



UNIVERSITA' DI PISA

**Dipartimento di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza**

**L'ABUSO DI
POSIZIONE DOMINANTE
FRA TIPICITA' E ATIPICITA'**

Candidato

Luca Pullara

Relatore

Prof.ssa Ilaria Kutufa'

Anno Accademico 2014-2015

A mio padre

SOMMARIO

INTRODUZIONE	1
---------------------	----------

CAPITOLO I

GLI OBIETTIVI DELL'ANTITRUST	4
-------------------------------------	----------

1.1 LO SHERMAN ACT E LE NUOVE ESIGENZE	6
--	---

<i>1.1.1 La natura del divieto di monopolizzazione</i>	<i>10</i>
--	-----------

<i>1.1.1 La Rule of Reason: genesi del criterio</i>	<i>14</i>
---	-----------

<i>1.1.2 Sviluppi interpretativi: dallo strutturalismo di Harvard alla Scuola di Chicago</i>	<i>17</i>
--	-----------

1.2 INTRODUZIONE ECONOMICA ALLO STUDIO DELLA CONCORRENZA:	
---	--

LA TEORIA DELLA "MANO INVISIBILE"	21
-----------------------------------	----

<i>1.2.1 Potere di mercato e mercati monopolistici</i>	<i>26</i>
--	-----------

<i>1.2.2 Workable competition e mercati contendibili</i>	<i>33</i>
--	-----------

1.3 LA FILOSOFIA ANTITRUST EUROPEA: UNA DISCIPLINA	
--	--

STRUMENTALE	37
-------------	----

<i>1.3.1 La Scuola di Friburgo e la visione strutturalista</i>	<i>40</i>
--	-----------

<i>1.3.2 Dal formalismo all'effect-based approach</i>	<i>43</i>
---	-----------

CAPITOLO II

L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE	50
---------------------------------------	-----------

2.1 DIMENSIONE NAZIONALE E COMUNITARIA DELLA NORMATIVA	
--	--

ANTIMONOPOLISTICA ITALIANA	54
----------------------------	----

<i>2.1.1 Il Regolamento 1/2003 e l'European Competition Network</i>	<i>57</i>
---	-----------

<i>2.1.2 La nozione di impresa e i monopoli legali</i>	<i>60</i>
--	-----------

2.2. LA POSIZIONE DOMINANTE	63
2.2.1 <i>Abuso collettivo della posizione dominante</i>	65
2.2.2 <i>Il mercato rilevante</i>	67
2.3 IL CARATTERE OGGETTIVO DELL'ABUSO	71
2.3.1 <i>Le condotte abusive della posizione dominante</i>	73
2.3.2 <i>Condotte escludenti e di sfruttamento</i>	75
CAPITOLO III	
COMPETIZIONE SUI MERITI ED EFFICIENZA NELLA	
VALUTAZIONE DEGLI ABUSI	79
3.1 ABUSI DI SFRUTTAMENTO: L'IMPOSIZIONE DI PREZZI	
INGIUSTIFICATAMENTE GRAVOSI	82
3.1.1 <i>Imposizione di altre condizioni non eque e profili di atipicità</i>	86
3.1.2 <i>Condotte plurioffensive: fra sfruttamento della posizione e ostacolo alla concorrenza</i>	90
3.1.3 <i>Condotte discriminatorie e abusi di sfruttamento</i>	94
3.2 CONDOTTE ESCLUDENTI ED EFFICIENCY DEFENSE	99
3.3 PRATICHE DI PREDAZIONE: I PREZZI SOTTOCOSTO	103
3.3.1 <i>Il caso "Diano - Caronte" e i "parametri evoluti"</i>	108
3.3.2 <i>Il test del concorrente egualmente efficiente</i>	112
3.4 LA COMPLESSA VALUTAZIONE DEGLI SCONTI	115
3.4.1 <i>(segue) Recenti sviluppi in tema di sconti e predazioni selettive</i>	121
3.5 RIFIUTO A CONTRARRE ED ESSENTIAL FACILITIES	129
3.5.1 <i>Rifiuti costruttivi e margin squeeze</i>	134
3.6 PRATICHE LEGANTI: UN ABUSO TIPICAMENTE ATIPICO	138

CAPITOLO IV	
USO E ABUSO DEL DIRITTO: PROFILI DI ATIPICITÀ NELLE CONDOTTE ESCLUDENTI	142
4.1 LA PROPRIETÀ INTELLETTUALE FRA INCENTIVI E OSTACOLI ALL'INNOVAZIONE	145
4.1.1 (segue) <i>Proprietà intellettuale e rifiuto a contrarre</i>	148
4.1.2 <i>Il caso Microsoft e l'innovazione tecnologica</i>	150
4.2 L'USO DISTORTO DEL DIRITTO BREVETTUALE CON RIFERIMENTO AL MERCATO FARMACEUTICO	154
4.2.1 (segue) <i>Il caso "Pfizer" e l'abuso del diritto</i>	158
4.3 ABUSI "ATIPICI": OSTRUZIONISMO E <i>LEGAL STRATEGIES</i>	163
4.3.1 <i>Il caso "Coop Estense"</i>	169
4.3.2 <i>L'indirizzo del Consiglio di Stato: lo sfruttamento abusivo come illecito di mera condotta</i>	176
CONCLUSIONI	185
BIBLIOGRAFIA	I

INTRODUZIONE

“Siccome, povero com'era, gli rinfacciavano l'inutilità della filosofia, dicono che, avendo previsto in base a computi astronomici un abbondante raccolto di olive, ancora nel cuore dell'inverno, disponendo di una piccola somma, si accaparrò tutti i frantoi di Mileto e di Chio, dando una cifra irrisoria, perché non ce n'era richiesta alcuna: ma quando giunse il tempo della raccolta, poiché molti cercavano i frantoi tutt'insieme e d'urgenza, li dette a nolo al prezzo che volle e, così, raccolte molte ricchezze, dimostrò che per i filosofi è davvero facile arricchirsi, se lo vogliono - e invece non è questo di cui si preoccupano. Si dice, dunque, che Talete diede in tal guisa prova della sua saggezza e tuttavia, come dicemmo, si tratta di un espediente della crematistica che può avere applicazione universale, se uno riesce a procurarsi un monopolio.” [ARISTOTELE, “Politica”, libro I, c. 11]

Per concorrenza si intende quel rapporto che lega e contrappone gli agenti economici impegnati nel rifornire la società di beni e servizi. Si tratta di una dinamica fondamentale per il corretto funzionamento di un'economia di mercato, suscettibile di determinare una riduzione dei prezzi e un miglioramento della qualità di beni e servizi, ma anche idonea ad incentivare l'innovazione, sempre a beneficio del consumatore.

Per queste ragioni, l'ordinamento tutela il mercato dalle pratiche distorsive della fisiologica dinamica concorrenziale, adoperando a tal fine gli istituti del diritto antitrust.

In particolare, il sistema antitrust italiano si articola su tre istituti – divieto di intese restrittive della concorrenza, divieto di abuso di posizione dominante e controllo delle concentrazioni – speculari alle diverse modalità attraverso le quali potrebbe concretizzarsi una distorsione della concorrenza. In estrema sintesi, nel caso delle intese la distorsione si realizzerebbe per mezzo di una collusione fra i soggetti “formalmente” in concorrenza reciproca, mentre nelle concentrazioni il pericolo è rappresentato da una crescita del potere economico slegata dalle logiche premianti del mercato (c.d. crescita esterna). Si potrebbe dunque affermare che tali istituti intendano evitare che venga meno una condizione di “concorrenza sostenibile”, nella quale nessun agente economico, singolarmente o nel coordinarsi con altri, detenga un potere tale da permettergli di manovrare il mercato, ponendo in essere i comportamenti tipici del monopolista.

In realtà, la detenzione di un simile potere economico, definito “posizione dominante”, non è sanzionata dall’ordinamento qualora sia il frutto di una “crescita interna”, ossia del successo dell’impresa nel gioco della concorrenza, sebbene, anche in tal caso, sussistano fondate preoccupazioni per la capacità dell’impresa dominante (c.d. *incumbent*) di tenersi tendenzialmente indifferente rispetto alle reazioni di concorrenti e consumatori. Per evitare che dalla posizione di dominio discendano conseguenze nefaste, si è sancito il divieto di sfruttamento abusivo della posizione dominante, dal quale si ricava che ciascun soggetto può lecitamente aspirare all’ottenimento di un rilevante potere economico ma, laddove lo ottenga, verrà sottoposto ad una “speciale responsabilità” consistente nel non abusare della propria forza compromettendo ulteriormente la dinamica concorrenziale, già resa fragile in virtù della sua sola presenza nel mercato.

L'abuso di posizione dominante è previsto dall'art. 3 della legge antitrust italiana, il cui contenuto si presenta sostanzialmente analogo alla corrispondente disposizione comunitaria. In particolare, alla clausola generale che sancisce il divieto, seguono quattro esemplificazioni dei comportamenti che potrebbero infrangerlo (c.d. abusi tipici). Non trattandosi di un'elencazione esaustiva, all'interprete è lasciata la possibilità di accertare l'integrazione dell'abuso anche qualora avvenga attraverso condotte differenti da quelle tipizzate, sebbene la mancanza di una precisa definizione legislativa – unitamente alla non pacifica individuazione della concreta finalità cui debba tendere l'*enforcement* – non renda sempre agevole discernere fra gli atti di concorrenza lecita, seppure aggressiva, e le pratiche anticoncorrenziali vere e proprie, ponendo a repentaglio il rispetto del principio della certezza del diritto.

Nel presente elaborato si intende approfondire la natura e le forme dell'abuso di posizione dominante. A tal fine, appare necessario ripercorrere preliminarmente l'evoluzione dei canoni interpretativi e delle finalità progressivamente attribuite alla norme, alla luce delle quali esaminare la ricca casistica in materia. Considerando l'eterogeneità delle condotte suscettibili di integrare l'abuso, si ritiene necessario ricercare un profilo sistematico, attraverso il quale categorizzare le numerose forme dell'illecito, valutandone l'effettiva riconducibilità alle ipotesi *ex lege* e ricercando gli eventuali profili di atipicità, al fine di ottenere gli elementi necessari per comprendere la portata del divieto e, conseguentemente, il contenuto da attribuire alla speciale responsabilità.

CAPITOLO I

GLI OBIETTIVI DELL'ANTITRUST

Nascita ed evoluzione degli istituti alla luce delle finalità perseguite

La diffusa opinione secondo cui l'interesse giuridico nei confronti della concorrenza sarebbe emerso solamente in un periodo relativamente recente è soltanto parzialmente corretta. In effetti, se è vero che il riconoscimento della dinamica concorrenziale, quale valore da promuovere nel funzionamento dei mercati, consegue all'emanazione dello Sherman Act, ciò non significa che nella millenaria storia giuridica della cultura "occidentale", quest'ambito sia sempre stato ignorato.

Senza alcuna pretesa di esaustività storica, si considerino alcune fonti che fin dal diritto romano si posero su tale tematica, come la *Lex Iulia De Annona*¹, attraverso la quale si vollero contrastare determinate condotte che oggi definiremmo "speculative", in quanto volte ad innalzare artificialmente il prezzo delle derrate alimentari. Appare interessante anche la Costituzione di Zenone², strumento volto ad impedire non solo

¹ Cfr. Lex Julia De Annona (50 a.C.), Digesto, 48.12 [<http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/d-48.htm#12>]

² Cfr. Costituzione di Zenone (483 d.C.), Codice di Giustiniano, 4.59 [[http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/C\]4.html](http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Corpus/C]4.html)]

l'instaurazione di monopoli privati, ma anche la concessione dei relativi privilegi da parte dell'Imperatore.

Nel medioevo, la riscoperta e rielaborazione di tali fonti nella *lex mercatoria*, permise la perdurante vigenza del *crimen monopolii*, testimoniando come fosse tutt'altro che assente un significativo “interesse per il meccanismo di formazione del prezzo di mercato, e una viva percezione del pericolo che alcuni operatori potessero alterarlo a proprio esclusivo favore, col risultato di compromettere il benessere dei cittadini e, in alcuni casi, l'ordine pubblico e la sicurezza”³.

Tuttavia, per quanto sarebbe suggestivo, non si potrebbe individuare nelle fonti suddette un vero e proprio diritto antitrust *ante litteram* posto che, tanto da un punto di vista sistematico quanto ermeneutico, l'interesse giuridico contemporaneo diverge notevolmente da quello degli antichi. Invero sia le fonti romane che le elaborazioni medievali si focalizzarono sugli aspetti statici, quali il controllo sui prezzi e la disciplina dell'accesso all'attività economica, tralasciando – e in ciò risiede la portata innovativa del moderno diritto della concorrenza – il sostegno della dimensione dinamica dell'interazione concorrenziale, comprendente la spinta verso l'innovazione tecnica e scientifica, a vantaggio della collettività⁴.

A ciò si aggiunga il mutamento indotto dall'affermarsi dell'assolutismo monarchico nell'Europa continentale⁵, in base al quale i sovrani europei

³ Cfr. A. GIGLIOBIANCO, C. GIORGIANTONIO, “Concorrenza e mercato nella cultura italiana: idee, norme, rappresentazioni”, 2014, pag. 12 [www.bancaditalia.it]

⁴ Cfr. M. LIBERTINI, “La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni”, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), “20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato”, 2010, pag. 102

⁵ Un altro aspetto che appare significativo risiede nella tendenza a privilegiare uno strumento concettualmente opposto rispetto alla competizione concorrenziale, ossia la “composizione” dei contrapposti interessi per mezzo del raccoglimento degli agenti economici in corpi intermedi [A. GIGLIOBIANCO, C. GIORGIANTONIO, *op. cit.*]

avrebbero imposto il proprio imperio attraverso un controllo capillare dell'economia. In quest'ottica venne meno anche l'antica diffidenza verso la costituzione dei monopoli, la cui istituzione per concessione del sovrano, divenne una pratica abituale e spesso slegata da effettive ragioni di necessità del mercato in questione.

Dall'esperienza descritta, occorre puntualizzare, si discosta in larga parte l'Inghilterra, il cui peculiare percorso giuridico di *common law* consentì la conservazione di un radicato sentimento antimonopolistico. Gli strumenti elaborati nelle corti di inglesi⁶, avrebbero rappresentato la base per l'elaborazione del moderno diritto antitrust, sebbene tale risultato si sarebbe conseguito in un altro continente e in un'altra epoca, quando la rivoluzione industriale avrebbe determinato l'emersione di nuove esigenze, rendendo necessario incidere con inedito vigore sulle distorsioni del mercato.

1.1 Lo Sherman Act e le nuove esigenze

La rivoluzione industriale del XIX secolo rappresentò un punto di svolta per il tessuto economico e sociale *in primis* del continente europeo e di quello americano⁷. L'impiego dei nuovi mezzi a disposizione dell'industria permisero il fiorire delle produzioni di scala, mentre lo straordinario

⁶ Si fa riferimento alla “*restrain of trade doctrine*” e allo “*Statute of Monopolies*” [Ivi, da pag. 10]

⁷ Un'altra differenza rispetto all'antichità può evincersi attraverso la già citata Costituzione di Zenone, la quale sembrerebbe rivolgere il divieto ai commercianti. Quest'ultima classe rappresenta il protagonista indiscusso dal sistema economico medievale fino alla rivoluzione industriale, il cui esito nel sistema produttivo portò la classe degli industriali a divenire il principale attore economico, facendo emergere ulteriori necessità anche a livello normativo.

sviluppo delle vie di collegamento portò ad una notevole riduzione delle distanze, favorendo l'allargamento geografico dei mercati.

Il contesto risultante comportò anche il sorgere di nuove esigenze sociali e normative fra le quali è possibile includere il pericolo, oltremodo concreto, che i privati potessero acquisire tanto potere da incidere negativamente sull'economia di un intero continente⁸.

Se la risposta europea coincise con un incremento della presenza dello Stato nell'economia, l'assenza di una cultura statalista nel nuovo continente si risolse in una considerevole libertà d'azione per gli agenti economici privati, inaugurando un periodo di aspra concorrenza. La conseguente immissione nel mercato di un'inaudita quantità di beni, tuttavia, determinò una fase di instabilità nei prezzi, alla quale i maggiori gruppi industriali cercarono di rispondere ricorrendo a note pratiche collusive⁹. Ad un'accesa fase di concorrenza, seguì dunque una reazione contraria, nella quale l'andamento fisiologico dei mercati venne distorto a favore delle imprese già affermatesi¹⁰.

Particolarmente efficace a tal fine, fu il ricorso al *trust*, istituto di *common law* attraverso il quale, diverse società, conferivano ad un consiglio di amministrazione (*board of trustees*) il compito di amministrare i rispettivi

⁸ In particolare bisogna attribuire questa straordinaria crescita economica al miglioramento nella rete infrastrutturale e nei servizi di comunicazione e di trasporto, grazie al quale si poté unificare in un unico grande mercato l'intero territorio americano. In conseguenza di tale sviluppo, le imprese furono incentivate nello sfruttare le economie di scala e di varietà, crescendo e innovando fortemente anche attraverso l'adozione di nuove tecniche manageriali [M. MOTTA, M. POLO, "Antitrust: economia e politica della concorrenza", 2004, pag. 10]

⁹ *Ibidem*

¹⁰ Le pratiche suddette erano sostanzialmente finalizzate ad una ripartizione "pacifica" del mercato da parte di imprese formalmente in concorrenza reciproca. Il *pooling* fu uno degli strumenti più diffusi a tal fine, tuttavia, la sua inadeguatezza nel limitare fenomeni di *free-riding* portò le imprese ad utilizzare un diverso istituto di *common law*, quale il *trust* [G. AMATO, "Il potere e l'antitrust: Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato", 1998, pag. 13]

capitali azionari, unitamente ai relativi diritti di voto. L'istituto si prestava particolarmente ad intenti collusivi poiché, concentrando la gestione di imprese formalmente autonome e in reciproca concorrenza nelle decisioni di un unico organo, consentiva un efficace controllo delle rispettive produzioni e del livello dei prezzi praticati, limitando oltretutto gli episodi di *free-riding*¹¹.

E' dunque significativo che ancora ad oggi ci si riferisca alla normativa in questione con l'appellativo di diritto "antitrust". In effetti, l'uso strumentale del suddetto istituto divenne nell'opinione pubblica l'emblema stesso del malcontento verso la concentrazione di potere economico¹², spingendo il Congresso degli Stati Uniti a emanare la nuova normativa che avrebbe inaugurato l'era moderna del diritto della concorrenza¹³.

L'elaborazione di un nuovo strumento normativo si rese necessaria in ragione dell'inadeguatezza degli istituti giuridici ereditati dall'Inghilterra. In effetti, nella tradizionale *restrain of trade doctrine* il bene giuridico tutelato coincideva con la sola dimensione soggettivistica della **libertà commerciale**. La tutela veniva infatti riconosciuta alla parte contrattuale irragionevolmente limitata nella suddetta libertà, o al terzo che da un

¹¹ Cfr. G. AMATO, *op. cit.*

¹² Il primo trust significativo a livello nazionale fu lo Standard Oil Trust (nato nel 1879), ideato da John Rockefeller e presto divenuto emblema del malvisto potere economico che tanto malcontento stava creando in larghe parti della società americana e in particolare nella middle class [H. R. SEAGER, C. A. GULICK, "Trust and Corporation Problems", 1929, pag. 1]

¹³ La lettura "ufficiale" vuole che lo Sherman Act fosse stato emanato per attuare i principi democratici in campo economico. Emblematiche sono in tal senso le parole del Presidente Roosevelt: "lo Sherman e il Clayton Act sono divenuti parte tanto rilevante della *American Way of life*, quanto lo è la *due process clause*". Tuttavia, secondo alcuni commentatore del periodo, i promotori dello Sherman Act furono animati da ragioni di natura squisitamente politica, quale la prospettiva di attrarre l'elettorato rurale e le classi maggiormente soggette a subire le scelte economiche dei grandi gruppi industriali. La legge in questione, in effetti, avrebbe potuto favorire i piccoli produttori dell'entroterra rispetto ai potentati economici dell'*est coast* [G. BERNINI, "La tutela della libera concorrenza e i monopoli: Common Law e legislazione, *Antitrust statunitense, Volume I*", 1963, da pag. 210].

determinato accordo (ad es. un boicottaggio) subisse la medesima limitazione. Il portato della rivoluzione industriale, tuttavia, evidenziò delle criticità su di una dimensione ulteriore, più estesa ma non necessariamente comprensiva del piano soggettivistico sul quale poggiava la tutela tradizionale¹⁴: ad essere in pericolo era la dinamica stessa del mercato, con tutte le implicazioni negative che potevano derivare dalla corruzione della fisiologica interazione delle forze economiche. Per questa ragione, il legislatore statunitense scelse di tutelare direttamente tale dinamica, individuando nella concorrenza stessa il bene oggetto di tutela della nuova normativa¹⁵.

L'innovazione portata dallo Sherman Act nell'approccio giuridico in materia economica, avrebbe influenzato anche il vecchio continente quando, al termine del secondo conflitto mondiale, anche l'Europa comunitaria avrebbe scelto di dotarsi di una propria normativa antimonopolistica¹⁶. Tuttavia, il differente contesto e le diverse esigenze caratterizzanti il tessuto socio-economico del vecchio continente, connotarono l'antitrust comunitario di una filosofia in parte differente

¹⁴ Gli istituti tradizionali, ad esempio, non si sarebbero potuti adoperare per vietare i c.d. cartelli, ossia intese aventi ad oggetto il mantenimento di un certo livello nei prezzi. In tal caso sarebbe stato piuttosto dubbio intendere l'accordo quale una limitazione della libertà di contratto dei partecipanti e, allo stesso modo, neanche i terzi che se ne sentissero lesi avrebbero ottenuto alcuna protezione [G. AMATO, *op.cit.*, pag. 15]

¹⁵ La normativa statunitense compie il passo finale nella transizione con la quale, dalla nozione puramente soggettiva del concetto di *restraint of trade* si passa ad una oggettiva. Già nel common law, prima dello Sherman Act, vi era stata un'evoluzione in tal senso (c.d. cospirazioni in restrizione al commercio, ossia limiti alla libertà commerciale di soggetti terzi rispetto all'accordo), ma si trattava ancora di riconoscere la tutela in ragione della lesione della libertà commerciale [Cfr. A. GIGLIOBIANCO, C. GIORGIANTONIO, *op. cit.*, pag. 3]. Emanato con la dicitura "*An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies*", lo Sherman Act volgeva invece la propria tutela direttamente alla protezione del commercio, per mezzo del sostanziale proposito di mantenere le condizioni concorrenziali del mercato [G. BERNINI, *op. cit.*, 1963, pag. 209].

¹⁶ "[...] e quando la cultura liberale riesce a farsi largo fra le tante varietà di statalismo europeo e comincia a imporre l'antitrust (e non lo Stato) come strumento per combattere quel potere, le assonanze con i principi originari dell'antitrust americano diventano consistenti" [G. AMATO, *op.cit.*, pag. 95]

rispetto al modello statunitense. Invero, se la prima sezione dello Sherman Act potrebbe sembrare lo stampo dal quale il legislatore comunitario (e in seguito anche quello italiano) ricavò la fattispecie delle “intese”, la seconda sezione presenta una differenza tutt’altro che semplicemente linguistica rispetto al divieto europeo di abuso di posizione dominante¹⁷.

1.1.1 La natura del divieto di monopolizzazione

Incidendo in maniera diretta sull’uso in senso anticoncorrenziale che si fece del *trust* e di altre pratiche affini, la prima sezione dello Sherman Act sancì il divieto di stringere accordi o dar luogo a pratiche concordate che avessero come risultato la restrizione del commercio. Le medesime esigenze individuabili nel garantire il commercio e salvaguardare la dinamica concorrenziale dei mercati, si ritrovano anche alla base dei divieti posti nella seconda sezione, laddove il legislatore americano riprese la tradizione legata al *crimen monopolii* enucleando tre nuove fattispecie illecite: la monopolizzazione, il tentativo di monopolizzazione e la cospirazione per monopolizzare il mercato¹⁸.

Aspetto comune alle tre figure è il **potere monopolistico** acquisito o ricercato da parte dell’impresa. Si tratta di un concetto non perfettamente coincidente con l’instaurazione di un monopolio o quasi monopolio, consistendo più latamente nella capacità di manovrare il mercato in

¹⁷ Cfr. G. BERNINI, “*Un secolo di filosofia antitrust*”, 1991, pag. 39

¹⁸ “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.” [Sherman Act, Sezione II]

maniera tale da provocandovi tendenzialmente le medesime conseguenze negative solitamente attribuite all'instaurazione di un monopolio¹⁹.

L'attualità nella detenzione di tale potere può essere espressione di una monopolizzazione (in senso stretto), fattispecie che viene a integrarsi attraverso la volontaria acquisizione o mantenimento di un potere monopolistico nel mercato, purché dettato da modalità slegate dalla qualità dei prodotti, dalle capacità manageriali o da contingenze storiche²⁰, dunque sostanzialmente ottenuto per mezzo di una pratica anticoncorrenziale.

Nella *ratio*, il divieto americano e la corrispondente fattispecie europea coincidono nel non precludere alle imprese la possibilità concreta di “conquistare” una posizione di considerevole potere economico, limitando tuttavia tale risultato a modalità legittimamente legate ad un successo concorrenziale²¹. Fra i due istituti si riscontra tuttavia un'importante differenza che emerge in considerazione della natura penalistica del divieto di monopolizzazione. In effetti, la trasgressione del divieto statunitense comporta l'integrazione di una fattispecie di reato (*felony*) e come tale presuppone il necessario accertamento circa la sussistenza dell'elemento psicologico (dolo specifico)²² nell'agente, aspetto viceversa superfluo nella corrispondente fattispecie europea, la

¹⁹ Cfr. G. BERNINI, *op. cit.*, 1991, pag. 40; Per le conseguenze derivanti dall'instaurazione di un monopolio, vd. par. 1.2.1

²⁰ Cfr. *USA vs. Grinnell Corp*, 384 U.S. 563 (1966)

²¹ Le differenze fra il divieto di monopolizzazione e la disciplina dell'abuso di posizione dominante, si accompagnano in effetti a numerosi punti d'incontro: in entrambi i casi viene proibita una condotta unilaterale volta a influenzare negativamente l'andamento dei mercati; centrale è la detenzione di un significativo potere economico e sia nell'uno che nell'altro caso è presente il riferimento al pregiudizio del commercio fra stati [E. AREZZO, “*Intellectual Property Rights at the Crossroad Between Monopolization and Abuse of Dominant Position: American and European Approaches Compared*”, in “*The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law*”, 2006, vol. 24, pag. 465, reperibile al sito www.repository.jmls.edu]

²² Cfr. A. HUNTER, “*Monopolio e concorrenza*”, 1978, pag. 227; cfr. N. ACOCELLA, “*La politica economica nell'era della globalizzazione*”, 2001, pag. 226 - 229

quale configura, viceversa, una responsabilità non penalistica, oltre che eminentemente “oggettiva”²³ in quanto prescindente da qualunque valutazione circa l’intenzionalità dell’*incumbent* nel realizzare l’abuso.

Altra differenza fondamentale riguarda la presenza di un ulteriore elemento essenziale per l’integrazione dell’illecito europeo: la detenzione, da parte del soggetto agente, di una posizione dominante²⁴. La mancanza di quest’ultimo presupposto nella disciplina statunitense assume una significativa rilevanza rispetto ai divieti relativi al tentativo di monopolizzazione e alla cospirazione per monopolizzare il mercato, laddove potranno incorrervi anche le imprese momentaneamente prive di potere monopolistico. In tali figure assume ovviamente una maggiore incidenza l’esame dell’intenzionalità, al quale si accompagna, limitatamente al tentativo, la valutazione sull’effettiva probabilità di successo²⁵.

Le fonti del diritto antitrust statunitense non sono limitate alle disposizioni contenute nello Sherman Act. Sarà solo attraverso l’emanazione del **Clayton Act** del 1914 che venne introdotta una disciplina sulle concentrazioni²⁶, integrando ulteriormente la normativa attraverso la

²³ La nozione oggettiva dell’abuso di posizione dominante verrà meglio analizzata in seguito. Si anticipa, come esemplificativa del differente approccio europeo, una relativamente recente pronuncia del Tar del Lazio, nella quale viene ribadito che “l’abuso di posizione dominante [...] è un illecito di mera condotta per la cui realizzazione [...] non è necessario che l’impresa abbia avuto coscienza di violare un divieto, essendo sufficiente che essa non abbia potuto ignorare che il comportamento avesse per oggetto la restrizione della concorrenza, indipendentemente dal fatto che il comportamento, potenzialmente restrittivo della concorrenza abbia o meno avuto effetti pratici”[Tar, sent. 4 giugno 2007, n. 5115, “*Compagnia Portuale Brindisi?*”]

²⁴ Il concetto di posizione dominante verrà meglio esaminato nel secondo capitolo, si anticipa fin da subito che, sulla base alla giurisprudenza Hoffman La Roche, consiste nella posizione di potenza economica che consente a chi la detiene di tenersi tendenzialmente indifferente rispetto alle reazioni dei consumatori e dei concorrenti. In buona sostanza, coincide col potere monopolistico del modello americano oltre che, rispetto all’analisi economica, con un livello considerevole del *technical market power* [vd. par. 1.2.1]

²⁵ Cfr. M. HANDLER, R. M. STEUER, “*Attempts to Monopolize and No-Fault Monopolization*”, in “*University of Pennsylvania Law Review*”, 1980, vol. 129, reperibile al sito scholarship.law.upenn.edu

²⁶ Il legislatore americano emanò quest’ultima legge al fine di integrare la normativa preesistente, correggendo un’importante lacuna della legge del 1890, quale la disciplina delle operazioni concentrative.

previsione di divieti specificamente individuati rispetto a determinate condotte – quali la discriminazione di prezzo, clausole di esclusiva e pratiche legate – idonee a produrre una restrizione della concorrenza²⁷.

Considerando la rigida interpretazione letterale dello Sherman Act, promossa dalla prima giurisprudenza, l'approccio presuntivo col quale vennero vietati i suddetti comportamenti potrebbe intendersi come una conferma della linea oltranzista rispetto a qualunque condotta astrattamente anticoncorrenziale, smentendo la successiva linea interpretativa che, pur prima del Clayton Act, aveva consentito un'applicazione più flessibile dei divieti²⁸.

Dice Bernini:

“L'elemento di prevenzione contenuto nella legge si ritrova appunto nell'uso della frase “può essere” [may be]. Essa sta infatti a indicare che non occorre che le singole pratiche restringano in concreto la concorrenza [...] ma che è sufficiente che il probabile effetto delle stesse, ove se ne permetta la continuazione sia quello di diminuire sostanzialmente la concorrenza ovvero di tendere alla creazione di un monopolio”²⁹

In effetti venne notato come “[...] quei concorrenti che aspiravano a coordinare i propri prezzi avevano l'opzione di fondersi in un'unica impresa, senza contravvenire alle disposizioni [...] lo stesso Sherman Act aveva indirettamente provocato un considerevole aumento nel numero delle fusioni realizzate negli USA”. In particolare, il Clayton Act innovò l'ordinamento colpendo le concentrazioni realizzate attraverso l'acquisto di partecipazioni azionarie reciproche (*intercorporate stockholding*) nonché le ancor più celate pratiche concentrative che si realizzavano per mezzo di amministrazioni collegate (*interlocking directorates*) [M. MOTTA, M. POLO, *op. cit.*, pag. 13]

²⁷ Cfr. G. AMATO, *op. cit.*, pag. 19

²⁸ Ci si riferisce in particolare alle pronunce del 1911, relative ai casi “*Standard Oil*” e “*American Tobacco*”, nelle quali venne riscoperto il c.d. criterio di ragionevolezza, volto a determinare in sede di applicazione della norma, un'interpretazione più elastica del rigido tessuto normativo.

²⁹ Cfr. G. BERNINI, “*Common Law e legislazione antitrust statunitense*”, 1963, pag. 251; molto ricorrente, nel testo originale del Clayton Act, la frase “*may be to substantially lessen competition*” come presupposto per l'illiceità delle condotte elencate, sebbene sul concetto di “sostanzialmente” emersero dubbi interpretativi.

Tuttavia, ad opposte conclusioni si potrebbe giungere attraverso la lettura del **Federal Trade Commission Act**, legge emanata nello stesso anno e ricordata per la costituzione dell'omonima agenzia governativa³⁰. In effetti, grazie a tale provvedimento vennero introdotte previsioni di maggiore elasticità e per certi versi compensative della rigidità dei due precedenti interventi normativi, proprio in virtù della centralità riconosciuta alla nuova Agenzia nell'applicazione dell'*enforcement*³¹. Quest'ultima avrebbe potuto intraprendere delle indagini concrete sugli effetti di pratiche sospette, anche anteriormente al contenzioso, dunque privilegiando il ricorso a interventi correttivi o ripristinatori dello *status quo ante*³².

1.1.1 La *Rule of Reason*: genesi del criterio

Nella concreta applicazione della normativa statunitense, è possibile individuare una moltitudine di linee interpretative che, a seconda del

³⁰ Alla "Federal Trade Commission" è affidato il controllo preventivo delle pratiche passibili di restringere la concorrenza, nonché una funzione di ausilio tecnico nei confronti di altri organi pubblici. In precedenza, l'applicazione dello Sherman Act ruotava essenzialmente sull'operato dell'Antitrust Division: ufficio creato in seno al Dipartimento di Giustizia statunitense, che tuttavia agiva soltanto attraverso il circuito giudiziale [<https://www.ftc.gov/about-ftc/our-history>; <http://www.justice.gov/atr/about/division-history.html>]

³¹ Cfr. G. BERNINI, *op. cit.*, 1991

³² La legiferazione statunitense, si sarebbe conclusa con due ulteriori provvedimenti, quali il Robinson-Patman Act del 1936 (attraverso il quale si colpiscono ulteriormente le pratiche discriminatorie) e il Wheeler-Lea Act del 1938 (che estese i compiti dell'Agenzia fino alla repressione di pratiche come la pubblicità non veritiera), ma il modello americano avrebbe continuato ad evolversi nelle aule giudiziarie, laddove la giurisprudenza, recependo le differenti teorie economiche che si susseguirono in materia, avrebbe arricchito di diversi aspetti, e connotato di diverse finalità, l'applicazione del diritto della concorrenza. Meritano un cenno anche gli interventi legislativi di Stati. In effetti, già parecchio tempo prima dell'emanazione dello Sherman Act, le costituzioni di diversi Stati prevedevano disposizioni antimonopolistiche, seppur nella diversa ottica delle concessioni di privilegi da parte degli Stati stessi. Una vera e propria legge contro la monopolizzazione nel commercio del grano venne istituita in Kansas nel 1887, seguita a breve da analoghe legislazioni in numerosi altri Stati. Vi sono opinioni discordanti circa l'effettivo contributo della legislazione statale in tema di antitrust. Invero, la stessa Costituzione americana non lasciava sufficiente margine di autonomia in tale materia. Com'è anche intuibile, i singoli Stati avrebbero potuto legiferare solo per la protezione del commercio interno al territorio statale, circostanza che, per la natura "transfrontaliera" delle pratiche da reprimere, rappresentava un limite evidente [G. BERNINI, *op. cit.*, 1963, da pag. 194]

periodo, diedero una differente connotazione all'*enforcement* antitrust. In effetti, considerando la rigida formulazione dei divieti e la rilevanza penalistica di determinate fattispecie, non sorprende che la prima applicazione dello Sherman Act si fosse risolta in un'indiscriminata repressione di qualunque comportamento anche solo vagamente anticoncorrenziale, a prescindere dall'effettiva inidoneità nel determinare un'effettiva lesione della concorrenza³³. In breve, si pervenne alla riscoperta del **criterio di ragionevolezza** (*rule of reason*), sulla base del quale si sarebbe ammesso l'intervento antitrust solamente nei confronti delle condotte che contravvenissero realmente alla *ratio* sottostante ai divieti in questione.

La prima elaborazione di tale criterio si deve alle corti inglesi di *common law*, seppure dalla "ragionevolezza" da loro considerata si sarebbe progressivamente allontanata la successiva giurisprudenza americana.

L'approccio inglese in materia di concorrenza si basava, in particolare, sulla classificazione di due distinte categorie di contratti restrittivi: gli "*ancillary restraints*", consistenti in accordi o pattuizioni (prettamente accessori rispetto a contratti di cessione d'azienda) in virtù dei quali una parte si obbligava a non esercitare determinate attività professionali, e i "*non ancillary restraints*", che pur avendo il medesimo oggetto della prima categoria, risultavano carenti della subordinazione ad un contratto principale³⁴. Rispetto alla seconda categoria, la reale finalità poteva

³³ Sostanzialmente, venne invertito il fine con il mezzo. Emblematica di tale situazione è la pronuncia relativa al caso *US vs Trans Missouri Freight Association*, nella quale significativo fu il dissenso espresso dal giudice White: "It is, I submit, not to be doubted that the interpretation of the words "every contract in restraint of trade" so as to embrace within its purview every contract, however reasonable, would certainly work an enormous injustice, and operate to the undue restraint of the liberties of the citizen. But **there is no canon of interpretation which requires that the letter be followed, when by so doing an unreasonable result is accomplished**" [G. BERNINI, *op. cit.*, 1991 pag. 16]

³⁴ *Ivi*, pag. 93

individuarsi nella determinazione di un'indebita restrizione della concorrenza, ragione per cui tali istituti vennero pacificamente ritenuti illeciti. Gli accordi della prima categoria potevano invece presentare finalità del tutto legittime³⁵, rendendo dunque necessaria una valutazione, caso per caso, della ragionevolezza dell'accordo.

A riprova della derivazione dello Sherman Act dall'esperienza delle corti inglesi³⁶, appare interessante notare l'affinità della ricostruzione operata dalla giurisprudenza americana in due storiche pronunce del 1911. Più precisamente, nei casi "Standard Oil" ed "American Tobacco", la giurisprudenza si allontanò dall'applicazione letterale dello Sherman Act, non recriminando il mero raggiungimento di un potere monopolistico "bensì la circostanza che gli stessi abbiano [...] ottenuto o posto in essere tale potere irragionevolmente, e cioè mediante l'impiego di tattiche concorrenziali predatorie"³⁷. La medesima impostazione venne ribadita e generalizzata nel 1918, in relazione al noto caso "Chicago Board of Trade", laddove la Suprema Corte rilevò l'inopportunità di vietare qualsiasi contratto comportante una qualche restrizione della concorrenza: "giacché ogni contratto comporta un qualche effetto restrittivo dell'autonomia privata: illecite, al contrario, sarebbero soltanto quelle intese produttive di un'irragionevole restrizione della concorrenza"³⁸.

Sulla base delle suddette pronunce, si può affermare che l'embrione della *rule of reason*, esistente ancor prima della nascita del moderno antitrust,

³⁵ Non a caso si trovano istituti speculari nell'odierna legislazione italiana, come ad esempio il "divieto di concorrenza" ex art. 2557 c.c.

³⁶ Cfr. A. GIGLIOBIANCO, C. GIORGIANTONIO, *op. cit.*, pag. 18

³⁷ Cfr. G. BERNINI, *op. cit.*, 1991, pag.92

³⁸ Cfr. V. MANGINI, "Lineamenti generali", in AA.VV., "Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza", 2009, pag. 410

abbia rappresentato un importante ausilio per un'applicazione più elastica ed oculata delle norme. Tuttavia tale parametro risentiva ancora della più ridotta dimensione in cui si collocava l'interesse giuridico antecedente alla rivoluzione industriale, ossia la sola restrizione all'altrui libertà di contrarre³⁹. Gli obiettivi più ampi che si sarebbero attribuiti allo Sherman Act avrebbero portato, in seguito, ad ampliare e diversificare l'ambito entro cui valutare la ragionevolezza, includendo la promozione dell'innovazione, la ricerca dell'efficienza economica nei mercati e, soprattutto, la tutela del consumatore.

Anche per rispondere a tali esigenze, le corti americane adottarono un differente approccio basato sulla "*per se condemnation theory*": impostazione frutto dell'influenza che a partire dalla metà del XX secolo avrebbe esercitato la **Scuola di Harvard**.

1.1.2 Sviluppi interpretativi: dallo strutturalismo di Harvard alla Scuola di Chicago

Gli economisti di Harvard introdussero, per la prima volta nell'analisi del diritto antitrust, un approccio induttivo, rilevando l'esistenza di una relazione diretta fra le caratteristiche della struttura di mercato e i risultati attesi nell'attività delle imprese. In particolare, il riscontro di una significativa correlazione fra elevati tassi di concentrazione economica e comportamenti collusivi tendenti alla monopolizzazione, fece protendere per individuare nel mantenimento di una struttura più frammentata,

³⁹ “[...] il bene protetto [...] era la libertà di contratto, in caso di contratti in restrizione del commercio e la libertà dei terzi in caso di cospirazioni in restrizione del commercio” [G. AMATO, *op. cit.*, pag. 14] Riassuntivo della rule of reason di common law, è il seguente passo della pronuncia relativa al caso *Mitchel vs Reynolds* del 1711: “Tutti gli accordi contrattuali ove si riscontri una mera restrizione del commercio e niente più, sono invalidi. Tuttavia, questa presunzione è esclusa se circostanze specifiche della fattispecie mostrano che il contratto è ragionevole e proficuo per gli interessi della collettività” [G. BERNINI, *op. cit.*, 1991, pag.92]

compatibilmente con la presenza di economie di scala, la direzione da seguire per l'ottenimento di una migliore performance in relazione all'efficienza allocativa⁴⁰.

Su tali assunti venne promossa la visione "strutturalista" che nelle corti statunitensi portò all'enucleazione di numerose presunzioni di illiceità (*per se condemnation*) per determinate categorie di accordi o condotte, ritenute ingiustificabili in ragione della loro presunta idoneità a compromettere la struttura concorrenziale del mercato. Sebbene tale approccio avesse il pregio di semplificare l'indagine dell'interprete – fornendo inoltre un maggior grado di certezza in ordine ai comportamenti ricadenti nei divieti – il rigido formalismo che ne discese, finì per determinare scelte obiettivamente criticabili, dovute proprio alla conseguente superfluità di qualsiasi valutazione in ordine agli effetti anticoncorrenziali concretamente scaturenti dalle condotte⁴¹.

In effetti, gli stessi economisti di Harvard ammisero che un approccio strutturale avrebbe potuto dar luogo a scelte sconvenienti⁴², affermando al contempo che i relativi svantaggi si sarebbero compensati proprio grazie

⁴⁰ Cfr. F. GOBBO, "Il mercato e la tutela della concorrenza", 1997, pag. 46

⁴¹ Cfr. T. A. PIRAINO, "Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century", "Indiana Law Journal & Supplement", 2007, v. 82, pag. 353, reperibile al sito ijl.law.indiana.edu

⁴² Nel caso "Alcoa" del 1950, ad esempio, si ritenne che la società imputata fosse colpevole di monopolizzazione nel mercato di produzione dell'alluminio, fondando tale conclusione in considerazione dell'elevata quota di mercato detenuta e delle condotte suscettibili di determinarne un incremento. Non venne dato, di contro, alcun rilievo al fatto che l'Alcoa avesse sostenuto ingenti investimenti al fine di incrementare le proprie capacità produttive, né che fosse esposta alla concorrenza potenziale delle importazioni e che, per tale ragione, mantenesse i prezzi dell'*output* a livelli ragionevolmente vicini ai propri costi. Nella medesima occasione, il giudice Hand (facente parte del collegio giudicante) espresse con vigore l'irrazionalità della decisione del collegio, evidenziando come l'elevata quota detenuta dall'Alcoa non fosse dovuta a pratiche concertate o predatorie, ma ad una crescita fisiologica e naturale dell'impresa. La condanna dell'Alcoa nonostante tali rilievi, consistette in un radicale ripensamento del principio "*mere size is no offense*" emerso nel precedente caso U.S. Steel, inaugurando un relativamente breve indirizzo che individuava nel mero potere monopolistico l'integrazione del divieto *ex sez. II dello Sherman Act* [G. BERNINI, *op.cit.*, 1963, pag. 303, 304]

alla maggiore **efficienza** che avrebbe giovato al mercato il mantenimento delle dinamiche concorrenziali⁴³.

Per la prima volta veniva dato risalto alla promozione dell'efficienza allocativa (o pareto-efficienza) come obiettivo dell'*enforcement*, sebbene tale finalità fosse coordinata, sempre grazie ai divieti *ex ante*, con ulteriori e più tradizionali obiettivi di ordine non strettamente economico. Eppure, nel concreto, i divieti *per se* finirono nuovamente per riavvicinare l'applicazione della normativa antitrust al rigido formalismo delle origini, orientandosi verso il mantenimento spesso indiscriminato del pluralismo economico, nonostante alla tutela della libertà di operare nel mercato si fosse ora sostituita l'efficienza come finalità prevalente.

Concordi nel ritenere l'efficienza allocativa il vero obiettivo cui tendere, ma critici rispetto alla base teorica e alle conseguenti soluzioni della Scuola di Harvard⁴⁴, furono gli economisti della **Scuola di Chicago**, le cui teorie avrebbero profondamente rivoluzionato l'antitrust statunitense⁴⁵.

Fiduciosi nelle potenzialità autoregolanti del libero mercato⁴⁶, i *chicagoans* individuaronο nell'intervento normativo dello Stato la fonte principale del potere monopolistico: “[...] in assenza di interferenze statali, ogni posizione dominante è effimera oppure è il portato di una performance

⁴³ Cfr. F. GOBBO, *op.cit.*, pag 48

⁴⁴ Cfr. T. A. PIRAINO, “*op. cit.*”, pag. 354

⁴⁵ Si anticipa che, nella prospettiva dei *chicagoans*, l'efficienza coinciderebbe con la massima realizzazione possibile di surplus totale [v.d. par. 1.2.1], indifferentemente dalla distribuzione del relativo benessere. Su tale aspetto si misura una critica su di un piano differente rispetto alle obiezioni sollevate sul piano teorico, posto che la più recente tendenza interpretativa vede nell'antitrust, come obiettivo primario benché non esclusivo, la tutela del benessere del consumatore [V. MANGINI, *op. cit.*, pag. 405]

⁴⁶ Con riferimento alla fiducia da loro riposta nelle doti del mercato, Milton Friedman ha affermato: “[...] il nome Chicago è il sinonimo della convinzione circa l'efficienza del libero mercato quale mezzo di organizzazione delle risorse, dello scetticismo intorno agli interventi pubblici, e dell'enfasi accordata alla quantità di moneta in circolazione nel sistema economico quale fattore chiave nel generare inflazione” [H. LANDRETH, D. C. COLANDER, “*Storia del pensiero economico*”, 1996, pag. 747]

superiore”, ed in quanto tale suscettibile di rappresentare la soluzione più efficiente⁴⁷.

L’idea secondo cui la concentrazione economica risiederebbe alla radice dell’inefficienza economica, venne ribaltata attraverso un ampio ricorso agli strumenti della moderna micro-economia. In particolare, ritenendo la massimizzazione del profitto la strategia comunemente seguita dagli agenti economici, i *chicagoans* identificarono nell’elevato potere di mercato un indizio di un alto grado di efficienza⁴⁸.

Nonostante l’impostazione dei *chicagoans* non fosse esente da limiti – dovuti principalmente all’astrattezza e non perfetta corrispondenza dei modelli utilizzati rispetto alla realtà dei mercati – il suo contributo è da considerarsi fondamentale nella ricerca di un approccio applicativo sempre più orientato verso l’oculatazza dell’*enforcement*, avendo consentito “non solo di assolvere situazioni prima condannate, ma anche di colpire in modo argomentato comportamenti e situazioni che in precedenza solo con l’invalidità per sé si potevano vietare”⁴⁹.

Su tali basi, la giurisprudenza statunitense poté rielaborare il criterio della *rule of reason*, fondando le proprie valutazioni sulla ricerca dell’effettiva sussistenza di inefficienze sorbite nel mercato a causa dei presunti illeciti. Ovviamente, anche in tal caso vi è il risvolto della medaglia, quale

⁴⁷ Cfr. C. BENTIVOGLI, S. TRENTO, “*Economia e politica della concorrenza*”, 2000, pag. 53

⁴⁸ Fintanto che una situazione di monopolio non venga istituzionalizzata, il suo permanere sarebbe da ritenersi espressione delle necessità del mercato stesso. Così criticando l’effettiva capacità preclusiva delle barriere all’ingresso differenti da quelle normative e amministrative, gli economisti di Chicago ritennero che, ove fosse inefficiente la concentrazione per il mercato, sarebbe sempre possibile per un concorrente potenziale immettersi nel mercato del monopolista, erodendogli le quote necessarie per ristabilire una situazione di efficienza. Se ciò non avviene, è perché le caratteristiche del mercato richiedono un’elevatissima concentrazione di potere economico [F. GOBBO, *op. cit.*, pag. 43; Vd. par. 1.2.2]

⁴⁹ Cfr. G. AMATO, *op. cit.*, pag. 35

l'onerosità dell'indagine richiesta in sede applicativa e la conseguente incertezza del diritto.

1.2 Introduzione economica allo studio della concorrenza: la teoria della “Mano Invisibile”

Il tema della concorrenza si presta indubbiamente a ricevere una particolare attenzione da parte della scienza economica, il cui ausilio può rivelarsi fondamentale nel fornire al legislatore e all'interprete del diritto gli strumenti adeguati per comprendere l'ambito nel quale viene ad incidere la normativa antitrust.

Una branca in particolare, quale l'analisi economica del diritto, si occupa specificamente di analizzare gli effetti delle norme sul comportamento degli agenti economici, suggerendo le soluzioni normative più efficaci per ottenere le *performances* ricercate⁵⁰. Al fine di comprendere i contributi di dell'analisi economica del diritto applicata alla disciplina della concorrenza, appare necessario esaminare alcune delle teorie e dei concetti fondamentali della scienza economica, chiarendo quali siano i meccanismi che muovono le forze economiche componenti il mercato. Sotto quest'ottica, il punto di partenza non può che essere la teoria economica di Adam Smith⁵¹.

⁵⁰ Nel ricorrere alle risultanze dell'analisi economica, bisognerebbe innanzitutto domandarsi se sussista una perfetta coincidenza fra il concetto giuridico e quello economico di concorrenza. Su tale aspetto si rammenta che Ludwig Raiser (1904 – 1980) identificò nell'assetto concorrenziale del mercato una scelta di politica economica, la cui naturale conseguenza dovrebbe essere il riconoscimento, in capo a ciascun soggetto privato, di un vero e proprio diritto al mantenimento degli assetti concorrenziali. Avallando tale impostazione, si potrebbero individuare due distinti ambiti di tutela, ossia un ambito di natura pubblicistica ed un altro di tipo privatistico [F. GOBBO, *op. cit.*, pag. 24]

⁵¹ Nato a Kirkcaldy nel 1723, Adam Smith si è dedicato allo studio dell'economia e di numerose altre branche del sapere. Considerato il primo degli economisti classici, la sua teoria è ritenuta, unanimemente, il punto di partenza obbligatorio per qualunque ricerca di natura economica [RONCAGLIA A., “Introduzione”, in SMITH A., “*La ricchezza delle nazioni*”, Roma, Newton, 1995]

Il fulcro dell'analisi di Smith, ruota intorno ad una precisa concezione dell'uomo quale soggetto eminentemente "razionale"⁵² e principalmente mosso dal *self-interest*⁵³. Egli non ritenne che la ricerca del tornaconto personale fosse in contrasto con il bene della società, al contrario sostenne la sua importanza per il funzionamento di quelle dinamiche fondamentali attraverso le quali l'interesse del singolo avrebbe potuto coincidere con quello della collettività, portando alla realizzazione del massimo benessere collettivo⁵⁴. Fiducioso in tale coincidenza, Smith sostenne la necessità di lasciare interagire liberamente le forze componenti la domanda e l'offerta di ciascun bene. Sarà proprio attraverso questa libera interazione, guidata come da una "**mano invisibile**", che potrà realizzarsi la più efficiente allocazione possibile delle risorse.

Sulla base di quanto detto, Smith potrebbe apparire un sostenitore del c.d. principio del *laissez-faire*. In effetti, egli ritenne che lo Stato non avrebbe dovuto interferire nelle dinamiche concorrenziali, poiché sarebbe stato il mercato stesso a correggere eventuali imperfezioni. Eventuali squilibri o inefficienze sarebbero stati dei semplici momenti di transizione verso un nuovo raggiungimento dell'equilibrio di mercato.

⁵² Per razionale, in economia, si intende quel comportamento, volontario o sistematico, volto a porsi nelle migliori condizioni per il raggiungimento di determinati obiettivi. Considerando gli individui come agenti razionali, vediamo che essi saranno disposti a compiere una data azione sulla base del confronto fra costi e benefici [N. G. MANKIWI, "*Principi di Economia*", 2007, pag. 4]; la norma di legge viene vista come un incentivo, tale da rendere una azione meno o più desiderabile, andando quindi ad incidere sulle performance del singolo agente e della società nel complesso [S. SHAVELL, "*Fondamenti dell'analisi economica del diritto*", 2005]

⁵³ Ossia del tornaconto personale, concetto da tenere ben distinto da *selfishness* che in italiano assume il significato di egoismo. Smith, in "La teoria dei sentimenti morali" metteva in luce la tendenza dell'uomo a ricercare l'approvazione dei suoi simili. "Questa propensione morale agisce da contrappeso alle motivazioni più egocentriche" garantendo un esito "socialmente positivo" nella ricerca dell'interesse personale [RONCAGLIA A., *op. cit.*]

⁵⁴ Cfr. E. ZAGARI, "*L'economia politica dal mercantilismo ai giorni nostri*", 2000, pag. 65

Nonostante ciò, approfondendo le opere di Smith si scopre come la fiducia dell'autore nelle doti autoregolanti del mercato fosse tutt'altro che incondizionata⁵⁵. Sarà lo stesso Smith a precisare che la mano invisibile avrebbe funzionato nel collegare l'interesse pubblico con l'interesse privato, solo qualora esistesse una situazione di libera ed effettiva concorrenza⁵⁶. Inaspettatamente, potremmo trovare nell'economista del '700 non solo il primo teorico del libero mercato, ma anche un sostenitore dell'intervento pubblico a correzione delle imperfezioni dello stesso.

Nel corso degli anni la scienza economica si è evoluta precisando, sulla base di modelli matematici sempre più precisi, il concreto funzionamento delle forze alle quali Smith fece riferimento. In particolare, secondo la moderna microeconomia, il punto di partenza imprescindibile deve identificarsi nel contesto stesso in cui avrebbero luogo le suddette interazioni, ossia il “mercato”: luogo fisico o virtuale nel quale la domanda si incontra con l'offerta.

Rappresentando l'incontro di tali forze su degli assi cartesiani, è possibile individuare due distinte curve, rispettivamente rappresentative della quantità di quel determinato bene che i compratori sarebbero disposti ad acquistare, e di quella che i venditori desidererebbero vendere, per ciascuna fascia di prezzo. Il punto nel quale le due curve si incontrano viene definito “**punto di equilibrio**” e rappresenta un rapporto ottimale

⁵⁵ Ad esempio, Smith raccomandava che “il governo si faccia carico di provvedere a quei beni che sono di grande utilità sociale ma che non sono prodotti dal mercato in quanto non sufficientemente profittevoli”, chiaramente riferendosi ai “beni pubblici” ossia quei beni non escludibili e non rivali; in particolare, l'autore richiama come esempio l'istruzione, ma ricorda altresì che lo stesso Smith propose l'intervento pubblico qualora fosse necessario proteggere le nascenti industrie nazionali [H. LANDRETH, D. C. COLANDER, “*Storia del pensiero economico*”, 1996, pag. 123]

⁵⁶ *Ivi* pag. 124

per l'efficienza del mercato in quanto idoneo a soddisfare sia la domanda che l'offerta⁵⁷.

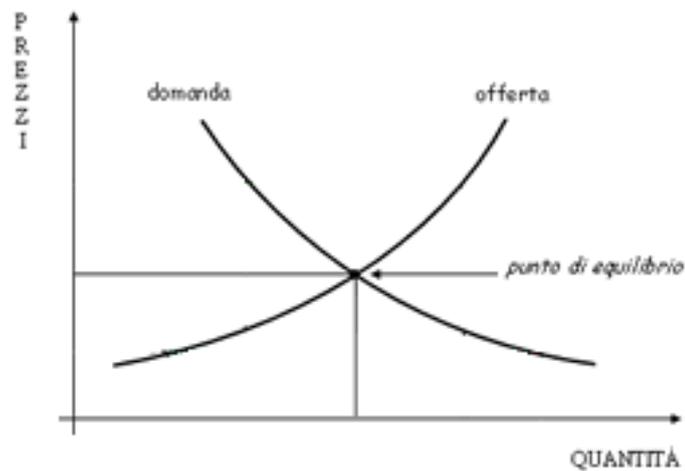


Grafico 1.1, fonte: giorgiosaba.blog.tiscali.it

Esaminando le due curve singolarmente, a partire dalla curva di domanda, è possibile notare una pendenza negativa, espressione grafica dell'assunto secondo cui: più alto è il prezzo di un bene, minore sarà la quantità che i compratori ne vorranno acquistare. Ovviamente la funzione può anche leggersi nel senso opposto, dunque al diminuire del prezzo, aumenterebbe la domanda del bene⁵⁸.

⁵⁷ L'equilibrio di mercato consiste nella situazione per cui tutti i venditori e tutti i compratori sono soddisfatti della quantità di transazioni effettuate. Diversamente, quando si verificano degli eccessi di offerta o di domanda, vi saranno un certo numero di venditori o compratori insoddisfatti. In assenza di forze esogene e in condizioni di concorrenza perfetta, gli agenti economici modificheranno i propri comportamenti in modo da raggiungere nuovamente l'equilibrio di mercato [R. FRANK, B. S. BERNANKE *op. cit.*, pag. 54, 187 e seg.]

⁵⁸ Diverse sono le spiegazioni di tale fenomeno, ad esempio possiamo individuare un effetto sostituzione (spostamento della domanda verso beni sostituti, all'aumentare del prezzo del bene sostituito) o un ancor più lampante effetto reddito (riduzione del potere di acquisto del consumatore in ragione dell'incremento nei prezzi dei beni) [ivi]

Le dinamiche appaiono più chiare tenendo presente che ciascun compratore ha un proprio “prezzo di riserva”, consistente nel massimo importo monetario che sarebbe disposto a pagare per l’acquisto di un determinato bene⁵⁹. Anche il venditore avrà un prezzo di riserva, viceversa consistente nell’importo minimo che accetterebbe per procedere alla transazione e che, solitamente, eguaglia il costo marginale necessario a produrre l’unità addizionale del bene⁶⁰.

Contrariamente alla curva di domanda, la curva di offerta ha infatti una pendenza positiva rispetto al prezzo, poiché i venditori sarebbero disposti ad alienare ulteriori unità del bene, fintanto che il prezzo praticabile possa coprire i relativi costi.

