad una prima superficiale valutazione non emergono affinità tra il modello antitrust americano e quello europeo tali da giustificare il recepimento.

Se nell'ambito del sistema americano il diniego di concedere l'accesso ad una risorsa essenziale per lo svolgimento di una determinata attività presuppone un tentativo di monopolizzazione da parte del titolare della risorsa medesima²⁶⁷, in Europa non è richiesta una prova di questo genere essendo sufficiente per l'operatività della dottrina delle *essential facilities* una condotta riconducibile all'abuso di posizione dominante, con particolare riferimento alla fattispecie del *refusal to deal*.

Il rifiuto a contrarre nell'ordinamento americano non è altro che la manifestazione della libertà di contrattare che assurge al rango di principio generale; nel contesto europeo, diversamente, è necessario distinguere le imprese dominanti da quelle che non lo sono: solo per le prime la libertà suddetta subisce limitazioni.

Ciò non significa che nel contesto d'oltreoceano la posizione di forza economica del soggetto agente sul mercato non abbia una sua importanza,

²⁶⁷ Cfr. *Air Passenger Computer Reservation Sys. Antitrust Litig.*, 694 F. Supp. 1443, 1456 (C.D. Cal. 1988): "When applying the essential facilities doctrine in the context of section 2 of the Sherman Act, a facility should be deemed essential to the downstream market only where control of the facility by a competitor poses a danger of monopolization of the downstream market".

costituendo la stessa soltanto un elemento meritevole di osservazione e non un indicatore di comportamento scorretto.

Mentre in America la dottrina sulle infrastrutture essenziali è la risultante di un lungo travaglio giurisprudenziale e dottrinale rivolto al reperimento delle eccezioni alla regola della libertà contrattuale; in ambito comunitario, l'istituto può sembrare un *epithet in need of limiting principles*²⁶⁸.

Nel sistema statunitense l'invocazione della *EFD* non avviene in un periodo di lotta per l'eliminazione dei monopoli pubblici, ma inizia, comunque, ad assumere rilevanza con riferimento alle problematiche di accesso a risorse di pubblico interesse.

Nell'ordinamento europeo si nota una tensione tra due diverse impostazioni: una rivolta a negare utilità alla *essential facility doctrine*, sul rilievo che le ipotesi in cui la stessa sembra trovare applicazione possano in realtà essere risolte con un richiamo alla teoria del *leveraging*²⁶⁹; l'altra, di segno opposto, che attribuisce alla dottrina un ruolo influente nella regolamentazione del rifiuto a contrarre²⁷⁰. Interessante, con riferimento a quest'ultimo indirizzo, l'opinione di chi definisce l'*EFD* “una espressione sintetica per una miscela di elementi valutativi, in cui la novità non è

²⁶⁸ AREEDA 1990, 841.

²⁶⁹ LANG 1994, 445.

²⁷⁰ Cfr. BERTI, BIANCARDI 1996, 423; BERTI 1998, 355.

*rappresentata tanto dagli ingredienti, quanto dall'impianto teorico che presiede alla loro scelta e alla loro elaborazione*²⁷¹.

Un esplicito riferimento alla tematica delle risorse essenziali si rinviene nella decisione della Commissione *B&I/Sealink Holyhead*.

A seguito di una denuncia della compagnia *B&I*, la *Sealink* veniva accusata di aver modificato in senso più sfavorevole alla concorrente gli orari di partenza dei traghetti dal porto di *Holyhead*.

La Commissione, sposando le ragioni del ricorrente, riscontrava un abuso di posizione dominante, statuendo che l'impresa titolare, e al tempo stesso utente, di una infrastruttura essenziale non poteva *“riservare ai concorrenti condizioni meno favorevoli di quelle accordate ai propri servizi”*²⁷².

Traspare dagli orientamenti della Commissione che il diniego di accesso ad un *asset* essenziale può *“costituire di per sé un abuso anche in mancanza di altri elementi, quali l'associare tra loro delle vendite, la discriminazione nei confronti di un altro concorrente, la cessazione delle forniture a taluni clienti o l'agire deliberatamente per danneggiare un concorrente”*²⁷³.

Nel noto caso *Microsoft*, la Commissione sanzionava il rifiuto opposto dal colosso americano alla richiesta di informazioni sulla configurazione delle

²⁷¹ MELI 2003, 89.

²⁷² Comm., 17 giugno 1992, *B&I/Sealink, Holyhead*, 5 CMLR 255, 1992, punto 66. Lo stesso principio è ribadito nella vicenda da Comm., 21 dicembre 1993, *Sea Containers Ltd/Stena Sealink*, in *G.U.C.E.* 18 gennaio 1994, L15, 8.

²⁷³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs in *Oscar Bronner*, *cit.*, punto 50.

interfacce di Windows da parte di una società creatrice di server. L'accusa era stata mossa da altra impresa statunitense, la *Sun Microsystems*, che lamentava la mancata diffusione delle informazioni necessarie a garantire l'interoperabilità tra il sistema operativo di *Microsoft*, installato nella maggior parte dei personal computer, ed il sistema operativo *Solaris*, distribuito da *Sun* e presente sui propri *server* per gruppi di lavoro. Per quel che interessa in questa sede, l'esecutivo comunitario censurava il rifiuto della *Microsoft*, rilevando - tra l'altro - l'essenzialità della risorsa invocata, anche in relazione alla mancanza di sostituti attuali o potenziali (*"Il rifiuto di Microsoft rischia di eliminare la concorrenza nel mercato rilevante dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro, in quanto le informazioni rifiutate sono indispensabili ai concorrenti che operano in tale mercato. ... Dall'indagine della Commissione emerge inoltre che non esistono alternative effettive o potenziali alle informazioni rifiutate."*)²⁷⁴.

La dottrina delle *essential facility* ha trovato in tempi più recenti esplicita ricezione nel *Guidance Paper* pubblicato dalla Commissione nel 2009, che definisce i concetti di indispensabilità (*"Un fattore di produzione è ... indispensabile quando non esiste un succedaneo effettivo o potenziale sul quale i concorrenti nel mercato a valle potrebbero contare in modo da contrastare - almeno a lungo termine - le conseguenze negative del rifiuto"*) e

²⁷⁴ Comm., 24 maggio 2004, *Microsoft Corporation*, in *G.U.U.E.* 6 febbraio 2007, L 32, 23, punto 18.

duplicabilità (“*Per duplicazione si intende la creazione di una fonte alternativa di fornitura efficiente che possa permettere ai concorrenti di esercitare una pressione concorrenziale sull'impresa dominante nel mercato a valle*”) della *facility*²⁷⁵.

In ambito giurisprudenziale l'idea di fondo della dottrina delle *essential facilities* si è affacciata già nei casi *Commercial Solvents*²⁷⁶ e *Hugin*²⁷⁷: l'impresa in posizione dominante che aveva il controllo su un bene, il cui accesso era essenziale per i concorrenti al fine di poter competere su un mercato a valle, poteva essere obbligata a consentire l'accesso alla struttura, in presenza di un concreto rischio per i concorrenti di essere eliminati dal mercato a valle in caso di diniego.

In tempi successivi, nel caso *Magill*, la Corte di giustizia ravvisava un abuso di posizione dominante nel contegno di tre emittenti televisive irlandesi che, invocando la tutela del diritto d'autore, avevano negato la licenza per la pubblicazione dei propri palinsesti a un editore di periodici (*Magill tv*)²⁷⁸.

Nel giustificare la deroga alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale per la ricorrenza di “*condizioni eccezionali di mercato*”, i giudici di Lussemburgo rilevavano che i predetti palinsesti costituivano risorsa unica, non

²⁷⁵ *Orientamenti sulle priorità della Commissione, cit.*, punto 83.

²⁷⁶ Corte giust., 6 marzo 1974, C-6 e 7/73, *Commercial Solvents, cit.*

²⁷⁷ Corte giust., 31 maggio 1979, C-22/78, *Hugin c. Commissione, cit.*

²⁷⁸ Corte giust., 6 aprile 1995, C-241/91 e C-241/91, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione*, in *Racc.* 1995, I, 743 ss.

autonomamente duplicabile ed indispensabile per l'operatività di altre imprese nel mercato delle guide settimanali: il che consente di leggere la fattispecie in termini di *essential facility doctrine*.

Un decisivo contributo all'affermazione della dottrina in ambito comunitario, con specifico riferimento alla casistica degli abusi sotto forma di rifiuto, è stato nel prosieguo offerto dalla nota sentenza *Oscar Bronner*²⁷⁹.

I fatti di causa riguardavano, come già evidenziato, il diniego di una società austriaca, editrice di giornali e titolare di una rete di distribuzione a domicilio, di assicurare l'accesso ai concorrenti-editori.

Nella pronuncia la Corte di giustizia si è soffermata sui requisiti in presenza dei quali una risorsa può essere qualificata una *facility* essenziale, con conseguente imposizione dell'obbligo di accesso in capo al soggetto titolare della medesima.

Significative le conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs che, assunto come punto di partenza della propria riflessione il principio di libertà di iniziativa economica, quale criterio di ispirazione della legislazione di tutti gli Stati dell'Unione, ha offerto una visione restrittiva della dottrina nordamericana sulle infrastrutture essenziali, vista come una possibile

²⁷⁹ Corte giust., 26 novembre 1998, C- 7/97, *Oscar Bronner*, *cit.*

minaccia non solo alla libertà negoziale, ma anche alla concorrenza in generale con effetti anticompetitivi nel lungo periodo²⁸⁰.

La Corte di giustizia, tenendo conto dei precedenti *Commercial Solvent* e *Magill*, ha cercato di ricomporre i vari tasselli fino a quel momento posti in maniera frastagliata, per ricavare un quadro di riferimento coerente sulla tematica oggetto di approfondimento.

La vicenda *Bronner* costituisce il punto di arrivo della tendenza, manifestatasi non solo in seno alla stessa Corte, ma anche alla Commissione e al Tribunale di primo grado, volta a privilegiare la logica sottesa alla dottrina sulle risorse essenziali rispetto ad altri strumenti di analisi meno convincenti.

Ai fini dell'integrazione dell'abuso occorre non solo che il diniego del servizio possa *eliminare del tutto la concorrenza* sul mercato interessato e non sia *obiettivamente giustificabile*, ma anche che l'accesso alla risorsa, *non duplicabile*, sia *indispensabile per l'esercizio dell'attività* per la quale viene richiesto.

²⁸⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs in *Oscar Bronner*, cit., punti 56-58; cfr., in particolare, punto 57 (“*Nel lungo periodo è generalmente a vantaggio della concorrenza e nell'interesse dei consumatori consentire ad un'impresa di riservare a sé stessa le proprie infrastrutture, sviluppate per i propri fini commerciali. Ad esempio, qualora si consentisse con eccessiva facilità l'accesso ad un'infrastruttura di produzione, acquisto o distribuzione, i concorrenti non sarebbero incentivati a predisporre infrastrutture concorrenti. In tal modo la concorrenza, incrementata nel breve periodo, diminuirebbe del lungo periodo. Inoltre, un'impresa in posizione dominante sarebbe meno incentivata ad investire in infrastrutture efficienti qualora ai suoi concorrenti fosse consentito, su richiesta, di dividerne i vantaggi*”).

I parametri citati, integranti il cosiddetto *test Bronner*, non sono altro che una riproduzione di quelli elaborati dalla giurisprudenza statunitense, qualche anno prima, con la decisione *MCI Communication Corp. v. AT&T*.

Il requisito dell'essenzialità è fatto coincidere dalla Corte con l'impossibilità di utilizzare strumenti alternativi rispetto alla risorsa oggetto del rifiuto, nel senso che non deve esistere alcuna *facility* che possa realmente o potenzialmente sostituirsi a quella di cui si valuta l'essenzialità²⁸¹.

L'induplicabilità scaturisce dalla difficoltà di riprodurre l'*asset*²⁸².

Il diniego di accesso non deve essere "scriminato" da valide motivazioni.

Per verificare l'*eliminazione della concorrenza* deve volgersi lo sguardo non più, come in passato, esclusivamente alla vittima del rifiuto, ma alla concorrenza in generale²⁸³.

²⁸¹ Una *facility* non assume carattere essenziale quando "*non risultano ostacoli di natura tecnica, normativa o anche economica capaci di rendere impossibile o straordinariamente difficile*" a qualsiasi altro operatore cercare, da solo o in collaborazione con altri, una *facility* idonea a soddisfare le medesime funzioni dell'infrastruttura di cui trattasi (Corte giust., 26 novembre 1998, C- 7/97, *Oscar Bronner, cit.*, punti 44-45).

