

## DECLARATORIA SULLA TESI DI DOTTORATO

Il/la sottoscritto/a

COGNOME | Squitieri |

NOME | Mauro |

Matr. | 1217421 |

Titolo della tesi:

| Monopolizzazione ed abuso di posizione dominante: analisi comparata della legislazione

| dell'Unione europea e degli Stati Uniti d'America.

Dottorato di ricerca in | Diritto Internazionale dell'Economia |

Ciclo | XXII |

Tutor del dottorando | Angelo M. Cardani - Federico Ghezzi |

Anno di discussione | 2011 |

### DICHIARA

sotto la sua responsabilità di essere a conoscenza:

- 1) che, ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, N. 445, le dichiarazioni mendaci, la falsità negli atti e l'uso di atti falsi sono puniti ai sensi del codice penale e delle Leggi speciali in materia, e che nel caso ricorressero dette ipotesi, decade fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici previsti dalla presente declaratoria e da quella sull'embargo;
- 2) che l'Università ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Decreto Ministeriale 30 aprile 1999 prot. n. 224/1999, di curare il deposito di copia della tesi finale presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze, dove sarà consentita la consultabilità, fatto salvo l'eventuale embargo legato alla necessità di tutelare i diritti di enti esterni terzi e di sfruttamento industriale/commerciale dei contenuti della tesi;

- 3) che il Servizio Biblioteca Bocconi archiverà la tesi nel proprio Archivio istituzionale ad Accesso Aperto e che consentirà unicamente la consultabilità on-line del testo completo (fatto salvo l'eventuale embargo);
- 4) che per l'archiviazione presso la Biblioteca Bocconi, l'Università richiede che la tesi sia consegnata dal dottorando alla Società NORMADEC (operante in nome e per conto dell'Università) tramite procedura on-line con contenuto non modificabile e che la Società Normadec indicherà in ogni piè di pagina le seguenti informazioni:
  - tesi di dottorato (titolo *tesi*) Monopolizzazione ed abuso di posizione dominante: analisi comparata della legislazione dell'Unione europea e degli Stati Uniti d'America;
  - di (*cognome e nome del dottorando*) Squitieri Mauro;
  - discussa presso l'Università commerciale Luigi Bocconi – Milano nell'anno 2011 (*anno di discussione*);
  - La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche). Sono comunque fatti salvi i diritti dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte;
  - **solo nel caso sia stata sottoscritta apposita altra dichiarazione con richiesta di embargo:** La tesi è soggetta ad embargo della durata di ..... mesi (indicare durata embargo);
- 5) che la copia della tesi depositata presso la NORMADEC tramite procedura on-line è del tutto identica a quelle consegnate/inviare ai Commissari e a qualsiasi altra copia depositata negli Uffici dell'Ateneo in forma cartacea o digitale e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;
- 6) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale realizzata dal sottoscritto e non compromette in alcun modo i diritti di terzi (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche), ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura, civile, amministrativa o penale e sarà dal sottoscritto tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi;
- 7) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati; non è oggetto di eventuali registrazioni di tipo brevettale o di tutela, e quindi non è soggetta a embargo;

Data 31/01/2011

F.to Mauro Squitieri

Mauro Squitieri

**MONOPOLIZZAZIONE ED ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE:  
ANALISI COMPARATA DELLA LEGISLAZIONE  
DELL'UNIONE EUROPEA E DEGLI STATI UNITI D'AMERICA**



*a mio fratello Giampaolo*



## INDICE

INTRODUZIONE..... pag. ix

### CAPITOLO I

PROFILI ECONOMICI E DI *POLICY*. ..... pag. 1

1. Introduzione: lo sviluppo delle teorie economiche antitrust negli Stati Uniti ed in Europa. .... pag. 1
  - 1.1. *L'esperienza degli Stati Uniti*..... pag. 1
  - 1.2. *La tradizione ordoliberalista europea*. .... pag. 20
2. Condizioni di monopolio ed efficienza economica. .... pag. 32
3. Gli obiettivi generali della politica di concorrenza. .... pag. 38
  - 3.1. *Gli obiettivi della politica antitrust negli Stati Uniti*. .... pag. 44
  - 3.2. *L'evoluzione delle finalità della politica di concorrenza in Europa*. .... pag. 54
  - 3.3. *Gli obiettivi della politica di concorrenza in Europa*. .... pag. 60

### CAPITOLO II

DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI MONOPOLIO NEGLI STATI UNITI E DELL'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE IN EUROPA..... pag. 75

1. Il sistema antitrust statunitense. .... pag. 75
2. La definizione dell'infrazione di monopolizzazione nell'ordinamento statunitense. .... pag. 82
  - 2.1. *Identificazione del mercato rilevante*..... pag. 83
  - 2.2. *Accertamento delle condizioni di monopolio*..... pag. 92
  - 2.3. *Il requisito della condotta*. .... pag. 100

3. Stato attuale della disciplina a seguito della revoca del *Single-Firm Conduct Report* del 2008. .... pag. 109
4. Il diritto della concorrenza nell'Unione europea: aspetti introduttivi e profili procedurali..... pag. 119
5. L'abuso di posizione dominante in Europa: l'articolo 102 TFEU. .... pag. 131
6. La riforma dell'articolo 82 CE (ora articolo 102 TFEU). .... pag. 143

### CAPITOLO III

ANALISI COMPARATIVA DELLA DISCIPLINA EUROPEA E STATUNITENSE IN MERITO  
AGLI ABUSI DI POSIZIONE DOMINANTE E AGLI ATTI DI MONOPOLIZZAZIONE ..... pag. 157

1. Posizione dominante e monopolio: considerazioni comparative generali. .... pag. 157
2. Elementi di base per l'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante o di monopolio..... pag. 166
  - 2.1. *Definizione del mercato rilevante.* ..... pag. 169
  - 2.2. *Misurazione del potere di mercato.* ..... pag. 173
  - 2.3. *Posizione dominante collettiva e situazioni di monopolio congiunto.*..... pag. 178
  - 2.4. *Analisi delle barriere all'entrata.* ..... pag. 183
3. Identificazione delle condotte anticoncorrenziali. .... pag. 187
  - 3.1. *Abusi di sfruttamento e strategie esclusive.* ..... pag. 188
  - 3.2. *Requisito dell'intento.* ..... pag. 195

### CAPITOLO IV

PROFILI COMPARATIVI IN MERITO A SINGOLE FATTISPECIE RICADENTI  
NELL'AMBITO DEL DIVIETO DI MONOPOLIZZAZIONE O ABUSO DI POSIZIONE  
DOMINANTE..... pag. 199

1. Rifiuto di contrarre. .... pag. 199



1.1. <i>Rifiuto di concedere in licenza diritti di proprietà intellettuale</i> .....	pag. 215
2. Vendite abbinate.....	pag. 231
3. Prezzi predatori. ....	pag. 241
4. Accordi di esclusiva. ....	pag. 253
5. Pratiche di sconto. ....	pag. 262

## CAPITOLO V

COOPERAZIONE INTERNAZIONALE IN MATERIA DI CONCORRENZA.....	pag. 273
--	----------

1. Introduzione. ....	pag. 273
2. La dimensione globale delle pratiche di monopolizzazione e di abuso di posizione dominante.....	pag. 275
3. Extraterritorialità: profili introduttivi. ....	pag. 279
3.1. <i>La portata extraterritoriale delle norme antitrust statunitensi e dell'Unione europea</i> . ....	pag. 280
4. Accordi bilaterali.....	pag. 296
4.1. <i>Le Raccomandazioni OCSE in materia di cooperazione tra stati membri in relazione a pratiche anticoncorrenziali</i> . ....	pag. 296
4.2. <i>Gli accordi bilaterali di "prima generazione"</i> . ....	pag. 300
4.3. <i>Gli accordi tra gli Stati Uniti e la Comunità europea in materia di concorrenza e la positive comity doctrine</i> . ....	pag. 302
4.4. <i>Applicazione concreta della positive comity doctrine</i> . ....	pag. 306
5. La Cooperazione multilaterale. ....	pag. 312

CONCLUSIONI .....	pag. 321
-------------------	----------

BIBLIOGRAFIA .....	pag. 327
--------------------	----------



## INTRODUZIONE

Il diritto della concorrenza rappresenta uno degli ambiti giuridici in cui più marcata risulta essere l'esigenza di un approccio uniforme e globale. La rimozione delle barriere commerciali e la conseguente deterritorializzazione dell'economia hanno reso obsoleto ogni tentativo di tracciare gli effetti derivanti dalle maggiori transazioni commerciali esclusivamente all'interno dei confini nazionali. In tale contesto, le singole autorità garanti della concorrenza con sempre maggiore difficoltà riescono a perseguire da sole gli obiettivi della politica antitrust e con insistenza viene pertanto percepita la necessità di elaborare un insieme condiviso di regole e principi fondamentali. In tal senso, la proliferazione di codici e leggi in materia di concorrenza accentua il rischio di normative ed approcci giurisprudenziali divergenti tra ordinamenti giuridici diversi, rendendo più forte, soprattutto da parte della comunità imprenditoriale internazionale, la richiesta di una qualche forma di convergenza ed armonizzazione.

Il diritto antitrust statunitense e quello dell'Unione europea non si sottraggono a tale difformità sostanziale, che trova le sue radici innanzitutto nelle diverse teorie e dottrine economiche che hanno informato le rispettive legislazioni ed hanno condizionato in maniera forte la successiva interpretazione giurisprudenziale delle norme poste a tutela della concorrenza. Le divergenze tra i due ordinamenti risultano essere particolarmente sensibili nell'ambito della disciplina delle condotte unilaterali, per le quali non esiste un'omogeneità di

pensiero in relazione alla valutazione dell'impatto anticoncorrenziale e, in ultima analisi, nel giudizio di legittimità delle singole tipologie di condotte.

Ciò nonostante, i due sistemi giuridici hanno intrapreso di recente importanti riforme che hanno comportato una maggiore uniformità di approccio in riferimento alle ipotesi di abuso di posizione dominante e di monopolizzazione. In particolare, in ambito europeo, nel 2003 la Commissione ha dato inizio ad una revisione interna della propria politica in merito all'articolo 82 del Trattato istitutivo della Comunità europea (ora divenuto articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea) che si è concluso con l'adozione degli "Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo [102 TFUE] al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti". Tali linee guida promuovono un'analisi maggiormente basata sugli effetti delle condotte poste sotto indagine, allontanandosi in tal modo da un approccio formalistico che, tipicamente, aveva caratterizzato fino ad allora l'azione sia della Commissione che della giurisprudenza europea e che aveva comportato un approccio particolarmente severo nei confronti delle ipotesi di abuso di posizione dominante.

Negli Stati Uniti, invece, si è assistito ad un'evoluzione opposta tramite l'abrogazione delle linee guida del 2008 in materia di condotte unilaterali. Tale posizione della nuova amministrazione risulta finalizzata all'adozione di un più vigoroso approccio nei confronti delle pratiche di monopolizzazione ed alla rimozione di quella sostanziale presunzione di legittimità che tradizionalmente aveva circondato le condotte unilaterali nell'ultimo decennio.

Tuttavia, nonostante tali sviluppi, permangono tra i due ordinamenti profonde divergenze che si traducono, in ultima analisi, in un diverso atteggiamento assunto nei confronti delle

ipotesi di abuso di posizione dominante e di monopolizzazione: da un lato l'approccio statunitense risulta essere più pronò ad accettare falsi negativi piuttosto che rischiare di commettere errori del "primo tipo" che potrebbero scoraggiare condotte procompetitive; di contro, la Commissione e la giurisprudenza europea hanno tradizionalmente evidenziato una più marcata determinazione a perseguire potenziali abusi ed a scongiurare la possibilità di incorrere in falsi negativi.

La disciplina delle condotte unilaterali coinvolge, come noto, i soggetti economici dotati di un certo livello di potere di mercato, interessando, pertanto, in misura rilevante quelle imprese di grandi dimensioni che sovente tendono ad avere una portata multinazionale. Pertanto, per la regolamentazione delle posizioni dominanti viene auspicato, in misura anche maggiore rispetto ad altri contesti normativi, un avvicinamento delle legislazioni che possa comportare una maggiore certezza del diritto ed una più contenuta possibilità di conflitti giurisdizionali.

*In puncto*, benché non sia possibile prevedere se la creazione di un diritto internazionale antitrust sia destinata a rimanere un traguardo irraggiungibile, la situazione attuale non consente di intravedere risultati concreti nel prossimo futuro. Tuttavia, incoraggianti segnali positivi si sono registrati negli ultimi anni, in cui sono stati compiuti forti progressi verso un coordinamento più intenso che, pur con risultati controversi, segna il definitivo riconoscimento della necessità di fornire una maggiore certezza giuridica su scala globale alle imprese multinazionali, nonché di dirimere ogni eventuale contrapposizione tra due fenomeni che appaiono muoversi in direzioni diverse, quali sono la globalizzazione dei mercati ed una dimensione della regolamentazione antitrust essenzialmente nazionale o, in casi eccezionali, regionale, come nell'esempio, sinora unico, dell'Unione europea, la quale, come noto, risulta

dotata di una disciplina sovranazionale che, nel contempo, si combina con i diritti dei singoli Stati membri.

Nel presente lavoro, dopo aver esaminato le teorie economiche poste a fondamento della disciplina antitrust in Europa e negli Stati Uniti, con particolare riferimento alla dottrina della Scuola di Chicago e di Harvard, nonché ai precetti dell'Ordoliberalismo europeo, verranno analizzate, nel secondo capitolo, le norme in materia di condotte unilaterali vigenti nei due ordinamenti in esame. In tale contesto, particolare attenzione verrà riservata alle più recenti evoluzioni della disciplina, in riferimento alla revoca del *Single-Firm Conduct Report* negli Stati Uniti e all'adozione delle nuove linee guida della Commissione in materia di pratiche esclusive.

Un'analisi comparativa delle norme fondamentali in materia di abuso di posizione dominante e di monopolizzazione sarà oggetto del terzo capitolo, nel quale verrà messo in evidenza il differente approccio adottato dai due ordinamenti attraverso l'esame delle pronunce rilevanti e un'indagine dei più recenti orientamenti giurisprudenziali. Il raffronto della disciplina delle singole fattispecie di abuso costituirà, invece, oggetto di trattazione nel capitolo successivo, in cui, sulla base della legislazione vigente, sarà possibile con maggior dettaglio apprezzare le diverse prospettive del sistema giuridico statunitense e dell'Unione europea.

Successivamente le linee di sviluppo della nostra indagine tenderanno ad evidenziare la portata internazionale ed intergiurisdizionale delle fattispecie ricadenti nell'ambito di applicazione della Sezione 2 dello Sherman Act o dell'articolo 102 TFUE. Attraverso uno studio della più recente casistica si delinea la disciplina relativa all'extraterritorialità delle

norme antitrust nei due ordinamenti, analizzando le ipotesi di risoluzione dei conflitti di giurisdizione mediante gli strumenti della cooperazione e della negoziazione internazionale a livello bilaterale e multilaterale. Verranno tracciate, nel contempo, le possibili soluzioni a problematiche ancora irrisolte e gli eventuali scenari futuri in relazione ad una più concreta collaborazione tra autorità garanti della concorrenza ed alla creazione di un sistema normativo armonizzato.





## CAPITOLO I

### PROFILI ECONOMICI E DI *POLICY*

SOMMARIO: 1. *Introduzione: lo sviluppo delle teorie economiche antitrust negli Stati Uniti ed in Europa* – 1.1. *L'esperienza degli Stati Uniti.* – 1.2. *La tradizione ordoliberal europea.* – 2. *Condizioni di monopolio ed efficienza economica.* – 3. *Gli obiettivi generali della politica di concorrenza.* – 3.1. *Gli obiettivi della politica antitrust negli Stati Uniti.* – 3.2. *L'evoluzione delle finalità della politica di concorrenza in Europa.* – 3.3. *Gli obiettivi della politica di concorrenza in Europa.*

1. *Introduzione: lo sviluppo delle teorie economiche antitrust negli Stati Uniti ed in Europa.*

*1.1. L'esperienza degli Stati Uniti.*

Il diritto della concorrenza, sia in Europa che negli Stati Uniti, è stato fortemente influenzato da teorie economiche diverse succedutesi nel corso dell'ultimo secolo<sup>1</sup>. Allo

---

<sup>1</sup> È da rilevare che esistono alcuni autori i quali, senza negare il ruolo delle teorie economiche nello sviluppo delle leggi sulla concorrenza, hanno sottolineato che, almeno negli Stati Uniti, gli organi preposti all'applicazione delle leggi hanno sviluppato un "economic approach" solo nei primi anni Ottanta. V. Peter M. Gerhart, *The Supreme Court and Antitrust Analysis: The (Near) Triumph of the Chicago School*, 1982 SUP. CT. REV. 319 (1982); Richard A. Posner, *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*, 45 U. CHI. L. REV. 1, 5, 12-13 (1977); Donald I. Baker e William Blumenthal, *The 1982 Guidelines and Preexisting Law*, 71 CALIF. L. REV. 311, 317-21 (1983); Eleanor M. Fox, *Introduction, The 1982 Merger Guidelines: When Economists Are Kings?*, 71 CALIF. L. REV. 281, 281-83, 296-99 (1983). Altri autori si sono invece spinti verso posizioni estremiste, sostenendo che gli economisti hanno avuto una influenza non positiva sulle politiche antitrust contribuendo in maniera attiva ad un utilizzo di queste ultime finalizzato alla

scopo di comprendere le differenze tra i due sistemi giuridici in tema di concorrenza, è pertanto utile indagare, in primo luogo, le dottrine economiche che hanno informato le leggi sulla concorrenza nei due ordinamenti, verificando, nel contempo, la sussistenza di reciproche influenze.