Per la teoria della Mano Invisibile, in assenza di forze esogene, la libera interazione fra una pluralità indefinita di venditori e di compratori porterà al massimo benessere possibile o, più tecnicamente, ad una situazione di efficienza in senso paretiano (o efficienza allocativa), la quale sussiste nel caso in cui nessun ulteriore mutamento sarebbe in grado di migliorare le condizioni di un agente, senza peggiorare quelle di un altro⁶¹. In tal senso, la combinazione prezzo/quantità determinata nel punto di equilibrio consentirà di soddisfare sia i compratori che i venditori.

Naturalmente, affinché il quadro funzioni, è necessario che gli agenti collocati dal lato della domanda, competano gli uni con gli altri,

⁵⁹ Sulla base del principio costi-benefici, una persona deciderà di acquistare un certo bene solo qualora il relativo beneficio atteso superi il costo [ivi]

⁶⁰ I costi marginali consistono nei costi che bisogna sostenere per lo svolgimento di un’unità aggiuntiva di una certa attività. Rapportando il concetto alla situazione esaminata, il costo marginale sarà la spesa che il venditore dovrà sostenere per collocare nel mercato un’unità aggiuntiva del prodotto. Vi sono pure i benefici marginali, i quali, proprio come i costi, corrispondono al beneficio aggiuntivo che provoca lo svolgimento di una certa attività. Gli agenti economici valuteranno se e quanto svolgere una certa attività proprio confrontando i relativi costi e benefici marginali, i quali saranno influenzati dal principio di scarsità (“nessun pasto è gratis”) e dal costo opportunità (valore che esprime la migliore alternativa cui si rinunciarebbe per porre in essere una data azione) [ivi]

⁶¹ Cfr. N. GIOCOLI, “*Impresa, concorrenza, regole*”, 2009, pag. 33

determinando una scelta dei prezzi soddisfacente per l'insieme dei consumatori. Solo il pericolo di perdere potenziali acquirenti (in ragione del prezzo più basso richiesto dai concorrenti per un bene analogo) indurrà ciascun produttore a calibrare il prezzo richiesto sulla base dei costi sostenuti per produrlo, determinando una tendenziale corrispondenza fra la curva dell'offerta e quella del costo marginale: *conditio sine qua non* per l'efficienza allocativa. Inoltre, la spinta concorrenziale gioca un ruolo fondamentale anche in ragione della conseguente “selezione darwiniana” che viene a determinare. In effetti, spingendo i prezzi verso il basso, la concorrenza costringe le imprese meno efficienti (e dunque aventi costi marginali più elevati) ad uscire dal mercato, premiando le imprese più efficienti oltre che, di riflesso, l'interesse del consumatore⁶².

1.2.1 Potere di mercato e mercati monopolistici

Nel precedente paragrafo si è descritta la situazione caratterizzante il mercato perfettamente concorrenziale. Tale situazione viene sovente individuata come l'obiettivo cui tendere, sebbene sia chiaro che le condizioni per la sua completa realizzazione siano quanto meno rare nelle situazioni concrete.

Nella consapevolezza di non poter raggiungere tale situazione ideale (c.d. “*first best*”), si potrà comunque tendere, attraverso oculati interventi correttivi, al raggiungimento della migliore alternativa (c.d. “*second best*”) e dunque ad una situazione quanto maggiormente possibile vicina a quella ottimale⁶³. Identificare il *second best*, nonché individuare gli interventi

⁶² Cfr. M. MOTTA, M. POLO, “*Antitrust*”, 2004, pag. 54

⁶³ Cfr. S. SHAVELL, “*Fondamenti dell'analisi economica del diritto*”, 2005

necessari per conseguirlo, è l'obiettivo che si pone l'analisi economica del diritto.

Vi sono una serie di circostanze che impediscono alla “mano invisibile” di adempiere alla sua missione, impedendo alle descritte dinamiche di realizzare un'allocazione efficiente delle risorse ⁶⁴. La moderna microeconomia ha raccolto tali circostanze in una serie di categorie, denominate *market failures*, fra le quali troviamo le asimmetrie informative, le esternalità e il potere di mercato. Quest'ultimo concetto può essere così descritto:

“Il concetto di potere di mercato [...] fa riferimento alla capacità di un'impresa di aumentare in modo profittabile il prezzo al di sopra di un certo livello competitivo (il livello di riferimento). Poiché il più basso prezzo possibile che un'impresa può praticare è uguale al costo marginale di produzione, il potere di mercato è di solito definito in funzione della differenza tra i prezzi praticati da un'impresa e i suoi costi marginali di produzione”⁶⁵.

In particolare, si fa riferimento alla capacità dell'impresa di tenersi sostanzialmente indifferente rispetto alle reazioni dei concorrenti e degli stessi consumatori, riuscendo così a mantenere i prezzi ad un livello elevato, senza subire significative riduzioni nelle vendite. E' evidente quanto il suddetto concetto risulti collegato alla nozione di posizione

⁶⁴ Si rilevi che nella prima metà del XX secolo emersero delle teorie economiche, critiche principalmente nei confronti del neo-classicista Alfred Marshall, che vedevano nel mercato monopolistico, piuttosto che in quello perfettamente concorrenziale, il risultato fisiologico del *laissez faire*: “laddove l'analisi marshalliana era giunta alla conclusione che (in assenza di situazioni inusuali, che avrebbero potuto generare una situazione di monopolio), il risultato normale del *laissez faire* basato sulla libera impresa sarebbe stato quello di mercati a struttura caratterizzati da concorrenza perfetta, Chamberlin è invece del parere che la conseguenza più tipica sia quella dei mercati di concorrenza monopolistica”. Semplificando, la ragione risiederebbe nella tendenza ad affermarsi di grandi imprese dotate di costi decrescenti (Piero Sraffa, 1926). [H. LANDRETH, D. C. COLANDER, *op. cit.*, pag. 736 – 739]

⁶⁵ Cfr. M. MOTTA, M. POLO, *op. cit.*, pag. 45

dominante, ed infatti, la detenzione di un elevato potere di mercato⁶⁶ la più comune causa della posizione di dominio. Il massimo potere di mercato detenibile da un'impresa, coincide con l'instaurazione di un monopolio sebbene anche tale scenario, al pari del mercato perfettamente concorrenziale, appaia difficilmente verificabile nei mercati reali, o per lo meno sarebbe difficile protrarre tale situazione nel lungo periodo, senza la presenza di riserve legali.

Rispetto ad un mercato perfettamente concorrenziale, il mercato monopolistico porta ad una significativa perdita di benessere, misurabile, come evidenziato nel grafico 1.2, nel mancato raggiungimento dell'efficienza produttiva.

Guardando la curva del ricavo marginale⁶⁷ dell'impresa monopolista, si può notare una significativa differenza rispetto al grafico precedente. In effetti, in una situazione di concorrenza perfetta, il beneficio (o ricavo marginale) che un'impresa ottiene dalla vendita di un'unità aggiuntiva del prodotto, corrisponderebbe al prezzo di mercato del bene, mentre dal grafico 1.2 si evince che, per il monopolista, il ricavo marginale ottenibile

⁶⁶ Andando alla ricerca di un ausilio per l'individuazione del *technical market power*, l'**indice di Lerner** potrebbe fornire dei parametri significativi. Si tratta di una tecnica che "combinando la regola marginalista di massimizzazione del profitto [...] con la relazione generale tra prezzo e ricavo marginale" consente di individuare il potere di mercato attraverso un calcolo che tiene conto della differenza fra prezzo di equilibrio e costo marginale, nonché dell'elasticità della domanda rispetto al prezzo. In condizioni di perfetta concorrenza, l'indice sarebbe pari a zero, mentre nel monopolio raggiungere il massimo grado [N. GIOCOLI, *op. cit.*, pag. 42]. L'applicazione dell'indice presenta dei problemi di non facile soluzione. In effetti anche solo la stima del costo marginale dell'impresa non sarebbe semplice, soprattutto con riferimento al calcolo del costo marginale. Sotto quest'aspetto, anche ipotizzando una sincera collaborazione fra Autorità e impresa (la quale in linea di principio non sarebbe facilmente disposta a rilevare il dettaglio dei propri costi), la stima di tale valore potrebbe rivelarsi fuorviante. A tali difficoltà, si potrebbe ovviare attraverso un'ancor più complessa stima dell'elasticità della domanda residuale, ma in tal modo si potrebbe giungere al paradosso di attribuire un non significativo livello di TMP ad un'impresa in sicura posizione dominante, impegnata in una strategia escludente, come avverrebbe per le strategie predatorie [im].

⁶⁷ Il ricavo marginale consiste nella variazione, nel ricavo totale di un'impresa, che viene a determinarsi in ragione della vendita di un'unità addizionale del prodotto. [R. H. FRANK, B. S. BERNANKE, *op. cit.*, pag. 207]

dalla vendita di un'unità aggiuntiva, sarebbe necessariamente inferiore al prezzo di mercato.

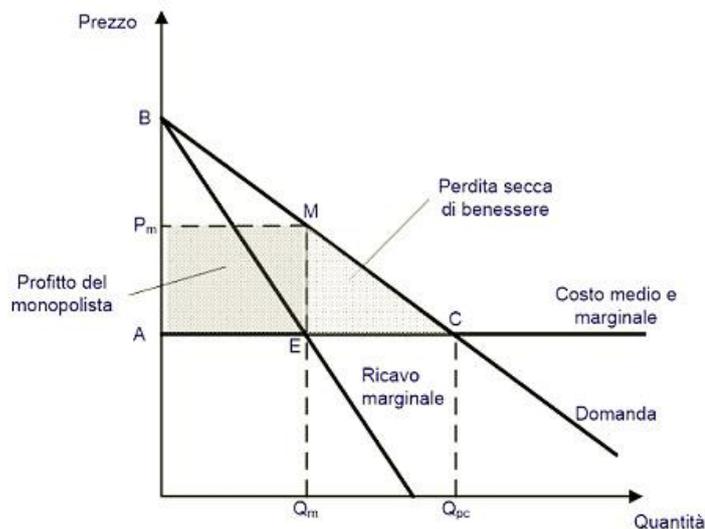


Grafico 1.2, fonte: elearning.ec.unipi.it

La ragione deve ricercarsi nella natura della curva di domanda. In effetti, in presenza di un'effettiva concorrenza, la curva di domanda sarebbe disegnata come una retta orizzontale, poiché vi sarebbe un numero indefinito di venditori e, ciascun potenziale acquirente, troverebbe indifferente rivolgersi ad uno piuttosto che ad un altro. Evidentemente, nel mercato monopolistico l'acquirente non avrebbe tale possibilità di scelta, essendovi un solo soggetto offerente il bene o servizio in questione. La pendenza negativa rappresenta graficamente la conseguenza di quanto detto, raffigurando quella che viene definita una domanda anelastica⁶⁸, ossia fortemente dipendente dalle condizioni praticate dal monopolista.

⁶⁸ Per elasticità della domanda, si intende la sensibilità di quest'ultima alla variazione del prezzo del prodotto cui si rivolge. "Formalmente [...] è definita come la variazione percentuale della quantità domandata derivante da una variazione di prezzo dell'1%". Avremo una domanda "elastica" quando la sua elasticità rispetto al prezzo è maggiore di 1, (situazione propria del mercato perfettamente concorrenziale), mentre definiremo domanda "anelastica" quella presentante un'elasticità inferiore ad uno (il limite massimo coincide con il mercato monopolistico). [*Ivi*, pag. 80]

Quanto detto, infatti, si ripercuote sull'atteggiamento delle imprese riguardo ai prezzi da praticare. In effetti, nel mercato perfettamente concorrenziale l'impresa sarebbe *price-taker* in quanto, non potendo in alcun modo influire sulla determinazione del prezzo di mercato, sceglierebbe di "accettare"⁶⁹ di produrre il proprio *output* per il prezzo determinato dall'interazione dei due insiemi di agenti economici. Il *price-taker*, praticando tale prezzo di equilibrio, può vendere quante unità desidera del prodotto in ragione della corrispondenza fra ricavi marginali costanti e il prezzo praticato⁷⁰. In altre parole, guadagnerà sempre il necessario per coprire i propri costi.

Il monopolista, al contrario, viene definito *price-setter*, in quanto suscettibile di determinare il prezzo del prodotto incrementando o riducendo il volume del proprio *output*⁷¹. Nello scegliere quale quantità collocare nel mercato, il monopolista deve tener conto che, aumentando la produzione, il prezzo richiesto diminuirebbe per la totalità dei beni prodotti, determinando quindi una progressiva riduzione nei propri ricavi marginali. La migliore soluzione che possa prendere, in un'ottica di massimizzazione del proprio profitto, è quella di produrre un *output* tale per cui il ricavo marginale eguagli il costo marginale⁷², rapporto che, tuttavia, non appare soddisfacente per il consumatore, né per il mercato in generale.

⁶⁹ L'impresa non sarebbe incentivata a praticare un prezzo differente: un prezzo più elevato determinerebbe un deficit nelle vendite, mentre un prezzo più basso non sarebbe una scelta razionale in un'ottica di massimizzazione del profitto. [Ivi, pag. 201]

⁷⁰ Tutt'al più dovrà scegliere il livello di output efficiente al fine di massimizzare il profitto in corrispondenza del prezzo già determinato. In tale prospettiva dovrà tener conto dei propri costi medi e marginali (rispettivamente il costo totale per ogni quantità prodotta diviso per il numero di unità prodotte e l'incremento dei costi totali all'incremento di un'unità del prodotto).

⁷¹ Cfr. N. GIOCOLI, "Impresa, concorrenza, regole", 2009, pag. 41

⁷² Cfr. R. H. FRANK, B. S. BERNANKE, *op. cit.*, pag. 209

In effetti:

“[...] la presenza di un monopolio ha dunque due effetti sul benessere sociale: un effetto distributivo ed uno allocativo. L'effetto distributivo riguarda il passaggio di una parte di benessere sociale dalle tasche dei consumatori a quelle dell'impresa [...] L'effetto allocativo riguarda invece la distruzione di benessere sociale, causata dalla riduzione degli scambi [...] e misurata dalla DWL [deadweight loss].”⁷³

Dunque, la perdita di benessere risultante dall'instaurazione di un monopolio, può leggersi in una duplice ottica: dal punto di vista del consumatore e da quello dell'intera collettività (comprendente il produttore stesso).

Se il grafico 1.2 rappresentasse una situazione di concorrenza effettiva, noteremmo una sostanziale differenza nell'area BAC, che in tal caso rappresenterebbe il *surplus* del consumatore, ossia il beneficio che l'insieme dei consumatori ricavano dal partecipare al mercato⁷⁴. Il monopolio, invece, fa sì che tale valore si riduca al più piccolo triangolo BPmM, causa l'effetto distributivo del benessere a vantaggio del *surplus* del produttore, rappresentato nell'area PmMAE.

⁷³ Cfr. N. GIOCOLI, *op. cit.*, pag. 38

⁷⁴ Siamo nella branca della scienza economica denominata *Welfare Economics*, la quale si occupa di analizzare come l'allocazione delle risorse influenza il benessere degli agenti. Elementi fondamentali della ricerca sono il *consumer surplus*, ossia la somma che un compratore sarebbe disposto a pagare per un certo bene meno la somma che egli effettivamente paga, e il *producer surplus*, consistente nella differenza tra la somma totale incassata dal venditore ed il costo di produzione. La somma dei due dati consente di ottenere il surplus totale, dato che risulterà massimizzato quando si raggiunge l'allocazione efficiente delle risorse. E' dibattuto se il disvalore del monopolio debba essere ricercato nel minor benessere causato ai consumatori, o piuttosto nella perdita di benessere generale. Adottando un criterio strettamente efficientista (affine dunque all'approccio economico, anche perché più distaccato da un giudizio di valore che esulerebbe dalla natura dell'analisi) dovremmo optare per la seconda alternativa, ricercando quelle soluzioni volte a ridurre l'area di deadweight loss [*ibidem*]

In realtà, il risultato del monopolio non si limita a tale passaggio di *surplus*, determinando altresì una perdita netta di benessere collettivo (dovuta al c.d. effetto allocativo) individuabile nel triangolo MEC. Quest'ultima area, definita ***deadweight loss***, rappresenta infatti le transazioni che non hanno avuto luogo in ragione del prezzo troppo elevato e della minore quantità di *output* immessa nel mercato⁷⁵.

Guardando la situazione da un'ottica puramente efficientista, il passaggio di ricchezza dal consumatore al monopolista dovrebbe esser visto con pura indifferenza⁷⁶: sarebbe la diretta perdita di benessere collettivo, riscontrabile nell'area di *deadweight loss*, a rappresentare la vera preoccupazione. Ma il reale effetto negativo del monopolio potrebbe verosimilmente estendersi fino a ricomprendere l'intera area dell'extra-profitto⁷⁷ (coincidente con il passaggio di benessere dal consumatore al produttore) in ragione dei c.d. **costi di monopolizzazione**⁷⁸ (o *rent-seeking costs*), ossia costi improduttivi sostenuti dal monopolista al solo fine di preservare la propria posizione nel mercato.

⁷⁵ Si fa riferimento a quegli agenti, collocati dal lato della domanda, che pur avendo un prezzo di riserva idoneo ad indurli alla transazione, qualora il prezzo fosse determinato nelle suddette logiche dell'economia perfettamente concorrenziale, risulta superiore al prezzo monopolistico (dunque, in base al trade-off fra costi e benefici, non sarebbe per loro conveniente procedere nella transazione). Non a caso, la combinazione socialmente efficiente prezzo/quantità dovrebbe individuarsi nel punto C del grafico mentre, come risulta dal grafico, nel mercato monopolistico si produrrebbe una quantità Q_m , inferiore rispetto a quella efficiente (Q_{pc}), ad un prezzo P_m superiore rispetto a quello di equilibrio (che a sua volta si collocherebbe nel punto A). Si potrebbe comunque raggiungere l'efficienza permettendo al monopolista di "discriminare", ossia vendere il prodotto a prezzi differenti a seconda del valore di riserva degli acquirenti. In realtà, oltre che vietato dalle normative antimonopolistiche, sarebbe difficilmente realizzabile, specie con riferimento ai prodotti destinati al consumatore finale [ivi]

⁷⁶ Questo perché la ricchezza si sarebbe semplicemente spostata. Si ribadisce che un'analisi di questo genere non può tener conto di giudizi di valore.

⁷⁷ Da non confondersi con il profitto c.d. normale, il quale consisterà nel costo opportunità che sopporta il produttore per realizzare un determinato bene, comprensivo dei costi opportunità e dei costi impliciti.

⁷⁸ I costi di monopolizzazione consistono, ad esempio, nelle "attività lobbistiche volte a influenzare decisioni pubbliche verso la creazione di un monopolio legale". Tali assunti si devono a Posner, il quale giunge a ricondurre nell'area dei costi sociali da monopolizzazione anche l'intera area dell'extra-profitto, sebbene su tale posizione non vi sia pacificità; in tal modo si tradurrebbe in una perdita per il benessere collettivo anche il frutto dell'effetto distributivo [M. MOTTA, M. POLO, *op. cit.*, pag. 49]

1.2.2 *Workable competition* e mercati contendibili

Cercando di meglio inquadrare il c.d. *second best* cui si potrebbe concretamente aspirare nelle scelte di politica economica, è possibile far riferimento all'importante contributo di J. M. Clark, poi ripreso e per certi versi estremizzato dalla Scuola di Chicago. Clark pubblicò nel 1940 uno studio nel quale si individuava come *workable competition* (concorrenza sostenibile o realizzabile) una struttura di mercato caratterizzata da una concorrenza non esente da imperfezioni, le quali tuttavia, se inquadrate da un grandangolo, non sarebbero risultate dannose⁷⁹ ma fisiologiche o comunque tali da portare ad un ottimo livello di benessere complessivo⁸⁰.

Si potrebbe giungere ad inquadrare le suddette imperfezioni come un successo dello stesso libero mercato, rappresentando il conseguimento di una posizione di dominio “conquistata” attraverso le innovazioni tecnologiche, la migliore efficienza produttiva, o più in generale attraverso un superamento della concorrenza nel mercato⁸¹. D'altronde, è proprio questa l'aspirazione naturale che Smith intravide nella natura dell'uomo: quello spirito che avrebbe portato ciascun agente economico a concorrere con gli altri per il proprio tornaconto, ottenendo maggiori profitti grazie al conseguimento di una quanto più ampia quota di mercato.

Bisogna anche riconoscere che, in certi casi, poche imprese dotate di significativo potere di mercato (se non un unico monopolista) potrebbero risultare più efficienti rispetto ad una moltitudine indefinita di *price-takers*. In contesti come, ad esempio, l'industria farmaceutica o il mercato dei software, saranno necessari ingenti investimenti nella ricerca, inducendo

⁷⁹ Cfr. V. MANGINI, *op. cit.*, pag. 408

⁸⁰ Cfr. M. NEUMANN, “*Competition policy*”, 2001, pag. 29

⁸¹ “[...] potrebbe anche definirsi come una sorta di *rule of reason* degli economisti” [G. BERNINI, *op. cit.*, 1963, pag. 306]

ad una naturale concentrazione delle risorse economiche necessarie a tal fine.

In effetti, la ricerca – fonte principale dell’innovazione tecnologica – rientra nella categoria dei “costi fissi”, ossia fra quelle voci di spesa indipendenti dalla produzione realizzata. Nella medesima categoria rientrano i c.d. costi di avviamento, comprendenti a loro volta gli investimenti necessari alla creazione dell’apparato produttivo, ma anche per l’ampliamento delle infrastrutture attraverso le quale migliorare il processo produttivo o la fruizione del servizio da parte dell’utenza.

In simili contesti è possibile notare come, ad un dato aumento degli *input*, corrisponde una crescita dell’*output* più che proporzionale (c.d. “**economie di scala**”)⁸², correlazione che, in determinati casi, può giungere a richiedere che l’intera offerta si concentri nelle mani di un unico produttore (c.d. “monopolista naturale”⁸³) come situazione ottimale dal punto di vista dell’efficienza di mercato.

Anche nei contesti in cui non emergono economie di scala, tuttavia, il prevalere di un’impresa *leader* non significa necessariamente una perdita di benessere. Secondo la teoria dei mercati contendibili, in effetti, un monopolio può rappresentare un problema solo qualora il relativo mercato presenti delle barriere all’ingresso, ossia fattori di natura tecnica,

⁸² Le ragioni di tale correlazione vanno ricercate proprio nell’enormità di determinati costi fissi, il cui impatto nell’economia di un’impresa può essere diluito soltanto attraverso la produzione di un elevato livello di *output*. Tecnicamente, i costi totali di un’impresa assommano i costi fissi e i costi marginali, mentre i costi medi totali risulteranno dalla divisione dei costi totali, così determinati, con la quantità di output prodotto. Come detto, i costi fissi sono indipendenti dalla produzione effettivamente realizzata, mentre sappiamo che i costi marginali dipendono dall’output. Ipotizzando una significativa consistenza dei costi fissi (si parla almeno di milioni di euro per i mercati sopracitati), risulterà efficiente la produzione di un output tale da ridurre, matematicamente, al minor grado possibile la distanza tra costo medio totale e costo marginale. [R. H. FRANK, B. S. BERNANKE, *op. cit.*, pag. 204]

⁸³ “[...] in presenza di costi medi e marginali costanti e decrescenti [...] la massima efficienza produttiva richiede che l’impresa con i costi più bassi serva l’intero mercato: suddividere la produzione tra più imprese sarebbe in tali circostanze sicuramente inefficiente” [N. GIOCOLI, *op. cit.*, pag. 55]

economica o normativa, tali da ostacolare l'accesso al mercato da parte di potenziali concorrenti.

Secondo il **modello di Bain**, in particolare, l'assenza di tali fattori renderebbe possibile l'ingresso di un nuovo concorrente, il quale, ove l'impresa *leader* applicasse un prezzo di monopolio, non incontrerebbe difficoltà nell'acquisire una consistente quota di mercato. Il pericolo rappresentato dall'entrata potenziale, indurrebbe l'*incumbent* a mantenere i prezzi ad un livello prossimo ai propri costi marginali, lasciando all'entrante un margine di profitto tanto basso da non rendere conveniente il suo ingresso⁸⁴. In altre parole, il mercato perfettamente contendibile presenterà un apprezzabile livello di efficienza a prescindere dal potere di mercato detenuto dal *leader*, assicurando “una *performance* di lungo periodo del tutto analoga a quella di un mercato perfettamente concorrenziale”, sia che l'entrante acceda effettivamente al mercato, sia che il *leader* glielo impedisca⁸⁵.

Seguendo il modello di Bain, l'intervento pubblico deve indirizzarsi verso la rimozione delle suddette barriere, ma per la Scuola di Chicago, le uniche barriere tali da rappresentale un effettivo ostacolo all'accesso della concorrenza potenziale, sono quelle di natura normativa. In realtà, nonostante quest'ultimo assunto sia supportato da considerazioni tecnicamente valide, è possibile cogliervi un vizio di fondo, quale la non necessaria corrispondenza alla realtà di presupposti come la perfetta razionalità degli agenti o la completezza delle informazioni detenute da

⁸⁴ In particolare, l'entrante valuterà la possibilità di ottenere extraprofitto *ex post*, ma a tal fine dovrebbe calcolare la possibilità di recuperare i costi di avviamento, mantenendo un prezzo tanto basso da attirare sul proprio prodotto un elevato numero di acquirenti, ma allo stesso tempo sufficiente a consentirgli di autofinanziare l'ingresso. In tale valutazione giocherà un ruolo fondamentale la domanda residua, ossia l'insieme dei compratori non serviti dall'output del leader [N. GIOCOLI, *op. cit.*, pag. 44, 45]

⁸⁵ *Ivi*, pag. 49

ognuno di essi. Nei contesti reali, in effetti, giocano elementi ulteriori, essendo possibile una semplice erronea valutazione sulla non convenienza dell'ingresso per lasciare intaccata la posizione della dominante. Non bisogna nemmeno tralasciare la possibilità di agire in maniera “irrazionale”, spinti da ragioni diverse rispetto alla massimizzazione del profitto⁸⁶.

Sulla base di tali considerazioni, anche l'influenza della Scuola di Chicago ha finito per declinare, lasciando il passo a valutazioni più pragmaticamente legate agli scenari reali che alla virtualità dei modelli matematici. In effetti, i più recenti indirizzi dell'analisi economica (c.d. teorie *post-Chicago*) accompagnano ad un'analisi empirica – la quale si caratterizza per la migliore corrispondenza alla realtà rispetto agli astratti modelli teorici – l'uso della “teoria dei giochi”⁸⁷, al fine di ricostruire il più probabile comportamento degli agenti economici in condizioni di conoscenza imperfetta⁸⁸.

⁸⁶ Come rilevato in precedenza, la non perfetta “razionalità” del comportamento degli agenti potrebbe portare ad esiti imprevedibili [G. AMATO *op. cit.*; N. GIOCOLI, *op. cit.*], ma è anche possibile che la posizione dominante sia difesa secondo altre modalità, come l'uso di “strategie diverse dalla fissazione del prezzo limite, ma ugualmente dotate di un effetto escludente”; in particolare è possibile che il leader punti “all'accumulazione di capitali che non sono duplicabili nel breve periodo da parte delle rivali a meno di sostenere ingenti costi irrecuperabili” [N. GIOCOLI, *op. cit.*]. Anche tali elementi potrebbero leggersi come barriere all'ingresso, sebbene non di natura normativa, ma di certo bisognerebbe ammettere l'intervento pubblico ai fini della loro rimozione.

⁸⁷ Per “teoria dei giochi” si intende quel metodo analitico-matematico, applicabile alle scienze sociali, volto allo studio delle scelte strategiche di distinti agenti economici i cui interessi appaiono in conflitto. Si tratta di una teoria la cui applicazione concreta in tema di concorrenza riguarda principalmente i mercati oligopolistici [R. FRANK, B. S. BERNANKE, *op. cit.*, da pag. 231]

⁸⁸ Cfr. M. POLO, “L'intervento antitrust in materia di pratiche escludenti: lezioni dal dibattito recente”, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), “20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato”, 2010, pag. 682

1.3 La filosofia antitrust europea: una disciplina strumentale

Il tessuto socio-economico dell'Europa continentale si è caratterizzato, per lungo tempo, per una struttura fortemente avversa alla promozione del libero mercato e dei rapporti concorrenziali. In effetti, oltre all'ingombrante presenza dello Stato in veste di promotore, dirigente e protettore dell'economia nazionale, il ricorso ai corpi intermedi quale mezzo di composizione dei contrapposti interessi⁸⁹, delinea un quadro culturale di certo meno favorevole di quello che, viceversa, ha consentito l'emanazione dello Sherman Act negli Stati Uniti⁹⁰.

Un altro elemento non trascurabile per la comprensione del sistema europeo, riguarda la storica conflittualità che ha caratterizzato la diplomazia del vecchio continente, con secoli di guerre per il controllo delle risorse chiave. Non è dunque un caso se l'idea di un'Europa unita abbia cominciato a trasformarsi in realtà in seguito alla devastazione causata dal secondo conflitto mondiale; allo stesso modo è significativo che il punto di partenza di tale trasformazione sia stato l'istituzione della

⁸⁹ Storicamente, il riferimento attiene alle Corporazioni delle Arti e dei Mestieri che caratterizzarono il complesso degli agenti economici medievali [GIGLIOBIANCO, C. GIORGIANTONIO, *op. cit.*]; ma anche in tempi più recenti, come testimoniano alcune disposizioni originariamente contenute nell'odierno codice civile ("Consorti per il coordinamento della produzione e degli scambi") il ricorso a corpi intermedi veniva incentivato nell'ottica di ridurre la concorrenza più aggressiva [M. LIBERTINI, "La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni", in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), "20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato", 2010, pag. 102 - 104]

⁹⁰ Si pensi agli strumenti consociativi che, in sostanza, si risolsero in un congelamento della competizione fra i partecipanti. Tale tendenza si estremizzò ulteriormente con i regimi totalitari, tanto che nell'Italia fascista si arrivò a prevedere come obbligatorio il consorzio fra tutte le imprese di un determinato settore, qualora ciò corrispondesse alla volontà della maggioranza di esse. [G. AMATO, *op. cit.*, pag. 43, 44]

CECA⁹¹, comunità nata proprio per la condivisione delle fondamentali risorse al centro della contesa fra gli Stati.

Con la nascita della CECA avrebbe avuto origine quel processo di integrazione finalizzato alla progressiva condivisione delle sorti di gran parte del continente. Sarebbero seguiti altri trattati che avrebbero portato alla nascita della Comunità Europea (Trattato di Roma, 1957) e, in seguito, alla sua trasformazione nell'attuale Unione Europea, modificando gli assetti istituzionali, introducendo ulteriori obiettivi e politiche da realizzare per rendere sempre più compiuto il processo di integrazione⁹² ma, sebbene sia più volte cambiata la collocazione delle fonti, il contenuto delle norme antitrust ha conservato gli originari connotati dal Trattato di Roma ad oggi, mantenendo l'originaria vocazione ad impedire che determinate pratiche possano "pregiudicare il commercio tra Stati membri".

Non sarebbe azzardato individuare nel virgolettato di cui sopra il *leitmotiv* della normativa in esame⁹³ e, in effetti, la **strumentalità** rispetto alla realizzazione del mercato unico rappresenta un'ineludibile finalità del diritto antitrust comunitario, caratterizzandone l'*enforcement* per una particolare attenzione circa la repressione delle condotte idonee a

⁹¹ Il trattato costitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio venne firmato a Parigi il 18 aprile 1951 da Belgio, Germania, Francia, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi.

⁹² Una compiuta analisi delle fasi di tale processo di integrazione esorbiterebbe notevolmente dal tema dell'elaborato. Si ricordi come fasi fondamentali (dopo il Trattato di Roma) il Trattato di Maastricht (1993), che unifica gli organi le preesistenti comunità in un'unica Comunità Europea a sua volta basata sui c.d. tre pilastri (CECA, CEE, EURATOM), e il più recente Trattato di Lisbona che elimina struttura a tre pilastri istituendo l'UE e riordina i vecchi trattati, facendo confluire i rispettivi contenuti nel Trattato sull'Unione Europea e nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea [F. ATTINA', G. NATALICCHI, "L'Unione europea", 2010, pag. 15-72]

⁹³ In effetti troviamo tale condizione nell'art. 101 del Trattato FUE (ex art. 81 TCE) che vieta le intese anticoncorrenziali, come pure nell'articolo successivo che, a sua volta, vieta l'abuso di posizione dominante e, naturalmente, lo si ritrova ancora nel divieto di aiuti di Stato ex art. 107: unica disposizione specificamente rivolta agli Stati membri.

pregiudicare il processo di integrazione reciproca dei singoli mercati nazionali.

Rappresentando esplicitamente uno strumento più che un valore assestante⁹⁴, l'antitrust comunitario non può esimersi da un opportuno bilanciamento con gli ulteriori valori contenuti nei Trattati, in modo che, alla valutazione del pregiudizio consistente nella distorsione della concorrenza, sia stato possibile accostare delle valutazioni ulteriori ed esorbitanti⁹⁵.

Dalla garanzia delle libertà individuali alle esigenze occupazionali, dalla tutela di ambiente e salute alla ricerca di un'efficiente allocazione delle risorse, sono diversi gli obiettivi presi in considerazione dall'*enforcement* comunitario, e sebbene la mancanza di una direzione sempre coerente abbia attirato non poche critiche, spingendo verso un approccio sempre

⁹⁴ Cfr. M. LIBERTINI, "La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni", in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), "20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato", 2010, pag. 109

⁹⁵ In considerazione di tali caratteristiche, è possibile individuare diverse pronunce caratterizzate da valutazioni chiaramente esorbitanti rispetto alla stretta tutela della concorrenza. Un emblematico riscontro di tale tendenza può ritrovarsi in una decisione [Commissione, Dec. 23 dicembre 1992, n. 49/1993] attraverso la quale si esentò un accordo fra due importanti case automobilistiche finalizzato alla progettazione e produzione, in uno stabilimento comune, di un nuovo modello di autovettura. Dovendo sorgere in un'area depressa del Portogallo, la Commissione tenne conto anche dei benefici in termini occupazionali che il nuovo stabilimento avrebbe portato: profilo sociale di indubbia rilevanza in un'ottica di politica industriale, ma di sicuro estraneo rispetto alla valutazione sugli effetti sorribili rispetto alla dinamica concorrenziale del mercato di riferimento [G. AMATO, *op. cit.*, pag. 59 – 63 e 95]. D'altro canto, gli obiettivi sottesii, oltre ad altri di natura non prettamente economico efficientista, possono giustificarsi proprio in attuazione della prima e ineludibile (proprio perché esplicitamente sancita) finalità dell'integrazione di mercato: "[...] the common/internal market integration goal was considered prevalent compared to other objectives. The latter have for example included promoting the protection of small and medium-sized undertakings; safeguarding economic freedom [...], bearing the influence at least to a certain extent of the ordoliberal school of thought; non-discrimination and fairness. In that sense it could be argued that the market integration goal was ab initio neither an exclusive goal nor a strictly economic one, certainly not in the sense of a fixation on price-related criteria similar to the ones prevailing in the US." [A. SKOURTIS, "Is consumer welfare the (only) way forward? A re-appreciation of competition law objectives ante portas in both US and EU", reperibile al sito: kluwercompetitionlawblog.com]

più focalizzato sulla dimensione economica⁹⁶, la tradizionale ottica *multipurpose* può anche leggersi positivamente in virtù dell'elasticità con la quale consentirebbe di perseguire il benessere della società⁹⁷.

1.3.1 La Scuola di Friburgo e la visione strutturalista

Nella configurazione ed interpretazione del sistema antitrust comunitario, ha prestato una significativa influenza la teoria “ordoliberal” della Scuola di Friburgo, divenuta una delle scuole di pensiero più influenti in Germania e in Europa in seguito alla caduta dei totalitarismi.

Gli ordoliberali, pur essendo avversi all'impostazione dirigistica che storicamente caratterizzò le politiche economiche europee, rifiutarono di accogliere l'opposta soluzione promossa dalle teorizzazioni del *laissez-faire*⁹⁸, privilegiando piuttosto un oculato intervento della mano pubblica a correzione di un sistema atto a riconoscere la maggiore libertà possibile degli individui anche in materia economica. Nella “**economia sociale di**

⁹⁶ Il perseguimento dei più lati fini di politica industriale e coesione sociale, può leggersi come un inquinamento della materia, se non vestigia del passato dirigismo economico, nel caso in cui si ritenga il mantenimento dell'efficienza allocativa, seppur finalizzato nell'interesse generale (a sua volta misurabile nell'ottica del consumatore), l'esclusivo fine del diritto antitrust [G. AMATO, *op. cit.*]

⁹⁷ La costruzione delle regole deve inoltre tener conto della necessità di considerare valori altri, di natura non economica (ad esempio di valori della salute, della vita, della libertà) che possono entrare in conflitto con i valori di efficienza, suggerendo o addirittura imponendo, soluzioni diverse da quelle che i solo obiettivo dell'efficienza suggerirebbe” [A. VANZETTI V. DI CATALDO, “*Manuale di diritto industriale*”, 2012, pag. 572 – 573; M. MOTTA, M. POLO, *op. cit.*, da pag. 19, 20]; in tale prospettiva, numerose sono le pronunce nelle quali emergono considerazioni di ordine non puramente efficientistico, dando risalto a obiettivi di pubblico interesse come lo sviluppo, l'occupazione e la salute [L. IOANNIS, “*Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law*”, in “*Centre for Law, Economics and Society (CLEs), Working Paper Series*”, 2013, n.4, da pag. 24, reperibile al sito: papers.ssrn.com]

⁹⁸ Pur rimanendo distanti dalle, allora frequenti, rivendicazioni socialiste (in quanto avrebbero semplicemente “instaurato un capitalismo di stato al posto del capitalismo privato”) gli ordoliberali non risparmiarono critiche al sistema capitalistico del periodo, visto come il responsabile della crescente disuguaglianza economica. In effetti, giunsero a individuare come estranea rispetto ad una corretta interpretazione del liberismo economico, la relativa tendenza alla concentrazione dei patrimoni. Tale tendenza fu da loro definita come una “vestigia del passato feudale”, causata da un'insufficiente filtro nei confronti dell'ereditarietà dei patrimoni [W. MAIHOFER, “*Le tesi liberali di Friburgo*”, 1974, pag. 75 - 81]

mercato” che proposero, la promozione della concorrenza fra agenti economici avrebbe assunto il ruolo di principale strumento nel contrastare la concentrazione di potere economico e la relativa tendenza al conseguimento di extra-profitti: causa dell’ingiusto squilibrio nella ripartizione di benessere tra capitale e lavoro⁹⁹.

Tenuto conto di tali premesse, l’obiettivo dell’antitrust doveva coincidere con la preservazione dell’assetto concorrenziale di mercati quanto più possibile privi di barriere all’ingresso, al fine di garantire l’accesso a nuovi agenti economici e, attraverso loro, realizzare pienamente le potenzialità del libero mercato, ossia la selezione “darwiniana” veicolo dell’efficienza e stimolo per il progresso tecnico ed economico¹⁰⁰. Funzionale a ciò, è l’esaltazione della libertà economica, corollario a sua volta della libertà politica, di ciascun individuo, da tutelare attraverso la proibizione dei cartelli e il controllo delle concentrazioni economiche¹⁰¹.

Ma il diritto della concorrenza non si sarebbe dovuto limitare alla tutela del mercato dalle “interferenze di chi detiene posizioni di potere economico”, indirizzandosi anche agli Stati, colpevoli di essersi riservati per lungo tempo inopportuni privilegi monopolistici. Tale esigenza spinse a identificare come *conditio sine qua non* per l’efficacia dell’azione,

⁹⁹ Il risultato che perseguivano gli ordoliberali doveva corrispondere alla risoluzione dello squilibrio nella ripartizione dei profitti tra capitale e lavoro attraverso la realizzazione di una “economia sociale di mercato”. L’alienazione e lo sfruttamento determinati dal “capitalismo” non sono per Eucken – come pensa la maggior parte dei critici del capitalismo – la conseguenza di un eccesso di concorrenza incentrata sul principio della prestazione (Leistungswettbewerb), ma il risultato – tra le altre cose – di un difetto di concorrenza. [...] Come il diritto penale e la cultura devono impedire che la competizione economica si svolga secondo il principio della superiorità fisica, “l’ordinamento della concorrenza” (*Wettbewerbsordnung*) deve impedire che la competizione economica diventi, da una parte, lotta per il potere economico, dall’altra, lotta finalizzata a esercitare la maggiore influenza sul governo. [W. OSWALT, “Il liberismo egualitario contro la concentrazione del potere economico: l’ordoliberalismo di Walter Eucken”, in “I-lex”, n.21 pag. 180]

¹⁰⁰ Cfr. L. AMMANNATI, “La concorrenza in Europa”, 1998, pag. 16, 17

¹⁰¹ Cfr. R. PARDOLESI, “Analisi economica e diritto antitrust”, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), “20 anni di antitrust: l’evoluzione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato”, 2010, pag. 129

l'attribuzione dei poteri di *enforcement* ad un soggetto pienamente indipendente dalla politica, quale potrebbe essere un'autorità amministrativa indipendente¹⁰².

Il pensiero della Scuola di Friburgo esercitò una notevole influenza nel nascente ordinamento comunitario, improntandone gli istituti antitrust verso il **contenimento del potere economico**¹⁰³. Tale connotato emerge limpidamente nell'abuso di posizione dominante, fattispecie nella quale non viene a recriminarsi il livello di espansione dell'impresa ma, ove questa abbia raggiunto un potere significativo, le si attribuisce una speciale responsabilità consistente nel non compromettere la concorrenzialità del mercato. Sostanzialmente, al fine di preservare le dinamiche virtuose del mercato concorrenziale, si intende privare l'impresa dominante della possibilità di sfruttare il potere detenuto, vietandole determinati

¹⁰² Nel progetto normativo tedesco Franz Bohm, autorevole esponente della Scuola di Friburgo, avrebbe rivestito un ruolo di primo piano, ottenendo la creazione di un'autorità garante (Bundeskartellamt) dotata dei caratteri dell'indipendenza: caratteristica indispensabile al fine di "interporre un diaframma fra il potere economico e quello politico ed impedirne così una collusione". Nonostante ciò, il testo definitivo adottato dal Bundestag riservava al governo "il potere di adottare decisioni anche derogatorie in nome dell'interesse nazionale", previsione astrattamente idonea a vanificare l'indipendenza riconosciuta all'autorità. Le ragioni di tale deroga sostanziale vanno ricercate nell'accennata necessità di ricostruire, in tal caso, l'economia tedesca, consentendo di esentare i c.d. cartelli di crisi o i campioni nazionali [G. AMATO, *op cit*, pag. 45] Anche nella legge italiana troviamo una simile disposizione, benché circoscritta alle sole concentrazioni [art. 25, comma II, l. 287/90]. In tal caso la finalità non è quella di garantire un sostegno pubblico al rilancio dell'economia nazionale, ma quella di sorreggere ambiti di importanza strategica della stessa, contrastando possibili esposizioni del "Paese al rischio di dipendere economicamente in quel settore da Stati extracomunitari" [V. AFFERNI (a cura di), "Concorrenza e mercato", 1994, pag. 602 – 603] Sotto tale aspetto, si noti che l'indipendenza del Garante italiano viene espressamente sancita nella legge antitrust [art. 10, l. 287/90: "l'Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione"] ed è inoltre pacifica la sua riconduzione alla categoria delle "autorità amministrative indipendenti": enti chiamati a esercitare funzioni amministrative in ambiti considerati particolarmente sensibili nei quali si renda necessaria una quanto più accentuata "indifferenza rispetto a quei centri di potere politico o economico che su tale realtà sono indotti a incidere mediante comportamenti che hanno carattere e fini dirigistici [...] o comunque distorsivi [...]"] [V. AFFERNI (a cura di), "Concorrenza e mercato", 1994, pag. 271 - 276]. Le autorità antitrust nazionali presentano analogie anche con la Federal Trade Commission statunitense, anch'essa strutturata come ente amministrativo "semi-giudiziale" e indipendente, al quale si demanda il potere di verificare l'illiceità di comportamenti in odore di anticoncorrenzialità [M.A. UTTON, "Market dominance and antitrust policy", 2003, pag. 46]

¹⁰³ Cfr. M. LIBERTINI, "La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni", in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), "20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato", 2010, pag. 108

comportamenti che, viceversa, sarebbero per lo più leciti se posti in essere dagli altri concorrenti.

1.3.2 Dal formalismo all'effect-based approach

Dallo Sherman Act al Trattato di Roma, gli istituti del diritto antitrust si propongono di incidere positivamente sul funzionamento dei mercati, promuovendo al loro interno un sistema di libera concorrenza. All'apparente chiarezza del proposito, tuttavia, non corrisponde alcuna pacifictà sul concreto indirizzo da seguire nell'applicazione della normativa, né tanto meno su quelli debbano considerarsi le reali finalità sottostanti all'*enforcement*¹⁰⁴.

In effetti, considerando del tutto irrealizzabile il mantenimento di un sistema di “concorrenza perfetta” – modello teorico più utopico che raro nella realtà dei mercati – la ricerca di un *second best* ha scandito la storia oramai secolare del diritto antitrust, determinando un annoso dibattito nel quale si sono avvicendati numerosi indirizzi interpretativi, oltre che espressivi, di volta in volta, di una ridefinizione delle finalità da attribuire all'*enforcement*.

All'originaria finalità principe dello Sherman Act, quale la tutela delle piccole imprese come trasposizione in campo economico dei principi

¹⁰⁴ Soprattutto con riferimento al divieto di abuso di posizione dominante in Europa e, parallelamente, al divieto di monopolizzazione statunitense, le norme di riferimento appaiono poco dettagliate, con la conseguenza di ammettere un'interpretazione relativamente ampia, a cominciare dal bene oggetto di tutela. Tale caratteristica presenta un indubbio merito, configurando una normativa estremamente duttile nell'adattarsi alle continue evoluzioni del tessuto socio-economico, ma d'altro canto lasciano frequentemente dubbi tutt'altro che astratti, ripercuotendosi nella concreta applicazione delle norme. Il primo passo non può che essere la ricerca della *ratio* sottostante, poiché se è pacifico che sia la “concorrenza” l'oggetto di tutela, più controversa appare la definizione da attribuire alla medesima. Ma al di là dei suggerimenti della scienza economica e dei “tecnici” dell'antitrust, spetta pur sempre al giudice (come per qualsiasi normativa) il compito applicare il dato legislativo al caso concreto [W. P. J. WILS, “The Judgement of the EU General Court in Intel and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance”, in “World Competition: Law and Economics Review”, 2014, vol. 37, n. 4, pag. 13, reperibile al sito: papers.ssrn.com]

democratici, le “intrusioni” dell’analisi economica hanno sostituito l’esaltazione dell’efficienza di mercati, seppur spesso finalizzata alla promozione del benessere per il consumatore. In particolare, per la scienza economica non vi sarebbe una consequenzialità fra il mantenimento dell’efficienza e la finalità “welfarista”, ma una vera e propria coincidenza. In effetti, è spesso con riferimento al consumatore che viene descritta la virtuosità del sistema di libero mercato, laddove la spinta concorrenziale è idonea a spingere le imprese a offrire la più vasta scelta di beni, migliorandone la qualità e abbassandone il prezzo, ma anche trainando la ricerca scientifica, tecnica e tecnologica. Dei frutti di tali risultanze, godrebbe il consumatore, il cui benessere rappresenterebbe di conseguenza la stessa ragion d’essere del diritto antitrust.

Nonostante la concordia a livello teorico, le distinte scuole economiche non hanno mai raggiunto un punto di incontro sulla precisa identificazione dei concetti suddetti, sebbene appaia prevalente un approccio volto a prediligere l’efficienza allocativa¹⁰⁵. Un altro elemento componente il

¹⁰⁵ Concetti apparentemente limpidi si rivelano tuttavia controversi nel momento in cui si ricerca una definizione esaustiva o un parametro idoneo a identificarli. Il concetto di efficienza economica, ad esempio, in economia non è univoco. Vi sono profonde distinzioni fra l’efficienza produttiva (focalizzata sulla razionalizzazione delle risorse necessarie, dunque prettamente interne, al processo produttivo) e l’efficienza allocativa. In quest’ultimo concetto, prevalente nell’ottica antitrust, si ricerca la migliore allocazione possibile di risorse “scarse” per definizione, ma non si fa alcuna distinzione su come venga ripartito il surplus di un eventuale mutamento “efficiente”, accettando con indifferenza che ciò voglia dire incrementare il solo surplus del produttore (dunque della dominante). Si potrebbe optare per una analisi focalizzata sul solo surplus del consumatore, ma ciò porterebbe non pochi problemi. Innanzitutto la determinazione dello stesso può avvenire solo in base all’interazione con l’opposta forza dell’offerta, non essendo la domanda un dato dimostrabile a priori, ma scaturite dalla interazione con l’offerta. Secondo poi, si deve tener conto che le valutazioni così determinate sarebbero ristrette al profilo statico (e riduttivo) del benessere relativo all’ottenimento dei beni ad un prezzo minore, senza che ciò significhi una migliore qualità o varietà degli stessi. Anche l’innovazione (profilo dinamico) sfuggirebbe al parametro proposto. Meglio allora misurare complessivamente l’efficienza allocativa seguendo il criterio paretiano e, attraverso il criterio paretiano avanzato (o di Hicks e Kaldor) sperare nell’astratta possibilità che il surplus eventualmente in eccesso nel produttore venga trasferito al consumatore. Un altro pomo della discordia, si riscontra nella dimensione temporale da attribuire alla valutazione. Sarebbe meglio preferire l’efficienza di breve, medio o lungo periodo? Considerando che nel lungo periodo qualsiasi previsione diventa un’illusione, la scelta è fra il breve e il medio. Si tratta di una scelta essenzialmente politica o quantomeno non generalizzabile, posto che gli effetti del breve periodo derivanti da una pratica di certo anticoncorrenziale come i prezzi predatori, sarebbero

diverbio riguarda l'angolazione stessa dalla quale privilegiare l'analisi della condotta, come è possibile notare nei diversi approcci seguiti dall'interprete statunitense¹⁰⁶.

Seguendo il pensiero della Scuola di Harvard, si è enucleata la *per se rule*, basata su di una classificazione *ex ante* delle condotte astrattamente idonee ad incidere sulla struttura concorrenziale del mercato. Si tratta di un approccio prettamente formalistico nel quale la certezza del diritto è massima: alla tenuta di certe condotte – vietate espressamente da determinate “**regole**”¹⁰⁷ – corrisponde una sanzione. D'altro canto, la superfluità dell'indagine sugli effetti realmente sorbiti o sorbibili in ragione della condotta, risulta suscettibile di determinare una non corrispondenza fra *ratio legis* e *enforcement*.

Secondo i *chicagoans* e le teorie *post-Chicago*, dovrebbe invece privilegiarsi un'indagine successiva rispetto alla commissione del presunto illecito, posto che per tali scuole di pensiero la concentrazione economica non è da ritenersi presuntivamente inefficiente per il mercato di riferimento. L'autorità sarà dunque chiamata ad analizzare la condotta *ex post*, vagliando gli effetti derivanti (o derivabili) dalla stessa. Conseguentemente, le

probabilmente positivi, mentre nell'incremento dell'arco di riferimento la relativa monopolizzazione si rivelerebbe disastrosa. Ma in altri casi la maggiore prevedibilità farebbe optare per il breve periodo. La ricerca di un obiettivo antitrust unitario ha scandito il panorama statunitense fin dalla proposizione dell'ottica economica, ma come si è sinteticamente riportato, non vi è mai stata concordia sul parametro da utilizzare [M. E. STUCKE, “Reconsidering Antitrust's Goals”, in “Boston College Law Review”, 2012, vol. 53, da pag. 551, 2012, reperibile al sito: papers.ssrn.com]

¹⁰⁶ Cfr. R. PARDOLESI, “Analisi economica e diritto antitrust”, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), “20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato”, 2010, pag. 126

¹⁰⁷ “Esistono due modi in cui è possibile stabilire se una condotta è lecita o illecita. Il primo è dichiarare illecita ogni condotta che soddisfa una serie di condizioni ben definite *ex-ante*. Il secondo è dichiarare illecita ogni condotta che ha il probabile effetto di danneggiare il bene che la norma intende proteggere. Questa valutazione avviene dopo che la condotta è stata adottata, ed in questo senso è di tipo *ex-post*. Nel primo caso si può dire che il contenuto della norma è definito da una **regola**; nel secondo caso da uno **standard**” [P. BUCCIROSSI, “Interpretazione e applicazione dell'art. 102: un esercizio di analisi economica del diritto”, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), “20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato”, 2010, pag. 730]

imprese potranno agire liberamente fintanto che rispettino un determinato “**standard**”¹⁰⁸ (*rule of reason*), consistente nel non ledere l’efficienza del mercato o, più in generale, il bene oggetto di tutela da parte della normativa.

Se la valutazione *ex post*, focalizzandosi sui concreti effetti della singola condotta, garantisce una maggiore certezza circa l’anticoncorrenzialità della medesima, il risvolto della medaglia consiste nell’innalzamento dei costi da sostenere per l’accertamento, oltre che per il ridotto grado di certezza del diritto che ne discende se si considera la non agevole previsione degli effetti relativi ad atti di concorrenza “aggressiva”¹⁰⁹.

Occorre precisare che regole e standard possono anche combinarsi, e sembra proprio questa l’attuale tendenza interpretativa. Prendendo come riferimento le evidenze empiriche scaturenti dai comportamenti i cui effetti siano già stati soppesati, si tende a elaborare delle regole appositive di una presunzione di illiceità, la quale non è tuttavia assoluta, ammettendosi pure, attraverso il ricorso ad opportuni standard, un accertamento dell’effettiva lesione del bene oggetto di tutela.

In tal senso è possibile leggere i mutamenti che hanno recentemente investito la disciplina comunitaria riguardo all’abuso di posizione dominante. Invero, se l’interpretazione originaria del Trattato di Roma – in linea con la filosofia della Scuola di Friburgo e parallelamente all’orientamento dominante a quel tempo in America¹¹⁰ – si risolse in un

¹⁰⁸ *Ibidem*

¹⁰⁹ La gravosità nei costi, sia per l’interprete che per le imprese, nonché l’allungamento delle tempistiche relative all’*enforcement*, spingono parte della dottrina a domandarsi provocatoriamente quanto sia effettivamente “*more-economic*” un simile approccio [W. P. J. WILS, *op. cit.*]

¹¹⁰ Sebbene i presupposti del pensiero ordoliberal della scuola di Friburgo, divergesse nei presupposti rispetto al pensiero harvardiano, l’approccio risultante presentava notevoli analogie [E. AREZZO, *op. cit.*, pag. 502]. Inoltre, la maggiore rigidità applicativa derivante dall’ottica strutturalista, non

approccio strutturalista e spiccatamente formalistico, le conseguenti istanze di flessibilità hanno spinto verso un cambiamento in senso *effect based*, recentemente culminato con l’emanazione degli “Orientamenti” della Commissione¹¹¹.

In quest’ultimo documento, l’esecutivo comunitario ha inteso esternare i criteri che avrebbe adoperato nella valutazione dei presunti abusi di posizione dominante, razionalizzando le regole sviluppatesi negli anni e, allo stesso tempo, esplicando un insieme di standard capaci di focalizzare l’analisi sugli effetti concretamente attribuibili alla singola condotta. Pur non trattandosi di una fonte cogente, posta la forma di semplice “comunicazione” che ha assunto, la sua forza persuasiva è notevole e ha già influito nell’atteggiamento dei garanti nazionali e della giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia.

D’altro canto, se è vero che ciascuna linea interpretativa porta con sé una determinata visione delle finalità da riconoscere alla normativa, è indubbio che gli “Orientamenti” rappresentino un accoglimento del *consumer welfare* come obiettivo principale cui tendere, in modo che “i consumatori traggano vantaggio dall’efficienza e dalla produttività derivanti da una concorrenza effettiva tra imprese”¹¹².

rappresentava solo il modo più efficace per affermare una nuova concezione dell’interazione nel mercato, ma anche la risposta più coerente nel tessuto economico dell’Europa del tempo. La non pregiudizialità nei confronti dell’inefficienza della concentrazione economica, si scontrava in Europa con la realtà caratterizzata da una ricca presenza di monopoli legali e situazioni assimilabili, laddove è comprensibile la percezione di demerito verso la detenzione di una posizione dominante, spesso ritenuta una vera e propria “posizione di rendita, retaggio dello Stato imprenditore” [F. GHEZZI, G. OLIVIERI, “*Diritto antitrust*”, 2013, pag. 56]

¹¹¹ Comunicazione della Commissione, “*Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti*”, CE 97/C 372/03, di seguito soltanto “*Orientamenti*”

¹¹² *Ivi*, p. 5

Alla luce di tale evoluzione, ci si chiede quale spazio sia rimasto per la tradizionale ottica *multivalued* dell'antitrust comunitario. In effetti, già in un precedente regolamento della Commissione¹¹³, si afferma che “gli obiettivi perseguiti da altre disposizioni del trattato possono essere presi in considerazione nella misura in cui possano essere fatti rientrare nelle quattro condizioni di cui all'articolo 101, paragrafo 3”, con la conseguenza di marginalizzare, nella dimensione finalistica, qualsiasi considerazione che non possa sposarsi con l'efficienza e l'innovazione¹¹⁴.

L'attuale tendenza è dunque essenzialmente votata a considerazioni di ordine economico, ma potrebbe essere proprio la loro espressa finalizzazione verso la promozione del *consumer welfare* a consentire la permanenza degli obiettivi da sempre alla base della filosofia europea in materia.

Invero, il concetto di benessere¹¹⁵ sfugge ad una definizione inoppugnabile e anche la Commissione ha accuratamente evitato di definirlo nelle proprie

¹¹³ Cfr. “Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato”, 2004/C 101/08, p. 42

¹¹⁴ Una possibile lettura può individuarsi nel compimento della parabola che, dalla società degli eguali descritta da Jefferson e riscontrata alla base dello Sherman Act, ha portato alla società degli efficienti. Un ovvio *trade-off* rispetto al definitivo rigetto del pluralismo economico ad ogni costo, può ritrovarsi nell'abbandono dell'ottica volta a garantire il “diritto di vendere” e di rimanere indipendenti dei piccoli commercianti, ma l'attenzione sugli effetti può risolversi in un guadagno complessivo per il mercato del quale godrebbe lo stesso consumatore. Compiendo questo passaggio, vi è chi ritiene che l'antitrust si sia liberato di obiettivi che non gli competerebbero, i quali verrebbero possibilmente perseguiti attraverso diverse forme di tutela (pur incluse nel diritto industriale italiano), a vantaggio di una maggiore sistematicità e coerenza [G. AMATO, *op cit.*, da pag. 93]

¹¹⁵ Occorre precisare che, oltre alla dubbia generalizzazione della corrispondenza fra efficienza allocativa e *consumer welfare*, bisogna tener presente che le astrazioni teoriche che sostengono tale equazione, si basano sulla visione del consumatore come “imprenditore di sé stesso”, dunque un soggetto perfettamente razionale e capace di scegliere la migliore opzione per il proprio interesse anche in virtù di una perfetta informazione. In realtà, spesso non è così, e non solo per l'approssimazione che si impone nelle piccole scelte di ogni giorno, ma anche e soprattutto per lo squilibrio di informazioni presente rispetto ai soggetti commerciali. Da tal punto di vista appare fondamentale l'azione a tutela del consumatore intrapresa, sebbene la stessa sia propria di una distinta branca del diritto. Adoperare gli strumenti antitrust per, ad esempio, colmare le asimmetrie informative o tutelare la salute (aspetti che chiaramente influiscono sul benessere del consumatore), sarebbe possibile, ma andrebbe evitato fintanto che differenti normative appaiano sufficienti. La tutela antitrust, infatti, si ripercuoterebbe positivamente sul consumatore ma da un'angolazione diversa, quale la migliore offerta scaturente da una non distorta

linee guida, con la conseguenza di non precluderne un intendimento più lato rispetto ad una sua riduttiva identificazione nel mantenimento di un livello sufficientemente basso dei prezzi.

