



ANTONELLA CORRENTI\*

## IL RIFIUTO A CONTRARRE NELL'ANTITRUST: MODELLI COMPARATIVI A CONFRONTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rifiuto a contrarre: genesi, evoluzione e applicazione. – 3. L'esperienza europea: il sentiero tracciato dalle decisioni della Corte di giustizia. – 4. L'obbligo a contrarre nel sistema italiano e la valenza dell'art. 2597 c.c. dopo la legge 287 del 1990. – 5. Conclusioni: quali prospettive?

### 1. Premessa

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

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

Accanto al rifiuto puro e semplice sono configurabili condotte con cui l'impresa dominante accetta di concludere un contratto a condizioni tali da risolversi di fatto in un diniego di negoziare. Basti pensare all'imposizione di prezzi eccessivi su beni essenziali, ovvero alla richiesta di prestazioni supplementari, non domandate dal contraente, cui si subordini la fornitura del bene contrattato ("*tying*" o pratica legante).

Se il *refusal to deal* in funzione di una relazione già esistente tra l'impresa dominante e l'impresa destinataria evoca questioni che attengono per lo più all'affidamento contrattuale e al disagio economico cagionato all'impresa discriminata, nell'ottica più generale della

---

\* Dottore di ricerca in Fondamenti del diritto europeo e metodologia comparatistica, Università di Palermo.

salvaguardia della concorrenza sul mercato si tende ad attribuire rilievo al rifiuto opposto a nuovi clienti, ossia a soggetti con cui l'impresa dominante non abbia intrattenuto alcun rapporto commerciale.

L'approccio ai fenomeni di diniego verso nuovi potenziali partners commerciali consente di accostarsi alla dottrina delle *essential facilities*, di matrice nordamericana, la cui elaborazione ha portato alla progressiva affermazione di un principio giurisprudenziale che preclude al gestore di un'infrastruttura, indispensabile per lo svolgimento di determinate attività imprenditoriali su mercati a valle, la possibilità di negare ingiustificatamente l'accesso a condizioni eque e non discriminatorie a terzi concorrenti.

La dottrina in esame, pur essendo stata riconosciuta in ambito europeo e in altre parti del mondo, non ha trovato in sé la forza per superare le critiche prospettate dalla giurisprudenza americana in relazione agli effetti negativi, in termini di innovazione ed efficienza, che un indiscriminato utilizzo della stessa potrebbe determinare.

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

La lacuna normativa verrà colmata solo nel 1990 con la legge n. 287, a un secolo di distanza rispetto agli Stati Uniti, considerati la patria del diritto antitrust per l'emanazione della più antica legislazione in materia: lo *Sherman Act* del 1890.

Fino all'entrata in vigore della legge nazionale antitrust, in difetto di una normativa *ad hoc* che sanzionasse gli abusi dell'impresa dominante a danno dei consumatori, si suggeriva in dottrina un'estensione dell'art. 2597 c.c. fondata sull'identità di *ratio*, enucleando dal secondo comma dell'art. 41 Cost. precisi vincoli all'operare dell'impresa, destinati ad attualizzarsi quando le scelte imprenditoriali fossero entrate in contrasto con valori costituzionalmente garantiti e di rango superiore rispetto alla libertà di iniziativa economica, quali il pieno sviluppo della personalità individuale ed il principio di eguaglianza (artt. 2 e 3 Cost.). Siffatta impostazione, disattesa da quella giurisprudenza che negava l'applicabilità in via analogica della norma codicistica al monopolista di fatto, ha ricevuto un notevole impulso dalla normativa comunitaria volta a contrastare gli abusi di posizione dominante.

La previsione dell'art. 82 del Trattato Istitutivo della Comunità Europea (TCE), oggi art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), vieta lo sfruttamento abusivo della posizione dominante sul mercato comune, o su una parte sostanziale di questo, ad opera di una o più imprese, nella misura in cui tale sfruttamento possa essere pregiudizievole al commercio tra gli Stati membri<sup>1</sup>.

Il tema dell'applicazione analogica dell'art. 2597 c.c. nel diritto interno ha perso gran parte della sua importanza a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 3 della legge n. 287/1990 che, sulla falsariga della disciplina comunitaria, vieta «l'abuso da parte di una o più imprese

---

<sup>1</sup> M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 434. Libertini chiarisce che «alle origini del diritto europeo sulla tutela della concorrenza sta il filone culturale dell'*Ordoliberalismus* della Scuola di Friburgo», individuandone i capisaldi nella considerazione della concorrenza non come un fenomeno naturale, ma come «un gioco regolato dall'ordinamento giuridico»; nell'attribuzione allo Stato del ruolo di garante al fine di «promuovere e tutelare la concorrenza come strumento per realizzare il maggior benessere collettivo»; nell'esigenza di contrastare «il potere di mercato delle imprese, che può costituire anche una fonte di pregiudizio per le libertà individuali»; nella constatazione che «le imprese devono essere poste in condizioni di competere ad armi pari, sulla base della qualità delle prestazioni offerte al mercato (*Leistungswettbewerb*)».

di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale od in una sua parte rilevante», censurando in particolare quei comportamenti diretti a «impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato...a danno dei consumatori...» (art. 3 cpv. lett. b).

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

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

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

## 2. Il rifiuto a contrarre: genesi, evoluzione e applicazione

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

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

L'introduzione delle norme dello *Sherman Act* ha reso necessario un contemperamento tra l'esigenza di tutela della concorrenza nel suo complesso e quella di salvaguardia dei bisogni dei singoli<sup>2</sup>.

Sebbene inizialmente le implicazioni della scienza economica sul diritto della concorrenza siano state sporadiche<sup>3</sup>, l'approccio all'analisi economica, nel tempo, è divenuto momento imprescindibile nell'interpretazione dei fenomeni di illecito antitrust.

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

Taluno, dubitando di una ricostruzione unitaria della figura, ha operato una tripartizione tra comportamenti rivolti alla creazione o al mantenimento di un monopolio,

<sup>2</sup> H. HOVENKAMP, *Un esame dell'antitrust del dopo Chicago*, in *Merc. conc. reg.*, 2001, pp. 11 ss.

<sup>3</sup> H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*, 2<sup>a</sup>ed., St. Paul, Minnesota, 1999, pp. 58 ss., secondo cui «one of the greatest myths about American antitrust policy is...that courts first began to adopt an “economic approach” to antitrust problems in the relatively recent past».

comportamenti diretti all'estensione del potere monopolistico da un mercato a un altro<sup>4</sup> e, in posizione residuale, fattispecie non riconducibili alle due categorie precedenti<sup>5</sup>.

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

Nel 2007 l'*Antitrust Modernization Commission* commentava che «refusals to deal with rivals in the same market should rarely, if ever, be unlawful under antitrust law, even for a monopolist», enucleando «the longstanding principle that, in general, firms have no duty to deal with a rival in the same market»<sup>6</sup>.

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

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

La Suprema Corte si pronunciava a favore di quest'ultimi, ravvisando nella condotta una violazione tanto della prima quanto della seconda Sezione dello *Sherman Act*<sup>7</sup>. Il servizio conteso era considerato una risorsa essenziale: le imprese denunciate gestivano tutti gli accessi ferroviari alla città e gli annessi sistemi di deposito, con relativa monopolizzazione e di quella attività e di tutte le altre ad essa collegate.

Qualche anno dopo la Corte Suprema nel celebre caso *Colgate*<sup>8</sup> si adoperava per conciliare, in una problematica *ratio decidendi* destinata a una serrata critica da parte della giurisprudenza successiva, il principio dell'autonomia contrattuale con le limitazioni derivanti dalle tutele riconosciute ai consumatori, quali arbitri (o addirittura sovrani) che regolano il gioco della concorrenza in un mercato aperto.

In *Colgate* si trattava della libertà delle imprese di scegliersi le controparti contrattuali definendo clausole le quali, se (perfezionate verbalmente ed) espresse in un accordo scritto, avrebbero potuto assumere connotati di illiceità<sup>9</sup>.

La *Colgate*, produttrice di saponette e articoli da toilette distribuiti su tutto il mercato americano, era accusata di aver rifiutato di approvvigionare i clienti che intendevano rivendere i prodotti a prezzi inferiori rispetto a quelli fissati dalla ditta.

Alla pronuncia della Corte Suprema si deve l'elaborazione del cosiddetto *intent test* per individuare le ipotesi di rifiuto integranti gli estremi dell'abuso: più specificatamente, per la

<sup>4</sup> Il c.d. *monopoly leveraging test* costituisce una delle teorie più importanti nella considerazione dei fenomeni di rifiuto, la cui introduzione si suole ricondurre alla pronuncia della Corte Suprema *United States V. Griffith et al.*, 334 U.S. 100 (1948).

<sup>5</sup> L. GLAZER KENNETH, B. LIPSKY ABBOT, *Unilateral refusals to Deal Under Section 2 of the Sherman Act*, 63 *Antitrust L.J.* 749 (1995).

<sup>6</sup> *Antitrust Modernization Comm'n Report and Recommendations 101* (2007), in [www.govinfo.library.unt.edu](http://www.govinfo.library.unt.edu).

<sup>7</sup> *United States v. Terminal R.R. Association*, 244 U.S. 383 (1912).

<sup>8</sup> *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307 (1919).

<sup>9</sup> Non è questa la sede per l'approfondimento della (o meglio delle) dottrine derivanti da *Colgate*: si deve però segnalare che dal tentativo di conciliare tutela antimonopolistica della concorrenza e libertà di contratto si è generato il *rebus* più intricato (e litigato) dell'intero *antitrust* statunitense, vale a dire quello della cospirazione tacita verticale sui prezzi (si veda A. CUCINOTTA, *Resale price maintenance. Teoria economica e analisi giuridica nell'antitrust statunitense*, Milano, 2003 e, in particolare, pp. 223 ss.).

qualificazione in termini negativi del diniego assume rilievo la finalità perseguita dall'impresa di creare o rafforzare una posizione di dominio<sup>10</sup>.

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

Una delle prime applicazioni si riscontra nella vicenda *Kodak*, in cui l'intento monopolizzatore era individuato dalla Corte Suprema nella volontà dell'impresa di integrare la fase di rivendita di prodotti fotografici e nel conseguente rifiuto della stessa di contrarre con i grossisti che non avevano ceduto la propria struttura di rivendita<sup>11</sup>: in questo caso il servizio complementare era collegato (con presumibile intento di monopolizzazione) al bene oggetto della prestazione principale, con effetti anticompetitivi che potevano essere colti soltanto in una prospettiva dinamica, congetturando sugli effetti nel tempo della condotta delle imprese e tenendo inevitabilmente conto della struttura del mercato del bene principale rispetto al servizio complementare.

Qualche decennio dopo, nella causa *United States v. Grinnel Corporation* la Corte Suprema ravvisava nell'intento di monopolizzazione un elemento costitutivo della fattispecie abusiva («The offense of monopoly under § 2 of the Sherman Act has two elements: (1) the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident»)<sup>12</sup>.