Il tema è particolarmente rilevante per lo studio delle condotte unilaterali, per le quali risulta più marcata la difformità di vedute tra le diverse teorie economiche. Infatti, in quest'ambito, più che negli altri, esiste una divergenza di opinioni, non sempre conciliabile, fondata su argomentazioni discordanti in merito agli effetti che le diverse fattispecie di condotta unilaterale hanno, o presumibilmente avrebbero, sul mercato.

Con particolare riferimento agli Stati Uniti, la storia dell'evoluzione delle teorie economiche sulla concorrenza può essere suddivisa in cinque diverse fasi<sup>2</sup>. Il primo periodo ha inizio con i primi dibattiti sullo Sherman Act del 1890<sup>3</sup>, in cui si è registrato un modesto entusiasmo nei confronti della legislazione appena approvata<sup>4</sup>. La maggior parte degli

---

sovversione delle forze concorrenziali di mercato. V., e.g., William M. Shughart II, *Monopoly and the Problem of the Economists*, 17 *MANAGERIAL AND DECISION ECON.* 217 (1996).

<sup>2</sup> V. Richard Hofstadter, *What Happened to the Antitrust Movement*, in *THE PARANOID STYLE IN AMERICAN POLITICS AND OTHER ESSAYS 192-94* (Harvard University Press 1966) il quale identifica le prime tre fasi della storia del diritto antitrust statunitense, integrate successivamente da William E. Kovacic & Carl Shapiro, *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Analysis*, 14 *J. EC. PERSPECTIVES* 43 (2000).

<sup>3</sup> Lo Sherman Antitrust Act (15 U.S.C. §§ 1-7), afferma “[e]very contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal” (§1), mentre la §2, concernente nello specifico le fattispecie di monopolio, contempla che “[e]very person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony . . .”.

<sup>4</sup> Esisteva, tuttavia, una minoranza di economisti che presero una posizione alternativa, ritenendo che la concorrenza fosse sempre vantaggiosa al verificarsi di circostanze specifiche. V. J. B. Clark, *The ‘Trust’: A New*

economisti, infatti, oltre a ritenere che le leggi antitrust avrebbero messo a rischio gli effetti positivi delle economie di scala e di scopo, segnalavano la minaccia che le nuove norme avrebbero rappresentato nei confronti di quei settori caratterizzati dalla presenza di alti costi fissi e bassi costi marginali<sup>5</sup>. In questa fase, le corti statunitensi sono state fortemente impegnate nel definire in maggior dettaglio i vaghi termini legislativi inclusi nello Sherman Act.

In riferimento alle situazioni di monopolio, la lettera dello Sherman Act e la storia legislativa dello stesso indicano che il Congresso non intese condannare le situazioni di monopolio in quanto tali, ma ritenne necessario identificare quelle condotte che, affiancate ad un potere di mercato, integravano comportamenti illeciti. L'approccio prevalente fu quello di verificare se le imprese fossero in possesso di un potere tale da intraprendere condotte anticompetitive, mentre fu tralasciata un'analisi volta ad esaminare la sussistenza di incentivi ad agire illegittimamente.

Tradizionalmente, questo primo periodo volge al termine con il caso *Standard Oil*<sup>6</sup>, deciso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nel 1911, in cui, oltre a decretare l'ingresso ufficiale degli economisti nel campo del diritto della concorrenza, la suprema corte ha per la prima

---

*Agent for Doing an Old Work: Or Freedom Doing the Work of Monopoly*, 16 NEW ENGLANDER AND YALE REVIEW 223 (1890); M. S. Morgan, *Competing Notions of 'Competition' in Late Nineteenth-Century American Economics*, 25 HIST. POL. ECON. 563 (1993).

<sup>5</sup> Cfr. ARTHUR HADLEY, *RAILROAD TRANSPORTATION; ITS HISTORY AND ITS LAWS* 71 (Putnam 1886); Henry Carter Adams, *Relation of the State to Industrial Action*, 1 PUBLICATIONS AM. ECON. A. 471, 524 (1887). Per un'analisi dettagliata del pensiero economico di fine '800 in relazione alla politica antitrust negli Stati Uniti, v. Frederic M. Scherer, *Efficiency, Fairness, and the Early Contributions of Economists to the Antitrust Debate*, 29 WASHLBURN L. REV. 243 (1989).

<sup>6</sup> *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

volta applicato il criterio delle quote di mercato al fine di verificare l'esistenza e l'estensione di un potere di monopolio<sup>7</sup> ed ha inoltre sancito la “*rule of reason*”<sup>8</sup> come metodo principale dell'analisi antitrust. L'impegno del governo statunitense a sfidare i giganti industriali della nazione si mostrò nuovamente nel caso *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*<sup>9</sup>, nel quale si evince uno dei maggiori contributi teorici di questo periodo alla disciplina antitrust: questo caso è ritenuto, infatti, essere il precursore sia della “*leverage doctrine*”<sup>10</sup> che della “*essential facilities doctrine*”<sup>11</sup>.

In seguito alla pronuncia *Standard Oil*, con la relativa affermazione della *rule of reason* quale standard di analisi antitrust, il Congresso ritenne che la Corte Suprema stesse attenuando la portata dello Sherman Act. Fu proprio questa preoccupazione ad ispirare la

---

<sup>7</sup> In particolare, la Corte Suprema ha ritenuto che una quota di mercato del 90% fosse sufficiente a reputare esistente una posizione di monopolio. I casi futuri avrebbero poi comunemente usato elevate quote di mercato per stabilire l'esistenza di posizioni monopolistiche.

<sup>8</sup> Tramite lo standard della *rule of reason*, i giudici valutano le condotte delle imprese attraverso un approccio caso per caso, mentre l'approccio alternativo, la *per se rule*, stabilisce che determinate condotte, una volta accertate, siano automaticamente da giudicare illegittime. Nella sentenza *Standard Oil*, 221 U.S. 1, la Corte Suprema ha inoltre introdotto una classificazione delle condotte ritenute irragionevolmente esclusionarie.

<sup>9</sup> *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383 (1912).

<sup>10</sup> Nel caso specifico, la corte stabilì che la Railroad Association avrebbe utilizzato la sua posizione di monopolio sui terminali ferroviari della città di St. Louis per monopolizzare anche il commercio interstatale di merci. La Corte Suprema, pertanto, concluse che un'impresa avente una posizione di monopolio in un mercato ha sempre un incentivo ad estendere detto monopolio verso i mercati di prodotti complementari allo scopo di godere di una doppia situazione di profitto monopolistico.

<sup>11</sup> Nel caso *Terminal Railroad* la corte vietò a varie imprese ferroviarie di utilizzare il loro controllo di terminali all'incrocio principale del fiume Mississippi a St. Louis, allo scopo di porre in atto azioni discriminatorie contro i rivali. La corte ha pertanto costretto i convenuti a concedere ad estranei l'accesso alla propria rete a condizioni ragionevoli, sottolineando che la Interstate Commerce Commission avrebbe potuto risolvere il problema della fissazione dei prezzi di accesso equi.

promulgazione, nel 1914, del Clayton Act<sup>12</sup> e del Federal Trade Commission Act<sup>13</sup>, con i quali si aprì una nuova fase dello sviluppo delle teorie in materia di antitrust. In realtà, questo secondo periodo, che va dal 1915 fino al 1936, epoca caratterizzata dalla politica del “New Deal” del presidente Roosevelt e dall’emanazione del Robinson-Patman Act<sup>14</sup>, risulta essere, da un punto di vista dell’*enforcement* della normativa antitrust, alquanto statico, tanto che alcuni autori hanno soprannominato questa fase la “*era of neglect*” dell’antitrust<sup>15</sup>.

In questo periodo, i tribunali statunitensi hanno fatto largo uso di test di ragionevolezza allo scopo di valutare la liceità delle condotte economiche delle imprese, mentre le varie amministrazioni succedutesi hanno fortemente scoraggiato una vigorosa applicazione delle norme sulla concorrenza da parte del Dipartimento di Giustizia e della Federal Trade Commission. Tale mutato atteggiamento nei confronti della politica antitrust trova le sue radici innanzitutto nella visione “associazionista” delle relazioni tra governo ed economia<sup>16</sup>,

---

<sup>12</sup> Clayton Act, 15 U.S.C. §§ 11-27 (1988 & Supp. V 1993). Il Clayton Act ebbe come scopo principale la riduzione della discrezionalità giudiziaria stabilendo uno specifico divieto a porre in atto determinate condotte, le quali pertanto integravano le fattispecie ritenute illegittime *per se*. Si tratta, in particolare, di vendite abbinate (*tying arrangements*), accordi di distribuzione esclusiva (*exclusive dealing agreements*), casi di coincidenza di persone nelle cariche direttive e amministrative delle società (*interlocking directorates*) e fusioni ottenute tramite l’acquisto di titoli azionari.

<sup>13</sup> Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. §§ 41-58. Il Federal Trade Commission Act ha posto fine al monopolio del potere esecutivo nell’applicazione delle leggi antitrust tramite la formazione di un organo amministrativo (Federal Trade Commission o FTC) volto all’applicazione della normativa antitrust.

<sup>14</sup> 15 U.S.C. § 13 (1936).

<sup>15</sup> V. Richard Hofstadter, *What Happened to the Antitrust Movement*, in *THE PARANOID STYLE IN AMERICAN POLITICS AND OTHER ESSAYS 193-94* (Harvard University Press 1966); ROBERT F. HIMMELBERG, *ANTITRUST AND BUSINESS REGULATION IN THE POSTWAR ERA, 1946-1964* 73 (Garland 1994).

<sup>16</sup> L’associazionismo, che vide come suo precursore negli Stati Uniti il presidente Woodrow Wilson, ebbe come suo esponente principale il presidente Herbert C. Hoover, il quale cercò di rendere il Dipartimento del

originata dalla constatazione che, durante la prima guerra mondiale, la collaborazione tra governo e imprese si è dimostrata, a detta degli economisti e degli ufficiali di governo dell'epoca, capace di organizzare l'economia nel miglior modo possibile.

Le tesi associazioniste ebbero un'ulteriore spinta a seguito della crisi del 1929, quando la rimozione della concorrenza fu ritenuta una strategia adatta a contrastare la deflazione dei prezzi ed a garantire una più veloce ripresa dalla situazione di depressione. In questo contesto è stato varato il National Industrial Recovery Act (NIRA)<sup>17</sup>, con il quale le norme antitrust sono state sostanzialmente sospese autorizzando le associazioni di imprese a codificare autonomamente regole di leale concorrenza e permettendo *de facto* l'esecuzione di condotte anticoncorrenziali<sup>18</sup>.

---

Commercio una più potente organizzazione avente il potere di stringere rapporti di partnership e di cooperazione volontaria tra governo e imprese. Inoltre, Hoover, prima in qualità di Segretario del commercio e poi di presidente, favorì lo scambio di informazioni tra imprese attraverso associazioni di categoria allo scopo di frenare gli sprechi derivanti dalla concorrenza. Per una maggiore trattazione dell'argomento v. Ellis W. Hawley, *Three Facets of Hooverian Associationalism*, in *REGULATION IN PERSPECTIVE: HISTORICAL ESSAYS* 95 (Thomas K. McCraw ed., 1981); Ellis W. Hawley, *Herbert Hoover, the Commerce Secretariat, and the Vision of an "Associative State"*, 61 *J. AM. HIST.* 116 (1974); William J. Novak, *The American Law of Association: The Legal-Political Construction of Civil Society*, 15 *STUD. AM. POL. DEV.* 163 (2001).

<sup>17</sup> Ch. 90, 48 Stat. 195 (1933). Per un ulteriore studio sul NIRA v. Jason E. Taylor, *Cartel Code Attributes and Cartel Performance: An Industry-Level Analysis of the National Industrial Recovery Act*, 50 *J. LAW & ECON.* 597 (2007).

<sup>18</sup> La Sezione 4(a) del National Industrial Recovery Act, rubricata "Agreements and Licenses", stabiliva che "[t]he President is authorized . . . to approve voluntary agreements between and among persons engaged in a trade or industry, labor organizations, and trade or industrial organizations, associations, or groups, relating to any trade or industry, if in his judgment such agreements will aid in effectuating the policy of this title with respect to transactions in or affecting interstate or foreign commerce". Il documento normativo puntualizzava, nella Sezione 5(a) che "[w]hile this title is in effect . . . and for sixty days thereafter, any code, agreement, or license approved, prescribed, or issued and in effect under this title, and any action complying with the

L'approvazione del NIRA da parte del Congresso si è posta in un quadro generale caratterizzato dalla richiesta, sempre più insistente, di una radicale soppressione della normativa antitrust vigente a favore di un approccio più tenue, tendente ad un controllo amministrativo sulle pratiche illegittime piuttosto che a divieti eseguibili in via giurisdizionale<sup>19</sup>. Inoltre, le teorie associazioniste hanno spinto il governo ad operare un forte intervento nell'economia, imponendo controlli generalizzati in materia di ingresso e di fissazione dei prezzi in diversi settori, e incoraggiando l'approvazione del Robinson-Patman Act<sup>20</sup> del 1936, avente come obiettivo l'arginamento dell'espansione delle grandi catene di vendita al dettaglio che avveniva a danno dei piccoli rivenditori.

Anche la Corte Suprema non è stata aliena dalle influenze del clima di generale sottoapplicazione delle norme sulla concorrenza. Infatti, alcune decisioni hanno fortemente ristretto l'ambito di applicazione dello Sherman Act nei confronti sia delle ipotesi di collusione tra imprese concorrenti<sup>21</sup> che dei casi di monopolio. Per quanto riguarda questi

---

provisions thereof taken during such period, shall be exempt from the provisions of the antitrust laws of the United States”.

<sup>19</sup> Cfr., *inter alios*, *The N. R. A. and the Anti-Trust Laws: The Sugar Institute Case*, 43 YALE L.J. 1295, 1295-96 (1934); Jason E. Taylor, *Cartel Code Attributes and Cartel Performance: An Industry-Level Analysis of the National Industrial Recovery Act*, 50 J. LAW & ECON. 597 (2007); AMERICAN BAR ASSOCIATION. SECTION OF ANTITRUST LAW, FEDERAL STATUTORY EXEMPTIONS FROM ANTITRUST LAW (2007).

<sup>20</sup> 15 U.S.C. §§ 13-13(b), 21(a) (2000).

<sup>21</sup> Per quanto riguarda i casi di collusione e cooperazione tra imprese, la Corte Suprema ha mostrato un atteggiamento particolarmente clemente nei maggiori casi giudicati nel periodo tra il 1915 ed il 1936. V. *Board of Trade of the City of Chicago v. United States*, 246 U.S. 231 (1918); *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919); *Maple Flooring Manufacturers' Association v. United States*, 268 U.S. 563 (1925); *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344 (1933). È da rilevare, tuttavia, che la Corte Suprema, nonostante il generale clima di distensione in merito all'applicazione delle norme antitrust, ha comunque sottolineato l'illiceità di talune forme di collaborazione tra imprese. V. *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927). In

ultimi in particolare, il periodo che va dal 1915 al 1936 rappresenta una fase di particolare distensione della normativa antitrust nei confronti delle condotte delle imprese dominanti, caratterizzata dal sistematico proscioglimento di tutti i casi di monopolizzazione portati in giudizio ai sensi della § 2 dello Sherman Act<sup>22</sup>. Inoltre, la Corte Suprema ha mostrato una propensione all'utilizzo di criteri di misurazione e di definizioni di mercato rilevante particolarmente ampi che hanno favorito in più istanze la mancata determinazione di un potere di mercato, rendendo, pertanto, più difficile il riscontro di uno dei requisiti essenziali per l'applicazione della § 2 dello Sherman Act<sup>23</sup>.

Per quanto concerne il periodo sopra analizzato, appare difficile evidenziare un'influenza diretta del pensiero economico nei confronti delle decisioni degli organi giudiziari<sup>24</sup>, in quanto la politica antitrust è stata fortemente condizionata dalla situazione storica contingente ed è stata pertanto finalizzata, nello specifico, al risollevarlo dell'economia statunitense in seguito alla grave crisi avvenuta nel 1929. Diversa è invece la situazione che si venne a creare nel periodo immediatamente successivo, il quale aprì una nuova era per l'applicazione delle

---

questo caso, in particolare, la corte ha tentato di porre un limite al precedente giudiziale del caso *Board of Trade of the City of Chicago*, nel quale veniva sostenuta la necessità di un'analisi accurata dei fatti e delle condizioni inerenti a ciascun accordo tra imprese, applicando pertanto a questi ultimi una sostanziale *rule of reason*.

<sup>22</sup> V., *ex multis*, *United States v. United States Steel Corp.*, 251 U.S. 417 (1920).

<sup>23</sup> V., *e.g.*, *Standard Oil Co. v. United States*, 283 U.S. 163 (1931), in cui l'ampia definizione di mercato rilevante adottata dalla corte ha reso possibile l'identificazione di una quota di mercato pari al 26%, a fronte di una quota di mercato superiore al 60% che sarebbe potuta essere accertata nel caso la corte avesse adottato una definizione di mercato rilevante più ristretta.