Il *welfare* può intendersi come qualità della vita, giungendo a includere la tutela della salute e dell'ambiente, come pure la qualità e la varietà dei beni e servizi offerti nel mercato¹¹⁶. Non può neanche dirsi che sia venuto meno il riconoscimento della libertà economica alla base dell'ottica ordoliberal, perché è proprio attraverso quest'ultima che può concretamente funzionare il circolo virtuoso che consente la realizzazione del massimo benessere¹¹⁷. Ecco che infine si potrebbero ritrovare, condensati in un "unico"¹¹⁸ obiettivo, il complesso delle finalità da sempre perseguite. E se la ricerca di un quadro più coerente e prevedibile ha indotto a privilegiare gli aspetti più prettamente economici, ciò non vuol dire che le altre finalità siano rimaste del tutto escluse.

interazione concorrenziale [G. AMATO, F. DENOZZA, H. SCHWEITZER, "Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori: Due fini confliggenti?", in "Mercato, concorrenza, regole", 2009, v. 11, f. 2, da 381]

¹¹⁶ Cfr. L. IOANNIS, *op. cit.*

¹¹⁷ *Ivi*, pag. 24

¹¹⁸ Negli Stati Uniti è in corso un dibattito volto a individuare più precisamente gli obiettivi sottostanti alla normativa antitrust. In particolare, il dibattito ruota intorno alla possibilità e/o all'appropriatezza di individuare un unico obiettivo cui tendere, specie in considerazione della diffusa individuazione dello stesso nel *consumer welfare*. Il problema principale riguarda il fatto che il prevalente intendimento di tale parametro sia in senso puramente economico, dando molto risalto al livello dei prezzi ma tralasciando gli obiettivi "non economici" che nell'antitrust delle origini e lungo la prevalenza dell'ottica strutturalista, avevano invece un importante ruolo. Stucke si chiede se sarebbe possibile individuare un obiettivo tale da condensare anche i valori non economici, proponendo a tal fine un "blended approach" che possa "combinare" i valori generalmente seguiti attraverso l'enforcement, evidenziando come la mancanza di chiarezza circa "l'obiettivo" perseguito, ha lasciato l'antitrust statunitense "alla deriva sotto la rule of reason" (l'approccio focalizzato sugli standard, in effetti, funziona fintanto che lo standard appaia chiaramente definito fin nella propria *ratio*). Lungi dal riproporre il sistema delle presunzioni assolute, appare preferibile un approccio prevalentemente *ex post* basato su standard chiari, i quali non possono tuttavia estromettere le valutazioni non economiche che l'esperienza ha dimostrato essere utili. Le medesime considerazioni di Stucke possono valere anche nel contesto europeo, e la soluzione che propone l'autore, sembra in linea con la promozione del benessere ampiamente inteso, ottenibile continuando a includere nelle valutazioni antitrust, anche aspetti meno attinenti all'efficienza economica [M. E. STUCKE, *op. cit.*]

CAPITOLO II

L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

Fonti nazionali in materia e rapporti con l'ordinamento comunitario

In Italia si è giunti all'emanazione di una normativa a tutela della concorrenza con un significativo ritardo rispetto ai partner europei. Notevoli sono state le difficoltà incontrate in sede legislativa e concretizzatesi in una pluralità di proposte di legge mai approvate¹¹⁹.

Si è dovuto attendere il 1990 affinché la legge n. 287, recante “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”, portasse il nostro ordinamento in linea con il resto dell'Europa comunitaria, influenzando peraltro in maniera significativa nell'interpretazioni della stessa Costituzione, il cui contenuto in materia economica è sempre apparso profondamente ambiguo.

¹¹⁹ Se si considera che l'antitrust comunitario, attraverso la stipula del Trattato di Roma, nasce nel 1957, e che la maggior parte degli Stati membri si dotarono di una corrispondente normativa nazionale nei decenni successivi, si può dire che l'Italia giunse a tale traguardo con un ritardo significativo. Invero furono notevoli le difficoltà incontrate in sede legislativa e concretizzatesi in una pluralità di proposte di legge mai approvate, fra le quali si ricorda il ddl Togni del 1950, prima proposta di legge in materia di concorrenza alla quale seguirono molte altre senza che si potesse giungere all'approvazione del Parlamento. Ad ognuna di queste iniziative seguiva l'annoso sul rapporto fra impresa privata e impresa pubblica, oltre che l'interventismo statale che nell'economia assunse una singolare “funzione sociale”, chiarendo come, la politica del tempo, fosse ancora distante dalle logiche del libero mercato, quanto meno nel mercato interno [BERNINI, “Un secolo di filosofia antitrust”, 1991, pag. 295 – 300]

Affermando la propria **natura attuativa** del diritto di iniziativa economica contenuto all'art. 41 della Costituzione¹²⁰, la legge antitrust rappresenta l'ultima tappa di un difficile percorso di reinterpretazione della Suprema Fonte in senso favorevole alle logiche del libero mercato: aspetto che sarebbe stato tutt'altro che scontato pochi decenni addietro.

In effetti, mancando un riconoscimento diretto della concorrenza come valore costituzionale¹²¹, l'unica strada percorribile per giustificare il suddetto riferimento sarebbe desumerne un riconoscimento in maniera implicita, combinando il principio di eguaglianza *ex art. 3* con la libertà di iniziativa economica sancita all'art. 41 della Costituzione¹²². In tal modo, si individuerebbe nel mercato concorrenziale l'ambito elettivo nel quale attuarsi l'eguaglianza fra agenti economici¹²³. Eppure, una simile interpretazione è stata per lungo tempo osteggiata in ragione della struttura composita dell'art. 41, che potrebbe parimenti prestarsi ad interpretazioni ben diverse qualora l'interprete individuasse nel limite all'iniziativa privata, ossia l'**utilità sociale** enunciata nel secondo comma, il vero fulcro del principio costituzionale. Accogliendo quest'ultima conclusione la libertà economica, fondamento stesso del libero mercato, risulterebbe molto

¹²⁰ “Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'articolo 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese [...]” [Art. 1, comma I, legge 10 ottobre 1990, n. 287]

¹²¹ Ad oggi, invero, nella Costituzione compare la “tutela della concorrenza” all'art. 117, come modificato della Legge Costituzionale n. 3/2001, ma al solo scopo di attribuire la competenza legislativa in materia, in via esclusiva, allo Stato.

¹²² L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali [art. 41, Costituzione della Repubblica Italiana]

¹²³ *Cfr.* G. GHIDINI, E. AREZZO, “La tutela della concorrenza nella Costituzione economica comunitaria e nazionale”, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), “20 anni di antitrust: l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato”, 2010, pag. 217

ridimensionata, lasciando adito ad ingerenze stataliste giustificate da una non meglio delineata utilità sociale¹²⁴.

La non univocità dei principi costituzionali in materia economica, d'altro canto, può facilmente spiegarsi guardando al contesto storico nel quale venne concepita la Costituzione. Le forti divisioni ideologiche che caratterizzarono la società italiana, ancor prima che la stessa Assemblea Costituente, lasciano presupporre che una scelta più marcata avrebbe verosimilmente frantumato quel fragile equilibrio venutosi a creare fra le diverse anime repubblicane. La ricerca del compromesso fra le contrapposte impostazioni ideologiche era dunque necessaria¹²⁵.

Eppure, sarà proprio grazie alla conseguente elasticità interpretativa delle norme costituzionali che, paradossalmente, la tutela del mercato

¹²⁴ Anche guardando al dettato costituzionale nel suo complesso, numerosi sarebbero gli argomenti in grado di ridimensionare una lettura in tal senso modernizzatrice. In effetti, la maggior parte dei valori enunciati nella Costituzione presentano una terminologia di tutt'altro tenore. Se confrontato con la "tutela" della salute e del lavoro, o con la "promozione" della cultura e della ricerca scientifica, il più mite riconoscimento della "libera" iniziativa economica privata potrebbe far intendere una relativamente inferiore considerazione della stessa, spostando l'asse della norma sul già citato limite dell'utilità sociale [G. GHIDINI, E. AREZZO, *op cit.*]; in altre parole, la lettera dell'art. 41.1 risulterebbe carente sotto il profilo del riconoscimento programmatico, soprattutto se confrontata con altre disposizioni costituzionali, ragion per cui non mancarono compressioni della suddetta libertà in ragione dell'attuazione di valori meglio esplicitati nel dettato costituzionale. Una prova di tale tendenza può ricercarsi nei frequenti interventi pubblici a sfondo "garantista", oltre che al ruolo di "Stato-imprenditore" che lo Stato ha rivestito in Italia fino all'ultimo quarto del XX secolo [S. CASSESE, "La nuova Costituzione Economica", 2004]

¹²⁵ Il risultato fu un inquadramento nei termini della c.d. "economia mista", ossia un accostamento di elementi privatistici al riconoscimento del ruolo regolatore dello Stato. I problemi interpretativi giungono proprio da una insufficiente definizione di tale ruolo, il quale risulta così idoneo ad ingigantirsi oltremisura, soprattutto in ragione della necessità di attuare quei valori di eguaglianza positiva sicuramente meglio esplicitati in sede costituente. E' risaputo infatti che, nel secondo dopoguerra, lo Stato non avrebbe certo ridotto a sua presenza anzi l'incremento nella domanda di servizi pubblici e l'attuazione del principio democratico di estensione positiva dei diritti (art. 2 e 3 Cost.), hanno fatto sì che lo stato si interessasse sempre più in via diretta all'economia nazionale, incrementando le gestioni pubbliche e sostenendo attivamente l'economia privata [G. BOGNETTI, "La Costituzione economica italiana", 1995, pag. 5, 22]

concorrenziale poté entrare nel nostro ordinamento senza prima passare da un incerto processo di revisione costituzionale¹²⁶.

L'assorbimento di tale principio, infatti, avvenne per osmosi attraverso il recepimento del diritto di derivazione comunitaria¹²⁷, nel cui grembo il ruolo del libero mercato e della concorrenza come regola nei rapporti fra agenti economici, vennero riconosciuti come valori ed espressamente promossi attraverso i Trattati. Grazie all'influsso del diritto comunitario e alla lunga evoluzione sociale ancor prima che politica, l'accennata interpretazione evolutiva della Costituzione economica poté affermarsi, avvalorando il successivo collegamento che la legge n. 287/1990 avrebbe manifestato con la Costituzione.

In conclusione, è possibile affermare che risieda nella libera iniziativa privata il fulcro dell'art. 41, mentre il richiamo del secondo comma all'utilità sociale può considerarsi inclusivo della stessa tutela della concorrenza¹²⁸ – limite necessario ad impedire che l'azione dei singoli possa porsi in contrasto con le esigenze della collettività – senza tuttavia limitarsi ad essa. Invero l'utilità sociale non può che concernere la globalità dei restanti valori costituzionali rendendo, qualora fosse necessario, un

¹²⁶ In dottrina non mancano posizioni di concordia rispetto alla formula dell'art. 41, che vedono anzi una certa "lungimiranza [...] nel redigere [...] una norma costituzionale così delicata per la sua intrinseca connessione con la forma di Stato, [che] sia stata capace di garantire fino ad oggi, attraverso il fine dell'utilità sociale, la sua adeguatezza costitutiva rispetto a sistemi economici di diversa natura" [F. ZATTI, "Riflessioni sull'art. 41 Cost: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione", reperibile al sito: www.forumcostituzionale.it]

¹²⁷ Si ricordi che la riconduzione del fondamento costituzionale dei Trattati all'art. 11 Cost. (L'Italia [...] consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo) consente di attribuire alle fonti comunitarie e ai principi in esse sanciti, il medesimo rango dei principi fondamentali contenuti nella Costituzione stessa. Su tali basi si fonda il c.d. primato comunitario, tale da rendere prevalente le fonti di derivazione comunitaria rispetto al diritto interno, col solo limite dei principi fondamentali suddetti [R. BIN, G. PITRUZZELLA, "Diritto costituzionale", 2014]

¹²⁸ Cfr. F. P. CROCENZI, "Quattro anni di repressione dell'abuso di posizione dominante in Italia", in "Rivista Amministrativa della repubblica italiana", 1995, v. 146, f.4

eventuale bilanciamento in sede di *enforcement*¹²⁹. In quest’ottica, potrebbero riproporsi le osservazioni effettuate con riferimento al *multivalued-approach* dell’antitrust comunitario, avvalorando un’applicazione non limitata alla valutazione dei soli profili efficientistici della condotta¹³⁰.

2.1 Dimensione nazionale e comunitaria della normativa antimonopolistica italiana

Quando l’ordinamento italiano decise di dotarsi di una propria legislazione antimonopolistica, scelse di utilizzare la corrispondente normativa comunitaria come modello di riferimento, scelta che si evince non solo in ragione della somiglianza letterale fra le disposizioni corrispondenti, ma anche in virtù dell’espresso rimando ai principi dell’antitrust comunitario al fine di interpretare la legge in parola¹³¹. In tal modo si volle attribuire alla dimensione comunitaria l’inedito ruolo di fonte di interpretazione

¹²⁹ E’ abbastanza ricorrente, in dottrina, il dubbio circa la natura di diritto soggettivo dell’iniziativa economica privata, in effetti “[...] l’esistenza dei limiti esterni di cui ai commi secondo e terzo dell’articolo 41 rende inevitabile concludere che "l’iniziativa economica privata, nonostante venga costituzionalmente proclamata 'libera', sia assoggettata a una pregnante disciplina pubblicistica. Ciò (...) spiega le ragioni per le quali, a tutela dei valori previsti nell’art. 41, commi 2 e 3, la libertà economica - che, in linea di principio, in virtù della forza normativa della stessa Costituzione, è diritto soggettivo - può, dal legislatore, essere contenutisticamente caratterizzata, nei rapporti con la p.a., come interesse legittimo". [...] vietare che l’iniziativa economica privata possa svolgersi in contrasto con l’utilità sociale è un concetto che lascia un ampio margine di discrezionalità amministrativa.” [Dossier del Servizio Studi del Senato della Repubblica, ottobre 2010, n.22, pag. 7, reperibile al sito: www.senato.it]

¹³⁰ Vd. par. 1.3; L’accoglimento della libertà di iniziativa privata dovrebbe, nei limiti del possibile, non compromettere la tutela di differenti valori. Su questa linea troviamo F. MUNARI [in “*Concorrenza e mercato*” (a cura di V. AFFERNI), 1994, pag. 43 – 49], il quale rassicurerebbe i diffusi timori riguardo ad un possibile “contrasto con (altri) valori e principi costituzionalmente garantiti” [che] non sembrerebbe fondato, soprattutto considerando il “processo di osmosi [attraverso il quale], l’ordinamento comunitario ha assorbito i principi [...] e le garanzie fondamentali dei cittadini e della persona, oltreché i principi di diritto vigenti in, e riconosciuti da, tali Paesi membri”.

¹³¹ “L’interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell’ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza.” [Art. 1, comma IV, legge n. 287/90]

“autentica”¹³² di una specifica normativa interna, col chiaro intento “di far procedere l’evoluzione del diritto nazionale d’intesa con l’evoluzione del diritto dell’Unione Europea”¹³³.

Oltre a permettere all’interprete italiano di far riferimento all’esperienza continentale, il primato comunitario può leggersi come una previdente preparazione alla sempre più capillare integrazione economica fra Stati membri, evitando significative divergenze fra il diritto nazionale e quello comunitario in ordine all’applicazione dell’antitrust nel caso concreto.

L’uniformità fra i differenti livelli di *enforcement*, appare oltremodo essenziale con riferimento ai casi nei quali non appaia pacifico su quale ordinamento ricada l’onere di intervenire, permettendo in ogni caso un esito prevedibilmente univoco. Inoltre, la competenza comunitaria può individuarsi come il limite di quella nazionale, considerando che quest’ultima rileva in via residuale rispetto all’ambito applicativo delle disposizioni contenute nei Trattati¹³⁴.

Il modello di riferimento è quello della c.d. barriera unica, “ossia della netta separazione fra il campo di applicazione del diritto comunitario e quello del diritto nazionale”¹³⁵, dunque si ricorrerà alla disciplina nazionale con riferimento alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle

¹³² Cfr. P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, “*Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*”, 2012, pag. 2782

¹³³ “Questo rinvio della legge italiana a criteri interpretativi di un altro sistema non ha precedenti” [A. VANZETTI V. DI CATALDO, “*Manuale di diritto industriale*”, 2012, pag. 598]

¹³⁴ Tale criterio si evince in particolare dalle procedure previste in ordine alla rilevazione di eventuali conflitti. Invero, ex art. 1 l. 287/90, “qualora [l’AGCM] ritenga che una fattispecie al suo esame non rientri nell’ambito di applicazione della presente legge”, deve informare la Commissione, trasmettendole il materiale raccolto; è altresì tenuta a sospendere l’istruttoria qualora “risulti già iniziata una procedura presso la Commissione”. In quest’ultimo caso il legislatore ha tuttavia apposto una deroga, consentendo la prosecuzione “in ragione di aspetti di esclusiva rilevanza nazionale”.

¹³⁵ Sebbene parte della dottrina rilevi il modello sia meglio inquadrabile nella c.d. sussidiarietà rovesciata, “in ragione del fatto che sussiste la competenza nazionale solo se non sussiste quella comunitaria”. [P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, *op. cit.*, pag. 2780]

concentrazioni non ricadenti sotto la *potestas* comunitaria, discrimine, tuttavia, di non agevole individuazione per intese e abusi¹³⁶, rispetto ai quali è necessario verificare l'inefficienza a "pregiudicare il commercio tra gli stati membri"¹³⁷. Nel concreto, al fine di diffondere una cultura della concorrenza uniforme nell'intera Comunità¹³⁸, nonché sopperire all'iniziale assenza di legislazioni *ad hoc* nella maggior parte degli Stati membri, gli organi comunitari interpretarono in maniera molto estensiva il requisito del *inter-state trade test*, tanto da giungere ad assoggettare alla competenza comunitaria – in considerazione della potenzialità della condotta di riverberarsi al di fuori dei confini nazionali – anche pratiche suscettibili di produrre effetti circoscritti nei mercati di singoli Stati membri¹³⁹.

Con specifico riguardo all'ordinamento italiano, non si annoverano casi rilevanti nei quali sia sorto un conflitto di competenza con la

¹³⁶ Più semplice appare la definizione dell'ambito comunitario in relazione alle pratiche concentrative, posto che, sia il regolamento n. 139/04 CE che l'art. 5 della l. 287/90, individuano una soglia dimensionale di rilevanza che tiene conto del fatturato delle imprese coinvolte. Il criterio prescritto è dunque estremamente obiettivo e non pone problemi di conflitto di competenza potenziale.

¹³⁷ Nell'indagine sulla competenza, giova ribadire la sostanziale indifferenza in ordine alla valutazione delle condotte con riferimento alla normativa nazionale piuttosto che comunitaria (si è già rilevato come l'uniformità interpretativa e la quasi identità delle disposizioni configuri due ordinamenti fungibili). L'unico profilo effettivamente di rilievo, concerne l'individuazione degli organi legittimati a verificare eventuali violazioni.

¹³⁸ "[...] non solo di applicare, ma di formare e creare il diritto comunitario della concorrenza, costruendo le basi per lo sviluppo di una "cultura" della concorrenza" [A. ADINOLFI, L. DANIELE et al, *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, 2007, pag. 12]

¹³⁹ Un caso emblematico in tal senso riguarda la causa "*Vereeniging van Cementhandelaren vs. Commissione CE*" [CG, 8/72] laddove la Corte ritenne sussistere il sindacato della Commissione nonostante l'intesa in esame fosse circoscritta al mercato olandese. Data la ristrettezza dell'ambito residuo, l'Autorità Garante italiana cercò inizialmente di imporsi attraverso una interpretazione "evolutiva" al fine di riservarsi una competenza sufficiente a garantirle uno svolgimento efficace dei propri compiti, in particolare ritendo che la normativa italiana dovesse applicarsi alle fattispecie che non avessero come "principale oggetto o effetto il pregiudizio al commercio fra gli Stati membri" [V. AFFERNI (a cura di), *Concorrenza e mercato*, 1994, pag. 18-20]. Secondo costante indirizzo giurisprudenziale, le operazioni idonee ad isolare i mercati a livello nazionale rientrerebbero nella nozione in esame, posto l'ostacolo che ne deriverebbe rispetto al primario obiettivo dell'integrazione economica [G. OLIVIERI, "*L'abuso di posizione dominante*", in AA.VV., *"Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza"*, 2009, pag. 502].

Commissione, specie in considerazione dell'inversione di tendenza che si sarebbe verificata dopo pochi anni dall'emanazione della legge antitrust nazionale. In effetti, a causa del progressivo ampliamento dell'Unione Europea, il carico di lavoro gravante sulla Commissione divenne tale da rendere insostenibile l'efficace controllo di ciascuna pratica. Consapevole di tale limite, ma conscia di aver già dato un significativo indirizzo a livello continentale, la Commissione cominciò progressivamente ad affidare l'applicazione della normativa comunitaria alle autorità nazionali¹⁴⁰, facendo così ricorso al principio di sussidiarietà¹⁴¹.

2.1.1 Il Regolamento 1/2003 e l'European Competition Network

Il passo successivo riguardò l'emanazione del regolamento n.1 del 2003, attraverso il quale venne implementato il decentramento dell'applicazione dell'antitrust comunitario, affidando maggiori competenze alle autorità garanti nazionali e riservando alla Commissione i soli casi di maggiore importanza. In oltre, il regolamento in esame può considerarsi un importante tappa nel processo di modernizzazione dell'antitrust comunitario, sebbene principalmente riguardo alla fattispecie delle intese.

Una delle più importanti innovazioni riguardò il passaggio dal regime di notificazione preventiva a quello di eccezione legale. Tale passaggio determinò per le imprese la possibilità di stipulare un accordo senza doverne preventivamente informare la Commissione e attendere la

¹⁴⁰ Cfr. V. MANGINI, "Lineamenti generali", in AA.VV., "Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza", 2009, pag. 415; A. ADINOLFI, L. DANIELE *op. cit.*, pag. 15

¹⁴¹ "[...] nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene [...] soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri [...]" [Art. 5, Trattato CE]

decisione di quest'ultima, rendendo gli accordi e le decisioni dotate dei requisiti *ex art. 81, comma III, leciti ab initio*¹⁴².

La disposizione comunitaria di riferimento in materia di intese, oggi collocata all'art. 101 del TFU, presenta in effetti una struttura bipartita che sancisce innanzitutto la nullità di pieno diritto [comma II] per “tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune [...]” [comma I], precisando un insieme di accordi per loro natura particolarmente idonei a determinare i suddetti effetti¹⁴³.

Al divieto, tuttavia, segue nel terzo comma la possibilità ottenere una deroga, disapplicando le disposizioni del primo comma qualora dette pratiche risultino idonee a promuovere “il progresso tecnico o economico”, purché non impongano restrizioni non indispensabili al raggiungimento di tali obiettivi e comunque non provochino l'eliminazione della concorrenza per la parte sostanziale del mercato di riferimento [comma III]¹⁴⁴.

In tale disposizione troviamo dunque un interessante connubio fra elementi che potrebbero richiamare la *per se rule* ed altri evocativi della *rule of reason*, seppure combinati in modo tale da indurre ad “un'analisi delle

¹⁴² Cfr. A. ADINOLFI, L. DANIELE, *op. cit.*, pag. 16

¹⁴³ Data la comunanza negli obiettivi, non sorprende che i singoli divieti corrispondano, in buona sostanza, con le corrispondenti condotte esemplificative dell'abuso di posizione dominante *ex art. 102 Trattato FUE* [J. F. BELLIS, “*Il diritto comunitario della concorrenza*”, 2009, pag. 102]

¹⁴⁴ La corrispondente disciplina italiana presenta la medesima divisione, seppure distribuita fra due disposizioni distinte: l'art. 2 (pone il divieto ma, diversamente dall'art. 101 TFU, fornisce pure una definizione di intesa) e l'art. 4 (istituisce la possibilità di derogare all'art. 2). Tranne che per lievi differenze linguistiche, le due discipline coincidono perfettamente.

intese in due tempi, prima [...] concentrandosi sull'oggetto e sugli effetti degli accordi, poi [...] riconoscendo rilevanza al contesto economico e bilanciando i profili pro e anticoncorrenziali”¹⁴⁵. All'interprete compete il ruolo di riportare all'unità le due anime della disposizione, eppure, fino al precedente regolamento applicativo¹⁴⁶, i Garanti nazionali si sarebbero dovuti limitare all'applicazione del solo primo comma dell'art. 101, senza dunque la possibilità di esentare una determinata intesa.

Su tale versante, è indubbio il merito del regolamento 1/2003 di aver riportato ad unità l'applicazione dell'art. 101, consentendo alle Autorità e ai nazionali di applicare la disposizione nella sua interezza ed anche ai giudici nazionali di dichiarare la nullità dell'accordo o concedere un risarcimento dei danni, senza dover attendere che la commissione si pronunciasse in merito.

Nel nuovo sistema di eccezione legale, avrebbe rivestito un ruolo fondamentale la **European Competition Network**, ossia il sistema di cooperazione fra Commissione e Autorità nazionali, nel quale la prima continua a rivestire un ruolo apicale, occupandosi dei casi di maggiore rilevanza e continuando a fornire autorevoli indirizzi applicativi molto autorevoli, ma potendo contare sull'applicazione capillare della normative comunitaria grazie al contributo delle AGC nazionali¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Cfr. A. ADINOLFI, L. DANIELE, *op. cit.*, pag. 24

¹⁴⁶ Reg. n. 17/1962

¹⁴⁷ Cfr. S. BASTIANON, “*Diritto Antitrust dell'Unione Europea*”, 2011, da pag. 105

2.1.2 La nozione di impresa e i monopoli legali

La disposizione nazionale in tema di abuso di posizione dominante, al pari dell'art. 102 del Trattato FUE, fa riferimento all'impresa come soggetto attivo della condotta abusiva¹⁴⁸. In merito alla natura del soggetto richiamato, la Corte di Giustizia UE ha manifestato un indirizzo profondamente antiformalistico, individuando, con riferimento all'intera normativa antitrust, una nozione di impresa “che abbraccia qualsiasi entità che svolga un'attività economica indipendentemente dal suo *status* giuridico e dal suo modo di finanziamento”¹⁴⁹.

Da ciò si deduce l'impossibilità di ricondurre entro i più ristretti parametri dell'art. 2082 c.c. la figura in questione, posto che vi rientreranno anche coloro che esercitino una professione intellettuale, nonché i relativi Ordini professionali, le federazioni sportive e, più in generale, qualunque ente che pur non svolgendo attività lucrativa risulti impiegato in un'attività economica¹⁵⁰.

L'art. 8 della l. 287/90, afferma espressamente l'applicabilità della normativa alle “imprese pubbliche o a prevalente partecipazione statale”, ribadendo l'indifferenza rispetto alla natura pubblica o privata del soggetto in ossequio alla parità di trattamento sancita dai Trattati comunitari¹⁵¹. Tuttavia, al fine di operare un bilanciamento rispetto a esigenze di natura

¹⁴⁸ Una prima perplessità può sorgere in relazione al richiamo ad una figura oggettiva, quale quella dell'impresa, in luogo di una figura che nel codice civile viene individuata in senso soggettivo, ossia l'imprenditore ex art. 2082.

¹⁴⁹ Cfr. CG, sent. 23 aprile 1991, C-41/90, *Hofner/Macroton*

¹⁵⁰ Così, A. VANZETTI, V. DI CATALDO, “*Manuale di diritto antitrust*”, 2012, pag. 589 – 590; “[...] a tale riguardo anche la natura giuridica di ente pubblico [...] non osta alla qualificazione della stessa quale soggetto rilevante per la normativa in materia di concorrenza [...] può essere considerata impresa in quanto entità che esercita un'attività economica [...] [AGCM, provv. 3195/1995, A45, *SILB/SLAE*].”

¹⁵¹ All'art. 106 del Trattato FUE (ex art. 86 TCE) è fatto divieto agli Stati di emanare o mantenere “nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi”.

pubblicistica, la medesima disposizione prosegue introducendo un rilevante distinguo in ordine a due ulteriori realtà imprenditoriali: le imprese in posizione di monopolio legale e quelle incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale.

Con riguardo a quest'ultima categoria, si prevede l'esenzione dall'applicazione della normativa "per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati", lasciando conseguentemente all'*enforcement* antitrust solo le attività esorbitanti¹⁵².

La complessità del tema richiamato non consente, in tal sede, una sua approfondita trattazione. Conseguentemente ci si limita a richiamare una problematica solo indirettamente connessa con le "*public utilities*", ma dall'indubbia portata in relazione al verificarsi di condotte di sfruttamento: il c.d. processo di liberalizzazione¹⁵³.

Si fa riferimento alla tendenza, relativamente recente, di abolizione o ridimensionamento di alcuni diritti di esclusiva, in buona parte coincidenti con l'assegnazione di monopoli legali¹⁵⁴. Questi ultimi trovano

¹⁵² Anche in tal caso si ripropone un principio stabilito dai Trattati comunitari, in particolare il principio ex art. 106, II par., Trattato FUE, in base al quale "le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata."

¹⁵³ Tale processo rappresenta l'abbandono della secolare tradizione dirigista, portando ad una controtendenza rispetto allo stesso *trend* caratterizzante i primi anni del dopoguerra. In effetti, a differenza del periodo di complessiva espansione economica nel quale venne emanato lo Sherman Act, il Trattato di Roma viene concepito in un momento difficile, ancora non troppo distante dalla conclusione della guerra. E' dunque comprensibile che il principale obiettivo fosse quello di sostenere il processo di ricostruzione e rilancio delle economie europee, anche a costo di tollerare una parziale compressione della "concorrenzialità" in favore, ad esempio, dei c.d. campioni nazionali. Non era comunque raro che lo Stato intervenisse, direttamente o mediante agevolazioni di varia natura, per trainare l'economia nazionale. Una delle esigenze era quella di contrastare i colossi d'oltreoceano, ragion per cui spesso si favorì la concentrazione economica nei c.d. campioni nazionali [G. AMATO, *op cit.*]

¹⁵⁴ Precisiamo che in relazione al monopolista legale sussiste nel nostro ordinamento il c.d. "obbligo a contrarre" ex art. 2597 c.c. Si tratta di un obbligo che trova la propria fonte nell'esigenza di garantire i destinatari del servizio rispetto ad abusi del monopolista, preservando una condizione quanto più possibile simile a quella del mercato concorrenziale. L'esigenza sottesa a tale norma può ricondursi alla pregressa assenza di una normativa antitrust, e l'emanazione di quest'ultima consente di superare il

riconoscimento costituzionale nell'art. 43, laddove si riconosce allo Stato il potere di riservare a soggetti pubblici o privati lo svolgimento di determinate attività economiche “che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale”.

In buona sostanza, l'istituzione di un monopolio comporta un'alterazione del mercato, consistente nella sottrazione di taluni settori alla libera interazione delle forze economiche.

La *ratio* dell'istituto può ricercarsi nell'esigenza di rispondere ai probabili fallimenti del mercato¹⁵⁵; eppure, il ricorso inopportuno che di tale strumento si fece negli anni, diede luogo a significative inefficienze che si sarebbero potute evitare attraverso il ricorso a interventi di differente natura. Per tali ragioni si è promosso, dietro l'egida delle istituzioni comunitarie, un processo di liberalizzazione finalizzato a restituire alle logiche del libero mercato interi settori. Funzionale a tale obiettivo è la loro sottoposizione al controllo di un'Autorità di “regolazione”, il cui fine è promuoverne l'effettivo mutamento della struttura assicurando che l'ingresso della concorrenza potenziale non sia indebitamente impedito dall'ex monopolista¹⁵⁶. Se la regolazione persegue i propri obiettivi attraverso degli interventi *ex ante*, il diritto antitrust interviene *ex post*,

problema circa l'estensibilità o meno del suddetto obbligo al monopolista di fatto [P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, “*Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*”, 2012, pag. 2056 - 2057]

¹⁵⁵ Si fa riferimento ai c.d. *market failures* [vd. par. 1.3.3] e in particolare alla non remuneratività nello svolgimento di determinate attività economiche. Il verificarsi di tali situazioni in ambiti ritenuti particolarmente sensibili, in ragione della presenza di interessi di natura pubblicistica, può teoricamente giustificare la sottrazione del settore alle regole del libero mercato.

¹⁵⁶ Cfr. G. NAPOLETANO, “*Diritto della concorrenza*”, 1996

agendo parallelamente agli interventi regolatori per garantire l'effettiva apertura dei mercati¹⁵⁷.

2.2. La posizione dominante

La Corte di Giustizia europea ha autorevolmente definito la posizione dominante come “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 di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”¹⁵⁸.

Possiamo scorgere un significativo riferimento alla nozione economica di *technical market power*, ed infatti è proprio la detenzione di un significativo potere di mercato a caratterizzare la posizione dominante, attribuendo all'impresa detentrica il potere di influenzare il mercato come fosse un autentico monopolista¹⁵⁹.

Nella concreta definizione della posizione dominante, deve farsi riferimento a diversi parametri dalla natura prettamente indiziaria. Fra

¹⁵⁷ E' invero agevole constatare che, le imprese “originariamente in posizione protetta di monopolio [risultano] avvantaggiate oltre misura dall'essere già attive nei rispettivi mercati e [...] in grado di portare avanti, dopo la liberalizzazione, comportamenti volti ad ostacolare l'ingresso di nuovi entranti o comunque ad alterare il corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali a danno dei consumatori” [G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), “Regolazione e concorrenza”, 2001, pag. 77]. In oltre, specifici organismi di garanzia sono stati previsti in settori caratterizzati da una certa tipicità; si riporta a titolo esemplificativo l'istituzione dell'ISVAP nel settore assicurativo, dell'Agcom nel settore delle comunicazioni e, da ultimo, dell'Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità. Al di fuori delle prerogative attribuite alle autorità di settore, l'AGCM conserva una competenza che potrà individuarsi in via residuale [cfr. M. SCAGLIONE, B. CARUSO, “Considerazioni sulla recente disciplina comunitaria delle concentrazioni e dell'abuso di posizione dominante delle imprese, con riferimento anche al settore pubblico”, in “Rivista italiana di diritto pubblico comunitario”, 2002, vol. 12, fasc. 4]

¹⁵⁸ Cfr. CG, sent. 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*

¹⁵⁹ Vd. par. 1.2.1 e 1.2.2

questi assume un rilievo preponderante la definizione della quota di mercato riferibile alla dominante, da rapportarsi inoltre alle singole quote detenute da ciascuna delle imprese attive, operazione chiaramente successiva all'individuazione del mercato di riferimento¹⁶⁰.

Chiaramente, più elevata è la quota percentuale attribuita all'impresa, meno dubbi sorgeranno in relazione all'attribuzione della posizione dominante. Generalmente una quota superiore al 50% non lascia dubbi in tal senso¹⁶¹, ma anche quote inferiori possono apparire sufficienti in determinati contesti, come quando le quote residue appaiano notevolmente frammentate fra vari concorrenti, ciascuno dei quali impossibilitato ad esercitare una "concorrenza effettiva" nei confronti della dominante. In ogni caso, il dato in parola non può considerarsi assoluto, dovendosi contestualizzare la risultante anche in relazione all'entrata potenziale e, più in generale, alle caratteristiche strutturali del mercato di riferimento¹⁶².

In tal senso assumono rilievo anche le barriere all'ingresso, le quali possono attenerne alla presenza di concessioni amministrative, ma anche riguardare la presenza di *essential facilities*, la necessità di integrazioni di tipo verticale o la presenza di privative industriali o altri diritti esclusivi nella

¹⁶⁰ E' necessario altresì verificare la stabilità nel tempo delle quote di mercato. A tal fine si prende in considerazione un certo lasso di tempo, generalmente di cinque anni, entro il quale verificare la conservazione della presunta posizione dominante [P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, *op. cit.*]

¹⁶¹ Cfr. CG, sent. 3 luglio 1991, C-62/86, *Azko Chemie vs. Commissione*

¹⁶² "L'esistenza di una posizione dominante può risultare da diversi fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente determinanti; tuttavia, nell'ambito di detti fattori la detenzione di cospicue quote di mercato è molto significativa [...] come elemento probante dell'esistenza di una posizione dominante [tuttavia] la sua importanza varia da mercato a mercato a seconda della struttura dei medesimi, specie per quel che riguarda la produzione, l'offerta e la domanda"

titolarità della dominante¹⁶³, fattori sostanzialmente tali da assicurare a quest'ultima un oggettivo vantaggio sulle concorrenti.

2.2.1 Abuso collettivo della posizione dominante

Finora si è dato per scontato che la posizione dominante fosse detenuta da un'unica impresa. In realtà, la normativa di riferimento, vieta lo sfruttamento della posizione dominante “da parte di una o più imprese”, ammettendo di conseguenza anche la configurabilità di una posizione dominante collettiva¹⁶⁴ (di seguito anche PDC).

Sebbene i risultati in termini di inefficienza siano i medesimi, la natura della posizione dominante collettiva appare parzialmente differente rispetto a quella individuale. In effetti, se quest'ultima consiste in una “situazione soggettiva statica”, di per se pienamente lecita, la posizione dominante collettiva si manifesta direttamente attraverso un abuso, sostanziandosi in un “**parallelismo consapevole**” delle condotte di un insieme di imprese¹⁶⁵. L'ambito elettivo della PDC può individuarsi principalmente

¹⁶³ Cfr. G. OLIVIERI, “L'abuso di posizione dominante”, in AA.VV., “Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza”, 2009, pag. 453

¹⁶⁴ Preliminarmente bisogna chiarire che non sempre, di fronte alla detenzione di una posizione dominante da parte di una pluralità di soggetti, può applicarsi la disciplina in esame. In effetti, la pluralità richiesta deve avere natura sostanziale, presupposto carente in determinati assetti societari (c.d. gruppi di imprese) laddove è presente una direzione unitaria delle imprese “controllate” da parte di una impresa “controllante”. In questi casi, la posizione dominante sarà attribuita a quest'ultimo soggetto, qualificando il gruppo come un'unica impresa ai fini del diritto antitrust [Ivi, pag. 454]

¹⁶⁵ In particolare, oltre a verificare che non si tratti di un parallelismo puramente occasionale, bisognerà fornire la prova che la relativa convergenza “non costituisca il frutto di autonome scelte imprenditoriali quanto l'espressione di un vero e proprio equilibrio collusivo” [AGCM, Relazione Annuale, 2008, pag. 181]. Si precisa pure che la collusione in essere, sostanziandosi in comportamenti paralleli, può presentare indubbe analogie con la “pratica concordata”, poiché anche in tal caso avremo una concertazione fra imprese pienamente autonome e indipendenti [A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *op. cit.*]. Il discrimine fra le due fattispecie potrà individuarsi nel modo in cui le imprese coinvolte si presentano nel mercato di riferimento, determinando un abuso collettivo nel caso in cui si presentino come un'entità collettiva sotto il profilo economico, in grado di tenersi indifferente rispetto alle dinamiche concorrenziali. In mancanza di tale percezione unitaria, parleremo invece di pratica concordata. La differenza fra le due fattispecie non è meramente scolastica, considerando che l'intesa

nei mercati oligopolistici, laddove il ristretto numero di imprese e l'elevato potere di mercato detenuto da ciascuna di esse rappresentano la condizione ideale in termini di incentivo a colludere¹⁶⁶.

Il concetto di posizione dominante collettiva trova applicazione anche con riferimento alla disciplina delle concentrazioni¹⁶⁷, anzi, è proprio con riferimento al controllo di tali pratiche che la giurisprudenza comunitaria¹⁶⁸, ha enucleato i tre elementi costitutivi alla presenza dei quali sarà possibile individuare una posizione dominante collettiva.

In primo luogo è richiesta una sufficiente trasparenza del mercato, ossia la possibilità, per ciascun membro dell'oligopolio di verificare se gli altri membri adottino o meno la stessa linea di azione. In secondo luogo si deve ricercare la presenza di fattori deterrenti rispetto a eventuali deviazioni

potrebbe venire esentata, evenienza radicalmente esclusa nel caso di abuso collettivo di posizione dominante

¹⁶⁶ Non a caso, è considerata condizione fondamentale per la PDC la presenza di forti legami di natura economica tra le imprese. In particolare i legami possono corrispondere alla condizione di interdipendenza economica, ricorrente soprattutto negli oligopoli ristretti, che si traduce in un forte incentivo ad allineare il comportamento sul mercato, ad esempio contingentando le produzioni, per massimizzare il profitto [P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, *op. cit.*, pag. 2585]. La collusione in essere, sostanziandosi in comportamenti paralleli, presenta indubbe analogie con la fattispecie di intesa "pratica concordata", poiché anche in tal caso avremo una concertazione fra imprese pienamente autonome e indipendenti [A. VANZETTI, V. DI CATALDO, *op. cit.*]. Il discrimine fra le due fattispecie potrà individuarsi nel modo in cui le imprese coinvolte si presentano nel mercato di riferimento, determinando un abuso collettivo nel caso in cui si presentino come un'entità collettiva sotto il profilo economico, in grado di tenersi indifferente rispetto alle dinamiche concorrenziali. In mancanza di tale percezione unitaria, parleremo invece di pratica concordata. La differenza fra le due fattispecie non è meramente scolastica, considerando che l'intesa potrebbe venire esentata, evenienza radicalmente esclusa nel caso di abuso collettivo di posizione dominante

¹⁶⁷ Differente è la prospettiva dalla quale si dovranno valutare gli elementi costitutivi della PDC: se nell'abuso di posizione dominante collettiva questi dovranno valutarsi *ex post* (in quanto si è già verificata la condotta potenzialmente lesiva della concorrenza), riguardo al controllo delle concentrazioni l'esame avverrà *ex ante*, dovendosi valutare anticipatamente gli effetti che la concentrazione sorbirà in relazione alla successiva possibilità di colludere da parte delle imprese rimaste sul mercato [E. MARCHISIO, "Contro l'abuso... della posizione dominante collettiva", in "Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni", 2012, f. 3, pag. 563 – 565]. Un'ulteriore differenza nella valutazione degli elementi attiene al margine discrezionalità dell'interprete. Questo appare più ridotto nei casi d'abuso, essendo "necessario il riscontro di elementi di natura storica ed oggettiva (quali, ad esempio, la presenza di stretti legami strutturali tra le imprese)" [AGCM, provv. 17131/2007, A357, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*].

¹⁶⁸ Cfr. Trib. I grado, Sent. 6 giugno 2002, T-342/99, *Airtours Plc vs Commissione*

dalla comune linea d'azione: fattore chiave nel rendere il coordinamento suscettibile di conservarsi nel tempo¹⁶⁹. In fine, si fa riferimento alla c.d. intangibilità dell'equilibrio oligopolistico, consistente nella provare che la reazione dei concorrenti (effettivi e potenziali) nonché dei consumatori non possa mettere in discussione i risultati attesi dalla comune linea d'azione.

2.2.2 Il mercato rilevante

Il mercato di riferimento rappresenta “la gamma di prodotti o di servizi venduti in una data area geografica da chi è indagato per presunto comportamento restrittivo della concorrenza”¹⁷⁰. Nell'esame di ciascuna condotta ritenuta abusiva, l'individuazione di tale parametro configura un presupposto logico necessario in quanto, solo attraverso la relativa definizione, si potrà individuare l'ambito nel quale verificare la presenza della posizione dominante¹⁷¹ per poi valutarne lo sfruttamento.

Ai fini della qualificazione (e quantificazione) della posizione dominante, la previa definizione del mercato di riferimento risulta chiaramente determinante per definire l'ampiezza della quota da attribuire all'impresa: ad un mercato più vasto, corrisponde la minore probabilità di accertare la posizione di dominio¹⁷², aspetto che spiega il frequente tentativo delle

¹⁶⁹ E' necessario che il “meccanismo di rappresaglia” sia credibile, efficace e tempestivo, ma non è necessario che corrisponda ad uno specifico sistema sanzionatorio: “perché una situazione di posizione dominante collettiva sia sostenibile, bisogna che ci siano fattori di dissuasione sufficienti ad assicurare con continuità un incentivo a non scostarsi dalla linea di condotta comune, il che vale a dire che bisogna che ciascun membro dell'oligopolio dominante sappia che un'azione fortemente concorrenziale da parte sua diretta ad accrescere la sua quota di mercato provocherebbe un'azione identica da parte degli altri, di modo che egli non trarrebbe alcun vantaggio dalla sua iniziativa” [Trib. I grado, sent. 6 giugno 2002, T-342/99, *Airtours Plc/Commissione*, p. 62]

¹⁷⁰ Cfr. S. BASTIANON, “*L'abuso di posizione dominante*”, 2001, pag. 119

¹⁷¹ Cfr. Tribunale I grado CE, sent. 6 luglio 2000, T-62/98, *Volkswagen AG/Commissione*

¹⁷² Cfr. M. CALAMIA, “*La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*”, 2004, pag. 15

imprese di estendere oltremodo l'ambito del mercato rilevante e, viceversa, l'opposta tendenza dei Garanti di circoscriverlo¹⁷³.

La ricerca del mercato rilevante si compone necessariamente di due distinti accertamenti: bisogna anzitutto verificare il **mercato merceologico** (o del prodotto), individuando tutti i beni o servizi considerati sostituibili fra loro¹⁷⁴; in seguito si deve procedere nella individuazione del mercato geografico di riferimento, che a sua volta attiene all'insieme delle imprese che "in ragione della loro ubicazione geografica si trovano in rapporto di concorrenza l'una con l'altra in quel determinato mercato del prodotto".

In ambito comunitario¹⁷⁵, un'importante indirizzo è stato fornito da una Comunicazione della Commissione nel 1997, laddove si diede una chiara definizione della duplice dimensione del mercato rilevante¹⁷⁶ fornendo, al contempo, due utili parametri per la sua concreta valutazione: la sostituibilità dal lato della domanda e quella dal lato dell'offerta.

¹⁷³ Emblematico di tale tendenza è una pronuncia relativa alla posizione di dominio della compagnia Alitalia in relazione alla tratta Roma-Milano [AGCM, provv. n. 4398/1996, A102, *Associazione Consumatori Utenti/Alitalia*]; sul punto, si è identificata una posizione di dominio da parte della compagnia di bandiera in relazione non al criterio territoriale (e infatti anche altri vettori operavano sulla tratta in questione) ma bensì riguardo ad una frazione dello stesso, tenendo conto della fascia di prezzo, del tempo di percorrenza e degli orari. Sebbene una simile tendenza appaia necessaria in determinati casi, è perfettamente ipotizzabile anche il verificarsi di risvolti negativi in altri contesti: frazionare esageratamente un determinato mercato, porterebbe giocoforza a individuare posizioni dominanti in qualunque contesto [G. OLIVIERI, "L'abuso di posizione dominante", in AA.VV., "Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza", 2009, pag. 449, 450]

¹⁷⁴ Cfr. CG, sent. 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands vs. Commissione CE*

¹⁷⁵ E' questo uno degli ambiti in cui, l'art. 1, comma IV, della l. 287/90 appare fondamentale, consentendo (o imponendo) alle istituzioni nazionali di ricorrere ai principi espressi in sede comunitaria, con particolare riferimento alle linee guida della Commissione [M. ANTONIOLI, "Brevi riflessioni sullo spettro del sindacato devoluto al giudice amministrativo in tema di abuso di posizione dominante e individuazione geografica del mercato di riferimento", in "Giustizia civile", 2000, vol. 50, fasc. 7/8, pag. 2181]

¹⁷⁶ Merceologico "tutti i prodotti o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati". Geografico "l'area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone contigue perché in quest'ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse" [Comunicazione della Commissione CE 97/C 372/03]

Quanto al primo parametro, il riferimento attiene all'elasticità incrociata della domanda, corrispondente alla variazione percentuale della quantità domandata in risposta ad una variazione pari all'1% del prezzo di un altro prodotto. Sostanzialmente, il parametro intende porsi nella prospettiva del consumatore, valutando la misura dell'interscambiabilità fra prodotti con riferimento alla sua percezione¹⁷⁷. Quest'ultimo concetto afferisce, non solo ai prodotti identici, ma anche a quelli semplicemente affini, ossia atti a soddisfare i medesimi bisogni.

Più complessa appare la valutazione della sostituibilità dal lato dell'offerta. Secondo tale parametro, devono ricomprendersi nel medesimo mercato merceologico quei prodotti che necessitano di una tecnologia o di un processo produttivo molto simile. L'analisi verterà dunque sulla capacità delle imprese impegnate nella produzione di beni, pur non fungibili rispetto al prodotto della presunta dominante, di convertire la propria capacità produttiva, in un breve periodo e senza affrontare ingenti investimenti, per realizzare il medesimo prodotto¹⁷⁸. Lo scopo del parametro è quello di valutare un realistico insieme potenziale di concorrenti, valutando se vi siano imprese nella condizione di introdursi nel mercato della dominante con profitto in ragione di un, anche modesto, aumento dei prezzi da parte di quest'ultima.

Quanto al **mercato geografico**, la valutazione investe l'ambito territoriale entro il quale le imprese che forniscono l'insieme dei prodotti, individuati attraverso l'indagine sul mercato merceologico, "si pongono fra loro in un rapporto di concorrenza diretta e attuale". La Commissione ha definito

¹⁷⁷ In tal senso, la Comunicazione citata individua nei prodotti che, in ragione delle loro caratteristiche, del prezzo e dell'uso cui sono destinati, sono considerati fungibili o sostituibili nella percezione del consumatore. Il rapporto che viene a porsi in relazione a beni interscambiabili, comporta lo spostamento della domanda da un bene all'altro in ragione di un, anche lieve, incremento di prezzo.

¹⁷⁸ Cfr. P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, *op. cit.*, pag. 2834

tale mercato come “l’area nella quale le imprese in causa forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone geografiche contigue perché in quest’ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse”¹⁷⁹.

La relativa analisi si avvale di strumenti analoghi a quelli necessari per la definizione del mercato del prodotto, sebbene si debbano tenere in maggiore considerazione determinati parametri, quali i costi di trasporto o la ripetibilità nel tempo della prestazione, in base ai quali sarebbe possibile individuare un ambito territoriale più contenuto¹⁸⁰. Un altro elemento basilare per la definizione del mercato di riferimento, attiene alla presenza di barriere normative, distributive o tecnologiche, utili per individuare un più preciso perimetro entro cui circoscrivere l’analisi.

In conclusione, giova precisare che la definizione del mercato rilevante non rappresenta una radicale chiusura del contesto entro cui analizzare la condotta abusiva. In effetti, non è raro che la condotta vietata abbia avuto luogo su di un mercato differente rispetto a quello nel quale operi l’*incumbent*. Una simile situazione può verificarsi in ragione di un **collegamento**, che potrebbe essere a valle o a monte¹⁸¹, ma comunque tale da rendere reciprocamente interdipendenti i due distinti mercati.

¹⁷⁹ Comunicazione della Commissione CE 97/C 372/03

¹⁸⁰ Ciò trova agevole spiegazione in ragione delle esigenze di “comodità e prossimità del servizio” avvertite dal consumatore. Si tratta di costi che, per il consumatore, assumono diversa rilevanza a seconda della natura stessa del prodotto o servizio. Si pensi ad esempio al mercato del trasporto aereo, questo sarà sicuramente idoneo ad assumere dimensioni sovranazionali e in determinati casi (a seconda della tipologia di flotta a disposizione dell’impresa) mondiale. Diversamente, causa il relativamente basso valore associato alla difficoltà del trasporto, un mercato come quello del calcestruzzo assumerà per lo più una dimensione locale [P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, *op. cit.*, 2012, pag. 2835- 2836]

¹⁸¹ Si pensi ad un’impresa di servizi aeroportuali che impone, alle imprese di fornitura del carburante, di adempiere determinate prestazioni nei confronti di alcune compagnie aeree; solo tenendo conto del collegamento, in tal caso fra il mercato dei servizi aeroportuali e quello dei servizi collegati, sarà possibile

2.3 Il carattere oggettivo dell'abuso

La detenzione di una posizione dominante riveste la funzione di pregiudiziale logica rispetto all'accertamento del presunto abuso, trattandosi del *quantum* di potere economico sufficiente ad imporre all'impresa una speciale responsabilità. Sulla base di tale presupposto, la dominante commette un abuso quando, trasgredendo lo standard di diligenza richiesto, procede “nell'adozione di comportamenti diretti allo sfruttamento del potere in vista del conseguimento di vantaggi economici altrimenti preclusi”¹⁸².

A ben vedere, notevoli sono le differenze rispetto alla *monopolization* americana. In effetti, la seconda sezione dello Sherman Act, individua il principale presupposto per l'applicazione dell'*enforcement* nell'intenzione “monopolizzatrice” (dolo specifico)¹⁸³, non attribuendo rilevanza pregiudiziale al grado di forza economica detenuta dall'agente. Si tratta di uno standard di valutazione¹⁸⁴ ben differente rispetto all'indirizzo affermatosi nella giurisprudenza comunitaria, sulla base del quale “la

individuare l'effettiva portata del dominio di una certa impresa [AGCM, provv. n. 19020/2008, A376, *Aeroporti di Roma – Tariffe aeroportuali*]. Nell'esempio vediamo infatti che la dominante imponeva ai fornitori di servizi, collocati in un mercato distinto ma strettamente collegati al proprio, determinate prestazioni, sfruttando la propria posizione dominante nel mercato di riferimento.

¹⁸² Cfr. AGCM, Relazione annuale, 1990; sebbene la responsabilità possa sorgere anche in relazione a comportamenti slegati dal proprio potere, ma comunque idonei a determinare un'indebita compromissione della concorrenza [Vd. cap. IV]

¹⁸³ Tutt'al più, come si evince dall'analisi di qualsiasi provvedimento che abbia accertato un abuso, la dimensione soggettiva può rilevare per una migliore comprensione del comportamento, fornendo all'interprete un parametro per la determinazione della sanzione.

¹⁸⁴ Alla radice delle divergenze applicative fra antitrust europeo e nord-americano, troviamo proprio il differente standard di valutazione. Le differenze insite nei due sistemi, divengono un reale problema nel momento in cui si debbano valutare condotte tali da ripercuotersi a livello globale. Emblematico è il caso riguardante British Airways, condannata sul mercato europeo ma non su quello americano, denotando la chiara riluttanza degli organi americani nel condannare pratiche puntualmente represses in Europa [S. LEPRE, “La revisione della disciplina dell'abuso di posizione dominante in Europa: per se rule vs rule of reason”, “Diritto pubblico comparato ed europeo”, 2010, fasc. 4, pag. 1507]

nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva¹⁸⁵, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto quello di ostacolare [...] la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza”¹⁸⁶.

La connotazione oggettiva dell'abuso di posizione dominante, appare strettamente funzionale al già menzionato approccio strutturalista dell'antitrust europeo. Invero, la sola presenza di una posizione dominante è assunta come fattore di pericolo per il buon funzionamento del mercato, ragion per cui si è cercato di disinnescarne le potenzialità lesive inibendo il dispiegamento della forza economica. Purtroppo, l'iniziale mancanza di chiari parametri di riferimento, ha portato per lungo tempo a focalizzare sulla difesa dell'assetto concorrenziale, la valutazione circa l'anticoncorrenzialità delle condotte, determinando spesso un'indebita protezione dei concorrenti della dominante¹⁸⁷.

Il recente processo di modernizzazione ha cercato di invertire tale tendenza senza passare attraverso la revisione della normativa. Parimenti non è servito procedere ad una rivisitazione diretta della concezione oggettiva dell'abuso, bastando il richiamo all'utilità dell'approccio economico nella valutazione delle condotte della dominante. In tal modo, l'interprete potrà dare maggiore rilevanza ai concreti effetti della condotta, recependo le ragioni economiche sulla base delle quali ha agito l'impresa e

¹⁸⁵ La generalità delle norme che prevedono una responsabilità oggettiva, richiedono per l'integrazione dell'illecito la sola esistenza del nesso eziologico, fra la condotta attribuita e il verificarsi dell'evento dannoso. L'agente può sottrarsi all'applicazione della sanzione solamente dimostrando il “caso fortuito” o l'aver tenuto tutti gli accorgimenti necessari ad evitare il danno.

¹⁸⁶ Cfr. CG, sent. 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*

¹⁸⁷ Cfr. S. LEPRE, *op. cit.*

ricercando la presenza di eventuali riflessi positivi, a compensazione dei risvolti anti-concorrenziali. In tale ottica si è cercato di superare il, pur comprensibile, pregiudizio verso la concentrazione di potere economico, mirando a reprimere solamente le condotte dalle quali scaturiscano gratuite lesioni del benessere dei consumatori, sebbene, come già rilevato, tale concetto non sia univoco.

2.3.1 Le condotte abusive della posizione dominante

Assumendo a modello della normativa l'art. 102 del Trattato FUE, il legislatore nazionale ha elencato, di seguito alla generale enunciazione del divieto, una serie di condotte attraverso le quali l'impresa dominante può abusare della propria posizione¹⁸⁸.

Più precisamente, le condotte “tipizzate” all'art. 3 della legge n. 287/90 consistono nel:

- A. “Imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;
- B. Impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori;

¹⁸⁸ Quanto alle difformità linguistiche fra la norma nazionale e quella comunitaria, si rilevi innanzitutto che l'art. 102 afferma che “le pratiche abusive possono consistere in particolare...” locuzione che nella disposizione italiana diventa “ed inoltre è vietato...”. L'espressione usata nei Trattati non lascia alcun dubbio circa il carattere esemplificativo delle condotte di seguito elencate, mentre nell'espressione italiana potrebbe interpretarsi come la previsione di un divieto aggiuntivo rispetto a quello sancito dalla clausola generale, considerando le condotte tipiche come illecite a prescindere dalla detenzione, da parte dell'agente, di una posizione dominante. Chiaramente una soluzione del genere sarebbe contraddittoria rispetto alle finalità dell'istituto. Ulteriori differenze si notano con riferimento alle condotte tipizzate, delle quali la più consistente riguarda la fattispecie sub a): “condizioni di transazioni non eque” divengono “ingiustificatamente gravose” nella legge italiana. Anche in tal caso la differenza non è rilevante, poiché entrambe le locuzioni si riferiscono a pratiche idonee a danneggiare la sola controparte contrattuale della dominante, senza una ripercussione diretta sui terzi [F. P. CROCENZI, “*Quattro anni di repressione dell'abuso di posizione dominante in Italia*”, in “*Rivista Amministrativa della repubblica italiana*”, 1995, v. 146, f.4, da pag. 424]

- C. Applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;
- D. Subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi.”