²⁸² La Corte precisa che "*occorrerebbe provare ... che non è economicamente redditizio creare un secondo sistema di recapito a domicilio per la distribuzione dei quotidiani aventi una tiratura paragonabile a quella dei quotidiani distribuiti con il sistema esistente*" (Corte giust., 26 novembre 1998, C- 7/97, *Oscar Bronner, cit.*, punto 46). E' evidente che di regola il tentativo di reperire un'infrastruttura alternativa si rivela, oltre che dispendioso in termini di tempo, oneroso sul piano economico.

²⁸³ In verità non si capisce quale sia la differenza, nel ragionamento seguito dalla Corte, tra il parametro in esame e il requisito di indispensabilità, posto che sembrano due modi diversi per esprimere il medesimo concetto.

Sulla scorta dei criteri guida fissati, la Corte di giustizia, disattese le ragioni della Oscar Bronner, ha optato per una lettura restrittiva dell'*essential facility doctrine*: ha escluso l'esistenza di una infrastruttura essenziale per la mancanza del requisito di *indispensabilità* dell'asset, posto che vi erano altri canali di distribuzione cui l'impresa concorrente poteva fare ricorso, in assenza di ostacoli alla creazione di un autonomo sistema di recapito a domicilio.

Nel 2004²⁸⁴ la Corte, adita in via pregiudiziale dal giudice nazionale olandese, è tornata a pronunciarsi sull'obbligo di fornitura nel caso *KPN Telecom*.

La controversia coinvolgeva l'impresa leader nella gestione del servizio telefonico nei Paesi Bassi e due operatori, *Denda* e *Topware*, che si erano visti negare le informazioni utili per l'elaborazione di elenchi telefonici cartacei e digitali: l'*incumbent* si era limitata infatti a trasmettere alcune informazioni relative all'identità e ai numeri telefonici, omettendo altri dati ritenuti estranei alla sfera di applicazione della normativa di settore (art. 6 n. 3 Dir. CE 98/10).

Anche in questo caso la Corte di giustizia ha escluso l'obbligo di garantire l'accesso in capo all'impresa egemone facendo leva sulla circostanza che,

²⁸⁴ Corte giust., 25 novembre 2004, C-109/03, *KPN Telecom BV contro Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA)*, in *Racc.*, 2004, I, 11273.

essendo due i concorrenti della *KPN Telecom*, il mercato fosse caratterizzato da un certo livello di concorrenzialità²⁸⁵.

La disamina casistica manifesta la prudenza della giurisprudenza comunitaria nell'applicazione della teoria di matrice nordamericana, attesa la tensione esistente tra il principio di libertà di iniziativa economica e l'obbligo di contrarre che scaturisce dal riconoscimento dell'operatività dell'*essential facility doctrine*.

La Commissione, al contrario, vi ha fatto in più occasioni esplicito riferimento, pur con le dovute cautele.

Un approccio razionale alla controversa figura postula un contemperamento della visione più severa della giurisprudenza comunitaria con quella più elastica dell'esecutivo. La Commissione privilegia una lettura estensiva della fattispecie, ritenendo che l'accesso ad una risorsa essenziale produca, comunque, effetti positivi per la concorrenza; la Corte, al contrario,

²⁸⁵ Interessanti le conclusioni dell'Avvocato Generale Poiares Maduro nella parte in cui chiarisce che “*non si deve presumere con troppa leggerezza che l'art. 82 CE (102 TFUE) imponga a un'impresa dominante di aiutare i suoi concorrenti, e il rifiuto di fornitura a un concorrente non è considerato abusivo solo perché gli input di cui trattasi sono necessari per competere su un mercato secondario. Si deve assicurare un equilibrio fra l'interesse a salvaguardare o ad instaurare la libera concorrenza in uno specifico mercato e quello a non disincentivare gli investimenti imponendo la condivisione con i concorrenti dei risultati commerciali ottenuti*” (Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiares Maduro del 14 luglio 2004, in *Racc.*, 2004, I, 11276, punti 32 ss.)

preferisce procedere con cautela, consapevole delle conseguenze negative che un indiscriminato ricorso alla dottrina potrebbe innescare²⁸⁶.

La chiave di lettura più convincente non può che essere quella rivolta ad una calibrata attuazione della teoria sulle infrastrutture essenziali, che ne circoscriva l'operatività alle ipotesi in cui ricorrano effettivamente circostanze eccezionali e dietro il riconoscimento di una ragionevole remunerazione per il titolare dell'*asset*, compenso che deve includere non solo i costi sostenuti per la creazione, il mantenimento e l'aggiornamento della risorsa stessa, ma anche un recupero delle spese derivanti dall'instaurazione di una relazione con colui il quale richiede l'accesso²⁸⁷.

²⁸⁶ Condivisibile è l'opinione di chi sottolinea che *“il mero rinvio ad un principio generale del diritto antitrust - l'obbligo di contrarre, appunto -, seppur mascherato sotto il vestito delle essential facilities non è sufficiente a ridare ossigeno ad un mercato che non è in grado di camminare sulle proprie gambe”*. D'altra parte, *“affermare che in presenza di essential facilities l'introduzione di un'effettiva concorrenza nel mercato non può essere assicurata dal solo controllo dei comportamenti delle imprese, ma deve arrivare ad incidere su alcuni diritti di proprietà, il cui utilizzo esclusivo impedirebbe lo sviluppo di corrette dinamiche concorrenziali, evidenziando la funzione complementare agli interventi di liberalizzazione di alcuni mercati svolta dalla dottrina in parola, tradisce una visione eccessivamente unilaterale del fenomeno di cui si discute e finisce per attribuire alla teoria delle essential facilities finalità ed obiettivi che non le appartengono”* (BASTIANON 1999, 162)

²⁸⁷ SIRAGUSA, BERETTA 1999, 260.

3.3. L'essential facility doctrine nelle decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza italiana

Nel sistema europeo e nazionale, l'*essential facility doctrine* ha trovato terreno fertile grazie ai processi di liberalizzazione di taluni settori, un tempo caratterizzati da regimi di privativa, in cui si è avvertita l'esigenza di restringere la libertà di iniziativa economica dell'impresa titolare, in esclusiva, di infrastrutture indispensabili per accedere a determinati mercati.

La trasposizione della teorica nell'ordinamento interno offre una lente più chiara per comprendere i rapporti tra libertà di contrarre e diritto della concorrenza che, *“se interpretato come posizione giuridica tutelata ad ogni impresa, tende a sovrapporsi alla libertà di iniziativa economica, mentre se ricostruito in chiave di interesse sociale alla presenza di mercati concorrenziali, può ben rappresentare una limitazione all'attività economica privata giustificata da prevalenti interessi di carattere generale”*²⁸⁸.

Nel sistema attuale, in cui si assiste ad una svalutazione dei limiti alla libertà d'impresa fissati dalla carta costituzionale (art. 41, commi 2 e 3, Cost), la legge antitrust nazionale diventa strumento di tutela del diritto di iniziativa economica privata²⁸⁹.

Nel diritto interno l'*essential facility doctrine* ha incontrato il favore dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in una serie di

²⁸⁸ VASQUES 1998, 431.

²⁸⁹ NIRO 1994, 12; in senso contrario, MELI 1997, 243.

decisioni in materia di telecomunicazioni, trasporti e stoccaggio di carburanti, nelle quali si è ritenuto abusivo, in presenza di determinate condizioni, il rifiuto da parte di chi controlla o gestisce un'infrastruttura essenziale di consentire l'accesso alla stessa alle imprese che lo richiedano per lo svolgimento di una determinata attività economica²⁹⁰.

Nella materia oggetto di disamina l'*Authority* è chiamato a verificare la sussistenza dei presupposti che presiedono all'applicazione della dottrina statunitense, quali l'essenzialità della risorsa, l'assenza di ragioni oggettive atte a giustificare il diniego o, nei casi di accesso, l'equità delle condizioni imposte, il danno per i consumatori.

A fronte di contegni ostruzionistici può, secondo la previsione contenuta nell'art. 15 della legge n. 287/1990, ordinare all'impresa, che ha opposto il rifiuto, la cessazione del comportamento vietato; non può di contro definire unilateralmente le condizioni per l'accesso del terzo all'infrastruttura essenziale.

Il dibattito sorto in passato, circa la possibilità di riconoscere poteri cautelari in capo all'autorità indipendente²⁹¹, è oggi superato dalla previsione

²⁹⁰ Cfr., *ex plurimis*, AGCM, 10 gennaio 1995, *Telesystem/Sip*, in *Boll.* 1-2/1995; AGCM, 2 marzo 1995, *De Montis Catering Roma / Aeroporti di Roma*, in *Boll.* 9/1995; AGCM, 27 aprile 1995, *Sign/Sip*, in *Boll.* 17/1995; AGCM, 6 giugno 1996, *Fina Italiana/Compagnia Italtroli*, in *Boll.* 23/1996.

²⁹¹ In senso negativo, BRUTI LIBERATI 1998, 458, nonché FATTORI 1997, 888, il quale chiarisce che “*un potere cautelare era attribuito all'AGCM con esclusivo riferimento al fenomeno delle concentrazioni,né in assenza di un'espressa previsione appare*

dell'art.14 *bis* della legge del 1990, inserito dalla novella del 2006²⁹², a norma del quale “*nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza l’Autorità può d’ufficio, ove constati ad un sommario esame la sussistenza di un’infrazione, deliberare l’adozione di misure cautelari*”.

Le prime decisioni dell’Autorità Garante in tema di infrastrutture essenziali hanno riguardato situazioni nelle quali determinate risorse erano assegnate ad un’impresa in monopolio legale: l’*EFD* era invocata a fronte di contegni del monopolista rivolti ad estenderne la posizione di forza in mercati distinti, contigui rispetto a quello dominato, con pregiudizio per la concorrenza.

Nella vicenda *Telesystem* l’Autorità riteneva che il comportamento di *Telecom*, la quale non concedeva alla *Telesystem* le linee indispensabili per lo svolgimento dell’attività di fornitura di servizi di telefonia vocale a determinati gruppi di utenti, costituisse un abuso di posizione dominante sottoforma di “*rifiuto senza giustificato motivo di un’infrastruttura essenziale volto a riservare a sé un’attività su un mercato distinto ma contiguo a quello riservato*”²⁹³.

agevolmente ricavabile dal sistema delle norme, trattandosi di un potere suscettibile di incidere in modo penetrante sui diritti dei terzi e considerato che l’Autorità rimane comunque governata dal principio di tipicità dei poteri”.

²⁹² V. art. 14, comma 1, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modifiche, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

²⁹³ AGCM, *Telesystem/Sip*, *cit.*, punti 7 e 10.

Nella vicenda *De Montis*, nel settore dei servizi aerei, la società *Aeroporti di Roma* era sanzionata per abuso di posizione dominante nei confronti della *De Montis*, per averle rifiutato l'accesso alle infrastrutture aeroportuali necessarie all'espletamento della sua attività di catering, “riservandosi senza necessità obiettive, un'attività ausiliaria che costituiva un mercato contiguo, ma distinto rispetto a quello riservato in esclusiva”²⁹⁴. L'Autorità rilevava che la *Aeroporti di Roma*, monopolista legale nella gestione di determinate infrastrutture aeroportuali, potendo stabilire le condizioni di accesso alla predette risorse, deteneva una posizione di vantaggio rispetto ai concorrenti anche nell'offerta di servizi di *catering* alle compagnie che facevano scalo presso gli aeroporti di Roma.

Nel caso *Sign* la *Stet* e la *Telecom*, esclusiviste nella detenzione dei dati di tutti gli abbonati al servizio telefonico di base, negavano l'accesso ai dati medesimi ad imprenditori interessati ad entrare nei mercati a valle. La *Sign*, in particolare, desiderosa di realizzare un nuovo apparecchio telefonico che incorporasse i dati degli abbonati, si vedeva rifiutare dalla *Stet* le relative informazioni. L'Autorità Garante ravvisava nel diniego di accesso alla risorsa essenziale un abuso di posizione dominante rifacendosi al precedente *Magill*²⁹⁵.

²⁹⁴ AGCM, *De Montis Catering Roma/Aeroporti di Roma*, punti 30 ss.

²⁹⁵ Il riferimento non è casuale posto che anche il caso *Magill* riguardava un diniego di informazioni indispensabili per la pubblicazione di guide televisive settimanali, progettata dalla ricorrente.