<sup>24</sup> La gran parte degli economisti dell'epoca hanno avuto modo di esprimere il loro parere negativo nei confronti delle scelte del Congresso e delle decisioni della Corte Suprema. In particolare, si segnala un documento che porta la firma di 127 economisti i quali sottolineavano che la condotta della politica antitrust aveva comportato una maggior persistenza della crisi economica.



norme antitrust, e che va sommariamente dalla metà degli anni '30 alla fine degli anni '60 del Novecento. Quest'epoca è caratterizzata dal sopraggiungere di nuove teorie economiche che, nel tempo, hanno influenzato anche gli organi giurisdizionali ed hanno innescato una più severa applicazione della normativa antitrust.

La teoria economica che ha avuto maggior seguito ed ha maggiormente condizionato l'applicazione delle norme antitrust negli Stati Uniti è stata il cosiddetto "Structure, Conduct, Performance Paradigm" (SCP), sviluppata presso l'Università di Harvard<sup>25</sup>. Secondo tale paradigma, i risultati e la performance di uno specifico settore industriale sono funzione della condotta degli agenti del mercato, che risulta essere condizionata dalla struttura del mercato stesso, la quale, a sua volta, dipende dalle condizioni di base, quali la tecnologia e le preferenze dei consumatori. Dati tali legami, secondo il paradigma SCP, le politiche di governo, agendo sulle condizioni di base, sono in grado di influenzare la struttura, la condotta, e la performance di un determinato settore industriale<sup>26</sup>.

La dottrina economica SCP, pertanto, ha determinato un cambiamento di prospettiva delle norme antitrust, le quali hanno spostato la propria attenzione dagli aspetti relativi alla condotta a quelli più specificamente attinenti alla struttura di mercato. In questo periodo,

---

<sup>25</sup> Lo "SCP Paradigm" fu sviluppato per primo da Edward S. Mason, docente dell'Università di Harvard, il quale coniugò le sue teorie in un articolo che sarebbe poi stato ritenuto il testo di riferimento del paradigma SCP. V. Edward S. Mason, *Price and Production Policies of Large-Scale Enterprises*, 29 AER PAPERS & PROC. 61 (1939). Si veda anche, dello stesso autore, *Price and Production Policies of Large Scale Enterprises*, 29 AM. ECON. REV. 61 (1949); *The Current State of the Monopoly Problem in the United States*, 62 HARV. L. REV. 1265 (1949).

<sup>26</sup> V. Edward S. Mason, *Price and Production Policies of Large-Scale Enterprises*, *op. ult. cit.*, pag. 61 e ss.

infatti, le quote di mercato ed i vari indici di concentrazione (quali il CR4<sup>27</sup>, il CR8<sup>28</sup> e l'HHI<sup>29</sup>) si affermano come strumenti utili per l'analisi della performance di mercato in funzione degli aspetti strutturali, e diventano ben presto strumenti di analisi giudiziaria. La nuova teoria economica, che vide il suo apice negli anni '60 del secolo scorso, ebbe i suoi influssi maggiori nei confronti della *merger policy*<sup>30</sup>, ma non mancò di influenzare anche le

---

<sup>27</sup> Il *Four-firm concentration ratio* (CR4) rappresenta la somma delle quote di mercato delle quattro imprese maggiori presenti su un determinato mercato rilevante.

<sup>28</sup> L'*Eight-firm concentration ratio* (CR8) rappresenta la somma delle quote di mercato delle otto imprese maggiori presenti su un determinato mercato rilevante.

<sup>29</sup> L'*Herfindahl-Hirschman Index* (HHI) è una misura di concentrazione del mercato ormai comunemente accettata. Esso viene calcolato elevando al quadrato la quota di mercato di ciascuna impresa concorrente nel mercato e poi sommando i numeri risultanti. L'indice HHI può avere un risultato variabile che oscilla tra un valore prossimo allo zero (situazione altamente concorrenziale) a 10.000 (situazione di monopolio). Il Dipartimento della Giustizia statunitense (USDOJ) utilizza l'indice HHI per la valutazione delle concentrazioni. In particolare, l'USDOJ ritiene che un mercato con valore HHI inferiore a 1.000 sia un mercato competitivo; un valore oscillante tra 1.000-1.800 indica invece un mercato moderatamente concentrato; infine, un risultato di 1.800 o superiore risulta essere indice di un mercato fortemente concentrato. Come regola generale, le fusioni che aumentano il valore dell'HHI di più di 100 punti nei mercati concentrati destano preoccupazioni antitrust. V. U.S. DEP'T OF JUSTICE, MERGER GUIDELINES, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) P13,103 (June 14, 1984), § 3. Anche il diritto antitrust europeo fa uso dell'indice HHI, anche se trae da esso risultati leggermente diversi. Le Guidelines della Commissione affermano che quest'ultima ritiene improbabile l'identificazione di problematiche concorrenziali in un determinato mercato qualora, a seguito di una fusione, l'indice HHI: a) sia inferiore a 1.000; b) abbia un valore tra 1.000 e 2.000 e l'aumento dell'indice non sia stato superiore a 250; c) abbia un valore superiore a 2.000 e l'aumento dell'indice non sia stato superiore a 150. V. *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese* (in GUCE n. C 31 del 5 febbraio 2004, pagg. 5-18).

<sup>30</sup> Il Congresso abbracciò le teorie strutturaliste attraverso l'emanazione del Celler-Kefauver Act del 1950 (ch. 1184, 64 Stat. 1125 (1950)), il quale, emendando la § 7 del Clayton Act e recependo le teorie del modello SCP, inasprì la disciplina del controllo delle concentrazioni. Il Clayton Act, infatti, includeva nel proprio campo di applicazione solamente le concentrazioni frutto di acquisizioni azionarie, mentre il Celler-Kefauver Act coinvolse anche le concentrazioni scaturenti da acquisizioni di beni aziendali. Inoltre, il controllo delle concentrazioni fu esteso a tutte le fattispecie di fusioni, incluse quelle tra soggetti non concorrenti. Per una

norme antitrust relative a situazioni di monopolio<sup>31</sup>. Nel caso *Alcoa*<sup>32</sup>, la Corte d'Appello del Secondo Circuito incentrò la propria analisi sulle quote di mercato detenute dalla società convenuta, stabilendo che una quota del 90% fosse sufficiente a ritenere che un'impresa godesse di una posizione di monopolio nello specifico mercato rilevante. Il giudice Hand, aggiunse inoltre, in un *obiter dictum* del caso *Alcoa*, che una quota di mercato del 60% o 64% rende dubbia la qualificazione dell'impresa come monopolista, mentre una quota di mercato del 33% risulta certamente non sufficiente a stabilire una situazione di monopolio<sup>33</sup>. La corte basò la propria decisione anche sui possibili effetti che la condotta dell'impresa avrebbe

---

maggior analisi sull'argomento, v. RUDOLPH J. R. PERITZ, *COMPETITION POLICY IN AMERICA: HISTORY, RHETORIC, LAW* 195-99 (Oxford University Press 2001). Anche la Corte Suprema subì l'influsso delle teorie SCP: in molti casi l'elemento cruciale risultò essere la valutazione delle quote di mercato, presenti e future, ed il loro effetto sulla struttura di mercato. V. *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962); *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963); *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1966); *United States v. Pabst Brewing Co.*, 384 U.S. 546 (1966).

<sup>31</sup> Cfr. Herbert Hovenkamp, *United States Competition Policy in Crisis: 1890-1955*, 94 MINN. L. REV. 311, 355-56 (2009), in cui si afferma che “[i]n monopolization law, the S-C-P paradigm shifted the focus of analysis away from conduct, which had dominated the law in the first half of the century, and toward structure. In the important *Alcoa* and *United Shoe Machinery* decisions, the courts condemned monopolists on the basis of minimal conduct requirements when significant market power was clear”; E. Thomas Sullivan, *The Economic Jurisprudence of The Burger Court's Antitrust Policy: The First Thirteen Years*, 58 NOTRE DAME L. REV. 1, 49-50 (1982), in cui l'autore, nell'evidenziare che “[i]n *Alcoa*, the Second Circuit . . . shifted the analytical framework towards a more structural economic analysis which focused on *Alcoa's* market power”, nota che “[t]he conduct standards recognized under section two seemed statically wedded to the structuralist models of how industry and markets interact”. Cfr. anche FEMI ALESE, *FEDERAL ANTITRUST AND EC COMPETITION LAW ANALYSIS* 223 (Ashgate 2008), secondo cui “*Alcoa* introduced the structuralist approach to considerations of Section 2 cases”. Più distaccata è invece l'opinione di ALAN B. MORRISON, *FUNDAMENTALS OF AMERICAN LAW* 436 (OUP/New York University School of Law 1996), per il quale “no United States court has ever adopted a complete structuralist viewpoint. The case that comes the closest is *Alcoa*”.

<sup>32</sup> *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

<sup>33</sup> *Ibidem*, pag. 424.

potuto avere sulla struttura di mercato, evidenziando, in particolare, la pratica, utilizzata da Alcoa, di anticipare la nuova domanda attraverso un preventivo aumento della capacità produttiva<sup>34</sup>. La stessa rilevanza data alla struttura di mercato si può trovare anche in altri casi successivi, come *United Shoe Machinery*<sup>35</sup> e *Utah Pie*<sup>36</sup>.

La terza fase dell'evoluzione della politica e delle norme antitrust negli Stati Uniti nasce dalle critiche rivolte al modello SCP da un gruppo di economisti dell'Università di Chicago. La scuola di Chicago trova il suo punto di partenza, ed il suo maggior elemento di divergenza rispetto alle teorie precedenti, nell'utilizzo a fini teorici della *price theory* neoclassica. A differenza del paradigma SCP, che esaminava le problematiche concorrenziali maggiormente sulla base di una ricerca empirica piuttosto che sul ricorso ad una teoria economica strutturata, i *Chicagoans* hanno ricercato un'interpretazione delle pratiche osservate nei mercati reali che fosse il più possibile aderente con le nozioni di massimizzazione del profitto, utilità e benessere<sup>37</sup>.

L'attivismo dell'epoca precedente è stato fatto oggetto di dure critiche da parte degli economisti della scuola di Chicago, i quali, enfatizzando le ragioni di efficienza di molti fenomeni concorrenziali, predicavano un'astensione del governo da ogni interferenza con le strutture di mercato esistenti.

---

<sup>34</sup> Cfr. William E. Kovacic & Carl Shapiro, *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Analysis*, 14 J. EC. PERSPECTIVES 43, 50 (2000).

<sup>35</sup> *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F. Supp. 295 (D. Mass. 1953), *aff'd per curiam*, 347 U.S. 521 (1954).

<sup>36</sup> *Utah Pie Co. v. Continental Baking Co.*, 386 U.S. 685 (1967).

<sup>37</sup> V. ROBERT H. BORK, *ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF* (Free Press 1993).

Questo atteggiamento si è tradotto nella critica di molte regole di illegittimità elaborate dalla giurisprudenza della Corte Suprema, arrivando a sostenere che alcuni comportamenti fossero *ex se* talmente pro-concorrenziali che i giudici avrebbero dovuto difenderli attraverso una vera e propria presunzione di legalità<sup>38</sup>.

Pertanto, la scuola di Chicago nasce in contrapposizione al paradigma SCP, e l'intera sua tradizione trova fondamento nelle tre critiche maggiori che essa rivolge alle teorie economiche precedenti. In particolare, gli esponenti della scuola di Chicago hanno rigettato la connessione tra elevati livelli di concentrazione ed effetti anticoncorrenziali sostenuta dal paradigma SCP. È stata messa in evidenza dai *Chicagoans*, infatti, la difficoltà di porre in atto comportamenti anticoncorrenziali in un mercato fortemente concentrato, in quanto essi richiederebbero complicati accordi sui prezzi e sulla divisione del mercato, nonché un complesso meccanismo di controllo per verificare che i soggetti partecipanti ad un'eventuale intesa non devino dalla stessa. In mancanza di tali misure, una condotta anticoncorrenziale è pertanto difficile da perseguire e, poiché gli accordi in materia di coordinamento sono particolarmente costosi, la possibilità di riuscita di una collusione tra imprese risulta essere

---

<sup>38</sup> La scuola di Chicago sviluppò i cosiddetti "teoremi dell'impossibilità", i quali dimostravano che, in alcune circostanze, le imprese non avevano alcun incentivo ad intraprendere certe pratiche anticoncorrenziali, pur avendo la capacità di farlo. Tra questi si annovera il "*single monopoly profit theorem*", secondo il quale, in una catena verticale di produzione, in cui la teoria economica postula un potenziale fisso per un profitto di monopolio, un'impresa avente posizione di monopolio ad un certo livello della catena riesce a massimizzare i propri profitti solo qualora essa pratichi un prezzo di monopolio e tutti gli altri nella catena applichino un prezzo concorrenziale. Pertanto, l'impresa in posizione di monopolio tenderà ad incoraggiare la concorrenza ad ogni livello della catena poiché ogni profitto di monopolio acquisito da altri andrà a ridurre il proprio. V. *ibidem*, pag. 223-45.

minima<sup>39</sup>. Pertanto, non è possibile presupporre la presenza di atteggiamenti anticoncorrenziali coordinati in tutti i mercati concentrati, mentre la correlazione empirica tra alti livelli di concentrazione ed alti tassi di profitto non risulterebbe essere necessariamente causata da comportamenti anticoncorrenziali, potendo ben essere il risultato di efficienze economiche<sup>40</sup>. Inoltre, secondo la tesi degli economisti di Chicago, le economie di scala pongono una solida giustificazione, in termini economici, agli alti livelli di concentrazione<sup>41</sup>. Tuttavia, gli esponenti della scuola di Chicago ammettevano la portata anticoncorrenziale delle situazioni di monopolio allorquando esse comportassero una riduzione della produzione, così come sostenevano l'illegittimità dei cartelli tra imprese, benché promuovessero una forte cautela nella condanna di queste ultime pratiche, poiché esse raramente conducevano ad una riduzione della produzione ed erano caratterizzate da una forte instabilità interna<sup>42</sup>.

In secondo luogo, molti esponenti della scuola di Chicago hanno evidenziato che la struttura di mercato di un determinato settore può essere influenzata dai livelli di performance del mercato stesso, mentre il modello SCP non contemplava la possibilità di effetti endogeni sulla struttura. Tale argomentazione si basa sull'osservazione che, se un'impresa con elevate quote di mercato decide di comportarsi in maniera anticoncorrenziale, ad esempio restringendo la produzione ed aumentando i prezzi, questa condotta indurrà ad entrare nel

---

<sup>39</sup> V. George J. Stigler, *A Theory of Oligopoly*, 72 J. POL. ECON. 44 (1964).

<sup>40</sup> V. Harold Demsetz, *Industry Structure, Market Rivalry, and Public Policy*, 3 J. L. ECON. 1 (1973); Harold Demsetz, *Two Systems of Belief About Monopoly*, in *MERGERS AND ACQUISITIONS: CRITICAL PERSPECTIVES ON BUSINESS AND MANAGEMENT* (Paul Temple & Simon Peck eds., Routledge 2002).

<sup>41</sup> V. HARVEY J. GOLDSCHMID & H. MANN, *INDUSTRIAL CONCENTRATION: THE NEW LEARNING* 101 (Little Brown and Company 1974).

<sup>42</sup> Cfr. HARRY FIRST, ELEANOR M. FOX & ROBERT PITOFSKY, *REVITALIZING ANTITRUST IN ITS SECOND CENTURY: ESSAYS ON LEGAL, ECONOMIC, AND POLITICAL POLICY* 76-77 (Quorum 1991).

mercato nuove imprese, le quali ristabiliranno le condizioni di concorrenza. Questa critica mossa al modello SCP prende ulteriormente forma attraverso la “teoria dei mercati contendibili” sviluppata nei primi anni '80 del secolo scorso<sup>43</sup>.

Infine, la scuola di Chicago si pone in contrasto con le teorie SCP anche in materia di barriere all'entrata. Secondo quest'ultima dottrina, rientrano nella definizione di barriere all'entrata anche le economie di scala ed i vantaggi di costo dovuti al controllo di risorse più efficienti<sup>44</sup>. Per i sostenitori della scuola di Chicago, invece, tali barriere sono costituite da quei costi sostenuti dalle imprese per entrare all'interno di un determinato mercato, ma che non sono invece sopportati dalle imprese che sono già operative all'interno del mercato stesso<sup>45</sup>. Pertanto, ciò che appare rilevante allo scopo di comprendere la struttura di mercato non sono tanto i costi fissi, ma i cosiddetti “*sunk costs*”, vale a dire quei costi non recuperabili che un'impresa deve sostenere quando entra in un determinato mercato.

Secondo la tradizione della scuola di Chicago, dunque, le situazioni di monopolio non risultano essere necessariamente critiche sotto un profilo antitrust. Le teorie dei *Chicagoans* sostengono che queste ultime non avvengono molto spesso e, qualora siano presenti, esse possono essere spiegate attraverso gli effetti delle economie di scala nella produzione e nella distribuzione, ovvero attraverso l'esistenza di barriere all'entrata. In quest'ultimo caso, secondo la tradizione della scuola di Chicago, le barriere non possono che essere transitorie,

---

<sup>43</sup> V. WILLIAM J. BAUMOL, JOHN C. PANZAR, & ROBERT D. WILLIG, *CONTESTABLE MARKETS AND THE THEORY OF INDUSTRY STRUCTURE* (Harcourt College 1982).

<sup>44</sup> V. GEORGE SAYERS BAIN, *INDUSTRIAL ORGANISATION* 252 (seconda edizione, Wiley 1968).