Dottrina e giurisprudenza concordano nell'escludere il carattere tassativo delle condotte descritte dalla norma¹⁸⁹, ammettendo conseguentemente la possibilità di individuare ulteriori abusi, c.d. “atipici”, sulla base degli elementi previsti dalla clausola generale.

Naturalmente, sia per la valutazione delle condotte richiamate dal legislatore che, a maggior ragione, per le ipotesi ricadenti nel divieto generale, l'interprete necessita di chiari parametri per poter concretamente distinguere le condotte effettivamente abusive da quelle che, viceversa, rappresentano l'espressione di aspre ma pur sempre lecite interazioni di mercato.

D'altronde, la natura stessa dell'interazione concorrenziale risiede nella competizione fra agenti economici che tendono di prevalere l'uno sull'altro per ottenere la preferenza del consumatore. Di conseguenza, è

¹⁸⁹ La previsione delle condotte tipiche, potrebbe assolvere ad una funzione compensativa rispetto all'astrattezza concettuale dell'abuso di posizione dominante [F. P. CROCENZI, *op. cit.*]. Il tema si ricollega direttamente alla necessaria certezza del diritto, con maggiore riferimento ai destinatari del divieto, piuttosto che agli organi demandati all'applicazione della normativa. Nella medesima direzione possiamo interpretare il mutamento nell'approccio dell'AGCM, la quale, a partire dalla presidenza Catricalà, è ricorsa con maggior frequenza “all'accettazione di impegni” e più saltuariamente all'irrogazione delle sanzioni [sebbene, si rilevi, di recente ha avuto luogo un ritorno al passato]. In effetti, la disciplina antitrust utilizza formule ampie, ma il corrispondente deficit rispetto al principio di legalità [e certezza del diritto] può essere riequilibrato attraverso il riconoscimento di ampie facoltà partecipative [Cfr. F. DI PORTO, “*Concorrenza, il dialogo vale più delle sanzioni*”, in “Il sole 24 ore”, 15 luglio 2007; C. PESCE, “*I nuovi strumenti di public enforcement*”, 2012]

probabile che la dominante possa recare un “danno”, seppur fisiologico e pienamente legittimo, anche qualora prevalga legittimamente sui propri concorrenti, aspetto che rende prevedibilmente complessa una valutazione sostanzialmente orientata a bilanciare le esigenze del mercato concorrenziale con il diritto dell’impresa *leader* di aspirare al conseguimento di un meritato profitto.

2.3.2 Condotte escludenti e di sfruttamento

Nel silenzio della normativa, la giurisprudenza comunitaria ha fornito un ormai consolidato indirizzo, sulla base del quale rientrerebbero nel divieto di sfruttamento abusivo le condotte tali da “eliminare, restringere o falsare il gioco della concorrenza sul mercato”¹⁹⁰. L’autorevole indirizzo giurisprudenziale è stato, più di recente, meglio esplicito da parte della Commissione UE, la quale, attraverso i già menzionati “Orientamenti”, ha avuto il merito di dirigere l’interpretazione dell’art. [102] nell’ottica dell’*effect-based approach*, richiamando l’attenzione dell’interprete sulle possibili compensazioni in termini di efficienza, sempre a favore del *consumer welfare*, derivanti dalle condotte in esame.

L’esecutivo comunitario, oltre a esaminare alcune delle più comuni condotte abusive¹⁹¹, ha dato modo di comprendere l’essenza del divieto avvalorando il concetto di preclusione anticoncorrenziale (*anticompetitive foreclosure*), in riferimento alle situazioni “in cui l’accesso effettivo di concorrenti reali o potenziali a forniture o a mercati è ostacolato o eliminato a causa del comportamento dell’impresa

¹⁹⁰ Cfr. S. BASTIANON, *L’abuso di posizione dominante*, 2001, pag. 203

¹⁹¹ In particolare: accordi di esclusiva, vendite abbinate e aggregate, comportamenti predatori, rifiuto di effettuare forniture e compressione dei margini.

dominante, e in cui è probabile che quest'ultima sia in grado di aumentare in modo redditizio i prezzi a scapito dei consumatori”¹⁹².

Secondo le *guidelines* della Commissione, la preclusione anticoncorrenziale deve desumersi indagando sulla sussistenza di determinati parametri. Fra questi troviamo alcuni elementi già impiegati nel valutare la sussistenza di una posizione dominante (quota di mercato detenuta dalla dominante rapportata alle quote delle imprese concorrenti, condizioni di ingresso ed espansione del mercato di riferimento, nonché l'eventuale presenza di economie di scala) ma anche altri elementi che, pur essendo meno ricorrenti nella pregressa applicazione del divieto, appaiono particolarmente efficaci a tali fini.

In particolare, sembra interessante il riferimento alla posizione dei concorrenti intesa come effettiva capacità di competere con la dominante¹⁹³, come pure la valutazione del potere contrattuale dei soggetti collegati verticalmente (*countervailing buyer power*), oltre alla presenza di prove dell'esistenza di una finalità escludente, alla valutazione dell'estensione e della durata della condotta e, infine, alla dimostrazione degli effetti preclusivi eventualmente già prodotti dall'attività dell'*incumbent*.

In tal modo, la Commissione ha inteso fornire un insieme di parametri (o standard) attraverso i quali l'interprete possa valutare la generalità degli **abusi escludenti**¹⁹⁴, ossia quell'insieme di condotte attraverso le quali,

¹⁹² Cfr. Orientamenti, p. 9

¹⁹³ Il riferimento attiene, ad esempio, all'impiego di metodi innovativi tali da rendere probabile una crescita della concorrente a discapito di eventuali manovre anticoncorrenziali della dominante.

¹⁹⁴ “Come rilevato in dottrina, la nozione di preclusione anticoncorrenziale consente alla Commissione, seppur in termini generali ed astratti, di dare «un contenuto specifico agli abusi a carattere escludente, dettando un criterio di valutazione applicabile in linea di principio a ogni tipologia di condotta», ovviando per tale via alle difficoltà applicative e interpretative connesse alla nozione, per la verità

l'impresa *leader* ostacola l'ingresso o la permanenza nel mercato di imprese concorrenti¹⁹⁵. Tuttavia, gli abusi escludenti non rappresentano la totalità degli illeciti unilaterali. Invero, in dottrina si distingue fra abusi escludenti e abusi c.d. di puro sfruttamento¹⁹⁶, consistenti, questi ultimi, nelle pratiche suscettibili di concretizzare il principale pericolo insito nella detenzione di una posizione egemone sul mercato, quale la realizzazione della "rendita del monopolista"¹⁹⁷ ai danni di soggetti privi di una reale alternativa cui rivolgersi.

In altre parole, se le condotte escludenti pregiudicano l'interesse del consumatore in via indiretta (alterando in senso anticoncorrenziale la struttura del mercato e dunque colpendo *in primis* i propri concorrenti), gli abusi di sfruttamento si realizzano direttamente nei confronti dei soggetti verticalmente legati alla dominante.

alquanto vaga, di speciale responsabilità che incombe sulle imprese egemoni" [S. BASTIANON, "Gli orientamenti sulle priorità della commissione nell'applicazione dell'art. 82 C.E. alle pratiche escludenti", in "Diritto Commerciale Internazionale", f.1, 2009, pag. 63]

¹⁹⁵ "L'art. [102] non riguarda soltanto le pratiche che possano causare direttamente un danno ai consumatori, bensì anche quelle che recano loro pregiudizio modificando un regime di concorrenza effettiva" [CG, sent. 21 febbraio 1973, 6/72, *Continental Can Company/Commissione CE*, p. 12]. Si precisa che non è necessaria la concreta fuoriuscita dal mercato dei concorrenti della dominante, considerando che l'effetto preclusivo può anche consistere "nell'impedire al concorrente di competere in modo deciso [...] inducendolo ad allinearsi ai prezzi dell'impresa dominante" in modo da non erodere la quota di mercato dell'impresa *leader* [F. GHEZZI, G. OLIVIERI, "Diritto Antitrust", 2013, pag. 224]

¹⁹⁶ In dottrina troviamo l'analisi di numerose tipologie di condotte, ripartite a monte attraverso la tradizionale *summa divisio* fra abusi di sfruttamento e abusi escludenti. Si rilevi tuttavia la non risolutività di tale classificazione, "posto che sovente la medesima condotta abusiva produce effetti tanto nei rapporti verticali quanto nei rapporti orizzontali" [S. BASTIANON, *op. cit.*, 2001, pag. 203]. Volendo effettuare un'ulteriore comparazione rispetto all'antitrust statunitense, in effetti abusi di sfruttamento risultino estranei rispetto all'esperienza statunitense, laddove viceversa vengono perseguite le sole condotte c.d. escludenti. D'altro canto, la definizione di abuso escludente può senza troppi sforzi farsi coincidere con la nozione stessa di monopolizzazione.

¹⁹⁷ A differenza degli abusi escludenti, realizzabili nei rapporti orizzontali, gli abusi di sfruttamento ricorrono nei rapporti verticali, andando a ledere direttamente i destinatari dell'*output* della dominante. In tali rapporti, l'elevato potere di mercato consente alla dominante di tenersi tendenzialmente indifferente rispetto alle reazioni dei propri clienti, adottando di conseguenza i comportamenti tipici del monopolista [vd. par. 1.3.5]

In verità, l'azione antitrust si è sostanziata raramente in un intervento sulle condotte di sfruttamento, tendenza che, in considerazione della loro esclusione dagli Orientamenti della Commissione, è ragionevole ipotizzare possa solo acuirsi. La ragione di ciò può ricercarsi nella diffusa critica secondo cui la repressione di simili condotte perseguirebbe “finalità ultronee rispetto a quelle proprie della disciplina della concorrenza”, meglio inquadrabili all'interno di una vera e propria logica regolatoria¹⁹⁸. Si badi bene, il fondamento della critica non riguarda tanto l'inopportunità *tout court* di un simile controllo, quanto piuttosto il fatto che le relative competenze siano già attribuite ad appositi enti regolatori nei mercati ritenuti maggiormente soggetti a simili risvolti, mentre per gli altri mercati si ritiene generalmente sufficiente la rimozione degli ostacoli all'accesso, lasciando alla concorrenza potenziale il compito di ripristinare una situazione sostenibile per le controparti della dominante¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Cfr. P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, “*Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*”, 2012, pag. 2588

¹⁹⁹ Vd. par. 2.1.2

CAPITOLO III

COMPETIZIONE SUI MERITI ED EFFICIENZA NELLA VALUTAZIONE DEGLI ABUSI

La valutazione delle condotte alla luce del “more economic approach”

A livello ermeneutico, l'istituto in esame può leggersi come un tentativo di ricreare fittiziamente un assetto di concorrenza sostenibile nonostante la presenza di un agente economico in grado di influenzare l'andamento del mercato semplicemente operandovi. A tal fine, l'esistenza stessa della dominante non viene posta in discussione, ma la sua attività economica viene sottoposta all'osservazione di una più stringente accortezza, nota come “speciale responsabilità” e consistente nel non compromettere ulteriormente la struttura concorrenziale del mercato.

Identificare le condotte idonee a contravvenire al divieto, come anticipato, non appare sempre agevole. Invero, ove il limite appaia troppo stringente, l'effetto non sarebbe quello di difendere una fisiologica dinamica concorrenziale, ma quello di annichilirla, connotando di illiceità le condotte della dominante che siano invece idonee a rappresentare uno stimolo competitivo anche per i suoi concorrenti, risolvendosi così in una loro inopportuna tutela.

Al fine di indirizzare la tutela sulla dinamica concorrenziale, più che sui concorrenti della dominante, la Commissione ha promosso un processo di ripensamento dell'istituto, mostrando una significativa apertura in senso *more economic*.

Il nuovo approccio si basa sulla ricerca degli effetti prodotti dalla condotta, ancorando le valutazioni dell'interprete su dei parametri maggiormente predittivi. In tal senso, le valutazioni legate all'efficienza produttiva hanno assunto un ruolo fondamentale, sia rispetto al test del “*as efficient competitor*” che nel consentire alla dominante di giustificare la propria condotta adducendo le “efficienze” che ne scaturirebbero (*efficiency defense*).

L'obiettivo esplicitato dalla Commissione, è il perseguimento del benessere del consumatore, sebbene tale concetto non appaia perfettamente limpido. In effetti, legando tale obiettivo con i criteri essenzialmente efficientistici promossi nelle *guidelines*, si potrebbe giungere a circoscriverlo nel mantenimento dei prezzi ad un livello sufficientemente basso, se non fosse che negli Orientamenti è altresì precisato che:

“[...] l'espressione aumentare i prezzi comprende il potere di mantenere i prezzi al di sopra del livello concorrenziale e viene utilizzata per designare in forma abbreviata i vari modi in cui i parametri della concorrenza - quali prezzi, produzione, innovazione, varietà o qualità di beni o servizi - possono essere influenzati a beneficio dell'impresa dominante e a scapito dei consumatori.”²⁰⁰

Bisogna anche aggiungere che gli Orientamenti sono esplicitamente non esaustivi rispetto ad ogni possibile forma di abuso, essendo limitati alle più comuni condotte escludenti, per altro non tutte approfonditamente trattate²⁰¹. In secondo luogo, gli Orientamenti non hanno carattere

²⁰⁰ Cfr. Orientamenti, p. 11

²⁰¹ Cfr. S. BASTIANON, “*Diritto Antitrust dell'Unione Europea*”, 2011, da pag. 198

cogente, sostanziandosi in un'esplicitazione delle priorità che seguirà la Commissione nella valutazione dei presunti abusi. Conseguentemente, nonostante si evinca una chiara preferenza per le valutazioni legate all'efficienza, non può escludersi che l'*enforcement* segua criteri diversi a seconda delle necessità della fattispecie concreta, tutelando il benessere dei consumatori in un'accezione più ampia²⁰².

Passando dall'astrattezza teorica, alla concretezza applicativa, si rende necessario un approfondito esame della casistica giurisprudenziale. Nelle pagine che seguono, si cercherà dunque di individuare il percorso che ha portato all'attuale preponderanza dei suddetti criteri, ma anche di comprendere la *ratio* sottostante a valutazioni differenti.

Al fine di mantenere una prospettiva sistematica, si cercherà altresì di ricondurre le singole condotte abusive nelle quattro categorie tipizzate nelle disposizioni di riferimento²⁰³, evidenziando, ove sia possibile, la presenza di abusi esorbitanti e dunque considerabili "atipici". Posta l'ampia formulazione letterale delle condotte tipizzate, si premette che non sarà agevole individuare dei profili di atipicità, ma una ricerca in tal senso appare di fondamentale importanza per la comprensione dell'abuso di posizione dominante, tanto nella sua concreta applicazione quanto negli obiettivi sottostanti. In altre parole, l'applicazione del divieto generale, residuale rispetto ai tipi legali, può rappresentare un eccezionale indicatore

²⁰² Un ulteriore, seppur vago, riferimento ad altre possibili cause di detrimento del *consumer welfare*: "[...] effetti negativi per il benessere dei consumatori, sia in forma di prezzi più elevati di quelli altrimenti vigenti sia in altra forma, ad esempio limitando la qualità o riducendo la scelta dei consumatori." [Orientamenti, p. 19]

²⁰³ Si precisa che, posta la perfetta corrispondenza interpretativa [vd. par. 2.1] nonché l'applicazione da parte dell'AGCM sia della normativa nazionale che di quella comunitaria, ciascuna considerazione che seguirà potrà indifferentemente riferirsi all'art.3 l. 287/90 che all'art. 102 Trattato FUE, salvo per quelle lievi differenze letterali che – tutt'altro dal rappresentare un ostacolo alla trattazione unitaria – possono rivelarsi un ausilio per la corretta interpretazione del divieto in esame.

dei confini del divieto, chiarendo l'effettiva e ultima portata di una fattispecie pur necessariamente duttile.

3.1 Abusi di sfruttamento: l'imposizione di prezzi ingiustificatamente gravosi

Alla prima lettera dell'art. 3, legge n. 287/90, troviamo due tipologie di abuso accomunate dalla natura verticale della condotta. La disposizione vieta, infatti, l'imposizione di "prezzi d'acquisto o vendita, o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose", pratiche dunque non prettamente riferite all'esercizio di una preclusione concorrenziale ma allo sfruttamento di una già consolidata posizione dominante.

Un elemento indubbio delle condotte in esame, risiede nella necessaria verticalità della condotta, aspetto idoneo a concretizzarsi in un danno diretto al consumatore, ove il mercato di riferimento sia il c.d. mercato al dettaglio. Più di frequente, tuttavia, il destinatario diretto è a sua volta un imprenditore, ed invero il *leading case* comunitario (caso "United Brand") riguarda un livello più alto della scala produttiva, sebbene non sia difficile coglierne le relative implicazioni sul benessere del consumatore finale.

Tralasciando momentaneamente la genericità delle "altre condizioni" richiamate, si focalizzi l'attenzione sull'imposizione di prezzi. Attraverso tale condotta, l'impresa in posizione dominante aspira a realizzare profitti sovra-competitivi, danneggiando di conseguenza le proprie controparti contrattuali²⁰⁴.

²⁰⁴ Le parti direttamente danneggiate dalla condotta sono i consumatori o gli imprenditori collocati su di un differente livello della scala di produzione. Tali soggetti, posta l'assenza di un'adeguata concorrenza

Il primo aspetto da approfondire riguarda la gravosità ingiustificata del prezzo o, per utilizzare la terminologia dei Trattati comunitari, la non equità²⁰⁵. In effetti, “la possibilità di qualificare un prezzo come “non equo” [...] presuppone l’individuazione del parametro in base al quale valutare la sussistenza o meno di tale requisito, risultato ottenibile *ex ante* per mezzo della regolazione, ovvero *ex post* attraverso il confronto fra i prezzi praticati nel mercato dominato e quelli relativi ad un mercato con connotazioni analoghe ma caratterizzato dalla presenza di una concorrenza effettiva²⁰⁶. Al di fuori dei mercati sottoposti a regolazione, l’unica strada percorribile sarebbe quella del confronto, operazione tuttavia non sottratta ad una certa alea a causa dell’illimitatezza dei parametri da includere per potersi ritenere che, in assenza della posizione dominante, anche nel mercato di riferimento si sarebbe determinato il prezzo vigente nel mercato concorrenziale.

Le difficoltà ora esposte hanno portato a considerare non decisivo il suddetto confronto, utilizzabile tutt’al più come semplice elemento indiziario rispetto alla pendenza di un abuso, sempre che la differenza fra i prezzi appaia significativa²⁰⁷. Invero sarebbe corretto indirizzare l’analisi

su cui dirottare la domanda, si ritrovano a dover accettare condizioni sicuramente svantaggiose, fenomeno che la scienza economica traduce nella traslazione di una parte *surplus* dal consumatore al produttore, nonché dell’irrimediabile perdita di una parte del *surplus* individuata nell’area di *deadweight loss* [vd. par. 1.2.1]

²⁰⁵ In considerazione della sostanziale corrispondenza fra la normativa nazionale e quella comunitaria, nel presente lavoro verranno utilizzate, indifferentemente, entrambe le diciture.

²⁰⁶ “Ed allora, delle due l’una: o è da considerarsi abusivo ogni prezzo fissato dal monopolista in misura eccedente rispetto a quello fissato in un mercato effettivamente concorrenziale, come traspare da alcune decisioni della Corte di Giustizia CE (cfr. caso Tournier); ovvero sarà una qualche autorità pubblica di regolazione a stabilire quale debba essere la giusta remunerazione del bene prodotto o dal servizio reso dal monopolista, mediante la fissazione di tariffe o di listini da essa preventivamente approvati [...]” [G. OLIVIERI, “L’abuso di *posizione dominante*”, in AA.VV., “*Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza*”, 2009, pag. 478]

²⁰⁷ “Va osservato che, qualora un’impresa in posizione dominante imponga, per i servizi da essa prestati, tariffe sensibilmente più elevate di quelle praticate negli altri Stati membri e qualora il raffronto dei livelli delle tariffe sia stato effettuato su base omogenea, tale differenza dev’essere considerata come l’indizio

sulla corrispondenza fra il valore reale del bene o servizio e il presunto prezzo eccessivo richiesto, ed è proprio in tal senso che la Corte di Giustizia, con riferimento al caso *United Brands*²⁰⁸, ha fornito importanti parametri per il relativo accertamento.

In particolare, la Corte ha identificato l'illiceità della condotta nel "praticare un prezzo eccessivo, privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita", individuando altresì l'ambito principale nel quale svolgere l'analisi:

“Questa sproporzione potrebbe, fra l'altro, essere valutata obiettivamente in base al raffronto tra il prezzo di vendita del prodotto in questione e il suo costo di produzione, raffronto da cui risulterebbe l'entità del margine [...] si tratta quindi di stabilire se vi sia un'eccessiva sproporzione tra il costo effettivamente sostenuto ed il prezzo effettivamente richiesto e, in caso affermativo, di accertare se sia stato imposto un prezzo non equo, sia in assoluto sia rispetto ai prodotti concorrenti”.

In sostanza, è necessario effettuare un'analisi dettagliata dei costi sostenuti dall'impresa e sovrapporvi i ricavi conseguiti, ricavando così un parametro obiettivo per il vaglio dell'illiceità: il margine di profitto della dominante²⁰⁹.

La strada indicata dalla Corte di Giustizia presenta ulteriori problematiche, consentendo implicitamente di legittimare un possibile sindacato su quale debba essere la giusta aspettativa (profitto) degli agenti economici. Una simile valutazione sarebbe necessariamente inficiata da un grado di

di un abuso di posizione dominante. Spetta, in questo caso, all'impresa di cui trattasi giustificare la differenza basandosi sulle diversità obiettive tra la situazione dello Stato membro interessato e quella prevalente in tutti gli altri Stati membri.” [CG, sent. 13 luglio 1989, C-395/87, *Tournier*, p. 38]

²⁰⁸ Cfr. CG, sent. 14 febbraio 1978, C-27/76, *United/Commissione*

²⁰⁹ Nel caso di specie, la decisione della Commissione venne annullata, limitatamente all'accertamento dei prezzi iniqui, per difetto di prova. L'accertamento, in effetti, si era basato sulla sola sproporzione fra i prezzi praticati da *United Brands* in distinte aree geografiche, senza considerare i costi sostenuti per operare in ciascun mercato. La strada del confronto avrebbe egualmente portato a un parametro accettabile a patto, tuttavia, di ricercare la sproporzione sul margine di profitto relativo a ciascuna area, comprensivo dunque dei costi [F. GOBBO, *op. cit.*, pag. 171 - 173]. In seguito, l'ACGM ha agito in tal senso con riferimento al caso *Veraldi/Alitalia* [AGCM, provv. 10115/2001, A306, *Veraldi/Alitalia*]

discrezionalità tale da assumere esso stesso i caratteri dell'arbitrarietà, spiegando ulteriormente le ritrosie nella repressione di simili condotte.

In realtà, la preoccupazione potrebbe essere eccessiva se si pensa che, in base al **principio della minima ingerenza**, una volta che l'Autorità abbia accertato l'abuso, non potrebbe in alcun caso imporre alla dominante di tenere un determinato prezzo, posto che una simile ingiunzione equivarrebbe ad un'indebita quanto inaccettabile intromissione nella libera attività commerciale delle imprese²¹⁰. Non a caso, in tali situazioni le autorità preposte si sono limitate all'individuazione di un parametro indicativo²¹¹, tale da orientare l'impresa verso la giusta revisione della propria condotta, ma che in nessun caso sarebbe stato suscettibile di assumere i connotati di un prezzo imposto.

In altri casi, l'ingiustificata gravosità dei prezzi è emersa sulla base di considerazioni parzialmente differenti. Emblematico è il caso avente ad oggetto una condotta della SIAE²¹² (Società Italiana Autori ed Editori), la quale soleva ripartire i proventi fra gli aventi diritto, in maniera solo limitatamente speculare all'effettiva esecuzione delle opere protette dal diritto d'autore. Tali modalità, hanno fondato la denuncia all'Autorità Garante da parte del SILB (Sindacato Italiano Locali da Ballo), in ragione della conseguente non giustificazione delle tariffe richieste ai locali²¹³.

²¹⁰ Cfr. CD, sent. 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands/Commissione*, p. 246

²¹¹ Sempre con riferimento a *United Brands*, la Corte di Giustizia rigettò la relativa doglianza della ricorrente, in quanto “quella che la UBC definisce «ingiunzione di ridurre i prezzi» del 15 %, [...] costituisce solo un'indicazione — e non una formula matematica — sul modo di conformarsi ai dettami del Trattato [...] non fa parte del dispositivo e non ha la funzione di creare un prezzo uniforme” [*ivi*, p. 246]

²¹² Cfr. AGCM, provv. n. 3195/1995, A48, *S.I.L.B./S.I.A.E.*

²¹³ “Il FIPE-SILB ha, inoltre, precisato che la maggior parte degli accertamenti viene svolta sugli incassi che costituiscono la base per il calcolo sia dei diritti d'autore che delle imposte. Vengono anche svolti accertamenti relativamente ai brani musicali eseguiti ma, per le esecuzioni con musica registrata, FIPE-SILB sottolinea l'esistenza di un'incongruenza nel comportamento della SIAE, la quale esige dai gestori

Nel procedimento dinnanzi all'AGCM, innanzitutto, rivestì valore solo indiziario la consistente sproporzione fra le tariffe praticate dalla SIAE e le analoghe delle altre società di autori europee, assumendosi a vero fondamento dell'ingiustificata gravosità dei prezzi, le modalità arbitrarie attraverso le quali l'ente definiva i corrispettivi. In particolare, la prevalenza attribuita ad un campionamento, comprendente "utilizzazioni estranee alle esecuzioni in discoteca", delineava l'inadeguatezza del criterio rispetto alla tutela degli autori aventi effettivamente diritto, provocando una sovrastima immotivata del corrispettivo a detrimento, nel caso specifico, dell'interesse dei locali da ballo²¹⁴.

3.1.1 Imposizione di altre condizioni non eque e profili di atipicità

Fra gli abusi tipizzati dal legislatore, l'imposizione di prezzi ingiustificatamente gravosi è forse la condotta meglio definita e meno soggetta ad interpretazioni estensive. Solo la pratica di un prezzo eccessivo, principalmente in ragione di una significativa sproporzione fra costi e ricavi, risulta suscettibile di integrare tale abuso²¹⁵. In buona parte, lo stesso può dirsi per quanto attiene agli abusi di sfruttamento che si concretizzano nell'imposizione di "altre condizioni contrattuali

la redazione e la consegna dei programmi delle musiche utilizzate nei locali, senza utilizzarli ai fini della ripartizione dei diritti d'autore. Infatti, il metodo utilizzato dalla SIAE prevede che le somme incassate per diritti relativi alle musiche registrate siano in larga parte ripartite sulla base dei programmi redatti per la musica dal vivo, nonostante il programma musicale dal vivo sia, ad opinione della parte, per l'80% diverso dal programma musicale in discoteca." [Ivi, p. 26]

²¹⁴ Ivi, p. 40

²¹⁵ Nel prosieguo dell'elaborato, si vedrà come non possa dirsi lo stesso in relazione alle altre condotte tipiche, trattandosi di formule tanto aperte da non precludere un certo margine interpretativo. Emergerà dunque la necessità di definire accuratamente i confini di ciascuna condotta, individuando di conseguenza eventuali spazi nei quali ricorrere al generale divieto di abuso di posizione dominante.

ingiustificatamente gravose”, sebbene l’autonomia contrattuale renda la relativa casistica maggiormente eterogenea²¹⁶.

Sotto tale versante, l’*enforcement* antitrust può giungere a confondersi, ulteriormente, con la stretta tutela del consumatore, legame particolarmente evidente in alcuni procedimenti riguardanti condotte “consistenti nel subordinare la richiesta di attivazione di una nuova utenza [...] o di subentro in una utenza già attiva, al previo pagamento delle morosità pregresse del precedente contraente”.²¹⁷

L’ampia connotazione degli abusi *sub* lett. A, rende complessa la determinazione di un parametro aprioristico più preciso del generico “aggravio economico ingiustificato ed arbitrario”²¹⁸ patito dalle controparti contrattuali ma, d’altro canto, consente di argomentare sulla ricerca di eventuali condotte atipiche, passando nuovamente per la distinzione fra abusi escludenti e abusi di sfruttamento.

Sotto tale profilo, si consideri innanzitutto, come tratto comune delle condotte di sfruttamento, la dimensione verticale in cui si compiono, posto il rapporto negoziale richiamato dalla lettera A. Tuttavia la verticalità non sembra possa assumersi come qualità esclusiva di tali abusi,

²¹⁶ Si registrano provvedimenti relativi a condotte concernenti condizioni molto diverse fra loro, andando dalla previsione di clausole tali da rendere un contratto di locazione assimilabile, sul piano del corrispettivo finanziario richiesto all’utente, ad un “contratto di vendita, pur non conferendo all’utilizzatore i diritti connessi alla proprietà” [Commissione, dec. 24 luglio 1991, n. 163/1992, *Tetra Pak II*, p. 173], all’arbitraria variazione del valore dei parametri determinanti il canone della fornitura [App. Milano, sent. 16 settembre, 2006, *Avir/Eni*], fino all’ingiustificata “scomodità” imposta a una significativa parte dell’utenza in ragione dell’imposizione di una specifica modalità di pagamento, al casello autostradale [AGCM, provv. n. 2170/94, A68, *Viacard*].

²¹⁷ Cfr. AGCM, provv. n. 17481/2007, A390, *Enel distribuzione/attivazione fornitura subordinata a pagamenti morosità pregresse*; AGCM, provv. n. 18692/2007, A398, *Morosità pregresse Telecom*

²¹⁸ Espressione utilizzata dal Garante nel caso “*Viacard*”, ritenuta l’unico minimo comun denominatore possibile in tale tipologia abusiva.

considerato che nella stessa dimensione possono compiersi anche determinate condotte escludenti, come ad esempio il rifiuto a contrarre.

Ciò considerato, sarebbe preferibile ricercare il vero discrimine, fra esclusione e sfruttamento, nell'**effetto** ricercato attraverso la condotta²¹⁹. Invero, la finalità escludente potrebbe individuarsi (esemplificando) nell'ostacolare la sussistenza di un'adeguata concorrenza, aspetto viceversa non necessario negli abusi di sfruttamento, poiché in tali casi la dominante ricopre una posizione di egemonia economica – compiuta e non minacciata nell'immediato – tale da consentirle impunemente di adottare i comportamenti tipici del monopolista, quali l'agire con tendenziale indifferenza rispetto alle reazioni di concorrenti e consumatori, fino a determinare l'inefficienza del mercato e il detrimento del *consumer welfare*²²⁰.

Dunque, se si appura che una condotta rientri fra gli abusi di sfruttamento, ma non consista nell'imposizione di prezzi né di altre clausole contrattuali inique, la si potrà pur sempre ricondurre al generale divieto di abuso di posizione dominante. Chiaramente, la natura verticale degli abusi di sfruttamento fa sì che la quasi totalità degli stessi sia riconducibile a condizioni contrattuali inique, in quanto la verticalità emerge principalmente fra parti contrattuali, attuali o potenziali. Gli ambiti residui in cui si potrebbero individuare condotte atipiche appaiono dunque limitati, ma non inconcepibili, potendosi ad esempio individuare in determinati rapporti di fornitura.

²¹⁹ Quanto si propone non vuole prescindere dalla, pur sempre attuale, concezione oggettiva dell'abuso di posizione dominante. Si è consapevoli che la concreta finalità non ha valenza decisiva nell'applicazione del divieto, nondimeno si ritiene che possa essere desunta dalle concrete modalità della condotta, fungendo, per la finalità dell'elaborato, da elemento utile per lo studio di singole condotte tipiche e atipiche.

²²⁰ Vd. par. 1.3.4 e 1.3.5

Guardando alla casistica italiana, una conferma di quanto sostenuto potrebbe rinvenirsi nel caso *Apca vs. Compag* del 1992²²¹, laddove alcuni degli zuccherifici, federati nella *Compag*, abusarono della posizione dominante detenuta, consegnando ai coltivatori qualità di semi diverse da quelle richieste e preventivamente indicate nell'offerta di coltivazione.

Chiaramente la condotta in esame si è posta su di una dimensione verticale, visto il rapporto di fornitura intercorrente tra le parti che operavano su due mercati distinti, benché collegati e “reciprocamente” dipendenti. Si trattava di una situazione peculiare in quanto i coltivatori si ritrovavano a dipendere dagli zuccherifici sia per l’acquisto del seme che per la successiva vendita della barbabietola. La situazione era resa ulteriormente precaria dal punto di vista della concorrenza, poiché la riunione degli zuccherifici in una federazione, delinea, da un lato, uno monopsonio per l’acquisto delle barbabietole, ma anche di un monopolio per la vendita del seme, attribuendo di fatto alla *Compag* il ruolo di unico fornitore ed acquirente dei coltivatori di barbabietole sul territorio nazionale.

E’ anche vero che il rapporto di fornitura soggiaceva a condizioni di natura negoziale, quali gli “Accordi Interprofessionali Bieticoli Sacchariferi”, tuttavia, come anticipato, l’abuso non ha riguardato l’imposizione di clausole inique, configurandosi, al contrario, nel non rispetto degli accordi citati e, in particolare, nella consegna di semi diversi da quelli indicati nella “offerta di coltivazione”: strumento previsto dai suddetti accordi.

Il caso venne considerato dall’Autorità Garante in ragione dell’effetto che andava sorbendo in un mercato già precario dal punto di vista della concorrenza a causa della presenza di imprese operanti in base a diritti

²²¹ *Cfr.* AGCM, provv. n. 588/1992, A24, *APCA/COMPAG*

esclusivi. La stessa, richiamando la giurisprudenza comunitaria²²², ha così esteso “la nozione di abuso sino a ricomprendere anche l'inefficienza delle imprese stesse nel soddisfare compiutamente la domanda di beni e servizi ad esse rivolta”.

Dunque, si può concludere che la mancanza di giustificazione circa il comportamento di una dominante, produttivo di inefficienze ripercuotibili fino al consumatore finale²²³, abbia rappresentato la ragione dell'intervento del Garante. Ovviamente la pronuncia non può che contestualizzarsi rispetto alle caratteristiche del mercato in questione, posta la presenza di diritti esclusivi e la massima estensione (monopolio e monopsonio) della posizione dominante, tali da indurre nell'applicazione del divieto generale *ex art. 3*, nonostante la non particolare gravità dell'abuso²²⁴.

3.1.2 Condotte plurioffensive: fra sfruttamento della posizione e ostacolo alla concorrenza

La classificazione delle singole condotte, e in particolare la distinzione tra condotte escludenti e condotte di sfruttamento, appare particolarmente utile sotto il profilo sistematico, consentendo di concretizzare la nozione di abuso nell'individuazione di azioni esemplificative dello stesso. Tuttavia, bisogna precisare che nella reale applicazione dell'*enforcement*, raramente si accerta il compimento di una singola condotta abusiva,

²²² Cfr. CG, sent. 23 aprile 1991, *Höfner-Macrotan*; CG, sent. 10 dicembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova-Siderurgica Gabrielli*

²²³ In effetti, la condotta portava a un danno nel mercato in cui operava l'utenza di Compag, considerando che mancava un'effettiva sostituibilità delle varietà di semi, con la conseguenza di una produzione tutt'altro che paragonabile in termini di qualità e quantità, un danno che si andava indirettamente a riverberare fino al consumatore finale.

²²⁴ Cfr. AGCM, provv. n. 588/1992, A24, *APCA/COMPAG*

riscontrando più di frequente delle strategie complesse, articolate in una pluralità di condotte della più varia natura²²⁵.

Anche nel già trattato caso “United Brands”, oltre alla (non sufficientemente provata) imposizione di prezzi iniqui, vennero accertati ulteriori abusi, inquadrati dalla Corte nelle condotte descritte alle lettere B e C dell’art. 82 Trattato CE (adesso art. 102 Trattato FUE). In effetti, venne appurato che la diffusione delle banane con marchio Chiquita avesse seguito una chiara strategia di compartimentazione dei singoli mercati nord-europei, il cui fulcro venne individuato nella imposizione di clausole contrattuali volte a limitare la rivendita del prodotto allo stato verde²²⁶. Così agendo, la dominante integrò una condotta ascrivibile alla lettera B della disposizione, in quanto idonea a limitare gli sbocchi al mercato ai danni dei consumatori. A ciò si aggiunga il rifiuto di fornire un vecchio cliente, reo di aver partecipato alla campagna promozionale di una concorrente di United Brands: chiara condotta discriminatoria ricadente *sub* lett. C oltre che, in ragione del messaggio “intimidatorio” generato verso gli altri intermediari²²⁷, a sua volta limitativa degli sbocchi al mercato.

²²⁵ Soprattutto con riferimento agli abusi *ex* lettera A, appare ordinario un connubio del mero sfruttamento della posizione detenuta, con l’assolvimento di una pratiche volte a espandere o difendere la posizione medesima, limitando il sorgere di una concorrenza significativa che, di per sé, renderebbe meno probabile l’adozione di condotte di sfruttamento.

²²⁶ “[...] il divieto di rivendita [...] confinava quindi i maturatori nel ruolo di semplici fornitori del mercato locale e impediva loro di migliorare il proprio potere di contrattazione nei confronti della UBC [...]” [CG, sent. 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands/Commissione*, p. 159 – 160]

²²⁷ “[...] un siffatto comportamento è in contrasto con le finalità enunciate dall’art. 3, lett. f), del Trattato e che trovano più precisa espressione nell’art. 86, e in specie alle lettere b) e c), poiché il rifiuto di vendita limita gli sbocchi a danno dei consumatori e provoca una discriminazione che può spingersi fino all’eliminazione di un operatore commerciale dal mercato considerato [...] la UBC non poteva ignorare che il suo atteggiamento avrebbe potuto dissuadere gli altri suoi distributori-maturatori dal fare pubblicità per altre marche e che l’effetto deterrente della sanzione inflitta avrebbe ulteriormente e notevolmente consolidato la sua posizione di forza sul mercato in questione [...] nel caso specifico, il ricorso a questi metodi tende ad alterare gravemente la concorrenza sul mercato delle banane preso in considerazione, giacché lascia sopravvivere solo le imprese che dipendono dall’impresa dominante.” [*Ivi*, p. 183 – 194]

Con riferimento al panorama italiano, il connubio fra abusi escludenti e di sfruttamento emerge con chiarezza in due casi dei primi anni '90, aventi ad oggetto l'accertamento di alcune condotte riconducibili ad imprese esercenti in regime di esclusiva la **gestione dei servizi aeroportuali**²²⁸. Gli abusi di sfruttamento vennero identificati nell'imposizione di una tariffa forfettaria a fronte di un insieme di servizi di assistenza a terra, non richiesti, né necessariamente usufruiti, in quanto “svolti di fatto in autoproduzione dai singoli vettori o sostituiti da servizi alternativi per i quali i vettori sono comunque tenuti a pagare apposite tariffe”²²⁹.

Oltre a tale profilo, l'AGCM dovette altresì valutare la legittimità del diniego opposto dal gestore verso le richieste di alcuni vettori, relative alla possibilità di svolgere ulteriori servizi di *handling* in autoproduzione, configurando sotto tale versante un'indebita limitazione dell'accesso al mercato.

I gestori giustificarono i dinieghi adducendo presunte limitazioni strutturali e, allo stesso tempo, invocando l'art. 8 della legge antitrust a sostegno della liceità della propria condotta. Si precisa che in virtù di tale disposizione, l'AGCM è chiamata ad “assicurare condizioni concorrenziali persino nei mercati in cui, per disposizione di legge²³⁰, operano imprese in monopolio o che forniscono servizi d'interesse economico generale” (area

²²⁸ Cfr. AGCM, provv. n. 1845/2001, A56, *Società per Azioni Servizi Aeroportuali*; AGCM, provv. n. 1017/1993, A11, *Aeroporti di Roma*

²²⁹ L'AGCM accertò la non giustificabilità di tali vincoli in ragione del fatto che, “mentre i servizi non resi sistematicamente da SEA ed effettuati dai vettori in produzione vengono comunque a questi ultimi addebitati, i servizi non resi, una tantum, per fatti accidentali, vengono scorporati dalla medesima tariffa forfettaria” a dimostrazione dell'insussistenza di una ragione oggettiva alla base della non volontà di scorporare la tariffa omnicomprensiva [AGCM, provv. n. 1845/2001, A56, *S.p.A. Servizi Aeroportuali*]

²³⁰ Secondo la prassi decisionale dell'Autorità Garante, è possibile affermare l'irrilevanza della fonte attributiva della riserva. E' sufficiente che esista un atto, riconducibile ad un pubblico potere, che indichi con sufficiente precisione quale sia la missione di interesse economico generale alla base della riserva [P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, *op. cit.*, pag. 2892]

nella quale possiamo ricomprendere la gestione degli aeroporti²³¹), ma solo “limitatamente ai comportamenti non espressamente finalizzati all’adempimento degli specifici compiti affidati da tali imprese”.

Nel caso specifico, l’Autorità ritenne la pratica abusiva, appurando l’ultroneità della condotta rispetto alla missione pubblicistica conferita al gestore aeroportuale, valutando l’eventuale sussistenza del rapporto di strumentalità e proporzionalità della condotta rispetto all’espletamento dell’incarico²³². Fondamentale, sotto quest’aspetto, l’individuazione del mercato dei servizi di assistenza a terra come distinto, benché collegato, rispetto al mercato della gestione aeroportuale.

Nel caso relativo alla gestione dell’aeroporto di Roma Fiumicino, si determinò, inoltre, un abuso rientrante fra le condotte discriminatorie *ex* lettera C, avendo applicato, il gestore, nei rapporti con alcuni vettori soltanto, delle “riduzioni sul corrispettivo dei servizi di handling ordinario, basate su criteri economicamente non omogenei, ed avendo loro imposto altresì il pagamento di *royalties* la cui entità è determinata secondo criteri del tutto diversi”²³³.

In definitiva, all’imposizione di tariffe e condizioni inique, i gestori aeroportuali affiancarono delle condotte idonee a limitare la concorrenza sul mercato dell’*handling*, mercato collegato a quello nel quale sussisteva la

²³¹ “Per le attività di *handling*, anche qualora si possa ravvisare in esse un carattere di interesse generale, è stato rilevato che nei casi esaminati i comportamenti tenuti dalle concessionarie nei confronti delle compagnie aeree non erano strettamente funzionali all’assolvimento degli specifici compiti ad esse affidati” [Relazione annuale AGCM, 1994].

²³² In particolare, la deroga rispetto alle regole di concorrenza richiede l’esistenza di una stretta connessione, intesa come strumentalità e proporzionalità della restrizione concorrenziale rispetto all’assolvimento dei compiti affidati all’impresa [P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, *op. cit.*, pag 2893]

²³³ *Cfr.* AGCM, provv. n. 1017/1993, A11, *Aeroporti di Roma*

riserva legale. Non si è trattato di pratiche isolate²³⁴, né limitate al settore aeroportuale²³⁵, anzi si potrebbe affermare che la detenzione di una posizione dominante, resa stabile dalla presenza di un'esclusiva legale, conferisca all'*incumbent* una posizione privilegiata, non solo come possibilità di realizzare extraprofitti, ma anche come capacità di estendere l'egemonia economica ad ambiti in cui, a differenza che nell'area di esclusiva, manchino ragioni per derogare alle regole della concorrenza²³⁶.

3.1.3 Condotte discriminatorie e abusi di sfruttamento

Al pari delle condotte di sfruttamento *ex* lett. A, le condotte discriminatorie si caratterizzano per la dimensione verticale dell'abuso, in quanto consistenti nell'applicazione di “condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti”, nei rapporti commerciali intrattenuti dalla dominante. Tuttavia, le analogie fra l'imposizione di prezzi iniqui (o altre condizioni) e questa terza condotta tipizzata all'art. 3, sembrerebbero fermarsi alla suddetta dimensione dell'abuso.

In effetti, la lettera C della disposizione prevede, come ulteriore elemento necessario, che la condotta determini “ingiustificati svantaggi nella concorrenza” in capo al soggetto discriminato, connotando l'abuso di una chiara **finalità escludente**. Più precisamente, la *ratio* della norma può ricondursi alla necessità di impedire che la dominante possa limitare la concorrenza in un mercato dipendente dal proprio output, discriminando

²³⁴ Nel medesimo settore si ricordano ulteriori casi, fra cui: AGCM, provv. n. 1587/93, A44, *Gruppo Sicurezza/Aeroporti di Roma*; AGCM, provv. n. 24190/2013, A442, *Assofort/ADR - Servizi Aeroportuali* (accettazione di impegni);

²³⁵ *Cfr.* AGCM, provv. n. 4062/1996, A146, *Compagnia Portuale Brindisi*; AGCM, provv. n. 8481/2000, A280, *Tiscali-Albacom/Telecom Italia*; AGCM, provv. n. 8065/2000, A227, *Cesare Fremura Assologista/Ferrovie Dello Stato*;

²³⁶ Vd. Par. 2.1.2

fra gli operatori ivi collegati: argomento che allontana tali condotte dall'insieme degli abusi di mero sfruttamento²³⁷.

Ci si chiede se sia possibile individuare delle ipotesi atipiche con riferimento a quelle condotte che, pur consistendo in una discriminazione, difettino nel requisito dello svantaggio concorrenziale per il discriminato, le quali rientrerebbero così fra gli abusi di puro sfruttamento. A tal fine, occorre delineare, preliminarmente, l'ambito naturale delle discriminazioni "tipiche".

Si rilevi, innanzitutto, che solitamente l'*incumbent* trae vantaggio da tali pratiche qualora operi, direttamente o tramite controllata, anche nel mercato collegato dipendente dal proprio *output*. L'effetto ricercato dalla dominante sarebbe quello di attribuirsi un vantaggio concorrenziale espandendo la propria posizione nel mercato dipendente, dove le imprese discriminate non rivestono la qualità di acquirenti, ma quella di concorrenti.

Ci si chiede, viceversa, quale possa essere l'intento perseguito dalla dominante nel discriminare un soggetto che non si ponga come proprio *competitor* in alcun mercato. L'unica ipotesi razionalmente coerente riguarda la possibilità di espandere l'*output* prodotto rivolgendosi ad agenti economici che attribuiscono un maggior valore ai beni o servizi forniti, senza alterare i prezzi offerti alla generalità degli acquirenti²³⁸. Ciò è quanto

²³⁷ Cfr. F. GHEZZI, G. OLIVIERI, "Diritto Antitrust", 2013, pag. 244; in disaccordo troviamo P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, dalla cui opera si evince come la finalità di mero sfruttamento possa caratterizzare anche le condotte tipizzate alla lettera C [op. cit, pag. 2845]

²³⁸ Si rimanda al par. 1.3.4 per le problematiche relative alla massimizzazione del profitto da parte del monopolista. Paradossalmente, in tal modo il monopolista riuscirebbe a riportare il mercato in una situazione di efficienza, potendo espandere il proprio *output* e conseguentemente soddisfare un'adeguata parte della domanda. Tuttavia, tali ipotesi muovono da una premessa utopica, posto che, per "discriminare efficientemente", il monopolista dovrebbe detenere informazioni che gli sono precluse e applicare un prezzo differente per ciascun compratore [vd. 1.3.3]. Più probabilmente, l'effetto generato da una discriminazione effettivamente realizzabile (dunque mirata a specifici acquirenti o fasce di

possiamo osservare con riferimento a numerosi casi concreti²³⁹, nei quali tuttavia la finalità dello sfruttamento si accompagna ad un chiaro disegno escludente²⁴⁰.

Una pura finalità di sfruttamento può invece intravedersi con riferimento ad una condotta sanzionata dalla Commissione nel 1999 e riguardante la vendita dei biglietti per i Mondiali di calcio “Francia ’98”. Nel caso di specie, la condotta ha colpito direttamente i consumatori non residenti in Francia, discriminati dal Comitato organizzatore della celebre manifestazione sportiva, attraverso delle modalità di acquisto dei biglietti definite “del tutto arbitrarie, complicate ed eccezionali”. In particolare, il Comitato esigeva dagli utenti l’indicazione di un recapito in Francia, invitando gli stranieri, in alternativa, a rivolgersi ad operatori turistici o alle rispettive federazioni calcistiche nazionali²⁴¹.

Le difese del Comitato ruotarono intorno ad una non condivisibile interpretazione della disposizione normativa, nella quale il soggetto affermò di non aver ottenuto alcun beneficio aggiuntivo in ragione della

acquirenti, pur sempre volta a sfruttare la posizione dominante anche nei loro confronti), si risolverà in una ulteriore diminuzione del *surplus* del consumatore.

²³⁹ Un esempio è rinvenibile, ancora una volta, nel caso *United Brands*, laddove la dominante ha posto in essere una discriminazione basata sul piano geografico. Afferma la Commissione “il fatto che la UBC chiedesse ai distributori- maturatori di ogni Stato membro il prezzo più alto che il mercato nazionale poteva sopportare non è una valida giustificazione per la politica di prezzi differenziati. Questa discriminazione tramite i prezzi crea per i distributori-maturatori uno svantaggio nella concorrenza rispetto agli altri maturatori e alla stessa UBC. Un’impresa dominante non è libera di praticare prezzi discriminatori, vietando nel contempo la rivendita delle banane allo stato verde, poiché ciò falsifica il gioco della concorrenza. Questi due comportamenti abusivi non possono dunque venire separati nella valutazione dei loro effetti” [CG, sent. 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands/Commissione*]

²⁴⁰ Di tali casi si parlerà in seguito, specie con riferimento ad argomenti quali: *essential facilities doctrine*, rifiuto di contrarre e *margin squeeze*. Si anticipa, in oltre, l’ovvia possibilità di ricondurre gli sconti abusivi fra le condotte discriminatorie. In fine, si ricorda l’importanza della disposizione in esame, nell’estendere l’obbligo di contrarre anche al monopolista di fatto [vd. par. 2.1.4]

²⁴¹ Il comitato prevedeva ulteriori modalità di prenotazione, anch’esse penalizzanti i non residenti in Francia. Queste riguardava la prenotazione telefonica, effettuabile solo nel territorio francese, e la prenotazioni tramite minitel, servizio molto diffuso in Francia ma anche accessibile in tutto il mondo tramite internet con costi, tuttavia, proibitivi. [Commissione CE, 20 luglio 1999, dec. 12/2000, *Coppa del mondo di calcio 1998*, p. 94 - 99]

condotta. Sul punto, la Commissione ribatté che l'aver “conseguito un vantaggio finanziario o concorrenziale [...] può concorrere a dimostrare l'esistenza dell'abuso ma non è indispensabile a tal fine”²⁴², ribadendo il carattere oggettivo del divieto ed affermando altresì la non estraneità della tutela del consumatore rispetto ai fini perseguiti dalla normativa antimonopolistica²⁴³. Su tali presupposti, la Commissione qualificò la condotta come discriminatoria senza tuttavia far riferimento alla lettera C della disposizione comunitaria. D'altra parte, il frequente uso dell'aggettivo “inique”, con riferimento alle condizioni imposte ai consumatori non residenti in Francia, avvalorava la riconduzione della condotta, ad ogni modo discriminatoria, fra le condotte di sfruttamento.

Si potrebbe dunque concludere che la condotta in esame rappresenti un esempio di abuso atipico, se non fosse per il riferimento operato dalla Commissione alla lettera B dell'art. [102]:

“[...] l'esigere un recapito in Francia ha avuto l'effetto incontestabile di limitare il mercato geografico della vendita dei biglietti d'ingresso da parte del CFO nel 1996 e nel 1997, a danno dei consumatori non residenti in Francia. L'applicazione di tali modalità costituisce da parte del CFO un abuso di posizione dominante, ai sensi dell'articolo 82, lettera b), del trattato [...] la condotta del Comitato, ha avuto l'effetto di limitare il mercato geografico, effetto rientrante nell'abuso che si sostanzia nel “nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori”.

²⁴² D'altra parte, l'applicazione del divieto nel caso di specie, deve contestualizzarsi con riferimento alla dimensione transnazionale dell'abuso. Sotto tale profilo, la condotta si è posta in contrasto con i principi fondamentali del diritto comunitario, generando una limitazione al libero commercio fra Stati membri e rendendo ulteriormente irrilevante l'eventuale vantaggio ottenuto dall'impresa.

²⁴³ “[...] tale tutela può essere conseguita vietando i comportamenti delle imprese dominanti che possono falsare il libero giuoco della concorrenza o pregiudicare direttamente il consumatore” [*Ivi*, p. 100]

Dunque, pur apparendo peculiare da un punto di vista sistematico, la condotta sembra potersi ascrivere fra gli abusi tipici e in particolare *sub* lett. B, la cui formulazione oltre ad apparire sicuramente inclusiva delle condotte con carattere escludente – dunque gli abusi diretti nei confronti dei concorrenti ma tali da ripercuotersi, indirettamente “a danno dei consumatori”²⁴⁴ – può anche prestarsi ad includere degli abusi di puro sfruttamento: ipotesi non remota qualora si intendessero le limitazioni nella “produzione”, negli “sbocchi” o nello “sviluppo tecnico”, come direttamente indirizzabili al consumatore. In tal senso, tali condotte potrebbero coincidere nel comportamento tipico del monopolista che si sostanzia nella riduzione dell'*output*, ossia nella limitazione della propria produzione, sebbene il costante rapporto fra *output* e prezzi rende solitamente più evidente e dirimente l'imposizione di prezzi iniqui.

A ben vedere, nel caso di specie la limitazione apparse dettata da ragioni differenti rispetto a quanto appena ipotizzato, essendo dovuta alla limitatezza strutturale degli impianti sportivi. Quel che rilevò, in ultima analisi, sembrerebbe la discriminazione operata su base prevalentemente nazionale, a sua volta tale da contravvenire al principale obiettivo dei Trattati, nonché finalità ineludibile dell'*enforcement* antitrust comunitario, quale l'integrazione nel mercato unico²⁴⁵.

Ad ogni modo, dalla vicenda emergono due evidenze che, a loro volta, possono divenire delle generiche chiavi di lettura per la comprensione del

²⁴⁴ “Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: [...] B - nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori [...]” [Art. 102, Trattato FUE] Sostanzialmente analoga la formula utilizzata nella legge antitrust italiana: “ed inoltre è vietato: [...] impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori” [art. 3, l. 287/90]

²⁴⁵ “[...] l'onere di fornire un recapito in Francia per le vendite dell'abbonamento "Pass France 98" ed i biglietti singoli nel 1996 e nel 1997 ha pregiudicato in modo significativo il commercio tra gli Stati membri” [Commissione, dec. 20 luglio 1999, n. 12/2000, *Coppa del mondo di calcio 1998*, p. 116]

divieto in questione. In primo luogo, gli elementi delle condotte tipiche potrebbero sovrapporsi reciprocamente, consentendo di ricondurre al divieto qualsiasi condotta idonea a determinare un abuso. In secondo luogo, ciascuna condotta potrebbe esser letta come un elemento di una generale e unitaria nozione di abuso, sicché le ipotesi tipizzate fornirebbero elementi utili per l'individuazione degli abusi atipici.

Inoltre, il caso “*Coppa del mondo di calcio 1998*” suggerirebbe un'ulteriore osservazione. In effetti, parrebbe che il Comitato abbia posto in essere una discriminazione, integrante a sua volta uno sfruttamento ma sostanziata in una limitazione del mercato del prodotto: tre elementi specifici di tre distinte tipologie abusive. La riconduzione dell'abuso *sub* lett. B in luogo del ricordo alla clausola generica, rappresenta la conferma dell'ampiezza della seconda ipotesi tipica, la cui formulazione può generalmente apparire idonea a ricomprendere anche le ulteriori condotte tipiche.

3.2 Condotte escludenti ed *efficiency defense*

Secondo la lettera B dell'art. 3, l'abuso può consistere “nell'impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori”.

Come già rilevato, la formula appare tanto lata da poter astrattamente coincidere con la nozione stessa di condotta escludente, oltre che includere determinate caratteristiche maggiormente ascrivibili alla categoria degli abusi di sfruttamento²⁴⁶. Ciò nonostante, nella prassi, le ipotesi di abuso maggiormente ricondotte *sub* lett. B coincidono con le

²⁴⁶ Vd. par. 3.1.3

pratiche di predazione e di fidelizzazione della clientela, ma anche con le condotte determinanti una preclusione in ragione della privazione di un *input* essenziale per il concorrente, dunque principalmente con le varie forme del rifiuto di contrarre.

Nella prima categoria, il riferimento immediato attiene alla pratica dei prezzi predatori e a determinate tipologie di sconti con finalità escludente, condotte rispetto alle quali la Commissione ha mostrato particolare interesse, negli “Orientamenti” del 2008. Prezzi predatori e sconti abusivi presentano indubbe analogie. Entrambe le pratiche possono comportare un sacrificio²⁴⁷, che *l’incumbent* accetta al fine di estromettere determinati concorrenti, aspetto evidente nella pratica dei prezzi sottocosto, ma altresì riscontrabile in determinate pratiche scontistiche²⁴⁸, mediante le quali è possibile individuare un sacrificio selettivo, razionalmente vantaggioso se tale da fidelizzare una fascia qualitativamente rilevante della domanda.

Delle due pratiche richiamate, occorre osservare la non pacifica riconduzione alla lettera B della disposizione²⁴⁹. In effetti, tenendo conto della dizione comunitaria utilizzata per la lettera A, ossia prezzi iniqui²⁵⁰, sarebbe astrattamente possibile ricondurre sotto la prima delle condotte

²⁴⁷ Il sacrificio può consistere nel sostenere vere e proprie perdite a causa del comportamento predatorio, ma anche nel determinare “entrate nette più basse rispetto a quanto ci si sarebbe potuti attendere da un comportamento ragionevolmente alternativo”. Quel che rileva veramente è, sulla base del *sacrifice test*, verificare la deliberatezza della dominante nel sostenere perdite o rinunciare a profitti di 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” [Orientamenti, p. 64, 65]

²⁴⁸ Attraverso gli accordi di esclusiva, la dominante può “precludere il mercato ai suoi concorrenti impedendo loro di vendere ai clienti utilizzando obblighi di acquisto esclusivo o sconti, definiti nel loro insieme come accorti di esclusiva” [*Ivi*, p.32]

²⁴⁹ Invero, alcuni autori collocano i prezzi predatori *sub* lett. A e gli sconti *sub* lett. C [A. VANZETTI, V. DI CATALDO, “*Manuale di diritto industriale*”, 2012, pag. 635]

²⁵⁰ “Tali pratiche abusive possono consistere in particolare [...] nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque” [art. 102 Trattato FUE]

tipizzate, la pratica dei prezzi sottocosto. Gli sconti, invece, potrebbero rientrare fra le condotte discriminatorie, trattandosi obiettivamente di condizioni differenti per prestazioni analoghe²⁵¹.