Nel settore dello stoccaggio di carburante (caso *Fina/Italpetroli*) l'*Authority* individuava una risorsa essenziale nell'oleodotto realizzato dalla *Italpetroli*, che collegava il deposito di prodotti petroliferi dell'impresa con una banchina del porto di Civitavecchia. Avendo la Capitaneria di Porto imposto, in coincidenza dell'entrata in funzione del predetto oleodotto, l'utilizzo dello stesso per il rifornimento delle navi nel porto (cosiddetto *bunkeraggio*²⁹⁶), la *Fina*, società attiva nella produzione e commercializzazione di prodotti petroliferi, era stata costretta ad avvalersi della predetta struttura per la fornitura di prodotti *bunker* alle navi ormeggiate. Poiché il diniego all'accesso opposto dalla *Italpetroli* impediva a *Fina* di rifornire le navi nel porto, l'Autorità sanzionava tale rifiuto, in quanto escludeva l'impresa concorrente dal mercato della commercializzazione dei prodotti *bunker*, pregiudicando gli utenti finali, costretti a rifornirsi presso l'impresa concessionaria dell'oleodotto a prezzi discriminatori rispetto a quelli di altre compagnie petrolifere.

Se nelle decisioni più datate l'approccio all'*essential facility doctrine* appare ancora prudente, in quelle successive il riferimento alla teoria diviene più esplicito, trovando affermazione anche in casi in cui il controllo dell'*asset* esula da situazioni di monopolio legale.

²⁹⁶ Il termine individua il rifornimento, in ambito portuale, di carburanti o di combustibili ad unità navali all'ormeggio in porto o alla fonda nella rada.

Nella vicenda *SNAM*²⁹⁷ l’Autorità interveniva a sanzionare condotte in cui l’accesso non era negato, ma subordinato a condizioni inique o discriminatorie.

La *SNAM*, società leader in Italia nel trasporto e nel dispacciamento di gas naturale, rifiutava ai produttori privati il servizio di vettoriamento di gas naturale per usi differenti rispetto a quelli previsti dalla normativa di riferimento²⁹⁸.

L’Autorità, ravvisate nella rete di gasdotti gestita dalla *SNAM* le caratteristiche di un’infrastruttura essenziale il cui accesso era “*indispensabile alle imprese private di gas per poter competere con SNAM nel mercato a valle della distribuzione primaria di gas naturale*”²⁹⁹, enucleava in capo alla società un obbligo di contrarre con i concorrenti attuali e potenziali che ne avessero fatto richiesta, sanzionando il rifiuto di accesso opposto, poiché determinava “*una limitazione ed un impedimento alla produzione, agli sbocchi o accessi al mercato ed allo sviluppo tecnico e al progresso tecnologico*”³⁰⁰.

Nella predetta decisione si registra un espresso riferimento alla dottrina di matrice nordamericana, tramite l’esplicito richiamo ai requisiti enucleati nelle sentenze *MCI Communications Corp. v. AT&T* e *Oscar Bronner*.

²⁹⁷ AGCM, *Snam/Tariffe di vettoriamento*, in *Boll.* 8/1999.

²⁹⁸ Cfr. art. 12 della legge 12 gennaio 1991, n. 91.

²⁹⁹ AGCM, *Snam/Tariffe di vettoriamento*, *cit.*, 141.

³⁰⁰ AGCM, *Snam/Tariffe di vettoriamento*, *cit.*, 152.

Chiamata a sindacare le valutazioni tecniche dell'*Authority* in sede giurisdizionale, anche la giurisprudenza amministrativa si è confrontata con la dottrina delle *essential facility*.

In una recente pronuncia nell'avallare il provvedimento di archiviazione dell'Autorità Garante sulla denuncia di un'associazione culturale che lamentava il mancato accesso ad una struttura nel cilento destinata ad ospitare spettacoli teatrali, il Consiglio di Stato ne ha richiamato i postulati³⁰¹, precisando che il parametro dell'*induplicabilità* dell'*asset* deve riferirsi non già alle “*capacità economiche e alla posizione di mercato della singola impresa concorrente*”, bensì a “*quelle dell'operatore medio del settore*”³⁰².

La necessità di concedere l'accesso ad una *facility* ha trovato interessanti rivolti applicativi anche nelle decisioni dell'Autorità nel settore delle invenzioni industriali, che hanno sanzionato condotte di rifiuto di fornitura di

³⁰¹ Cfr. C.d.S., 6 maggio 2014, n. 42228 (“... *la essential facility doctrine postula l'obbligo per il proprietario di una risorsa di rilievo economico, di concederne l'utilizzo a certe condizioni a terzi, qualora sussistano taluni requisiti. Innanzitutto, la risorsa in questione deve avere carattere di unicità ed essenzialità ossia deve essere indispensabile per lo svolgimento dell'attività da parte del soggetto richiedente. In secondo luogo, la sua risorsa deve essere insostituibile e la sua duplicabilità deve risultare impossibile non solo per l'impresa che richiede l'accesso ma per qualsiasi impresa o soggetto richiedente. Infine, non devono sussistere obiettive ragioni che giustifichino il rifiuto opposto dal soggetto titolare della risorsa*”).

³⁰² Ancora una volta il richiamo giurisprudenziale attinge la nota sentenza *Oscar Bronner*.

parti di ricambio originali rivolte esclusivamente ad escludere i concorrenti su un mercato a valle³⁰³.

Il 17 dicembre 1998 l’Autorità Garante sanzionava il comportamento di *Fiat Ferroviaria*, produttore di locomotive ferroviarie, che aveva rifiutato di fornire pezzi di ricambio originali ad imprese di riparazione indipendenti, impedendo loro la partecipazione ad una gara indetta dalle *Ferrovie Appulo-Lucane* per la revisione di motori diesel per automotrici ferroviarie. Il rifiuto di fornitura opposto da *Fiat Ferroviaria*, soggetto in posizione dominante nella produzione di automotrici ferroviarie a trazione diesel, dei motori per automotrici e dei relativi componenti, produceva l’effetto di scoraggiare l’ingresso di nuovi concorrenti sul mercato secondario della revisione e riparazione di motori diesel per applicazioni ferroviarie, in cui operavano già diverse imprese specializzate, tra cui la denunciante *Goriziane s.p.a.*: tale contegno danneggiava non solo i concorrenti, ma anche gli enti ferroviari “privati della possibilità di scelta tra offerte alternative”³⁰⁴.

L’anno dopo l’*Authority* avviava un’istruttoria nei confronti delle imprese *Otis*, *Kone* e *Schindler*, accusate di aver rifiutato la fornitura di pezzi di ricambio originali degli ascensori prodotti alle imprese di manutenzione indipendenti³⁰⁵.

³⁰³ AGCM, 17 dicembre 1998, *Goriziane/Fiat Ferroviaria*, in *Boll.* 51/1998; AGCM, 11 maggio 2000, *Otis - Kone Italia - Schindler*, in *Boll.* 2000, 19.

³⁰⁴ AGCM, *Goriziane/Fiat Ferroviaria*, *cit.*, punti 78-80.

³⁰⁵ AGCM, *Otis – Kone Italia - Schindler*, *cit.*

All'esito del procedimento istruttorio l'Autorità sanzionava i rifiuti di fornitura, in quanto privi di giustificazioni obiettive e finalizzati unicamente ad assicurare alle imprese denunciate la manutenzione dei propri ascensori.

Otis, Kone e Schindler avevano abusato, ciascuna, della posizione dominante nel mercato dei propri pezzi di ricambio originali tramite la messa in atto di una serie di comportamenti miranti a salvaguardare ed accrescere la loro posizione nel mercato dei servizi di manutenzione, che rendeva particolarmente oneroso l'accesso a tale mercato da parte di imprese indipendenti.

A conferma del carattere trasversale del fenomeno del rifiuto a contrarre, rispetto ad altre pratiche abusive, l'organismo indipendente reputava sintomatici della politica anticoncorrenziale seguita dalle predette imprese una pluralità di contegni, tra cui la previsione di *“patti di non concorrenza sul mercato della manutenzione all'interno dei contratti di prestazioni di servizi stipulati con gli installatori”*, di *“divieti di rivendita di componenti originali imposti ai concessionari”*, di *“clausole contrattuali uniformi”*, che stabilivano la decadenza dalla garanzia qualora la manutenzione non fosse stata affidata al produttore dell'impianto: tali pattuizioni finivano per limitare l'accesso al mercato della manutenzione per imprese diverse da quella che aveva concluso il contratto di fornitura dell'intero impianto³⁰⁶.

³⁰⁶ AGCM, *Otis-KoneItalia-Schindler*, punto 112.

Nello scenario che emerge dalle decisioni passate in rassegna l'*EFD* rende il titolare della risorsa essenziale una sorta di garante della concorrenza nel mercato di cui controlla l'accesso.

Occorre tuttavia essere cauti in questa direzione: se è vero che alla base della dottrina vi è un'esigenza di assicurare l'accesso a risorse che sono necessarie per l'ingresso in un determinato mercato, è anche vero che finalità di breve periodo possono portare ad inappropriate applicazioni dell'istituto.

D'altronde, *“la decisione di non offrire sul mercato una risorsa facente parte degli elementi organizzativi dell'impresa è espressione del legittimo interesse del titolare, il quale pure si trovi in posizione dominante, di realizzare le utilità che quella risorsa gli consente di trarre, organizzando secondo proprie scelte la sua attività economica”*³⁰⁷. Qualora la posizione di superiorità dell'impresa che controlla la *facility* essenziale sia espressione di meriti imprenditoriale, l'imposizione della condivisione finisce per produrre effetti disincentivanti rispetto allo sviluppo ed all'innovazione, comportando *“gravi inefficienze e perdite di benessere nel lungo periodo”*, che non sfuggono alla stessa Autorità Garante³⁰⁸.

³⁰⁷ GUGLIELMETTI 1996, 416.

³⁰⁸ Nel valutare gli effetti di lungo periodo della dottrina delle infrastrutture essenziali, l'Autorità osserva: *“Although there are cases in which a refusal to deal by a bottleneck monopolist may be an anticompetitive practice harming consumers, any proposal to mandate access to an essential facility should be weighed against the implied distortions to the firm's incentives to invest and innovate. A basic element of these incentives in a well-functioning market economy is the full disposal of one's assets at each point in time,*

Uno dei profili più delicati nella trattazione del fenomeno concerne la dimostrazione che il rifiuto a contrarre possa comprimere la concorrenza nel mercato a valle.

In dottrina sembra prevalere un'impostazione rivolta ad escludere che chi dispone di una infrastruttura essenziale abbia anche, per ciò solo, una posizione di forza sul mercato secondario³⁰⁹.

Il criterio più utile per evitare risultati fuorvianti induce a privilegiare, su meccanismi di tipo presuntivo, una considerazione specifica delle conseguenze che potrebbero scaturire dai contegni di diniego sui mercati a valle.

In questi casi dirimente sarà la prova da parte dell'autorità antitrust che il diniego dell'imprenditore titolare della risorsa essenziale possa ledere la concorrenza sul mercato secondario; in mancanza di una tale dimostrazione il rifiuto di accesso non potrà essere ritenuto illecito.

Se le corti americane sono chiamate a rivedere il proprio atteggiamento di scetticismo nei confronti della teoria delle infrastrutture essenziali, in Italia di contro sarebbe opportuno introdurre una disciplina atta a regolamentarla e a

including the right to deal with whom one pleases. Consistent departures from this institutional context, such as those resulting from imposing a systematic obligation to deal on owners of essential facilities, may lead to³⁰⁸ serious inefficiencies and welfare losses in the long-run, even though mandating access may have been motivated by the wish to enhance competition and benefit consumers in the short run" (Rapporto dell'AGCM in OECD, *The Essential Facility Concept*, 1996, 59)

³⁰⁹ BERTI- BIANCARDI 1996,440; BLUMENTHAL 1990, 855.

fissarne contenuto e limiti di applicazione. In difetto di una normativa *ad hoc* v'è il rischio che essa si trasformi in una *convenient facilities doctrine*³¹⁰.

3.4. La dottrina delle risorse essenziali negli altri Stati membri dell'Unione Europea e nel resto del mondo: esperienze a confronto

Un approccio in chiave comparatistica alla tematica impone in conclusione di volgere lo sguardo alla legislazione di quegli Stati, anche in ambito extraeuropeo, dotati di una normativa antitrust, in cui l'*essential facility doctrine* sia stata invocata *to impose liability for denial of access*.

Pur essendo gli Stati Uniti il modello di riferimento più significativo nello sviluppo del diritto della concorrenza, i diversi sistemi nazionali europei che da esso hanno attinto ne hanno perfezionato le tecniche di intervento³¹¹.