<sup>45</sup> V. GEORGE J. STIGLER, *THE ORGANIZATION OF INDUSTRY* 67 (University of Chicago Press 1983).

come spiega la teoria dei mercati contendibili<sup>46</sup>. L'eventuale persistenza di un potere di mercato, pertanto, può essere solo il risultato di un'azione di governo volta a stabilire barriere legali all'entrata del mercato e tesa, pertanto, alla creazione di monopoli pubblici.

Le teorie della scuola di Chicago furono rapidamente recepite dagli organi giurisdizionali grazie, in primo luogo, alle nuove nomine che si ebbero in seno alla Corte Suprema e alle corti minori<sup>47</sup> e, in secondo luogo, a causa della comune percezione che vide le imprese statunitensi aver perso molto in termini di competitività rispetto alle imprese di altri paesi nei quali le norme antitrust erano inesistenti o applicate meno severamente.

Pertanto, la tradizione non interventista della scuola di Chicago influenzò fortemente gli esiti dei casi antitrust svoltisi dalla metà degli anni '70 in poi. In particolare, per quanto riguarda le ipotesi di monopolizzazione, si registrarono molti casi relativi ad imprese in posizione dominante ma, con rare eccezioni<sup>48</sup>, tali casi si conclusero tutti a favore delle società imputate. Sia la Corte Suprema che le corti inferiori concessero alle imprese

---

<sup>46</sup> V. William M. Landes & Richard A. Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, 94 HARV. L. REV. 937 (1981).

<sup>47</sup> Durante la presidenza Nixon, molti dei giudici nominati alla Corte Suprema e alle corti minori erano caratterizzati da una preferenza per il non interventismo in materia antitrust.

<sup>48</sup> V. *United States v. AT&T Co.*, 552 F. Supp. 131 (1982), il quale stabilì, *inter alia*, che l'impresa convenuta alienasse le società operative locali. V. William E. Kovacic, *Failed Expectations: The Troubled Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration*, 74 IOWA L. REV. 1105, 1106-09 (1989). V. anche *United States v. Otter Tail Power Co.*, 410 U.S. 366 (1973); *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985). In entrambi i casi, la Corte Suprema ha stabilito l'incombenza sull'impresa dominante di contrattare con le imprese concorrenti, particolarmente quando esse dispongono di strutture caratterizzate da una situazione di monopolio naturale e quando esse deviano da condotte avute in precedenza con le stesse imprese concorrenti.



dominanti una rimarchevole libertà di scelta nell'ambito delle proprie politiche industriali relative al prezzo, delle politiche di sviluppo dei prodotti e delle strategie promozionali<sup>49</sup>.

Tuttavia, il caso simbolo che ha decretato l'ingresso delle teorie della scuola di Chicago nell'ambito delle argomentazioni giuridiche delle corti, nonché lo sviluppo all'interno di queste di un approccio maggiormente fondato su principi economici, è stato *GTE Sylvania*<sup>50</sup> in tema di restrizioni verticali, con il quale la Corte Suprema capovolse la precedente giurisprudenza analizzando le restrizioni territoriali imposte dai produttori sui distributori attraverso una *rule of reason*, anziché attraverso la regola della illegalità *per se*<sup>51</sup> stabilita nel caso *Schwinn*<sup>52</sup>. Alla fine degli anni '80 molte tipologie di condotte furono dichiarate legittime *per se*, mentre molte altre furono ritenute meritevoli di un approccio valutativo *case-by-case*.

Tuttavia, le teorie della scuola di Chicago non sono state aliene da valutazioni negative. In particolare, le critiche sono pervenute sia dall'interno che dall'esterno del modello stesso elaborato dalla scuola di Chicago<sup>53</sup>. Per quanto riguarda quest'ultimo ambito di critiche, è stato rilevato che la tradizione della *price theory*, su cui si fondano le teorie della scuola di

---

<sup>49</sup> V., e.g., *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986); *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263 (2d Cir. 1979), *cert. denied*, 444 U.S. 1093 (1980).

<sup>50</sup> *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

<sup>51</sup> V. *ibidem*, pag. 59.

<sup>52</sup> *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U. S. 365 (1967). In particolare, la Corte Suprema, nel caso *Sylvania*, sottolineò che un'eventuale divergenza dallo standard della *rule of reason* deve essere necessariamente argomentata sulla base di effetti economici dimostrabili piuttosto che, come accaduto nel caso *Schwinn*, sulla base di classificazioni formali. V. *Sylvania*, 433 U.S., pag. 58.

<sup>53</sup> Per critiche pervenute dall'interno del modello della scuola di Chicago si fa riferimento a quelle censure elaborate mantenendo intatte le premesse teoriche a fondamento di tutto il modello, v. Herbert Hovenkamp, *Antitrust Policy After Chicago*, 84 MICH. L. REV. 213, 255-83 (1985).

Chicago, sono caratterizzate da una esagerazione di taluni concetti teoretici che non trovano riscontro nella realtà empirica<sup>54</sup>.

Nello stesso tempo, sopraggiunsero altre teorie economiche che posero le fondamenta per una nuova era nelle teorie antitrust fondata su nuove tecniche di analisi incentrate sulla “teoria dei giochi”. A partire dai primi anni '90, il governo degli Stati Uniti ha applicato estensivamente le nozioni della teoria dei giochi in materia di intese tra imprese. Infatti, il DOJ adottò per la prima volta una politica tesa ad offrire un’immunità alla prima impresa che avesse rivelato l’esistenza di un cartello (cd. *Leniency Policy*)<sup>55</sup>; inoltre, il governo si impegnò a perseguire quei comportamenti che facilitano il coordinamento tra imprese, e non più solamente il coordinamento stesso<sup>56</sup>. Anche le corti statunitensi non sono state estranee ad influssi della teoria dei giochi: nel caso *Eastman Kodak*<sup>57</sup>, la Corte Suprema ha diffusamente citato concetti propri della teoria dei giochi e, basandosi sulle nozioni di asimmetrie informative e *lock-in* quali fonti di potere di mercato, essa dichiarò necessaria un’ulteriore verifica da parte delle corti minori per valutare le giustificazioni economiche e commerciali della condotta dell’impresa convenuta.

Più in generale, le nuove teorie, definite generalmente con il termine *Post-Chicago*, misero in evidenza la possibilità di sviluppare modelli in cui un’impresa può utilizzare la propria posizione di monopolio in un mercato per estendere il monopolio in mercati adiacenti in

---

<sup>54</sup> V. *ibidem*, pagg. 233-255.

<sup>55</sup> V. U.S. Dep’t of Justice, Corporate Leniency Policy (10 ago. 1993), disponibile presso il sito <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.pdf>; U.S. Dep’t of Justice, Leniency Policy for Individuals (10 ago. 1994), disponibile presso il sito <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/lenind.htm>.

<sup>56</sup> V. *United States v. Airline Tariff Publ’g Co.*, 1994-2 Trade Cas. (CCH) P 70,687 (D.D.C. Aug. 10, 1994).

<sup>57</sup> *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992).

modo da ridurre il benessere sociale generale<sup>58</sup>. In seguito furono identificate altre situazioni nelle quali si dimostrò che un'impresa in posizione dominante sarebbe stata in grado di incrementare i propri profitti, o proteggere quelli esistenti, attraverso la distorsione della concorrenza in un mercato secondario<sup>59</sup>, sfatando in questo modo il mito della scuola di Chicago per cui le situazioni di monopolio non avrebbero dovuto dare luogo, in via generale, a preoccupazioni di natura concorrenziale. Di conseguenza, tale nuova era del diritto antitrust risulta essere caratterizzata da un maggior intervento delle corti in materia di concorrenza e da una più ampia applicazione della normativa antitrust<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> In particolare è stato dimostrato che, in tema di vendite abbinate, lo sfruttamento di una posizione di monopolio in un mercato adiacente può incrementare i profitti di monopolio al verificarsi di due condizioni particolari: il mercato del prodotto abbinato è soggetto ad economie di scala e tale sfruttamento induce l'uscita delle imprese dal mercato o ad un effetto deterrente verso le imprese incombenti. V. Michael D. Whinston, *Tying, Foreclosure, and Exclusion*, 80 AM. ECON. REV. 837 (1990).

<sup>59</sup> V. Dennis W. Carlton & Michael Waldman, *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*, 33 RAND J. ECON. 194, 205-12 (2002); Jay Pil Choi & Christodoulos Stefanadis, *Tying, Investment, and the Dynamic Leverage Theory*, 32 RAND J. ECON. 52, 60-62 (2001).

<sup>60</sup> È da evidenziare, peraltro, che le teorie post-Chicago hanno avuto un ruolo rilevante non solo all'interno delle corti degli Stati Uniti, ma anche in Europa. In particolare, la Commissione Europea si è basata su argomenti tipici della tradizione post-Chicago in alcuni casi di fusione. Cfr. Trib. primo grado, sent. 25 ottobre 2002, causa T-5/02, *Tetra Laval BV c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2002, pag. II-4381). In questo caso, la Commissione riteneva che l'entità emergente dalla fusione avrebbe avuto la facoltà e l'incentivo di utilizzare la sua posizione dominante nel settore degli imballaggi in cartone come una "leva" volta all'acquisizione di una posizione dominante sui mercati delle attrezzature per l'imballaggio in plastica. È da rilevare che, in sede di appello, la commissione ha dovuto soccombere poiché il Tribunale di Primo Grado ha stabilito che essa non era stata in grado di dimostrare la probabilità di tali effetti competitivi, non mettendo peraltro in discussione la validità teorica dell'impianto accusatorio della Commissione.

## 1.2. *La tradizione ordoliberal europea.*

Per quanto riguarda, invece, lo sviluppo del diritto della concorrenza in Europa, è da rilevare innanzitutto l'opinione di taluni commentatori secondo cui la nascita delle norme in materia di concorrenza nel continente europeo sia fortemente legata alle norme esistenti negli Stati Uniti, arrivando ad affermare che la legislazione comunitaria<sup>61</sup> fosse un mero adattamento di quest'ultime al contesto europeo<sup>62</sup>. Come si avrà modo di sostenere più avanti nella trattazione, tale interpretazione, ad avviso di chi scrive, sembra sottostimare in maniera eccessiva il ruolo che hanno avuto talune teorie economiche nate in Germania durante la prima metà del Novecento nello sviluppo di una cultura ed una politica di concorrenza europea.

Le tesi per le quali il diritto della concorrenza europeo è frutto delle norme antitrust statunitensi trovano origine nel fatto che, alla fine della seconda guerra mondiale, le forze alleate anglo-americane introdussero in Germania norme volte alla decartellizzazione del

---

<sup>61</sup> Come noto, a decorrere dal 1° dicembre 2009, data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione europea si è dotata di personalità giuridica ed ha ripreso le competenze precedentemente conferite alla Comunità europea. Il diritto comunitario è dunque divenuto il diritto dell'Unione europea (di seguito designato anche come "diritto dell'Unione" o "diritto europeo"). Nella seguente trattazione, tuttavia (seguendo peraltro l'approccio adottato anche dalla Corte di giustizia e dal Tribunale; v., ad es., [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7033/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033/)), l'aggettivo "comunitario" (così come il termine "Comunità europea") sarà, qualora ritenuto opportuno, ugualmente utilizzato quando esso sarà riferito a normativa, istituzioni, giurisprudenza, documenti o comunque a contesti storici precedenti all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Similmente, nelle stesse circostanze si farà riferimento agli articoli 81 e 82 CE invece che ai vigenti articoli 101 e 102 TFUE.

<sup>62</sup> Cfr., *ex multis*, Joel Davidow, *The Worldwide Influence of United States Antitrust*, 35 ANTITRUST BULL. 603 (1990).

mercato tedesco basate in prevalenza sulle norme antitrust americane<sup>63</sup>. Inoltre, si rileva che i gruppi incaricati della redazione dei trattati CECA e CEE erano caratterizzati da una rilevante partecipazione ed influenza di delegati statunitensi<sup>64</sup>. Tali evenienze hanno sviluppato la convinzione che le norme statunitensi siano state il modello su cui sono state plasmate le leggi di concorrenza tedesche, prima, e quelle comunitarie in seguito<sup>65</sup>. Non si intende, in tale sede, sostenere che il ruolo degli Stati Uniti fosse stato marginale o addirittura irrilevante nella creazione di un *corpus* normativo europeo in materia di concorrenza, bensì si sottolinea che tale influenza, benché rilevante, non può condurre ad un giudizio che sottovaluti in maniera assoluta l'importanza di altre scuole di pensiero di origine europea.

Come accennato, una certa corrente intellettuale sviluppatasi ben prima del secondo dopoguerra aveva posto le basi teoriche per lo sviluppo del diritto della concorrenza in Germania ed in Europa<sup>66</sup>. Si fa riferimento, in particolare, alla scuola di Friburgo e alla corrente culturale ivi sviluppatasi conosciuta col nome di "Ordoliberalismo"<sup>67</sup>. Tale corrente di pensiero è figlia del contesto storico della Germania della prima metà del Novecento, caratterizzata dal collasso economico della Repubblica di Weimar e dall'ascesa del potere

---

<sup>63</sup> Cfr. Heinrich-Karl Bock & Heinz Korsch, *Decartelization and Deconcentration in the West German Economy Since 1945*, in ANTITRUST LAWS: A COMPARATIVE SYMPOSIUM 138-53 (Wolfgang Friedmann ed., 1953).

<sup>64</sup> Si rileva, tuttavia, che l'ordoliberalismo si era fatto strada anche nell'ambito della cultura economica statunitense, giacché molti esponenti ordoliberali tedeschi si stabilirono negli Stati Uniti durante il periodo nazionalsocialista.

<sup>65</sup> Cfr. Ernest Goldstein, *Effect of Foreign Antitrust Laws on United States Business*, 12 SOUTHWESTERN L. J. 405, 408 (1958).

<sup>66</sup> Cfr. WALTER EUCKEN, GRUNDSÄTZE DER WIRTSCHAFTSPOLITIK 292 (Edith Eucken & K. Paul Hensel eds., UTB 1952)

<sup>67</sup> V. DAVID J. BERGER, LAW AND COMPETITION IN TWENTIETH CENTURY EUROPE: PROTECTING PROMETHEUS (Oxford University Press 1998).

nazista. Gli esponenti della dottrina ordoliberalera ritenevano che entrambi questi avvenimenti, dannosi per l'economia tedesca, fossero scaturiti dall'incapacità del sistema giuridico di prevenire la creazione e l'abuso di poteri economici privati<sup>68</sup>. Per ragioni storiche, legate alla forte componente antinazista del pensiero ordoliberalera, le teorie di tale filone intellettuale hanno avuto modo di fiorire in Europa solamente alla fine del secondo conflitto mondiale.

Il punto centrale del pensiero ordoliberalera era fondato sul ruolo dell'economia nella società e sulla convinzione che gli individui dovessero essere protetti non solo dal potere statale, ma anche dalle istituzioni economiche private, ritenute potenzialmente capaci di limitare in maniera forte la libertà economica privata<sup>69</sup>. A seguito dell'esperienza della Repubblica di Weimar, gli esponenti ordoliberali richiedevano una minor concentrazione sia del potere politico che di quello economico. Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, essi sostenevano, in particolare, l'eliminazione di qualsiasi situazione di monopolio e, più in generale, nutrivano una particolare avversione nei confronti delle concentrazioni economiche, favorendo, nel contempo, la protezione della libertà economica delle piccole e medie imprese<sup>70</sup>.

È da rilevare, tuttavia, che una preminente importanza veniva attribuita ad aspetti più prettamente sociali<sup>71</sup>, finendo per combinare questi ultimi con la stessa dottrina economica.

---

<sup>68</sup> Cfr. Franz Böhm, *Die Forschungs- und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universität Freiburg in den dreißiger und vierziger Jahren des 20 Jahrhunderts*, in FRANZ BÖHM, REDEN UND SCHRIFTEN 158, 162 (1960).

<sup>69</sup> Cfr. WALTER EUCKEN, DIE GRUNDLAGEN DER NATIONALOKONOMIE 196-204 (9th ed. 1989) (1939).

<sup>70</sup> Cfr. FRANÇOIS BILGER & DANIEL VILLEY, LA PENSÉE ÉCONOMIQUE LIBÉRALE DANS L'ALLEMAGNE CONTEMPORAINE 101 (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence Impr. R. Vançon 1964).

<sup>71</sup> Cfr. JAMES J. SHEEHAN, THE CAREER OF LUJO BRENTANO: A STUDY OF LIBERALISM AND SOCIAL REFORM IN IMPERIAL GERMANY (University of Chicago Press 1966); EUCKEN, GRUNDSÄTZE DER WIRTSCHAFTSPOLITIK, cit., pag. 1.

Infatti, secondo la dottrina ordoliberal, una corretta metodologia di funzionamento del mercato doveva essere caratterizzata da una generale percezione di “giustizia” da parte di tutti i membri della società, i quali avrebbero dovuto avere uguali opportunità di accesso e partecipazione al mercato stesso. In questo senso, i poteri economici eccessivi rappresentavano un ostacolo forte alla giustizia sociale, poiché, quando le organizzazioni private raggiungono una potenza tale da interferire con il corretto funzionamento del processo competitivo, il mercato non può più essere percepito come giusto e, pertanto, non è in grado di integrare la comunità sociale all’interno di esso<sup>72</sup>.