Nel presente lavoro si è scelto, concordemente con la dottrina maggioritaria²⁵², di collocare i prezzi sottocosto nel secondo tipo legale, avendo riguardo alle precedenti considerazioni relative alla *summa divisio* fra abusi escludenti e di sfruttamento²⁵³, oltre che dell'alternativa dimensione orizzontale o verticale della condotta.

In effetti, l'ottica dalla quale si inquadrano i prezzi sottocosto è quella della predazione: chiara sfaccettatura della finalità escludente. Se a ciò si aggiunge la maggiore chiarezza della dizione italiana sulle condotte sub lett. A (prezzi ingiustificatamente gravosi), non resta alcun dubbio nel non potervi ricondurre i prezzi sottocosto, stante la natura diametralmente opposta all'imposizione di prezzi ingiustificatamente gravosi.

Come si vedrà, più complessa appare la valutazione degli sconti²⁵⁴, sebbene sia indubbio che determinate forme scontistiche possano esercitare un effetto preclusivo per i concorrenti della dominante²⁵⁵, rientrando fra le condotte tipizzate alla lett. B in ragione della limitazione all'accesso al mercato. Anche gli sconti potrebbero veicolare delle vere e proprie

²⁵¹ Vd. par. 3.1.3, 3.4, 3.5

²⁵² Cfr. P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, “*Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*”, 2012

²⁵³ Vd. par. 2.3.2

²⁵⁴ Vd. par. 3.5

²⁵⁵ Invero, la maggiore pericolosità della condotta non si vedrebbe – specie in virtù del *more economic approach* – nella lesione dei soggetti verticalmente collegati alla “discriminante”, ossia le parti contrattuali che non beneficerebbero dello sconto, ma nella preclusione anticoncorrenziale subita dai concorrenti della dominante, privati della possibilità di conquistarsi una porzione di mercato, in ragione dei vincoli artificialmente creati per mezzo degli sconti.

strategie predatorie, prestandosi a valutazioni sostanzialmente analoghe rispetto ai prezzi sotto-costo²⁵⁶.

Prima di cominciare la trattazione delle singole condotte escludenti, si ritiene importante rilevare la possibilità, per la dominante, di sottrarsi all'applicazione dell'*enforcement* giustificando la propria condotta sulla base dell'innovativa ***efficiency defense***, strumento apparentemente strutturato sulle disposizioni in tema di intese e concentrazioni²⁵⁷.

In particolare, gli Orientamenti della Commissione, hanno statuito la possibilità di giustificare una condotta escludente, tenendo conto dell'obiettivo necessità del comportamento²⁵⁸, ma e soprattutto riguardo alla sussistenza di eventuali efficienze, tali da compensare gli "effetti anticoncorrenziali sui consumatori"²⁵⁹ E' dunque necessario, *in primis*, che l'impresa dimostri "con un grado sufficiente di probabilità e sulla base di prove verificabili" che le efficienze derivino dal comportamento oggetto di valutazione, il quale deve altresì risultare indispensabile per la realizzazione delle suddette²⁶⁰. In secondo luogo è necessario che gli effetti positivi siano tali da controbilanciare e superare i conseguenti effetti anticoncorrenziali. Infine, si specifica che rimane in ogni caso illecita la condotta che sopprime radicalmente la concorrenza

²⁵⁶ Vd. par. 3.3.3

²⁵⁷ Vd. art. 101.3 del Trattato FUE, art. 4 della l. 287/90, oltre che i parametri relativi al controllo delle concentrazioni [S. BASTIANON, *op. cit.*, 2009]

²⁵⁸ Tale aspetto è stato già analizzato con riferimento all'art. 8 della l. 287/90, tuttavia si trattava di una deroga limitata alle imprese in regime di monopolio legale o esercenti attività di interesse generale. Gli orientamenti della Commissione hanno mostrato l'intento di estendere a qualunque impresa dominante la possibilità di sottrarsi al divieto, dimostrando la necessità della condotta rispetto all'esigenza di conformarsi a determinate normative [*Ibidem*]

²⁵⁹ Cfr. Orientamenti, p. 28

²⁶⁰ [...] non devono esistere alternative meno anticoncorrenziali che siano in grado di produrre le stesse efficienze [...] [*Ivi*, p. 30]

effettiva, in considerazione dello stimolo essenziale (e non sacrificabile) da essa rappresentato.

3.3 Pratiche di predazione: i prezzi sottocosto

Nel descrivere la pratica dei prezzi predatori, gli economisti fanno riferimento alla c.d. storia base, ossia ad un'esemplificazione dei passaggi attraverso i quali l'impresa predatrice sviluppa la propria strategia escludente ai danni delle imprese concorrenti.

Molto sinteticamente, l'esemplificazione descrive la condotta escludente dei prezzi sottocosto, consistente nel praticare di prezzi talmente bassi da non risultare remunerativi. Si delinea un comportamento indubbiamente antieconomico²⁶¹, rispetto al quale è possibile rinvenire un'unica giustificazione razionale: l'intento di estromettere il concorrente. In effetti, nella strategia descritta, la dominante accetta di subire delle perdite nel breve termine pur di attirare sul proprio prodotto l'intera domanda del bene o servizio in questione. In questo modo, le imprese concorrenti, che a differenza della dominante non potrebbero sopportare una guerra sui prezzi, non avrebbero modo di collocare il proprio *output*, finendo inesorabilmente per abbandonare il mercato²⁶².

²⁶¹ Si tornerà successivamente su tale concetto. Si anticipa fin d'ora che l'anti-economicità debba essere intesa nella medesima accezione desumibile ex art. 2082 c.c., emergendo in tal senso qualora, dall'analisi dell'attività di impresa, appaia evidente la consapevolezza, nell'imprenditore, dell'impossibilità di recuperare i costi sostenuti per l'immissione del bene, o servizio, nel mercato.

²⁶² Nella storia base, l'impresa detiene una posizione dominante su due o più mercati. Quest'aspetto è funzionale alla comprensione delle risorse cui può fare riferimento per sostenere le perdite derivanti dalla predazione: in sostanza, attingendo ai sovraprofiti ottenuti su altri fronti. Per la stessa ragione, le "prede" non devono detenere un elevato potere di mercato in altri ambiti, posto che la riuscita della strategia escludente ruota intorno alla sproporzione di risorse fra predatore e preda. Naturalmente, la dominante potrebbe assumere le risorse necessarie anche in modo diverso, ad esempio ottenendo

Lungo l'attuazione della strategia di predazione, il consumatore godrebbe di un vantaggio iniziale, potendo ottenere i medesimi beni ad un prezzo notevolmente inferiore rispetto allo stesso livello concorrenziale. Tale vantaggio, tuttavia, diverrà puramente effimero nel momento in cui, estromessi i concorrenti, l'*incumbent* cominci a sfruttare la propria posizione oramai monopolistica, elevando i prezzi ai danni dello stesso consumatore²⁶³, inconsapevole complice della sua strategia escludente.

“In sostanza, il comportamento predatorio si configura come un vero e proprio investimento, cioè come un costo che il leader sostiene oggi al fine di ottenere maggiori profitti domani.” [N. GIOCOLI, 65]

Prima di analizzare concretamente i prezzi predatori, è necessario sottolineare la delicatezza del relativo esame. E' infatti proprio sulla competizione basata sui prezzi che la concorrenza fra imprese, diviene tangibile, portando generalmente a guadagni di efficienza e migliorando il potere d'acquisto del consumatore. Sulla base di tale assunto, un *test* di predatorietà dovrà presentare delle particolari cautele, al fine di non

finanziamenti da soggetti terzi, o attingendo a capitali di varia natura. Come si è visto nel primo capitolo [vd. par. 1.4.2] molti economisti non sono concordi nel ritenere tali pratiche effettivamente lesive della concorrenza, o meglio, ritengono che non sia possibile, per la dominante, riuscire a trarre successivi profitti, o anche solo recuperare le perdite, in seguito all'estromissione dei concorrenti. Invero, si evidenzia che la dominante non potrebbe godere del frutto di tali sacrifici, poiché la successiva pratica di prezzi monopolistici renderebbe il mercato appetibile per nuovi concorrenti, attirati dalla possibilità di erodere rapidamente quote alla dominante, praticando prezzi inferiori. Tali considerazioni, relegherebbero la riuscita del *predatory pricing* a contesti eccezionali, caratterizzati da barriere all'ingresso tali da porre la neo-monopolista a riparo dalla concorrenza potenziale. Se è indubbio che le barriere rendano più plausibile la riuscita della predazione, deve però obiettarsi che sussistano altri elementi, tali da determinarne il successo. Innanzitutto, si rileva che “l'agente razionale” utilizzato per i modelli economici, non rispecchia la totalità degli operatori economici, i quali possono incorrere anche in semplici errori di calcolo o strategici, o comunque contare sulla non completezza delle informazioni in possesso dei concorrenti potenziale [M. MOTTA, M. POLO, *op. cit.*, da pag. 253]; secondo poi, non si tiene conto del “messaggio” che la dominante pone all'attenzione di potenziali nuovi concorrenti. Operando in perdita, la dominante manifesta la propria forza e la propria tenacia, avvertendo i concorrenti potenziali che sarebbe pronta a competere duramente pur di mantenere l'incontrastato dominio del mercato. In tal modo, persino dal punto di vista dell'astratto agente razionale, l'ingresso nel mercato risulterebbe di certo meno appetibile. [N. GIOCOLI, “*Impresa, concorrenza, regole*”, 2009, da pag. 55; S. BASTIANON, “*L'abuso di posizione dominante*”, 2001, da pag. 278]

²⁶³ Vd. par. 3.1

confondere i veri abusi con ribassi pro-concorrenziali, frutto di un'aggressiva ma corretta competizione²⁶⁴.

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, emerso in ambito comunitario, la valutazione deve fondarsi su di un'approfondita analisi dei costi dell'impresa dominante, unico ambito dal quale sia possibile appurare che produzione fosse, per l'*incumbent*, effettivamente in perdita²⁶⁵.

Con particolare riferimento al caso "Akzo", la Corte di Giustizia ha attribuito una presunzione assoluta di predatorietà, a quei prezzi che risultino inadeguati a coprire i "costi medi variabili" (CVM), ossia quelle voci di spesa che variano in relazione alla quantità di beni prodotti²⁶⁶. In tal caso, l'intento predatorio sarebbe inequivocabile poiché, ad ogni vendita, corrisponderebbe una perdita per la dominante. Si aggiunga, tuttavia, che anche prezzi superiori ai CVM potrebbero comunque definirsi predatori, purché siano inferiori rispetto al secondo parametro individuato dalla corte, ossia i "costi medi totali" (CTM)²⁶⁷. Quest'ultimo parametro appare meno predittivo del primo, ragion per cui la valutazione protenderà per l'illiceità, solo qualora sussistano ulteriori evidenze, tali da delineare una più complessa strategia escludente²⁶⁸.

²⁶⁴ Cfr. G. FAELLA, "L'incerto status dei prezzi predatori e degli sconti selettivi nel diritto antitrust europeo", in "Mercato concorrenza regole", 2013, vol. 15, fasc. 2, pag. 267

²⁶⁵ L'analisi sulle perdite prende il nome di "*sacrifice test*".

²⁶⁶ Cfr. CG, sent. 3 luglio 1991, Causa C-62/86, *Akzo Chemie/Commissione*, p. 71; in particolare, tali costi corrispondono, secondo la scienza economica, all'insieme dei costi variabili (*input* dipendente dal quantitativo prodotto e soggetto a modifica nel breve periodo) diviso per la quantità prodotta. E' significativo che, un prezzo inferiore a tale valore, sia utilizzato come condizione di chiusura dell'attività produttiva di breve periodo, ossia un indicatore della non convenienza di proseguire nell'attività economica [R. FRANK, B. S. BERNANKE et al, "*Principi di economia*", 2010, pag. 131 - 139].

²⁶⁷ I costi medi totali, invece, sono determinati dal costo totale della produzione diviso per la quantità prodotta. Si tratta della misura per determinare se, l'attività in questione, sia effettivamente redditizia o meno [*ibidem*]

²⁶⁸ Cfr. CG, sent. 3 Luglio 1991, Causa C-62/86, *Akzo Chemie/Commissione*, p. 72;

Nel successivo caso “Tetra Pak II”, gli organi comunitari completarono concettualmente la valutazione dei prezzi predatori, chiarendo l’irrilevanza di un qualsiasi *recoupment test*²⁶⁹. Sotto tale profilo, appare ancora una volta evidente la profonda differenza strutturale intercorrente fra l’antitrust europeo e il modello statunitense, posto che, per configurarsi un tentativo di monopolizzazione *ex sez. II*, Sherman Act, sarebbe necessario fornire la prova dell’intento predatorio, la quale dipenderebbe a sua volta dall’effettiva possibilità di recuperare le perdite subite, in seguito all’eventuale riuscita dell’esclusione²⁷⁰.

L’esito positivo di un *recoupment test*, toglierebbe ogni dubbio sulla razionalità, ovviamente illecita, della condotta predatoria. Se nell’antitrust europeo non viene richiesto, è in ragione della già richiamata “nozione oggettiva” dell’abuso di posizione dominante: ciò che conta, è preservare la concorrenza, a prescindere che l’intenzione della dominante fosse quella di lederla. Conseguentemente, l’effettiva possibilità che la dominante recuperi le perdite, non può che apparire superflua²⁷¹.

²⁶⁹ “[...] nelle circostanze del caso di specie, non sarebbe opportuno esigere anche, come prova supplementare, la dimostrazione del fatto che la Tetra Pak disponeva di una effettiva possibilità di recupero delle perdite subite. Infatti, una pratica di prezzi predatori deve potersi sanzionare non appena sussista il rischio di eliminazione dei concorrenti. [...] L’obiettivo perseguito, che è quello di preservare una concorrenza non falsata, non consente di aspettare che una strategia del genere pervenga all’effettiva eliminazione dei concorrenti.” [CG, sent. 14 novembre 1996, C-333/94, *Tetra Pak/Commissione*, p. 44]; Si possono trovare osservazioni analoghe, anche più di recente: “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 del 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” [CG, sent. 2 aprile 2009, T-340/03, *France Télécom/Commissione*, p. 112]

²⁷⁰ In verità, la formula utilizzata dalla Corte (“nelle circostanze del caso di specie”), non sembra escludere in assoluto la necessità di un simile test tuttavia, non riscontrandosi alcun caso nel quale si sia proceduto, in Europa, ad una simile dimostrazione, possiamo concludere che la stessa sia sovrabbondante rispetto alla dimostrazione della predatorietà. Tale conclusione è avvalorata dal silenzio dei più recenti “Orientamenti” della Commissione.

²⁷¹ Oltre che in virtù della necessaria sussistenza del dolo specifico, l’importanza del *recoupment test* nell’antitrust statunitense, si potrebbe spiegare in ragione dell’influenza della scuola di Chicago. Secondo

Piuttosto, stando all'oggettività dell'abuso, desta perplessità il pur frequente riferimento all'elemento psicologico, ossia alla "finalità predatoria". In realtà, potrebbe trattarsi di una falsa dissonanza, considerato che in tali contesti l'elemento psicologico sembra assumersi ad indicatore dell'assenza di una giustificazione economica alternativa.

In ogni caso, forse proprio per consolidare la coerenza interpretativa dell'istituto in esame, la Commissione ha approfondito e avvalorato degli indicatori oggettivi dai quali sarebbe possibile evincere l'anticoncorrenzialità della condotta, a prescindere dell'intenzione con la quale venga a compiersi. In tal senso, vi è chi ha colto, negli "Orientamenti", uno sforzo verso il superamento della "nozione di intento"²⁷², aspetto che risiederebbe ancora una volta nell'enucleazione del concetto di preclusione anticoncorrenziale. Nella stessa direzione possiamo interpretare l'esplicito richiamo al benessere del consumatore come parametro definitivo anche in materia di pratiche predatorie, in particolare laddove la Commissione afferma che "[...] è probabile che i consumatori subiscano un danno se l'impresa dominante può ragionevolmente prevedere che il suo potere di mercato, una volta concluso il comportamento predatorio, sarà maggiore di quanto sarebbe

la dottrina economica già richiamata [vd. par. 1.4.2 e nota n. 239], l'effettiva probabilità che vengano attuate tali pratiche di predazione, sarebbe estremamente ridotta, posto che in assenza di significative barriere all'ingresso nel mercato, la predazione non sarebbe una scelta razionale [N. GIOCOLI, *op. cit.*, da pag. 50]. In considerazione di tali assunti, è necessario fornire la prova che la dominante potesse effettivamente sfruttare il monopolio ottenuto attraverso la predazione, non perdendolo in ragione di un probabile ingresso della concorrenza potenziale.

²⁷² Cfr. R. SURDO, "Comunicazione della Commissione UE riguardo agli orientamenti...", in "Quaderni di Diritto, Mercato e Tecnologia", reperibile al sito www.dimt.it. In oltre, appare significativo e suscettibile di tradurre la questione sull'elemento soggettivo in una semplice *défaillance* linguistica, il richiamo della Commissione a molti degli elementi che la letteratura classica soleva individuare come fondativi dell'intento predatorio, ossia la disponibilità, nella dominante, di informazioni più complete sul mercato, l'effetto dissuasente, determinato dalla predazione sulla concorrenza potenziale, oltre che l'ovvia disponibilità di ingenti risorse finanziarie

stato se non avesse adottato detto comportamento, ossia se è probabile che l'impresa sia in grado di trarre un vantaggio dal sacrificio fatto”²⁷³.

3.3.1 Il caso “Diano - Caronte” e i “parametri evoluti”

I casi italiani di prezzi sotto-costi, generalmente, sono stati trattati dall'AGCM in maniera conforme rispetto all'indirizzo emerso in sede comunitaria, dunque valutando la predazione attraverso un confronto del prezzo con i costi medi variabili o con quelli medi totali.

Dalle condotte esaminate è possibile scorgere quante possano essere le varianti alla c.d. storia base, potendosi annoverare veri e propri ricatti²⁷⁴, posti in essere da imprese dominanti attraverso l'arma del ribasso, come pure tentativi di estendere l'egemonia economica, riconducibile ad un monopolio legale, sui mercati collegati ricorrendo ai profitti assicurati dal monopolio, per finanziare le perdite derivanti dalla predazione²⁷⁵.

²⁷³ Prosegue poi precisando che non “interverrà soltanto se è probabile che l'impresa dominante possa aumentare i suoi prezzi al di sopra del livello esistente sul mercato prima del comportamento in questione. È sufficiente, ad esempio, la probabilità che il comportamento impedisca o ritardi un calo dei prezzi che si sarebbe altrimenti verificato. L'individuazione del danno arrecato ai consumatori non è un calcolo meccanico di profitti e perdite, e non è necessaria la prova dei profitti complessivamente realizzati. Il danno potenziale ai consumatori può essere dimostrato valutando il potenziale effetto di preclusione causato dal comportamento, prendendo nel contempo in considerazione altri fattori, come le barriere all'ingresso sul mercato. In questo contesto, la Commissione considererà anche le possibilità di reingresso sul mercato.” [Orientamenti, p. 71, 72]

²⁷⁴ Cfr. S. BASTIANON, “L'abuso di posizione dominante”, 2001, da pag. 290, su: AGCM, provv. 2793/95, A76, *Tekal/Italcementi*. La condotta di Italcementi consistette nell'adozione di prezzi predatori sul mercato a valle del calcestruzzo, tuttavia, finalizzati ad avvantaggiare la posizione della dominante sul mercato a monte del cemento. In particolare, l'autore descrive la condotta come causa di un dilemma per i confezionatori di calcestruzzo: “continuare a rifornirsi dagli importatori di cemento ad un prezzo più vantaggioso, ma subendo tutte le conseguenze [...] della guerra di prezzi scatenata da Italcementi; oppure, tornare a rifornirsi [da quest'ultima], pur a un prezzo maggiore, in cambio della cessazione delle vendite sottocosto sul mercato del calcestruzzo.”

²⁷⁵ Stando alla denuncia del Consorzio Risposta, Poste Italiane avrebbe adoperato prezzi sottocosto, attingendo a sussidi incrociati con le attività riservate. L'AGCM ha dovuto dissentire da tale argomentazione a causa della mancata prova di tali sussidi (causa opacità nella separazione contabile e conseguente superiorità del prezzo rispetto ai CMV) tuttavia ciò non ha impedito di colpire le condotte abusive, argomentando su dei prezzi tanto bassi che “inevitabilmente nessun potenziale operatore di posta elettronica ibrida è in grado di offrire alla clientela un servizio a prezzi competitivi rispetto a quelli

In un caso, tuttavia, il Garante nazionale ha inaspettatamente fatto ricorso a criteri differenti, maggiormente elogiati dalla scienza economica rispetto ai parametri più classici. Si rilevi, in effetti, che i parametri indicati dalla Corte di Giustizia, sono stati ritenuti, dalla più recente letteratura economica, non sufficientemente rappresentativi dei costi sostenuti dall'impresa per incrementare la produzione ai fini predatori²⁷⁶. Probabilmente seguendo tale osservazione, l'AGCM ha ritenuto di poter adoperare, come valida alternativa, i “costi medi incrementali di breve e lungo periodo”: parametro idoneo ad avvalorare le voci di costo specificamente sostenute “per la maggior produzione di beni e servizi venduti a prezzi predatori”²⁷⁷.

In questo modo, nel noto caso di predazione “Diano vs Caronte”, l'Autorità ha potuto dimostrare come, i ricavi conseguiti dal gruppo T-C sulla rotta “Messina – Reggio Calabria”²⁷⁸, fossero insufficienti a coprire

praticati da Poste Spa per il servizio PT Postel, indipendentemente dai livelli di efficienza raggiunti nella trattazione, nello smistamento e nel trasporto delle comunicazioni di posta elettronica” [AGCM, provv. n. 6698/98, A218, *Consorzio Risposta/Ente Poste Italiane*]. Sempre sul versante della “non replicabilità” delle offerte dell'operatore dominante, si segnalano il caso “*Comportamenti abusivi di Telecom Italia*”, nel quale si è specificato che, la “competitività delle offerte di servizi finali da parte di TI (sue divisioni commerciali, sue società collegate e controllate) deve essere raggiunta non mediante una politica di sottocosto rispetto ai costi regolatori, bensì mediante una politica di riduzione dei costi non regolamentati, ovviamente nel rispetto del divieto di discriminazione e del divieto di sussidi incrociati” [CdS, sent. 10 marzo 2006, n. 1271, p. 11]. Analoghe considerazioni potrebbero farsi in relazione al caso “*Tele2/Tim-Vodafone-Wind*” [TAR, sent. 7 aprile 2008, n. 2900].

²⁷⁶ Cfr. P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, *op. cit.*, pag. 2590; in effetti, la predazione necessita di un incremento del quantitativo prodotto, tale da soddisfare l'intera domanda. Le attività volte ad incrementare, in tal senso, la produzione, rappresentano dei costi per l'impresa che non sarebbe possibile isolare nel più generico calcolo dei CMV o CMT.

²⁷⁷ La maggior affidabilità del suddetto parametro, risiederebbe nel riferimento alle voci di costo che cessano di esistere quanto cessa l'incremento della produzione, escludendo dal computo i costi irrecuperabili, ossia costi “che l'impresa non può recuperare neppure parzialmente in caso di cessazione dell'attività”. Il riferimento va agli investimenti specifici per quella determinata attività economica [N. GIOCOLI, “*Impresa, concorrenza, regole*”, 2009, pag. 46]

²⁷⁸ Secondo l'Autorità Garante, i ricavi furono non “sufficienti a coprire né i costi incrementali di lungo né quelli di breve periodo legati alla fornitura di tale servizio [...]”. Si deve pertanto ritenere che il comportamento seguito dal gruppo T-C nel mercato del servizio di traghettamento attraverso lo Stretto di Messina sia senz'altro qualificabile come predatorio e costituisca una violazione dell'articolo 3 della legge n. 287/90 [AGCM, provv. n. 10650/2002, A267, *Diano/ Caronte*, p. 196]

sia i costi incrementali di lungo, che quelli di breve periodo, rappresentando inequivocabilmente una strategia predatoria ai danni del concorrente.

Più precisamente, si giunse a tali conclusioni con riguardo ad un'attenta analisi – oltre che del mercato del traghettiamento di mezzi gommati fra le due sponde dello Stretto di Messina – dei costi sostenuti dal gruppo per competere con la concorrente Diano Spa su di una rotta secondaria rispetto alla “Messina – Villa San Giovanni”, dove T-C risultava in sicura posizione dominante con più del 90% delle quote di mercato e una solida reputazione dovuta a decenni di attività. Nella seconda rotta, infatti, le società antagoniste rivestivano una posizione paragonabile quanto a quote detenute (53 e 47%) ma, forte della posizione dominante cui attingere nella rotta primaria²⁷⁹, oltre che di una sicura maggiore disponibilità finanziaria, T-C poté sostenere un'aggressiva politica il cui risultato sarebbe stato l'esclusione del concorrente²⁸⁰.

La decisione del Garante non ha tuttavia soddisfatto pienamente la dottrina più attenta alle implicazioni economiche, critica non tanto sul parametro adottato, quanto sulla scelta di includere determinate voci fra i costi incrementali. In effetti, tale scelta appare piuttosto delicata, dovendosi escludere le spese che l'impresa avrebbe sostenuto anche in assenza della condotta predatoria. Nello stesso senso, assume rilevanza il momento stesso nel quale ha inizio l'abuso, ed è proprio su questo aspetto che sorgono alcune perplessità sul caso specifico.

In particolare, l'inclusione dell'ammortamento del naviglio e del costo dell'equipaggio fra i costi incrementali, risultarono sufficienti a spostare la

²⁷⁹ Cfr. AGCM, provv. n. 10650/2002, A267, “*Diano/ Carontè*”, p. 197

²⁸⁰ L'Autorità rilevò altresì gli effetti già sorbiti dalla condotta, fra i quali si fece riferimento alla negatività dei bilanci di Diano [*Ivi*, p. 200 – 203]

valutazione delle tariffe sul versante della predatorietà, nonostante l'AGCM non ritenesse che l'ingresso sulla seconda rotta, e dunque la ragione di tali costi, fosse parte della strategia, rappresentando piuttosto una legittima risposta all'ingresso di un pericoloso concorrente su di una rotta in parte fungibile rispetto alla Messina – Villa San Giovanni. Inoltre si è rilevato come T-C si fosse avvalsa di personale in esubero sulla prima rotta, oltre che del naviglio precedentemente usato nella stessa (sostituito con una più moderna flotta), sicché tali costi andrebbero letti come risorse in eccesso e dunque efficacemente impiegate sulla seconda rotta²⁸¹.

Dal quadro che ne emerge, è lecito chiedersi se la dominante non fosse, in realtà, semplicemente più efficiente e, conseguentemente, se la sua condotta non avrebbe potuto determinare effetti positivi per il mercato ed i consumatori. Ciò che è certo, è l'incertezza che emerge su quali debbano essere i parametri e le valutazioni da seguire per individuare l'illiceità di siffatte condotte.

Il caso in esame, venne sottoposto all'attenzione del Garante nel 2002, dunque prima che venissero emanati gli "Orientamenti" attraverso i quali la Commissione avrebbe tentato rispondere alla nota incertezza applicativa sull'abuso di posizione dominante. In particolare, l'esecutivo comunitario avrebbe proposto di valutare la sussistenza di un "sacrificio" raffrontando i presunti prezzi predatori con parametri alternativi – sebbene suscettibili di raccogliere le medesime evidenze – ai costi incrementali: i "costi medi evitabili" (CEM) e i "costi incrementali di lungo periodo" (CIMLP)²⁸².

²⁸¹ Cfr. M. MOTTA, M. POLO, *"Antitrust: economia e politica della concorrenza"*, 2004, pag. 318 - 323

²⁸² I primi rappresentano la media dei costi che la dominante avrebbe potuto evitare in assenza della predazione. Corrisponderebbero, in certi casi, ai costi medi variabili, presentando tuttavia anche la possibilità di includere i costi specificamente sostenuti, ad esempio in ragione di un incremento produttivo, in virtù della predazione: caratteristica già esaminata nei costi medi incrementali. Sarebbe

3.3.2 Il test del concorrente egualmente efficiente

Le pratiche predatorie rappresentano, evidentemente, una forma di abuso escludente che si contraddistingue in ragione del “sacrificio” che accompagna il compimento dell’atto anticoncorrenziale.

Negli “Orientamenti” della Commissione, tuttavia, la dimostrazione del comportamento predatorio non è esclusivamente subordinata al verificarsi di una perdita risultante matematicamente dall’analisi dei costi, potendo anche sussistere qualora si dimostri che la dominante abbia rinunciato “deliberatamente” a profitti a breve termine²⁸³.

In effetti, “la Commissione può anche valutare se il presunto comportamento predatorio abbia determinato a breve termine entrate nette più basse rispetto a quanto ci si sarebbe potuti attendere da un comportamento ragionevolmente alternativo”, ammettendo di conseguenza che il sacrificio possa consistere anche nel semplice conseguimento di ricavi inferiori²⁸⁴ rispetto a quelli che sarebbero derivati da scelte “alternative economicamente razionali e praticabili”²⁸⁵.

Se non debitamente contestualizzate, nel solco degli indicatori oggettivi richiamati dalla Commissione, queste precisazioni avrebbero potuto lasciar adito a valutazioni pericolosamente arbitrarie nell’applicazione

confermata la presunzione “quasi ex se” di predatorietà per i prezzi inferiori ai CEM, poiché in nessun caso potrebbero essere remunerativi. In oltre, verrebbe riproposta la necessità di ulteriori evidenze per i prezzi collocati fra CEM e CIMLP, essendo quest’ultimi in molti casi coincidenti con i CTM (in assenza di economie di varietà). I CIMLP consistono nella media di tutti i costi fissi e variabili sostenuti dall’impresa per ciascuna tipologia di prodotto, ragion per cui coinciderebbero con i CTM in caso di assenza di una produzione diversificata ma, qualora così non fosse, lasciando la possibilità di focalizzare l’indagine sul solo veicolo della predazione [Orientamenti, p. 64 – 66, note 39 e 40; F. GHEZZI, G. OLIVIERI, “*Diritto antitrust*”, 2013, pag. 229 - 232]

²⁸³ Cfr. Orientamenti, p. 63

²⁸⁴ Quest’aspetto appare concettualmente avulso dalla classica nozione di “sacrificio”, per cui ci si chiede se non sarebbe stato più agevole relegare simili condotte al di fuori dei confini della predazione, tenuto conto che, giocoforza, rientrerebbero pur sempre nella più generica accezione di abuso escludente.

²⁸⁵ *Ivi*, p. 65

dell'*enforcement*, fondando un non appropriato sindacato sulle scelte commerciali delle imprese. In realtà, qualunque condotta predatoria, o generalmente escludente basata sui prezzi, deve pur sempre provarsi sulla base di elementi obiettivi, fra i quali non si può tralasciare il concetto di preclusione anticoncorrenziale come ostacolo alla concorrenza nei confronti di concorrenti, attuali o potenziali, tanto efficienti quanto l'impresa dominante²⁸⁶.

Si delinea così un *as efficient competitor test*, considerabile come un bilanciamento fra il diritto della dominante di non sottrarsi alla competizione, e le opposte esigenze di tutela della concorrenza e dell'interesse dei consumatori. Tale parametro fondamentale negli abusi basati sui prezzi, emerge dall'esame dei costi dell'impresa, automaticamente per i prezzi inferiori ai CEM e subordinato a valutazioni ulteriori e concordi qualora il valore insoddisfatto sia quello dei CIMLP, potendosi presagire anche in tal caso che, in assenza di un'adeguata disponibilità finanziaria, "un concorrente altrettanto efficiente potrebbe essere escluso dal mercato". L'indagine sui costi della predatrice, diviene dunque un'indiretta valutazione delle capacità del concorrente, il quale può trovare tutela nell'antitrust non in quanto tale, ma in ragione dell'utilità che ricopre nel funzionamento di quel meccanismo, volto a preservare il benessere del consumatore attraverso la promozione dell'efficienza del mercato²⁸⁷.

²⁸⁶ *Ini*, p. 23

²⁸⁷ In dottrina, non tutti concordano rispetto all'idoneità del test proposto a garantire il benessere dei consumatori, obiettando che le risultanze che ne emergerebbero sarebbero idonee a valutare la probabile variazione nei prezzi del prodotto, ma non la qualità e la varietà dello stesso. In tal senso, il test appare inidoneo a garantire l'accesso nel mercato a imprese capaci di competere sulla qualità e l'innovazione, più che sul solo ribasso dei prezzi [W. P. J. WILS, "The Judgement of the EU General Court in Intel and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance", in "World Competition: Law and Economics Review", 2014, vol. 37, n. 4, pag. 13, reperibile al sito: papers.ssrn.com, pag. 28].

A tali considerazioni di principio, valide per la generalità delle condotte predatorie, corrispondono tuttavia dei casi eccezionali, nei quali il suddetto criterio non appare idoneo allo scopo. Invero, negli Orientamenti si precisa che “in determinate circostanze un concorrente meno efficiente può anche esercitare una pressione di cui si dovrebbe tener conto se un dato comportamento basato sui prezzi determina una preclusione anticoncorrenziale”²⁸⁸. Riconoscendo tale evenienza, la Commissione lascia un certo margine di incertezza che diviene tuttavia coerente effettuando un collegamento con l'*efficiency defense* e, in particolare, con l'argomento della **concorrenza residua**²⁸⁹. Invero, alla base di tale scelta si ritrova la preservazione della “rivalità tra imprese”, riconosciuta esplicitamente alla base dell'innovazione e dell'efficienza del sistema produttivo. Di conseguenza, mantenere nel mercato una concorrenza reale anche se non efficiente quanto la dominante, rappresenta la condizione minima per tutelare concretamente il benessere del consumatore²⁹⁰.

²⁸⁸ *Ivi*, p. 24

²⁸⁹ Nello specifico, la Commissione riconosce alla dominante la possibilità di dimostrare la necessità della condotta (riconosciuta come lesiva della concorrenza) al fine di apportare nel mercato delle efficienze tali da superare i probabili effetti negativi. Nello standard che si delinea, riveste un ruolo ineludibile la valutazione della concorrenza residua, impedendo di giustificare in alcun caso la condotta che elimini “tutte le fonti esistenti di concorrenza reale o potenziale o la maggior parte di esse” [*Ivi*, p. 30]

²⁹⁰ L'argomento si ricollega direttamente alle valutazioni che hanno scandito il dibattito fra la Scuola di Harvard e la Scuola di Chicago. La scelta della Commissione potrebbe rappresentare un interessante compromesso, riconoscendo che non vi è efficienza senza la spinta concorrenziale e che preservare quest'ultima può ricondursi ad una rivalutazione dello strutturalismo, limitata al caso concreto. Nelle valutazioni della Commissione, inoltre, viene esplicitamente a figurare l'attenzione per le potenzialità innovative, frutto della spinta concorrenziale stessa, fornendo un ulteriore argomento circa la presunta idoneità dell'attuale finalità del diritto antitrust (benessere del consumatore) ad intendersi come comprensivo di una pluralità di obiettivi.

3.4 La complessa valutazione degli sconti

Attraverso la concessione di sconti, ossia riduzioni del prezzo richiesto per un determinato bene o servizio, le imprese accordano una forma di incentivo finalizzato al conseguimento di un maggior numero di transazioni, oltre che alla fidelizzazione della clientela. Si tratta di pratiche generalmente idonee a recare un beneficio ad entrambe le parti contrattuali, tuttavia, nel caso in cui risulti coinvolta un'impresa dominante, determinati sconti potrebbero assumere il connotato dell'illiceità in ragione dell'effetto escludente che si determinerebbe nei confronti delle imprese concorrenti, o a causa della discriminazione nei confronti dei destinatari del proprio *output*.

In effetti, oltre a poter assumere le forme più varie, gli sconti risultano idonei a comportare differenti effetti a seconda delle modalità con cui vengano conferiti o delle condizioni del mercato di riferimento. Dunque, oltre ad una generica riconduzione fra le fattispecie concrete *sub* lett. B²⁹¹, gli sconti potranno inquadrarsi *sub* lett. D nel caso in cui vengano utilizzati per determinare un effetto legante nell'acquisto di prodotti distinti – aspetto di sicura evidenza nel caso degli sconti c.d. multi-prodotto – ma anche *sub* lett. C qualora l'effetto anticoncorrenziale prevalente si individui nell'imposizione di condizioni diverse per prestazioni equivalenti²⁹².

Quanto all'ultimo aspetto occorre precisare che la pratica di sconti discriminatori potrebbe rilevare in materia antitrust solo nella misura in cui determini “ingiustificati svantaggi nella concorrenza” per il soggetto che la subisca. Una simile situazione può facilmente ricorrere nel caso in cui l'impresa dominante su di un mercato, operi altresì (direttamente o

²⁹¹ Vd. par. 3.2

²⁹² Vd. par. 3.1.3, 3.2

meno) sul mercato verticalmente collegato e dipendente. E' agevole constatare come in tali casi la discriminazione di un'impresa, allo stesso tempo cliente e concorrente, possa risolversi in un vantaggio per la dominante, caratterizzando la discriminazione *sub* lett. C dei medesimi connotati escludenti delle condotte individuate alla lettera B²⁹³.

In realtà, gli ingiustificati svantaggi potrebbero non rivolgersi al rapporto concorrenziale intercorrente fra discriminante e discriminato, potendosi anche risolvere in una minore capacità del discriminato di competere con i propri concorrenti diretti. Dunque, la formula utilizzata nella normativa appare idonea ad includere, non solo le discriminazioni che si sostanzino in un puro sfruttamento della posizione dominante²⁹⁴, ma anche le condotte che risultino carenti rispetto a qualsivoglia vantaggio per la dominante²⁹⁵. Anche in tali casi, in virtù del carattere oggettivo dell'abuso di posizione dominante, non si potrebbe escludere l'applicazione dell'*enforcement*²⁹⁶.

²⁹³ Ad esempio la dominante può avvantaggiare società ad essa collegate attraverso un sistema di sconti ed incentivi. In tal modo, le imprese collegate otterranno un vantaggio rispetto ai concorrenti che, viceversa, rimangono esclusi dalle condizioni più vantaggiose e dunque discriminati in maniera rilevante ai fini dell'*enforcement* antitrust.

²⁹⁴ Viceversa, nella maggior parte degli sconti spesso gli sconti, il cliente beneficia di condizioni molto vantaggiose, denotando l'assenza di qualsiasi connotato di puro sfruttamento. Non è dato rilevare alcuno svantaggio diretto, ad esempio, nella condizione dei clienti che beneficiarono dei "noli aggressivi" offerti dai membri delle conferenze marittime né, almeno nel caso specifico, vennero effettuati esami sui costi tanto accurati da denotare, indubbiamente, che gli armatori avessero operato in perdita su tali viaggi, finalizzando la condotta all'esclusione dell'*outsider* [CG, sent. 16 marzo 2000, C-396/96P, *Compagnie Marittime Belge/Commissione*]. Eppure, proprio la soddisfazione del cliente potrebbe essere il mezzo per limitare l'accesso alla porzione di mercato che egli rappresenta, divenendo un modo per estromettere la concorrenza e, in seguito a tale evento, sfruttare il monopolio ottenuto ai danni del cliente stesso.

²⁹⁵ Si è più volte edotta una certa criticità rispetto a simili ipotesi, invero, in assenza di un interesse della dominante nel mercato dipendente dal proprio *output* (ad esempio il fatto che operi, direttamente o indirettamente anche nel suddetto, o almeno che intenda espandersi), difficilmente potrebbe avvantaggiarsi dalla riduzione della concorrenza nel mercato a valle, posta la conseguente riduzione delle vendite nel mercato a monte. Si tratterebbe, in ultima analisi, di comportamenti del tutto irrazionali e potenzialmente autolesivi [S. LEPRE, "La revisione della disciplina dell'abuso di posizione dominante in Europa: per se rule vs rule of reason", "Diritto pubblico comparato ed europeo", 2010, fasc. 4, pag. 1516]

²⁹⁶ Vd. par. 2.3, 3.1.1, 3.1.3; Trib. I grado, sent. 7 ottobre 1999, T-228/97, *Irish Sugar/Commissione*

Ad ogni modo, si ritiene maggiormente probabile che la pratica scontistica, anche laddove si sostanzia in una discriminazione, sia finalizzata al mantenimento di un saldo vincolo con la clientela, tale da risolversi in una preclusione anticoncorrenziale rispetto ai concorrenti²⁹⁷. Proprio in questa direzione sembrano focalizzarsi le priorità della Commissione alla luce degli Orientamenti, documento nel quale viene fornito un riordino sistematico e maggiormente predittivo dei criteri e delle priorità di cui terrà conto l'esecutivo comunitario in materia di sconti.

Un elemento comune nella valutazione di ogni genere di sconto anticoncorrenziale, si individua nella mancanza di un'adeguata ragione economica, sindacabile dall'impresa attraverso il ricorso all'*efficiency defense*. Se ciò impone un'analisi caso per caso, è anche vero che più difficilmente si potrebbe giungere a giustificare le condotte rientranti fra i c.d. **sconti fedeltà puri**²⁹⁸, in quanto accordati, per definizione, solamente in base al grado di fedeltà del cliente e dunque slegati da giustificazioni economiche

²⁹⁷ L'effetto discriminatorio, legante ed escludente può verificarsi anche in un unico sistema di sconti. In effetti, nel caso "Michelin II", secondo la Commissione risultava sussistere una discriminazione determinata dai parametri soggettivi attraverso i quali venivano riconosciuti gli sconti, ma anche un abuso, tipico *ex* lett. D, sussistente nel legare alla vendita dei pneumatici anche delle prestazioni supplementari "prive di un legame con l'oggetto del contratto, sia per loro natura che rispetto agli usi commerciali" [Commissione, dec. 20 giugno 2001, n. 2002/405, p. 251 – 253, 310; Trib. I grado, sent. 30 settembre 2003, T-203/01, *Michelin II*]. La Commissione pose in evidenza come, da un lato, la contingentazione del mercato che si determinava, rendeva troppo oneroso, per i rivenditori, rivolgersi ai concorrenti di Michelin [vd. Commissione, dec. 20 giugno 2001, n. 2002/405, p. 245], dall'altro, che sussisteva uno stato di incertezza, determinato nelle controparti contrattuali a causa della mancanza di trasparenza riguardo al "criterio di riferimento utilizzato (l'importo totale finale delle vendite di prodotti Michelin in un anno) che si concreta in una mancanza di equità e in un effetto fidelizzante". Il quadro risultava ulteriormente aggravato in quanto "il premio di servizio e il premio di progresso [davano] luogo ad attribuzioni di punti e a definizioni di "basi" che non si fondano su elementi oggettivi, ma soggettivi."

²⁹⁸ In generale, l'ampiezza dell'arco temporale di riferimento per il relativo vincolo, può rappresentare un fattore determinante nel giudizio di illiceità, considerato che, ad un maggiore vincolo temporale, corrisponde una più consistente preclusione anticoncorrenziale. Come rilevato dall'AGCM, "l'inserimento di clausole di esclusiva, di per sé non idoneo a determinare una restrizione all'assetto concorrenziale nel mercato, purché contenuto entro determinati limiti temporali, acquista una valenza anticompetitiva nel momento in cui, attraverso l'esercizio delle clausole di prima negoziazione e di prelazione, la durata effettiva degli accordi viene significativamente estesa [...]" [AGCM, provv. n. 15632/2006, A362, *Diritti Calcistici*]

fondate sul quantitativo di ordini effettuato²⁹⁹, come ad esempio la riduzione dei costi di produzione all'incremento del quantitativo prodotto³⁰⁰.

Simili pratiche determinerebbero il medesimo effetto vincolante delle più esplicite “clausole di acquisto esclusivo”³⁰¹, pur non instaurando, a differenza di quest'ultime, un vero e proprio obbligo giuridico di approvvigionamento dalla sola dominante³⁰², quanto piuttosto con un vincolo di fatto, posto il danno di natura economica che ne conseguirebbe³⁰³.

²⁹⁹ Di contro, la *communis opinio* esclude il carattere anticoncorrenziale degli sconti quantitativi, in quanto, salvo casi eccezionali, economicamente giustificati. In effetti, secondo la teoria del “grande cliente”, più alto e costante è il numero di ordini, più bassi solo i relativi costi di produzione. Dunque la sussistenza del rapporto causale tra quantità acquistata e riduzione dei costi, determina un risparmio per l'impresa, giustificando la pratica sotto il profilo economico e, probabilmente, ripercuotendosi positivamente sull'efficienza di mercato [S. BASTIANON, “L'abuso di posizione dominante”, 2001, pag. 257]

³⁰⁰ Vd. par. 1.2.2

³⁰¹ Quanto alle clausole di esclusiva, si riporta in via esemplificativa una condotta analizzata dall'AGCM, laddove alcune società di trasporto marittimo proposero delle condizioni di prezzo particolarmente vantaggiose subordinandole, tuttavia, “al mantenimento dell'esclusiva con le suddette società [...] da parte della clientela”. E' interessante notare che, l'inosservanza delle condizioni, avrebbe comportato “l'immediato ed automatico decadere del presente accordo, con efficacia retroattiva” [AGCM, provv. n. 2379/1994, A49, *Pozzuoli Ferries/Gruppo Lauro*, p. 20, 30]

³⁰² Sul punto la scienza economica rileva un non automatico disvalore in termini di efficienza. In effetti, qualora l'esclusiva determini una integrazione verticale tale da migliorare i processi produttivi o distributivi, si determinerebbe un processo economico potenzialmente più efficiente con riferimento alle singole dimensioni *interbrand*. Naturalmente, tali valutazioni si presterebbero meglio ad emergere nei contesti in cui, il potere di mercato dell'impresa in questione, non sia tale da configurare una posizione dominante. Viceversa, in una situazione concorrenzialmente precaria, è ben più probabile che il vincolo determini uno svantaggio, soprattutto nei confronti dei clienti rimasti esclusi dagli accordi, dunque non beneficiari dei vantaggi concessi dalla dominante per controbilanciare l'impegno di non rivolgersi ai concorrenti [P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, *op. cit.*, 2012, pag. 2595; Orientamenti, p. 32 – 36; N. GIOCOLI, “*Impresa, concorrenza, regole*”, 2009, da pag. 77]

³⁰³ “[...] secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale, affinché un'impresa in posizione dominante su un mercato commetta un abuso non è necessario che essa imponga un obbligo giuridico in forza del quale il cliente è tenuto a rifornirsi esclusivamente presso l'impresa in questione, essendo sufficiente che le condizioni di vendita del fornitore dominante siano tali da indurre il cliente ad approvvigionarsi esclusivamente o prevalentemente presso di lui, mentre sono ininfluenti i mezzi utilizzati per raggiungere tale risultato” [G. GHIDINI, B. LIBONATI, P. MARCHETTI, “*Concorrenza e mercato: Rassegna degli orientamenti dell'Autorità Garante*”, 2008, pag. 91]

Un'altra tipologia di sconti piuttosto insidiosa, consiste nei c.d. **sconti target retroattivi**³⁰⁴. Si tratta di sconti riconosciuti in ragione del raggiungimento di un determinato obiettivo di vendita, dunque apparentemente legati al quantitativo di acquisti effettuato. L'elemento sintomatico di un abuso, può in tal caso rinvenirsi nella modalità con la quale viene reso lo sconto, considerando che, pur essendo riconosciuto sull'intero quantitativo di acquisti effettuati in un determinato arco temporale, la sua applicazione è retroattiva rispetto al raggiungimento della condizione e dunque suscettibile di determinare il medesimo effetto vincolante degli sconti fedeltà³⁰⁵. Nella valutazione del carattere anticoncorrenziale, assume un ruolo fondamentale la durata del suddetto vincolo, aspetto fondamentale per dedurre l'effettivo grado di preclusione. Nonostante la varietà delle diverse forme di sconti, è possibile cogliere una caratteristica comune, tale da rappresentare il connotato minimo per una dichiarazione di illiceità. A tal fine, si può fare riferimento all'indirizzo giurisprudenziale emerso in relazione al caso "Michelin I", laddove la Corte di Giustizia pose in evidenza l'esigenza di:

“[...] accertare se lo sconto miri, mediante un vantaggio non basato su alcuna prestazione economica che lo giustifichi, a sopprimere o a limitare la possibilità dell'acquirente di scegliere la fonte di rifornimento, a chiudere l'accesso al mercato dei concorrenti, ad applicare a controparti commerciali condizioni diverse per

³⁰⁴ Viceversa, i c.d. **sconti incrementali**, i quali vengono riconosciuti, una volta raggiunto il target prefissato, solo sugli ulteriori beni acquistati, appaiono generalmente leciti, in quanto potenzialmente giustificabili in maniera analoga agli sconti quantità [Orientamenti, p. 42]

³⁰⁵ Appare significati il caso "Tirrenia", laddove vennero individuate due distinte tipologie di sconti, delle quali una chiaramente rientrante nel classico schema degli sconti fedeltà, e un'altra apparentemente legata alla produzione. Quest'ultima tipologia scontistica, denominata "premio di produzione", consisteva in una riconoscimento, al termine dell'anno, di una riduzione del corrispettivo in base al quantitativo di acquisti su tutte le tratte dell'impresa. Apparentemente si trattava di incentivi legati al quantitativo, tuttavia vennero ritenuti suscettibili di ostacolare l'attività di un concorrente, in ragione del vincolo "di fatto" determinato sulla clientela tale da indurre il cliente a rivolgersi all' incumbent a prescindere dall'effettiva convenienza ricavabile dalla singola tratta [AGCM, provv. n. 453/92, A13, *Marinzulich/Tirrenia*]

prestazioni equivalenti o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata”³⁰⁶

In altre parole, esercitando una significativa limitazione nella libertà di scelta della controparte, la dominante è dunque in grado di precludere il mercato ai propri concorrenti, integrando una condotta sicuramente ricadente nel divieto. Tuttavia, la dottrina e gli economisti hanno spesso lamentato una scarsa attenzione nella ricerca delle “giustificazioni” di natura economica, attraverso le quali si potrebbero spiegare le condotte in termini di efficienza economica complessiva³⁰⁷. In effetti, l’attenzione degli organi comunitari per tali risvolti è stata piuttosto carente in passato, tanto che si potrebbe individuare nella valutazione degli sconti, l’apice del formalismo dell’approccio comunitario³⁰⁸ e, di converso, l’ambito nel quale avrebbe avuto maggiori ripercussioni la reazione modernizzatrice.

Emblematica appare in tal senso la lettura di un’ulteriore pronuncia nei confronti di Michelin (caso noto come “Michelin II”), laddove si ritenne espressamente superflua l’indagine sugli effetti di preclusione anticoncorrenziale³⁰⁹.

³⁰⁶ In particolare, appare necessario “valutare tutte le circostanze e, in particolare, i criteri e le modalità di concessione degli sconti, e accertare se gli sconti mirino, mediante un vantaggio non basato su alcuna prestazione economica che li giustifichi, a sopprimere o limitare la possibilità dell’acquirente di scegliere la fonte di rifornimento, a chiudere l’accesso del mercato ai concorrenti, ad applicare a controparti commerciali condizioni dissimili per prestazioni equivalenti o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata” [CG, sent. 3 gennaio 1983, n. 322/81, *Michelin I*, p. 73]

³⁰⁷ Cfr. S. LEPRE, *op. cit.*, 2010

³⁰⁸ Si è delineato un approccio chiaramente improntato su di una valutazione *per se* dell’illiceità di tali pratiche, tralasciando in radice il ricorso a qualunque “valutazione degli effetti reali/concreti e di quelli probabili [...] e [senza] tenere in considerazione l’eventuale beneficio per i consumatori” [*Ivi*, pag. 1513]

³⁰⁹ Agli sconti fidelizzanti illeciti, possono accostarsi le c.d. clausole inglesi, sulla base delle quali, il fornitore acquisisce un vero e proprio diritto di prelazione, consistente nella facoltà di allinearsi alle più vantaggiose offerte commerciali che possa ricevere il cliente [CG, sent. 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione CE*; AGCM, provv. n. 13752/2004, A351, *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*]. In questo modo, il cliente diverrebbe del tutto non contendibile, configurando un abuso escludente che non necessita di ulteriori dimostrazioni [Cfr. F. GHEZZI, G. OLIVIERI, “Diritto antitrust”, 2013, pag. 251, 252]

In tale occasione, il Tribunale precisò che l'effetto anticoncorrenziale menzionato dalla giurisprudenza "Michelin I":

“[...] non riguarda necessariamente l'effetto concreto del comportamento abusivo censurato. Al fine di accertare una violazione dell'art. [102 Trattato FUE], è sufficiente dimostrare che il comportamento abusivo dell'impresa in posizione dominante mira a restringere la concorrenza o, in altri termini, che è tale da avere o può avere un simile effetto”.

Di conseguenza, è sufficiente verificare che sussista un impedimento nella libertà di scelta dei rivenditori, così impossibilitati a rivolgersi ai concorrenti della dominante. Una condotta finalizzata a porre tali limitazioni, appare chiaramente finalizzata a restringere la concorrenza, rendendo superflua qualsiasi indagine ulteriore ai fini dell'applicazione del divieto³¹⁰.

3.4.1 (segue) Recenti sviluppi in tema di sconti e predazioni selettive

Valutazioni ancor più stringenti riguardarono i c.d. **sconti selettivi**, ritenuti aprioristicamente abusivi in ragione del vincolo ancor più stringente che determinerebbero sulle controparti contrattuali³¹¹. Si tratta invero di sconti calibrati sulle specifiche necessità di ciascun cliente, dunque astrattamente suscettibili di congegnarsi in modo da vincolare la

³¹⁰ “[...] la prova in merito all'oggetto e quella relativa all'effetto anticoncorrenziale si confondono [...]. Infatti, se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa in posizione dominante è di restringere la concorrenza, detto comportamento potrà anche avere tale effetto” [Trib. I grado, sent. 30 settembre 2003, T-203/01, *Michelin II*, p. 240 – 241]

³¹¹ *Cfr.* Commissione, dec. 14 maggio 1997, n. 97/624, *Irish Sugar*; Trib. I grado, 8 ottobre 1996, T-24/93, *Compagnie Maritimes Belges/Commissione*

controparte per l'intero fabbisogno, escludendo dalla relativa porzione della domanda qualsiasi concorrente.

Oltre al vincolo genericamente escludente già trattato, simili pratiche risultano suscettibili di veicolare delle vere e proprie strategie di predazione selettiva, consistenti in ribassi mirati all'acquisizione o conservazione di "clienti chiave" e, per questa ragione, valutate specularmente ai prezzi predatori³¹². Invero la predazione selettiva appare, soprattutto nei rapporti di fornitura, più conveniente della vendita sottocosto dell'intero *output*, determinando il medesimo effetto a fronte di un sacrificio più contenuto³¹³. In tal senso, la teoria dei costi incrementali, alla base dei parametri suggeriti negli "Orientamenti", consentirebbe di focalizzare l'analisi sul rapporto fra i ricavi ottenuti (al netto dello sconto) e gli specifici costi sostenuti per la produzione del bene, consentendo di appurare che la produzione fosse in perdita: indice rappresentativo della predazione stessa³¹⁴.

Negli ultimi anni, gli organi comunitari e nazionali hanno iniziato ad adottare i nuovi parametri suggeriti nelle *Guidelines* della Commissione,

³¹² In tal senso, è significativo che lo stesso leading case comunitario, riguardi proprio una condotta di predazione selettiva, attuata attraverso dei ribassi mirati nei confronti di specifici clienti [CG, sent. 3 luglio 1991, Causa C-62/86, *Akzo Chemie/Commissione*]. Più precisamente, nel caso citato venne dapprima colto l'intento predatorio nell'esplicita minaccia di rappresaglie (qualora la concorrente non avesse accettato di ritirarsi dal mercato) seguita dall'attuazione delle stesse per mezzo di una "riduzione selettiva dei prezzi di vendita", con riferimento a clienti strategici della concorrente. In effetti, in tali contesti il successo della predazione potrebbe dipendere anche dalla sola sottrazione di alcuni clienti chiave delle concorrenti, posto che, nei mercati caratterizzati da una domanda prevalentemente professionale, si deve considerare il numero più ristretto degli agenti coinvolti, oltre che probabili differenze di valore economico riguardo ai rapporti intrattenibili con ciascuno di essi. Conseguentemente, fidelizzare una parte rilevante della domanda tramite gli sconti, o privare allo stesso modo la "preda" di clienti strategici (ossia dei destinatari principali del suo output), determinerebbe in capo alla concorrente un danno significativo, rendendo probabile la riuscita della strategia escludente. Una condotta sostanzialmente analoga è stata analizzata dall'AGCM nel 2007. Anche in tal caso l'analisi dei costi ha avuto un ruolo fondamentale [AGCM, provv. n. 17522/2007, A372, *Mercato Del Calcestruzzo Cellulare Autoclavato*]

³¹³ *Cfr.* Orientamenti, p. 72

³¹⁴ *Imi*, p. 44

dimostrando la volontà di compiere l'auspicato processo di revisione dell'*enforcement* in senso *based effects*. Capostipite delle pronunce in tal senso, è la sentenza della Corte di Giustizia in relazione al caso “Post Danmark”³¹⁵, ove si dovette chiarire se un operatore, gravato da un obbligo di servizio universale e dunque detenente una sicura posizione dominante, potesse lecitamente offrire delle riduzioni selettive senza integrare un abuso escludente³¹⁶.

Nel caso specifico, la presunta condotta abusiva consisteva nella selettiva offerta di sconti, apparentemente finalizzata alla sottrazione di importanti clienti della concorrente. Tuttavia, gli sconti praticati dall'impresa dominante nei servizi postali danesi, non risultavano tanto elevati da determinare una produzione in perdita. In effetti, in due dei tre casi il prezzo praticato si manteneva al di sopra dei costi totali medi, mentre nell'unico caso in cui tale parametro non veniva coperto, non risultava comunque tanto gravoso da superare i costi medi incrementali. Di tali dati, la Corte diede una lettura protesa verso l'insufficienza ai fini dell'*enforcement*, considerando che:

“[...] ove l'impresa che detiene una posizione dominante fissi i propri prezzi ad un livello che copre la parte essenziale dei costi attribuibili alla commercializzazione del prodotto o all'esecuzione della prestazione di servizi di cui trattasi, un concorrente altrettanto efficiente al pari di tale impresa, in linea di principio, avrà la possibilità di fare concorrenza a tali prezzi senza incorrere in perdite insostenibili nel lungo

³¹⁵ Cfr. CG, sent. 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*

³¹⁶ Il caso venne sottoposto alla diretta attenzione della Corte, non passando dunque dall'esame della Commissione, in quanto oggetto di chiarimento per l'interpretazione dell'art. 102 Trattato FUE, su richiesta della Corte Suprema Danese.

periodo tranne che con riferimento all'offerta in un caso in cui, comunque, non scendeva sotto i costi medi totali"³¹⁷.