L'*intent test* è richiamato dalla giurisprudenza nordamericana nella nota controversia *Aspen Skiing Co. V. Aspen Highlands Corporation*, considerata il *leading case* in materia<sup>13</sup>.

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

La Corte Suprema, pur ribadendo il principio della libertà di contrarre dell'impresa esercente un potere monopolistico (*Aspen Skiing Company*), riconosceva un intento escludente nel mancato rispetto dell'accordo originario da parte del soggetto più forte economicamente e imponeva al *defendant* di contrattare con l'impresa rivale.

In quella circostanza la Corte considerava il profilo soggettivo quale indice di riferimento per chiarire la natura esclusionaria o anticoncorrenziale della condotta, sul rilievo - già espresso in precedente pronuncia<sup>14</sup> - che «no monopolist monopolizes unconscious of what he is doing»<sup>15</sup>.

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

<sup>10</sup> *United States v. Colgate & Co.*, cit., 544: «In the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the act does not restrict the long recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal».

<sup>11</sup> *Eastman Kodak Co. v. Southern Photo Materials Co.*, 273 U.S. 359 (1927).

<sup>12</sup> *United States v. Grinnel Corp.*, 384 U.S. 563, 570-571 (1966).

<sup>13</sup> *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

<sup>14</sup> *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F.2d 432 (1945).

<sup>15</sup> *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, cit., 602.

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

Non mancano poi casi in cui la volontà dell'operatore dominante viene ricondotta alla prevedibilità dell'effetto escludente: indicatore che di volta in volta può essere osservato dalla prospettiva di chi agisce o di un terzo estraneo al rapporto, o coincidere con la redditività della condotta<sup>16</sup>.

In altre decisioni l'attenzione dei giudici si è soffermata sull'esistenza di ragioni oggettive a fondamento del contegno suscettibile di pregiudicare la concorrenza sul mercato<sup>17</sup>. La giustificazione dell'impresa leader di aver rifiutato di contrattare al solo scopo di evitare l'indebolimento della propria posizione di dominio su un determinato mercato è stata considerata nondimeno priva di rilievo decisivo<sup>18</sup>.

In questa prospettiva lo standard di valutazione delle condotte si è talora incentrato sul *welfare balancing approach*, ossia sulla comparazione tra la giustificazione offerta dal *defendant* e gli effetti anticoncorrenziali della sua condotta<sup>19</sup>.

Al *balancing test* si è ispirata la decisione della Corte d'Appello del District of Columbia nel caso *Microsoft*, enunciando un criterio di giudizio che svaluta l'elemento soggettivo in favore di una pluralità di profili oggettivi: l'effetto esclusionario dell'atto, la giustificazione pro-concorrenziale offerta dal *defendant*, la comparazione tra vantaggio pro-concorrenziale e danno anticoncorrenziale<sup>20</sup>.

A un deciso superamento dell'*intent approach* si è assistito nel caso *Brooke Group*, in tema di condotte predatorie, ove la Corte Suprema ha chiarito che «Even an act of pure malice by one business competitor against another does not, without more, state a claim under the federal antitrust laws»<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Si è osservato che sarebbe utile vagliare l'intento attraverso una comparazione delle restrizioni con le efficienze, al fine di stabilire il carattere lecito o illecito della condotta (S.C. SALOP, R. C. ROMAINE, *Preserving monopoly: economic analysis, legal standards, and Microsoft*, 7 *Geo. Mason L. Rev.* 617, 659 (1999).

<sup>17</sup> *Olympia Equipment Leasing Co. v. Western Union Telegraph Co.*, 797 F. 2d 370 (7th Cir. 1986), cert. denied, 480 U.S. 934 (1987): il *Seventh Circuit* non considerava abusivo il comportamento della *Western Union*, società che inizialmente deteneva un monopolio nei servizi telex, la quale decideva di ritirarsi dal mercato, rifiutando di svolgere un'attività di agenzia per i concorrenti.

<sup>18</sup> *City of College Station v. City of Bryan*, 932 F. Supp. 877, 888 (S.D. Tex. 1996).

<sup>19</sup> Il criterio di valutazione fu evocato dal Giudice Hand nel caso *U.S. v. Aluminium Company of America (ALCOA)*, cit., 416.

<sup>20</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001), 58: «From a century of case law on monopolization under § 2, however, several principles do emerge. First, to be condemned as exclusionary, a monopolist's act must have an "anticompetitive effect"... Second, the plaintiff, on whom the burden of proof of course rests, must demonstrate that the monopolist's conduct indeed has the requisite anticompetitive effect... Third, if a plaintiff successfully establishes a prima facie case under § 2 by demonstrating anticompetitive effect, then the monopolist may proffer a "procompetitive justification" for its conduct... Fourth, if the monopolist's procompetitive justification stands un rebutted, then the plaintiff must demonstrate that the anticompetitive harm of the conduct outweighs the procompetitive benefit... Finally, in considering whether the monopolist's conduct on balance harms competition and is therefore condemned as exclusionary for purposes of § 2, our focus is upon the effect of that conduct, not upon the intent behind it. Evidence of the intent behind the conduct of a monopolist is relevant only to the extent it helps us understand the likely effect of the monopolist's conduct». La decisione, in realtà, non riguarda una fattispecie di *refusal to deal* in senso stretto, ma una clausola legante (*tying arrangement*), con cui Microsoft condizionava i contratti di licenza del sistema operativo *Windows 95*, sul quale godeva di una posizione di dominio sul mercato, all'accettazione da parte degli acquirenti del *browser Explorer* (A. CUCINOTTA, *Il caso Microsoft: verso il monopolio di internet*, in *Foro it.*, 1998, IV, 343).

<sup>21</sup> *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 225 (1993).

L'insussistenza di un dovere legale di contrattare coi concorrenti in capo al monopolista è ribadito nel noto caso *Trinko*<sup>22</sup>, in cui un operatore verticalmente integrato e detentore di una posizione monopolistica nel mercato locale delle telecomunicazioni, la *Verizon*, era stato accusato di aver rifiutato o ritardato l'accesso alla rete locale del concorrente *AT&T*.

La Corte Suprema è pervenuta a una soluzione della controversia diametralmente opposta rispetto al caso *Aspen Skiing*, rilevandone le differenze: difettava nella specie l'interruzione di una relazione commerciale in corso (*joint venture*) tra il *defendant* e l'impresa concorrente («*Aspen Skiing is at or near the outer boundary of §2 liability. The Court there found significance in the defendant's decision to cease participation in a cooperative venture... The unilateral termination of a voluntary (and thus presumably profitable) course of dealing suggested a willingness to forsake short-term profits to achieve an anticompetitive end*»)<sup>23</sup>; non si era in presenza di servizi offerti direttamente al pubblico («*In Aspen Skiing, what the defendant refused to provide to its competitor was a product that it already sold at retail—to oversimplify slightly, lift tickets representing a bundle of services to skiers. ... In the present case, by contrast, the services allegedly withheld are not otherwise marketed or available to the public.*»)<sup>24</sup>; nel contegno dell'impresa dominante non era riscontrabile alcun intento di monopolizzazione («*In Aspen Skiing, the defendant turned down a proposal to sell at its own retail price, suggesting a calculation that its future monopoly retail price would be higher. Verizon's reluctance to interconnect ... tells us nothing about dreams of monopoly*»)<sup>25</sup>.

Nella controversia il Dipartimento di Giustizia aveva denunciato l'assenza di un significato economico nel comportamento dell'impresa dominante: il rifiuto non avrebbe avuto alcun senso sul piano economico, se non quello di eliminare o diminuire la concorrenza<sup>26</sup>.

Il *no economic sense test*, autorevolmente sostenuto in dottrina<sup>27</sup>, rappresenta un'evoluzione del *profit sacrifice test*, di difficile applicazione nei casi di rifiuto a contrarre in materia di risorse essenziali, poiché molte condotte pro-concorrenziali implicano una rinuncia ai profitti a breve termine in vista della realizzazione di maggiori profitti a lungo termine, come nel caso di investimenti nella ricerca e nello sviluppo.

Per ovviare alle segnalate aporie è stato suggerito uno standard di valutazione incentrato sul cosiddetto *Protected Profits Benchmark*<sup>28</sup>, che identifica «the level at which the monopolist is sacrificing direct profits by refusing to deal and at which a hypothetical equally efficient competitor would be available, and more efficient competitor would prosper». Lo standard in esame «allows the monopolist to obtain compensation sufficient

<sup>22</sup> *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004).

<sup>23</sup> *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, cit.*, 409.

<sup>24</sup> *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, cit.*, 410.

<sup>25</sup> *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, cit.*, 409.

<sup>26</sup> *Brief for the United States and the Federal Trade Commission as Amici Curiae Supporting Petitioner*, 15, *Verizon Communications, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*: «Conduct is "exclusionary" or "predatory" in antitrust jurisprudence if the conduct would not make economic sense for the defendant but for its elimination or softening of competition».

<sup>27</sup> G.J. WERDEN, *Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The "No Economic Sense" Test*, *supra this issue*, 73 *Antitrust L.J.* 413 (2006).

<sup>28</sup> S.C. SALOP, *Refusals to Deal and Price Squeezes by an Unregulated, Vertically Integrated Monopolist*, 76 *Antitrust L.J.* 709, 710 (2010).

to maintain its innovation and investment incentives, without impeding either efficient entry or the innovation incentives of competitors»<sup>29</sup>.

La soluzione proposta in applicazione del *PPB test* non soddisfa le aspettative di coloro che privilegiano una *rule of per se legality*, che mal si adatta tuttavia ai fenomeni di rifiuto in quanto «can be used by vertically integrated monopolists to maintain or enhance their monopoly power, to detriment of competition»<sup>30</sup>.

Se lo scopo di creazione, rafforzamento o mantenimento del potere di mercato incide negativamente sulle finalità del diritto antitrust, la stessa giurisprudenza avverte l'esigenza di conciliare il criterio soggettivo con strumenti di valutazione delle condotte abusive di carattere oggettivo, reputando imprescindibile la considerazione degli effetti delle presunte pratiche abusive<sup>31</sup>.

Una tensione irrisolta residua nella giurisprudenza americana nel rapporto tra proprietà intellettuale e legislazione a tutela della concorrenza, trattandosi di settori basati su regole antitetiche. Come efficacemente osservato, il brevetto assicura diritti di esclusiva su un'invenzione al fine di incentivare gli investimenti e lo sviluppo delle opere d'ingegno, mentre la *Section 2* dello *Sherman Act* contrasta il potere di mercato di un'impresa che si estrinsechi attraverso condotte volutamente escludenti con effetti anticoncorrenziali<sup>32</sup>.