In Germania e in Irlanda vi è un'apposita disciplina per il rifiuto a contrarre, come pratica anticoncorrenziale, rivolta a reprimere il diniego, da parte di un'impresa leader nella fornitura o produzione di certi tipi di beni o servizi commerciali, di accesso alle proprie reti o infrastrutture, con conseguente pregiudizio per gli aspiranti concorrenti³¹².

³¹⁰ Cfr. RIDYARD 2004, 670, secondo cui "*an asset without access to which it would be jolly inconvenient for rivals because they would need to offer customers a better product in order to overcome the advantages of the incumbent*".

³¹¹ WALLER 1994, 557.

³¹² Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) 1958 e succ. mod., § 19 (Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen); Irish Competition Act 2002, § 5, <http://www.irishstatutebook.ie/2002/en/act/pub/0014/sec0005.html#partii-sec5>.

Fuori dal contesto di *networks* e infrastrutture si è assistito all'estensione della disciplina in tema di infrastrutture essenziali ai diritti di proprietà intellettuale/industriale, che includono una vasta gamma di fattispecie quali i diritti sulle invenzioni, disegni, modelli, marchi e segni distintivi, nonché i diritti su beni immateriali, come informazioni aziendali riservate, produzioni cinematografiche e così via.

L'espressione "*essential facility*" finisce pertanto per essere riferita, oltre che ad infrastrutture in senso tecnico, quali strade, porti, aeroporti, in cui il carattere di indispensabilità dell'accesso appare in *re ipsa*, anche a risorse di natura diversa, per le quali il concetto richiamato potrebbe sembrare inappropriato³¹³.

In alcuni contesti nazionali la dottrina sulle infrastrutture essenziali non sempre è stata utilizzata in maniera coerente.

L'Autorità Garante della Concorrenza ceca in più occasioni si è rifatta ai paradigmi della dottrina in esame, talvolta accettando e talaltra rifiutando la dottrina medesima come base per l'insorgenza della responsabilità dell'*incumbent*.

In materia di trasporti, in un caso di rifiuto all'utilizzo dell'unica stazione di autobus regionale, l'*Authority* ha escluso la configurabilità di un abuso di dominanza, residuando comunque per le linee di autobus concorrenti la

³¹³ *Competition Auth. v. O'Regan*, [2004] I.E.H.C. 330 (H.Ct.) (Ir.), in WALLER, TASCH 2010, 750.

possibilità di sfruttare postazioni vicine. In altra vicenda sovrapponibile, al contrario, l'organismo garante ha ritenuto che la negazione di accesso ad una stazione regionale costituisse un abuso di posizione dominante³¹⁴.

La teoria ha avuto fortuna anche in ordinamenti con tradizioni molto lontane rispetto ai moderni sistemi occidentali.

Interessante, in proposito, si rivela l'esperienza australiana.

Nel 1996, nonostante l'iniziale chiusura delle corti nei confronti dell'*essential facilities doctrine* sulla base dei vigenti statuti in tema di concorrenza, le autorità australiane hanno forgiato un unico schema regolatore: the *National Access Regime (NAR)*.

Il *NAR* concede ampia discrezione alle agenzie federali per costringere i titolari di una infrastruttura essenziale a trattare con i concorrenti in condizioni di chiarezza e di non discriminazione.

L'assemblea legislativa australiana ha inoltre creato un insieme di specifici regimi industriali, che operano similmente al *NAR*.

Stupisce, ma al tempo appare di buon auspicio, la circostanza che, in una realtà diametralmente opposta rispetto alla nostra, si sia sentita la necessità di introdurre una disciplina *ad hoc* per fronteggiare quella che ormai non sembra più un'utopia, ma un istituto di diritto vivente.

³¹⁴ WALLER, TASCH 2010, 750-751.

In Nuova Zelanda l'unilaterale rifiuto di contrarre trova regolamentazione nella sezione 36 del *Commerce Act*, emendato nel 2001 per armonizzare il diritto della concorrenza neozelandese con quello australiano.

La sezione 36 segue infatti il linguaggio della sua omologa disposizione australiana (la sezione 46 del *Trade Practices Act*).

Le violazioni sono determinate con lo stesso criterio di analisi impiegato dalle corti australiane nella creazione del *Trade Practices Act*.

Sono integrati gli estremi dell'illecito se il presunto trasgressore vanta una posizione di forza in un mercato rilevante, grazie alla quale ha posto in essere un comportamento anticoncorrenziale³¹⁵.

Come osservato in dottrina, “*in practice, New Zealand courts have taken a “cautious,” “hesitant” approach to the essential facilities doctrine commonly finding a right of access under Section 36, but simultaneously allowing owners of key infrastructure leeway to set prices which include monopoly profits*”³¹⁶.

Degna di nota è anche la normativa sudafricana, che adotta un duplice approccio per i fenomeni di rifiuto unilaterale da parte di imprese dominanti.

³¹⁵ Il *Commerce Act* del 1986 stabilisce alla sezione 36: “*A corporation that has a substantial degree of power in a market shall not take advantage of that power for the purpose of (a) Eliminating or substantially damaging a competitor of the corporation or of a body corporate that is related to the corporation in that or any other market; (b) Preventing the entry of a person into that or any other market; or (c) Deterring or preventing a person from engaging in competitive conduct in that or any other market*”.

³¹⁶ WALLER, TASCH 2010, 754.

Il primo, fondato sulla sezione 8 lett. b) della legge sulla concorrenza del Sud Africa, vieta alle imprese dominanti il diniego di accesso ai concorrenti quando sia economicamente fattibile (*"It is prohibited for a dominant firm to ... refuse to give a competitor access to an essential facility when it is economically feasible to do so"*). Si tratta di una *per se rule*: una volta che l'attore ha fornito la dimostrazione del contegno abusivo, al convenuto non è consentito addurre giustificazioni in senso contrario attinenti al conseguimento di benefici concorrenziali o sociali³¹⁷.

Diversamente, nella sezione 8 lett. d), punto ii), si sanziona il rifiuto di un'impresa dominante limitatamente ai cosiddetti "*scarce goods*"³¹⁸, quando la fornitura di tali prodotti sia economicamente fattibile (*"It is prohibited for a dominant firm to ... refusing to supply scarce goods to a competitor when supplying those goods is economically feasible"*), salvo che l'impresa interessata provi l'esistenza di vantaggi in termini tecnologici o di efficienza alla concorrenza che superano gli effetti anticoncorrenziali del suo atto.

³¹⁷ Cfr. Il *leading case* *Glaxo Wellcome (Pty) Ltd. v National Association Pharmaceutical Wholesalers*, [2002] ZACAC 3, 29 (Comp. App. Ct.) (S. Mr.), in WALLER, TASCH 2010, 755, in cui si sono enucleati cinque elementi di cui il ricorrente deve fornire la prova per l'operatività di un "*per se*": l'impresa dominante si rifiuta di dare al denunciante l'accesso ad un'infrastruttura o risorsa; il denunciante e l'impresa dominante sono concorrenti; l'infrastruttura o la risorsa in questione non possono ragionevolmente essere duplicate; il denunciante non può ragionevolmente fornire beni o servizi ai suoi concorrenti senza l'accesso alle infrastruttura o risorsa contestata; è economicamente fattibile per l'impresa dominante fornire l'accesso all'infrastruttura o risorsa.

³¹⁸ Letteralmente "*beni scarsi*", ossia risorse con disponibilità limitata, rispetto alle quali è elevata la domanda.

Capitolo Quarto

***Essential facilities* e processi di liberalizzazione:**

l'esperienza casistica nel trasporto aereo

Il diritto di accesso alle infrastrutture essenziali ha trovato interessanti applicazioni a livello europeo e nel diritto interno nel settore del trasporto aereo, attinto da fenomeni di liberalizzazione.

Il Trattato CE del 1957 all'art. 3 lett. *f*) prevedeva, al fine di adempiere alle finalità fondamentali sottese alla creazione della Comunità, l'attuazione di una politica comune dei trasporti.

Il perseguimento di tale obiettivo era tuttavia condizionato dalla volontà delle singole autorità nazionali, cui competeva la fissazione delle tariffe e la ripartizione del mercato attraverso quote di traffico predefinite o riservando i relativi diritti a determinati soggetti.

Si registrava la tendenza da parte degli Stati a favorire i propri vettori a scapito di una libera concorrenza: l'apertura dei mercati a imprese straniere era di solito subordinata alla conclusione di apposite convenzioni.

Il mercato dei trasporti europei è stato a lungo estremamente frammentato, sebbene l'esigenza della creazione di un mercato comune apparisse imprescindibile, anche per garantire l'efficienza di settori produttivi collegati.

Il trasporto marittimo e aereo, attualmente regolati dagli artt. da 90 a 100 del TFUE, fruivano inizialmente di un regime speciale estraneo alla disciplina del Trattato.

Fu la Corte di giustizia ad aprire la strada verso l'attuazione di una politica comunitaria dei trasporti.

Con la sentenza *Marinai Francesi* la Corte riconobbe l'applicazione dei principi del Trattato ai trasporti marittimi e aerei³¹⁹.

La controversia traeva origine da un ricorso proposto dalla Commissione, rivolto ad accertare che la Repubblica francese, applicando anche ai cittadini degli altri Stati membri l'art. 3 comma 2 della L. 13 dicembre 1926 n. 2 relativa ai rapporti di lavoro dei marittimi (la norma prevedeva che l'equipaggio di una nave, nella proporzione stabilita da apposito decreto del Ministero della Marina Mercantile, dovesse essere costituito da cittadini francesi), fosse venuta meno agli obblighi di cui al regolamento del Consiglio del 15 ottobre 1968 n. 1612, in tema di libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità.

³¹⁹ Corte giust., 4 aprile 1974, C-167/73, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Francese*, in *Racc.*, 1974, 359; cfr, in particolare, punto 32 (“*Benché in forza dell’art. 84.2, i trasporti marittimi e aerei siano, fintantoché il Consiglio non avrà deciso altrimenti, sottratti ai canoni del Titolo IV della seconda parte del Trattato, relativa alla politica comune dei trasporti, essi restano, alla stessa guisa degli altri mezzi di trasporto, soggetti ai principi generali del Trattato*”).

La Repubblica francese, di contro, sosteneva che le disposizioni comunitarie richiamate non trovassero applicazione nel settore dei trasporti, finché il Consiglio non si fosse pronunciato in tal senso.

La Corte di giustizia accoglieva il ricorso depositato dall'esecutivo comunitario, rilevando che l'art. 48 comma 2 del Trattato CEE aboliva “*qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità, a prescindere dalla sua natura e dalla sua gravità, tra lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro*”³²⁰.

Ad identico approdo perveniva la Corte di giustizia negli anni ottanta con la sentenza *Nouvelles Frontières*³²¹, affermando l'applicabilità ai trasporti aerei e marittimi delle regole comunitarie sulla concorrenza.

La decisione scaturiva da un rinvio pregiudiziale del *Tribunal de Police* di Parigi, che aveva sollevato innanzi alla Corte il problema della compatibilità con il diritto comunitario (artt. da 81 a 86 del Trattato CE), di una procedura obbligatoria di omologazione delle tariffe aeree, prevista dal codice dell'aviazione civile francese, che una compagnia di viaggi aveva reputato in contrasto con le disposizioni sulla concorrenza del Trattato CE.

La Corte statuiva che, pur in mancanza di un'esplicita previsione, le regole concorrenziali suddette dovessero essere applicate anche al settore del

³²⁰ Corte giust., 4 aprile 1974, C-167/73, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Francese*, cit., punto 44.

³²¹ Corte giust., 30 aprile 1986, da C-209/84 a C-213/84, *Nouvelles Frontières*, in *Racc.*, 1425.

trasporto aereo, conferendo alla Commissione il potere di vigilare e di vietare le relative condotte.

Sul finire degli anni ottanta era l'esecutivo comunitario a dare un forte impulso ai processi di liberalizzazione sul mercato del trasporto aereo.

Nella vicenda *London European /Sabena*³²² la Commissione sanzionava il diniego opposto da *Sabena* alla società *London European*, che aveva richiesto l'ammissione al sistema informatico di prenotazione *Saphir* gestito dalla prima.

La *Sabena* si occupava all'epoca non solo della prenotazione informatica, ma anche dei servizi di trasporto aereo e di altre attività connesse, quali quella di assistenza a terra.