Ai fini dell'esame, la Corte ha dunque dimostrato di accogliere l'*as efficient test*, ribadendo implicitamente come la normativa non intenda "garantire che rimangano sul mercato clienti meno efficienti" dell'impresa dominante³¹⁸, ma garantire l'interesse dei consumatori³¹⁹ evitando che lo sfruttamento della posizione dominante possa falsare i normali rapporti concorrenziali³²⁰. Altra implicazione rilevante, consiste nell'implicito riconoscimento, in capo alla dominante, della possibilità di competere anche aggressivamente con i concorrenti, ribaltando l'opposta tendenza che in passato era culminata col riconoscimento di una deleteria disparità di trattamento³²¹, frutto ancora una volta della rigidità strutturalista.

³¹⁷ Cfr. CG, sent. 27 Marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark*, p.38

³¹⁸ Cfr. G. FAELLA, "L'incerto status dei prezzi predatori e degli sconti selettivi nel diritto antitrust europeo", in "Mercato concorrenza regole", 2013, vol. 15, fasc. 2, pag. 273

³¹⁹ Un altro interessante profilo, sempre critico rispetto a tale approccio si basa sull'assoluta mancanza di qualsiasi riferimento agli effetti della condotta in capo al consumatore finale, principale destinatario della normativa (secondo i nuovi orientamenti). In effetti, appare significativo il noto e dibattuto caso "British Airways", nel quale la compagnia aerea concluse degli accordi, con delle agenzie di viaggio, caratterizzati per un sistema di incentivi accordati in maniera progressiva all'accrescere del fatturato realizzato, generando in tal modo un effetto vincolante per le controparti e preclusivo per i concorrenti. [S. LEPRE, *op. cit.*, da pag. 1516] Nella sentenza della Corte di Giustizia, suona contraddittorio il richiamo ai "vantaggi in termini di efficienza che vadano anche a beneficio del consumatore", come elemento controbilanciante eventuali effetti anticoncorrenziali, quando nel caso specifico si sia omesso di intraprendere alcuna indagine in tal senso [CG, sent. 15 marzo 2007, C-95/04, *British Airways/Commissione*, p. 86]

³²⁰ Nel caso specifico, oltretutto, l'applicazione l'analisi di eventuali restrizioni già poste in essere, ebbe un esito sorprendente: la concorrente era riuscita a riottenere due dei tre clienti precedentemente acquisiti da *Post Danmark*, nonostante gli sconti aggressivi, a riprova dell'inidoneità della condotta in esame ad estromettere una valida concorrente [ivi]

³²¹ "[...] la ricorrente censurerebbe un solo punto della sentenza impugnata, ossia il punto 187 della medesima, secondo il quale «non può essere escluso» che la facoltà di conformare i propri prezzi a quelli dei concorrenti sia negata a un'impresa, quando un siffatto allineamento abbia lo scopo di rafforzare la posizione dominante di quest'ultima o di abusarne. Ebbene, secondo la Commissione il divieto di un siffatto allineamento, quando quest'ultimo possa comportare l'applicazione da parte dell'impresa in posizione dominante di prezzi inferiori ai suoi costi, è pienamente conforme ai principi su cui si fonda l'art. 82 CE [CG, Causa C-202/07P, *France Télécom/Commissione*, p. 52]

L'attenzione rispetto all'analisi dei costi, e dunque alla dimostrazione basata su criteri matematici circa l'idoneità della condotta ad un escludere un concorrente altrettanto efficiente, non è tuttavia imprescindibile nell'analisi di qualsivoglia pratica scontistica. In effetti, non tutti gli sconti appaiono in grado di integrare gli estremi del comportamento predatorio, potendosi risolvere nell'apposizione di un vincolo che tuttavia non si sostanzia in un sacrificio (neanche se circoscritto ad un minore profitto³²²) per la dominante. Eppure, anche in tali casi non si potrebbe escludere l'idoneità della condotta ad esercitare una rilevante preclusione anticoncorrenziale, ricadendo indubbiamente nel divieto.

Negli Orientamenti, gli obblighi di acquisto esclusivo, tali da integrarsi anche attraverso pratiche scontistiche³²³, vengono valutati con preoccupazione soprattutto nel caso in cui non vi siano concorrenti in grado di soddisfare l'intera domanda, o nel caso in cui la dominante sia un "partner commerciale inevitabile"³²⁴. L'analisi della condotta, si afferma coerentemente con la giurisprudenza "Michel I", deve tener conto delle eventuali giustificazioni economiche, tuttavia, non può neanche escludersi che una giusta compensazione per il vincolo di esclusiva vada automaticamente "a beneficio di tutti i clienti, ivi compresi quelli che in quel dato momento non acquistano dall'impresa dominante, e dei consumatori finali"³²⁵.

³²² Vd. par. 3.3

³²³ Vd. par. 3.4

³²⁴ Un esempio di partner irrinunciabile si ritrova nei prodotti CocaCola, talmente richiesti dai grossisti da accettare un margine di profitto inferiore rispetto alla commercializzazione dei prodotti concorrenti. La CocaCola si rese protagonista di una condotta abusiva nella quale la dominante indusse i grossisti a privilegiare i propri prodotti negli spazi espositivi, promuovendo a tal fine un sistema di sconti accompagnato a obiettivi individuali di vendita e vere e proprie clausole di esclusiva. In tale sistema, i maggiori vantaggi erano riservati ai grossisti che riducevano il quantitativo di unità trattate di provenienza del principale concorrente di CocaCola (Pepsi), connotando di una lampante finalità escludente la relativa condotta [AGCM, provv. n. 7804/99, A224, *PepsiCo-IBG Sud/CocaCola Italia*]

³²⁵ *Cfr.* Orientamenti, p. 34

Conseguentemente, anche alla luce degli Orientamenti, potrebbe ancora ritenersi che sussista un margine di valutazione ulteriore rispetto alle valutazioni puramente efficientistiche, consentendo, in determinati contesti, di ridimensionare l'importanza dello stesso *as efficient competitor test* che, viceversa, nelle pratiche predatorie si considererebbe decisivo.

In tal senso si potrebbe interpretare il recente caso “Intel”, la cui complessità si è risolta in un procedimento dinnanzi alla Commissione della durata di nove anni, culminato in una decisione di oltre cinquecento pagine. Il procedimento ebbe ad oggetto una strategia escludente attraverso la quale Intel – società *leader* indiscussa nella produzione di Processori per computer (CPU) – tentò di estromettere l'unico concorrente effettivo (AMD) dalla rilevante quota di mercato rappresentata dai quattro maggiori produttori di computer e *device* elettronici. L'abuso risultò veicolato da un sistema di sconti fedeltà riconosciuti a Dell, HP, Acer e Lenovo, a condizione che non montassero sui propri *device* microprocessori diversi da quelli prodotti dalla dominante.

Le valutazioni della Commissione hanno tenuto in considerazione numerosi fattori articolati in relazione a ciascun produttore coinvolto³²⁶, dalla presenza di significative barriere all'ingresso rappresentate dagli elevati costi di ricerca, ai possibili risvolti positivi in termini di integrazione verticale legati alla parte contendibile del mercato, giungendo alla conclusione che “gli sconti condizionati e i pagamenti di Intel

³²⁶ L'analisi della Commissione, conformemente al *more economic approach* affermato con gli “Orientamenti”, hanno indagato sulla sussistenza del carattere escludente dando largo spazio alla ricerca delle ragioni che hanno indotto i produttori ad accogliere gli incentivi offerti da Intel, oltre che alle concrete possibilità di marginalizzare AMD e, soprattutto, agli effetti che la strategia escludente avrebbe comportato per i consumatori. E' particolarmente apprezzabile il profilo dinamico che ne emerge, non riducendo l'analisi alla valutazione dell'efficienza produttiva dei soggetti coinvolti, ma verificando gli effetti in termini di incentivi all'innovazione e all'incremento della qualità dei prodotti [P. CROCIONI, “Dall'esclusiva all'esclusione: le lezioni del caso Intel e le ragioni della Commissione”, in “Mercato, concorrenza, regole”, 2013, v. 15, f. 2, da 333]

fidelizzavano i principali costruttori”, con la conseguenza di ridurre in modo significativo la capacità competitiva di AMD e portare, in ultima analisi, ad “una scelta più limitata per i consumatori e minori incentivi all’innovazione”³²⁷.

Nella valutazione della Commissione, l’*as efficient competitor test* ha consentito di individuare il prezzo a cui un concorrente altrettanto efficiente avrebbe dovuto vendere i suoi prodotti al fine di reagire alla strategia in atto. In particolare, si trattava di individuare il prezzo che avrebbe compensato il costruttore della perdita dello sconto offerto da Intel. Si è dunque trattato di un uso del test parzialmente differente rispetto all’impiego nei casi di predazione, seppure sostanzialmente conforme alle indicazioni contenute negli Orientamenti³²⁸.

Adducendo tale divergenza come doglianza – ritenendo che la sola applicazione ortodossa del test avrebbe consentito di dimostrare l’idoneità della condotta ad integrare il divieto – Intel ricorse al Tribunale comunitario per richiedere l’annullamento della decisione. Ma a discapito di quanto sostenuto dalla dominante, il Tribunale ha confermato la decisione della Commissione riproponendo inoltre alcuni elementi del tradizionale approccio strutturalista:

“[...] un test AEC consente unicamente di verificare il caso di un accesso al mercato reso impossibile, e non di scartare l’eventualità di un accesso reso più difficile al suddetto mercato. [...] un risultato positivo significa unicamente che un concorrente altrettanto efficiente è in grado di coprire i propri costi [...] Tale circostanza non significa, tuttavia, che non esista un effetto preclusivo. Infatti, il meccanismo degli sconti di esclusiva [...] resta tale da rendere più difficile l’accesso al mercato per i

³²⁷ La Commissione concluse affermando che “il comportamento di Intel ha parimenti arrecato un pregiudizio diretto alla concorrenza e non costituisce una normale concorrenza basata sui meriti” [Tribunale I grado, sent. 12 giugno 2014, T-286, *Intel/Commissione*, p. 31, 33]

³²⁸ Cfr. Orientamenti, p. 41 - 44

concorrenti dell'impresa in posizione dominante [...] Risulta da quanto precede che non è necessario verificare se la Commissione abbia effettuato il test AEC secondo le regole applicabili e che non è neanche necessario esaminare la questione se i calcoli alternativi proposti dalla ricorrente siano stati effettuati correttamente. Infatti, neanche un risultato positivo di un test AEC sarebbe idoneo ad escludere l'effetto preclusivo potenziale [...]"³²⁹.

Sostanzialmente, il giudice sembra ritenere che la Commissione non fosse tenuta a dimostrare il sicuro effetto escludente della condotta rispetto al concorrente AMD, avendo già ampiamente dimostrato l'esistenza di una strategia escludente, articolata in un insieme di incentivi subordinati alla condizione che i produttori non si rivolgessero ai concorrenti: pratica descritta come chiaramente contraria ad una concorrenza sui meriti³³⁰.

La pronuncia del Tribunale ha ricevuto il plauso della dottrina più critica rispetto alla presunta riduzione delle valutazioni antitrust alla ricerca di efficienze economiche. In effetti, reagire all'eccessivo formalismo pregresso avvalorando la ricerca dell'effettiva sussistenza di un pericolo per il benessere del consumatore, rileva detta dottrina, non dovrebbe sostanziarsi nel circoscrivere l'*enforcement* al mantenimento di una situazione di efficienza statica. Come insegnano gli ordoliberali, preservare la libertà di accedere al mercato, determina dei risvolti positivi attraverso il mantenimento della vivacità concorrenziale, ragion per cui l'antitrust non potrebbe rinunciare a intervenire nei confronti delle condotte "scorrette"³³¹. Ben più problematico sarebbe individuare un'astratta

³²⁹ Cfr. Tribunale I grado, sent. 12 giugno 2014, T-286, *Intel/Commissione*, p. 150, 151

³³⁰ *Ivi*, p. 205

³³¹ La recente pronuncia del Tribunale sul caso "Intel", si presta in tal senso a recuperare una dimensione fondamentale del diritto che, secondo i più critici, rischiava di venir marginalizzata dal *more economic approach*. In tal senso si può leggere la critica di Wils, secondo il quale l'as efficient competitor test rischierebbe di contrastare con la filosofia dell'antitrust comunitario, quale il mantenimento di una non

nozione di correttezza, tale da risolvere l'annoso quesito su quale debba essere il contenuto da attribuire all'espressione, sovente utilizzata in giurisprudenza, di "concorrenza basata sui meriti".

3.5 Rifiuto a contrarre ed *essential facilities*

Una delle più comuni forme di abuso di posizione dominante, altresì ritenuta esemplificativa della natura stessa della speciale responsabilità³³², riguarda il rifiuto ingiustificato dell'*incumbent* di fornire una propria risorsa³³³. Il relativo campo di applicazione risulta piuttosto esteso, potendosi includere nell'oggetto del rifiuto, non solo i beni o servizi solitamente offerti dalla dominante, ma anche le risorse non destinate alla normale attività commerciale di quest'ultima, perché nella sua esclusiva o prevalente disponibilità³³⁴.

La tipologia abusiva in esame, risulta suscettibile di ricadere *sub* lett. B nella misura in cui il rifiuto determini un effetto escludente verso i concorrenti, sostanziandosi in una limitazione all'accesso o all'espansione del mercato nonché, verosimilmente, in una limitazione allo "sviluppo tecnico o al

distorta concorrenza; un effetto possibile, risultando suscettibile di permettere alle imprese dominanti di escludere i concorrenti "in base a una decisione dell'autorità competente secondo cui tali concorrenti non sarebbero sufficientemente efficienti". In tal senso, il test appare contrastante con una certa visione della concorrenza basata sui meriti [W. P. J. WILS, *op. cit.*]

³³² Cfr. S. BASTIANON, "L'abuso di posizione dominante", 2001, pag. 232

³³³ Si ricordi che, ancor prima della nascita dell'antitrust comunitario, l'art. 2597 c.c. prevedeva "l'obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni [...] osservando la parità di trattamento". Tuttavia l'obbligo risultava circoscritto, da un lato, ai titolari di un monopolio legale, dall'altro alle prestazioni "oggetto dell'impresa". Sulla base del diritto antitrust, il relativo obbligo appare esteso sotto entrambi i profili, determinandosi in capo a qualunque soggetto in posizione dominante e non esclusivamente riguardo alle prestazioni oggetto della propria attività [v.d. par. 2.1.4]

³³⁴ Tale assunto pone rilevanti interrogativi con speciale riferimento ai diritti di privativa, posti a tutela di beni immateriali, come ad esempio il diritto d'autore [CG, sent. 6 aprile 1995, C-241/91P, C-242/91P, RTE e ITP/Commissione e Magill]

progresso tecnologico, a danno dei consumatori”. D'altra parte, determinati rifiuti a contrarre possono altresì ricadere *sub* lett. C, qualora si sostanzino in una discriminazione anticoncorrenziale³³⁵.

Più precisamente, il rifiuto a contrarre può costituire un abuso di posizione dominante tale da sorbire effetti sul mercato verticalmente collegato che dipenda dall'*input* prodotto nel mercato a monte, logicamente dominato dall'*incumbent*. In un simile contesto, la dominante può agevolmente sfruttare la posizione detenuta controllando il mercato dipendente in un'ottica di puro sfruttamento³³⁶, ma può anche approfittare della situazione per espandervi la propria posizione integrandosi verticalmente o favorendo imprese, nel mercato a valle, ad essa collegate.

A prescindere dall'individuazione sistematica della tipologia di abuso in esame, appare utile a comprendere la portata distorsiva del fenomeno un riferimento all'*essential facilities doctrine*³³⁷: teoria d'oltreoceano in base alla quale si potrebbe sancire un quasi-diritto di accesso a determinate risorse. In particolare, l'impresa detentrica dell'*essential facility* sarebbe tenuta a

³³⁵ Vd. par. 3.2, 3.4; si aggiunga che la discriminazione escludente potrebbe anche declinarsi nel caso in cui la dominante riservi a sé “condizioni economiche o tecniche più favorevoli di quelle applicate ai suoi concorrenti (c.d. principio di parità “interno-esterno”)” [F. GHEZZI, G. OLIVIERI, “*Diritto antitrust*”, 2013, pag. 244 – 245]

³³⁶ Appare interessante sotto il profilo della plurioffensività [vd. par. 3.1.2] il caso “Cerved”, considerato dal Garante italiano nei primi anni dell'introduzione della normativa. In particolare, la società monopolista nella raccolta e distribuzione delle informazioni di provenienza dalle Camere di Commercio, abusò della posizione detenuta integrando uno sfruttamento (imponendo condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose), una discriminazione (applicando condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti) e in rifiuto di fornire informazioni commerciali tale da limitare lo sviluppo del relativo mercato [AGCM, provv. n. 452/1992, A4, *Ancic/Cerved*]; considerazioni analoghe valgono nel caso “*Sign/Stet-Sip*” [AGCM, provv. n. 2970/1995, A65, *Sign/Stet-Sip*]

³³⁷ “I presupposti essenziali di applicabilità della teoria della essential facility sono: i) l'esistenza di un'infrastruttura controllata in via esclusiva da un'impresa dal cui accesso dipende la possibilità di svolgere un'attività economica a valle, ii) l'impossibilità per le imprese concorrenti nel mercato a valle di duplicare l'infrastruttura, iii) il diniego di accesso all'infrastruttura opposto dal monopolista ai suoi concorrenti sul mercato a valle ovvero la concessione dell'accesso a condizioni inique e iv) la mancanza di una valida ragione economica che giustifichi tale diniego [P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, “*Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*”, 2012, pag. 2591]

concedere la risorsa almeno che non sussista una valida ragione economica per negarla. Nonostante il concetto di “infrastruttura essenziale” sia ormai largamente in uso in materia di rifiuti di contrarre, bisogna precisare che l’ampiezza della nozione nell’antitrust europeo risulti maggiore rispetto alla dottrina statunitense, mentre le giustificazioni lecitamente invocabili alla base del rifiuto appaiono ridotte³³⁸.

Invero, secondo gli organi comunitari, non sarebbe consentito invocare l’intenzione di integrarsi verticalmente, espandendosi nel mercato a valle, come giustificazione del rifiuto³³⁹, potendosi tutt’al più invocare delle ragioni di efficienza nella prospettiva di “garantire un adeguato rendimento sugli investimenti necessari per sviluppare i fattori di produzione, generando incentivi per investimenti futuri”, sempre nel rispetto dei criteri indicati sulla base dell’*efficiency defense*³⁴⁰.

E’ dunque sull’incentivo all’innovazione che può invocarsi una giustificazione per il rifiuto, aspetto di fondamentale rilevanza nei mercati caratterizzati da un’alta incidenza dei costi di ricerca, laddove entrano in

³³⁸ Il contrattare di tale osservazione, riguarda le più ridotte possibilità, per il detentore dell’infrastruttura, di sottrarsi al rifiuto di contrarre nella sua accezione italiana e comunitaria [A. VANZETTI, V. DI CATALDO, “*Manuale di diritto industriale*”, 2012, pag. 637]. Ciò appare evidente soprattutto con riguardo a pronunce meno recenti, rispetto alle quali emerge, come fulcro dell’illiceità, più l’assenza di giustificazioni che sulla sussistenza dell’effetto escludente [CG, sent. 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands/Commissione*]

³³⁹ Il rischio che un’impresa, detentrica esclusiva di un determinato *input*, estenda la propria posizione sul mercato che da tale risorsa dipende, appare lampante. Appare emblematica in tal senso la condotta di “Commercial Solvents”, consistente nel “limitare, se non di cessare completamente, le proprie forniture [...] a terzi. Lo scopo di un simile provvedimento è quello di facilitare alla CSC medesima l’ingresso sul mercato dei prodotti finiti. Poiché però la CSC detiene una posizione dominante sul mercato delle materie prime è [...] la decisione di intraprendere essa stessa la produzione dei prodotti finiti in concorrenza con coloro che prima erano i suoi clienti non la legittima ad eliminare, sfruttando la propria posizione dominante, la concorrenza di questi ultimi [CG, sent. 6 marzo 1974, C-6/73 e C-7/73, *Istituto Chimioterapico Italiano e Commercial Solvents Corporation/Commissione*, p. 24]

³⁴⁰ In oltre, negli Orientamenti la Commissione ha individuato come prioritario l’intervento nei casi in cui concorrano tre condizioni: “il rifiuto si riferisce ad un prodotto o ad un servizio obiettivamente necessario per poter competere in maniera effettiva su un mercato a valle; è probabile che il rifiuto determini l’eliminazione di una concorrenza effettiva sul mercato a valle; è probabile che il rifiuto determini un danno per i consumatori” [Orientamenti, p. 81, 89, 90; vd. par. 3.4.1]

gioco anche diritti di privativa derivanti dal riconoscimento di una proprietà intellettuale, in presenza dei quali si complica ulteriormente il pur necessario bilanciamento³⁴¹. Al di fuori di tali considerazioni, l'approccio europeo appare piuttosto rigido, forse anche in considerazione della ricca presenza di monopolisti legali ed ex monopolisti³⁴², la cui posizione dominante non risulta “conquistata” – posta l'origine generalmente statale dei fondi impiegati – con la conseguenza di far apparire meno impellente la tutela degli investimenti pregressi.

Una maggiore tutela degli interessi della dominante, viceversa, può rinvenirsi nel concetto di “indispensabilità” dall'*input* per l'attività delle imprese operanti nel mercato a valle. In effetti, la giurisprudenza europea non ha inteso tale requisito in maniera restrittiva, richiedendo non solo l'unicità “attuale” dell'infrastruttura, ma altresì la mancanza di succedanei effettivi o potenziali tali da consentire l'attività nel mercato a valle. Inoltre, è necessario che la struttura non risulti duplicabile in termini oggettivi, quanto meno in un futuro prossimo³⁴³. Con tali precisazioni, si pone in evidenza il diritto della dominante di negare l'accesso alle proprie risorse qualora risulti economicamente, tecnicamente e legalmente possibile

³⁴¹ Di tali implicazioni si discuterà nei par. 4.1, 4.1.1, 4.1.2

³⁴² Ovviamente tali osservazioni non si possono tradurre in un indiscriminato obbligo di contrarre, posto che in tal caso verrebbero meno gran parte degli incentivi connessi alla realizzazione di nuovi investimenti nella ricerca e nell'espansione delle infrastrutture [F. GHEZZI, G. OLIVIERI, “*Diritto antitrust*”, 2013, pag. 237, 238]

³⁴³ *Cfr.* Orientamenti, p. 83; Una pronuncia rilevante in tal senso attiene al caso “Bronner”. La controversia riguardava la richiesta di un editore di fruire, ovviamente dietro corrispettivo, dell'unico sistema di recapito a domicilio di giornali su scala nazionale esistente in Austria, di proprietà dell'editore concorrente (e in posizione dominante) Bronner. La richiesta trovava giustificazione nella bassa tiratura del giornale del richiedente, tale da non consentirgli di creare e di gestire in modo economicamente conveniente un proprio sistema di recapito a domicilio. Il diniego non è stato considerato un abuso di posizione dominante. Invero, non è considerabile non duplicabile la struttura che implichi una semplice difficoltà di investimento, argomento non sufficiente per imporre ad un'impresa privata, che abbia notevolmente investito per creare la struttura in questione, di consentirne l'accesso ad un proprio concorrente [CG, sent. 26 novembre 1998, C-7/97, *Oscar Bronner*]

replicare l'infrastruttura indispensabile per l'attività delle altre imprese³⁴⁴, scongiurando in tal senso condotte "parassitarie" ai danni dell'*incumbent*.

Situazioni di non duplicabilità oggettiva emergono soprattutto con riguardo a infrastrutture di carattere materiale o di rete, dunque settori spesso sottoposti a regolazione, se non riservati con l'istituzione di un monopolio legale, ed è significativo che proprio nei mercati sottoposti ad un processo di liberalizzazione, ed in particolare nel settore delle telecomunicazioni, l'AGCM si sia espressa per la prima volta sul rifiuto di contrarre³⁴⁵.

Merita menzione, in fine, la vicenda che ha visto ENI, tramite società controllata, interrompere il già avviato progetto di espansione del gasdotto tra Italia e Tunisia, configurando un ostacolo allo sviluppo del mercato dipendente da tale infrastruttura³⁴⁶.

A ben vedere, in tal caso non si verificò una condotta di rifiuto a contrarre, sebbene la strategia escludente oggetto di accertamento, sostanziata in una pluralità di atti commissivi e omissivi, ruotava intorno alla non

³⁴⁴ Il riferimento potrebbe includere le economie di scala, laddove appaia oggettivamente anti-economico, oltre che inefficiente per il mercato in generale, la duplicazione dell'infrastruttura. In ossequio all'*as efficient competitor test*, è infatti necessario che la duplicazione dell'infrastruttura appaia "non economicamente redditizia per qualunque impresa voglia accedere al mercato", non essendo sufficiente l'insostenibilità economica soggettiva, in relazione all'impresa che ne richieda l'accesso. Qualora così non fosse, si rischierebbero fenomeni di *free riding* tali da disincentivare la realizzazione o il potenziamento delle infrastrutture [F. GHEZZI, G. OLIVIERI, "Diritto antitrust", 2013, pag. 238; per le economie di scala e la maggiore efficienza che, in tali casi, rivestirebbe la concentrazione di TMP, vd. par. 1.4.1]

³⁴⁵ Si fa riferimento al procedimento avente ad oggetto una condotta di SIP, gestore esclusivo della rete pubblica di telecomunicazioni, che negò la concessione di nuove linee ad un operatore del mercato, dipendente da tali infrastrutture ed altresì sottoposto a liberalizzazione [AGCM, provv. n. 412/1992, A5, *3C Communication*; altri casi nei quali valgono considerazioni analoghe: AGCM, provv. n. 1532/1993, A55, *Sistema Telefonata Cellulare Gsm*; AGCM, provv. 17131, A357, 2007, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*; AGCM, provv. n. 8481/2000, A280, *Tiscali-Albacom/Telecom Italia*]. Altre infrastrutture non oggettivamente replicabili sono, ad esempio, gli aeroporti, ambito nel quale sono già state esaminate diverse condotte abusive [vd. par. 3.1.2], o le banchine portuali [AGCM, provv. n. 11404/2002, A298, *O.N.I./Cantieri Del Mediterraneo-Bacini Napoletani*]

³⁴⁶ Cfr. AGCM, provv. n. 15174, A358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*

implementazione di un'infrastruttura, essenziale per l'attività di quattro *shippers* per l'importazione di gas nel mercato italiano. Si tratta di un abuso peculiare, tale da rientrare difficilmente in alcuna delle ipotesi tipizzate nella normativa³⁴⁷, ma l'aspetto più interessante, nonché maggiormente rilevante in tal sede, è che l'AGCM, oltre a comminare una considerevole sanzione pecuniaria, dispose che la proprietaria dell'infrastruttura allocasse a favore dei terzi operatori una capacità addizionale di trasporto sul gasdotto tale da compensare la mancata espansione, ribadendo implicitamente l'importanza dell'accesso alle infrastrutture essenziali per il corretto svolgimento delle dinamiche concorrenziali³⁴⁸.

3.5.1 Rifiuti costruttivi e *margin squeeze*

In molti casi, relazionandosi in maniera sfavorevole con le imprese dipendenti, la dominante riesce ad ottenere il medesimo effetto escludente o discriminante che otterrebbe attraverso un esplicito rifiuto di contrarre. Per tali ragioni, la richiesta di “condizioni irragionevoli in cambio della fornitura” possono integrare un “rifiuto costruttivo”³⁴⁹ e ricadere nel divieto di abuso di posizione dominante qualora sussistano le medesime condizioni previste per dichiarare anticoncorrenziale un esplicito rifiuto di contrarre.

³⁴⁷ Nonostante sia chiaramente consistito in una riduzione (sebbene per il futuro) dell'accesso al mercato, la non usualità della pratica fa maggiormente protendere per una qualificazione dello stesso come “atipico” [v.d. introduzione al cap. IV]

³⁴⁸ Rispetto alla pronuncia del Garante, tuttavia, desta qualche perplessità l'omessa considerazione dell'eventuale presenza di canali alternativi, aspetto che contrasterebbe con l'indirizzo espresso in sede comunitaria [P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, *op. cit.*, pag. 2842]

³⁴⁹ *Cfr.* Orientamenti, p. 79

I comportamenti tali da integrare un rifiuto costruttivo possono assumere le forme più varie, sfuggendo a una elencazione esaustiva³⁵⁰. Fra le varie forme, tuttavia, una in particolare ha assunto una significativa considerazione, posta la sua ricorrenza nei contesti in cui l'*incumbent* si ritrovi ad operare anche sul mercato a valle, ovviamente dipendente dalla risorsa prodotta nel mercato in cui detenga la posizione di dominio.

Il riferimento attiene al *margin squeeze* o “compressione dei margini”, condotta che si risolve nell'imposizione di elevati prezzi per la fornitura all'ingrosso dell'*input* ai propri concorrenti, o nella pratica di prezzi contenuti per il mercato al dettaglio. Simili condotte divengono anticoncorrenziali qualora consentano all'*incumbent* di praticare condizioni non replicabili dai propri concorrenti, portando ad una probabile espansione della posizione dominante dal mercato a monte al mercato dipendente.

Anche con riferimento al *margin squeeze*, gli Orientamenti propongono una valutazione che tenga conto dei profili efficientistici attraverso l'*as efficient competitor test*. In particolare, utilizzando il CIMLP (costo medio incrementale di lungo periodo) come parametro per determinare quali sarebbero i costi di un concorrente altrettanto efficiente, la Commissione si propone di verificare se la condotta sia frutto di una maggiore capacità produttiva della dominante (ottenuta in virtù dell'integrazione verticale) o, viceversa, espressione di un abuso³⁵¹. Naturalmente, dovranno tenersi debitamente in conto le caratteristiche del mercato di riferimento e

³⁵⁰ Anche una strategia ostruzionistica, caratterizzata da ritardi nella fornitura della risorsa, può considerarsi un rifiuto costruttivo: “Telecom Italia ha ostacolato l'espansione dei concorrenti nei mercati a valle dell'accesso e dei servizi di telefonia vocale e di accesso ad internet a banda larga mediante due distinte condotte volte a rendere più difficoltoso, ritardato e oneroso l'accesso dei concorrenti alla rete e ai servizi di accesso a banda larga, nonché a comprimerne i margini” [AGCM, provv. n. 23639, A428, *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*, p. 413]

³⁵¹ *Cfr.* Orientamenti, p. 80

qualsiasi altro elemento utile a verificare l'eventuale danno che subirebbero i consumatori in ragione della condotta, riproponendosi nuovamente le valutazioni prescritte in materia di rifiuto a contrarre.

Passando ai profili sistematici, si rileva che, nonostante la dottrina sia concorde nel riconoscere il legame con il rifiuto di contrarre e il contesto delle *essential facilities*³⁵², non è pacifico se la tipologia abusiva in esame possa considerarsi autonoma, né se tale evenienza sarebbe effettivamente utile nella repressione del fenomeno³⁵³. In effetti, parte della dottrina propone una lettura composita dell'abuso in questione, basata sulla distinzione descrittiva fra *price squeeze* discriminatorio e *price squeeze* predatorio. In particolare, assumendo che ciascuna strategia di compressione dei margini potrebbe descriversi, alternativamente o congiuntamente, come una pratica di predazione (in quanto caratterizzata da prezzi sottocosto nel mercato a valle) oppure come l'imposizione di un prezzo eccessivo o discriminatorio sul mercato a monte, la valutazione dell'abuso potrebbe seguire le rispettive impostazioni, valutandosi come un rifiuto (costruttivo) a contrarre o come una pratica predatoria³⁵⁴.

³⁵² Non a caso gli Orientamenti forniscono una trattazione sostanzialmente unitaria del generico rifiuto ad effettuare forniture, rifiuti costruttivi e compressione dei margini, pur specificando le caratteristiche di ciascuna forma di abuso.

³⁵³ La dottrina maggioritaria ammette l'autonomia concettuale della condotta in esame [P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, *op. cit.*, pag. 2594] ma ai fini dell'elaborato appare interessante riportare anche una tesi critica in tal senso [G. FAELLA, R. PARDOLESI, "*Squeezing price squeeze: la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario*", in "Mercato, concorrenza, regole", 2010, v. 12, f. 1, da pag. 29]

³⁵⁴ Simili considerazioni si ritrovano nelle valutazioni effettuate dalla giurisprudenza comunitaria nel caso "*Industrie des Poudres Sphériques*", laddove si è accertato che non furono applicati prezzi iniqui né prezzi predatori, conseguentemente giudicando non abusiva la condotta della dominante [Trib. I grado, sent. 30 novembre 2000, T-5/97]. Un indirizzo contrapposto emerse con riguardo ad una condotta di "*Telefonica*", con riferimento alla quale, la Commissione affermò che il vero ambito d'indagine dovesse coincidere con la sproporzione fra il prezzo praticato a monte e quello praticato a valle da parte della dominante, anticipando il criterio che avrebbe proposto negli "*Orientamenti*". Quest'ultima decisione è stata recentemente confermata dalla Corte di Giustizia, che anche in questo caso ha mostrato di accogliere i criteri proposti dall'esecutivo comunitario [CG, sent. 10 luglio 2014, C-295/12]

Nell'alternativa descritta, rappresenta un presupposto fondamentale l'analisi dei costi interni dell'*incumbent*. In sostanza, si propone di considerare i costi sostenuti dal comparto operante a valle dell'impresa dominante, operazione agevole quanto il comparto costituisce “un'entità giuridica a sé stante”, ma anche nel caso in cui il mercato in questione sia sottoposto a regolazione: evenienza tutt'altro che rara rispetto ai contesti nei quali appare più ricorrente la strategia in esame³⁵⁵. Analizzando i costi della dominante, così circoscritti all'attività commerciale nel mercato dipendente, si potrebbe agevolmente appurare l'esistenza di una strategia di predazione qualora i prezzi al dettaglio risultino sottocosto³⁵⁶, ma potrebbe anche dimostrarsi una discriminazione qualora il prezzo interno risulti inferiore al prezzo all'ingrosso offerto ai concorrenti.

Una valutazione autonoma della compressione dei margini, si dimostrerebbe necessaria solo nel caso in cui i costi interni della dominante siano ignoti, sebbene anche in tal caso, come descritto negli Orientamenti, la valutazione non si limiterebbe all'*as efficient competitor test*, ma dovrebbe soddisfare i criteri più genericamente prospettati per il rifiuto a contrarre.

³⁵⁵ Diverse strategie di *margin squeeze* sono state attribuite a *ex* monopolisti nel settore delle telecomunicazioni (Telecom, Deutsche Telekom e Telefónica), con riferimento a mercato in corso di liberalizzazione e sottoposti a regolazione. Uno degli aspetti più ricorrenti nelle discipline di regolazione in tali ambiti, riguarda l'obbligo per l'*ex* monopolista di gli oneri di trasferimento interno [G. FAELLA, R. PARDOLESI, *op. cit.*]

³⁵⁶ Vd. par. 3.3

3.6 Pratiche leganti: un abuso tipicamente atipico

L'ultima tipologia di abuso esemplificata dal legislatore, riguarda le c.d. pratiche leganti o gemellate. Si tratta di pratiche commerciali consistenti nel “subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi”³⁵⁷.

Appare fin da subito evidente la ristrettezza della nozione, ed invero sarebbe alquanto improbabile che un'impresa scelga di combinare delle prestazioni prive di qualsivoglia legame. Qualora si interpretasse letteralmente la disposizione, sarebbero difficilmente riconducibile *sub* lett. D la maggior parte delle condotte rispetto alle quali è stato accertato un *tie-in* anticoncorrenziale ³⁵⁸. Ovviamente, una simile evenienza non comporterebbe l'impossibilità di applicare il divieto, potendosi pur sempre invocare la clausola generale, tuttavia la marginalità delle ipotesi strettamente corrispondenti al tipo legale, induce a ritenere preferibile un'interpretazione più elastica³⁵⁹.

³⁵⁷ Art. 3, lett. D l. 287/90

³⁵⁸ Cfr. F. GHEZZI, G. OLIVIERI, “*Diritto antitrust*”, 2013, pag. 246

³⁵⁹ Non è chiaro quanto ristrettamente venga interpretata la nozione da parte degli organi comunitari. In effetti, nel caso “Hilti” venne sancita la natura anticoncorrenziale della condotta attraverso la quale si legavano due prodotti inequivocabilmente legati da un nesso tecnico-funzionale, ossia le pistole sparachiodi e i chiodi. La finalità, emersa in giudizio, di estromettere i produttori di chiodi compatibili non lasciò dubbi sulla natura abusiva, sebbene la Corte di Giustizia non avesse fatto riferimento alla lettera D ma, più genericamente, all'art. [102] del Trattato [CG, sent. 2 marzo 1994, C-53/92, *Hilti*]. Diversamente, nella sentenza “Microsoft”, la condotta volta a legare due prodotti, rispetto ai quali non sarebbe certo improponibile l'esistenza di una connessione (il sistema operativo e il riproduttore multimediale), venne ricondotta esplicitamente *sub* lett. D [Trib. I grado, sent. 17 settembre 2007, T-201/04, *Microsoft/Commissione*]. Ad ogni modo, si ribadisce il carattere meramente sistematico di tale profilo, che peraltro appare meno rilevante rispetto ad altre, precedentemente trattate, questioni di riconducibilità alle singole categorie di abuso [vd. par. 3.1.2, 3.1.3, 3.2, 3.4]

Le pratiche di *tying*, comunque intese, determinano un legame fra due prodotti o servizi non giustificato da ragioni di natura tecnica o economica. In particolare, l'artificialità del legame dovrebbe verificarsi con riferimento alla domanda del cliente³⁶⁰: ambito rispetto al quale vengono ad elaborarsi razionalmente le strategie di vendita. Nel caso in cui tale esigenza non risulti avvertita dal consumatore, la pratica potrebbe spiegarsi con riferimento ad una finalità escludente, seguendo la quale l'impresa può riuscire ad estendere la posizione dominante detenuta nel mercato di un prodotto, anche nel mercato del prodotto abbinato³⁶¹.

La forma più ricorrente di pratica legante, si sostanzia nell'imporre l'acquisto congiunto di prodotti commercialmente separabili, situazione appurata dagli organi comunitari nel noto caso "Microsoft"³⁶², laddove la società *leader* nel mercato dei sistemi operativi per supporti informatici, mise in atto una vendita abbinata del proprio sistema operativo "Windows" al *software* "Windows Media Player", legando alla capillare diffusione del primo, tale da attribuire a Microsoft un quasi-monopolio, un prodotto viceversa collocabile in un mercato pienamente concorrenziale, determinando in quest'ultimo un effetto preclusivo in ragione del *tying* operato³⁶³.

³⁶⁰ Cfr. Orientamenti, p. 51

³⁶¹ Cfr. P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, *op. cit.*, pag. 2597

³⁶² Commissione, dec. 24 marzo 2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*; Trib. I grado, sent. 17 settembre 2007, T-201/04, *Microsoft/Commissione*; il procedimento ebbe ad oggetto un'ulteriore condotta abusiva consistenza in un rifiuto a contrarre [vd. par. 4.1.2]

³⁶³ In particolare, la Commissione ritenne abusiva la vendita abbinata tenendo conto di quattro fattori: 1) si trattava di prodotti distinti; 2) l'impresa deteneva una posizione dominante sul mercato del prodotto principale; 3) non veniva offerta ai consumatori la possibilità di ottenere il prodotto principale senza il prodotto abbinato; 4) la pratica esercitava un limite rispetto alla concorrenza. Si precisa che la pratica legata si rivolgeva ai produttori dei PC, i quali nell'acquisto quasi obbligato dell'OS Microsoft si ritrovavano a dover acquistare altresì il lettore multimediale abbinato. In oltre, "la vendita abbinata abusiva ha effetti significativi sullo stato della concorrenza nel settore della fornitura di contenuti su Internet e in quello dei software multimediali, settori importanti e destinati ad una continua evoluzione

Secondo gli “Orientamenti”, l’esame di tali pratiche deve tener conto degli effetti sorbibili dalla condotta, imponendo di verificare l’eventuale sussistenza di beneficio derivante dal *tie-in* per il consumatore. Tali profili presuppongono un’indagine sulle preferenze avvertite dall’utenza abituale o potenziale rispetto all’acquisto congiunto o separato dei prodotti in questione, valutando altresì se l’abbinamento risulti suscettibile di determinare un risparmio, ad esempio in relazione ai costi di imballaggio, così fornendo una giustificazione in termini di efficienza produttiva al presunto abuso³⁶⁴.

Oltre alla vendita esplicitamente congiunta, è possibile che il *tying* assuma la forma di una più sofisticata strategia commerciale, basata su incentivi e premi di vario genere, ma non potrebbe neanche escludersi che si sostanzi nella “minaccia” di non vendere ulteriori quantità del prodotto di punta in ragione del mancato raggiungimento di una certa soglia di acquisto sul prodotto abbinato³⁶⁵. Anche i già trattati sconti multi-prodotto³⁶⁶, in effetti, rappresentano una forma di *tie-in* molto complessa, rispetto alla quale la Commissione ha indicato un *as efficient competitor test* focalizzato sul calcolo del CIMLP relativo alla produzione del relativo pacchetto e confrontato con il prezzo incrementale di ogni singolo prodotto³⁶⁷.

[...] induce, da un lato, i fornitori di contenuti a diffondere i propri contenuti nei formati Windows Media e, dall’altro lato, gli ideatori di applicazioni a concepire i propri prodotti in modo che essi si basino su alcune funzionalità di Windows Media Player, e questo malgrado il fatto che i lettori multimediali concorrenti siano di qualità simile, o addirittura superiore, a quella di tale lettore [Trib. I grado, sent. 17 settembre 2007, T-201/04, *Microsoft/Commissione*, p. 794 e 1356]

³⁶⁴ Cfr. Orientamenti, p. 51

³⁶⁵ Possono emergere anche dei profili di *raising rivals’ costs* [vd. par. 4.1]

³⁶⁶ Vd. par. 3.4

³⁶⁷ “Se il prezzo incrementale che i clienti pagano per ciascuno dei prodotti del pacchetto dell’impresa dominante rimane al di sopra del CIMLP dell’impresa dominante derivante dall’inclusione di questo prodotto nel pacchetto, la Commissione di norma non interverrà perché un concorrente altrettanto efficiente che offre soltanto un prodotto dovrebbe in linea di principio poter competere in modo redditizio contro i prodotti oggetto del pacchetto” [Orientamenti, p. 60]

Attraverso il test proposto, è possibile comprendere se la dominante abbia compensato una produzione inefficiente o sottocosto relativa ad un prodotto, con i maggiori profitti conseguiti attraverso la vendita dell'altro: aspetto che a sua volta presenta delle analogie con le pratiche di predazione³⁶⁸.

La medesima *ratio* è rinvenibile nella pratica del *bundling*, variante del *tying* nella quale la dominante vende in forma aggregata una serie di prodotti, offrendoli ad un prezzo minore rispetto al prezzo complessivo richiesto per la vendita dei singoli beni o servizi³⁶⁹.

Un ultimo profilo rilevante in materia di pratiche legate, attiene agli abusi che sorbiscono effetti nei c.d. *after markets*. Si fa riferimento a pratiche di *tying* che consentono al produttore di un bene durevole di assicurarsi un mercato derivato come potrebbe essere, ad esempio, quello dell'assistenza o dei prezzi di ricambio³⁷⁰. In tal caso la dominante può riuscire a riserversi, ricorrendo ad opportune clausole, l'intero mercato dipendente, esercitando di conseguenza una preclusione pressoché totale rispetto ai concorrenti. Allo stesso modo, non può escludersi che si determinino abusi di puro sfruttamento nei confronti dei clienti, rimasti *locked-in* in ragione dell'acquisto del bene principale³⁷¹.

³⁶⁸ *Ivi*, p. 63

³⁶⁹ Cfr. F. GHEZZI, G. OLIVIERI, "Diritto antitrust", 2013, pag. 247

³⁷⁰ Un ambito nel quale si sono verificate diverse pratiche del genere, è quello delle cartucce per stampante, laddove, in base al diritto della proprietà intellettuale, può consentirsi la "rigenerazione" della cartuccia ma non la sua duplicazione, posto che una simile evenienza darebbe luogo ad un'ipotesi di contraffazione qualora le cartucce sia brevettate [F. GRADOZZI, "L'after market delle cartucce per stampanti", in "Il diritto industriale", 2010, v. 18, f. 8, da pag. 409]

³⁷¹ Cfr. P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, *op. cit.*, pag. 2598

CAPITOLO IV

USO E ABUSO DEL DIRITTO: PROFILI DI ATIPICITÀ NELLE CONDOTTE ESCLUDENTI

*Indagine sulla portata del divieto generale di sfruttamento abusivo della
posizione dominante e nozione di “concorrenza basata sui meriti”*

Nel capitolo precedente si è focalizzata l'analisi sulle più ricorrenti condotte di sfruttamento della posizione dominante, cercando, in particolare, di evidenziare le implicazioni derivanti dal recente mutamento in senso *effect-based* dell'analisi dell'interprete. Nell'esaminare le singole condotte abusive, si è altresì tenuto conto di un profilo sistematico, distinguendo fra condotte di puro sfruttamento e condotte escludenti, ma anche rispetto alla riconducibilità di ciascuna *sub specie* alle quattro categorie esemplificate nei Trattati e nella legge antitrust italiana.

Rispetto a quest'ultimo aspetto, si è potuto evincere un alto grado di “fungibilità” reciproca fra i singoli elementi di ciascuna esemplificazione legislativa, circostanza dovuta in primo luogo all'ampiezza delle formule utilizzate. Ad esempio, si è visto come agli sconti anticoncorrenziali fossero suscettibili di assumere modalità e caratteristiche tanto varie da impedire la perfetta riconduzione della generalità delle pratiche

scontistiche ad un'unica categoria³⁷². Invero, gli sconti potrebbero, alternativamente o congiuntamente, integrare un abuso di puro sfruttamento *ex* lett. A, una limitazione all'accesso nel mercato *ex* lett. B, una discriminazione ricadente *sub* lett. C, ma anche consistere in un mezzo per realizzare un *tying* fra prodotti o servizi distinti, come descritto nella lettera D.

Inoltre, si è notato che la formula descrittiva della seconda categoria presenta una latitudine potenzialmente pervasiva di qualsiasi connotato proprio dell'abuso di posizione dominante. In effetti, “limitare gli sbocchi o gli accessi al mercato” sembra una caratteristica propria di qualsiasi abuso escludente, ma potrebbe anche riferirsi ad un abuso di puro sfruttamento laddove si intenda la limitazione come direttamente indirizzata all'utenza del prodotto in questione³⁷³. Conseguentemente, interpretando in modo estensivo la lettera della disposizione, si potrebbe ricondurre *sub* lett. B il contenuto delle restanti ipotesi tipiche, non lasciando parimenti alcuno spazio per ipotesi c.d. atipiche.

Tuttavia, un'interpretazione più restrittiva appare meglio rispondente in relazione agli sforzi (propri del presente elaborato) protesi all'individuazione del contenuto e dei confini della speciale responsabilità gravante sull'*incumbent*. A tal fine, si ritiene maggiormente proficuo descrivere le condotte fin ora trattate come “tipiche”, non solo in ragione della loro previsione normativa, ma anche in virtù della loro ricorrenza, tale da aver prodotto una ricca giurisprudenza composta da precisi indirizzi in base ai quali verificare l'illiceità nel caso concreto. Inoltre, la “tipicità” potrebbe, ancor meno tecnicamente, scorgersi rispetto ad un

³⁷² Vd. par. 3.4

³⁷³ Vd. par. 3.1.2 e 3.1.3

ulteriore *trade d'union* delle ipotesi suddette, individuabile nella natura strettamente commerciale delle pratiche abusive. In effetti, i più ricorrenti abusi consistono in comportamenti solitamente tenuti da qualsiasi agente economico nella propria attività, i quali si sostanziano nel cercare di prevalere sulla concorrenza attraverso la pratica di un prezzo appetibile, o la fidelizzazione della clientela o, ancora più in generale, negli *escamotage* legati a decisioni produttive o di *marketing* finalizzate ad acquisire una maggiore quota di mercato. Si tratta di comportamenti generalmente leciti e persino “ordinari” nelle dinamiche di mercato, sottoposti all’attenzione e alla preoccupazione dell’ordinamento solo qualora a porli in essere sia un’impresa dominante. Ebbene, l’ordinarietà della pratica commerciale potrebbe essere l’elemento caratteristico nonché il confine delle ipotesi tipiche, con la conseguenza di dotare del carattere dell’atipicità le condotte che ne risultino prive in quanto poste in essere su di un piano differente.

Lo scopo di questo capitolo è proprio quello di ricercare una dimensione meno usuale nella quale riscontrare l’abuso di posizione dominante. In particolare, si anticipa che una possibile caratteristica, comune degli abusi esaminati di seguito, consiste nell’uso distorto di diritti e prerogative conferite dall’ordinamento, giungendo fino a interpellare l’abuso del diritto: principio tanto lato da non apparire certo idoneo a restringere lo scettro dei possibili abusi. Invero, dai recenti risvolti giurisprudenziali si può scorgere una controtendenza rispetto alla, da tanti auspicata, tendenziale circoscrizione dell’*enforcement* alle condotte prettamente commerciali e alle valutazioni limitate ai profili efficientistici. E se è vero che appaia preferibile un’analisi sbilanciata sul concreto effetto determinato della condotta, avvalorando l’efficienza come parametro sul quale misurare il benessere del consumatore, è anche vero che, al di fuori

delle ordinarie pratiche commerciali, possa rivelarsi più consono un diverso parametro.

4.1 La proprietà intellettuale fra incentivi e ostacoli all'innovazione

Il primo ambito da esaminare nell'ottica descritta, attiene ai problematici rapporti intercorrenti fra il diritto antitrust e la disciplina della proprietà intellettuale. Pur facendo entrambe parte del diritto industriale e presentando una logica di fondo comune, quale la promozione dell'innovazione a vantaggio del consumatore, le due discipline risultano spesso confliggere qualora la proprietà industriale sia riconducibile ad un'impresa dominante, imponendo di conseguenza un delicato quanto complesso bilanciamento delle rispettive esigenze. L'ambito descritto non fuoriesce necessariamente dai caratteri della "tipicità", tanto che si annoverano numerosi casi di rifiuto a contrarre, aventi ad oggetto la richiesta di accesso a "beni immateriali" nella disponibilità di imprese dominanti. Tuttavia, alcuni dei più importanti sviluppi interpretativi in ambito comunitario e nazionale, hanno altresì riguardato degli usi "distorti" delle prerogative conferite dalla proprietà intellettuale, concernenti una dimensione non direttamente commerciale.

Prima di entrare nel merito di tali vicende, è opportuno introdurre brevemente alcuni aspetti fondamentali della proprietà intellettuale ed esplorarne il rapporto con gli istituti antitrust. Cominciando dal diritto d'autore, si rileva innanzitutto l'obiettivo di proteggere le "opere

dell'ingegno di carattere creativo”³⁷⁴, riconoscendo all'autore due distinti diritti non necessariamente inscindibili: il diritto “morale” di rivendicare la paternità dell'opera e il diritto “patrimoniale”. Quest'ultimo conferisce all'autore il diritto esclusivo di sfruttare economicamente l'opera, anche concedendo a terzi, dietro corrispettivo o a titolo gratuito, l'utilizzo della medesima³⁷⁵. Se il primo diritto è perpetuo, trascendendo la vita stessa dell'autore, il secondo ha la durata “limitata” ad un periodo di settant'anni dalla morte dell'autore (logicamente trasferito agli eredi)³⁷⁶.

Trattandosi di opere legate principalmente al campo culturale, le opere dell'ingegno assumono una rilevanza solitamente limitata nei rapporti fra imprese, sebbene a tale generalizzazione sfuggano i *software* e le “banche di dati”: strutture di sicuro rilievo anche per l'attività commerciale. In questi ambiti la necessità di individuare un bilanciamento con le esigenze della concorrenza appare impellente specie se si tiene conto della durata del vincolo di indisponibilità³⁷⁷.

Il diritto brevettuale ha invece ad oggetto la tutela delle invenzioni industriali: “idee creative che appartengono al campo della tecnica” e che

³⁷⁴ “Formano oggetto del diritto di autore le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alle scienze, alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia qualunque ne sia il modo o la forma di espressione.” [art. 2575 c.c.]

³⁷⁵ “I diritti di utilizzazione sono trasferibili. Il trasferimento per atto tra vivi deve essere provato per iscritto.” [Art. 2581 c.c.]

³⁷⁶ Art. 17, legge n. 52/1996

³⁷⁷ Minori limiti si annoverano rispetto agli usi non commerciali: “il riassunto, la citazione o la riproduzione di brani o di parti di opera e la loro comunicazione al pubblico sono liberi se effettuati per uso di critica o di discussione, nei limiti giustificati da tali fini e purché non costituiscano concorrenza all'utilizzazione economica dell'opera; se effettuati a fini di insegnamento o di ricerca scientifica l'utilizzo deve inoltre avvenire per finalità illustrative e per fini non commerciali” [art. 70, legge n. 633/1941]

rappresentano una soluzione “originale” rispetto ad un problema tecnico, suscettibili di applicazione industriale³⁷⁸.

A differenza del diritto d'autore, che sorge automaticamente in ragione della creazione dell'opera, la tutela legale rispetto alle invenzioni risulta subordinata alla “brevettazione”, consistente in una procedura volta a verificare la sussistenza dei requisiti essenziali per il riconoscimento del c.d. diritto di privativa, grazie alla quale l'inventore viene messo in grado di sfruttare economicamente il bene “immateriale” brevettato³⁷⁹. Rispetto alle opere dell'ingegno, le invenzioni industriali presentano altresì una durata ridotta, corrispondente a venti anni dalla domanda di brevetto³⁸⁰, allo scadere della quale diviene liberamente utilizzabile, cessando improrogabilmente il relativo *ius excludendi alios*.

La maggiore circoscrizione temporale del diritto di privativa di origine brevettuale, può spiegarsi tenendo conto del bilanciamento alla base del diritto stesso. In effetti, la proprietà intellettuale sull'invenzione, ancor più che sull'opera dell'ingegno, presenta un indubbio valore anche rispetto al funzionamento di un'economia di libero mercato basata sull'interazione concorrenziale degli agenti economici. Tuttavia, non riconoscere all'avente diritto la possibilità di avvalersi dell'invenzione industriale, sfruttandola economicamente in via esclusiva, significherebbe privarlo di qualsiasi incentivo ad investire in ricerca e innovazione, in quanto dell'investimento

³⁷⁸ “Possono costituire oggetto di brevetto le nuove invenzioni atte ad avere un'applicazione industriale, quali un metodo o un processo di lavorazione industriale, una macchina, uno strumento, un utensile o un dispositivo meccanico, un prodotto o un risultato industriale e l'applicazione tecnica di un principio scientifico, purché essa dia immediati risultati industriali. In quest'ultimo caso il brevetto è limitato ai soli risultati indicati dall'inventore [art. 2585 c.c.]

³⁷⁹ In particolare è necessario che sussistano i seguenti requisiti: liceità, novità, attività inventiva e applicazione industriale [G.F. CAMPOBASSO, “*Diritto Commerciale*”, tomo I, pag. 201 - 203]

³⁸⁰ Art. 60 c.p.i.; sono altresì soggetti a brevettazione i modelli di utilità, disegni e modelli, sebbene rispetto a quest'ultimi siano previsti dei diversi termini di validità [artt. 93 e 37 c.p.i.]

alle volte ingente nella ricerca potrebbe usufruire in modo sostanzialmente parassitario qualsiasi concorrente.

Posta la rilevanza dell'innovazione al fine di promuovere lo sviluppo – con le relative ripercussioni in ordine all'offerta di una maggiore varietà di beni ed una migliore corrispondenza alle esigenze del consumatore – è possibile comprendere l'importanza della proprietà intellettuale, la quale consente di bilanciare le opposte esigenze di investitori e collettività, garantendo ai primi un periodo di sfruttamento economico esclusivo dell'innovazione, sufficientemente ampio da consentire all'inventore di ripagare i propri investimenti in vista della successiva acquisizione della “soluzione innovativa” al patrimonio collettivo della conoscenza: liberamente fruibile ed economicamente utilizzabile da parte dell'intera società.

4.1.1 (segue) Proprietà intellettuale e rifiuto a contrarre

Passando alle implicazioni in materia antitrust, si rilevi innanzitutto la non automatica attribuzione della posizione dominante in ragione della sussistenza di un diritto di proprietà intellettuale, salvo ovviamente che il mercato rilevante corrisponda al bene (immateriale) oggetto del diritto di privativa, o dipenda dall'utilizzo della relativa risorsa.

In quest'ultimo caso, stando agli ordinari indirizzi basati sull'*essential facility doctrine*, si dovrebbe ammettere una parificazione dell'oggetto di privativa alla risorsa essenziale. In realtà, non potrebbe ammettersi un'automatica estensione della dottrina richiamata, posto che la peculiarità del diritto e la *ratio* stessa alla base della privativa impongono una particolare cautela nel pur necessario bilanciamento.

Consapevole delle implicazioni, la giurisprudenza comunitaria ha escluso l'esistenza di un generico obbligo a contrarre³⁸¹, precisando tutt'al più la sussistenza dell'obbligo in circostanze eccezionali, limitatamente alle restrizioni concorrenziali che appaiano sproporzionate e ingiustificate rispetto all'ineludibile ragione della tutela della proprietà intellettuale³⁸².

In particolare, le esigenze della concorrenza prevalgono qualora il rifiuto si ripercuota su di un mercato dipendente dalla risorsa in questione e tale da presentare i caratteri dell'innovazione. In tal senso si è espressa la giurisprudenza nel noto caso “Magill”, laddove venne ritenuto illecito il rifiuto, opposto da alcune emittenti televisive, di concedere la licenza per l'utilizzo delle informazioni relative ai propri palinsesti. Il rifiuto fondato sulla titolarità del diritto d'autore impediva all'editore Magill di creare una guida televisiva che, per le specifiche caratteristiche che avrebbe assunto, sarebbe stata suscettibile di rappresentare un prodotto nuovo³⁸³ e rispondente ad “una domanda potenziale da parte del consumatore”. Nel risolvere la questione in favore dell'editore, la Corte rilevò l'assenza di una valida giustificazione fondata su ragioni obiettive, nonché la conseguente preclusione di qualsiasi forma di concorrenza sul mercato dipendente dalla risorsa protetta³⁸⁴.