Durante il periodo in cui l'antitrust vestiva la sua primigenia versione (anni 1890-1920) le corti riconoscevano una sorta di presunzione legale di validità alla sfera dei diritti di proprietà intellettuale<sup>33</sup>. A partire dagli inizi del XX secolo, le Autorità antitrust hanno iniziato a vagliare il settore dei brevetti alla luce della normativa antimonopolio<sup>34</sup>. La difficoltà di conciliare i due ambiti di riferimento scaturisce dalle opposte esigenze sottese: la tutela delle prerogative contenute nelle opere dell'ingegno e la necessità di mantenere l'equilibrio dei mercati concorrenziali.

Ancora oggi si controverte sulla disciplina applicabile al diniego di contrarre opposto dal titolare di un brevetto. La proprietà intellettuale non è diversa da altre forme di proprietà e il semplice possesso di un brevetto non conferisce necessariamente un potere di mercato. Il diniego, per assumere rilievo ai sensi della *Section 2* dello *Sherman act*, deve essere accompagnato da una finalità di esclusione dei concorrenti.

Appare allora evidente che le tensioni e i dubbi sorti in questo travagliato scenario rispecchiano, in generale, lo stato dell'arte e confermano il sentimento di incertezza destinato ad animare il panorama antitrust. A ciò si aggiunga che le sorti del diritto antitrust in generale, e del *refusal to deal* in particolare, nel modello americano dipendono dagli

<sup>29</sup> S.C. SALOP, *ivi*, 710.

<sup>30</sup> S.C. SALOP, *ivi*, 711.

<sup>31</sup> *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918), 238. Significative le parole pronunciate dal giudice Brandeis secondo il quale «lo scopo e il fine che si cercavano di raggiungere [...] sono fatti rilevanti. Questo non perché la buona intenzione renda lecita una regola altrimenti dubbia o viceversa, ma perché la conoscenza di un intento può aiutare il giudice ad interpretare i fatti e a predire le conseguenze».

<sup>32</sup> JORDAN MOLIVER, *Non-Possession as One-Tenth of the Law: Right to Refuse or Duty to Deal in Molecular Monopolies*, 14 *Colo. Tech. L.J.* 371 (2016).

<sup>33</sup> JORDAN MOLIVER, *ivi*, 380, definisce questo periodo come «an era of absolute patent primacy».

<sup>34</sup> *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co.*, 243 U.S. 502 (1917). Nel caso vagliato, un proiettore cinematografico brevettato era stato venduto con la restrizione aggiuntiva che l'invenzione poteva essere utilizzata solo per la proiezione dei film del rivenditore. La Corte concludeva che «the function of scoping a patent claim was to provide bounds for the intellectual property, and tying the patented product to an unpatented product would effectively circumvent this process».



orientamenti giurisprudenziali che si susseguono in materia e che assumono un valore predominante.

### 3. *L'esperienza europea: il sentiero tracciato dalle decisioni della Corte di giustizia*

L'omessa tipizzazione della figura del rifiuto a contrarre nelle norme del Trattato a un superficiale approccio potrebbe far pensare a una svista del legislatore ma, a smentire siffatta lettura, v'è la circostanza che il fenomeno trova espresso riconoscimento normativo in diverse legislazioni nazionali antitrust.

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

In Italia di rifiuto si parla espressamente nella disciplina sulla subfornitura<sup>35</sup>.

Nel silenzio del legislatore europeo, la lacuna normativa può essere colmata facendo riferimento alla categoria dell'abuso di posizione dominante, in particolare alle cosiddette pratiche escludenti, ossia le condotte che implicano «una limitazione della produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico, a danno dei consumatori» e una discriminazione, sanzionate dall'art. 102, lett. b e c, TFUE.

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

Probabilmente l'assenza di regolamentazione espressa va ricercata nella «trasversalità della figura del refusal to deal rispetto a molte se non a tutte le pratiche espressamente elencate nella norma del Trattato»<sup>36</sup>: in questa prospettiva il rifiuto è illecito quando possa ravvisarsi un profilo di illiceità che consenta di ricondurlo ad una delle fattispecie tipiche.

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

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

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

La difficoltà nel tracciare il confine tra lecito e illecito è accresciuta dalla consapevolezza che, in queste fattispecie, si scontrano valori fondamentali: la libertà di

<sup>35</sup> L'art. 9 della legge 18 giugno 1998 n. 192 indica tra i casi di abuso di dipendenza economica il “rifiuto di vendere” e il “rifiuto di comprare”.

<sup>36</sup> V. MELI, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003, p. 8.

contrarre e di scegliere con chi contrattare dell'impresa dominante, da una parte, e il diritto degli eventuali concorrenti di accedere ad una determinata risorsa, dall'altra.

Se è vero che ciascuna impresa può selezionare gli operatori con cui intrattenere rapporti commerciali e, una volta operata la scelta, stabilire le condizioni e i termini dell'offerta<sup>37</sup>, per l'impresa in posizione dominante le cose stanno diversamente, posto che, in presenza di determinati presupposti, grava su di essa l'obbligo di contrarre.

L'eventuale rifiuto, in quanto promanante da un'impresa destinataria di una speciale responsabilità, assume i contorni di una pratica vietata ai sensi dell'art. 102 TFUE<sup>38</sup>.

Nella trattazione del dispiegarsi del fenomeno nel sistema europeo del diritto della concorrenza occorre distinguere il periodo anteriore all'introduzione dell'*essential facility doctrine* e quello successivo, in coincidenza con la creazione del mercato unico europeo<sup>39</sup>.

Nella prima fase è prevalso un approccio all'abuso sganciato dal contesto in cui esso si inseriva.

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

Successivamente la politica concorrenziale si è interrogata sulla possibilità di estensione della normativa a tutela della concorrenza ai monopoli pubblici, al fine di reprimere il tentativo dei monopolisti legali di ampliare, "con un effetto leva", il monopolio nei mercati a valle<sup>40</sup>. Ha fatto così ingresso nella logica comunitaria il *leverage* di matrice statunitense<sup>41</sup>, che può integrare un vero e proprio *test* di valutazione dell'illiceità del rifiuto: si è registrato un mutamento di prospettiva che, in linea con il più risalente diritto statunitense, si spinge oltre il rifiuto, guardando alle conseguenze della presunta pratica abusiva sul mercato.

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

Nel caso *Commercial Solvents* un gruppo farmaceutico statunitense (la *Commercial Solvents Corporation*), tramite l'Istituto Chemioterapico Italiano, sua controllata, aveva interrotto la fornitura delle materie prime (il nitropropano e l'aminobutanolo), nel cui mercato vantava una posizione di dominio, a un cliente, il Laboratorio Chimico Farmaceutico Giorgio Zoja, che le adoperava per la produzione di una sostanza derivata (l'etambutolo), impiegata nella cura della tubercolosi polmonare. Lo scopo di tale contegno era quello di facilitare alla *Commercial Solvents* l'ingresso sul mercato a valle del prodotto finito.

<sup>37</sup> Sentenza del Tribunale di primo grado del 26 ottobre 2000, causa T-41/96, *Bayer AG c. Commissione*, in *Racc.*, 3383, 180.

<sup>38</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, in *Racc.*, 2011, I, 527, punto 53. Il principio della speciale responsabilità dell'impresa dominante si fa solitamente risalire a sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 1983, causa C-322/81, *NV Nederlandse Banden-Industrie-Michelin c. Commissione*, in *Raccolta*, 1983, I, 3461.

<sup>39</sup> V. MELI, *Rifiuto di contrattare*, cit., 26, distingue tra rifiuto di contrattare nella fase "costituyente" del diritto antitrust comunitario, in cui era prioritaria la creazione di un mercato unico europeo, e rifiuto di contrattare nella fase "costituzionale" del diritto *antitrust* comunitario, in cui - realizzato il mercato unico - l'obiettivo è divenuto quello della salvaguardia della concorrenza in senso proprio: in questa seconda fase sul modello dell'*antitrust* americano, si è assistito a una più penetrante invocazione dei paradigmi dell'analisi economica intimamente connessi alle questioni sottese alle fattispecie di illecito antitrust e il cui contributo appare imprescindibile. Sul tema, cfr. anche S. BISHOP, M. WALKER, *Economic of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 2 ed., London, 2002.

<sup>40</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 1974, causa C-155/73, *Giuseppe Sacchi*, in *Raccolta*, 1974, 409.

<sup>41</sup> Cfr. Corte Suprema degli Stati Uniti, *United States v. Griffith et al.*, cit.

La Commissione aveva sanzionato la condotta in quanto rivolta a eliminare dal mercato comune uno dei principali produttori d'etambutolo, arrecando un pregiudizio grave al mantenimento di condizioni di concorrenza effettiva<sup>42</sup>.

La Corte di giustizia si concentrava invece sul comportamento dell'impresa dominante, che aveva interrotto il rapporto contrattuale con un'impresa cliente, mossa dall'intento di monopolizzazione: «il detentore di una posizione dominante sul mercato delle materie prime che, nell'intento di riservare tali materie prime alla propria produzione di prodotti finiti, rifiuta di rifornire un proprio cliente, anch'esso fabbricante di prodotti finiti, col rischio di eliminare del tutto dal mercato il cliente e concorrente, ... sfrutta in modo abusivo la propria posizione dominante»<sup>43</sup>.

Come condivisibilmente osservato, la fattispecie *Commercial Solvents* si caratterizza per due aspetti fondamentali che avranno una differente evoluzione in giurisprudenza: quello della illiceità *per sé* della rottura del rapporto contrattuale, quale espressione del comportamento scorretto dell'impresa dominante, e quello dell'improvvisa interruzione della fornitura<sup>44</sup>; la chiave di lettura della controversia non va ricercata nei postulati della *essential facility doctrine*, ma piuttosto nel pregiudizio arrecato dalla pratica scorretta alla «capacità competitiva di un'impresa già controparte in un rapporto contrattuale in corso»<sup>45</sup>.

Nel caso *United Brands*<sup>46</sup>, qualche anno dopo, il rifiuto a contrarre dell'impresa in posizione dominante si manifestava in assenza di qualunque rapporto concorrenziale con l'impresa danneggiata: come nella controversia *Commercial Solvents* il rifiuto era rivolto ad un vecchio cliente, difettava nondimeno un intento dell'impresa leader di integrarsi a valle nella fase distributiva.

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

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

La trasgressione ai valori espressi nel Trattato CEE era individuata nella presa d'atto che il rifiuto «limita gli sbocchi a danno dei consumatori e provoca una discriminazione che può spingersi fino all'eliminazione di un operatore commerciale dal mercato considerato»: una condotta di questo tipo lede «la libertà di azione delle piccole e medie imprese, libertà nella quale rientra il diritto di preferire i prodotti della concorrenza»<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> Comm., 14 dicembre 1972, *Zoja/CSC-ICI*, in *GUCE* 31 dicembre 1972, L. 299, 51.

<sup>43</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 1974, cause C-6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation c. Commissione*, in *Raccolta*, 1974, 252, punto 25.

<sup>44</sup> Il primo aspetto in linea con la più datata elaborazione antitrust sarà sempre meno preso in considerazione dalla giurisprudenza successiva; il secondo, con i dovuti correttivi, diverrà, anche in giurisprudenza, uno dei principi cardine dell'analisi antitrust.