In questo contesto, i principi concorrenziali non possono che avere una funzione cruciale per il raggiungimento del benessere sociale teorizzato dagli esponenti dell’Ordoliberalismo<sup>73</sup>. Tuttavia, nella visione di questi ultimi, il concetto di concorrenza è inquadrato all’interno di una dimensione “costituzionale” dell’analisi economica, che ha reso possibile un’integrazione completa tra pensiero economico e giuridico<sup>74</sup>. Pertanto, secondo gli schemi ordoliberali, il luogo naturale per l’attuazione delle teorie economiche è proprio la struttura normativa, tanto che al diritto della concorrenza è stata assegnata la diretta responsabilità per la creazione delle condizioni concorrenziali e per la prevenzione di ogni tipo di degenerazione del processo

---

<sup>72</sup> Cfr. EUCKEN, GRUNDSÄTZE DER WIRTSCHAFTSPOLITIK, pagg. 185-93.

<sup>73</sup> V. WILHELM RÖPKE, CIVITAS HUMANA: A HUMANE ORDER OF SOCIETY 372-75 (C. S. Fox trans., Hodge 1948). È da rilevare, tuttavia, che il tipo di concorrenza cui gli ordoliberali facevano riferimento era una “concorrenza perfetta” (*Vollständiger Wettbewerb*), nella quale nessuna impresa, in un determinato mercato, presenta il potere di limitare la libertà degli altri attori economici presenti nel mercato di riferimento.

<sup>74</sup> V. FRANZ BÖHM, WETTBEWERB UND MONOPOLKAMPF. EINE UNTERSUCHUNG ZUR FRAGE DES WIRTSCHAFTLICHEN KAMPFRECHTS UND ZUR FRAGE DER RECHTLICHEN STRUKTUR DER GELTENDEN WIRTSCHAFTSORDNUNG 107 (Berlino 1933), il quale definisce la costituzione economica come una decisione generale riguardante la natura e la forma del processo di cooperazione socio-economico. *Ibidem*.

competitivo. In particolare, data la rilevanza attribuita al potere economico privato quale fonte di distorsione del mercato<sup>75</sup>, il diritto della concorrenza avrebbe avuto lo scopo principale di prevenire la creazione di poteri monopolistici, controllare la condotta dei detentori di una posizione di monopolio ed, eventualmente, abolire le posizioni monopolistiche esistenti. Funzionale a tale ultimo scopo è il proposito di dotare il diritto della concorrenza della capacità di imporre alle imprese l'alienazione di intere componenti della propria struttura imprenditoriale, allo scopo di ridurre il potere di mercato da esse detenuto<sup>76</sup>.

Tuttavia, come accennato, qualora non sia possibile l'eliminazione di un potere monopolistico<sup>77</sup>, il diritto della concorrenza è tenuto a fornire uno standard di condotta per le imprese in posizione di monopolio che richieda a tali soggetti di agire come se essi fossero sottoposti ad un regime di concorrenza (c.d. *Als ob Standard*)<sup>78</sup>. Un tale standard, nella visione ordoliberal, aveva il doppio vantaggio di limitare i danni provocati dai poteri

---

<sup>75</sup> V. Franz Böhm, *Das Problem der privaten Macht. Ein Beitrag zur Monopolfrage*, 3 DIE JUSTIZ 324 (1928). Il potere economico privato, da un punto di vista ordoliberal, risulta essere la più seria minaccia al processo concorrenziale e tale concezione distingue in maniera evidente il diritto della concorrenza tedesco e comunitario da quello statunitense.

<sup>76</sup> V. BUNDESMINISTER FÜR WIRTSCHAFTS, ENTWURF ZU EINEM GESETZ ZUR SICHERUNG DES LEISTUNGSWETTBEWERBS UND ZU EINEM GESETZ ÜBER DAS MONOPOLAMT par. 15-16 (Bundswirtschaftsminister pub. 1949).

<sup>77</sup> *Ibidem*, par. 17-20.

<sup>78</sup> Una delle maggiori distinzioni tra il sistema antitrust statunitense, seppur frammentato nelle varie fasi sopra descritte, e le teorie ordoliberali riguarda l'utilizzo da parte di queste ultime della manipolazione del potere economico all'interno dei vari settori industriali come strumento primario per agire sulla struttura del mercato. In particolare, l'originario articolo 86 tollerava (così come accade oggi con l'articolo 102 TFEU) la presenza di un potere di mercato, imponendo nel contempo alle imprese in posizione dominante di non abusare della propria posizione, prescrivendo a queste ultime di agire come se fossero subordinate ad un regime di concorrenza, ed in tal modo assoggettandole *de facto* all' "*As-if Test*" elaborato dal pensiero ordoliberal. V. DAVID J. BERGER, *LAW AND COMPETITION IN TWENTIETH CENTURY EUROPE: PROTECTING PROMETHEUS*, cit., pag. 251.



economici privati e, nello stesso tempo, di non creare il pericolo di un'eccessiva ingerenza statale, data la possibilità di un'applicazione oggettiva dello standard stesso<sup>79</sup>.

A differenza delle teorie sulla concorrenza nate negli Stati Uniti, il pensiero ordoliberal pone una particolare attenzione anche sugli aspetti più prettamente istituzionali, all'interno dei quali le teorie economiche ed il diritto della concorrenza avrebbero trovato applicazione concreta. In tale quadro istituzionale, un ruolo centrale è rivestito dall'assetto legislativo, che ha il compito di tradurre in termini normativi i principi economici incorporati nel modello di concorrenza ordoliberal. In questo modo, trova applicazione anche un altro elemento centrale del pensiero della scuola di Friburgo, vale a dire la creazione di una costituzione economica che sia estranea alle pressioni politiche e che, in quanto tale, dia ai legislatori un tasso di discrezionalità molto basso nel creare un diritto della concorrenza.

L'elemento maggiormente innovativo si ritrova, tuttavia, nell'elaborazione di un soggetto autonomo preposto alla concreta applicazione del diritto della concorrenza, definito "ufficio del monopolio" (*Monopolamt*). Questo nuovo ente istituzionale avrebbe avuto il ruolo di investigare le presunte violazioni delle norme sulla concorrenza, con la possibilità di avviare le opportune indagini *ex officio*, e il potere di intraprendere azioni correttive nei confronti dei trasgressori. Si tratta pertanto di un'istituzione "quasi-giudiziaria" caratterizzata da una forte autonomia nei confronti del potere politico e delle lobby economiche.

Il ruolo, invece, destinato alle corti è, nello schema ordoliberal, più limitato ma comunque importante. Gli organi giurisdizionali, infatti, sono preposti principalmente alla verifica delle decisioni prese dal *Monopolamt* allo scopo di appurarne la conformità ad una corretta

---

<sup>79</sup> V. LEONHARD MIKSCH, WETTBEWERB ALS AUFGABE: GRUNDSATZE EINER WETTBEWERBSORDNUNG (2° ed. 1947).

interpretazione delle norme poste a tutela della concorrenza e, più in generale, sono investiti di una funzione nomofilattica<sup>80</sup>.

Dalla rappresentazione di queste tre istituzioni si evince che il diritto comunitario, seppur nella sua peculiarità di ordinamento sovranazionale, ha tratto, nel costituire il proprio assetto istituzionale, libera ispirazione dal pensiero ordoliberal, in quanto il ruolo coordinato che il diritto derivato, la Commissione Europea, in particolare la Direzione Generale della Concorrenza, la Corte di Giustizia ed il Tribunale di Primo Grado<sup>81</sup> hanno ricoperto all'interno del sistema di *enforcement* del diritto della concorrenza rispecchia in pieno lo schema ordoliberal.

Nonostante la forte influenza esercitata sull'ordinamento comunitario, i primi influssi del pensiero della scuola di Friburgo sono stati naturalmente rivolti verso il sistema giuridico tedesco<sup>82</sup>. Invero, la gestazione di un *corpus* normativo in tema di concorrenza è stata

---

<sup>80</sup> V. FRANÇOIS BILGER & DANIEL VILLEY, LA PENSÉE ÉCONOMIQUE LIBÉRALE DANS L'ALLEMAGNE CONTEMPORAINE, cit., pag. 159.

<sup>81</sup> Con l'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona, il "Tribunale di primo grado" è stato rinominato "Tribunale". Tuttavia, nella presente trattazione, si continuerà ad utilizzare la vecchia terminologia in relazione alla giurisprudenza ed a contesti storici precedenti all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

<sup>82</sup> A partire dagli anni Trenta del secolo scorso, gli esponenti del pensiero ordoliberal hanno sempre più con insistenza richiesto l'istituzione di un *Monopolamt* indipendente. V. Walter Eucken, *I fondamenti della economia politica*, Firenze, Sansoni, 1951, pag. 291, in cui si afferma che la regolamentazione dei monopoli dovrebbe essere assegnata ad un'agenzia statale che, al fine di prevenire l'influenza delle parti interessate, dovrebbe essere caratterizzata da una sostanziale indipendenza e da una soggezione esclusiva alla legge. L'autore sostiene che siffatta istituzione dovrebbe essere l'unica responsabile per tutte le questioni relative alla regolamentazione delle situazioni di monopolio, aggiungendo che la creazione di tale organismo sia tanto essenziale in uno Stato moderno quanto la Corte Suprema. Inoltre, l'autore si sofferma sui motivi che rendono necessaria l'adozione di una normativa antimonopolistica.

alquanto lunga e non priva di difficoltà<sup>83</sup>, tanto che solo nel 1956 è stata introdotta all'interno dell'ordinamento tedesco la prima legge in materia di concorrenza<sup>84</sup>.

L'influenza della dottrina ordoliberalista si è comunque successivamente diffusa anche al di fuori dei confini della Germania, soprattutto grazie al processo instaurato dalla nascita delle Comunità europee. Tale ascendente si è manifestato particolarmente in relazione alla creazione di una normativa antitrust<sup>85</sup>: le disposizioni in materia di concorrenza furono incluse nei trattati che hanno istituito la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA)<sup>86</sup> e la Comunità economica europea<sup>87</sup> su insistenza della Germania e riflettono in pieno gli influssi ordoliberali. Infatti, in quest'ultimo in particolare, la struttura degli originali articoli 85 e 86 del Trattato di Roma (divenuti, rispettivamente, prima articoli 81 e 82<sup>88</sup> ed

---

<sup>83</sup> V. RÜDIGER ROBERT, KONZENTRATIONSPOLITIK IN DER BUNDESREPUBLIK. DAS BEISPIEL DER ENTSTEHUNG DES GESETZES GEGEN WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN (Duncker & Humblot 1976).

<sup>84</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), 1957 Bundesgesetzblatt [BGB1] 1081 (Ger.). Per la dottrina in materia di GWB, v. Ivo E. Schwartz, *Antitrust Legislation and Policy in Germany – A Comparative Study*, 105 U. PA. L. REV. 617 (1957); JAMES A. MAXEINER, POLICY AND METHODS IN GERMAN AND AMERICAN ANTITRUST LAW (Praeger 1986).

<sup>85</sup> Il ruolo centrale della scuola di Friburgo non è stato tuttavia circoscritto alla sola fase di genesi del diritto della concorrenza comunitaria, estendendosi anche al suo successivo sviluppo: nei primi anni di operatività della Commissione Europea è maturata la consuetudine di porre a capo della Direzione Generale della Concorrenza personalità fortemente legate alla scuola ordoliberalista e, generalmente, di nazionalità tedesca.

<sup>86</sup> Le disposizioni in materia di concorrenza del Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio erano l'art. 65 (in materia di intese), l'art. 66 (in materia di concentrazioni ed abuso di posizione dominante) e l'art. 60 (in materia di prezzi predatori e discriminazioni di prezzo).

<sup>87</sup> Trattato che istituisce la Comunità economica europea del 25 marzo 1957 (non pubblicato in GUCE); Trattato che istituisce la Comunità europea (versione consolidata) (in GUCE n. C 325 del 24 dicembre 2002, pag. 33) [di seguito Trattato di Roma o CE].

<sup>88</sup> Per effetto del Trattato di Amsterdam che modifica il Trattato sull'Unione europea, i Trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi (in GUCE n. C 340 del 10 novembre 1997, pag. 1).

ora, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato Lisbona<sup>89</sup>, articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea<sup>90</sup>) rispecchia lo schema della normativa tedesca, apparendo in tal modo evidente l'importanza del pensiero ordoliberal nel contesto della codificazione di un diritto positivo in materia di concorrenza nel contesto europeo<sup>91</sup>.

In merito a quest'ultimo aspetto, come accennato, esiste un filone di pensiero che sostiene che il diritto della concorrenza tedesco, e quindi quello successivo comunitario, sia nato sotto una diretta influenza delle norme statunitensi e continui ad essere informato dagli sviluppi del sistema giuridico nordamericano<sup>92</sup>. Tali tesi sono solitamente sostenute dall'evidenza empirica data dal parallelismo tra talune evoluzioni avute nel sistema comunitario e simili sviluppi pregressi avvenuti nell'ordinamento statunitense in materia antitrust. Ed è proprio sotto quest'ultima prospettiva che sono state intese da taluni commentatori, ad esempio, l'adozione da parte della Commissione Europea della dottrina della “*failing firm defence*” in tema di controllo delle concentrazioni<sup>93</sup>, l'utilizzo della “*essential facilities doctrine*”<sup>94</sup>,

---

<sup>89</sup> Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 (in GUCE n. C 306 del 17 dicembre 2007, pag. 1).

<sup>90</sup> Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (in GUCE n. C 83 del 30 marzo 2010, pag. 47) [di seguito TFEU].

<sup>91</sup> V. Joel Davidow, *The Worldwide Influence of United States Antitrust*, cit.; David J. Gerber, *Law and the Abuse of Economic Power in Europe*, 62 TUL. L. REV. 57, 57 (1987).

<sup>92</sup> V. Giandomenico Majone, *The Rise of Statutory Regulation in Europe*, in REGULATING EUROPE 51 (Routledge 1996).

<sup>93</sup> Cfr. Dec. Comm. 94/449/CE del 14 dicembre 1993, *Kali und Salz* (in GUCE n. L 186 del 21 luglio 1994, pagg. 38-56). È da rilevare che, sebbene tale decisione sia stata successivamente annullata in sede d'appello, la tesi del governo francese, che eccipiva l'utilizzo della *failing firm defence*, fu infine respinta. V. C. Giust., sent. 31 marzo 1998, causa C-68/94, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee*, (in GUCE n. C 209 del 04 luglio 1998, pag. 2).

l'orientamento accolto nei confronti delle restrizioni verticali che richiamano la dottrina della *rule of reason*, il ricorso ad una politica di clemenza (*leniency policy*)<sup>95</sup>, lo stesso processo di modernizzazione introdotto dal Reg. 1/2003<sup>96</sup>, e, più in generale, tutte quelle evoluzioni che hanno portato alla sostituzione di un approccio formalistico-legale con un “*more economic approach*”<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> Cfr. Dec. Comm. dell'11 giugno 1992, caso IV/34.174, *B&I Line PLC c. Sealink Harbours Ltd. & Sealink Stena Ltd.* (in 5 Common Market Law Review [C.M.L.R.] 255 (1992)); Dec. Comm. 94/19/CE del 21 dicembre 1993, *Sea Containers/Stena Sealink* (in GUCE n. L 15 del 18 gennaio 1994, pagg. 8-19). Per la dottrina in materia di *essential facilities* sotto un profilo comparativo cfr. Donna M. Gitter, *The Conflict in the European Community Between Competition Law and Intellectual Property Rights: A Call for Legislative Clarification of the Essential Facilities Doctrine*, 40 AM. BUS. L.J. 217 (2003); John J. Kallaugher & James S. Venit, *Essential Facilities: A Comparative Law Approach*, in 1994 FORDHAM CORP. L. INST. 315 (Barry Hawk ed., 1995). È da rilevare, tuttavia, che la Corte di Giustizia ha sempre cercato di evitare l'utilizzo del termine “*essential facilities*”, nonostante, di fatto, abbia poi applicato tale dottrina avallando le tesi della commissione. Solamente nel 1998 il Tribunale di Primo Grado ha per la prima volta utilizzato il termine “*essential facilities*” facendo esplicito riferimento alla relativa dottrina. V. Trib. primo grado, sent. del 15 settembre 1998, cause riunite T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, *European Night Services Ltd. (ENS), Eurostar (UK) Ltd., Union Internationale des Chemins de Fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) e Société Nationale des Chemins de fer Français (SNCF) c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1998, pag. II-3141). Tale sentenza del Tribunale di Primo Grado resta comunque un evento eccezionale, in quanto successivamente il termine si ritrova solamente nelle opinioni di taluni avvocati generali e non nei testi delle sentenze.

<sup>95</sup> V. Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (in GUCE n. C 298 dell'8 dicembre 2006, pagg. 17-22).

<sup>96</sup> V. Stephanov Georgiev, *Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law*, UTAH L. REV. 971, 981-86 (2007).

<sup>97</sup> Cfr. HANNS ULLRICH, *THE EVOLUTION OF EUROPEAN COMPETITION LAW: WHOSE REGULATION, WHICH COMPETITION?* 161 (Edward Elgar 2006).

È indubbio che sia in atto un certo avvicinamento delle legislazioni, soprattutto in materia di intese<sup>98</sup>, che, sotto vari profili, risulta essere auspicabile in un contesto caratterizzato da un'accentuata globalizzazione commerciale e dalla crescente importanza assunta dagli attori economici multinazionali. Tuttavia, l'interpretare tale convergenza come una manifestazione del predominante influsso delle teorie antitrust statunitensi sul diritto della concorrenza comunitario risulta essere fuorviante e sottace l'importanza del processo di interazione ed influenza reciproca intercorrente tra i due ordinamenti.