³⁸¹ “Il semplice fatto di conseguire brevetti [...] non costituisce abuso di posizione dominante [...] l'esercizio del diritto esclusivo corrispondente a siffatti brevetti può essere vietato dall' art. [102] del Trattato se dà luogo, da parte di un'impresa in posizione dominante, a taluni comportamenti abusivi quali il rifiuto arbitrario di [concedere la licenza], la fissazione dei prezzi [...] ad un livello troppo elevato [...] [CG, sent. 5 dicembre 1988, 53/87, *CICRA/Renault*; considerazioni analoghe si riscontrano in: CD, sent. 8 giugno 1971, 78-70, *Deutsche Grammophon*; CG, sent. 5 ottobre 1988, 238/87, *Volvo AB*]

³⁸² *Cfr.* F. GHEZZI, G. OLIVIERI, “*Diritto antitrust*”, 2013, pag. 240

³⁸³ La conseguente compressione del diritto d'autore nel caso specifico, è stata letta da parte della dottrina come conseguenza della “scarsissima originalità” del bene immateriale oggetto di tutela, trattandosi di semplici informazioni sui palinsesti [S. BASTIANON, *op. cit.*, 2001, pag. 299]

³⁸⁴ L'abuso determinava una preclusione per qualsiasi forma di concorrenza sul mercato a valle delle guide televisive, il quale risultava conseguentemente monopolizzato da parte delle stesse emittenti [CG, sent. 6 aprile 1995, C-241/91 e C-242/91, *RTE e altri/Commissione CE e Magill Tv*, p. 54-59]

Nell'indirizzo richiamato, è possibile scorgere una riproposizione – con opportuni adattamenti e una maggiore attenzione al profilo dell'innovatività – dei principi alla base dell'*essential facility doctrine*³⁸⁵, nesso sviluppato ulteriormente nella successiva sentenza “IMS Health”³⁸⁶. In tal caso, la Corte ha meglio esplicitato che il rifiuto “può essere considerato abusivo solo qualora l'impresa che ha chiesto la licenza non intenda limitarsi [...] a riprodurre prodotti o servizi che sono già offerti sul mercato derivato dal titolare del diritto di proprietà intellettuale, ma ha l'intenzione di offrire prodotti o servizi nuovi che il titolare non offre e per il quale esiste una potenziale domanda da parte dei consumatori”³⁸⁷.

4.1.2 Il caso Microsoft e l'innovazione tecnologica

La necessità di favorire l'innovazione, anche a costo di comprimere le prerogative derivanti dalla proprietà intellettuale, emergono con chiarezza nel caso “Microsoft”, rispetto al quale si è precedentemente focalizzata

³⁸⁵ Vd. par. 3.5

³⁸⁶ La questione aveva ad oggetto la presunta illiceità del rifiuto di concedere l'accesso ad una banca di dati coperta dal diritto d'autore. L'essenzialità della suddetta struttura, derivava dall'enorme successo ottenuto come servizio per la raccolta dei dati sulle vendite di prodotti farmaceutici. La qualità della banca dati, permise all'opera di raggiungere una diffusione tale da divenire lo “standard di fatto” nel mercato tedesco, facendo assurgere il titolare dell'opera al ruolo di ferente esclusivo delle case farmaceutiche [CG, sent. 29 aprile 2004, C-418/01, *IMS HEALTH*]

³⁸⁷ Soprattutto il secondo punto del dispositivo, può considerarsi una trasposizione in materia di proprietà intellettuale dei criteri già visti in materia di *essential facilities*: il rifiuto di concedere la licenza per l'uso di una struttura indispensabile ma soggetta alla privativa derivante da un diritto di proprietà intellettuale, “costituisce un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. [102 Trattato FUE] qualora siano integrate le seguenti condizioni:

- l'impresa che ha chiesto la licenza intende offrire sul mercato della fornitura dei dati di cui trattasi prodotti o servizi nuovi che il titolare del diritto di proprietà intellettuale non offre e per i quali esiste una potenziale domanda da parte dei consumatori;
- il rifiuto non è giustificato da considerazioni obiettive;
- il rifiuto è tale da riservare al titolare del diritto di proprietà intellettuale il mercato della fornitura dei dati sulle vendite di prodotti farmaceutici nello Stato membro interessato escludendo ogni concorrenza sul detto mercato” [CG, sent. 29 aprile 2004, C-418/01, *IMS HEALTH*]

l'attenzione sui profili di *tying*³⁸⁸, ma che includeva altresì un'ulteriore condotta escludente consistente proprio in un rifiuto a contrarre.

La diffusione capillare dei sistemi operativi (OS: *operating system*) Windows è nota, ed è dunque intuibile che qualsiasi produttore di *software* o *hardware* che voglia diffondere il proprio prodotto, debba tenere in debito conto il profilo della compatibilità con i prodotti Microsoft. Nonostante l'*incumbent* in questione appaia interessato alla realizzazione di *software* compatibili con i propri sistemi operativi (elemento indispensabile per valorizzare i sistemi Microsoft) e per tale ragione renda pubblici attraverso il "Microsoft Developer Network Universal" le specifiche tecniche solitamente necessarie, vi sono ambiti nei quali si è dimostrato più restio nel divulgare le informazioni coperte dal diritto d'autore, in quanto relative ad aspetti più tecnicamente sensibili (come il codice sorgente degli OS)³⁸⁹.

Nel caso di specie, Sun Microsystems richiedeva le specifiche necessarie per garantire l'interoperabilità fra i propri sistemi operativi (specificamente studiati come OS per server riguardanti gruppi di lavoro) e l'OS Windows per PC clienti, ricevendo da parte della dominante un diniego fondato sull'assenza di alcun obbligo di fornire dati coperti dal diritto d'autore. La Commissione accertò l'illiceità del rifiuto, intimando a Microsoft di rendere disponibili le informazioni strettamente necessarie per assicurare l'interoperabilità fra il proprio OS e i server della concorrenza. La decisione trovò conferma nel riesame del Tribunale, la cui sentenza specificò ulteriormente gli indirizzi pregressi riservando un minor rilievo

³⁸⁸ Vd. par. 3.6

³⁸⁹ Occorre puntualizzare che le informazioni strettamente necessarie a garantire l'interoperabilità non avrebbero consentito ai concorrenti di "clonare" o "imitare" le funzionalità dei sistemi operativi Windows, né che la decisione della Commissione volesse in alcun modo consentire una tale evenienza [Commissione, dec. 24 marzo 2004, COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, p. 713 – 722]

al requisito della “novità”³⁹⁰ del prodotto concorrente e, viceversa, avvalorando il profilo dell’innovazione in termini generali. In tal senso, il giudice fece esplicito riferimento all’art. [102] lett. B del Trattato, ritenendo che il rifiuto di Microsoft avesse determinato un limite allo sviluppo tecnico ai danni dei consumatori³⁹¹.

Diversi autori hanno criticato il suddetto indirizzo, lamentando un eccessivo interventismo da parte degli organi comunitari, suscettibile di svuotare il contenuto stesso della proprietà intellettuale disincentivando gli investimenti e, conseguentemente, future innovazioni³⁹². Viceversa, le motivazioni della Commissione e del Tribunale individuano un freno all’innovazione proprio nella condotta di Microsoft, che sarebbe stata in grado di disincentivare l’innovazione, incidendo negativamente sull’iniziativa dei concorrenti: dissuasi “dallo sviluppare e immettere sul mercato sistemi operativi per server per gruppi di lavoro dotati di

³⁹⁰ “Va osservato che la circostanza relativa alla comparsa di un prodotto nuovo, come prevista dalle sentenze Magill e IMS Health, citate supra al punto 107, non può costituire l’unico parametro che consente di stabilire se il rifiuto di concedere in licenza un diritto di proprietà intellettuale possa portare pregiudizio ai consumatori ai sensi dell’art. 82, secondo comma, lett. b), CE. Come risulta infatti dalla lettera di tale disposizione, il detto pregiudizio può verificarsi in presenza di una limitazione non solo della produzione o degli sbocchi, ma anche dello sviluppo tecnico” [Trib. I grado, sent. 17 settembre 2007, T-201/04, *Microsoft/Commissione*, p. 647]

³⁹¹ “È su quest’ultima ipotesi che la Commissione si è pronunciata nella decisione impugnata. Essa ha così ritenuto che il rifiuto contestato alla Microsoft limitava lo sviluppo tecnico a danno dei consumatori ai sensi dell’art. 82, secondo comma, lett. b), CE (punti 693-701 e 782 della decisione impugnata) e ha respinto l’affermazione della ricorrente secondo cui non era dimostrato che il suddetto rifiuto causasse un pregiudizio ai consumatori (punti 702-708 della decisione impugnata). Il Tribunale ritiene che le considerazioni della Commissione contenute nei punti della decisione supra menzionati non siano manifestamente erranee” [*Ivi*, p. 648]

³⁹² Secondo tale dottrina, si starebbe perdendo di vista il fatto che la privativa rappresenti “la ricompensa per lo sforzo creativo ovvero per l’importanza degli investimenti effettuati da un operatore”, con la conseguenza di disincentivare l’innovazione e lo sviluppo tecnico al fine di scongiurare episodi di *free-riding* [P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, “*Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*”, 2012, pag. 2594]. Bisogna tuttavia sottolineare che la Commissione abbia tenuto in debito conto il suddetto profilo, allo stesso modo del Tribunale, la cui analisi ha ricondotto il disincentivo verso i futuri investimenti fra le possibili ragioni alla base di un giustificato rifiuto di concedere la licenza, senza, tuttavia, riscontrarne gli estremi nel caso di specie, causa l’insufficienza degli argomenti (“vaghi, generali e teorici”) addotti da Microsoft [Trib. I grado, sent. 17 settembre 2007, T-201/04, *Microsoft/Commissione*, p. 696 – 703]

caratteristiche innovative”³⁹³. Quanto all’opportunità di comprimere la proprietà intellettuale, gli organi comunitari rilevarono l’assenza di giustificazioni rispetto al diniego³⁹⁴, con la conseguenza di delineare un uso sproporzionato del diritto, nonché una restrizione della concorrenza in grado di tradursi in una minore varietà di scelta per il consumatore³⁹⁵.

In conclusione, è opportuno chiedersi se, alla luce dei successivi “Orientamenti” e della valorizzazione dell’efficienza come parametro di valutazione, la condotta sarebbe stata valutata diversamente. In realtà, è da escludere che nel caso di specie avrebbe rilevato un eventuale ricorso all’*as efficient competitor test* (che di certo non avrebbe mutato l’esito, considerando che dall’istruttoria emerse l’alto livello qualitativo dei prodotti rivali) non essendo previsto in relazione al semplice rifiuto di contrarre³⁹⁶. Inoltre, negli Orientamenti si riscontrano numerosi riferimenti al caso in esame, fra i quali appare emblematico il riferimento alla lesione che si

³⁹³ *Ivi*, p. 653

³⁹⁴ “[...] va ricordato che secondo una giurisprudenza costante l’art. 82 CE vuole colpire non solo le pratiche atte a danneggiare direttamente i consumatori, ma anche quelle che recano loro un danno indiretto, indebolendo la struttura di effettiva concorrenza (sentenza della Corte 13 febbraio 1979, causa 85/76, Hoffmann-La Roche/Commissione, Racc. pag. 461, punto 125, e sentenza Irish Sugar/Commissione, cit. al punto 229 supra, punto 232). Nel caso di specie, la Microsoft ha compromesso la struttura di concorrenza effettiva sul mercato dei sistemi operativi per server per gruppi di lavoro acquistando su di esso una considerevole quota.” [Trib. I grado, sent. 17 settembre 2007, T-201/04, *Microsoft/Commissione*, p. 664]

³⁹⁵ “[...] giustamente la Commissione, al punto 694 della decisione impugnata, ha osservato che «[i]n ragione della mancanza di interoperabilità che i sistemi operativi per server per gruppi di lavoro concorrenti sono in grado di raggiungere con l’architettura di dominio Windows, un numero crescente di consumatori risulta imprigionato in una soluzione omogenea Windows quanto ai sistemi operativi per server per gruppi di lavoro» [...] La restrizione in tal modo provocata alle scelte dei consumatori è tanto più pregiudizievole per questi ultimi in quanto, come già osservato supra ai punti 407-412, essi ritengono i sistemi operativi per server per gruppi di lavoro concorrenti superiori ai sistemi operativi Windows per server per gruppi di lavoro relativamente a tutta una serie di caratteristiche che essi considerano di grande importanza, come l’«affidabilità/disponibilità del sistema» e la «sicurezza integrata nel sistema operativo per server»” [Trib. I grado, sent. 17 settembre 2007, T-201/04, *Microsoft/Commissione*, p. 392 – 652]

³⁹⁶ Nella sezione D del documento, si trova un riferimento al test solo per quanto riguarda le condotte di compressione dei margini: pratiche che si prestano a valutazioni ulteriori rispetto al semplice rifiuto a contrarre [vd. par. 3.5.1 e Orientamenti, p. 75 – 90]

determinerebbe per il *consumer welfare* in ragione del rifiuto che impedisca ai concorrenti di “immettere sul mercato beni o servizi innovativi”, o comunque che renda “probabile che venga frenata l’innovazione successiva”³⁹⁷.

4.2 L’uso distorto del diritto brevettuale con riferimento al mercato farmaceutico

Negli ultimi anni, hanno fatto molto discutere alcuni casi di abuso, con implicazioni in materia di proprietà intellettuale, verificatisi nel settore farmaceutico³⁹⁸. Preliminarmente, occorre sottolineare la pur ovvia importanza che l’evoluzione della scienza medica riveste per la società. La ricerca in materia assume una chiara funzione strumentale rispetto all’attuazione del diritto alla salute sancito all’art. 32 della Costituzione, rapporto che potrebbe far ritenere, almeno in linea di principio, inopportune le limitazioni che conseguirebbero dal riconoscimento del diritto di privativa sui principi attivi e sugli strumenti di cura in generale.

Eppure, la ricerca biomedica non sfugge alle medesime osservazioni già fatte rispetto alla necessità di garantire adeguati incentivi alla ricerca riconoscendo i diritti di privativa, la cui mancanza non potrebbe che scoraggiare i privati dal porre in essere gli ingenti investimenti necessari al progresso e causare, verosimilmente, un detrimento della concreta tutela della salute in ragione delle minori innovazioni conseguibili.

³⁹⁷ Cfr. Orientamenti, p. 87; La Commissione di riferisce ancora al caso Microsoft per attribuire alla dominante la possibilità di dimostrare, seguendo i criteri dell’*efficiency defense*, “i potenziali effetti negativi prodotti dall’obbligo di fornitura sul suo livello di innovazione” [ivi, p. 90]

³⁹⁸ Cfr. AGCM, provv. n. 15175/2006, A363, *Glaxo-Principi Attivi*; AGCM, provv. n. 22558/2011, A415, *Saptec Agro/Bayer-Helm*; CG, sent. 6 dicembre 2012, C-457/10 P, *AstraZeneca*; AGCM, provv. n. 23194/2012, A431, *Ratiopharm/Pfizer*

Prendendo atto di tali implicazioni, il legislatore ha previsto la tutela brevettuale anche rispetto alle invenzioni con impiego in campo biomedico, sempre riconoscendo la durata ventennale della privativa. Alla scadenza del periodo, viene consentito anche ai concorrenti del titolare del brevetto di adoperare i principi attivi per finalità commerciali, ottenendo l'autorizzazione a immettere in commercio i farmaci c.d. generici: prodotti idonei al medesimo impiego previsto per i farmaci di riferimento, ma commercializzati ad un prezzo notevolmente inferiore. Tuttavia, le peculiari esigenze di carattere pubblico rendono necessario subordinare all'immissione in commercio di un nuovo farmaco all'Autorizzazione all'Immissione in Commercio (AIC) – emanata dall'AIFA (Agenzia Italiana del Farmaco) in seguito all'espletamento degli appositi controlli – con la conseguenza di lasciar decorrere anche diversi anni dal momento in cui la casa farmaceutica ottiene il brevetto, al momento in cui viene consentita la commercializzazione del relativo prodotto.

Al fine di integrare, anche solo parzialmente, il periodo di vigenza della privativa “inutilmente” decorso, salvaguardando i suddetti incentivi all'innovazione alla base del diritto brevettuale, viene prevista la possibilità di ottenere un “certificato complementare”, con esclusivo riferimento alle invenzioni industriali relative alla ricerca biomedica, allo scopo di prolungare oltre l'ordinario periodo ventennale la scadenza della protezione brevettuale³⁹⁹.

Il brevetto e i relativi certificati complementari, possono conseguirsi anche attraverso la domanda all'Ufficio Europeo dei Brevetti, ottenendo protezione negli ordinamenti degli Stati membri, specificamente indicati dal richiedente, in seguito all'espletamento della procedura di convalida

³⁹⁹ Cfr. A. VANZETTI, “Codice della proprietà industriale”, 2013, pag. 745

nazionale. Il relativo intreccio di procedure, tuttavia, può prestarsi ad un uso improprio e sproporzionato rispetto alle ragioni alla base della privativa, ritardando indebitamente la scadenza della protezione brevettuale ai danni dei genericisti e dei consumatori.

Ciò è quanto venne appurato con riferimento al caso “AstraZeneca”, laddove la Corte di Giustizia introdusse un indirizzo tale da ripercuotersi profondamente nei rapporti fra antitrust e proprietà intellettuale.

Nello specifico, l’abuso “atipico” integrato da AstraZeneca si articolava in due distinte condotte, parte di un’unitaria strategia escludente, delle quali una prima, consistente nel rilascio di dichiarazioni ingannevoli agli uffici brevetti di diversi Stati dell’Unione, finalizzata all’ottenimento dei certificati complementari a protezione del farmaco “Losec”⁴⁰⁰ nonostante l’assenza delle condizioni prescritte, ed una seconda sostanziata nella richiesta di revoca dell’AIC relativa al suddetto farmaco in tre Stati, contestualmente alla richiesta di autorizzazione all’immissione in commercio del “Losec MUPS” (versione differente del farmaco basata sullo stesso principio attivo del Losec)⁴⁰¹.

La condotta determinò una preclusione anticoncorrenziale nei confronti dei “genericisti”, determinando un’incertezza circa la commercializzazione del principio attivo attraverso farmaci generici nonostante la scadenza del brevetto originario⁴⁰². In sede di riesame, il Tribunale avallò in larga parte

⁴⁰⁰ “[...] medicinale a base di omeprazolo, utilizzato nel trattamento di patologie gastrointestinali legate all’iperacidità e, in particolare, per inibire in maniera proattiva le secrezioni acide dello stomaco, è stato il primo sul mercato ad agire direttamente sulla pompa protonica, che è l’enzima specifico all’interno delle cellule parietali, lungo le pareti dello stomaco, che pompa acido nello stomaco.” [Ivi, p. 15]

⁴⁰¹ Cfr. CG, sent. 6 dicembre 2012, C-457/10 P, AstraZeneca, p. 18

⁴⁰² “Secondo la Commissione, tali operazioni miravano ad assicurare che i produttori di omeprazolo generico non potessero accedere alla procedura di registrazione abbreviata prevista ai sensi dell’articolo 4, terzo comma, punto 8, lettera a), sub iii), della direttiva 65/65, e avevano altresì la conseguenza che gli importatori paralleli perdessero le loro licenze. La Commissione contestava in particolare alle

le valutazioni della Commissione⁴⁰³ e la relativa sentenza venne in seguito confermata dalla Corte di Giustizia, la quale contribuì a chiarire gli aspetti più controversi della vicenda. In particolare, rigettando le censure nelle quali la ricorrente sottolineava la correttezza della seconda condotta imputata rispetto alle procedure normalmente previste in materia brevettuale, la Corte affermò che:

“[...] l’illegittimità di un comportamento abusivo alla luce dell’articolo [102] non ha alcuna relazione con la sua conformità o meno ad altre norme giuridiche, e gli abusi di posizione dominante consistono, nella maggioranza dei casi, in comportamenti peraltro legittimi alla luce di branche del diritto diverse dal diritto della concorrenza.”⁴⁰⁴

L’indirizzo della Corte chiariva inequivocabilmente che i comportamenti leciti in base a differenti normative, anche se estranei rispetto ai normali mezzi impiegati nel “gioco della concorrenza”, possono risultare suscettibile di determinare una distorsione nel mercato, infrangendo la speciale responsabilità che grava sull’impresa in posizione dominante⁴⁰⁵.

ricorrenti lo sfruttamento strategico del contesto normativo al fine di tutelare artificialmente dalla concorrenza i prodotti che non erano più protetti da un brevetto e per i quali era scaduto il periodo di esclusiva dei dati.” [Ivi, p. 19]

⁴⁰³ Eccezion fatta l’abusività della revoca delle autorizzazioni per il commercio del farmaco, limitatamente ai mercati danesi e norvegesi: “occorre tuttavia accogliere il secondo motivo nella misura in cui deduce un errore della Commissione là dove questa ha ritenuto che il comportamento censurato costituisse un abuso di posizione dominante in Danimarca e in Norvegia dal momento che restringeva il commercio parallelo delle capsule di Losec. Infatti, la Commissione non ha sufficientemente dimostrato che la revoca delle autorizzazioni all’immissione in commercio delle capsule di Losec fosse idonea a restringere le importazioni parallele di capsule di Losec in questi due paesi. [Trib. I grado, sent. 1 luglio 2010, T-321/05, p. 865]

⁴⁰⁴ Cfr. CG, sent. 6 dicembre 2012, C-457/10 P, *AstraZeneca*, p. 132

⁴⁰⁵ “[...] la presentazione alle autorità pubbliche di informazioni ingannevoli, idonee a indurle in errore [...] costituisce una pratica estranea alla concorrenza basata sui meriti, che può essere particolarmente restrittiva della concorrenza. Simile comportamento non corrisponde alla responsabilità particolare che incombe ad un’impresa in posizione dominante di non compromettere, con un comportamento estraneo alla concorrenza basata sui meriti, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune” [Ivi, p. 355]

In effetti, attraverso l'indebito prolungamento dell'esclusiva, AstraZeneca provocava un danno rilevante ai sistemi sanitari nazionali oltre che un'indebita restrizione del mercato ai danni dei produttori di farmaci generici. La chiara contrarietà all'art. 102 del Trattato FUE, non sarebbe venuta meno neanche in ragione dell'eventuale sussistenza di rimedi specificamente previsti dalla normativa brevettuale, posta l'autonomia riconosciuta all'*enforcement* antitrust⁴⁰⁶.

4.2.1 (segue) Il caso “Pfizer” e l'abuso del diritto

Pochi anni dopo, l'indirizzo emerso nel caso AstraZeneca sarebbe stato assunto dall'AGCM e dal Consiglio di Stato nella valutazione di un'ulteriore strategia escludente, posta in essere da “Pfizer” sempre con riferimento al mercato farmaceutico.

In tal caso, la strategia risultò finalizzata a ritardare “l'accesso dei genericisti nel mercato della produzione e commercializzazione degli analoghi delle prostaglandine, farmaci di prima scelta nella cura del glaucoma”. Più precisamente, “Pharmacia”, azienda farmaceutica successivamente acquistata da Pfizer, otteneva la tutela brevettuale per il principio attivo denominato “latanoprost”, utilizzandolo nel farmaco “Xalatan”. Al brevetto, che sarebbe scaduto nel 2009, venne aggiunta la tutela derivante dal certificato di protezione complementare, posticipando

⁴⁰⁶ Inoltre, a differenza di quanto affermato da AstraZeneca, la rilevanza sotto i profili antitrust di una condotta, non risulta presupporre la dimostrazione di “un effetto anticoncorrenziale”: “in particolare l'esistenza di mezzi di ricorso propri del sistema dei brevetti non può modificare le condizioni di applicazione dei divieti previsti dal diritto della concorrenza e, in particolare, non può imporre, di fronte ad un comportamento come quello di cui trattasi nel caso di specie, la dimostrazione degli effetti anticoncorrenziali da esso prodotti” [Ivi, p. 366]. La presunta necessità di individuare l'effetto anticoncorrenziale come presupposto per l'applicazione del divieto, risulta alla base della sentenza con la quale il Tar del Lazio ha annullato il provvedimento dell'AGCM nel caso “Coop Estense”, smentito tuttavia nel secondo grado di giudizio dalla valutazione, in linea con l'indirizzo comunitario in parola, del Consiglio di Stato [vd. par. 4.2.1 e 4.2.2]

la scadenza del brevetto originario al 2011. Tale proroga, tuttavia, venne ottenuta con riferimento agli ordinamenti di diversi Stati europei, ma non dell'Italia, posto l'inutile decorso del termine per proporvi la richiesta.

Per allineare la durata della tutela effettiva nell'ordinamento italiano a quella prevista negli altri Stati, Pfizer ottenne un brevetto divisionale⁴⁰⁷ in relazione a diverse classi di molecole fra le quali riuscì ad includere lo stesso "latanoprost" già protetto dal brevetto principale⁴⁰⁸. Naturalmente, il brevetto divisionale sarebbe scaduto in concomitanza della cessazione della tutela riconosciuta al brevetto principale, ma la successiva richiesta di protezione complementare per quest'ultimo, avrebbe consentito di prolungare la privativa sul principio attivo anche in Italia fino al 2011, sebbene tale estensione non avesse riguardato il brevetto principale ma solo quello divisionale⁴⁰⁹.

Formalmente, la richiesta del certificato di protezione complementare sul brevetto divisionale consiste in un lecito esercizio dei diritti derivanti dall'ottenimento del brevetto principale, ma le concrete modalità con le quali venne posta in essere la strategia, si risolsero nel prolungare artificialmente la protezione brevettuale del farmaco "Xalatan", determinando una preclusione anticoncorrenziale nei confronti dei

⁴⁰⁷ "Ai sensi dell'articolo 76 della Convenzione di Monaco, è possibile presentare domanda per ottenere un brevetto divisionale: quest'ultimo rappresenta una protezione brevettuale che nasce da un precedente brevetto principale, del quale costituisce una specificazione; pertanto, la data di presentazione, nonché la validità temporale del brevetto divisionale sono mutate dal brevetto principale. In particolare, la domanda divisionale di brevetto europeo può essere depositata soltanto per elementi già ricompresi nella descrizione dell'invenzione contenuta nel testo depositato in principio, ma che si riferiscono a invenzioni separabili o distinte" [AGCM, provv. n. 23194/2012A431, *Ratiopharm/Pfizer*, p. 22]

⁴⁰⁸ Il principio attivo in questione, presenta delle caratteristiche particolarmente efficaci nella cura del glaucoma, tanto da affermarsi come standard di fatto nella specifica classe dei farmaci cui appartiene. Tenendo conto anche di tali circostanze, l'AGCM ha potuto affermare che dalla proprietà intellettuale discendeva, nel caso specifico, una chiara posizione dominante [*ivi*, da pag. 54]

⁴⁰⁹ Si aggiunga che, attraverso la richiesta di un'ulteriore estensione in ragione della sperimentazione pediatrica, la durata complessiva della privativa si sarebbe protratta, in Italia, fino al 2012 [*ivi*, p. 116]

genericisti – diffidati dall'utilizzo del principio attivo – nonché un danno al Sistema Sanitario Nazionale stimato intorno ai quattordici milioni di euro⁴¹⁰.

Per tali ragioni, l'AGCM qualificò come abuso di posizione dominante la strategia descritta, venendo tuttavia contraddetta in sede di riesame da parte del Tar, che parve critico sulla possibilità di vietare in base al diritto antitrust l'uso di prerogative connaturate all'esercizio di tali diritti⁴¹¹. In seguito, le valutazioni del Garante vennero accolte dal Consiglio di Stato, il quale precisò la riconducibilità dell'abuso in questione alla categoria dell'abuso del diritto. Più precisamente, dopo aver riproposto le valutazioni già trattate con riferimento al caso AstraZeneca – e in particolare la superfluità di una verifica circa la correttezza della condotta alla luce del diritto brevettuale⁴¹² – il Consiglio ammise che:

“[...] l'abuso di posizione dominante, imputato a Pfizer, non è che specificazione della più ampia categoria dell'abuso del diritto, della quale presupposto è, appunto, l'esistenza di un diritto, del quale si faccia un uso strumentale, non coerente con il

⁴¹⁰ Cfr. AGCM, provv. n. 23194/2012A431, *Ratiopharm/Pfizer*

⁴¹¹ Cfr. Tar Lazio, sent. 20 giugno 2012, n. 7467, *Ratiopharm/Pfizer*

⁴¹² “Giova puntualizzare che la richiesta di un brevetto divisionale a specificazione di un prodotto già protetto è facoltà riconosciuta dall'ordinamento di settore: non è qui in contestazione, perciò, l'astratta legittimità della richiesta, ma l'uso che di tale facoltà ha, nel caso, concreto, fatto Pfizer. Che il brevetto divisionale e il relativo certificato di protezione siano stati o meno legittimamente chiesti e ottenuti è questione che qui non rileva (ed è perciò irrilevante la documentazione versata in atti all'odierna udienza), in quanto sono ininfluenti le vicende attinenti alle sorti dei vari brevetti accessori chiesti da Pfizer, nonché la tempistica delle relative richieste all'EPO e l'effettivo contenuto della rivendicazione accolta con il divisionale, poiché l'ambito normativo della tutela dell'invenzione, attraverso il rilascio dei brevetti, è diverso da quello della tutela della concorrenza” [CdS, sent. 12 febbraio 2014, n. 693]. Inoltre, “anche nell'ordinamento nordamericano, in cui i *patent misuses* sono sanzionabili *per se*, essi ricadono anche nell'ambito di applicazione del diritto antitrust qualora pregiudichino il dispiegarsi di una effettiva concorrenza nel mercato. Ed anche autori europei hanno suggerito una rilettura in chiave di abuso del diritto (di brevetto) della nota sentenza AstraZeneca, che costituisce il precedente più rilevante della decisione in esame. Il Consiglio di Stato, in altri termini, ha semplicemente recepito ed esplicitato un principio di diritto ormai sostanzialmente consolidato [G. GHIDINI, G. CAVANI, P. F. PISERA, “Abuso del diritto al brevetto e abuso di posizione dominante: il caso Pfizer”, in “Rivista italiana di Antitrust”, 2014, n. 3, pag. 146, reperibile al sito: iar.agcm.it]

fine per il quale l'ordinamento lo riconosce: nel caso di specie, l'esclusione dal mercato dei concorrenti.”

In altre parole, concordemente con la giurisprudenza “AstraZeneca”, il Consiglio ritenne che fosse possibile valutare delle condotte legittime rispetto a differenti branche del diritto, come idonee a determinare un’infrazione della disciplina della concorrenza. Nel caso specifico, l’abuso emerse dall’uso strumentale del diritto brevettuale e delle relative procedure, tale da delineare – a differenza di quanto affermato dal Tar – quel *quid pluris* idoneo ad attribuire un connotato anticoncorrenziale ad una serie di comportamenti astrattamente leciti⁴¹³. Dunque, la strategia di Pfizer infrangeva la speciale responsabilità in ragione della divergenza, o almeno della sproporzione, fra il concreto effetto determinato dalle condotte e le finalità poste dall’ordinamento alla base del riconoscimento dei diritti in questione⁴¹⁴, delineando un abuso del diritto: risalente e controverso principio assunto al rango di principio cardine dell’ordinamento comunitario in ragione del suo espresso riconoscimento nella “Carta dei diritti fondamentali”⁴¹⁵.

⁴¹³ Occorre precisare che parte appare molto critica rispetto all’opportunità di tali interventi, lamentando un eccessivo “interventismo” reso ancor meno appetibile in ragione della liceità sotto il profilo brevettuale [G. GHIDINI, P. MARCHETTI, *et al.*, “Concorrenza e mercato”, 2013, da pag. 770]

⁴¹⁴ Di tali circostanze, una in particolare sembra prevalere in detta valutazione, ossia l’osservazione dell’assenza di un nuovo prodotto alla base della richiesta del brevetto divisionale [CDS, sent. 12 febbraio 2014, n. 693]. Il ragionamento del Consiglio sembra ripercorrere la rappresentazione di Jeremy Bentham del brevetto come incentivo ad innovare attraverso il riconoscimento della “possibilità di sfruttare in esclusiva l’invenzione onde evitare i rischi di perdite da *free riding*, capaci di compromettere il recupero degli investimenti sostenuti e la remunerazione dell’attività dedicata”. Rilevando l’assenza di investimenti ulteriori rispetto a quelli precedentemente effettuati e, teoricamente, retribuiti attraverso lo sfruttamento esclusivo dell’invenzione fino alla naturale scadenza del brevetto, il giudice ritenne non corrispondente, sotto il profilo della finalità dell’istituto, la condotta della casa farmaceutica con il diritto che avrebbe ottenuto attraverso il conseguimento della protezione aggiuntiva [G. GHIDINI, G. CAVANI, P. F. PISERA’, *op. cit.* pag. 144]

⁴¹⁵ “Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un’attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla

Con riferimento all'ordinamento italiano, si è a lungo dibattuto sulla possibilità di riconoscere l'abuso del diritto come principio generale dell'ordinamento. Invero, solo in un periodo relativamente recente la giurisprudenza della Corte di Cassazione vi ha fatto riferimento, infrangendone la presunta limitazione alle specifiche disposizioni del Codice Civile⁴¹⁶. In ambito civilistico, sono state ricondotte all'abuso del diritto le clausole generali di correttezza e buona fede, e il concetto di ingiustizia del danno⁴¹⁷. Numerosi riferimenti, inoltre, si riscontrano in determinati casi riguardanti i rapporti obbligatori e le vicende processuali⁴¹⁸, ma anche nel diritto societario⁴¹⁹, nell'abuso di dipendenza economica⁴²⁰ e, da ultimo, nell'abuso di posizione dominante.

presente Carta” [“*Carta Dei Diritti Fondamentali Dell’unione Europea*”, 2000/C 364/01, art. 54, Divieto dell’abuso di diritto]

⁴¹⁶ I limiti sono infatti posti a tutela del soggetto passivo del rapporto, o, più in generale, nell’interesse della collettività [P. ZATTI, V. COLUSSI, “Lineamenti di diritto privato”, 2013, pag. 100]. Rispetto all’ordinamento italiano, vi è chi ritiene che non si possa diretto riferimento all’abuso del diritto al di fuori delle precise ipotesi legali [V. C. ROMANO, “*L’abuso di posizione dominante da fatto lecito*”, in “*Il Foro italiano*”, 2014, v. 139, f. 10, pag. 616], fra le quali chiaramente rientra il divieto di atti emulativi: “il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri” [art. 833 c.c.]. Si è anche ritenuto che il principio possa legarsi alla funzione sociale della proprietà, fornendo un contenuto per l’interesse collettivo richiamato dalla Costituzione agli artt. 41 e 42 [G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, 2011, da 342]

⁴¹⁷ *Ivi*, da 147

⁴¹⁸ “[...] non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto tale scissione del contenuto della obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione più gravosa per la posizione del debitore si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l’esecuzione del contratto ma anche nell’eventuale fase dell’azione giudiziale per ottenere l’adempimento, sia con il principio costituzione del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale per ottenere l’adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali che l’ordinamento offre alla parte nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale” [Cass. SU, sent. 15 novembre 2007, n. 23726]

⁴¹⁹ Si è fatto ricorso all’abuso del diritto per descrivere l’utilizzo emulativo del voto nelle assemblee delle società, esercitato dunque al fine di ledere gli interessi di alcuni soci [Cass, sent. 16 maggio 2007 n. 11258]

⁴²⁰ In un caso, la giurisprudenza della Suprema Corte ha altresì individuato gli elementi costitutivi dell’abuso del diritto, rispetto ai quali è possibile notare una certa vicinanza con i criteri sanciti dalla Corte di Giustizia nel caso “AstraZeneca”. In particolare, tali elementi consistono in: “1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto

Nel riferimento effettuato dal Consiglio di Stato, il principio dell'abuso del diritto ha consentito di individuare un limite nell'attività della dominante anche in un campo estraneo a quello degli ordinari strumenti adoperati nell'attività commerciale, estendendo la speciale responsabilità anche nella necessità di mantenere una corrispondenza fra l'esercizio dei propri diritti rispetto allo scopo per il quale sono stati concepiti dall'ordinamento. Le medesime osservazioni verranno riproposte dal Consiglio anche nella successiva pronuncia sul caso "Coop Estense"⁴²¹, laddove venne qualificato come emulativo l'esercizio dell'interesse legittimo in un procedimento amministrativo.

4.3 Abusi "atipici": ostruzionismo e *legal strategies*

Come più volte ribadito, la formula utilizzata alla lettera B della norma appare suscettibile di includere un insieme di tipologie abusive talmente vasto da poter astrattamente coincidere con la nozione stessa di abuso escludente. Nonostante ciò, l'interprete ha generalmente fatto ricorso all'ipotesi tipica con riferimento a condotte precise, quali i prezzi predatori, gli sconti e il rifiuto di contrarre⁴²², denotando la preferenza per un'interpretazione restrittiva della categoria, tale da includere le più

possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extra-giuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte" [Cass, sent. 18 settembre 2009, n. 20106]

⁴²¹ Vd. par. 4.3.2

⁴²² Inoltre, non di rado il rifiuto a contrarre è stato inquadrato *sub* lett. C qualora il fatto storico si risolvesse in una maggiore preponderanza degli elementi discriminatori, lo stesso dicasi per gli sconti, i quali risultarono anche idonei a determinare dei *tie-in* ricadendo conseguentemente anche *sub* lett. D.

comuni condotte di natura strettamente “commerciale” che determinino una limitazione agli sbocchi o agli accessi al mercato.

Ciò considerato, occorre precisare che, fin dalla giurisprudenza “Continental Can”, debba ritenersi suscettibile di integrare l’abuso, qualsiasi condotta tale da recare un danno al benessere del consumatore, sia che la lesione avvenga come diretta conseguenza dell’azione, sia che la si possa prevedere in via indiretta, attraverso la distorsione del “regime di concorrenza effettiva”⁴²³. Conseguentemente, si potrebbe includere nella nozione di condotta abusiva qualsiasi pratica idonea a determinare un indebito indebolimento della concorrenza, a prescindere che una simile evenienza derivi dall’uso degli ordinari strumenti della competizione – quali i prezzi, le condizioni contrattuali e in generale le strategie strettamente commerciali – o che segua modalità differenti.

Negli oltre vent’anni di attività a tutela del mercato e della concorrenza, il Garante italiano ha accertato il compimento di numerose condotte escludenti⁴²⁴ da parte di soggetti titolari di una funzione pubblica, in molti casi determinate dall’uso in funzione anticoncorrenziale delle prerogative funzionalmente riconosciute a tali soggetti⁴²⁵.

⁴²³ Cfr. CG, sent. 21 febbraio 1973, C-6/72, *Continental Can/Commissione*

⁴²⁴ Si precisa che, a partire dall’anno 2000, nei provvedimenti dell’AGCM manca qualsiasi riferimento alla lettera dell’art. 3 (o della corrispondente disposizione comunitaria) alla quale viene ricondotto l’abuso accertato. Altro elemento di difficoltà rispetto all’analisi sistematica degli abusi, risiede nell’uso della clausola generale, anche prima dell’anno 2000, con riferimento a condotte in altra sede considerate tipiche. Un esempio riguarda la condotta di Tirrenia [AGCM, provv. n. 453/92, A13, *Marinzulich/Tirrenia*] articolatasi in una serie di sconti ed incentivi d’altro genere che potrebbero perfettamente ricadere *sub* lett. B. Ovviamente non si intende imputare ad una svista dell’Autorità tale evenienza, meglio spiegabile tenendo presente l’evoluzione interpretativa (anche interna alla medesima Autorità) rispetto ad una norma che non definisce con precisione inequivocabile le condotte da ritenersi abusive, il cui valore può considerarsi, si ribadisce, di ausilio per l’interprete, chiarendo in forza della tipizzazione quali comportamenti debbano tenersi particolarmente sotto controllo, ma non dando meno valore alla repressione di comportamenti parimenti illeciti, seppur non preventivamente descritti.

⁴²⁵ Numerosi abusi vennero accertati nei confronti di Telecom, fra i quali uno in particolare sembra potersi definire atipico. Si fa riferimento all’abuso accertato nel 1995 laddove la dominante inserì “in un

Le condotte in parola potrebbero genericamente definirsi **ostruzionistiche** in ragione della comune attitudine ad ostacolare la concorrenza nei mercati in seguito al processo di liberalizzazione, o nel procurare alla dominante un vantaggio nella propria attività sui mercati collegati rispetto a quelli in cui gestisce un servizio in regime di esclusiva, naturalmente senza che detto vantaggio possa imputarsi “al normale gioco della concorrenza basata sui meriti”, discendendo piuttosto da un privilegio riconosciuto dall’ordinamento”⁴²⁶.

unico importo nella bolletta utilizzata per il pagamento dei servizi della rete telefonica pubblica, forniti in monopolio, anche il corrispettivo di quanto dovuto per i servizi offerti in concorrenza [...] In tal modo, TELECOM si [avvale] di uno strumento non concesso agli altri operatori per la riscossione dei propri crediti [...] In particolare l’inserimento del corrispettivo per i servizi erogati in concorrenza nell’unico importo indicato nella bolletta consente a TELECOM di applicare le sanzioni, che il regolamento di servizio prevede solo per la riscossione di quanto dovuto per prestazioni fornite in monopolio attraverso la rete pubblica, anche per riscuotere quanto dovuto per la prestazione di servizi in concorrenza” [AGCM, provv. n. 3077/1995, A64, *Assistal/Sip*, p. 39, 41, 43]. Più di recente si riscontra un abuso atipico da parte di Poste Italiane, la quale si avvale dell’esenzione dall’IVA, prerogativa pur consentita per i “servizi essenziali”, anche nelle negoziazioni individuali. In particolare, la condotta si risolse nell’applicare degli “sconti, commisurati all’aliquota IVA vigente al momento della prestazione del servizio, idonei ad alterare il confronto competitivo, a danno dei consumatori, in violazione dell’articolo 102 TFUE” [AGCM, provv. n. 24293/2013, A441, *Applicazione Dell’iva Sui Servizi Postali*]. Un abuso interessante nel settore aeroportuale, venne posto in essere da Alitalia, la quale sfruttò “strategicamente le competenze attribuite con la circolare n. 2804 del 1971 in materia di allocazione delle bande orarie presso gli aeroporti coordinati e pienamente coordinati, così da ostacolare la concorrenza effettiva e potenziale”. In particolare “sulle rotte Linate-Reggio Calabria, Linate-Brindisi, Roma-Venezia, Roma-Palermo e Roma-Catania Alitalia ha spesso collocato le partenze dei propri voli con breve anticipo (5-15 minuti) rispetto a quelle dei concorrenti Aliadriatica/AirOne e Meridiana”. Inoltre, la “programmazione sovrastimata e poi sistematicamente disattesa [...] ha ostacolato l’accesso al mercato di vettori concorrenti attraverso la limitazione della disponibilità di una risorsa essenziale allo svolgimento dell’attività di erogazione del servizio di trasporto”. L’effetto lesivo nei confronti dei consumatori viene chiarita dal fatto che, Alitalia, “non ha ridotto i prezzi come azione concorrenziale [...] né sono state prodotte prove di un miglioramento della qualità del servizio. La gamma dei servizi offerti complessivamente sul mercato non è aumentata, ma è al contrario diminuita rispetto a quella che si era creata con la presenza dei concorrenti” [AGCM, provv. n. 4398/1995, A102, *Associazione Consumatori Utenti/Alitalia*]. L’abuso di posizione dominante può anche riguardare le condotte che si risolvano nel frapporre ostacoli nelle gare di riaffidamento del servizio pubblico da parte dell’attuale operatore monopolista. Quest’ultimo è il caso della condotta anticoncorrenziale accertata in capo a Italgas con riferimento al servizio di distribuzione del gas nel Comune di Roma e nel Comune di Todi. In particolare, il monopolista ostacolò lo svolgimento della gara rifiutandosi di fornire “le informazioni necessarie ai fini della predisposizione del bando di gara e della presentazione di offerte competitive da parte dei concorrenti”, nonché ritardando di “trasmettere una serie di informazioni richieste dai Comuni di Roma e Todi” [AGCM, provv. n. 23144/2011, A432, *Comuni Vari-Espletamento Gare Affidamento Servizio Distribuzione Gas*]

⁴²⁶ Cfr. AGCM, provv. n. 24293/2013, A441, *Applicazione Dell’iva Sui Servizi Postali*, p. 212

Una nozione per certi versi più ristretta, ma pur sempre vasta ed eterogenea, viene generalmente individuata dalla dottrina nelle condotte di *raising rivals' costs*, consistenti nelle pratiche che determinano un indebolimento della concorrenza attraverso un aggravio dei costi cui devono sopperire i concorrenti della dominante⁴²⁷. Una particolare forma di *raising rivals' costs* suscita particolare interesse in relazione ai recenti sviluppi interpretativi, consistendo nell'uso a fini anticoncorrenziali degli strumenti legali previsti dall'ordinamento (*legal strategies*). In tal senso è possibile riscontrare i caratteri dell'abusività nell'instaurare o minacciare di dar corso a procedimenti giurisdizionali (c.d. *sham litigation*) al fine di scoraggiare l'ingresso del concorrente ovvero ostacolarne la capacità competitiva, ad esempio contestando sistematicamente le richieste di brevettazione⁴²⁸.

Il ricorso alle *legal strategies* risulta alla base dell'articolata strategia escludente posta in essere da Pfizer nel mercato farmaceutico⁴²⁹, consistente nell'abuso delle procedure brevettuali al fine di estendere artificiosamente la durata del diritto di privativa. Infatti, creando uno stato di incertezza nei genericisti attraverso la richiesta indebita della protezione complementare, la casa farmaceutica è riuscita ad ottenere un pretesto per diffidare i concorrenti dall'ingresso nel relativo mercato, paventando azioni legali a tutela della proprietà industriale⁴³⁰.

Tanto l'abuso descritto nel mercato farmaceutico quanto le condotte ostruzionistiche determinate dall'uso distorto delle riserve legali, risultano

⁴²⁷ Si tratta di condotte piuttosto difficili da individuare rispetto agli abusi tipici, ma pur sempre in grado di determinare una rilevante preclusione anticoncorrenziale [P. MARCHETTI, L. C. UBERTAZZI, "Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza", 2012, pag. 2598]

⁴²⁸ Cfr. F. GHEZZI, G. OLIVIERI, "Diritto antitrust", 2013, pag. 224

⁴²⁹ Vd. par. 4.1.3

⁴³⁰ Cfr. AGCM, provv. n. 23194/2012A431, *Ratiopharm/Pfizer*, p. 98

suscettibili di determinare una limitazione nell'accesso o negli sbocchi al mercato ai danni del benessere del consumatore, sebbene tale risultato consegua all'uso di uno strumento peculiare. Come anticipato, tale considerazione potrebbe porsi alla base della distinzione fra condotte tipiche e atipiche, specie se si considera che fra le ipotesi tipiche potrebbe ricondursi ciascuna delle pratiche astrattamente rappresentanti gli ordinari strumenti del confronto fra agenti economici.

Una simile bipartizione, consentirebbe altresì di proporre una riflessione sulle finalità dell'*enforcement* antitrust. In effetti, con riferimento al caso “Pfizer” è possibile notare l'importanza che le autorità attribuirono al danno economico causato al Sistema Sanitario Nazionale⁴³¹ e, seppur implicitamente, all'interesse pubblico per la tutela della salute, mentre, come si vedrà, nel caso “Coop Estense” si giunge fino a riconoscere il diritto del concorrente a non essere indebitamente ostacolato nell'accedere al mercato in cui opera la dominante.

Dunque, se l'accoglimento del *more economic approach* aveva fatto ritenere (o temere) un abbandono dell'ottica *multivalued* in favore della sola promozione dell'efficienza economica⁴³², i recenti sviluppi sembrano offrire una smentita anche in sede comunitaria, laddove la Corte di Giustizia ha collocato nella non riconducibilità alla “concorrenza basata sui meriti” l'uso distorto della tutela brevettuale⁴³³. Inoltre, lungi dal limitare simili valutazioni agli abusi atipici – rispetto a molti dei quali sembra improbabile un'accurata analisi sotto il profilo puramente

⁴³¹ In effetti, le ripercussioni della condotta sul SSN sono state oggetto di valutazioni, non solo nell'analisi della gravità dell'abuso, ma anche rispetto all'indagine sugli effetti della condotta [*ivi*, p. 140 - 250]

⁴³² Vd. par. 1.3.2

⁴³³ Cfr. CG, sent. 6 dicembre 2012, C-457/10 P, caso “AstraZeneca”

efficientistico – la concorrenza nel merito viene richiamata anche nella valutazione delle condotte più comuni⁴³⁴, assumendo forti analogie con il concetto di correttezza (*fairness*), individuato da Stucke⁴³⁵ come elemento non trascurabile per il corretto funzionamento dei mercati⁴³⁶.

Non si intende insinuare l'inopportunità di un'indagine sugli effetti dei presunti abusi in termini maggiormente economico-efficientistici, né una loro sopravvalutazione. Più laicamente, ci si chiede se, specie considerando la possibilità di tutelare maggiormente il benessere del consumatore, sia opportuno limitare l'*enforcement* sempre e comunque alla suddetta dimensione⁴³⁷.

⁴³⁴ Si fa riferimento innanzitutto alla valutazione squisitamente giuridica effettuata dal Tribunale nel caso "Intel" [Vd. par. 3.4.1]

⁴³⁵ "Ultimately economics is not a value-free science, inoculated from normative judgments. Thus, any competition policy, in a world with humans, transaction costs, coercion, and informational asymmetries is built on the normative judgments of legal and informal institutions. In turn, principles of ethics, morals, and fairness, rather than compromise, can strengthen a market economy [...] Even if technocrats somehow could exclude social, moral, and political values from antitrust policy, they must still articulate how their work improves well-being" [M. E. STUCKE, "Reconsidering Antitrust's Goals", in "Boston College Law Review", 2012, vol. 53, pag. 609, papers.ssrn.com]

⁴³⁶ Un riconoscimento implicito della correttezza come componente della speciale responsabilità, potrebbe individuarsi anche nei consolidati indirizzi, accolti anche negli "Orientamenti", principalmente riferiti alle pratiche predatorie. In effetti, nel valutare l'effetto escludente in simili circostanze, l'interprete valuta altresì se "il comportamento riduce la probabilità che i concorrenti competano" attraverso il tentativo della dominante di "costruirsi una reputazione di impresa con comportamento predatorio" ["Orientamenti", p. 68]. Tali eventualità, sono riconosciute anche dalla scienza economica come evenienze in grado di esercitare un'effettiva preclusione [N. GIOCOLI, "Impresa, concorrenza, regole", 2009]. Nell'articolo di Stucke [nota precedente] si esprime la necessità, anche sotto un profilo prettamente economico, di contrastare condotte chiaramente scorrette, posto l'effetto deterrente che vengono a determinare nei confronti della concorrenza potenziale, oltre che più latamente per questioni di Giustizia.

⁴³⁷ Nei casi "Pfizer" e "AstraZeneca", ad esempio, non è dato riscontrare alcun riferimento all'*as efficient competitor test*, né qualsiasi valutazione circa l'efficienza dei concorrenti esclusi. Lo specifico contesto e le concrete modalità adoperate, hanno tuttavia fatto protendere i giudici per dichiarare sussistente l'infrazione del divieto di abuso della posizione dominante.

4.3.1 Il caso “Coop Estense”

Pochi mesi dopo il deposito della sentenza “Pfizer”, il Consiglio di Stato ricorse nuovamente al principio dell’abuso del diritto nella valutazione di una strategia escludente perpetrata da Coop Estense ai danni di Esselunga⁴³⁸. In tal caso, il giudice ritenne strumentale, nonché “emulativo”, l’intervento della dominante nelle procedure amministrative in materia urbanistica che avrebbero potuto concludersi con l’ingresso del concorrente. Prima di esaminare l’innovativa sentenza del Consiglio di Stato, è opportuno descrivere preliminarmente il contesto fattuale e ricostruire brevemente le contrapposte valutazioni effettuate dall’Autorità Garante e dal Tar del Lazio.

Si rilevi innanzitutto che, nonostante la censura riproposta in entrambi i giudizi di legittimità, appare pacifico che la ricorrente detenesse una posizione dominante nel settore della distribuzione moderna di prodotti alimentari e non alimentari di largo consumo, specificamente individuato nel mercato geografico corrispondente alla provincia di Modena, comprensiva a sua volta delle aree comunali di Modena e Vignola, direttamente interessate dalla condotta della dominante⁴³⁹.

Nel mercato così individuato, è stata accertata in capo a Coop Estense (cooperativa aderente al consorzio Coop Italia ed esercente attività commerciale sotto la nota insegna “Coop”) la detenzione di una posizione dominante in ragione della significativa quota di mercato detenuta (attestata fra il 60 e il 66% negli ipermercati e fra il 40 e il 47% nei supermercati), calcolata in un significativo periodo di tempo superiore al

⁴³⁸ Cfr. AGCM, provv. n. 23639/2012, A/437; Tar, sent. 2 agosto 2013, n. 7826; CdS, sent. 08 aprile 2014, n. 1673, *Coop Estense/Esselunga*

⁴³⁹ Cfr. AGCM, provv. n. 23639/2012, A/437, *Coop Estense/Esselunga*, dal p. 25

decennio (fra il 2000 e il 2011) e risultata soggetta a variazioni in aumento considerevolmente superiori rispetto ai concorrenti, le cui quote, peraltro, risultavano significativamente frazionate nel mercato residuo⁴⁴⁰. Inoltre, il mercato in questione risultava sottoposto a significative barriere all'ingresso di natura amministrativa, costituite dalla limitatezza delle aree destinate dalla normativa urbanistica e dagli strumenti amministrativi specificamente attribuiti ai comuni per la scelta delle aree da destinare all'espansione del tessuto urbano⁴⁴¹.

Dalle risultanze istruttorie, risultò anche che la Coop godesse di un'ottima reputazione e di un forte radicamento nel territorio, aspetti che unitamente alla quota detenuta e alle suddette barriere all'ingresso, conferiscono alla cooperativa la capacità "di porre in essere condotte tese ad ostacolare o quanto meno ritardare l'ingresso o l'espansione della concorrenza"⁴⁴². Risultò altresì che, nella fondata percezione dell'*incumbent*, il concorrente Esselunga fosse ritenuto un operatore in grado di esercitare una pressione competitiva particolarmente incisiva.

In effetti, nonostante il notevole divario fra le quote di mercato rispettivamente detenute, Esselunga risultava essere di gran lunga "l'insegna più conveniente nella Provincia di Modena" rispetto ad un paniere rappresentativo di oltre un centinaio di prodotti delle più grandi

⁴⁴⁰ "La posizione di Coop oltre ad accrescersi nel tempo si è mantenuta nel medesimo arco temporale superiore di quattro – cinque volte quella del diretto concorrente nel mercato degli ipermercati e superiore a circa due volte nel mercato dei supermercati. Anche rispetto ad Esselunga, che Coop Estense qualifica come il concorrente più aggressivo, le quote di mercato dell'*incumbent* risultano stabilmente e significativamente maggiori (dalle quattro alle sei volte negli ipermercati e fino a sette volte nei supermercati); Esselunga mantiene quote di mercato durevolmente tra il 10-15% negli ipermercati e al 7% circa nei supermercati [Ivi, p. 39]

⁴⁴¹ *Ibidem*

⁴⁴² Nell'accertamento della posizione dominante, l'AGCM ha tenuto conto delle indicazioni fornite dalla Commissione negli "Orientamenti", orientando l'analisi anche sui fattori comportamentali in modo da accertare con maggiore precisione la dominanza dell'*incumbent* secondo l'*effect based approach* promosso in sede comunitaria [AGCM, provv. n. 23639/2012, A/437, *Coop Estense/Esselunga*, p. 45, 46]

marche ⁴⁴³ : considerazioni idonee a dimostrare che il vantaggio concorrenziale di Coop Estense non fosse imputabile ad una superiore competitività sui prezzi, varietà o qualità dei beni commercializzati⁴⁴⁴. In base a tali argomentazioni, l'Autorità ha ritenuto possibile individuare in Esselunga un concorrente almeno altrettanto efficiente rispetto alla dominante, la cui esclusione, pertanto, sarebbe risultata suscettibile di determinare un “danno per i consumatori in termini di maggiori prezzi e/o di minore scelta”⁴⁴⁵.

La strategia escludente si articolava nel frapporre un ostacolo in due distinti procedimenti amministrativi che avrebbero consentito alla concorrente ad immettersi nel mercato rilevante attraverso l'apertura di un punto vendita nel Comune di Modena e un altro nel Comune di Vignola. Nonostante i due interventi fossero interpretabili come parti di un'unitaria strategia anticoncorrenziale, le condotte appaiono suscettibili di descriversi singolarmente. Partendo dal procedimento relativo al Comune di Modena, occorre premettere che, in base al piano di riqualificazione urbana (PRU) adottato dal Comune, il recupero delle aree individuate prevedeva a sua volta l'elaborazione di un Piano Particolareggiato che trovava nell'accordo dei proprietari delle aree soggette a riqualificazione un presupposto ineludibile⁴⁴⁶.

Con specifico riferimento all'area a nord della città, individuata come “comparto ex Consorzio Agrario”, il PRU prevedeva che potesse sorgere

⁴⁴³ *Ivi*, p. 108

⁴⁴⁴ Tali considerazioni inducono l'Autorità a ritenere particolarmente consolidata la posizione dominante di Coop Estense, posto che anche nei mercati geografici in cui è presente Esselunga, la posizione della dominante non risulta risentire della pur rilevante pressione concorrenziale di Esselunga [*Ibidem*]

⁴⁴⁵ *Ivi*, p. 269

⁴⁴⁶ *Cfr.* AGCM, provv. n. 23639/2012, A/437, *Coop Estense/Esselunga*, dal p. 17

un centro commerciale di 2900 metri quadri, dei quali 1500 destinati all'attività alimentare e dunque idonei ad ospitare un supermercato. Nel 1999, Esselunga entrava nella disponibilità di oltre il 72% dell'area, in virtù dell'acquisto, effettuato da Edilmontanari nell'interesse di Esselunga, della più estesa delle proprietà presenti nel comparto, ossia "Fallimento Consorzio Agrario". Il restante 30% del comparto si divideva fra il Comune di Modena (circa il 10%) e il "Fallimento Luigi Rizzi" (circa 18%). Quest'ultima area, veniva successivamente acquistata da Coop Estense, che così acquisiva la concreta possibilità di incidere sulle scelte edificatorie, ostacolando Esselunga nella presentazione del Piano Particolareggiato che le avrebbe consentito di aprire un nuovo punto vendita⁴⁴⁷.

Il comportamento di Coop Estense potrebbe difficilmente ritenersi giustificabile sotto il profilo della razionalità economica, posto che si risolve nell'acquisto di una proprietà dall'estensione piuttosto contenuta, ad un prezzo platealmente spropositato rispetto al suo reale valore⁴⁴⁸. D'altra parte, l'acquisto dell'area in questione appare perfettamente razionale in considerazione della finalità ostruzionistica che avrebbe consentito di perseguire.