<sup>45</sup> V. MELI, *Rifiuto di contrattare*, cit., p. 49.

<sup>46</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 1978, causa C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione*, in *Raccolta*, 1978, 207.

<sup>47</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 1978, causa C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione*, cit., punti 182, 183, 193, 194.

A questa pronuncia si deve il merito di aver introdotto, nella riflessione giuridica sulla pratica, il profilo della “giustificabilità” del rifiuto<sup>48</sup>. La Corte ha riconosciuto all’impresa in posizione dominante «il diritto di tutelare i propri interessi commerciali», ove insidiati, purché il contegno difensivo sia proporzionato alla minaccia da fronteggiare<sup>49</sup> e non abbia lo scopo di rafforzare la posizione dominante dell’impresa<sup>50</sup>.

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

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

L’applicazione del criterio di proporzionalità ha condotto a risultati differenti nel caso *Benzine en Petroleum*. La Corte di giustizia ha ritenuto lecita la scelta delle imprese ricorrenti, che si occupavano della produzione e della distribuzione di prodotti petroliferi nei Paesi Bassi, di ridurre, in periodo di penuria, le forniture di benzina a un acquirente (la società olandese *Aardolie Belangen Gemeenschap BV*) di una percentuale più alta rispetto a quella applicata agli altri acquirenti: un simile contegno era giustificato dalla congiuntura economica e dall’assenza di uno stabile rapporto commerciale con l’impresa cliente<sup>51</sup>.

All’interruzione di un rapporto contrattuale in corso si assiste nella vicenda *Hugin/Liptons*, in cui l’esecutivo comunitario sanzionava il rifiuto opposto dalla *Hugin*, produttrice di registratori di cassa, di fornire a imprese indipendenti i pezzi di ricambio necessari per la manutenzione e la riparazione dei registratori, con l’effetto di eliminare un concorrente nel settore dei servizi di assistenza<sup>52</sup>.

La decisione era tuttavia annullata dalla Corte di giustizia che non riscontrava un pregiudizio al commercio fra gli Stati membri nel comportamento della *Hugin*, in quanto il rifiuto dell’impresa non aveva prodotto alcun effetto al di fuori della regione londinese e comunque del Regno Unito, in cui la *Lipton* esercitava la sua attività<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 1978, causa C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione*, cit., punto 184.

<sup>49</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 1978, causa C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione*, cit., punto 190: «pur potendosi ammettere un’eventuale reazione, questa deve essere proporzionata alla minaccia, tenuto conto della potenza economica delle imprese coinvolte».

<sup>50</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 1978, causa C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione*, cit., punto 189: «non è ... ammissibile un comportamento che abbia in realtà lo scopo di rafforzare la posizione dominante dell’impresa e di farne abuso».

<sup>51</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 1978, causa C-77/77, *Benzine Petroleum c. Commissione*, in *Raccolta*, 1978, 1527, punti 32-33: «dato che la posizione dell’ABG nei confronti della BP era, già da vari mesi prima dello scoppio della crisi, quella di un acquirente occasionale, non si può far carico alla BP di averle riservato, durante la crisi, un trattamento meno favorevole di quello usato alla clientela tradizionale; data la generale scarsità di prodotti petroliferi durante il periodo considerato e la situazione di emergenza in cui si trovava il complesso del mercato olandese, se la BP avesse applicato all’ABG il coefficiente di riduzione praticato ai clienti tradizionali, o un coefficiente pressoché identico, ciò avrebbe implicato una forte diminuzione delle forniture previste da questi clienti».

<sup>52</sup> Comm., 8 dicembre 1977, *Hugin/Liptons*, in *GUCE* 27 gennaio 1978, L 22, 23, punti 19-20.

<sup>53</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 31 maggio 1979, causa C-22/78, *Hugin c. Commissione*, in *Raccolta*, 1979, 1869.

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

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

Seppur in ambito comunitario non vi sia traccia del dibattito sviluppatosi nell'analisi antitrust statunitense<sup>54</sup>, la predetta teoria ha inciso profondamente nella valutazione da parte degli organi comunitari del fenomeno del rifiuto a contrarre.

Una delle prime applicazioni dei postulati del *leveraging* al rifiuto è rappresentata dalla causa *Tèlèmarketing*.

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

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

La Corte di giustizia, facendo ricorso a criteri di giudizio diversi dai precedenti, non stigmatizzava il rifiuto in sé, ma in quanto espressione di una strategia scorretta: «costituisce abuso...il fatto che l'impresa che detenga una posizione dominante su un determinato mercato si riservi o riservi ad un'impresa appartenente allo stesso gruppo, e senza necessità obiettiva, un'attività ausiliaria che potrebbe essere svolta da una terza impresa nell'ambito delle sue attività su un mercato vicino, ma distinto, con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di detta impresa»<sup>55</sup>.

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

Si realizza così una sorta di inversione dell'onere della prova: il rifiuto viene reputato oggettivamente abusivo e l'operatore dominante deve dimostrare le ragioni atte a renderlo giustificato<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, cit., p. 317 ss. La teoria del *leveraging*, introdotta dalla Corte Suprema americana negli anni trenta (*Carbice Corp. of America v. American Patents Development Corp.*, 283 U.S. 27, 1931), è stata criticata dalla Scuola di Chicago, secondo cui non possono essere incrementati i profitti di monopolio con l'estensione del monopolio ad un secondo mercato legato al primo (R.A. POSNER, *Antitrust law, an economic perspective*, Chicago, 2001, p. 197; R.H. BORK, *The Antitrust paradox: A Policy at War with Itself*, New York, 1978, p. 365).

<sup>55</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 1985, causa C-311/84, *CBEM/CLT e IPB*, in *Raccolta*, 1985, 3278, punto 27.

<sup>56</sup> Sul profilo della giustificabilità si soffermava l'Avv. Gen. Jacobs nella causa *Syfait* in tema di rapporti tra antitrust e commercio parallelo di prodotti farmaceutici, reputando in sé non abusivo il rifiuto opposto da un'impresa dominante per contenere il fenomeno delle esportazioni parallele; osservava che, a causa della peculiare regolamentazione del settore, specie con riferimento alle politiche di contenimento dei prezzi, il

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

Ad analoga conclusione la Corte di giustizia perviene nella controversia tra la *RTT* (*Régie des télégraphes et des téléphones*), impresa gestrice della rete telefonica pubblica esercente attività di omologazione di apparecchi telefonici, e la *GB-Inno-BM*, titolare di una pluralità di punti vendita di apparecchi non omologati e commercializzati a prezzi più convenienti<sup>57</sup>.

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

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

Nel caso *BBI/Boosey & Hawkes* la Commissione amplia le maglie della disciplina antitrust includendovi il riferimento alla concorrenza potenziale e, sul modello di *United Brands*, riconoscendo il diritto di accesso al bene nei limiti di conformità agli usi commerciali<sup>58</sup>.

La *Boosey & Hawkes*, impresa egemone nella produzione di strumenti in ottone a fiato, aveva rifiutato di fornire strumenti e pezzi di ricambio alla *GHH* (*Gabriel's Horn House*), suo rivenditore di strumenti per orchestre di ottoni, ed alla *RCN Music*, ditta riparatrice di simili strumenti, allorché queste ultime avevano costituito una società, la *BBI* (*Brass Band Instruments*), allo scopo di fabbricare e commercializzare su larga gamma strumenti per orchestre di ottoni (segnatamente i modelli più risalenti della *B&H* sui quali i diritti di esclusiva si erano estinti). Nel sanzionare la condotta la Commissione si affida ancora una volta al criterio di proporzionalità di matrice giurisprudenziale: «Un'impresa dominante può sempre prendere misure ragionevoli per proteggere i suoi interessi commerciali, sempreché esse siano eque e proporzionate alla minaccia»<sup>59</sup>.

commercio parallelo non era in grado di generare benefici di prezzo per i consumatori, che nel lungo periodo avrebbero potuto essere danneggiati dalla sottrazione di risorse da destinare all'innovazione (Conclusioni dell'Avv. Gen. F. G. Jacobs del 28 ottobre 2004, in *Raccolta*, 2005, I, 4611). La Corte di Giustizia non entrava tuttavia nel merito della questione dichiarando irricevibile il ricorso (Sentenza della Corte di giustizia del 31 maggio 2005, causa C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri contro GlaxoSmithKline plc e GlaxoSmithKline AEVE*, in *Raccolta*, 2005, I, 4609). Tre anni dopo le medesime questioni erano riproposte al giudice comunitario nel caso cd. *Syfait II* (Sentenza della Corte di giustizia del 16 settembre 2008, cause C-468-478/06, *Lelös Kai Sia e altri c. GlaxoSmithKline*, in *Raccolta*, 2008, I, 7139).

<sup>57</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 1991, *Régie des Télégraphes et des Télégraphes et des Téléphones (RTT) c. GB-INNO-BM S.A.*, C-18/88, in *Raccolta*, 1991, I, 5941. La controversia trae origine dal tentativo da parte della *RTT*, con opportune azioni giudiziarie, di ostacolare la vendita di apparecchi non omologati. La Corte, riprendendo il ragionamento seguito in *Tèlèmarketing*, considerava come abuso di posizione dominante «il fatto che un'impresa che detiene il monopolio sul mercato della costituzione e dell'esercizio della rete si riserva, senza obiettiva necessità, un mercato prossimo ma distinto, nella specie quello dell'importazione, della vendita, dell'allacciamento, del collaudo e della manutenzione degli apparecchi atti ad essere allacciati a detta rete, eliminando in tal modo ogni forma di concorrenza da parte di altre imprese» (punto 19).

<sup>58</sup> Comm., 29 luglio 1987, *BBI/Boosey & Hawkes*, in *GUCE* 9 ottobre 1987, L286, 36.

<sup>59</sup> Comm., 29 luglio 1987, *BBI/Boosey & Hawkes*, cit., punto 19.

A partire dagli anni novanta, in coincidenza con il processo di modernizzazione della disciplina comunitaria a tutela della concorrenza, il rifiuto assume rilievo anche nei confronti di clienti nuovi.

Si tratta di una svolta importante nel panorama del diritto concorrenziale.

Se appare naturale la repressione delle forme di rifiuto verso coloro con cui già il soggetto dominante si trovi ad intrattenere rapporti commerciali, più ardua si presenta la possibilità di stigmatizzare fattispecie nelle quali i destinatari siano nuovi clienti.

Questa innovazione è figlia di un più maturo approccio ai fenomeni antitrust in cui la concorrenza da strumento per la creazione di un mercato unico europeo diviene essa stessa uno dei principali obiettivi cui l'azione degli organi comunitari si ispira.

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

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

Invocata e applicata dalle corti di merito statunitensi, l'*essential facility doctrine* viene sovente criticata dalla Corte Suprema che, pur riconoscendone l'esistenza, ne mette in dubbio l'affermazione come dottrina autonoma<sup>60</sup>.