Inoltre, la tesi che vede il diritto comunitario della concorrenza come un mero prodotto del diritto antitrust statunitense, come già segnalato, svisciva in maniera forte il ruolo delle teorie affermatesi in Germania a partire dal secondo dopoguerra nello sviluppo di una cultura europea della concorrenza. Tale ottica "americentrica" non tiene, inoltre, in considerazione l'esistenza di una tradizione europea legata alla politica di concorrenza che è maturata attraverso le esperienze dei singoli Stati e tramite le influenze reciproche tra questi ultimi e la Comunità europea<sup>99</sup>. Essa mostra, infine, di avere poca consapevolezza dell'esistenza di un modello europeo di concorrenza dotato di un insieme comune di idee, percezioni ed aspettative che è patrimonio collettivo dei sistemi giuridici europei<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> V. Federico Ghezzi, *Verso un diritto antitrust comune? il processo di convergenza delle discipline statunitense e comunitaria in materia di intese*, in "Rivista delle Società", 2002, fasc. 2-3, pagg. 499-595.

<sup>99</sup> Si ricorda, infatti, che l'ordinamento comunitario, così come oggi quello dell'Unione europea, oltre ad essere caratterizzato dall'elemento della sovranazionalità, è contraddistinto, soprattutto nell'ambito della disciplina della concorrenza, da un rapporto biunivoco e complementare con i diritti degli Stati membri, con i quali esso si combina.

<sup>100</sup> DAVID J. GERBER, *LAW AND COMPETITION IN TWENTIETH CENTURY EUROPE: PROTECTING PROMETHEUS* 431 (Oxford University Press 1998).

Taluni commentatori<sup>101</sup>, allo scopo di dimostrare l'attualità dell'influenza delle idee ordoliberali, in particolare nel contesto dell'articolo 82 (ora articolo 102 TFEU), hanno passato in rassegna talune sentenze della Corte di Giustizia<sup>102</sup> mettendo in rilievo come la corte abbia di fatto accolto taluni fondamentali assunti della dottrina ordoliberales. In particolare, gli organi giurisdizionali europei, nell'opera di determinazione dell'esistenza di ipotesi di abuso, hanno mostrato un'adesione ai due criteri proposti dai teorici della scuola di Friburgo, basati sulla riduzione delle possibilità di concorrenza delle rivali dell'impresa dominante e sulla sussistenza di comportamenti caratterizzati da una concorrenza non fondata sulla performance (*Leistungswettbewerb*). Un simile approccio, secondo altri commentatori<sup>103</sup>, è stato ribadito dai giudici europei anche in tempi più recenti, sottolineando l'attualità del pensiero ordoliberales<sup>104</sup>, il quale continua ad informare la giurisprudenza europea in materia di concorrenza.

Pertanto, per quanto il modello statunitense sia certamente stato fonte di ispirazione per la definizione delle norme antitrust nell'ambito dell'ordinamento sovranazionale europeo, non si

---

<sup>101</sup> John Kallaugher & Brian Sher, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse under Article 82*, 25 EUR. COMPETITION L. REV. 263 (2004).

<sup>102</sup> Cfr. C. Giust., sent. del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1979, pag. 461); C. Giust., sent. del 9 novembre 1983, Causa 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1983, pag. 3461).

<sup>103</sup> Cfr. James S. Venit, *Article 82: The Last Frontier - Fighting Fire With Fire?*, 28 FORDHAM INT'L L.J. 1157, 1166-68 (2005).

<sup>104</sup> Cfr. Trib. primo grado, sent. del 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Manufacture Française des Pneumatiques Michelin c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2003, pag. II-4071); Trib. primo grado, sent. del 17 dicembre 2003, Causa T-219/99, *British Airways Plc. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2003, pag. II-5917).

può dire che esso abbia condizionato in maniera radicale tutta l'esperienza comunitaria in tema di diritto della concorrenza. Le varie teorie economiche che, nelle loro diverse fasi, hanno modellato il diritto antitrust statunitense sono state fonte di riflessione per il legislatore e per la giurisprudenza europea, i quali si sono comunque mossi sempre sulle fondamenta di una tradizione economica nata e sviluppatasi nel continente europeo.

## 2. Condizioni di monopolio ed efficienza economica.

Generamente, sotto un profilo economico, situazioni di mercato caratterizzate da condizioni di monopolio danno origine, in primo luogo, a problematiche relative all'imposizione di prezzi sovracompetitivi da parte delle imprese in posizione dominante, determinando in tal modo una redistribuzione del benessere lesiva per i consumatori<sup>105</sup>. Tuttavia, è da rilevare che un'importanza limitata è stata data alle questioni relative a tale trasferimento di ricchezza<sup>106</sup>: la teoria economica neoclassica ha da sempre identificato quale principale problema derivante dalle situazioni di monopolio, così come in caso di intese, la riduzione della produzione al di sotto dei livelli di concorrenza e la conseguente perdita di benessere generale originata dall'inefficienza allocativa generata. Le imprese in posizione di monopolio tendono, infatti, a restringere la produzione e ad imporre un prezzo sovracompetitivo nei confronti dei propri consumatori, i quali sono costretti a ridurre i propri

---

<sup>105</sup> Cfr. Phillip Areeda, *Introduction to Antitrust Economics*, 52 ANTITRUST L.J. 523, 525 (1983).

<sup>106</sup> Cfr. ROBERT H. BORK, *THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF* 111 (1993); William M. Landes, *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, 50 U. CHI. L. REV. 652, 653.



consumi o a rinunciare al prodotto<sup>107</sup>. Pertanto, per una parte della dottrina economica, e in particolare per i rappresentanti della scuola di Chicago<sup>108</sup>, la redistribuzione di benessere dai consumatori alle imprese, provocato da un comportamento monopolistico, risulta essere irrilevante<sup>109</sup>, mentre l'unico pregiudizio preso in considerazione è l'inefficienza allocativa

---

<sup>107</sup> Cfr. Robert H. Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, 34 HASTINGS L.J. 65, 72 (1982), il quale nota che “[b]ecause a monopolist produces less than would be produced under competitive conditions, some resources that would otherwise have been used to make the monopoly product will instead be used for other purposes, ones that consumers value demonstrably less. This misallocation of resources results in diminished satisfaction of society’s wants, and thus, in terms of what society values, a reduction of society’s total wealth”. *Ibidem*.

<sup>108</sup> Secondo la visione di Bork, l'effetto redistributivo dovrebbe essere completamente escluso dalle variabili da tenere in considerazione per la determinazione della legittimità sotto un profilo concorrenziale. Sotto tale prospettiva, anche le imprese sono considerate all'interno della categoria dei “consumatori”, e l'effetto redistributivo, non andando ad incidere negativamente sul benessere totale, non può essere condannato sotto un profilo economico. Secondo l'autore, un'eventuale dichiarazione di illiceità da parte del legislatore, seppur legittima, implicherebbe una scelta tra due gruppi di consumatori. V. ROBERT H. BORK, *THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF*, pag. 122 e ss. *Contra v. Joseph F. Brodley, The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress*, 62 N.Y.U. L. REV. 1020, 1020-21 (1987), il quale sostiene che “[c]onsumer welfare . . . is not the identical twin of efficiency, but a distinct concept that refers to the direct and immediate welfare of the consumers of a specific product. Thus, consumer welfare adds a distributional thrust to antitrust law”. *Ibidem*.

<sup>109</sup> È stato rilevato che l'effetto redistributivo di ricchezza a favore delle imprese, non essendo un problema che coinvolge la sfera economica, può essere valutato solo sotto un profilo etico e dipende da giudizi di valore. Cfr. Robert H. Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, cit., pagg. 75-76, il quale sottolinea che “[u]nder monopoly pricing, some consumers’ surplus is acquired by the monopolist. Depending on one’s perspective, one can be entirely indifferent to the result, or one can conclude either that the monopoly is ‘unfairly taking’ property from consumers, or that the monopoly is only reaping its just reward”. Cfr. anche ROBERT H. BORK, *THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF*, cit., pag. 111.

generatasi, poiché si ritiene che l'intera società, e non gli individui singoli, possa soffrire della perdita di benessere<sup>110</sup>.

Maggiormente controversa è invece la posizione nei confronti delle inefficienze di natura produttiva<sup>111</sup> generate da condizioni di mercato monopolistiche. Viene sostenuto, da una parte della dottrina economica, che un'impresa in posizione di monopolio risulta essere economicamente integrata e caratterizzata da particolari efficienze interne di natura produttiva<sup>112</sup>. Ciò comporterebbe benefici per l'intera società, poiché il monopolista consumerebbe risorse inferiori e risulterebbe più efficiente rispetto ad un'intesa<sup>113</sup>; inoltre, grazie alla presenza di monopoli, i consumatori potrebbero beneficiare delle economie di scala, di una più sviluppata concorrenza internazionale e di un migliore investimento in ricerca e sviluppo<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> Come accennato, questa perdita di benessere avviene sia in caso di monopolio che di intese. Tuttavia, come messo in evidenza da talune teorie economiche, le intese sono, in termini economici, un tentativo collettivo di riprodurre i risultati di monopolio e, di conseguenza, i prezzi monopolistici (e la perdita di benessere concomitante) rappresentano il livello ideale cui le intese tendono. Cfr. ROBERT H. BORK, *THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF*, cit., pagg. 112-13.

<sup>111</sup> Una situazione di efficienza produttiva si ha allorché i beni o servizi sono prodotti al costo più basso possibile. In una situazione di concorrenza, ogni impresa ha la necessità di produrre minimizzando i costi allo scopo di non perdere clienti, produrre perdite e, in via generale, per scongiurare ogni possibilità di uscita dal mercato. In una simile situazione, ed in condizioni di perfetta informazione nel mercato, le tecniche di riduzione dei costi saranno adottate da tutte le imprese di un determinato settore con la conseguenza che il livello dei prezzi subirà una generale riduzione.

<sup>112</sup> Cfr. ROBERT H. BORK, *THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF*, cit., pag. 166.

<sup>113</sup> Cfr. Andrew T. Guzman, *Is International Antitrust Possible?*, 73 N.Y.U. L. REV. 1501, 1509 (1998).

<sup>114</sup> Questa è una posizione sostenuta, per lo più, da talune associazioni europee di categoria attive nella tutela dei diritti dei consumatori. In particolare, una simile tesi è stata supportata dal Consumers in Europe Group (CEG) nei propri report riguardanti la politica di concorrenza europea.

Un diverso filone dottrinale ha invece evidenziato che particolari inefficienze vengono conseguite quando la posizione di un'impresa risulta essere messa al riparo da un contesto concorrenziale. In particolare, perdite di efficienza derivano dalla mancanza di condizioni di concorrenza basata sui prezzi e dalla presenza di una situazione di mercato volta all'acquisizione di profitti di monopolio, mentre vi sono alcune evidenze comprovanti la riduzione del livello generale di ricerca e sviluppo in presenza di monopoli<sup>115</sup>. Infine, è stato rilevato che le imprese in posizione di monopolio, così come in caso di intese, incorrono in elevati costi per ottenere e mantenere in maniera illegale il loro potere di mercato, oltre ad imporre perdite su soggetti terzi<sup>116</sup>.

Per quanto riguarda, invece, questioni relative ad efficienze dinamiche<sup>117</sup>, è stato ipotizzato, da una parte della dottrina economica, che siano proprio le imprese aventi una posizione dominante a rappresentare le maggiori forze che guidano il mercato nel processo di innovazione<sup>118</sup>. Tale impostazione teorica è stata anche fatta propria dalla giurisprudenza della Corte Suprema, la quale ha difeso le eventuali inefficienze allocative delle imprese dominanti con la convinzione che i ricavi monopolistici riescano ad attrarre quell'acume affaristico e quella propensione al rischio in grado di produrre innovazione e crescita economica<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup> Cfr. Robert H. Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, cit., pag. 78.

<sup>116</sup> Cfr. Christopher R. Leslie, *Trust, Distrust, and Antitrust*, 82 TEX. L. REV. 515, 616 (2004).

<sup>117</sup> A differenza delle efficienze allocative e produttive, efficienze di tipo dinamico sono relative all'attitudine di un determinato mercato a favorire innovazione e progresso tecnologico.

<sup>118</sup> V. JOSEPH A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Etas, 5° ed., 2001.

<sup>119</sup> V. *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 407 (2004).

Altri filoni di pensiero hanno invece riscontrato che l'ipotesi secondo cui una situazione di mercato caratterizzata da imprese di grandi dimensioni, o da una elevata concentrazione, sia associata in maniera forte ad un maggior livello di attività innovativa non trova riscontro nell'evidenza empirica<sup>120</sup>. Infatti, più recenti studi economici hanno evidenziato che un potenziamento delle condizioni di concorrenza conduce ad effetti generalmente positivi sui processi di innovazione<sup>121</sup>. Tuttavia, gli effetti delle condizioni di monopolio sull'efficienza dinamica restano ambigui ed in qualche modo indeterminabili, come d'altronde affermato da parte della dottrina<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Cfr. F. M. Scherer, *Schumpeter and Plausible Capitalism*, 30(3) J. ECON. LITERATURE 1416, 1421 (1992); P. A. Geroski, *Innovation, Technological Opportunity, and Market Structure*, 42(3) OXFORD ECON. PAPERS 586, 592 (1990).

<sup>121</sup> Cfr. Sanghoon Ahn, *Competition, Innovation and Productivity Growth: A Review of Theory & Evidence 5* (Econ. Dep't, Org. for Econ. Cooperation & Dev., Working Paper No. 317, 2002), disponibile presso il sito [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=318059](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=318059); Jonathan B. Baker, *Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation*, 74 ANTITRUST L.J. 575, 576 (2007).

<sup>122</sup> Cfr. Jonathan B. Baker, *Promoting Innovation Competition Through the Aspen/Kodak Rule*, 7 GEO. MASON L. REV. 495, 512 (1999), il quale afferma che “[a]s a matter of economic theory, it is impossible to say for certain whether enforcement of the antitrust prohibition against monopolization, which might restrict the conduct of a dominant firm, will on balance enhance or reduce aggregate industry innovation in general”; Michael L. Katz & Howard A. Shelanski, *Merger Policy and Innovation: Must Enforcement Change to Account for Technological Change?*, 5 INNOVATION POL'Y & ECON. 109, 136 (2005), i quali, in risposta all'ipotesi che vede nei mercati altamente concentrati possibilità migliori di sviluppo di efficienze dinamiche, evidenziano che “[t]he evidence overall thus suggests that, to the extent firm size has an effect on innovation, its magnitude and direction depend on associated industry-level variables and are susceptible to few general presumptions. The results suggest that especially large firms like those created by some recent mergers will have no special tendency - nor any predictable reluctance - to engage in innovation, and that small, fringe firms may play important roles over time in technologically advancing markets”. Inoltre, anche l'associazione forense statunitense riconosce che “[s]ome disagreement exists among experts as to whether the ability to charge monopoly profits indeed induces risk taking, innovation and economic growth”. V. SECTION OF ANTITRUST LAW, AM. BAR ASS'N, COMMENTS OF THE SECTION OF ANTITRUST LAW OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION IN

È da rilevare che queste tre tipologie di efficienze possono, in qualche modo, compensarsi tra loro ed avere un risultato netto positivo. Tale effetto compensativo tra i diversi tipi di efficienze è stato preso in considerazione non solo dalla dottrina<sup>123</sup>, ma anche dalla giurisprudenza sia europea che statunitense<sup>124</sup>.

---

RESPONSE TO THE ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION'S REQUEST FOR PUBLIC COMMENT REGARDING EXCLUSIONARY CONDUCT 8 (2006), disponibile presso il sito <http://www.abanet.org/antitrust/at-comments/2006/03-06/Comments-AMC-ExclusionaryConductFinal.pdf>.

<sup>123</sup> Cfr. Doris Hildebrand, *The European School in EC Competition Law*, 25 *WORLD COMPETITION* 3, 8-9 (2002), il quale, evidenziando i limiti di un'analisi statica basata esclusivamente efficienze di tipo produttivo o allocativo, ha sottolineato che, allorquando gli aspetti di efficienza dinamica vengono introdotti, risulta meno semplice identificare gli effetti netti di efficienza del potere di mercato. Cfr. anche ROGER VAN DEN BERGH & PETER D. CAMESASCA, *EUROPEAN COMPETITION LAW AND ECONOMICS: A COMPARATIVE PERSPECTIVE* 31 (Sweet & Maxwell, 2° ed. 2006).

<sup>124</sup> Cfr. Trib. primo grado, sent. 27 settembre 2006, causa T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2006, pag. II-2969), in cui è stato ritenuto che un incremento dei prezzi nei confronti dei consumatori risulta essere bilanciato dalle efficienze di tipo dinamico risultanti dalla possibilità per l'impresa di ottenere profitti supplementari da destinare ad investimenti in ricerca e sviluppo di prodotti farmaceutici. Per quanto riguarda la giurisprudenza statunitense, nonostante la Corte Suprema degli Stati Uniti non abbia mai parlato, in maniera combinata, di efficienza produttiva ed allocativa, alcune corti minori statali hanno posto la questione del *trade-off* risultante dalle varie tipologie di efficienze. Cfr., e.g., *Colorado Interstate Gas Company v. Natural Gas Pipeline Company of America*, 661 F. Supp. 1448, 1460-61 (D. Wyo. 1987), in cui è stato affermato che “[a]ntitrust injury narrows the standard for recoverable damages to those actually flowing from antitrust violations that cause market inefficiency. Firms may exclude competitors and yet increase efficiency. The mere fact that a firm has been foreclosed from selling does not, in an economic sense, necessarily mean that it suffered antitrust injury. Reductions in profit attributable to conduct preserving allocative efficiency or increasing productive efficiency cannot be recovered as antitrust damages”. È tuttavia rilevare che, nella tradizione statunitense, sono riconosciute, soprattutto nel caso di concentrazioni tramite fusione tra imprese concorrenti, argomentazioni cosiddette di *efficiency defense*, per le quali fusioni che altrimenti sarebbero ritenute anticoncorrenziali sono approvate a causa delle efficienze che esse comportano. Cfr. U.S. DEP'T OF JUSTICE, 1992 HORIZONTAL MERGER GUIDELINES, 57 Fed. Reg. 41,552, 41,558 (1992).