Secondo la *London European* l'impresa leader si era avvalsa del proprio potere sul mercato dei sistemi di prenotazione per imporre tariffe eccessive e prestazioni estranee a quelle effettivamente richieste dalla clientela.

La Commissione, pur condividendo le ragioni della denunciante, considerava la condotta di rifiuto una mera espressione di altri comportamenti illeciti, quali l'imposizione di *prezzi eccessivi e clausole leganti*.

All'inizio degli anni novanta, nel caso *British Midland/Aer Lingus*³²³, era attenzionato un accordo di *interlining*³²⁴ intercorso tra le parti in causa per la reciproca distribuzione dei propri servizi.

³²² Comm., 4 novembre 1988, *London European/Sabena*, cit.

³²³ Comm., 26 febbraio 1992, *British Midland/Aer Lingus*, cit.

La *Aer Lingus*, temendo di perdere la propria supremazia, di fronte alla sempre più spietata concorrenza di *British Midland*, aveva sospeso l'efficacia dell'accordo suddetto.

La Commissione, ritenendo che tanto il diniego di nuovi *interlining*, quanto la revoca di quelli precedenti, potessero incidere negativamente sul regime concorrenziale, ravvisava l'esistenza di un obbligo di garantire il servizio.

Rispetto alla vicenda *London European/Sabena* la posizione di forza dell'impresa leader non era riscontrata in un mercato diverso da quello in cui era posta in essere la condotta illecita, essendo l'*interlininig* un mero accordo e non una risorsa a parte detenuta in monopolio.

Sul finire degli anni novanta l'attenzione della Commissione si soffermava sulla *FAG Flughafen Frankfurt/Main AG*³²⁵, società proprietaria e gestrice dell'aeroporto di Francoforte: la *FAG*, responsabile della fornitura di infrastrutture aeroportuali per l'atterraggio e il decollo nell'aeroporto, nonché dell'attività di assistenza a terra, era accusata di avere negato l'accesso al piazzale agli altri operatori e il diritto di autoassistenza agli utenti.

³²⁴ L'*interlining* "consiste essenzialmente in un accordo ... a norma del quale le compagnie aeree sono autorizzate a vendere i servizi delle altre compagnie. Può quindi essere rilasciato un unico biglietto comprendente percorsi parziali da effettuarsi con compagnie diverse. ... Le compagnie accettano inoltre di cambiare i biglietti a richiesta del passeggero" (Comm., 26 febbraio 1992, *British Midland/Aer Lingus*, cit., punti 3 e 4).

³²⁵ Comm., 14 gennaio 1998, *FAG Flughafen Frankfurt/Main AG*, in *G.U.C.E.* 11 marzo 1998, L72, 30.

Per giustificare il proprio comportamento la società aveva addotto una serie di ragioni, quali la mancanza sulla rampa di uno spazio sufficiente per parcheggiare le attrezzature di assistenza di più di un operatore, il rischio - nei casi di autoassistenza - di chiusura delle piazzole e di riduzione della capacità degli aeroporti, nonché di crescita della densità del traffico a discapito dei livelli di sicurezza.

Tutte le giustificazioni allegate dall'impresa erano disattese dall'esecutivo comunitario, che riteneva non vi fosse alcun limite di capacità nelle aree di parcheggio per le attrezzature di altri operatori, attribuendo alla *FAG*, titolare della gestione aeroportuale, la responsabilità per la mancata adozione delle misure necessarie a fronteggiare i vincoli connessi alla ridotta estensione dell'aeroporto.

Alla base del ragionamento seguito dalla Commissione vi era la distinzione tra due differenti mercati: quello “*della fornitura delle infrastrutture aeroportuali che consentono l'atterraggio e il decollo degli aerei, fornite dagli operatori aeroportuali dietro pagamento di diritti*” e quello “*della prestazione di servizi di assistenza sulla rampa nell'aeroporto di Francoforte*”³²⁶. Il primo mercato, coincidente geograficamente con l'aeroporto di Francoforte, rappresentava l'infrastruttura essenziale oggetto del contendere.

³²⁶ Comm., 14 gennaio 1998, *FAG - Flughafen Frankfurt/Main AG*, cit., punti 55-68.

L'esecutivo comunitario, ritenendo sussistenti gli estremi dell'abuso di posizione dominante nel comportamento della *FAG*, imponeva alla stessa di presentare, entro tre mesi dalla decisione, un piano di riorganizzazione dei servizi di assistenza alla rampa, al fine di aprire il mercato a nuovi prestatori indipendenti.

Le ripercussioni delle condotte anticoncorrenziali nel settore del trasporto aereo sono state oggetto di analisi anche nel diritto interno, da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Nella già citata vicenda *De Montis*³²⁷, la Aeroporti di Roma, monopolista legale nella gestione di determinate infrastrutture aeroportuali, potendo stabilire le condizioni di accesso alla predette risorse, deteneva una posizione di vantaggio rispetto ai concorrenti anche nell'offerta di servizi di *catering* alle compagnie che facevano scalo presso gli aeroporti della capitale.

Essendosi avvalsa della posizione egemone sul mercato riservatole in esclusiva per estendere abusivamente la propria presenza sul mercato contiguo dell'attività ausiliaria, la società aeroportuale era condannata per abuso di posizione dominante nei confronti della *De Montis*, cui aveva rifiutato l'accesso alle infrastrutture aeroportuali necessarie all'espletamento dell'attività di *catering*³²⁸.

³²⁷ V., *supra*, pag. 155.

³²⁸ AGCM, 9 marzo 1995, *De Montis Catering Roma/Aeroporti di Roma, cit.*, punti 30 ss.

Le giustificazioni a fondamento del diniego addotte dall'impresa incombente, riguardo al carattere pubblicistico dell'attività di *catering*, alle ridotte dimensioni del relativo mercato nell'aeroporto interessato (tali da non poter permettere l'operatività di più operatori), ai problemi di sicurezza che sarebbero scaturiti dall'accesso alla risorsa contestata, erano ritenute prive di pregio dall'organo di garanzia.

Ad analoghe conclusioni l'Autorità perveniva in tempi successivi all'esito dell'istruttoria avviata per presunti comportamenti abusivi della *SAB (Società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna s.p.a.)*, che gestiva in esclusiva l'aeroporto di Bologna³²⁹.

La *Aviapartner*, esercente servizi di assistenza a terra (*handling*) per i vettori aerei, accusava la *SAB* di aver rifiutato di mettere a disposizione le infrastrutture indispensabili per il relativo servizio, ostacolando il regolare svolgimento dell'attività.

L'Autorità Garante, riconosciuta l'esistenza di una posizione di dominio della *SAB*, nella gestione e messa a disposizione delle infrastrutture aeroportuali dello scalo di Bologna, riteneva i comportamenti ostruzionistici della società medesima una violazione grave dell'art. 3 della legge n. 287/1990, osservando che *“l'esercizio delle attività di assistenza a terra presuppone necessariamente l'utilizzazione delle infrastrutture aeroportuali,*

³²⁹ AGCM, 29 maggio 2003, *Aviapartner/Società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna*, in *Boll.* 22/2003.

che devono essere assegnate dal gestore”. Pertanto, SAB, in quanto gestore delle infrastrutture aeroportuali nello scalo di Bologna, era *“in grado di tenere comportamenti indipendenti dagli altri operatori di handling concorrenti e dagli utenti e di condizionare le dinamiche del mercato dei servizi di handling”*³³⁰.

L'affermazione dei principi concorrenziali nel settore del trasporto aereo ha stimolato non solo la liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra, ma anche un'attenta regolamentazione dei criteri di attribuzione delle bande orarie per la fornitura dei servizi di trasporto³³¹.

Con il Regolamento 95/93/CEE il Consiglio ha inteso armonizzare la disciplina relativa all'assegnazione delle bande orarie, al fine di assicurare una distribuzione delle stesse preordinata ad esigenze di trasparenza e non

³³⁰ AGCM, 29 maggio 2003, *Aviapartner/Società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna, cit.*, punto 150.

³³¹ Cfr. Regolamento CEE n. 95/93 del Consiglio del 18 gennaio 1993, relativo a norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità, in *G.U.C.E.* 22 gennaio 1993, L 14, 1; v., in particolare, art. 2 lett. a (*“banda oraria” (slot) il permesso dato da un coordinatore ai sensi del presente regolamento di utilizzare l'intera gamma di infrastrutture aeroportuali necessarie per operare un servizio aereo in un aeroporto coordinato ad una data e in un orario specifici assegnati da un coordinatore ai sensi del presente regolamento al fine di atterrare o decollare*) e lett. g (*“aeroporto coordinato”, un aeroporto in cui, per atterrare o decollare, è necessario per un vettore aereo o altro operatore di aeromobili aver ottenuto l'assegnazione di una banda oraria da parte di un coordinatore, ad esclusione dei voli di Stato, degli atterraggi di emergenza e dei voli umanitari”*).

discriminazione, in modo da soddisfare le richieste di tutti i vettori interessati³³².

La ragione giustificatrice dell'introduzione di una disciplina *ad hoc* va ricercata nella necessità di far fronte alla situazione di congestionamento in cui versavano i sistemi aeroportuali europei.

La nuova regolamentazione ruota intorno al concetto di *banda oraria* che nella originaria formulazione di cui all'art. 2 lett. a Reg. 95/93 veniva identificata con “ *il tempo programmato d'arrivo o di partenza disponibile o assegnato per un movimento aeronavale in un aeroporto coordinato*”; a seguito della modifica intervenuta nel 2004 per *banda oraria* o *slot* si è inteso “*il permesso dato da un coordinatore di utilizzare l'intera gamma di infrastrutture aeroportuali*”³³³.

La disciplina delle bande orarie ha in tempi recenti interessato l'Autorità Garante della Concorrenza nel noto caso che ha visto contrapposte le compagnie *Alitalia-CAI* e *EasyJet*.

L'istruttoria era stata avviata nei confronti di *Alitalia-CAI*, al fine di accertare *la costituzione di posizioni di monopolio o la costituzione o il rafforzamento di posizioni dominanti*, su alcuni collegamenti di trasporti aerei

³³² FAVELLA 2012, 504.

³³³ Il Regolamento CEE n. 95/93 cit. è stato modificato e dal Regolamento (CE) n. 793/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009, in *G.U.U.E.* 21 aprile 2004, L138, 50, e dal Regolamento (CE) n. 545/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009, in *G.U.U.E.* 29 giugno 2009, L167, 24.

di linea di passeggeri (tra cui la rotta Milano Linate – Roma Fiumicino), come conseguenza di un'operazione di concentrazione realizzata nel 2008.

L'Autorità di vigilanza ha ritenuto che il comportamento della compagnia italiana avesse rafforzato il suo potere di mercato con conseguente pregiudizio per i consumatori sia in termini di prezzo del biglietto che di minor numero di voli disponibili al giorno.

Ha pertanto richiesto la presenza di almeno un altro vettore sulla rotta contestata, in modo da assicurare il ripristino della concorrenza: il vettore è stato individuato nella compagnia *EasyJet*, cui sono stati assegnati sette *slot* detenuti da *Alitalia-CAI* presso l'aeroporto Milano Linate³³⁴.

La vicenda testimonia come le regole che caratterizzano le concentrazioni³³⁵, rivolte a garantire la concorrenzialità dei mercati, tendano a

³³⁴ AGCM, 11 aprile 2012, *CAI/Alitalia*, in *Boll.* 15/2012: il provvedimento ha imposto a *Alitalia-CAI* di cedere a un concorrente quattro coppie di *slot* sulla rotta Linate-Fiumicino. L'impugnazione proposta dal vettore aereo è stata rigettata da T.A.R. Lazio, 18 dicembre 2012, n. 8614, a sua volta confermata da C.d.S., 12 aprile 2013, n. 2002, in *Foro amm. CDS*, 2013, 997. La procedura di assegnazione degli *slot* ha visto prevalere *EasyJet*, individuata dalla AGCM nella riunione del 25 ottobre 2012 sulla scorta della relazione di un *Monitoring Trustee*: ad *EasyJet* sono stati in realtà assegnati sette *slot*, dal momento che uno degli *slot* da cedere era già nella sua disponibilità.

³³⁵ Anteriormente all'adozione del Regolamento (CE) 139/2004, che all'art. 3 ha identificato l'operazione di concentrazione con *una modifica duratura del controllo* dei fattori di produzione, tanto l'art. 3 Regolamento (CE) 4064/1989 che l'art. 5 della L. 287/1990, non davano una definizione dell'istituto, ma si limitavano ad indicare i comportamenti (fusioni, acquisizioni del controllo su un'impresa o su parti di essa, costituzione di un'impresa comune) in cui la concentrazione stessa potesse sfociare.

sovrapporsi alle pratiche con effetto escludente aventi ad oggetto asset essenziali.