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

Manca ancora oggi una definizione precisa del concetto di infrastruttura essenziale, la cui individuazione è complicata dall'esteso ricorso ad esso nelle normative di liberalizzazione delle strutture a rete indispensabili per la fornitura di beni e servizi ai consumatori in settori strategici del mercato (trasporti, energia, telecomunicazioni)<sup>61</sup>.

Nel noto precedente *Oscar Bronner*<sup>62</sup> la Corte di giustizia si è soffermata sui requisiti in presenza dei quali una risorsa può essere considerata essenziale, con conseguente imposizione dell'obbligo di accesso in capo al soggetto titolare della medesima.

La decisione ha rappresentato il punto di arrivo della tendenza, manifestatasi non solo in seno alla stessa Corte, ma anche alla Commissione e al Tribunale di primo grado, volta a privilegiare la logica sottesa alla dottrina sulle risorse essenziali rispetto ad altri strumenti di analisi meno convincenti.

<sup>60</sup> Si veda *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko*, 540 U.S. 398, 411 (2004), in cui l'autorevole consenso ha affermato: «We have never recognized such a doctrine ... and we find no need either to recognize it or to repudiate it here».

<sup>61</sup> Il concetto di infrastruttura essenziale tende a ricomprendere non solo risorse materiali, ma anche risorse immateriali. Fuori dal contesto di *networks* e infrastrutture si è assistito all'estensione della disciplina in tema di infrastrutture essenziali ai diritti di proprietà intellettuale/industriale, che includono una vasta gamma di fattispecie quali i diritti sulle invenzioni, disegni, modelli, marchi e segni distintivi, nonché i diritti su beni immateriali, come informazioni aziendali riservate, produzioni cinematografiche e così via. L'espressione "*essential facility*" finisce pertanto per essere riferita, oltre che ad infrastrutture in senso tecnico, quali strade, porti, aeroporti, in cui il carattere di indispensabilità dell'accesso appare in *re ipsa*, anche a risorse di natura diversa, per le quali il concetto richiamato potrebbe sembrare inappropriato.

<sup>62</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contro Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, in *Raccolta*, 1998, 7791.

I fatti di causa riguardavano il diniego di una società austriaca, editrice di giornali e titolare di una rete di distribuzione a domicilio, di assicurare l'accesso ai concorrenti-editori.

La Corte di giustizia, disattese le ragioni della *Oscar Bronner*, ha optato per una lettura restrittiva dell'*essential facility doctrine*: ha escluso l'esistenza di una infrastruttura essenziale per la mancanza del requisito di *indispensabilità* dell'*asset*, posto che vi erano altri canali di distribuzione cui l'impresa concorrente poteva fare ricorso, in assenza di ostacoli alla creazione di un autonomo sistema di recapito a domicilio.

La posizione espressa dimostra, come talora sostenuto<sup>63</sup>, una certa diffidenza verso l'intervento del diritto concorrenziale in situazioni tanto delicate.

Le condizioni teorizzate, in presenza delle quali il rifiuto può ritenersi abusivo (indispensabilità del prodotto, necessità che la concorrenza sia eliminata, ostacolo all'ingresso sul mercato di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori, mancanza di giustificazione al rifiuto)<sup>64</sup>, risultano invero alquanto discutibili e di difficile prova.

Il requisito dell'essenzialità è fatto coincidere con l'impossibilità di utilizzare strumenti alternativi rispetto alla risorsa oggetto del rifiuto, nel senso che non deve esistere alcuna *facility* che possa realmente o potenzialmente sostituirsi a quella di cui si valuta l'essenzialità<sup>65</sup>.

L'induplicabilità scaturisce dalla difficoltà di riprodurre l'*asset*<sup>66</sup>.

Il diniego di accesso non deve essere "scriminato" da valide motivazioni.

Per verificare l'eliminazione della concorrenza deve volgersi lo sguardo non più, come in passato, esclusivamente alla vittima del rifiuto, ma alla concorrenza in generale<sup>67</sup>.

I criteri guida fissati dalla pronuncia *Oscar Bronner* hanno nuovamente orientato la Corte nel caso *KPN Telecom*<sup>68</sup>.

La controversia coinvolgeva l'impresa leader nella gestione del servizio telefonico nei Paesi Bassi e due operatori che si erano visti negare le informazioni utili per l'elaborazione di elenchi telefonici cartacei e digitali: l'*incumbent* si era limitata a trasmettere alcune informazioni relative all'identità e ai numeri telefonici, omettendo altri dati ritenuti estranei alla sfera di applicazione della normativa di settore.

<sup>63</sup> C. OSTI, *Diritto della Concorrenza*, Bologna, 2007, p. 145.

<sup>64</sup> I parametri citati, integranti il cosiddetto *test Bronner*, non sono altro che una riproduzione di quelli elaborati dalla giurisprudenza statunitense, qualche anno prima, con la decisione *MCI Communication Corp. v. AT&T*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983).

<sup>65</sup> Una *facility* non assume carattere essenziale quando «non risultano ostacoli di natura tecnica, normativa o anche economica capaci di rendere impossibile o straordinariamente difficil» a qualsiasi altro operatore cercare, da solo o in collaborazione con altri, una *facility* idonea a soddisfare le medesime funzioni dell'infrastruttura di cui trattasi (Sentenza della Corte di giustizia del 26 novembre 1998, causa C- 7/97, *Oscar Bronner*, cit., punti 44-45).

<sup>66</sup> La Corte precisa che «occorrerebbe provare...che non è economicamente redditizio creare un secondo sistema di recapito a domicilio per la distribuzione dei quotidiani aventi una tiratura paragonabile a quella dei quotidiani distribuiti con il sistema esistente» (Sentenza della Corte di giustizia del 26 novembre 1998, causa C- 7/97, *Oscar Bronner*, cit., punto 46). E' evidente che di regola il tentativo di reperire un'infrastruttura alternativa si rivela, oltre che dispendioso in termini di tempo, oneroso sul piano economico.

<sup>67</sup> In verità non si capisce quale sia la differenza, nel ragionamento seguito dalla Corte, tra il parametro in esame e il requisito di indispensabilità, posto che sembrano due modi diversi per esprimere il medesimo concetto.

<sup>68</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 25 novembre 2004, causa C-109/03, *KPN Telecom BV contro Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA)*, in *Raccolta*, 2004, I, 11273.



Anche in questo caso la Corte di giustizia ha escluso l'obbligo di garantire l'accesso in capo all'impresa egemone facendo leva sulla circostanza che, essendo due i concorrenti della *KPN Telecom*, il mercato fosse caratterizzato da un certo livello di concorrenzialità<sup>69</sup>.

La prudenza della giurisprudenza europea nell'applicazione della teoria di matrice nordamericana è sintomatica della tensione esistente tra il principio di libertà di iniziativa economica e l'obbligo di contrarre che scaturisce dall'*essential facility doctrine*.

Un approccio razionale alla controversa figura postula un contemperamento della visione più severa della giurisprudenza con quella più elastica dell'esecutivo.

La Commissione ha privilegiato una lettura estensiva della fattispecie, ritenendo che l'accesso a una risorsa essenziale produca, comunque, effetti positivi per la concorrenza; la Corte, al contrario, preferisce procedere con cautela, consapevole delle conseguenze negative che un indiscriminato ricorso alla dottrina potrebbe innescare.

La chiave di lettura più convincente non può che essere quella rivolta a una calibrata attuazione della teoria sulle infrastrutture essenziali, che ne circoscriva l'operatività alle ipotesi in cui ricorrano effettivamente circostanze eccezionali e dietro il riconoscimento di una ragionevole remunerazione per il titolare dell'*asset*, compenso che deve includere non solo i costi sostenuti per la creazione, il mantenimento e l'aggiornamento della risorsa stessa, ma anche un recupero delle spese derivanti dall'instaurazione di una relazione con colui il quale richiede l'accesso<sup>70</sup>.

Nonostante le difficoltà che accompagnano l'evoluzione e l'affermazione della dottrina in esame nel panorama antitrust europeo, il ricorrente riferimento alla stessa nelle riflessioni giurisprudenziali, talvolta al solo fine di escluderne l'operatività, l'ha resa, comunque, una categoria attraverso la quale osservare le fattispecie suscettibili di venire in considerazione come risorse essenziali<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Interessanti le conclusioni dell'Avv. Gen. Poiates Maduro nella parte in cui chiarisce che «non si deve presumere con troppa leggerezza che l'art. 82 CE (102 TFUE) imponga a un'impresa dominante di aiutare i suoi concorrenti, e il rifiuto di fornitura a un concorrente non è considerato abusivo solo perché gli input di cui trattasi sono necessari per competere su un mercato secondario. Si deve assicurare un equilibrio fra l'interesse a salvaguardare o ad instaurare la libera concorrenza in uno specifico mercato e quello a non disincentivare gli investimenti imponendo la condivisione con i concorrenti dei risultati commerciali ottenuti» (Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poiates Maduro del 14 luglio 2004, in *Raccolta*, 2004, I, 11276, punti 32 ss.).

<sup>70</sup> M. SIRAGUSA, M. BERETTA, *La dottrina dell'essential facilities nel diritto comunitario e italiano della concorrenza*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1999, p. 260 ss.

<sup>71</sup> Nella primavera del 2016, le autorità antitrust francesi e tedesche hanno pubblicato uno studio congiunto sull'interazione tra diritto della concorrenza e *Big Data*. Questa riflessione comune ha portato alla conclusione che i *Big Data* potrebbero qualificarsi come infrastruttura essenziale e che il diniego di condivisione con un concorrente potrebbe integrare gli estremi di una pratica abusiva. Questa collaborazione franco-tedesca è stata preceduta da un rapporto della UK Competition and Market Authority «on the commercial use of consumer data, discussing the possibility that firms may leverage their market power into related markets by conditioning the purchase of their datasets on use with their own data analytics services». Da ultimo l'iniziativa della Commissione europea di istituire il mercato digitale unico europeo ha indotto la Commissione a proporre un regime di licenze FRAND (*fair, reasonable and non-discriminatory*) per facilitare un maggiore accesso ai sempre crescenti volumi di dati generati dalle macchine. Cfr. P. LUGARD, L. ROACH, *The era of "Big data" and Eu/U.S. divergence for refusals to deal*, 31 (2) *Antitrust* 58 (2017).

#### 4. L'obbligo a contrarre nel sistema italiano e la valenza dell'art. 2597 c.c. dopo la legge 287 del 1990

Il sistema italiano sulla concorrenza, come già segnalato, si è contraddistinto a lungo per una vistosa lacuna: la mancanza di una normativa antimonomopolistica che, sulla falsariga della maggior parte dei paesi industrializzati, preservasse il regime concorrenziale sul mercato nazionale, reprimendo eventuali abusi connessi a posizioni di strapotere economico. Tale lacuna è stata solo in parte colmata, a partire dagli anni cinquanta, dalla diretta applicabilità nell'ordinamento interno della disciplina antitrust dei Trattati comunitari<sup>72</sup>.