### 3. Gli obiettivi generali della politica di concorrenza.

Le norme giuridiche, oltre che, e prima ancora di, costituire un elemento essenziale degli ordinamenti dei singoli paesi, rappresentano innanzitutto la manifestazione di una specifica cultura e di peculiarità caratteristiche di una data società. Le norme di concorrenza non sfuggono a tale regola: esse, nei diversi sistemi giuridici, sono forgiate in maniera tale da perseguire obiettivi differenti, in funzione delle diverse caratteristiche dell'economia, della storia e delle combinazioni sociopolitiche di una determinata regione o di uno specifico paese.

Sotto un profilo generale, si potrebbe affermare, tuttavia, che le norme in materia di concorrenza, ovunque prodotte, dovrebbero avere come obiettivo unico o principale il benessere dei consumatori. In effetti, sia negli Stati Uniti che in Europa, questo concetto è posto al centro dell'attenzione delle norme sulla concorrenza, ma la nozione di benessere dei consumatori è soggetta a molteplici interpretazioni. Negli Stati Uniti, in seguito soprattutto all'affermarsi delle teorie della scuola di Chicago, il concetto di consumatore è stato ritenuto essere sinonimo di società, nella sua definizione più ampia, tanto da includere in essa anche le stesse imprese<sup>125</sup>. In Europa, invece, la nozione di consumatore si avvicina all'idea comune, vale a dire al concetto di cliente o utilizzatore finale, ovvero di altri operatori economici attivi nel mercato in qualità di compratori di materie prime e semilavorati utili per la produzione<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Cfr. ROBERT H. BORK, *THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF*, cit., pag. 90.

<sup>126</sup> Cfr. John Vickers, *Healthy Competition and Its Consumer Wins*, 12 CONSUMER POL'Y REV. 142 (2002); Norbert Reich, *Competition Law and the Consumer*, in *CURRENT AND FUTURE PERSPECTIVES ON EC COMPETITION LAW* 127 (L. Gormley ed., Kluwer 1997); Jules Stuyck, *European Consumer Law After the Treaty of Amsterdam: Consumer. Policy in or Beyond the Internal Market?*, 37 COMMON MKT. L. REV. 367 (2000).

Sulla base delle diverse modalità di concepire il concetto di benessere dei consumatori, è pertanto possibile identificare, in linea generale, tre possibili obiettivi che le norme antitrust possono perseguire<sup>127</sup>. Innanzitutto, è possibile avere un approccio basato sulla tutela dell'interesse dei consumatori, intesi come utenti finali o intermedi, che si fonda su un modello che prende in considerazione e sanziona i trasferimenti di benessere dai consumatori ai produttori. Un secondo approccio, adottato e fatto proprio dalla scuola di Chicago, inquadra quale obiettivo principale la massimizzazione del benessere totale tramite un'allocatione delle risorse fondata sul sistema del prezzo, che favorisce quegli utilizzatori che riescono a trarre il maggior valore possibile dalle risorse stesse, a prescindere dagli effetti sul surplus del consumatore e sui trasferimenti di benessere<sup>128</sup>. Esiste, infine, un terzo *genus* di obiettivi

---

<sup>127</sup> Cfr. Shyam Khemani & Rainer Schöne, *Competition Policy Objectives in the Context of a Multilateral Competition*, in EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 1997: THE OBJECTIVES OF COMPETITION POLICY 187 (Claus Dieter Ehlermann & Laraine L. Laudati eds., Hart 1998).

<sup>128</sup> Pertanto, secondo la dottrina della scuola di Chicago l'unico obiettivo della politica antitrust è il raggiungimento di efficienze allocative e produttive. Tuttavia, nell'ambito della dottrina economica, la tesi della scuola di Chicago non è stata estranea a forti critiche. In particolare, è stato rilevato nella letteratura economica che l'uso da parte dei *Chicagoans*, e dello stesso Bork, del termine "*consumer welfare*" per indicare l'efficienza economica è stato particolarmente infelice. Nello specifico, è stato sottolineato che Bork ha utilizzato il termine *consumer welfare* "as an Orwellian term of art that has little or nothing to do with the welfare of true consumers! His desire to maximize 'consumer welfare' (which he defines as economic efficiency) carries with it no concern about the wealth extracted from consumers and transferred to firms with market power as a result of the higher prices that arise from cartel or other prohibited behavior. Bork thus defined 'consumers' to goods worth more than their cost is pure social loss and constitutes". V. Robert H. Lande, *The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust*, 33 ANTITRUST BULL. 429, 434-35 (1988) (benché questo sia un commento che appare attribuibile a Steven Salop della Georgetown University). È stato inoltre affermato che il termine in questione è stato utilizzato dalla scuola di Chicago "in a technical sense that does not necessarily correspond with general notions of consumer interests. 'Consumer welfare' does not reflect the interest of consumers in preventing monopolists from extracting monopoly profits. It ignores various other consumer interests that may be expected to flow from a competitive economy, including diversity of source, variety of product, and innovation". V.

basati non solo sull'efficienza economica o sulla tutela del consumatore, bensì anche su considerazioni extra-concorrenziali inerenti a politiche e finalità esterne.

Al di là dei diversi obiettivi che la politica di concorrenza può prefiggersi, la letteratura economica ha evidenziato l'esistenza di modi diversi di intendere il concetto stesso di concorrenza<sup>129</sup>. Innanzitutto, la concorrenza può essere identificata con il processo di rivalità tra imprese concorrenti. È semplice comprendere come questo processo possa essere accostato al concetto di concorrenza, poiché è attraverso le dinamiche antagonistiche tra imprese che in un determinato mercato viene a determinarsi una struttura competitiva, e poiché l'intervento delle norme a difesa della concorrenza si rende necessario spesso proprio a causa dell'eliminazione di tale processo di rivalità. Tuttavia, questo primo modo di concepire la concorrenza porta all'identificazione del processo di rivalità come un fine in se stesso, e conduce alla fuorviante conclusione che ogni situazione in cui vi sia una diminuzione o soppressione del processo di rivalità tra imprese sia da ritenere illegale<sup>130</sup>.

In secondo luogo, il concetto di concorrenza può essere inteso come assenza di restrizioni sulle attività economiche di un'impresa da parte di altre imprese. Nonostante la giurisprudenza abbia talvolta adottato tale definizione<sup>131</sup>, essa non risulta essere appropriata

---

Eleanor M. Fox, *Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, 66 CORNELL L. REV. 1140, 1161 (1981). Per tali motivi, molti autori hanno preferito utilizzare, in luogo di *consumer welfare* così come inteso dalla scuola di Chicago, terminologie alternative, come "*output-limitation theory*", per non ingenerare confusioni con le teorie poste a tutela dei consumatori propriamente detti.

<sup>129</sup> Cfr. ROBERT H. BORK, *THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF*, cit., pagg. 58-61.

<sup>130</sup> Cfr. *ibidem*, pag. 58.

<sup>131</sup> Per la giurisprudenza statunitense cfr. *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918), in cui il giudice Brandeis ha adottato il termine concorrenza nel significato di restrizioni al commercio ("*restraints on trade*"), ritenendo che queste ultime possano essere permesse se giustificate da benefici economici. Tuttavia, in



poiché la tutela della concorrenza postulerebbe paradossalmente la rimozione di tutti i vincoli contrattuali e delle obbligazioni commerciali stipulate tra le imprese<sup>132</sup>, che per definizione condizionano i rapporti fra operatori economici.

Un terzo modo di concepire la concorrenza fa riferimento ad una situazione di mercato nella quale il singolo operatore economico, sia esso venditore o compratore, non è in grado di influenzare i meccanismi di prezzo attraverso le operazioni che egli conduce<sup>133</sup>. Tuttavia, come evidenziato dallo stesso Bork, tale modello non è utile per la definizione degli obiettivi della politica di concorrenza poiché esso trascurava in maniera deliberata considerazioni di natura tecnologica e tecnica che impediscono ai mercati reali di approssimarsi al modello e alle ipotesi su cui esso si basa<sup>134</sup>.

Un'ulteriore elaborazione del concetto di concorrenza, sviluppata in particolare negli Stati Uniti, prevede l'esistenza di mercati e settori industriali caratterizzati da un'elevata

---

un precedente caso, *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911), la corte sottolineò che, poiché ogni azione commerciale crea un determinato livello di restrizioni al commercio, ogni giudizio doveva essere effettuato attraverso una *rule of reason* allo scopo di verificare se una particolare azione potesse essere ritenuta illegittima ai sensi dello Sherman Act, riconoscendo la legalità esclusivamente a quelle restrizioni che sono funzionali (“*ancillary*”) al raggiungimento di obiettivi commerciali legittimi. Per quanto riguarda la giurisprudenza europea, la Corte di giustizia ha più volte sostenuto che una restrizione contrattuale non necessariamente configura una restrizione della concorrenza. Cfr. C. Giust., sent. del 12 dicembre 1967, causa 23/67, *S.A. Brasserie de Haecht c. Wilkin-Janssen* (in *Raccolta*, 1967, pag. 480); C. Giust., sent. del 28 febbraio 1991, causa C-234/89, *Stergios Delimitis c. Henninger Bräu AG* (in *Raccolta*, 1991, pag. I-935).

<sup>132</sup> V. ROBERT H. BORK, *THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF*, cit., pag. 59.

<sup>133</sup> In termini economici, si tratta di una situazione in cui l'elasticità della domanda e dell'offerta risulta essere infinita. Affinché una simile condizione di mercato possa concretizzarsi, è necessario che quattro requisiti siano soddisfatti: informazione perfetta, omogeneità dei prodotti, indivisibilità della produzione e la presenza di un ampio numero di operatori sul mercato. V. GEORGE J. STIGLER, *THE THEORY OF PRICE* 87-88 (Macmillan 1987)

<sup>134</sup> V. ROBERT H. BORK, *THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF*, cit., pag. 59-60.

frammentazione e tutelati attraverso la protezione di piccole e medie imprese contraddistinte da un'elevata sostenibilità economica e da un rapporto di proprietà legato alla dimensione locale<sup>135</sup>. Tale nozione, tuttavia, manca di chiarezza sia per quanto riguarda la definizione di frammentazione che del requisito della proprietà legata alla dimensione locale<sup>136</sup>.

L'ultima possibile definizione data da Bork per il concetto di concorrenza è quella che ravvisa in quest'ultimo termine un'espressione abbreviata che designa uno stato di fatto in cui il benessere dei consumatori non può essere migliorato mediante un intervento della normativa antitrust. Tale approccio ermeneutico identifica il concetto di concorrenza con il benessere dei consumatori, così come definito dalla scuola di Chicago, di cui lo stesso Bork è tra i principali esponenti. Per questo non stupisce il fatto che l'autore ritenga quest'ultima interpretazione la migliore possibile, poiché, a suo avviso, essa coincide con l'idea comune di concorrenza, la quale implica innovazione, basso livello dei prezzi e possibilità di scelta tra più prodotti sul mercato. È stato tuttavia già rilevato che tale nozione di benessere dei consumatori si discosta in realtà dal significato ordinario della parola, legato all'interesse dei consumatori, essendo sostanzialmente sinonimo di benessere economico dell'intera società, ivi inclusi i vari operatori economici ed in particolare le imprese<sup>137</sup>.

Infine, al di fuori della categorizzazione fatta da Bork, è da rilevare che, così come la scuola di Chicago ha dato un suo contributo alla definizione di concorrenza, anche la scuola di Friburgo ha sviluppato una propria teoria su tale concetto. In particolare, la dottrina

---

<sup>135</sup> Cfr. la posizione assunta dal giudice Earl Warren della Corte Suprema statunitense nel caso *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 344 (1972).

<sup>136</sup> V. ROBERT H. BORK, *THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF*, cit., pag. 60.

<sup>137</sup> V. *ibidem*, pag. 61.

ordoliberal ha concepito l'idea di concorrenza come un processo in cui gli operatori del mercato partecipano nelle dinamiche economiche senza costrizioni provenienti dalla concentrazione di poteri privati o pubblici<sup>138</sup>. Pertanto, la politica di concorrenza appare essere motivata dalla tutela della libertà economica individuale e risulta essere concentrata, al contrario della scuola di Chicago, sulle questioni di redistribuzione del benessere. Tale impostazione teorica ha condotto la scuola ordoliberale a concepire il diritto della concorrenza come uno strumento volto alla protezione dei concorrenti e delle piccole e medie imprese<sup>139</sup>. Secondo alcuni commentatori, questa elaborazione interpretativa del concetto di concorrenza ha particolarmente influenzato lo sviluppo del diritto antitrust in Europa, tanto che la giurisprudenza europea continua ad interpretare la nozione di "restrizione della concorrenza" come una limitazione sulla libertà di azione degli operatori economici del mercato<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> Cfr. DAVID J. GERBER, *LAW AND COMPETITION IN TWENTIETH CENTURY EUROPE: PROTECTING PROMETHEUS* 431 (Oxford University Press 1998); Giorgio Monti, *Article 81 EC and Public Policy*, 39(5) COMM. MKT. L. REV. 1057 (2002).

<sup>139</sup> Cfr. RICHARD WHISH, *COMPETITION LAW* 19-20 (Oxford University Press 2003). Lo specifico obiettivo di tutela delle piccole e medie imprese, tuttavia, non è estraneo neanche al diritto antitrust statunitense. Infatti, la storia legislativa dimostra come il Congresso abbia preso in considerazione il benessere delle imprese minori; tale tutela è stata successivamente sviluppata anche per via giurisprudenziale, in particolar modo durante la *cd. Warren Court era*. V. *infra*, par. 3.1.

<sup>140</sup> Cfr. Trib. primo grado, sent. del 18 settembre 2001, causa T-112/99, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom e Télévision française 1 SA (TF1) c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2001, pag. II-2459), par. 76-78; C. Giust, sent. del 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh e Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* (in *Raccolta*, 2002, pag. I-1577), par. 97. V. Giorgio Monti, *Article 81 EC and Public Policy*, cit., pagg. 1061-62.

### 3.1. Gli obiettivi della politica antitrust negli Stati Uniti.

Bork, nella sua opera *The Antitrust Paradox*, ha messo in rilievo come la giurisprudenza statunitense non abbia mai chiarito in maniera ferma gli obiettivi reali delle norme antitrust, affermando che tale situazione di incertezza fa supporre che il concetto di antitrust sia una “cornucopia” di valori sociali, ciascuno dei quali alquanto vago e indefinito, sebbene smisuratamente rilevante<sup>141</sup>.

Come già si è avuto modo di evidenziare, la storia del diritto antitrust negli Stati Uniti ha conosciuto l’alternarsi di periodi di applicazione severa a periodi di relativa distensione. Nonostante nella fase iniziale di applicazione delle norme antitrust l’obiettivo principale era stato identificato nel miglioramento del benessere dei consumatori, fu successivamente introdotto il più specifico obiettivo della protezione delle piccole e medie imprese<sup>142</sup>, il quale acquisì predominante importanza nel periodo compreso tra il 1953 e il 1969<sup>143</sup>, in cui vennero in rilievo nelle opinioni delle corti anche numerosi altri valori ritenuti degni di tutela attraverso le norme antitrust<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> V. ROBERT H. BORK, *THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF*, cit., pag. 50.

<sup>142</sup> Cfr. *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).

<sup>143</sup> In questo periodo, la Corte Suprema degli Stati Uniti è stata presieduta dal giudice Earl Warren, in quale è stato accusato dagli esponenti della scuola di Chicago di aver importato all’interno dei ragionamenti giuridici valori di natura diversa, oltre ad aver contraddistinto le argomentazioni della corte dalla mancanza di un’analisi economica razionale nei casi relativi alla concorrenza.

<sup>144</sup> Cfr. G. Bruce Doern, *Comparative Competition Policy: Boundaries and Levels of Political Analysis*, in *COMPARATIVE COMPETITION POLICY: NATIONAL INSTITUTIONS IN A GLOBAL MARKET 7* (G. Bruce Doern & Stephen Wilks eds., Oxford University Press 1996), il quale sottolinea che il periodo coincidente con la cosiddetta *Warren Court era* è stato caratterizzato da una vigorosa azione contro le situazioni di monopolio, arrivando ad imporre numerose cessioni di rami d’impresa (c.d. *divestitures*). Tale forte applicazione delle leggi

Soltanto durante gli anni '70 e '80 del Novecento la scuola di Chicago riuscì ad imporre nuovamente l'obiettivo della massimizzazione del benessere dei consumatori attraverso una più rigorosa analisi economica delle situazioni di mercato da parte delle corti<sup>145</sup>. Gli esponenti di tale scuola, nel supportare la loro tesi del benessere dei consumatori quale unico obiettivo delle norme antitrust, hanno da sempre fatto esplicito riferimento alle intenzioni che il Congresso ha esternato durante l'approvazione dello Sherman Act<sup>146</sup>. Inoltre, anche la struttura delle stesse norme sulla concorrenza è stata utilizzata per provare che queste ultime sono state intese esclusivamente allo scopo di proteggere il benessere dei consumatori. In particolare, Bork fa riferimento a quattro caratteristiche delle norme antitrust statunitensi che mettono in rilievo l'obiettivo ultimo delle norme stesse<sup>147</sup>.