Invero, essendo necessario il consenso dei proprietari delle aree coinvolte, l'acquisto del Fallimento Rizzi permetteva a Coop Estense di acquisire un

⁴⁴⁷ *Ibidem*

⁴⁴⁸ "L'ammontare corrisposto da Coop Estense per l'acquisto di tale porzione di comparto risulta, infatti: i) superiore a quanto corrisposto da Edilmontanari per una superficie cinque volte più grande (44.000 metri quadrati acquistati a 17,5 miliardi di lire); ii) superiore alla somma che la stessa Coop Estense era disposta a corrispondere ad Edilmontanari per rilevare l'intera porzione di 44.000 metri quadrati (20 miliardi di lire, pagata poi da Esselunga per il subentro ad Edilmontanari); iii) pari ad oltre il doppio del valore richiesto da ultimo nel 1995 dal Presidente dell'ex Consorzio per una porzione di area di poco superiore (12.000 metri quadrati a circa 11 miliardi di lire); infine, iv) risulta anche superiore di quasi 5 volte al prezzo che la stessa Coop Estense ha dichiarato di aver offerto al curatore fallimentare della parcella Rizzi a settembre del 2000 (doc. 3.82)." [AGCM, provv. n. 23639/2012, A/437, *Coop Estense/Esselunga*, p. 60]

interesse legittimo nella procedura in corso e, conseguentemente, impugnare per le vie legali il Piano Particolareggiato promosso da Esselunga e già autorizzato dal Comune⁴⁴⁹. L'AGCM descrisse l'interesse legittimo così acquisito, come un vero e proprio "potere di veto" sulle iniziative del concorrente⁴⁵⁰, determinando uno stallo nel procedimento amministrativo che si sarebbe protratto fino al definitivo abbandono del progetto da parte dell'amministrazione comunale.

Parallelamente, Coop Estense procedeva ad una manovra dilatoria anche rispetto alla procedura che avrebbe potuto portare all'apertura di un supermercato Esselunga nel Comune di Vignola. Questa seconda condotta si è sostanziata nell'invio di una lettera al Comune, nella quale manifestava il proprio interesse rispetto al trasferimento o ampliamento del proprio punto vendita (unico di grandi dimensioni fino ad allora esistente nel territorio comunale), ponendosi "in esplicita concorrenza con l'analoga proposta presentata dalla società Vignola Due"⁴⁵¹.

Com'è intuibile, il progetto in contrapposizione al quale emergeva la proposta di Coop Estense, prevedeva l'apertura di un supermercato Esselunga di grandi dimensioni, in particolare collocato in un più vasto piano di urbanizzazione finalizzato alla riqualificazione del tessuto urbano. L'elemento più sospetto in tale vicenda, riguarda la tempistica, essendo pervenuta la richiesta di Coop Estense solo il giorno prima della data prevista per l'esame, da parte del Comune, delle modifiche proposte da

⁴⁴⁹ *Ivi*, p. 48

⁴⁵⁰ "La parte ha mantenuto un atteggiamento dilatorio e volto a non raggiungere alcun tipo di accordo sul Piano anche dopo tale data; accordo, invece, necessario al fine di poter autorizzare l'urbanizzazione del comparto [...] Ad oggi, immutata la destinazione commerciale del comparto, permane in capo a Coop Estense la possibilità di "bloccare" - negando il proprio consenso e, quindi, il raggiungimento di una posizione comune - qualunque sviluppo del comparto che possa rappresentare una minaccia per la sua posizione nel mercato" [*Ivi*, p. 198, 199]

⁴⁵¹ *Cfr.* AGCM, provv. n. 23639/2012, A/437, *Coop Estense/Esselunga*, p. 87

Vignola Due nell'interesse di Esselunga. Considerando il radicamento del richiedente, il Comune non si sarebbe potuto esimere dal valutare la proposta alternativa⁴⁵², tuttavia, mancando solo quattro giorni al termine ultimo – previsto dalla legge regionale n.20/2000 – per l'adozione diretta da parte dei Comuni di varianti ai PRG, la proposta di Coop Estense si risolse nell'impossibilità di rispettare il termine, conseguentemente determinando il naufragio dell'una e dell'altra procedura⁴⁵³.

Accogliendo in larga parte le argomentazioni di Esselunga, l'AGCM riscontrò nelle condotte di Coop Estense una “violazione unica, continuata e grave” dell'art. 3 della legge n. 287/90, denotandone la particolare gravità anche in ragione della chiara consapevolezza degli effetti preclusivi procurati, idonei “a limitare il dispiegarsi di una concorrenza effettiva” e a determinare un danno per i consumatori⁴⁵⁴.

Le implicazioni emerse dal provvedimento appaiono idonee a ribadire che anche determinate modalità di esercizio di un diritto pacificamente riconosciuto possono infrangere la speciale responsabilità della dominante. Inoltre, diffidando dal reiterare un simile esercizio delle prerogative derivanti dal proprio interesse legittimo, l'Autorità imponeva

⁴⁵² “[...] il Sindaco propone, infatti, di sospendere o ritirare la delibera di adozione “in ragione della nuova situazione determinatasi per effetto della presentazione della nuova proposta presentata dalla Coop Estense” [...] In altri termini, gli atti confermano che la lettera di Coop Estense ha: i) costituito un elemento di novità della procedura, ed ii) è stata considerata una proposta credibile, come, tale idonea a considerare che la decisione in esame dovesse essere rinviata per rientrare in una più ampia valutazione della “questione di governo del territorio” (doc. 3.104)” [*ivi*, p. 250]

⁴⁵³ *Cfr.* Tar, sent. 2 agosto 2013, n. 7826, p. 6.1; Sulla correttezza dell'operato della PA non ci sono dubbi, posto che, sussistendo un interesse legittimo, la manifestazione di interesse avrebbe imposto al Comune di tenerne conto. Invero “la tutela degli interessi sui quali incide il provvedimento amministrativo avviene sia nel corso del procedimento per la sua emanazione, sia in sede di impugnazione di quest'ultimo dinanzi al giudice amministrativo” [S. CASSESE, “*Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo generale*” (tomo I), 2000, pag. 697]

⁴⁵⁴ *Cfr.* AGCM, provv. n. 23639/2012, A/437, *Coop Estense/Esselunga*, p. 281 - 285

altresì a Coop Estense di farsi promotrice di “progetti riparatori”⁴⁵⁵ che sicuramente si sarebbero posti in contrasto con i suoi interessi giuridicamente suscettibili di tutela.

In sede di riesame, il Tar avrebbe assunto un atteggiamento fortemente critico verso una simile ricostruzione⁴⁵⁶, sebbene l'elemento dirimente, in base al quale avrebbe disposto l'annullamento del provvedimento, risiedeva nell'assenza di un effettivo nesso causale fra la condotta imputata e l'effettivo dispiegarsi della preclusione. In effetti, secondo il giudice, l'analisi dell'Autorità risultava carente nella prova di tale collegamento, posta l'impossibilità di predeterminare l'esito del procedimento amministrativo in relazione alla condotta nella procedura di Vignola, che non necessariamente si sarebbe concluso con l'avvio del progetto⁴⁵⁷. Quanto alla condotta relativa al modenese, l'Autorità avrebbe invece dovuto tener conto della sentenza con la quale il Tar di Bologna, pronunciandosi su dei ricorsi relativi alla vicenda, seppure da un punto di vista prettamente urbanistico, “sconfess[ava] in radice uno dei presupposti fondanti il provvedimento gravato [...], ovvero che il Piano

⁴⁵⁵ “L'effettivo ripristino di condizioni concorrenziali può essere ricreato unicamente consentendo ai concorrenti di poter pienamente disporre per usi commerciali di un'area idonea all'insediamento del nuovo punto vendita [...] Per rimuovere l'infrazione occorre, pertanto, che Coop Estense, oltre ad astenersi dall'esercizio del suddetto potere di veto, si faccia promotrice di un processo di collaborazione con gli altri proprietari che consenta l'avvio di attività commerciali da parte del concorrente” [Ivi, p. 288]

⁴⁵⁶ “Una situazione di potere quale quello stigmatizzato dall'Autorità presuppone, infatti, l'asimmetria tra il soggetto che lo esercita e il soggetto che lo subisce, laddove, nella fattispecie, sia Coop Estense che Esselunga avevano il diritto di opporsi alle rispettive scelte unilaterali [...] una tale impostazione dà per scontato che Coop Estense, per non porre in essere illeciti anticoncorrenziali, avrebbe necessariamente dovuto aderire nei confronti di Esselunga all'impostazione del Piano sterro” [Tar Lazio, sent. 2 agosto 2013, n. 7826, *Esselunga/Coop Estense*]

⁴⁵⁷ L'approvazione del progetto necessitava di passaggi ulteriori, inoltre, sebbene l'intervento di Coop Estense avesse determinato l'impossibilità di fruire della procedura più snella prevista per le modifiche al Piano Regolatore, non eliminava radicalmente la possibilità di concludere l'iter alternativo [Ivi, p. 6.1]

particolareggiato non sia stato approvato esclusivamente a causa dell'opposizione in via amministrativa prestata da Coop Estense"⁴⁵⁸.

4.3.2 L'indirizzo del Consiglio di Stato: lo sfruttamento abusivo come illecito di mera condotta

Il caso "Coop Estense" offre l'opportunità di approfondire la natura dell'abuso di posizione dominante attraverso l'analisi dei contrapposti indirizzi emersi nei due gradi di giudizio. La questione si colloca nel solco dell'annoso dibattito su quale debba essere la corretta interpretazione della normativa o, più precisamente, se la tradizionale impostazione comunitaria dell'abuso come "illecito di condotta" debba ritenersi superata alla luce del recente processo di modernizzazione, la cui attenzione per gli effetti potrebbe indurre a valutare l'abuso come un "illecito di risultato".

In effetti, la considerazione alla base della sentenza di annullamento del Tar, riguarda l'assenza di un nesso causale fra la condotta della dominante e l'effetto anticoncorrenziale determinato ai danni del concorrente, nonostante il giudice concordasse con l'analisi del Garante circa la sussistenza della posizione dominante e la finalità escludente con la quale avrebbe agito Coop Estense⁴⁵⁹. L'indirizzo accolto in tal sede, in verità

⁴⁵⁸ Rileva il Tar di Bologna: "motivi in base ai quali il comune di Modena ha ritenuto di non approvare il piano particolareggiato, pur riconoscendolo conforme al PRG dal punto di vista dei parametri urbanistici, sono tre: parere negativo di AUSL/ARPA; omesso completo adeguamento al parere della Commissione Edilizia; mutamento delle condizioni iniziali dell'assetto proprietario [...] Il provvedimento impugnato non si cura infatti minimamente di approfondire, anche solo al fine di confutarne la rilevanza, tali aspetti, limitandosi a ritenere "infondata" la tesi di Coop Estense per cui la non autorizzazione del Piano sarebbe imputabile a cause diverse dalla sua condotta" [*Ivi*, p. 5.1]

⁴⁵⁹ "Risulta invero evidente che nella descritta ipotesi l'acquisto dell'area si pone come esclusivamente finalizzata all'adozione di siffatto comportamento" [Tar Lazio, sent. 2 agosto 2013, n. 7826, *Esselunga/Coop Estense*, p. 5]

fortemente innovativo e privo di precedenti⁴⁶⁰, è infatti quello dell'abuso come illecito di risultato, il cui presupposto essenziale consiste nell'accertamento del rapporto di consequenzialità fra la condotta imputata e il risultato anticoncorrenziale determinato.

La contrapposta tesi dell'abuso con illecito di mera condotta, viene invece accolta nel secondo grado di giudizio, laddove il Consiglio di Stato afferma la correttezza della decisione annullata in primo grado e smentisce con vigore il valore di elemento essenziale del nesso eziologico⁴⁶¹, nonostante – forse al fine di non lasciare alcun dubbio sull'infrazione della dominante – si premuri di individuare tale nesso “*ad abundantiam*”, riscontrandolo alla luce del criterio della causalità adeguata⁴⁶².

Sebbene non venga esplicitato, la sentenza in parola si ricollega alla giurisprudenza del caso “Hoffman La Roche”⁴⁶³ e in particolare al

⁴⁶⁰ Cfr. P. KOSTANDIN, “Pianificazione urbanistica e abuso di posizione dominante”, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2014, v. 20, f. 1, da pag. 39

⁴⁶¹ “Il primo giudice ha così aderito alla tesi per cui, per distinguere tra condotta concorrenziale lecita e abuso illecito di posizione dominante, si dovrebbe guardare alla ricorrenza dell'effetto anticompetitivo collegato causalmente alla condotta, elemento che (solo) “colora” di illecito la condotta dell'impresa in posizione dominante. A fronte di questo assunto, i motivi di appello dell'Autorità e di Esselunga appaiono degni di positiva considerazione [...] L'illecito, altrimenti detto, sarebbe di mera condotta” [CdS, sent. 08 aprile 2014, n. 1673, *Coop Estense/Esselunga*, p. 3]

⁴⁶² Solo *ad abundantiam* il Collegio comunque specifica, in ordine a quel nesso di causalità, che per la vicenda di Modena “non rilevano le circostanze del mancato adeguamento da parte di Esselunga ai pareri negativi degli uffici sanitari o a quanto prescritto dalla commissione edilizia, essendo già adeguatamente sufficienti a realizzare l'arresto pratico del procedimento i descritti interventi frapposti dalla dominante: il che renderebbe di suo apprezzabile la sussistenza del nesso eziologico. Invero, alla luce del criterio della causalità adeguata (o anche della penalistica causalità alternativa ipotetica), gli ostacoli frapposti da parte di Coop Estense erano da soli, come detto, in grado di generare la pratica barriera all'insediamento di nuove strutture commerciali di Esselunga e dunque al suo ingresso [...] Anche se Esselunga s.p.a. li avesse superati conformandosi ai rilievi sanitari ed edilizi [...], l'intervento di Coop avrebbe in ogni caso impedito [...] la possibilità dell'insediamento commerciale di Esselunga. Per la vicenda di Vignola [...] l'intervento in limine [...] di Coop Estense ha dunque avuto in modo inequivoco un'efficienza causale nella interruzione del procedimento e, quel che qui conta, nel generare dunque, *sub specie* economica, l'ostacolo essenziale all'insediamento della concorrente” [CdS, sent. 08 aprile 2014, n. 1673, *Coop Estense/Esselunga*]

⁴⁶³ “La nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di

carattere oggettivo dell'abuso di posizione dominante: concetto che si riferisce alla possibilità di imputare la commissione dell'illecito a prescindere che la volontà dell'agente fosse quella di determinare l'effetto anticoncorrenziale. Nel solco di tale assunto si colloca a sua volta la giurisprudenza "Michelin I", quest'ultima espressamente citata dal Consiglio nell'affermare che "la prova dell'oggetto e quella dell'effetto anticoncorrenziale si confondono tra loro"⁴⁶⁴.

Sebbene il carattere oggettivo dell'abuso induca ad escludere che il dolo specifico possa assurgere ad elemento costitutivo della fattispecie, ciò non toglie che possa rivestire una certa rilevanza nella valutazione del caso concreto. Invero, l'intenzionalità rileva pacificamente nella valutazione della gravità dell'illecito – essendo suscettibile di ricevere una sanzione più severa, l'agente che ha avuto coscienza del danno provocato – ma rappresenta anche un ausilio nell'interpretazione della condotta in quanto, se si considera che la detenzione di una posizione dominante consente, per sua stessa definizione, di incidere sulla concorrenza residua in senso distorsivo, allora la condotta con la quale l'*incumbent* intende determinare una lesione della concorrenza, logicamente, sarà idonea a determinare un simile effetto⁴⁶⁵.

ostacolare [...] la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza" [CG, sent. 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione CE*]

⁴⁶⁴ Cfr. CG, sent. 3 gennaio 1983, n. 322/81, *Michelin vs. Commissione (Caso Michelin I)*; più di recente: CG, sent. 9 aprile 2012, n. 549/2012 P, (*Caso Tomra*)

⁴⁶⁵ "[...] la prova dell'oggetto e quella dell'effetto anticoncorrenziale si confondono tra loro: se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un'impresa dominante è di restringere la concorrenza, un tale comportamento è di per sé pregiudizievole, in quanto può anche comportare tale effetto [...] L'illecito, cioè, si perfeziona con la condotta anticoncorrenziale, purché di suo idonea a turbare il suo funzionamento corretto e in esso la libertà stessa del mercato. È sufficiente a integrarlo già la mera potenzialità dell'effetto restrittivo. Ed è perciò già la correttezza del comportamento economico del concorrente che l'ordinamento intende garantire, non necessariamente la sola, oggettiva, concorrenzialità del mercato" [CDS, sent. 08 aprile 2014, n. 1673, *Coop Estense/Esselunga*]

Secondo autorevole dottrina, i suddetti collegamenti, effettuati dal Consiglio con la consolidata giurisprudenza comunitaria, non sarebbero comunque idonei a soddisfare le esigenze alla base del processo di modernizzazione, esulando dall'approccio *effect-based* proposto dalla Commissione negli Orientamenti⁴⁶⁶. Si precisa che le critiche non riguardano l'opportunità di applicare il divieto nel caso concreto, posta l'evidente illiceità della strategia di Coop Estense anche qualora si optasse per intendere l'abuso come un illecito di risultato, ma la corrispondenza dell'indirizzo del Consiglio rispetto alle recenti evoluzioni.

In effetti, la sentenza in esame sembra riproporre il tradizionale schema formalistico basato sull'esistenza di una non univocamente determinata "speciale responsabilità"⁴⁶⁷, la cui infrazione realizzerebbe l'illecito senza che sia necessario indagare sulla concreta sussistenza dell'effetto distorsivo⁴⁶⁸.

Più precisamente, il Consiglio si riferisce alla speciale responsabilità nel ritenere di dover misurare l'illecito secondo un "principio generale di

⁴⁶⁶ Cfr. S. BASTIANON, "Esselunga v. Coop Estense e la guerra tra supermercati – L'abuso di posizione dominante come illecito di mera condotta", in "Mercato concorrenza regole", 2014, n. 2, da pag. 311

⁴⁶⁷ Nell'interrogarsi su quale potesse essere la fonte dell'ampia posizione di vantaggio, delineata in capo ad Esselunga nei due procedimenti amministrativi nel Provvedimento di condanna dell'AGCM, il Tar si è focalizzato sull'eventuale presenza di obblighi imposti dal sistema regolatorio urbanistico-edilizio, o nella posizione di primazia temporale "da contatto" con la pubblica amministrazione, non riscontrando, ovviamente, alcun elemento idoneo a figurare un limite per la piena tutela dell'interesse legittimo da parte di Coop Estense. Come rilevato da altra dottrina prima della sentenza del Consiglio di Stato, il giudice di primo grado avrebbe potuto riscontrare nella speciale responsabilità la fonte necessaria a riconoscere una limitazione nell'attività, astrattamente legittima, della dominante. Il riferimento attiene al concetto, di chiara derivazione ordoliberal, che delinea una limitazione nell'agire commerciale della dominante finalizzato a salvaguardare una situazione paragonabile a quella di un mercato privo di rilevanti concentrazioni economiche [P. KOSTANDIN, *op. cit.*, da pag. 46, 47]

⁴⁶⁸ "[...] per accertare un abuso di posizione dominante sia sufficiente che il comportamento abusivo dell'impresa dominante miri a restringere la concorrenza, ovvero che sia tale da avere, o da poter avere, un tale effetto. Al più, è stato ritenuto che se la prassi di un'impresa dominante non può essere qualificata abusiva se manca del tutto un minimo effetto anticoncorrenziale, tale effetto non deve comunque essere concreto e totale rispetto alle intenzioni, essendo sufficiente un effetto anticoncorrenziale potenziale [CdS, sent. 08 aprile 2014, n. 1673, *Coop Estense/Esselunga*, p. 3]

proporzionalità”. La responsabilità della dominante, invero, non presenta un contenuto preciso e preventivamente determinabile, emergendo soltanto con specifico riguardo al grado di potere economico detenuto e alle distorsioni concretamente generabili nella singola vicenda: aspetto chiaramente suscettibile di mantenere, per la dominante come per l’interprete, un insormontabile margine di incertezza, ma che non potrebbe ritenersi superato neanche alla luce degli Orientamenti, che lo richiamano espressamente nei medesimi termini della giurisprudenza più risalente⁴⁶⁹.

La parte della sentenza che probabilmente desta maggiori perplessità, riguarda l’affermazione di principio circa la non necessità di indagare sugli effetti distorsivi scaturenti dalla condotta: assunto che potrebbe ritenersi in contrasto con l’*effect based approach*. Ovviamente, l’eventuale contrasto non potrebbe valutarsi rispetto a teorie, economiche o giuridiche che siano, ma rispetto alle fonti e alla loro possibile interpretazione.

Partendo anche in tal caso dagli Orientamenti⁴⁷⁰ bisogna rammentare il concetto di “preclusione anticoncorrenziale”, utilizzato dalla Commissione per descrivere “una situazione in cui l’accesso effettivo di concorrenti reali o potenziali [...] è ostacolato o eliminato a causa del comportamento dell’impresa dominante”. Per verificare la “probabile”

⁴⁶⁹ “Conformemente alla giurisprudenza, non è di per sé illegale che un’impresa sia in posizione dominante e tale impresa dominante ha il diritto di competere sulla base dei propri meriti. L’impresa in questione ha tuttavia la responsabilità speciale di non permettere che il suo comportamento ostacoli una concorrenza realmente priva di distorsioni nel mercato comune [...] La valutazione dell’eventuale posizione dominante di un’impresa e del grado di potere di mercato da essa detenuto rappresenta il primo passo nell’applicazione dell’articolo 82. In base alla giurisprudenza, detenere una posizione dominante conferisce all’impresa in questione una responsabilità speciale, la cui portata deve essere considerata alla luce delle circostanze specifiche di ogni singolo caso [Orientamenti, p. 1, 9]

⁴⁷⁰ Si ricorda che, pur non rappresentando una fonte cogente, gli Orientamenti detengono una sicura efficacia persuasiva nell’applicazione e interpretazione della normativa comunitaria e, per osmosi, anche di quella nazionale *ex art. 1 della legge n. 287/90*.

sussistenza della preclusione, il documento elenca una serie di fattori, fra i quali figurano anche le “eventuali prove di effettiva preclusione”. Ma l’attualità dell’effetto, lungi dall’assurgere ad elemento essenziale, rappresenta solo uno dei fattori dei quali la Commissione terrà conto, riservandosi altresì la possibilità di omettere una specifica analisi laddove sia chiaro che la condotta frapponga ostacoli alla concorrenza senza creare efficienze⁴⁷¹.

Dunque, parrebbe che l’indirizzo offerto dal Consiglio di Stato, nonostante l’apparente formalismo, non tradisca lo spirito della modernizzazione in materia, posto che l’inquadramento dell’abuso come illecito di risultato non sembra un inequivocabile portato degli Orientamenti. Inoltre, l’irrilevanza che si desume dalla sentenza non sembra riferirsi alla dimostrazione della portata escludente, ma all’attualità dell’effetto, esprimendo opportunamente la necessità di intervenire prima che si sia determinata la lesione della concorrenza, purché la condotta appaia idonea a determinare un simile risultato: altro aspetto conforme a quanto previsto dagli Orientamenti⁴⁷².

⁴⁷¹ Cfr. Orientamenti, p. 20, 21. La dottrina obietta che la possibilità di derogare all’attenta valutazione dei singoli elementi elencati, viene legata dagli Orientamenti ad ipotesi eccezionali, lasciando evincere che la regola debba essere quella dell’analisi puntuale e che serva altresì la spiegazione, da parte dell’interprete, delle ragioni secondo cui l’ipotesi oggetto di valutazione consenta di omettere l’analisi più precisa [S. BASTIANON, *op. cit.*, 2014, n. 2, da pag. 321]

⁴⁷² Si rileva altresì che, in base alla lettera dell’art. 102 del Trattato FUE (analoga nella sostanza a quanto sancito nell’art. 3 della legge n. 287/90), sarebbero difficilmente ricavabili gli elementi ritenuti essenziali nella ricostruzione del Tar, salvo procedere ad evidenti forzature. In effetti, la locuzione “è vietato l’abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante” non pone alcuna attenzione rispetto all’attualità o alla concretezza dell’effetto, vietando un abuso e dunque una condotta. Degli elementi finalistici si riscontrano invece in due della quattro ipotesi tipizzate, in particolare alla lettera C – laddove si specifica che la discriminazione debba determinare “ingiustificati svantaggi nella concorrenza” per i soggetti discriminati – e alla lettera B, che vieta i comportamenti che si sostanzino nel “impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori”. Come si è già evidenziato [vd. par. 4.3], la seconda ipotesi tipica dovrebbe interpretarsi in maniera restrittiva, e dunque non includerebbe le strategie complesse ed estranee agli ordinari strumenti della concorrenza, fra le quali rientrerebbe il caso oggetto d’esame. Anche se così non fosse, ciò non sarebbe sufficiente ad avvalorare la tesi del Tar, per il semplice fatto che le quattro

Tali conclusioni, chiaramente, lasciano impregiudicato il perdurante stato di incertezza, posto che la qualificazione dell'abuso in termini di illecito di mera condotta non accompagnato da una chiara definizione *ex lege* delle condotte illecite, non soddisfa l'esigenza di certezza del diritto in materia. L'unico criterio, a sua volta non univocamente determinato⁴⁷³, cui si potrebbe fare riferimento per distinguere i comportamenti leciti dagli abusi, può ritrovarsi nel concetto richiamato di *competition on the merits*, non a caso richiamato dal Consiglio di Stato nel rimproverare alla dominante la sproporzionata strategia posta a difesa dei propri interessi⁴⁷⁴. Anche sotto quest'aspetto detta dottrina appare critica in ragione della rilevanza del "disvalore" che il Consiglio attribuisce alla scorrettezza della condotta, con il conseguente riconoscimento in capo al concorrente del diritto di non subire l'ostruzionismo della dominante a prescindere che la propria esclusione "comporti una concreta diminuzione della concorrenza o dell'efficienza del mercato"⁴⁷⁵: affermazione in apparente contrasto con il principio secondo cui non si dovrebbe tutelare il concorrente ma la concorrenza⁴⁷⁶.

In verità, il giudice appare consapevole dell'odierna tendenza ad individuare nell'efficienza economica il fine generale della normativa, ma

lettere dall'art. 3 non configurano delle distinte fattispecie, ma delle specificazioni (seppur tipizzate) dell'unitario divieto di abuso della posizione dominante.

⁴⁷³ Cfr. S. BASTIANON, *op. cit.*, 2014

⁴⁷⁴ Cfr. CdS, sent. 08 aprile 2014, n. 1673, *Coop Estense/Esselunga*, p. 2

⁴⁷⁵ In tal modo il Consiglio ha inteso attribuire alla norma anche l'obiettivo di garantire "la correttezza del comportamento economico". Invero, nella sentenza si afferma che l'illecito "si perfeziona con la condotta anticoncorrenziale, purché di suo idonea a turbare il suo funzionamento corretto e in esso la libertà stessa del mercato. È sufficiente a integrarlo già la mera potenzialità dell'effetto restrittivo. Ed è perciò già la correttezza del comportamento economico del concorrente che l'ordinamento intende garantire, non necessariamente la sola, oggettiva, concorrenzialità del mercato [CdS, sent. 08 aprile 2014, n. 1673, *Coop Estense/Esselunga*, p. 3]

⁴⁷⁶ Si è già discusso circa l'inopportunità di ridurre l'*enforcement* antitrust alla sola tutela dell'efficienza economica, riscontrando, al contrario, come la promozione del *consumer welfare* possa assumere un contenuto ben più ampio [Vd. par. 1.3.2, 3.4, 4.2.1]

non sembra ritenere che ciò precluda la possibilità di evidenziare la lesione della libertà economica del concorrente⁴⁷⁷ qualora sia a sua volta idonea a determinare un'inefficienza in virtù dell'ingiustificata preclusione all'accesso nel mercato⁴⁷⁸. Non si potrebbe nemmeno ritenere che il Consiglio abbia ommesso di tener conto dell'interesse del consumatore, avendone rilevato la lesione a causa della mancata riduzione dei prezzi e del mancato incremento della varietà di scelta che avrebbe avuto luogo in ragione dell'ingresso del concorrente particolarmente efficiente⁴⁷⁹.

In conclusione, occorre evidenziare nuovamente la peculiarità della condotta, ritenibile atipica in quanto posta in essere attraverso una pratica estranea agli ordinari strumenti della concorrenza, e dunque difficilmente valutabile alla stregua dei criteri proposti negli Orientamenti. Come già rilevato, la categoria degli abusi ostruzionistici basati sulle *legal strategies*,

⁴⁷⁷ “[...] nell'opposto assunto dell'impresa esclusa [...], esiste in capo a ogni concorrente dell'impresa in posizione dominante [...] il diritto a non essere contrastata in senso esclusivo da atti illeciti, a ciò orientati, della dominante: il che prescinde dal fatto che una tale esclusione comporti una concreta diminuzione della concorrenza o dell'efficienza del mercato, perché si deve aver riguardo, ai fini del disvalore, alla sola condotta tenuta dall'impresa dominante [...] L'illecito, cioè, si perfeziona con la condotta anticoncorrenziale, purché di suo idonea a turbare il suo funzionamento corretto e in esso la libertà stessa del mercato. È sufficiente a integrarlo già la mera potenzialità dell'effetto restrittivo. Ed è perciò già la correttezza del comportamento economico del concorrente che l'ordinamento intende garantire, non necessariamente la sola, oggettiva, concorrenzialità del mercato. L'ordinamento, del resto, a protezione della concorrenza (seppur dal lato delle altre imprese piuttosto che dell'efficienza generale del mercato) già da tempo si preoccupa di assicurare la lealtà del comportamento concorrenziale” [Iv]

⁴⁷⁸ Il diritto che il Consiglio riconosce al concorrente, d'altronde, troverebbe la propria fonte nella natura stessa degli abusi escludenti, i quali si concretizzano nell'ostacolare l'affermarsi o il persistere di una concorrenza effettiva per la dominante. In simili situazioni, a prescindere dall'obiettivo primario attribuito alla norma, l'accertata lesione dell'interesse pubblico affinché non si determini la distorsione della concorrenza attraverso l'apposizione di ingiustificabili barriere all'ingresso del mercato, viene indubbiamente a riflettersi nella dimensione privatistica, consentendo al concorrente indebitamente escluso di ottenere tutela. D'altro canto, negare un diritto del singolo a non subire una lesione nella propria sfera giuridico soggettiva come conseguenza della condotta anticoncorrenziale, significherebbe smentire la sussistenza del *private enforcement* riconosciuto nel nostro ordinamento attraverso l'art. 33 della legge n. 287/90.

⁴⁷⁹ “[...] sono da rigettarsi le censure riproposte, relative all'asserita qualificazione dell'illecito in termini di gravità del comportamento complessivo di Coop Estense, essendo evidenti i potenziali svantaggi per i consumatori e dovendo l'AGCM tener conto sia della durata che della stessa gravità dell'infrazione, in termini di effetti negativi sui consumatori e sui concorrenti” [CdS, sent. 08 aprile 2014, n. 1673, *Coop Estense/Esselunga*, p. 6]

riguardano l'uso distorto dei diritti riconosciuti dall'ordinamento. Nonostante si tratti di condotte tali da determinare un effetto escludente anche se poste in essere da un "operatore microbico"⁴⁸⁰, anche in tal caso la criticità deriverebbe dal soggetto che le pone in essere, in quanto lo specifico abuso da parte di un'impresa dominante si collocherebbe in un mercato già concorrenzialmente precario, con la conseguenza di comprometterne ulteriormente il corretto funzionamento ed infrangere la speciale responsabilità. Inoltre, in simili contesti sarebbe difficilmente ipotizzabile il riscontro di una giustificazione di ordine economico, posto che lo strumento con cui si determina l'esclusione sarebbe del tutto slegato dalla concreta attività di produzione e vendita dell'*output*⁴⁸¹.

In questi casi, il vero nodo applicativo riguarda il fatto che l'abuso corrisponda all'esercizio di un diritto: aspetto che impone una delicata ricerca della corrispondenza fra la finalità alla base del diritto e il suo concreto esercizio. Riemerge dunque l'abuso del diritto come principio in grado di accertare la lesione della concorrenza da parte di condotte altrimenti legittime, ed è proprio alludendo a tale principio che il Consiglio ha attribuito il carattere della "emulatività" alle condotte di Coop Estense⁴⁸², riscontrandovi come unico intento quello di impedire ad Esselunga l'accesso alle infrastrutture essenziali.

⁴⁸⁰ Cfr. V. C. ROMANO, "L'abuso di posizione dominante da fatto lecito", in "Il Foro italiano", 2014, v. 139, f. 10, pag. 617

⁴⁸¹ Si ritrova una conferma nella sentenza in esame: "la condotta in esame costituisce una pratica estranea alla concorrenza basata sui meriti, nella misura in cui determina una restrizione della possibilità per i concorrenti di competere efficacemente sul mercato. Il presunto interesse economico che Coop Estense avrebbe inteso tutelare, anche frapponendosi agli iter autorizzativi avviati da Esselunga, non può in nessun caso essere considerato una giustificazione sufficiente a supportare la liceità della sua condotta che, in quanto volta unicamente ad escludere la concorrenza, costituisce una violazione della disciplina antitrust".

⁴⁸² "La strumentalità e la stessa emulatività dei comportamenti di Coop Estense viene in evidenza dalle circostanze fattuali: nel caso di Modena, con l'acquisto, in modo patentemente antieconomico perché squilibrato rispetto al valore e al prezzo corrente di uno dei restanti comparti di terreno dove era

CONCLUSIONI

Fra gli illeciti anticoncorrenziali, l'abuso di posizione dominante sembrerebbe la più emblematica espressione della filosofia ordoliberal, sintetizzabile nella logica secondo cui "chi detiene il potere non ha diritto di essere libero e chi vuole essere libero non dovrebbe detenere il potere"⁴⁸³. In effetti, la posizione dominante comporta, per chi la detiene, una limitazione in apparente contraddizione con l'intento che solitamente muove chi agisce nel mercato dalla parte dell'offerta, inibendo l'aspirazione dell'*incumbent* ad incrementare ulteriormente la propria quota concorrendo aggressivamente nel mercato, come invece potrebbe – e come d'altronde possono i suoi *competitors* – qualora non detenesse quel significativo potere.

Naturalmente, tali limitazioni non sono frutto di un capriccio del legislatore, né tantomeno potrebbero imputarsi all'invidia di chi, viceversa, resta privo della capacità di dirigere il mercato, rappresentando piuttosto la preoccupazione per i pericoli, seri e concreti, che l'elevata concentrazione di potere economico rappresenta rispetto all'emergere di quelle positive implicazioni generalmente attribuite alla libera e fisiologica competizione fra agenti economici.

possibile realizzare strutture di grande distribuzione - e quando già Esselunga aveva effettuato un ingente investimento di capitali, al solo evidente fine di impedirvi l'insediamento della struttura di Esselunga, e con la successiva opposizione di Coop Estense all'approvazione del piano particolareggiato da parte del Comune" [CdS, sent. 08 aprile 2014, n. 1673, *Coop Estense/Esselunga*, p. 3]

⁴⁸³ Citazione attribuita a Franz Bohm [P. KOSTANDIN, *op. cit.*, pag. 46]

Invero, non solamente lo Stato, appare in grado di incidere sul funzionamento della società, potendovi incidere anche il privato che nella realtà economica sia in grado di dirigere il mercato. E allora sorge l'esigenza del Diritto, che lungi dal limitarsi nel frenare il potere politico, pone dei limiti anche al potere economico, attribuendo una speciale responsabilità in capo all'*incumbent*.

Sia chiaro, la sola presenza di siffatta posizione renderebbe pur sempre irraggiungibile l'equilibrio del mercato perfettamente concorrenziale, situazione peraltro più teorica che realmente ipotizzabile, ma con gli opportuni istituti si potrebbe almeno impedire che la dominante tiranneggi a detrimento del benessere del consumatore: obiettivo ormai assodato dell'*enforcement* antitrust, sebbene non univocamente descritto.

Proprio sulla concreta finalità del divieto sorgono però i dubbi più basilari, logicamente tali da ripercuotersi sull'incerta portata del peculiare dovere di diligenza. Si è dunque cercato di dedurre, indagando fra gli abusi fin ora accertati, un contenuto più preciso per la responsabilità della dominante. Al termine della ricerca, tuttavia, la questione resta aperta e controversa in ragione della mancanza di chiarezza su quali comportamenti infrangerebbero il divieto in parola, che pure non potrebbe considerarsi in altro modo se non istitutivo di un illecito "di mera condotta".

La lettera della norma fornisce un aiuto parziale individuando un insieme di condotte esemplificative del divieto, seppure attraverso formule tanto late da non consentirne alcuna applicazione *per se*. Quest'aspetto, come chiariscono gli economisti, deve intendersi in maniera positiva, poiché limitarsi ad un'applicazione formalistica di proibizioni preconcrete non consentirebbe di appurare l'eventuale idoneità, della condotta imputata, a determinare conseguenze positive per il benessere del consumatore.

Soltanto attraverso un esame fattuale nel caso concreto si potrebbe accertare l'effetto illecito di una condotta che, d'altro canto, può esprimersi in comportamenti generalmente leciti, oltre che "ordinari", nell'attività di qualunque operatore economico, sicché l'abuso dovrebbe riscontrarsi in aspetti ulteriori rispetto alla forma dell'azione, fra i quali si riscontra la capacità di determinare una distorsione nella concorrenza senza apportare alcun bilanciamento idoneo a salvaguardare il benessere del consumatore.

Serve allora che il Diritto acquisisca una certa contezza di come funziona l'economia e di come ragiona l'imprenditore, ed è seguendo questi propositi che la Commissione ha promosso un processo di reinterpretazione degli abusi escludenti, offrendo agli interpreti gli strumenti per discernere l'abuso dalla legittima attività della dominante, tenendo presente che quest'ultima non può venir lesa, oltre il necessario, nel proprio diritto di competere sulla base dei propri meriti (*competition on merits*): confine ultimo della libertà dell'*incumbent*.

In realtà, anche quest'ultima nozione non sembra pacificamente interpretabile. Nel farvi soventemente riferimento, la giurisprudenza sembra alludere alla "corretta" competizione, attraverso la quale ciascun agente economico tenta di conquistare la preferenza della domanda, dunque riguarderebbe la pratica di un prezzo più conveniente, l'offerta di una maggiore varietà dei prodotti o servizi, ma anche l'innovazione soddisfattiva di un'esigenza avvertita nella società: tutti comportamenti attraverso i quali, tuttavia, può anche determinarsi un abuso.

Se è lo sfruttamento, e non la mera detenzione della posizione dominante, a dover essere sanzionato, servono parametri più precisi della generica correttezza, ed è in tal senso che assume importanza l'introduzione del "*as efficient competitor test*", il quale non si traduce in un cinico arretramento della tutela legale nei confronti dei concorrenti meno capaci, ma in un

parametro utile per comprendere se l'esclusione sia avvenuta a causa dello sfruttamento del maggior potere economico piuttosto che in ragione di una maggiore efficienza della dominante, la quale avrebbe così prevalso grazie ai propri meriti.

I nodi interpretativi che il suddetto parametro potrebbe sciogliere, sarebbero tuttavia limitati alla sola dimensione dei c.d. abusi escludenti "tipici", non trovando applicazione per gli abusi di puro sfruttamento – talmente sfuggenti a qualsiasi criterio predittivo che la giurisprudenza preferisce accertarli soltanto laddove sia palese la gravità – né, in massima parte, per gli abusi atipici.

Quest'ultima categoria, corrispondente all'applicazione della clausola generale, raccoglie le condotte abusive non riconducibili ad alcuno dei comportamenti esemplificati nella norma. Come si è osservato nel corso del presente elaborato, se si considera che le quattro categorie tipiche potrebbero includere tutti gli abusi realizzabili attraverso gli "ordinari" strumenti della concorrenza, l'atipicità non potrà che riguardare i comportamenti estranei a tale dimensione. Gli esempi più recenti, in effetti, hanno riguardato l'uso in senso anticoncorrenziale di diritti e prerogative conferite a vario titolo dall'ordinamento, dunque comportamenti rispetto ai quali sarebbe difficilmente ipotizzabile una giustificazione in termini di efficienza, risultando nettamente estranee rispetto alla concorrenza basata sui meriti.

Ovviamente ciò non significa che l'applicazione del divieto risulti più semplice in simili circostanze, emergendo la delicata necessità di sindacare sull'uso di diritti la cui sussistenza non appaia, di per sé, posta in dubbio. Si è dovuto così ricorrere al principio dell'abuso del diritto, riscontrando una non corrispondenza fra la *ratio* prevista dall'ordinamento e il concreto

esercizio del diritto, naturalmente tenendo conto dell'ostruzionismo indebitamente determinato verso la concorrenza.

La suggestiva soluzione con la quale si è estesa la portata del divieto al di fuori della dimensione strettamente economica, tuttavia, ha anche chiarito l'impossibilità di astrarre un contenuto univoco per la speciale responsabilità, la quale non potrà definirsi se non in relazione al singolo caso e alle concrete distorsioni che possano effettivamente verificarsi.

BIBLIOGRAFIA

ACOCELLA N., *“La politica economica nell'era della globalizzazione”*, Roma, Carocci, 2001

ADINOLFI A., DANIELE L. et al, *“L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002”*, Milano, Giuffrè, 2007

AFFERNI V. (a cura di), *“Concorrenza e mercato”*, Padova, Cedam, 1994

AGCM, *“Relazione annuale sull'attività svolta”*, (annate varie)

ALPA G., *“Manuale di diritto privato”*, Padova, Cedam, 2011

AMATO G., *“Il potere e l'antitrust: Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato”*, Bologna, Il Mulino, 1998

AMATO G., DENOZZA F., SCHWEITZER H., *“Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori: due fini confliggenti?”*, in *“Mercato concorrenza regole”*, 2009, 381 ss.

AMMANNATI L., *“La concorrenza in Europa”*, Padova, Cedam, 1998

ANTONIOLI M., “*Brevi riflessioni sullo spettro del sindacato devoluto al giudice amministrativo in tema di abuso di posizione dominante e individuazione geografica del mercato di riferimento*”, in “Giustizia civile”, 2000, pag. 2177 ss.

AREZZO E., “*Intellectual Property Rights at the Crossroad Between Monopolization and Abuse of Dominant Position: American and European Approaches Compared*”, in “The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law”, 2006, reperibile al sito repository.jmls.edu

ATTINA' F., NATALICCHI G., “*L'Unione Europea: governo, istituzioni, politiche*”, Bologna, Il Mulino, 2010

BASTIANON S., “*L'abuso di posizione dominante*”, Milano, Giuffrè, 2001

Id., “*Gli orientamenti sulle priorità della commissione nell'applicazione dell'art. 82 C.E. alle pratiche escludenti*”, in “Diritto Commerciale Internazionale”, 2009, pag. 61

Id., “*Diritto Antitrust dell'Unione Europea*”, Milano, Giuffrè, 2011

Id., “*Esselunga v. Coop Estense e la guerra tra supermercati. L'abuso di posizione dominante come illecito di mera condotta*”, in “Mercato concorrenza regole”, 2014, pag. 311 ss.

BELLIS J. F., “*Il diritto comunitario della concorrenza*”, Torino, Giappichelli, 2009

BENTIVOGLI C., TRENTO S., “*Economia e politica della concorrenza*”, Roma, Carocci, 2000

BERNINI G., “*La tutela della libera concorrenza e i monopoli: Common Law e legislazione, Antitrust statunitense, Volume 1*”, Giuffrè, 1963

Id., “*Un secolo di filosofia antitrust*”, Bologna, Clueb, 1991

BIN R., PITRUZZELLA G., “*Diritto costituzionale*”, Giappichelli, 2014

- BOGNETTI G., *“La Costituzione economica italiana”*, Milano, Giuffrè, 1995
- BUCCIROSSI P., *“Interpretazione e applicazione dell’art. 102: un esercizio di analisi economica del diritto”*, in RABITTI BEDOGNI C., BARUCCI P. (a cura di), *“20 anni di antitrust: l’evoluzione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato”*, Torino, Giappichelli, 2010
- CALAMIA M., *“La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario”*, Milano, Giuffrè, 2004
- CAMPOBASSO G.F., *“Diritto Commerciale - Diritto dell’impresa, Volume I”*, Torino, Utet, 2008
- CASSESE S. (a cura di), *“Diritto amministrativo generale”*, Milano, Giuffrè, 2000
- CASSESE S., *“La nuova Costituzione Economica”*, III ed., Roma, Laterza, 2004
- CROCENZI F. P., *“Quattro anni di repressione dell’abuso di posizione dominante in Italia”*, in *“Rivista Amministrativa della repubblica italiana”*, 1995, pag. 418 ss.
- CROCIONI P., *“Dall’esclusiva all’esclusione: le lezioni del caso Intel e le ragioni della Commissione”*, in *“Mercato concorrenza regole”*, 2013, pag. 333 ss.]
- FAELLA G., *“L’incerto status dei prezzi predatori e degli sconti selettivi nel diritto antitrust europeo”*, in *“Mercato concorrenza regole”*, 2013, pag. 267 ss.
- FAELLA G., PARDOLESI R., *“Squeezing price squeeze: la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario”*, in *“Mercato concorrenza regole”*, 2010, pag. 29 ss.
- FRANK R., BERNANKE B. S. et al., *“Principi di economia”*, III ed., Milano, McGraw-Hill, 2010

- GHEZZI F., OLIVIERI G., *“Diritto antitrust”*, Torino, Giappichelli, 2013
- GHIDINI G., AREZZO E., *“La tutela della concorrenza nella Costituzione economica comunitaria e nazionale”*, in RABITTI BEDOGNI C., BARUCCI P. (a cura di), *“20 anni di antitrust...”*, Torino, Giappichelli, 2010
- GHIDINI G., CAVANI G., PISERA' P. F., *“Abuso del diritto al brevetto e abuso di posizione dominante: il caso Pfizer”*, in *“Italian Antitrust Review”*, 2014, reperibile al sito iar.agcm.it
- GIGLIOBIANCO A., GIORGIANTONIO C., *“Concorrenza e mercato nella cultura italiana: idee, norme, rappresentazioni”*, reperibile al sito: www.bancaditalia.it
- GIOCOLI N., *“Impresa, concorrenza, regole”*, Giappichelli, 2009
- GOBBO F., *“Il mercato e la tutela della concorrenza”*, Il mulino, Bologna, 2001 (ed. or. 1997)
- GRADOZZI F., *“L'after market delle cartucce per stampanti”*, in *“Il diritto industriale”*, 2010, v. 18, f. 8, da pag. 409 ss.
- HANDLER M., STEUER R. M., *“Attempts to Monopolize and No-Fault Monopolization”*, in *“University of Pennsylvania Law Review”*, 1980, reperibile al sito scholarship.law.upenn.edu
- HUNTER A., *“Monopolio e concorrenza”*, Milano, F. Angeli, 1978
- IOANNIS L., *“Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law”*, in *“Centre for Law, Economics and Society, Working Paper Series”*, 2013, reperibile al sito: papers.ssrn.com
- KOSTANDIN P., *“Pianificazione urbanistica e abuso di posizione dominante”*, in *“Giornale di diritto amministrativo”*, 2014, pag. 39 ss.

LANDRETH H., COLANDER D. C., *“Storia del pensiero economico”*, Bologna, Il Mulino, 1996

LEPRE S., *“La revisione della disciplina dell’abuso di posizione dominante in Europa: per se rule vs rule of reason”*, in *“Diritto pubblico comparato ed europeo”*, 2010, pag. 1505 ss.

LIBERTINI M., *“La concorrenza degli antichi e la concorrenza dei moderni”*, in RABITTI BEDOGNI C., BARUCCI P. (a cura di), *“20 anni di antitrust...”*, Torino, Giappichelli, 2010

MAIHOFER W., *“Le tesi liberali di Friburgo”*, Firenze, Sansoni, 1974

MANGINI V., *“Lineamenti generali”*, in AA.VV., *“Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza”*, Torino, Giappichelli, 2009

MANKIW N. G., *“Principi di Economia”*, IV ed., Bologna, Zanichelli, 2007

MARCHETTI P., UBERTAZZI L. C., *“Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza”*, Padova, Cedam, 2012

MARCHISIO E., *“Contro l’abuso... della posizione dominante collettiva”*, in *“Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni”*, 2012, pag. 541 ss.

MOTTA M., POLO M., *“Antitrust: economia e politica della concorrenza”*, Bologna, Il Mulino, 2005

MUSELLI A. *“La difficile riconciliazione del diritto della proprietà intellettuale e del diritto della concorrenza: note a margine dei casi AstraZeneca e Pfizer”*, in AAVV., *“Concorrenza e mercato: rassegna degli orientamenti dell’Autorità garante”*, Milano, Giuffrè, 2013

NAPOLETANO G., *“Diritto della concorrenza”*, Roma, Lithos, 1996

NEUMANN M., *“Competition policy”*, Edward Elgar Publishing Ltd, 2001

OLIVIERI G., “*L’abuso di posizione dominante*”, in AUTERI P., FLORIDIA G., et al., “*Diritto industriale: proprietà intellettuale e concorrenza*”, Torino, Giappichelli, 2009

OSWALT W., “*Il liberismo egualitario contro la concentrazione del potere economico: l’ordoliberalismo di Walter Eucken*”, in “i-lex: Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale”, 2014, reperibile al sito www.i-lex.it

PARDOLESI R., “*Analisi economica e diritto antitrust*”, in RABITTI BEDOGNI C., BARUCCI P. (a cura di), “*20 anni di antitrust...*”, Torino, Giappichelli, 2010

PESCE C., “*I nuovi strumenti di public enforcement*”, Napoli, Editoriale scientifica, 2012

PIRAINO T. A., “*Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*”, “*Indiana Law Journal & Supplement*”, 2007, reperibile al sito ilj.law.indiana.edu

POLO M., “*L’intervento antitrust in materia di pratiche escludenti: lezioni dal dibattito recente*”, in RABITTI BEDOGNI C., BARUCCI P. (a cura di), “*20 anni di antitrust...*”, Torino, Giappichelli, 2010

ROMANO V. C., “*L’abuso di posizione dominante da fatto lecito*”, in “*Il Foro italiano*”, 2014, pag. 616 ss.

RONCAGLIA A., “*Introduzione*”, in SMITH A., “*La ricchezza delle nazioni*”, Roma, Newton, 1995

SCAGLIONE M., CARUSO B., “*Considerazioni sulla recente disciplina comunitaria delle concentrazioni e dell’abuso di posizione dominante delle imprese, con riferimento anche al settore pubblico*”, in “*Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*”, 2002, pag. 739 ss.

SHAVELL S., *“Fondamenti dell’analisi economica del diritto”*, Giappichelli, 2005

SKOURTIS A., *“Is consumer welfare the (only) way forward? A re-appreciation of competition law objectives ante portas in both US and EU”*, reperibile al sito: kluwercompetitionlawblog.com

STUCKE M. E., *“Reconsidering Antitrust’s Goals”*, in *“Boston College Law Review”*, 2012, reperibile al sito: papers.ssrn.com

SURDO R., *“Comunicazione della Commissione UE riguardo agli orientamenti...”*, in *“Quaderni di Diritto, Mercato e Tecnologia”*, 2012, reperibile al sito www.dimt.it

TESAURO G., D’ALBERTI M. (a cura di), *“Regolazione e concorrenza”*, Bologna, Il Mulino, 2001

UTTON M. A., *“Market dominance and antitrust policy”*, Cheltenham, Elgar, 2003

VANZETTI A., *“Codice della proprietà industriale”*, Giuffrè, 2013

VANZETTI A., DI CATALDO V., *“Manuale di diritto industriale”*, Milano, Giuffrè, 2012

WILS W. P. J., *“The Judgement of the EU General Court in Intel and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance”*, in *“World Competition: Law and Economics Review”*, 2014, reperibile al sito papers.ssrn.com

ZAGARI E., *“L’economia politica dal mercantilismo ai giorni nostri”*, Torino, Giappichelli, 2000

ZATTI F., *“Riflessioni sull’art. 41 Cost: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione”*, reperibile al sito: www.academia.edu

ZATTI P., COLUSSI V., “Lineamenti di diritto privato”, Padova, Cedam, 2013

Provvedimenti dell'AGCM

AGCM, provv. 412/1992, A5, *3C Communication*

AGCM, provv. 452/1992, A4, *Ancic/Cerved*

AGCM, provv. 453/1992, A13, *Marinzulich/Tirrenia*

AGCM, provv. 588/1992, A24, *APCA/COMPAG*

AGCM, provv. 1017/1993, A11, *Aeroporti di Roma*

AGCM, provv. 1532/1993, A55, *Sistema Telefonica Cellulare Gsm*

AGCM, provv. 1587/1993, A44, *Gruppo Sicurezza/Aeroporti di Roma*

AGCM, provv. 2170/1994, A68, *Viacard*

AGCM, provv. 2379/1994, A49, *Pozzuoli Ferries/Gruppo Lauro*

AGCM, provv. 2793/1995, A76, *Tekal/Italcementi*

AGCM, provv. 2970/1995, A65, *Sign/Stet-Sip*

AGCM, provv. 3077/1995, A64, *Assistal/Sip*

AGCM, provv. 3195/1995, A45, *SILB/SLAE*

AGCM, provv. 4062/1996, A146, *Compagnia Portuale Brindisi*

AGCM, provv. 4398/1996, A102, *Associazione Consumatori Utenti/Alitalia*

AGCM, provv. 6698/1998, A218, *Consorzio Risposta/Ente Poste Italiane*

AGCM, provv. 7804/1999, A224, *PepsiCo-IBG Sud/CocaCola Italia*

AGCM, provv. 8065/2000, A227, *Cesare Fremura Assologistica/FSI*

AGCM, provv. 8481/2000, A280, *Tiscali-Albacom/Telecom Italia*

AGCM, provv. 1845/2001, A56, *Società per Azioni Servizi Aeroportuali*

AGCM, provv. 10115/2001, A306, *Veraldi/Alitalia*

AGCM, provv. 10650/2002, A267, *Diano/Caronte*

AGCM, provv. 11404/2002, A298, *O.N.I./Cantieri Del Mediterraneo*

AGCM, provv. 13752/2004, A351, *Comportamenti abusivi di Telecom*

AGCM, provv. 15174/2006, A358, *Eni-Trans Tunisian Pipeline*

AGCM, provv. 15175/2006, A363, *Glaxo-Principi Attivi*

AGCM, provv. 15632/2006, A362, *Diritti Calcistici*

AGCM, provv. 17131/2007, A357, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*

AGCM, provv. 17481/2007, A390, *Enel distribuzione/attivazione fornitura...*

AGCM, provv. 17522/2007, A372, *Mercato del calcestruzzo...*

AGCM, provv. 18692/2007, A398, *Morosità pregresse Telecom*

AGCM, provv. 19020/2008, A376, *Aeroporti di Roma*

AGCM, provv. 22558/2011, A415, *Sapex Agro/Bayer-Helm*

AGCM, provv. 23144/2011, A432, *Comuni Vari-Espletamento Gare...*

AGCM, provv. 23194/2012, A431, *Ratiopharm/Pfizer*

AGCM, provv. 23639/2013, A428, *Wind-Fastweb/Condotte Telecom Italia*

AGCM, provv. 24190/2013, A442, *Assofort/ADR-Servizi Aeroportuali*

AGCM, provv. 24293/2013, A441, *Applicazione Dell'iva Sui Servizi Postali*

Giurisprudenza nazionale

Tar Lazio, sent. 4 giugno 2007, n. 5115, *Compagnia Portuale Brindisi*

Tar Lazio, sent. 7 aprile 2008, n. 2900, *Tele2/Tim-Vodafone-Wind*

Tar Lazio, sent. 20 giugno 2012, n. 7467, *Ratiopharm/Pfizer*

Tar Lazio, sent. 2 agosto 2013, n. 7826, *Esselunga/Coop Estense*

CdS, sent. 12 febbraio 2014, n. 693, *Ratiopharm/Pfizer*

CdS, sent. 08 aprile 2014, n. 1673, *Esselunga/Coop Estense*

App. Milano, sent. 16 settembre 2006, *Avir/Eni*

Cass, sent. 16 maggio 2007, n. 11258

Cass. SU, sent. 15 novembre 2007, n. 23726

Cass, sent. 18 settembre 2009, n. 20106

Decisioni della Commissione Europea

Commissione, dec. 24 luglio 1991, n. 163/1992, *Tetra Pak II*

Commissione, dec. 20 luglio 1999, n. 12/2000, *Coppa del mondo di calcio*

Commissione, dec. 20 giugno 2001, n. 405/2002, *Michelin II*

Commissione, dec. 24 marzo 2004, n. 900/2004, *Microsoft*

Commissione, dec. 14 maggio 2007, n. 624/1997, *Irish Sugar*

Giurisprudenza comunitaria

Trib. I grado, 8 ottobre 1996, T-24/1993, *Compagnie Maritimes Belge*

Trib. I grado, sent. 7 ottobre 1999, T-228/1997, *Irish Sugar/Commissione*

Trib. I grado, sent. 6 luglio 2000, T-62/1998, *Volkswagen/Commissione*

Trib. I grado, sent. 6 giugno 2002, T-342/1999, *Airtours Plc/Commissione*

Trib. I grado, sent. 30 settembre 2003, T-203/2001, *Michelin II*

Trib. I grado, sent. 17 settembre 2007, T-201/2004, *Microsoft/Commissione*

Trib. I grado, sent. 1 luglio 2010, T-321/2005, *AstraZeneca/Commissione*

Trib. I grado, sent. 12 giugno 2014, T-286/2009, *Intel/Commissione*

CG, sent. 8 giugno 1971, C-78-70, *Deutsche Grammophon*

CG, sent. 21 febbraio 1973, C-6/72, *Continental Can/Commissione*

CG, sent. 6 marzo 1974, C-6/73, C-7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano-Commercial Solvents Corporation/Commissione*

CG, sent. 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands/Commissione*

CG, sent. 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*

CG, sent. 3 gennaio 1983, C-322/81, *Michelin I*

CG, sent. 5 ottobre 1988, C-238/87, *Volvo AB*

CG, sent. 5 dicembre 1988, C-53/87, *CICRA/Renault*

CG, sent. 13 luglio 1989, C-395/87, *Tournier*

CG, sent. 23 aprile 1991, C-41/90, *Hofner/Macroton*

CG, sent. 3 luglio 1991, C-62/86, *Azko Chemie/Commissione*

CG, sent. 2 marzo 1994, C-53/92, *Hilti*

CG, sent. 6 aprile 1995, C-241/91 e C-242/91, *RTE/Magill Tv*

CG, sent. 26 novembre 1998, C-7/97, *Oscar Bronner*

CG, sent. 16 marzo 2000, C-396/96, *Compagnie Maritime Belge/Commissione*

CG, sent. 29 aprile 2004, C-418/01, *IMS Health*

CG, sent. 15 marzo 2007, C-95/04, *British Airways/Commissione*

CG, sent. 2 aprile 2009, C-202/07P, *France Télécom/Commissione*

CG, sent. 27 marzo 2012, C-209/10, *Post Danmark*

CG, sent. 9 aprile 2012, C-549/2012 P, *Tomra*

CG, sent. 6 dicembre 2012, C-457/10 P, *AstraZeneca*