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

Gli obblighi a contrarre possono essere legali o negoziali: i primi scaturiscono dalla legge, gli altri da una dichiarazione negoziale del soggetto<sup>73</sup>.

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

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

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

Dalla Relazione al codice civile del 1942 si evince che il monopolio in materia di pubblici servizi ha preceduto quello di cui all'art. 2597 c.c.: «L'obbligo di contrattare si impone a difesa del consumatore come necessario temperamento della soppressione della concorrenza, tenuto conto che il regime di monopolio legale...va estendendosi molto al di là di quei particolari settori (come i rapporti ferroviari) nei quali tradizionalmente si soleva considerare tale fenomeno»<sup>74</sup>.

La previsione codicistica, per garantire agli utenti l'accesso ai beni o ai servizi offerti in regime di monopolio legale, adopera «un congegno - l'obbligo di prestare cui si accompagna in posizione ancillare, la regola di parità - che, incidendo sull'impresa, ne attua una forma assai penetrante di governo»<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Il Trattato CEE, in vigore dall'1 gennaio 1958, e il Trattato che istituisce un Consiglio unico ed una Commissione unica delle Comunità europee, in vigore dall'1 luglio 1967, contemplavano la tutela della concorrenza tra le finalità della costituzione economica comunitaria, ma solo nel 1990 i relativi precetti sono stati recepiti dal legislatore italiano tramite la legge n. 287 che, all'art. 1 comma 4, individua nei principi dell'ordinamento comunitario in materia di concorrenza il parametro di riferimento per l'interpretazione delle discipline nazionali. La tutela della concorrenza rappresenta tuttora uno dei valori fondamentali della normativa europea, sebbene il TUE non ne faccia espressa menzione, essendo riservata all'Unione, ai sensi dell'art. 3 TFUE, la competenza esclusiva per la «definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno».

<sup>73</sup> M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 1987, p. 203.

<sup>74</sup> Relazione al codice civile del 1942 n.1046.

<sup>75</sup> L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, Padova, 1989, p. 88.

Anziché offrire strumenti risolutivi di un conflitto di interessi tra imprese, il legislatore attribuisce prevalenza alle esigenze del consumatore, ravvisando nel bisogno del singolo il criterio ordinante dell'intera vicenda<sup>76</sup>. La posizione di debolezza economica dell'utente viene compensata attraverso un rafforzamento della sua posizione sotto il profilo giuridico.

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

Secondo un primo indirizzo il mancato rispetto dell'obbligo di contrarre non comporta l'attribuzione al privato di una posizione soggettiva, azionabile in sede giudiziale a fronte dell'illegittimo rifiuto dell'imprenditore<sup>77</sup>.

Per effetto di una lettura così orientata la norma «degraderebbe a doppione degli obblighi di contrarre sanciti volta per volta dai vari provvedimenti istitutivi del monopolio, sprovvista di qualunque contenuto normativo autonomo»<sup>78</sup>.

Un'ulteriore obiezione fa leva sulla previsione di cui all'art. 2951 comma 4 c.c. che, in materia di spedizione e di trasporto, parla espressamente di diritti nei confronti degli esercenti i pubblici servizi di linea indicati dall'art. 1679 c.c.

La tesi dell'interesse di mero fatto si scontra con un'ormai consolidato orientamento dottrinale<sup>79</sup> e giurisprudenziale<sup>80</sup>, secondo cui l'art. 2597 c.c. riconosce al richiedente un diritto soggettivo in senso stretto, la cui lesione, in caso di rifiuto illegittimo del monopolista legale, determina una responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c.<sup>81</sup>.

Molteplici sono stati i tentativi di ricostruzione dottrinale della figura.

Secondo una prima lettura l'obbligazione legale gravante sul monopolista di diritto ha ad oggetto il contratto<sup>82</sup>. Altra impostazione sottolinea il contenuto complesso dell'obbligazione stessa, caratterizzato dalla predisposizione dei mezzi per l'adempimento e dall'emissione della dichiarazione negoziale<sup>83</sup>: il contratto degrada a un mero passaggio della vicenda obbligatoria avente per oggetto principale l'ammissione al bene o al servizio.

Il primo indirizzo trascura che la richiesta del singolo mira al conseguimento della prestazione e non all'accettazione dell'imprenditore.

---

<sup>76</sup> Qualche giorno prima dell'entrata in vigore della legge n. 287 del 1990, la Corte d'Appello di Roma (App. Roma, 17 settembre 1990, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1990, 720), in una controversia tra rivenditori di giornali e editori/grossisti, scaturita da un pregresso accordo di boicottaggio dei nuovi edicolanti non graditi dai concorrenti, rigettava la richiesta di risarcimento dei danni, affermando, tra l'altro, che non poteva invocarsi l'applicazione analogica dell'art. 2597 c.c. sull'obbligo di contrarre del monopolista, perché norma eccezionale volta a tutelare i consumatori finali e non anche la libertà d'impresa.

<sup>77</sup> G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1980, p. 165, il quale ravvisa in capo all'utente un interesse di mero fatto, essendo l'imprenditore obbligato unicamente nei confronti della pubblica amministrazione.

<sup>78</sup> L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre*, cit., p. 33.

<sup>79</sup> M. LIBERTINI, *L'imprenditore e gli obblighi a contrarre*, in F. GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, IV, Padova, 1981, p. 279.

<sup>80</sup> Cass., 26 aprile 1977, n. 1547, in *Giust. civ.*, 1977, I, 1133; Cass., 29 novembre 1978, n. 5613, in *Giust. civ. Rep.*, 1978, voce Poste, n. 14.

<sup>81</sup> R. SACCO in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in R. SACCO, *Trattato di diritto civile*, Torino, 1993, p. 300; per la dottrina tedesca tale costruzione si deve alla giurisprudenza del *Reichsgericht* e alla elaborazione di H. NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag*, Jena, 1920; per una ricostruzione più recente, cfr. J. BUSCHE, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, Tubinga, 1999, p. 142.

<sup>82</sup> M. MARCHETTI, *Boicottaggio e rifiuto di contrattare*, Padova, 1969, pp. 379, 405.

<sup>83</sup> L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre*, cit., p. 39.

L'opzione interpretativa che riconosce l'esistenza di un vincolo obbligatorio a carico del monopolista debitore, con conseguente attribuzione di un diritto soggettivo a favore della controparte, trova un limite nell'indeterminatezza del titolare del diritto. Per far fronte a tale difficoltà taluno ha ipotizzato una fattispecie a formazione progressiva, in cui la richiesta dell'utente funge, al tempo stesso, da criterio di individuazione del soggetto attivo e di determinazione del contenuto della prestazione<sup>84</sup>. In quest'ottica sarebbe configurabile un rapporto obbligatorio *in itinere*<sup>85</sup>; diversamente, perderebbe valore il dovere dell'imprenditore di comportarsi in modo da garantire la piena attuazione dell'interesse all'accesso al bene o al servizio, che è oggetto immediato della tutela normativa.

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

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

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

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

Una parte della dottrina e della giurisprudenza inizialmente ne ha sottolineato il carattere eccezionale, costituendo la stessa una forma di deroga alla libertà di iniziativa economica, che in ossequio all'art. 41 comma 2 Cost., non può essere esercitata in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Se il legislatore con la statuizione di un obbligo a contrarre a carico del monopolista legale ha limitato la sua libertà di contrattare, il rifiuto che l'imprenditore monopolista oppone al singolo si scontra con il dettato costituzionale, in quanto pregiudizievole per la libertà e la dignità dello stesso.

Le successive elaborazioni attribuiscono alla norma un respiro più ampio, sganciato dagli elementi enunciati dall'art. 2597 c.c., che introduce «una tutela rigida, ancorata ad un presupposto altrettanto rigido, il monopolio legale»<sup>86</sup>.

Si discute se la disposizione possa essere estesa ai casi in cui l'organizzazione monopolistica o oligopolistica non dipenda dalla legge, ma da circostanze interne al mercato di riferimento<sup>87</sup>.

Con particolare riferimento all'esercizio abusivo di una posizione dominante sul mercato, le difficoltà connesse all'applicazione della disciplina risultano accresciute dalla scarsa uniformità dei criteri di verifica del dominio di cui gode l'impresa *leader*<sup>88</sup>.

In questo la fattispecie diverge dall'obbligo a contrarre tipizzato dall'art. 2597 c.c. in cui, essendovi un'espressa riserva di legge alla base del monopolio dell'impresa in un determinato settore, prevale l'interesse del consumatore finale e, quindi, l'imprenditore è obbligato, per ciò solo, a fornire l'accesso alla risorsa.

<sup>84</sup> A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 179.

<sup>85</sup> L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre*, cit., p. 53.

<sup>86</sup> L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre*, cit., p. 26.

<sup>87</sup> M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pp. 206-207.

<sup>88</sup> Si potrebbe privilegiare il riferimento alle dimensioni dell'impresa e alla conformazione del mercato, ovvero rapportare la dominanza alla possibilità, da parte dell'impresa, di tenere comportamenti indipendenti. Oltretutto, occorre valutare se sussistano i presupposti per garantire l'accesso al bene o servizio richiesto e se non vi sia una causa di giustificazione a monte, tale da elidere il carattere abusivo del rifiuto.

Nell'estendere lo schema dell'art. 2597 al fenomeno dello sfruttamento abusivo di posizione dominante vanno vagliati tutta una serie di ostacoli (quali ad esempio, l'individuazione della posizione di forza dell'imprenditore e l'adattamento a tale più ampia fattispecie del congegno delineato dal legislatore per il monopolio legale) che potrebbero scoraggiare una lettura estensiva.

La giurisprudenza, in passato, ha chiarito che il rigido meccanismo delineato per il monopolio legale trova giustificazione nella circostanza che in quel caso struttura e regole del libero mercato sono state eliminate per un evento del tutto esterno alla dinamica concorrenziale; al contrario, nel monopolio di fatto, nell'oligopolio e nell'abuso di posizione dominante la condotta dell'imprenditore deve essere tale da garantire comunque il libero gioco della concorrenza<sup>89</sup>.

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

Avvalorano un simile approccio le esperienze occidentali, contrassegnate dalla tendenza a estendere ai monopoli di fatto la figura dell'obbligo a contrarre<sup>90</sup>. Trattasi di elaborazioni «tra loro strettamente legate in quanto, in particolare, la teoria del Kontrahierungszwang si ispirò apertamente a quella anglo-americana del common carrier ed a quella francese dell'obbligo di contrarre dell'entrepreneur public»<sup>91</sup>.

Anteriormente all'adozione di un'espressa regolamentazione in materia antitrust si sono prospettati diversi indirizzi interpretativi rivolti a riempire in via ermeneutica il vuoto normativo. Facendo leva sul concetto di libera competizione, quale principio di ordine pubblico economico a vantaggio dei consumatori, si sottolineava che l'iniziativa economica non potesse esplicitarsi in contrasto con l'utilità sociale: ciò avrebbe dovuto condurre a una declaratoria di nullità degli accordi rivolti a estromettere dal mercato gli operatori presenti o ad ostacolare l'ingresso di nuovi<sup>92</sup>.