Il fenomeno delle concentrazioni è ricorrente nella storia del *refusal to deal*, quale espediente adoperato dall'*incumbent* per porre in essere un'integrazione verticale³³⁶.

E' stato autorevolmente osservato che, *“se il refusal to deal va affrontato sulla base del criterio dell'eliminazione della concorrenza, il trattamento dei casi di rifiuto scaturenti da operazioni di integrazione verticale finisce con il dover essere equiparato a quello riservato ai casi che vengono decisi alla luce della disciplina istituzionalmente deputata alla vigilanza sulle operazioni in grado di eliminare o restringere la concorrenza sui mercati: appunto quella delle concentrazioni”*³³⁷.

Se un raffronto tra la disciplina dell'abuso di posizione dominante e quella delle concentrazioni mostra la sostanziale diversità tra i due istituti - nella prima fattore dirimente è il ruolo ricoperto dall'impresa egemone; nella seconda tale elemento non risulta determinante - in presenza di una

³³⁶ La concentrazione può essere di tipo orizzontale o di tipo verticale: nel primo caso si assiste all'acquisizione del controllo di un'impresa da parte di un'altra appartenente allo stesso mercato rilevante; nel secondo le imprese coinvolte fanno parte della medesima filiera, ma non del medesimo mercato.

³³⁷ MELI 2003, 187.

concentrazione, in cui sia coinvolto un operatore dominante, non possono trascurarsi i probabili effetti di chiusura del mercato che ne derivano³³⁸.

Qualora la concentrazione venga perpetrata da imprese che rivestono una posizione di dominio, vi è stata e vi è ancora la tendenza ad invocare la normativa sugli abusi, in quanto i due ambiti tendono a porsi in un rapporto di genere a specie, in cui l'elemento specializzante è costituito dalla particolare responsabilità posta a carico dell'impresa leader³³⁹.

La disamina sullo stato dell'arte nel settore del trasporto aereo mette in evidenza l'attualità del tema oggetto di riflessione e la difficoltà di comporre ad unità il complesso quadro di riferimento.

Se “da un punto di vista microeconomico, l'aeroporto può essere visto come una essential facility, cioè una infrastruttura indispensabile per la fornitura di un servizio, la cui duplicazione avverrebbe a costi tali da rendere impossibile la fornitura del servizio di trasporto aereo da parte di una società

³³⁸ MELI 2003, 193 (“le sinergie tra imprese monopoliste a monte e loro controllate a valle danno alle prime la possibilità di acquisire un potere escludente la concorrenza potenziale su quei mercati per operare sui quali le risorse delle quali si assume il controllo possono risultare essenziali”).

³³⁹ Si veda la decisione della Commissione sul caso *Continental Can* del 9 dicembre 1971, in *G.U.C.E.* 8 gennaio 1972, L7, 25, con cui l'esecutivo comunitario ha contestato alla *Continental Can company* la violazione dell'art. 86 Tr. CEE per aver acquisito tramite la *Europemballage Corporation* l'80% circa delle azioni e obbligazioni convertibili dell'impresa *Thomassen e Drijfer Verbifla*. La Corte di giustizia, con sentenza del 21 febbraio 1973, in *Racc.*, 1973, 215, ha annullato le decisioni della Commissione in quanto fondate su fatti e valutazioni non adeguatamente dimostrati.

*che vorrebbe entrare sul mercato*³⁴⁰, non può tacersi che l'operatività della dottrina delle *essential facilities* postula il riscontro di requisiti di *essenzialità*, *condivisibilità* e di *non duplicabilità* nel settore oggetto di approfondimento³⁴¹.

Il requisito dell'*essenzialità* è fatto coincidere con l'impossibilità di utilizzare strumenti alternativi rispetto alla risorsa oggetto del rifiuto, nel senso che non deve esistere alcuna *facility* che possa realmente o potenzialmente sostituirsi a quella di cui si valuta l'essenzialità medesima³⁴².

Quanto al profilo della condivisione di un asset tra l'impresa egemone e gli altri operatori richiedenti l'accesso, si suole distinguere una *condivisibilità tecnica*, in cui la "*fruizione del bene da parte di più soggetti non diminuisce la quantità disponibile per ciascuno (assenza di rivalità)*", da una *condivisibilità economica*, in cui "*la fruizione del bene da più soggetti non*

³⁴⁰ CIRÀ, LANZA 2011, 7.

³⁴¹ In dottrina è stata ipotizzata la costruzione di un test per l'individuazione di una risorsa essenziale e l'applicazione dell'*essential facilities doctrine*, nel quale vengono enucleati i requisiti che devono sussistere per l'operatività della dottrina nelle ipotesi di rifiuto a contrarre: la posizione dominante del titolare della infrastruttura; il rifiuto ingiustificato di contrarre; la possibilità di accesso condiviso; l'essenzialità e la non duplicabilità del servizio. Cfr. DURANTE, MOGLIA, NICITA 2000, 257 ss.; per una elaborazione più recente del test cfr. CASTALDO, CERNUTO 2013, 65 ss.

³⁴² Una *facility* non assume carattere essenziale quando "*non risultano ostacoli di natura tecnica, normativa o anche economica capaci di rendere impossibile o straordinariamente difficile*" a qualsiasi altro operatore cercare, da solo o in collaborazione con altri, una *facility* idonea a soddisfare le medesime funzioni dell'infrastruttura di cui trattasi (Corte giust., 26 novembre 1998, C-7/97, *Oscar Bronner*, cit., punti 44-45).

*diminuisce i guadagni attesi dalla fruizione dell'asset stesso (profittabilità)*³⁴³.

Il parametro dell'induplicabilità consiste nella difficoltà di riprodurre l'*asset* a causa di vincoli tecnici o fisici, ovvero degli elevati costi di *start up*, anche in considerazione dei vantaggi competitivi di cui gode l'*incumbent* sul mercato.

L'accertamento dei suddetti requisiti può sfociare sia in una mera verifica, priva di carattere valutativo, che in un vero e proprio bilanciamento degli interessi coinvolti³⁴⁴.

Ora, è innegabile che l'aeroporto, come tutte le infrastrutture di trasporto, rappresenti una risorsa in sé condivisibile, pur incombendo il rischio di congestione in conseguenza dell'utilizzo da parte di nuovi operatori. Limiti all'accesso ai vettori possono conseguire da ragioni oggettive, connesse alla capacità della struttura, ovvero da vincoli normativi.

La ponderazione del requisito della non sostituibilità in relazione all'infrastruttura aeroportuale non può prescindere da un ampliamento del mercato geografico rilevante: i grandi *hub* europei competono sul traffico di lungo raggio, mentre lo sviluppo della compagnie *low cost* ha incrementato la competizione tra gli aeroporti regionali. Non deve trascurarsi, d'altra parte, il fenomeno connesso all'affermarsi di nuove forme di concorrenza tra

³⁴³ DURANTE, MOGLIA, NICITA 2000, 267.

³⁴⁴ BRUTI LIBERATI 1998, 459.

differenti modalità di trasporto: tra aereo e treno, ad esempio, sulle medie percorrenze interessate dall'Alta Velocità.

Il parametro della non duplicabilità, imperniato sul riferimento ai costi delle imprese che gestiscono il servizio o che lo utilizzano, merita una rimediazione alla luce dei risultati delle ricerche di settore: *“si stima che in campo aeroportuale i rendimenti di scala crescenti cedano il passo a rendimenti costanti oltre una soglia di traffico valutata in 3-4 milioni di passeggeri; ne segue che la non duplicabilità (sotto il profilo industriale) viene meno anche per aeroporti di dimensioni medie”*³⁴⁵. Sulla determinazione del grado di duplicabilità incide comunque negativamente la valutazione dei costi sociali e dell'impatto ambientale dell'infrastruttura, tendenzialmente invasiva³⁴⁶.

Seppur coi limiti enunciati, è sostenibile che l'apertura del mercato a nuovi operatori, il proliferare di compagnie *low cost*, il potenziamento dei trasporti e dei collegamenti ferroviari, abbiano reso ormai l'aeroporto un'infrastruttura *intercambiabile*³⁴⁷.

³⁴⁵ ASTRID 2008, 15.

³⁴⁶ L'aeroporto è tradizionalmente considerato un “monopolio naturale” perché, *“da una parte, l'impresa può soddisfare da sola la domanda del mercato al costo più basso e, dall'altra, perché esistono forti barriere all'ingresso, quali vincoli urbanistici, ambientali, ecc.”* (GIOVANDO 2012,13).

³⁴⁷ In tale senso, SEBASTIANI 2009, 5, secondo cui *“lo sviluppo del mercato, l'affermarsi dei vettori low cost, il miglioramento dei collegamenti via terra hanno per effetto l'ampliamento del mercato rilevante dei servizi aerei e, come ricaduta, quello dei servizi aeroportuali”*.

Le considerazioni esposte suggeriscono una rivisitazione della natura di *essential facility*, anche alla luce degli interventi normativi che hanno interessato il settore, introducendo una disciplina dei diritti aeroportuali ispirata a principi di non discriminazione, di aderenza ai costi e di trasparenza³⁴⁸.

³⁴⁸ La Direttiva 2009/12/CE dell'11 marzo 2009 (in GUUE L70 del 14 marzo 2009, 11) ha stabilito all'art. 3 le finalità che gli Stati membri devono proporsi di perseguire, consistenti nel "*non creare discriminazione tra gli utenti dell'aeroporto conformemente al diritto comunitario*". Ai sensi dell'art. 6 della Direttiva, "*gli Stati membri provvedono affinché sia istituita una procedura obbligatoria di consultazione periodica tra il gestore aeroportuale e gli utenti dell'aeroporto o i rappresentanti o le associazioni degli utenti dell'aeroporto in relazione al funzionamento del sistema dei diritti aeroportuali, all'ammontare di questi diritti aeroportuali e, se del caso, alla qualità del servizio fornito*". In caso di disaccordo "*su una decisione inerente i diritti aeroportuali presa dal gestore aeroportuale ciascuna delle due parti può fare ricorso all'Autorità garante*". La direttiva 2009/12 è stata recepita tramite gli artt. da 71 a 82 del decreto legislativo 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, che hanno disposto l'applicazione della nuova normativa a tutti gli aeroporti, senza distinzione in relazione al volume di traffico.

CONCLUSIONI

Le norme in materia di antitrust rappresentano la risposta dei moderni ordinamenti all'uso distorto del potere di mercato, rivolto proprio ad intaccare la libertà dei mercati medesimi (PERA 2009, 36). Consentendo agli operatori più ampia possibilità di scelta, tale libertà conduce ad uno sfruttamento migliore dei loro vantaggi competitivi: i benefici che derivano ai singoli, si estendono all'intera economia, che può utilizzare al meglio le proprie risorse.

La finalità perseguita in questo lavoro di ricerca è stata quella di cogliere e comparare la natura, le ragioni e la disciplina dell'intervento antitrust con specifico riferimento alle condotte escludenti nel settore delle infrastrutture essenziali, vagliate alla luce dei risultati cui è pervenuta la dottrina delle *essential facilities* di matrice nordamericana.

Agli Stati Uniti spetta infatti il primato nella regolamentazione dei fenomeni concorrenziali, avendo elaborato con l'emanazione dello *Sherman Act*, già alla fine dell'ottocento, una normativa complessa, raffinata ed efficiente.

Nel corso dello studio è chiaramente emerso che, quali che siano le modalità operative utilizzate, l'intervento antitrust è rivolto a contenere il potere dell'impresa dominante nel mercato in cui opera e in cui è in grado di

sottrarsi alla concorrenza o, eventualmente, nei mercati vicini in cui cerca di estendersi.

Del resto, *sin dall'inizio l'antitrust appare concepito come uno strumento per combattere il potere economico privato, per impedire ai pochi di decidere del destino dei molti* (AMATO 1998, 7).

Il funzionamento del mercato, tutelato da un'efficiente normativa antitrust, pone esso stesso un limite alla possibilità delle imprese di acquisire potere economico attraverso comportamenti e pratiche restrittive, invece che grazie all'efficienza e alle loro capacità superiori.

In questa prospettiva, la dimensione e la potenza economica non sono fatti in sé negativi, ma consentono, al contrario, l'utilizzo di capacità tecniche, o organizzative, che potrebbero non essere disponibili per imprese di minore dimensione, con beneficio per i consumatori e per l'economia nel suo complesso.