Altri suggerivano che le lacune esistenti potessero essere colmate attraverso il richiamo agli artt. 2598 e ss. c.c., in materia di concorrenza sleale<sup>93</sup>.

Dottrina e giurisprudenza, nell'interpretazione delle disposizioni citate, hanno adottato un concetto di concorrenza in senso lato, includendovi i contrasti tra operatori che

---

<sup>89</sup> Trib. Milano, 22 marzo 1976, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1976, 816: «La circostanza che il legislatore abbia apprestato una tutela diretta del consumatore nei confronti del solo monopolista (legale o di fatto) non significa e non può voler dire che abbia escluso ogni tutela contro il rifiuto che, producendo effetti distorsivi del mercato, è direttamente lesivo degli operatori economici che agiscono in esso e solo indirettamente è lesivo del consumatore: vale a dire se ed in quanto gli interessi di quest'ultimo siano coincidenti con il normale funzionamento dell'economia di mercato»; v. anche, Cass. 6 agosto 1962, n. 2387, in *Foro it.*, 1962, I, 1424.

<sup>90</sup> C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2004, p. 21, il quale chiarisce che a seguito dell'entrata in vigore nell'ordinamento tedesco di diritto della concorrenza in senso stretto la fattispecie dell'obbligo a contrarre ha assunto un ruolo residuale. Nello stesso senso W. KILIAN, *Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem*, in *Archiv für den zivilistischen Praxis*, 1980, 47, p. 82.

<sup>91</sup> C. OSTI, *Nuovi obblighi*, cit., p. 47.

<sup>92</sup> T. ASCARELLI, *Esclusiva e boicottaggio*, in *Problemi giuridici*, II, Milano, 1959, p. 773.

<sup>93</sup> P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 129; cfr. anche M. MARCHETTI, *Boicottaggio*, cit., p. 249.

si collocano a differenti livelli nella filiera di produzione, alla fine della quale si trovano gli stessi consumatori<sup>94</sup>.

Con l'entrata in vigore della disciplina comunitaria in tema di abuso di posizione dominante (art. 3 legge 10 ottobre 1990, n. 287) si è assistito a un mutamento di prospettiva nella considerazione dei fenomeni lesivi del diritto concorrenziale rispetto a quella che aveva caratterizzato le norme codicistiche<sup>95</sup>.

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

Si è così profilata «una strategia di costruzione del giudizio di correttezza improntata ad un alto grado di flessibilità - come è ovvio trattandosi, per un verso di manovrare una clausola generale, per altro verso, di intervenire su una specie di conflitto che mal si presta a troppe rigide soluzioni - ma che al tempo stesso non cade nella trappola di un pragmatismo senza principi venendo questi ultimi non soltanto enunciati ma anche effettivamente applicati»<sup>96</sup>.

In un contesto giuridico e socio politico intimamente trasformato, a fronte di un'ormai compiuta «costituzionalizzazione sostanziale progressiva della nozione di concorrenza» è indubbio che la disciplina civilistica inerisca al medesimo mercato proprio del diritto antitrust<sup>97</sup>.

Da qui l'evidente attualità del codice civile, in grado di sopportare l'introduzione nel sistema del concetto di mercato concorrenziale che, almeno nella sua dimensione comunitaria, non conosceva.

Interessante l'approccio di chi suggerisce una qualificazione del diritto della concorrenza quale clausola generale del diritto civile, individuando nell'obbligo di contrarre dell'imprenditore in posizione dominante una “modificazione” e, al tempo stesso, un “completamento” della regola codicistica in materia di obbligo legale a contrarre<sup>98</sup>.

Ecco che allora l'esigenza di appurare i caratteri e il contenuto del rifiuto a contrarre proprio del diritto antitrust si caratterizza, non tanto e non solo, per una sua differenziazione dal fenomeno di cui all'art. 2597 c.c., ma anche per comprendere le implicazioni derivanti dal substrato dottrinale e giurisprudenziale che ha influenzato l'interpretazione delle norme sulla concorrenza sleale (artt. 2598-2601 c.c.).

---

<sup>94</sup> Per la dottrina v. G. SANTINI, *La vendita a prezzo imposto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1952, II, 1042, p. 1097, cfr. anche G. GUGLIELMETTI, *Concorso di più soggetti nell'atto di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, II, 1955, pp. 54, 62; Per la giurisprudenza v. rassegna di G. GHIDINI, *La concorrenza sleale*, in W. BIGIARI, *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Padova, 1982, p. 35 ss.

<sup>95</sup> C. OSTI, *Nuovi obblighi*, cit., p. 20, secondo il quale «Il problema del rapporto tra le due discipline in esame non si risolve se non si separano due aspetti distinti: quello delle sovrapposizioni nell'applicazione delle discipline positive, e quello della loro ratio. Sul primo punto occorre senz'altro e senza troppo rammarico ammettere che l'introduzione della disciplina sulla concorrenza ha sminuito notevolmente la rilevanza pratica delle norme sull'obbligo a contrarre».

<sup>96</sup> L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre*, cit., p. 173.

<sup>97</sup> G. M. BERRUTI, *La concorrenza sleale nel mercato. Giurisprudenza ordinaria e normativa antitrust*, Milano, 2002, p. 115.

<sup>98</sup> C. OSTI, *Nuovi obblighi*, cit., pp. 320-321, L'autore chiarisce che l'intero sistema del diritto della concorrenza può essere considerato una clausola generale del diritto civile, con particolare riferimento ai settori dei contratti e della responsabilità civile, ricollegando l'assunto all'origine del diritto *antitrust* e alla sua derivazione da un sistema di *common law* in gran parte di formulazione giurisprudenziale.

Queste ultime infatti hanno rappresentato per lungo tempo l'unico modello di riferimento per dirimere eventuali conflitti che sconfinavano dal mercato interno<sup>99</sup>.

Non possiamo accomunare le due normative quanto alle finalità: come chiarito da un illustre autore tedesco «il diritto antimonopolistico tutela l'esserci della concorrenza, il diritto della concorrenza sleale ne tutela la qualità»<sup>100</sup>.

Tuttavia nella dottrina germanica si è affermata una considerazione unitaria del fenomeno *Wettbewerbsrecht* (diritto della concorrenza), reputato come «un genus al cui interno, poi, distinguere le due species del diritto antimonopolistico e del diritto a presidio della leale concorrenza, entrambi votati, in ultima analisi, alla salvaguardia e alla promozione di un effettivo *Leistungswettbewerb*»<sup>101</sup>, concetto quest'ultimo che evoca una concorrenza di prestazione o *competition on the merits*<sup>102</sup>.

<sup>99</sup> La dottrina italiana ha ipotizzato, attraverso l'applicazione analogica della previsione di cui all'art. 2599 c.c., una sorta di tutela inibitoria atipica, di contenuto positivo, basata sull'imposizione di un obbligo giudiziale a contrarre a carico delle imprese. Cfr. L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza: il monopolio. Art. 2597*, Milano, 1992, p. 235. In una prospettiva comparatistica si considera l'influenza che la dottrina italiana ha, in questa direzione, subito dalla giurisprudenza tedesca, francese, inglese ed americana, Cfr. A. FRIGNANI, *L'injunction nella Common law e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974, p. 78.

<sup>100</sup> P. MOHRING, *Wettbewerbsordnung und Kartellrecht*, in *WuW*, 1954, 387, in L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre*, cit., p. 182.

<sup>101</sup> L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre*, cit., p. 182.

<sup>102</sup> L'espressione "*competition on the merits*" (alla quale, non senza qualche forzatura, è paragonata la tedesca *Leistungswettbewerb*) può essere forse considerata una delle più "ambigue" dell'intera analisi giuridico - economica in *antitrust*. Essa infatti è il cuore della dottrina dell'abuso, cioè dell'improprio ricorso da parte delle imprese alla più che legittima loro libertà di iniziativa economica che incontra il necessario limite nel riconoscimento dell'altrui libertà di iniziativa, compresa quella - decisiva per l'*antitrust* - che si esprime nelle scelte sovrane dei consumatori. Il problema di fondo che l'analisi economica può impostare (ma probabilmente non risolvere, considerate le infinite controversie che dividono tra loro gli economisti) è quello di dimostrare se la linea che separa una iniziativa economica legittima da un comportamento "abusivo" possa essere tracciata con i metodi quantitativi della matematica. Al principio di quella revisione delle dottrine consolidate dell'*antitrust* negli Stati Uniti c'è la straordinaria esperienza dei corsi tenuti a Chicago da Edward Levi in confronto dialettico con Aaron Director, economista e maestro riconosciuto della "Scuola" (quella di Chicago, appunto) che ha prodotto, a partire dagli anni '60 del XX secolo, una poderosa rivisitazione di tutte le dottrine dell'*antitrust* alla luce della applicazione della teoria "neoclassica" dei prezzi: movimento di revisione, però, che non ha tacitato le controversie tra gli economisti, ma che le ha al contrario accresciute al punto che questioni decisive rasentano oggi l'indecidibilità. Come osservato in dottrina, in un saggio dedicato alla questione della possibile espansione del potere sui prezzi dal mercato di un prodotto ad un altro (il cosiddetto *leverage* nelle *tying clauses*), concentrarsi sul problema della "*competition on the merits*" significa, da un punto di vista comparatistico, interpellare il corrispettivo statunitense degli sviluppi della dottrina dell'abuso in ambito europeo: «il concetto di abuso, che domina un'area applicativa particolarmente delicata del diritto antitrust, è uno degli esempi più significativi di dottrina antitrust che necessita di un accurato riscontro di ammissibilità da parte dell'analisi economica»; scrivono Director e Levi: «the doctrine of abuses sees them as exclusionary devices useful for getting a monopoly, or expanding it, or for moving from one monopoly to the creation of another» (A. CUCINOTTA, *Il regime antimonopolistico delle tying clauses*, in *Quadrim.*, 1993, 1, 71, p. 96, che cita A. DIRECTOR, E. H. LEVY, *Law and the Future: Trade Regulation*, 51 *NW. U.L. Rev.* 281, 1956). Infatti, se fosse vero che l'analisi economica (*rectius*, teoria dei prezzi) è in grado di dimostrare, con un approccio quantitativo che non lascia spazio a dubbi residui, che la "creazione di un monopolio" in un mercato diverso da quello nel quale il potere originario del monopolista ha origine, non è mai e in alcun modo possibile (come vorrebbe l'attacco alla teoria del *leverage* da parte degli autori di Chicago), allora le dimostrazioni degli economisti metterebbero a tacere le ben note controversie che complicano il lavoro dei giuristi. Ma così non è: quando e se la politica o la strategia competitiva di un'impresa diviene o meno "abusiva" è tema controverso di una teoria dei prezzi incapace di offrire una solida base alle dottrine giuridiche dell'*antitrust* soprattutto in chiave dinamica (e la questione va oltre l'esame del *tying*, giacché può essere riferita a tutte le pratiche - specie verticali - che pongono un problema di monopolizzazione o tentata monopolizzazione).

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

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

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

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

##### 5. Conclusioni: quali prospettive?

L'attribuzione di un'autonoma valenza al *refusal to deal* nel panorama antitrust è condizionata dalla carenza di una regolamentazione espressa e dalla difficoltà di conciliare l'operatività dell'istituto con il consolidato principio della libertà contrattuale.

Questa tensione accomuna tanto l'antitrust americano, quanto quello europeo.

Negli Stati Uniti il contenuto, generale e astratto, della *Section 2* dello *Sherman act*, in tema di monopolizzazione e tentativo di monopolizzazione, ha dato input all'attività creatrice della giurisprudenza nell'individuazione delle condotte vietate.

Nel diritto europeo, nonostante l'analitica elencazione delle pratiche riconducibili allo sfruttamento abusivo di posizione dominante (tra le quali, tuttavia, non figura il rifiuto a contrarre), un ruolo decisivo hanno assunto le pronunce della Corte di Giustizia la cui «vincolatività non si è tanto esercitata sulle proprie decisioni, e su quelle della giurisdizione comunitaria subordinata, quanto sui giudici nazionali, e addirittura su tutti i centri nazionali di creazione del diritto»<sup>103</sup>.

La peculiarità del rifiuto a contrarre si individua nel suo porsi attorno a «due capisaldi del sistema di economia di mercato ossia la libertà contrattuale e la libertà di iniziativa economica da una parte, e la concorrenza effettiva dall'altra, in cui la libertà negoziale può essere esercitata anche in senso anticoncorrenziale, cioè per frenare o eliminare la concorrenza»<sup>104</sup>.

Il carattere "ibrido" del rifiuto convince che l'assenza di un'esplicita tipizzazione normativa tra le condotte vietate sia stata più una scelta che una negligente omissione.

A seconda della lettura prescelta, estensiva o restrittiva dell'obbligo a contrattare, mutano le conseguenze in termini di concorrenzialità ed efficienza dei mercati.

---

L'abuso, in realtà, non può essere limitato ai soli casi in cui un produttore sfrutta indebitamente clienti già acquisiti. Il concetto di "concorrenza nel merito" richiama, insomma, l'idea che siano le scelte "sovrane" dei consumatori a premiare o punire le strategie commerciali con le quali le imprese di produzione o di distribuzione perfezionano, in concorrenza tra loro, offerte ben definite tra le quali (*on the merits*) i consumatori (possono, o meglio: potrebbero, se il potere di mercato dell'impresa che controlla l'offerta glielo consentisse) scegliere.

<sup>103</sup> C. OSTI, *Nuovi obblighi*, cit., p. 335

<sup>104</sup> M. LIBERTINI, *Autonomia privata*, cit., p. 433. L'Autore chiarisce che le espressioni *libertà di concorrenza e tutela della concorrenza non sono sinonimi*. Nella stessa direzione A. CUCINOTTA, *La natura dei mercati, l'economia comportamentale e l'antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2018, 2, pp. 199-221, rileva che «mercato e concorrenza sono concetti connessi ma separati perché i mercati si distinguono tra di loro (tra l'altro) per gradi variabili di apertura alla concorrenza».



Lo stesso richiamo alla controversa dottrina dell'*essential facility*, di matrice nordamericana, non comporta l'affermazione della prevalenza del dovere di contrarre sulla libertà di scegliere la controparte negoziale<sup>105</sup>, posto che la teorica, al di là di qualche timido riconoscimento, non viene accettata come dottrina autonoma neppure nell'ordinamento d'origine.

L'unico punto fermo sta nel riconoscere integrati gli estremi dell'illecito qualora il rifiuto provenga da un soggetto che sfrutti la propria posizione di forza sul mercato per impedire o falsare l'equilibrio concorrenziale, senza fornire una plausibile giustificazione del contegno.

L'analisi in chiave comparatistica della tematica ha confermato che tanto la *Section 2* dello *Sherman act*, quanto l'art. 102 TFUE (e l'art. 3 della legge n. 287/1990, nel diritto interno), non impongono all'impresa dominante un dovere generale di trattare con i concorrenti.

Il regime concorrenziale europeo, pur avendo attinto da quello americano, ha una propria fisionomia. La rilevanza penalistica delle condotte antitrust nel modello statunitense e la prevalente funzione di creazione del diritto ivi assegnata alla giurisprudenza, rendono più netta la demarcazione rispetto alla normativa europea in cui le stesse tipologie di abusi assumono una connotazione civilistica e la giurisprudenza, pur se rilevante, non assurge al rango di fonte del diritto.

In questo intricato scenario soccorrono gli approdi della dottrina antitrust sui rapporti tra autonomia privata e concorrenza.

Utili indicazioni possono trarsi dalla legislazione degli Stati dotati di una normativa antitrust *to impose liability for denial of access* che, pur assumendo gli Stati Uniti quale modello di riferimento, hanno perfezionato le tecniche di intervento dedicando una disciplina specifica al rifiuto a contrarre.

La normativa sudafricana ha adottato un duplice approccio per i fenomeni di rifiuto unilaterale da parte delle imprese dominanti.

Il primo, fondato sulla sezione 8 lett. b) della legge sulla concorrenza del Sud Africa, vieta alle imprese dominanti il diniego di accesso ai concorrenti quando sia economicamente fattibile («It is prohibited for a dominant firm to ... refuse to give a competitor access to an essential facility when it is economically feasible to do so»). Si tratta di una *per se rule*: una volta che l'attore ha fornito la dimostrazione del contegno abusivo, al convenuto non è consentito addurre giustificazioni in senso contrario attinenti al conseguimento di benefici concorrenziali o sociali<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> M. LIBERTINI, *Autonomia privata*, cit., p. 453 secondo il quale «la nozione di essential facility deve essere invece ben delimitata con riguardo a tutti quei vantaggi competitivi che un'impresa può conquistare in certi mercati con i suoi investimenti (quando questi non siano protetti da misure amministrative) e con la propria capacità di innovazione. Il vantaggio competitivo potrà essere temporaneamente incolmabile per i concorrenti diretti, ma questo non dà luogo ad una essential facility».

<sup>106</sup> Nel *leading case Glaxo Wellcome (Pty) Ltd. v National Association Pharmaceutical Wholesalers*, [2002] ZACAC 3, 29 (Comp. App. Ct.) (S. Mr.), in S.W. WALLER, W. TASCH, *Harmonizing Essential Facilities*, 76 *Antitrust L.J.* 741, 755 (2010), sono enucleati cinque elementi di cui il ricorrente deve fornire la prova per l'operatività di un *per se rule*: l'impresa dominante si rifiuta di dare al denunciante l'accesso a un'infrastruttura o risorsa; il denunciante e l'impresa dominante sono concorrenti; l'infrastruttura o la risorsa in questione non possono ragionevolmente essere duplicate; il denunciante non può ragionevolmente fornire beni o servizi ai suoi concorrenti senza l'accesso alle infrastrutture o risorse contestate; è economicamente fattibile per l'impresa dominante fornire l'accesso all'infrastruttura o risorsa.

Diversamente, nella sezione 8 lett. d), punto II), si sanziona il rifiuto di un'impresa dominante limitatamente ai cosiddetti “scarce goods”<sup>107</sup>, quando la fornitura di tali prodotti sia economicamente fattibile («It is prohibited for a dominant firm to ... refusing to supply scarce goods to a competitor when supplying those goods is economically feasible»), salvo che l'impresa interessata provi l'esistenza di vantaggi in termini tecnologici o di efficienza alla concorrenza che superano gli effetti anticoncorrenziali del suo atto.

Momento imprescindibile è la considerazione del mercato di riferimento, della posizione rivestita dall'impresa interessata e degli effetti scaturenti dall'eventuale diniego perpetrato dalla stessa.

L'esigenza di reprimere i fenomeni di abuso deve essere temperata con la libertà negoziale dell'impresa contraente, così come la finalità di salvaguardia della concorrenza deve bilanciarsi con la garanzia della tutela dell'innovazione e dell'efficienza.

La condivisione forzata, specie nel settore dei diritti di proprietà intellettuale, se nel breve termine favorisce la concorrenza, nel lungo termine induce i titolari e i relativi concorrenti a investire meno nella ricerca.

Questa consapevolezza ha indotto gli Stati Uniti a non trattare i rifiuti a concedere in licenza un brevetto come violazione della normativa antitrust.

Sulla stessa linea si è mossa di recente la Cina<sup>108</sup>, centro di produzione mondiale, che, attualmente, sta attraversando una fase di transizione da un'economia pianificata a una economia di mercato, in cui un giusto equilibrio tra politica in materia di diritti di proprietà intellettuale e politica della concorrenza è fondamentale per creare un clima favorevole all'innovazione.

La preoccupazione verso l'*essential facility doctrine* che aveva animato i giuristi statunitensi, per il freddo impatto sull'innovazione, ha indotto gli studiosi cinesi al suo definitivo abbandono nella versione finale dell'AML (*Anti Monopoly Law*), contrastando la condivisione forzata degli *asset* con la strategia nazionale di protezione dei diritti di proprietà intellettuale e di promozione dell'innovazione.

Il quadro fin qui delineato evoca un percorso circolare che approda al medesimo punto di partenza da cui ha preso le mosse la presente riflessione, suggerendo una valutazione caso per caso delle condotte suscettibili di essere qualificate come rifiuto abusivo.

L'esito non può che essere un atteggiamento più cauto di fronte al rifiuto, che ne releghi l'illiceità ad ipotesi eccezionali, contrassegnate da richieste di accesso a *facilities* essenziali, in modo da scongiurare comportamenti parassitari dei richiedenti.

<sup>107</sup> Letteralmente “beni scarsi”, ossia risorse con disponibilità limitata, rispetto alle quali è elevata la domanda.

<sup>108</sup> L'economia altamente dinamica della Cina nell'ultimo decennio registra un'enorme crescita nelle creazioni intellettuali. L'ufficio brevetti cinese è tra i cinque migliori al mondo, insieme a quelli degli Stati Uniti, dell'Unione europea, del Giappone e della Corea. Questi cinque uffici brevetti trattano oltre il 70 per cento delle domande di brevetto mondiali. Secondo i dati del *World Intellectual Property Office* (WIPO), le domande di brevetto cinesi sono cresciute di quasi quattordici volte tra il 1998 e il 2012, mentre le sue concessioni di brevetti sono cresciute di quasi quarantacinque volte nello stesso periodo. Nel 2012, la Cina si è classificata al primo posto per numero di domande di brevetto e si è classificata al secondo posto nel numero di concessioni di brevetti. Nello stesso anno, il numero di brevetti depositati in Cina ha superato quelli depositati negli Stati Uniti. Cfr., Y. HUANG, E. XIAO-RU WANG, R. XIN ZHANG, *Essential facilities doctrine and its application in intellectual property space under China's anti-monopoly law*, 22 *Geo. Mason L. Rev.* 1103, 1121-1123 (2015).