Anche se per grandi linee di ricerca, si è potuto constatare che il “diritto antitrust” garantisce una tutela di carattere generale al bene primario della concorrenza, impedendo che le imprese, singolarmente o congiuntamente, pregiudichino la regolare competizione economica attraverso accordi, concentrazioni, abusi.

Nel presente lavoro si è guardato a tutto questo, ma, soprattutto, si sono illustrati e particolarmente approfonditi i tratti caratteristici delle figure del rifiuto a contrarre e dell'*essential facility doctrine*.

Prendendo le mosse dal sistema americano e da quello europeo si è visto che gli istituti coinvolti trovano solo un implicito riconoscimento, ma non hanno una normativa espressa, con conseguente difficoltà per una loro definizione assoluta, ovvero per un inquadramento sistematico e più oggettivo.

Questa lacuna stupisce, particolarmente, in Europa, posto che nella disposizione sull'abuso di posizione dominante, l'art. 102 TFUE, cui il rifiuto si suole ricondurre, appare sbilanciato in favore di quest'ultimo il rapporto tra la clausola generale di divieto della relativa pratica e l'elenco delle condotte attraverso cui si esplica.

Non risulta appagante la circostanza che il contegno di diniego di accesso possa essere sanzionato invocando le lett. *b* e *c* delle norme citate, afferenti, rispettivamente, al divieto di limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori, nonché a quello di discriminazione, essendo il dettato normativo suscettibile di ricomprendere anche condotte abusive diverse dal rifiuto.

La consapevolezza del carattere "ibrido" della figura presa in esame, induce comunque a ritenere che l'assenza di esplicita regolamentazione sia stata più una scelta e non una negligenza del legislatore.

In America, il *refusal to deal* rientra nella previsione di cui alla *section 2* dello *Sherman act*, se si traduce in una monopolizzazione o in un tentativo di monopolizzazione, pur non figurando espressamente nel corpo della norma.

Nel contrasto alle pratiche di esclusione l'*essential facilities doctrine* si propone di definire condizioni e criteri per stabilire quando debbano ritenersi anticoncorrenziali comportamenti di ostacolo nell'accesso a beni e servizi indispensabili per l'esercizio di un'attività imprenditoriale.

Strumentale alla politica di liberalizzazione in alcuni tra i più importanti settori dell'industria europea, la dottrina doveva fare da scudo per gli aspiranti concorrenti delle imprese titolari di posizioni monopolistiche su determinati mercati.

La Corte di giustizia europea, così come la Corte suprema degli Stati Uniti, si è mostrata sempre scettica: in *Oscar Bronner* ha rigettato le richieste dei ricorrenti non solo ripudiando detta dottrina, ma anche confinando le fattispecie di illiceità del rifiuto alle ipotesi in cui lo stesso ricada su infrastrutture indispensabili per accedere al mercato di riferimento, ove ne derivi l'eliminazione della concorrenza.

La Commissione, al contrario, nel recepirla apertamente, ha contribuito ad estenderne la portata, imponendo all'*incumbent* l'obbligo a contrarre, anche solo per scongiurare il rischio di condizioni sfavorevoli o discriminatorie ai concorrenti.

Dalla giurisprudenza che si è opportunamente citata nel corso della ricerca, è emerso quanto ampio sia, in Europa, il ricorso all'*EFD*, e conseguentemente *la necessità, prima ancora che l'opportunità, di limitare in qualche misura il richiamo all'esistenza di un'infrastruttura essenziale ai soli casi in cui tale*

infrastruttura condiziona lo svolgimento di un'attività sul mercato contiguo (BASTIANON 1999, 156). E ciò al fine di neutralizzare il rischio di un'applicazione incontrollata che finisca per disincentivare gli investimenti, in conseguenza dell'imposizione di un obbligo di condivisione dell'*asset*, con inevitabile pregiudizio per la concorrenza nel lungo periodo.

Tali approdi hanno consentito di marcare una distinzione tra il sistema europeo e quello statunitense, in cui l'esistenza di un doppio mercato non è un requisito fondamentale per l'applicazione della figura: ... *there is no requirement that a plaintiff alleging anticompetitive denial of access to an essential facility demonstrate the existence of two separate relevant product markets. Instead, as demonstrated in recent cases shaping the doctrine, parties making essential facilities claims may simultaneously be customers and competitors of the alleged monopolists - in a single market...* (PITOFISKY, PATTERSON, HOOKS 2002, 458).

Il presupposto dell'esistenza di un secondo mercato indurrebbe, inoltre, a inquadrare il fenomeno in ipotesi diverse, quali ad esempio il *tying*, figura ben conosciuta dal diritto antitrust e caratterizzata da un regime ormai collaudato.

Per questa via, si è giunti finanche a negare utilità alla controversa dottrina in quanto: *nella misura in cui si sforza di incriminare il mero rifiuto, la dottrina delle essential facilities risulta inutilmente gravosa per il titolare della risorsa essenziale (e autenticamente sanzionatoria di una posizione, anziché di responsabilità da abuso); qualora, invece, tenda a colpire un*

rifiuto condizionale, si rivela una superfetazione (d'impronta regolamentare) pressoché inconciliabile con l'impianto antitrust (PARDOLESI, GRANIERI 2004, 336).

La difficoltà di un'ammissione senza riserve della stessa è sempre dipesa dalla preoccupazione di ledere le prerogative dell'operatore dominante proprietario dell'infrastruttura interessata.

Da qui la necessità di reperire un punto di equilibrio tra l'obbligo di contrarre, come conseguenza dell'applicazione della dottrina individuata, e il principio costituzionale di libertà di iniziativa economica.

In questo senso, illuminante è l'indirizzo secondo cui: *quanto più ... la disponibilità dell'infrastruttura deriva da una maggiore efficienza e capacità imprenditoriale del management dell'impresa considerata, tanto più attentamente deve essere valutato il duty to share che le si vorrebbe imporre rispetto ad una situazione nella quale la disponibilità dell'infrastruttura dipende da una situazione di monopolio legale attribuita dall'ordinamento giuridico (BASTIANON 1999, 155-156).*

Ed ecco, pertanto, il paradosso dell'antitrust: un soggetto che acquista potere monopolistico, perché semplicemente più capace e più abile dei suoi contendenti, si vede costretto a condividere con gli stessi i benefici delle proprie intuizioni e dei propri investimenti.

L'approccio casistico, nella parte finale del lavoro, al settore del trasporto aereo, attinto dall'impatto dirompente dei fenomeni di liberalizzazione, ed in

particolare alle dinamiche delle strutture aeroportuali, classico esempio di *facility* essenziale, non è servito a superare le perplessità che caratterizzano le tematiche oggetto di approfondimento: anzi ha indotto a rivedere l'asserito carattere di essenzialità di tali *asset*.

In una materia così delicata un'analisi di tipo economico, che *mostra insofferenza nei confronti delle forme, privilegiando l'analisi degli effetti*, si propone come unico strumento capace di sciogliere i nodi di *una matassa tanto intricata* (PARDOLESI 2007, 127).

L'impatto della dottrina sulle infrastrutture essenziali e sulla nuova economia dipenderà sia dal suo campo di applicazione, sia dagli obblighi che essa innesca, benché, attualmente, come si è cercato di evidenziare, entrambi i punti non sembrano del tutto chiari.

Il quadro che si è delineato, pur nell'economia del presente lavoro, può, comunque, avere un duplice sbocco. Il primo, induce a preferire un atteggiamento più cauto nei confronti della dottrina presa in esame, rivolto cioè ad ammetterne l'operatività esclusivamente in ipotesi eccezionali, per evitare disincentivi all'innovazione per l'impresa egemone e comportamenti parassitari dei concorrenti richiedenti l'accesso; il secondo, a riconoscere una risposta efficace per la repressione dei comportamenti di *refusal to deal* aventi ad oggetto *facilities* essenziali.

Abbreviazioni Bibliografiche

- AREEDA 1990** P.E. Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 *Antitrust L.J.* 841 (1990).
- AREEDA,
HOVENKAMP H.
2002** P.E. Areeda, H. Hovenkamp, *Antitrust Law*, New York, 2002.
- AMATO 1998** G. Amato, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998.
- ASCARELLI
1959** T. Ascarelli, *Esclusiva e boicottaggio*, in *Problemi giuridici*, II, Milano, 1959.
- ASTRID 2008** Astrid (gruppo di), *Infrastrutture e servizi a rete tra regolazione e concorrenza. Spunti per una politica delle infrastrutture di trasporto*, <http://www.astrid.eu>, 2008.
- BARCELLONA
1969** P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.
- BASTIANON
1999** S. Bastianon, *A proposito della dottrina delle essential facilities. Tutela della concorrenza o tutela dell'iniziativa economica?*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, I, 149.
- BASTIANON
2009** S. Bastianon, *Gli orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 C.E. alle pratiche escludenti*, in *Riv. dir. comm.*

internaz., I, 2009, 61.

- BAUMOL 2004** W.J. Baumol, *Education for innovation: Entrepreneurial Breakthroughs vs. Corporate Incremental Improvements*, NBER, Working, Paper 8651, <http://www.nber.org/papers/w10578> (2004).
- BERRUTI 2002** G.M. Berruti, *La concorrenza sleale nel mercato. Giurisdizione ordinaria e normativa antitrust*, Milano, 2002.
- BERTANI 2004** M. Bertani, *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Milano, 2004.
- BERTI,**
BIANCARDI
1996 J. Berti, A. Biancardi, *Essential Facility e disciplina della concorrenza: osservazioni e note critiche*, in *Concorrenza e mercato*, 1996, 423.
- BERTI 1998** J. Berti, *Le essential facilities nel diritto della concorrenza comunitario*, in *Concorrenza e mercato*, 1998, 355.
- BISHOP 1999** M. Bishop, *Microsoft sotto processo*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, I, 79.
- BISHOP,**
WALKER 2002 S. Bishop, M. Walker, *Economic of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 2 ed., Londra, 2002.
- BLUMENTHAL**
1990 W. Blumenthal, *Three Vexing Issue Under the Essential Facilities Doctrine: ATM networks as illustration*, 58 *Antitrust L.J.* 855 (1990).
- BORK 1978** R.H. Bork, *The Antitrust paradox: A Policy at War with Itself*, New York, 1978.

- BRUTI LIBERATI 1998** E. Bruti Liberati, *Le scelte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato tra tecnica e politica: il caso delle essential facilities*, in *Concorrenza e mercato*, 1998, 449.
- BUSCHE 1999** J. Busche, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Tubinga, 1999.
- CAPIZZANO 1974** E. Capizzano, *Contratto di Know-how e invenzione non brevettata*, in *Riv. dir. ind.*, 1974, I, 345.
- CASTALDO, CERNUTO 2013** A. Castaldo, F. Cernuto, *Essential facility doctrine: tra evoluzione e nuovi orizzonti. Alla ricerca di un test sistematico*, Napoli, 2013.
- CIRÀ, LANZA 2011** A. Cirà, G. Lanza, *Effetti della liberalizzazione del trasporto aereo sulla gestione delle infrastrutture: alcune riflessioni sulla situazione italiana*, in *Annali della Facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Messina*, I, 2011, 1.
- COLANGELO 2010** G. Colangelo, *Le misure escludenti come illecito antitrust nel diritto comunitario*, in *Il diritto industriale*, 2010, 1, 61.
- CUCINOTTA 1993 a** A. Cucinotta, *Il regime antimonopolistico delle tying clauses*, in *Quadrimestre*, 1993, 1, 71.
- CUCINOTTA 1993 b** A. Cucinotta, *Il caso «Kodak»: l'antitrust nel «dopo-Chicago»*, in *Foro it.*, 1993, IV, 84.
- CUCINOTTA 1994** A. Cucinotta, *Oligopolio e predazione: fatti e credenze nel caso Liggett*, in *Giur. comm.*, 1994, IV, 21.

- CUCINOTTA
1998** A. Cucinotta, *Il caso Microsoft: verso il monopolio di internet*, in *Foro it.*, 1998, IV, 343.
- CUCINOTTA
2003** A. Cucinotta, *Resale price maintenance. Teoria economica e analisi giuridica nell'antitrust statunitense*, Milano, 2003.
- DENOZZA 2003** F. Denozza, *Consumers' Transaction Costs at the Intersection of Antitrust and Intellectual Property*, in *Italian Intellectual Property*, 2003.
- DI MARZIO
2011** F. Di Marzio, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011.
- DIRECTOR,
LEVY 1956** A. Director, E.H. Levy, *Law and the Future: Trade Regulation*, 51 *NW. U.L. Rev.* 1956, 281
- DURANTE,
MOGLIA,
NICITA 2000** D. Durante, G. Moglia, A. Nicita, *La nozione di essential facilities tra regolamentazione e antitrust. La costruzione di un test*, in *Mercato concorrenza regole*, II, 2000, 257.
- FACEY, ASSAF
2002** B.A. Facey, D.H. Assaf, *Monopolization and Abuse of Dominance in Canada, the United States, and the European Union: A Survey*, 70 *Antitrust L.J.* 513 (2002).
- FAELLA 2007** G. Faella, *Da IMS Health a Merk: misure cautelari e rifiuto di licenza nel diritto antitrust post-modernizzazione*, in *Giur. comm.*, 2007, 1220
- FAELLA 2008** G. Faella, *Incentivi alla fedeltà ed esclusione: sconti e premi fidelizzanti*, in *Mercato concorrenza regole*, 2008, I, 117.

- FALZEA 1941** A. Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941.
- FATTORI 1997** P. Fattori, *I poteri dell'Autorità garante in materia di intese ed abusi di posizione dominante: diffide e sanzioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, 877.
- FAVELLA 2012** R. Favella, *Le sanzioni amministrative in materia di slot aeroportuali*, in A. Cagnazzo, C. Pozzi, S. Toschei, *Le sanzioni in materia di trasporto marittimo, aereo, terrestre e codice della strada*, Torino, 2012, 503.
- FERRI 1980** G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1980.
- GERADIN 2010** D. Geradin, *Is the Guidance Paper on the Commission's enforcement priorities in enforcing article 102 TFUE useful?*, in F. Etro, I. Kokkoris, *Competition Law and the Enforcement of Art. 102*, Oxford, 2010, 37.
- GIANNACCARI 2004** A. Giannaccari, *Il caso Trinko*, in *Mercato concorrenza regole*, 2004, 187
- GIOVANDO 2012** G. Giovando, *L'impresa di gestione aeroportuale. Aspetti strategici, di gestione e di bilancio*, Torino, 2012.
- GHIDINI 1982** G. Ghidini, *La concorrenza sleale*, in W. Bigiavi, *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Padova, 1982, 35.
- GHIDINI 2001** G. Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2001.

- GHIDINI 2005** G. Ghidini, *Collisione? Integrazione? Appunti sulla intersezione fra diritti di proprietà intellettuale e disciplina della concorrenza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2005, 247.
- GHIDINI,
AREZZO 2010** G. Ghidini, E. Arezzo, *L'assalto fallito? Riflessioni sulla proposta rivisitazione in chiave "più economica" dell'abuso di dominanza*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, 115
- GLAZER
KENNETH,
LIPSKY ABBOT
1995** L. Glazer Kenneth, B. Lipsky Abbot, *Unilateral refusals to Deal Under Section 2 of the Sherman Act*, 63 *Antitrust L.J.* 749 (1995).
- GUGLIELMETTI
1955** G. Guglielmetti, *Concorso di più soggetti nell'atto di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, II, 1955, 54.
- GUGLIELMETTI
1996** G. Guglielmetti, *"Essential facilities", rifiuto di accesso e abuso di posizione dominante: prime decisioni dell'autorità garante e prospettive*, in *Concorrenza e mercato*, 1996, 410
- HOVENKAMP
1999** H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, 2^aed., St. Paul, Minnesota, 1999.
- HOVENKAMP
2001** H. Hovenkamp, *Un esame dell'antitrust del dopo Chicago*, in *Mercato concorrenza regole*, 2001, 11.
- HOVENKAMP
2006** H. Hovenkamp, *Discounts and Exclusions*, *Utah Law Review* 841 (2006).
- HOVENKAMP
2008** H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Cambridge, 2008.

- KLUMPP, SU 2010** T. Klumpp, X. Su, *Open Access and Dynamic Efficiency*, 2 *American Economic Journal: Microeconomics* 64 (2010).
- KORAH 1998** V. Korah, *The Ladbroke Saga*, 19 *European Competition Law Review* 169 (1998).
- LANG 1994** J.T. Lang, *Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities*, 18 *Fordham Int'l L.J.* 437 (1994)
- LEMLEY 1997** M.A. Lemley, *The economics of improvement in intellectual property law*, 75 *Texas Law Review* 989 (1997)
- LEVY 2004** R.A. Levy, *Shakedown*, Washington, 2004.
- LIBERTINI 1981** M. Libertini, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, in F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, IV, Padova, 1981.
- LIBERTINI 2005** M. Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno e resp.*, 2005, 237.
- LOVDHAL GORMSEN 2010** L. Lovdhal Gormsen, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, New York, 2010.
- MANGINI, OLIVIERI 2009** V. Mangini, G. Oliveri, *Diritto Antitrust*, Torino, 2009.
- MARCHETTI 1969** M. Marchetti, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969.

- MELI 1993** V. Meli, *Il divieto di imporre prezzi ed altre condizioni particolarmente gravose*, in A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni Griffi, L. Ubertazzi, *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1993, I, 370.
- MELI 1997** V. Meli, *Attuazione della disciplina antitrust e regolazione amministrativa dei mercati*, in *Giur. comm.*, I, 1997, 243.
- MELI 2003** V. Meli, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003.
- MENESINI 1998** V. Menesini, *Boicottaggio* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, V, Roma, 1998, 1.
- MEZZETTI 2008** C.E. Mezzetti, *Diritti di proprietà intellettuale e abuso di posizione dominante: da Magill a Microsoft*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, 245.
- MOHRING 1954** P. Mohring, *Wettbewerbsordnung und Kartellrecht*, in *WuW*, 1954, 387.
- NEALE 1970** A.D. Neale, *The Antitrust Laws of the United States of America: A Study of Competition Enforced by Law*, Cambridge, 1970.
- NIPPERDEY 1920** H. Nipperdey, *Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag*, Jena, 1920.
- NIRO 1994** R. Niro, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova, 1994.
- NIVARRA 1989** L. Nivarra, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, Padova, 1989.

- OSTI 1995** C. Osti, *Antitrust e oligopolio*, Bologna, 1995.
- OSTI 2004** C. Osti, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004.
- OSTI 2007** C. Osti, *Diritto della Concorrenza*, Bologna, 2007.
- PARDOLESI,
GRANIERI 2004** R. Pardolesi, M. Granieri, *Licenza obbligatoria ed essential facilities nell'antitrust comunitario*, in *Riv. dir. ind.*, 2004, 323.
- PARDOLESI
2007** R. Pardolesi, *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007, I, 119.
- PEARCE
AZEVEDO,
WALKER 2002** J. Pearce Azevedo, M. Walker, *Dominance: Meaning and Measurement*, 7 *European Competition Policy Review* 363 (2002).
- PERA 2009** A. Pera, *Concorrenza e antitrust*, Bologna, 2009.
- PITOFSKY,
PATTERSON,
HOOKS 2002** R. Pitofsky, D. Patterson, J. Hooks, *The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law*, 70 *Antitrust L.J.* 443 (2002)
- POSNER 1974** R.A. Posner, *Exclusionary Practices and the Antitrust Laws*, 41 *University of Chicago Law Review* 506 (1974).
- POSNER 2001** R.A. Posner, *Antitrust law, an economic perspective*, Chicago, 2001.
- PROSPERETTI,
PANI, TOMASI
2009** L. Prosperetti, E. Pani, I. Tomasi, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, Bologna, 2009.
- RAMELLO 2001** G. Ramello, *Diritto d'autore e tutela della concorrenza nell'esperienza antitrust europea e*

- italiana*, in *SIMPLE, Siena Memos and Papers in Law and Economic*, 3, 2001.
- RICOLFI 2003** M. Ricolfi, *Diritto d'autore ed abuso di posizione dominante*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, I, 149.
- RIDYARD 2004** D. Ridyard, *Compulsory access under EC Competition Law - A new doctrine of "Convenient facilities" and the case for price regulation*, 25 *European Competition Law Review* 669 (2004).
- SACCO 1993** R. Sacco in R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, II, in R. Sacco, *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993.
- SALOP, ROMAINÉ 1999** S.C. Salop, R. C. Romaine, *Preserving monopoly: economic analysis, legal standards, and Microsoft*, 7 *George Mason Law Review* 617 (1999).
- SALOP 2006** S.C. Salop, *Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard*, *supra this issue*, 73 *Antitrust L.J.* 311 (2006).
- SALOP 2010** S.C. Salop, *Refusals to Deal and Price Squeezes by an Unregulated, Vertically Integrated Monopolist*, 76 *Antitrust L.J.* 709 (2010).
- SANTINI 1952** G. Santini, *La vendita a prezzo imposto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, II, 1042.
- SEBASTIANI 2009** M. Sebastiani, *La regolazione delle infrastrutture aeroportuali*, Atti del Convegno "La regolazione delle infrastrutture di trasporto in Italia", Milano, 2009.

- SIRAGUSA,
BERETTA 1999** M. Siragusa, M. Beretta, *La dottrina dell'essential facilities nel diritto comunitario e italiano della concorrenza*, in *Contr. Impr. Europa*, 1999, 201.
- SZYSZCZAK
2010** E. Szyszczak, *Controlling Dominance in European Markets*, 33 *Fordham International Law Journal* 1751 (2010)
- TAVASSI,
SCUFFI 1998** M. Tavassi, M. Scuffi, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998.
- VASQUES 1998** L. Vasques, *Essential facilities doctrine: dalla giurisprudenza statunitense alle norme comunitarie e nazionali sull'abuso di posizione dominante. Spunti problematici*, in *Concorrenza e mercato*, 1998, 407.
- VASQUES 1999** L. Vasques, *Infrastruttura essenziale e diritto di accesso*, in *Foro it.*, 1999, IV, 51.
- WALLER 1994** S.W. Waller, *Neo-Realism and the International Harmonization of Law: Lessons from Antitrust*, 42 *U. Kan. L. Rev.* 557 (1994).
- WALLER,
FRISCHMANN
2008** S.W. Waller, B. Frischmann, *Revitalizing essential facilities*, 75 *Antitrust L.J.* 1 (2008).
- WALLER,
TASCH 2010** S.W. Waller, W. Tasch, *Harmonizing Essential Facilities*, 76 *Antitrust L.J.* 741 (2010).
- WERDEN 2006** G.J. Werden, *Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The "No Economic Sense" Test*, *supra this issue*, 73 *Antitrust L.J.* 413 (2006).

INDICE

<i>Introduzione</i>	II
---------------------------	----

Capitolo Primo

L'abuso di posizione dominante

<i>1.1. Nozione, finalità e criteri di accertamento</i>	1
<i>1.1.1. La posizione dominante collettiva</i>	11
<i>1.2. Le pratiche abusive</i>	16
<i>1.2.1. I prezzi iniqui</i>	20
<i>1.2.2. Le pratiche escludenti</i>	30
<i>1.2.3. Le pratiche discriminatorie</i>	33
<i>1.2.4. Le pratiche leganti</i>	35
<i>1.3. Strumenti repressivi e sanzionatori</i>	47

Capitolo Secondo

Il rifiuto a contrarre

<i>2.1. L'ambito civilistico del rifiuto a contrarre</i>	56
<i>2.2. Il rifiuto a contrarre nel diritto antitrust</i>	80
<i>2.3. Genesi ed evoluzione del <i>refusal to deal</i></i>	74
<i>2.3.1 L'esperienza nordamericana</i>	74
<i>2.3.2 La prospettiva europea</i>	86
<i>2.3.3. (segue): il rifiuto di contrattare nel <i>Discussion Paper</i> e nel <i>Guidance Paper</i></i>	102
<i>2.4. Rifiuto a contrarre e diritti di proprietà intellettuale</i>	107

Capitolo Terzo

Rifiuto a contrarre e *essential facilities*

3.1. La dottrina delle <i>essential facilities</i> : genesi ed evoluzione nell'ordinamento statunitense	127
3.2. L'avvento della dottrina nell'ordinamento europeo	141
3.3. L' <i>essential facility doctrine</i> nelle decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza italiana.....	153
3.4. La dottrina delle risorse essenziali negli altri Stati membri dell'Unione Europea e nel resto del mondo: esperienze a confronto	164

Capitolo Quarto

<i>Essential facilities</i> e processi di liberalizzazione: l'esperienza casistica nel trasporto aereo	169
--	-----

<i>Conclusioni</i>	186
--------------------------	-----

<i>Bibliografia</i>	193
---------------------------	-----