Innanzitutto, l'utilizzo della *per se rule* come standard di giudizio per le intese, adoperato sin dai primi casi, rappresenterebbe una modalità di attuazione della tutela del benessere dei consumatori, poiché racchiude un intento legislativo per il quale le imprese dovrebbero

---

antitrust, oltre che dalle teorie economiche della scuola strutturalista allora prevalenti, può essere spiegata anche dalla moltiplicazione di valori ritenuti degni di tutela tramite le norme sulla concorrenza.

<sup>145</sup> Cfr. *ibidem*, pag. 22. Tuttavia, è da rilevare che, nonostante le corti statunitensi abbiano abbracciato un approccio tendente alla tutela del benessere dei consumatori e recettivo dell'uso dell'analisi economica, la Corte Suprema non ha mai accettato l'idea di confinare la materia antitrust a considerazioni di natura economica relative all'efficienza. V. Robert H. Lande, *The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust*, 33 ANTITRUST BULL. 429, 444 (1988).

<sup>146</sup> Bork, in particolare, sostiene che la preoccupazione principale del Congresso era relativa all'evenienza che le imprese in posizione di monopolio avrebbero prodotto da un lato alti prezzi per i consumatori e, dall'altro, inefficienze allocative ovvero una riduzione del benessere totale della società. Inoltre, l'esponente della scuola di Chicago ha anche evidenziato che il Congresso intese preservare e tutelare l'efficienza produttiva delle imprese. V. ROBERT H. BORK, *THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF*, cit., pag. 66.

<sup>147</sup> V. *ibidem*, pag. 66 e ss.

vivere, prosperare o fallire a seconda della loro abilità nel venire incontro ai desideri ed alle aspettative dei consumatori stessi<sup>148</sup>.

In secondo luogo, l'autore sostiene che la distinzione tra intese e concentrazioni sarebbe illogica se l'unico obiettivo delle norme antitrust non fosse il benessere dei consumatori. Questa asserzione è sostenuta dal fatto che, sebbene le fusioni tra imprese eliminino il processo di competizione in maniera più efficace delle intese, esse sono soggette ad un controllo giurisdizionale basato sulla *rule of reason*. Tale differenza di trattamento sarebbe da imputare al fatto che le fusioni possono dar luogo a nuove efficienze sotto il profilo economico, a differenza delle intese che, non integrando le attività produttive, non hanno alcun potenziale per creare tali efficienze.

Un'altra caratteristica evidenziata dall'esponente della scuola di Chicago è il diverso trattamento riservato alle posizioni di monopolio assunte mediante operazioni di fusione e posizioni di monopolio acquisite attraverso lo sfruttamento di efficienze economiche. Una tale disparità sarebbe da addebitarsi a diverse presunzioni in merito alla possibilità di generare benessere economico. Infatti, operazioni di fusione volte all'acquisizione di un controllo monopolistico in un determinato mercato non necessariamente riflettono lo sviluppo di particolari efficienze, mentre la crescita di un'impresa sino alla posizione di monopolio dimostra la presenza di dinamiche interne all'impresa caratterizzate da una particolare

---

<sup>148</sup> *Ibidem*, pag. 67. Una simile caratteristica si ritrova anche nell'ambito del diritto della concorrenza europea, il quale, benché non conosca la nozione di *per se illegality*, ha da sempre reputato i cartelli come delle gravi restrizioni ("*hard-core restraints*"). Cfr., e.g., *Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del Trattato che istituisce la Comunità Europea* (c.d. *de minimis*) (in GUCE n. C 368 del 22 dicembre 2001, pagg. 13-15), par. 11.

efficienza, e tale riconoscimento all'efficienza aziendale sarebbe l'evidenza di una politica incentrata sul benessere dei consumatori<sup>149</sup>.

Infine, allo scopo di provare che il benessere dei consumatori fosse l'unico obiettivo che il Congresso aveva previsto per le norme antitrust, Bork fa riferimento al Robinson-Patman Act, il quale, nel disciplinare le situazioni di discriminazione di prezzi, contempla la possibilità di fare salve quelle difformità di prezzo giustificate da differenze nei costi di produzione. La norma, consentendo prezzi inferiori quando questi siano l'effetto di costi inferiori, anche se ciò comporta la fuoriuscita dal mercato di imprese concorrenti, porrebbe l'accento sull'obiettivo del benessere dei consumatori inteso come efficienza economica generale.

Nonostante l'impegno argomentativo e l'irreprensibilità dell'impostazione teorica e della rigorosità logica utilizzata dall'esponente della scuola di Chicago, altri commentatori hanno tentato di dimostrare che le reali intenzioni che hanno spinto il Congresso ad emanare le norme sulla concorrenza non erano concernenti tanto alla nozione di benessere del consumatore nel senso di efficienza, ma relative, piuttosto, all'interesse dei consumatori nel senso della tutela di quest'ultimi dallo sfruttamento da parte dei *trust* imprenditoriali imperanti alla fine dell'Ottocento. Sulla base di queste considerazioni, tali autori hanno sostenuto che l'obiettivo preminente delle norme antitrust sia da rinvenire non già nella nozione economica di efficienza, ma nella tutela dei consumatori in quanto tali<sup>150</sup>. Benché i

---

<sup>149</sup> Lo stesso ragionamento può essere effettuato anche per la distinzione tra le posizioni dominanti acquisite tramite una superiore efficienza, tradotte in particolare in funzioni di costo più basse, e le posizioni dominanti raggiunte tramite l'utilizzo di pratiche volte a distorcere le condizioni normali di concorrenza.

<sup>150</sup> Cfr. Eleanor M. Fox, *Consumer Beware Chicago*, 84 MICH. L. REV. 1714 (1986); John B. Kirkwood & Robert H. Lande, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, 84 NOTRE DAME L. REV. 191 (2008).

due obiettivi possano talvolta coincidere, in quelle situazioni in cui essi siano in conflitto, ragioni di efficienza economica, secondo tale impostazione, non debbono prevalere in modo tale da arrecare pregiudizio ai consumatori.

Ormai, tale filone di pensiero pro-consumatore sembra essere predominante nella dottrina giuridica ed economica statunitense ed ha sollevato numerose critiche rivolte alla scuola di Chicago in merito ai reali obiettivi della politica di concorrenza. Innanzitutto viene eccepita l'ipotesi secondo la quale il Congresso abbia inteso proteggere l'efficienza economica generale. Più autori hanno messo in rilievo come il legislatore statunitense abbia semplicemente voluto tutelare i consumatori ed altri soggetti economici da situazioni di sfruttamento<sup>151</sup> e che le norme antitrust hanno riguardo non al benessere aggregato nazionale, bensì alle aspettative ed ai comportamenti dei soggetti che partecipano al mercato<sup>152</sup>. Inoltre, nell'analizzare la storia legislativa dello Sherman Act, si è sottolineato come il Congresso, nell'emanare le leggi antitrust, avrebbe potuto considerare sia questioni riguardanti inefficienze economiche che problematiche legate al trasferimento del surplus. Tuttavia, i dibattiti legislativi mettono in evidenza che quest'ultimo ordine di problemi era principalmente fra le preoccupazioni dei legislatori: lo stesso senatore Sherman definì la pratica di imporre prezzi al di sopra del livello competitivo come un'estorsione ed un benessere illegittimamente sottratto ai consumatori<sup>153</sup>. Pertanto, esiste un certo consenso attorno alla tesi che vede le norme antitrust poste a tutela dei consumatori, intesi come clienti

---

<sup>151</sup> V. Eleanor M. Fox, *Consumer Beware Chicago*, cit.

<sup>152</sup> V. Eleanor M. Fox & Lawrence A. Sullivan, *Antitrust - Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?*, 62 N.Y.U. L. REV. 936 (1987).

<sup>153</sup> V. Congress of the United States of America, 21 CONG. REC. 2461 (1890) (statement of Sen. Sherman).



e diretti utilizzatori di beni e servizi. Inoltre, è significativo notare che nel 1890, anno di emanazione dello Sherman Act, gli stessi economisti stavano appena acquisendo familiarità con il concetto di inefficienza allocativa, e pertanto sembra difficile che il Congresso abbia inteso combattere i *trust* dell'epoca avendo in mente tale concetto economico<sup>154</sup>.

È da rilevare che un unanime consenso della moderna letteratura giuridica statunitense si registra attorno all'idea che le norme sulla concorrenza siano poste anche a tutela delle piccole imprese, ritenendo che una politica tesa alla protezione delle imprese con minore potere di mercato, nonché a favorire l'accesso al mercato agli operatori economici più piccoli, avvantaggia i consumatori poiché genera un aumento del livello di concorrenza e pertanto promuove sia istanze di efficienza che di progresso<sup>155</sup>. Anche tale tesi viene avvalorata dalla storia legislativa che dimostra come il Congresso abbia preso in considerazione il benessere delle piccole e medie imprese, purché ciò non comportasse pregiudizi ai consumatori attraverso l'imposizione di prezzi sovracompetitivi<sup>156</sup>.

In sintesi, quindi, a fronte della tesi canonica, propugnata dalla scuola di Chicago, che sostiene quale unico obiettivo della politica e della legislazione antitrust il benessere economico generale, si è manifestato con crescente intensità un nuovo filone dottrinale che,

---

<sup>154</sup> Infatti, la prima apparizione del concetto di efficienza allocativa, descritta attraverso rappresentazione grafica, risale proprio al 1890 (ALFRED MARSHALL, *PRINCIPLES OF ECONOMICS* (1890)), mentre la prima discussione organica sul tema dell'efficienza allocativa si è avuta solo a partire dal 1938 con l'opera di H. Hotelling. Cfr. Harold Hotelling, *The General Welfare in Relation to Problems of Taxation and of Railway and Utility Rates*, 6 *ECONOMETRICA* 242 (1938).

<sup>155</sup> Cfr. Eleanor M. Fox, *Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, 66 *CORNELL L. REV.* 1140, 1185 (1981).

<sup>156</sup> Cfr. John B. Kirkwood & Robert H. Lande, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, 84 *NOTRE DAME L. REV.* 191, 207-11 (2008).

ponendosi apertamente in critica con la scuola di Chicago, teorizza la preminenza della tutela dei consumatori e delle piccole medie imprese. Oltre che dalla storia legislativa, tali tesi sono sostenute anche dall'atteggiamento delle corti<sup>157</sup>. Innanzitutto, si rileva che alcune decisioni sembrano chiaramente propendere per una concezione delle norme antitrust come strumenti per la difesa dei consumatori e non, invece, per lo sviluppo dell'efficienza economica<sup>158</sup>. Altre recenti opinioni delle corti sembrano supportare, seppur con cautela, una visione delle norme antitrust orientate verso la tutela dei consumatori, poiché esse si incentrano maggiormente sull'impatto che le pratiche prese in esame hanno su questi ultimi piuttosto che su questioni di efficienza<sup>159</sup>. Inoltre, ogni qualvolta che le corti si sono confrontate con situazioni che hanno posto un conflitto tra gli interessi dei consumatori e questioni di efficienza economica, i primi sono sempre prevalsi su queste ultime<sup>160</sup>. Infine, la moderna giurisprudenza, sia della Corte

---

<sup>157</sup> V. Einer Elhauge, *Harvard, Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent Supreme Court Decisions?*, 3 COMPETITION POL'Y INT'L 2 (2007); Herbert Hovenkamp, *The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm*, in HOW THE CHICAGO SCHOOL OVERSHOT THE MARK: THE EFFECT OF CONSERVATIVE ECONOMIC ANALYSIS ON U.S. ANTITRUST 109, 109-10 (Robert Pitofsky ed., 2008)

<sup>158</sup> V. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993), in cui la Corte Suprema ha stabilito che un tentativo di operare prezzi predatori, benché potenzialmente lesivo dell'efficienza allocativa, non sia da condannare poiché avrebbe comportato un abbassamento dei prezzi per i consumatori. Pertanto, la corte appare aver inteso il benessere dei consumatori non nel senso dato dalla scuola di Chicago, bensì nell'accezione comune di interesse dei consumatori. V. anche *Metronet Serv. Corp. v. Qwest Corp.*, 383 F.3d 1124 (9th Cir. 2004), in cui la Corte d'Appello degli stati occidentali ha chiaramente distinto la nozione di efficienza allocativa da quella di "benessere del consumatore", interpretando quest'ultima nel senso di interesse dei consumatori.

<sup>159</sup> Cfr., e.g., *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 127 S. Ct. 1069 (2007); *Leegin Creative Leather Prod., Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007); *PolyGram Holding, Inc. v. Fed. Trade Comm'n*, 416 F.3d 29 (D.C. Cir. 2005).

<sup>160</sup> Cfr. Aaron S. Edlin, *Stopping Above-Cost Predatory Pricing*, 111 YALE L.J. 941, 948 (2002).

Suprema<sup>161</sup> che delle Corti d'Appello<sup>162</sup> e distrettuali<sup>163</sup>, ha con sempre maggior vigore affermato, o comunque riconosciuto, che il proposito principale delle norme antitrust sia quello di proteggere i consumatori. Per quanto concerne, invece, la protezione delle piccole e medie imprese, tale obiettivo sembra palesarsi in particolar modo in quei casi che coinvolgono restrizioni sul lato dell'acquisto di fattori produttivi e, in particolare, nei casi di monopsonio, in cui non si ravvisa comunque un contrasto con gli interessi dei consumatori<sup>164</sup>.

---

<sup>161</sup> Cfr., *inter alia*, Volvo Trucks N. Am., Inc. v. Reeder-Simco GMC, Inc., 546 U.S. 164, 180 (2006); *Brooke Group*, 509 U.S. 209, pagg. 221-24; *Leegin*, 127 S. Ct. 2705, pagg. 2713-18.

<sup>162</sup> Cfr., *inter alia*, Kochert v. Greater Lafayette Health Servs., Inc., 463 F.3d 710, 715 (7th Cir. 2006), cert. denied, 127 S. Ct. 1328 (2007); *La. Wholesale Drug Co. v. Hoechst Marion Roussel, Inc.* (In re Cardizem CD Antitrust Litig.), 332 F.3d 896, 910 (6th Cir. 2003), in cui la corte afferma che la tutela dei consumatori dagli alti livelli dei prezzi risulta essere la ragion d'essere dello Sherman Act; *Geneva Pharm. Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.*, 386 F.3d 485, 489 (2d Cir. 2004).

<sup>163</sup> Cfr., *inter alia*, *In re Mercedes-Benz Antitrust Litig.*, 157 F. Supp. 2d 355, 364 (D.N.J. 2001), in cui la Corte Distrettuale del New Jersey ha affermato che “[w]here, as here, it is alleged that consumers paid a price higher than the price that would have been offered had the dealers been competing, the purpose of the antitrust laws is obviously thwarted”; *United States v. UPM-Kymmene Oyj*, 2003-2 Trade Cas. (CCH) P 74, 101 (N.D. Ill. July 25, 2003), in cui la Corte Distrettuale della Divisione Orientale del Distretto dell'Illinois ha statuito che “[c]onsumers of the products will be damaged by paying more than they otherwise would pay . . . . The intended purpose of federal antitrust laws is to be a consumer welfare prescription”; *SmithKline Beecham Corp. v. Apotex Corp.*, 383 F. Supp. 2d 686, 697 (E.D. Pa. 2004), in cui la Corte Distrettuale per il Distretto Orientale della Pennsylvania ha precisato che “[t]he fundamental policy underlying the law, of course, is that competition benefits consumer welfare. Here, from the consumer perspective, the critical fact is that a generic drug reached the marketplace, thereby enhancing consumer choice”, ricalcando in tal modo la stessa posizione presa dalla Corte Distrettuale per il Distretto Sud dello Stato di New York nel caso *Eon Labs Mfg., Inc. v. Watson Pharm., Inc.*, 164 F. Supp. 2d 350, 358 (S.D.N.Y. 2001).

<sup>164</sup> V., *e.g.*, *Telecor Commc'ns, Inc. v. Sw. Bell Tel. Co.*, 305 F.3d 1124 (10th Cir. 2002), in cui la Corte d'Appello per gli Stati centro-occidentali ha evidenziato che “[t]he Supreme Court's treatment of monopsony cases strongly suggests that suppliers . . . are protected by antitrust laws even when the anti-competitive activity does not harm end-users”. *Ibidem*, pagg. 1133-34.

Tuttavia, non mancano casi nei quali le corti sembrano aver effettuato una scelta tra interessi dei consumatori e delle piccole medie imprese, pronunciandosi a favore di queste ultime<sup>165</sup>.

La discussione dottrinale in merito agli obiettivi della politica antitrust, incentrata principalmente sull'accennata contrapposizione tra benessere dei consumatori (nella sua accezione di benessere economico generale) ed interesse dei consumatori e delle piccole e medie imprese, coinvolge anche la questione dell'inclusione, tra i fini delle norme sulla concorrenza, di valori extra-economici di natura sociale. Tale dibattito è stato avviato *in primis* dall'opinione del giudice Brandeis nel caso *Chicago Board of Trade*, in cui egli, oltre a sostenere l'interesse delle piccole e medie imprese, elenca una serie di criteri per l'applicazione della *rule of reason* che comportano l'inclusione di politiche e motivi diversi dal benessere dei consumatori nel considerare la liceità di un determinato comportamento<sup>166</sup>. Nel caso *Associated Press*<sup>167</sup> la corte si è spinta oltre, affermando che il Congresso ha concesso alle corti federali carta bianca in merito ai valori da prendere in considerazione nell'applicazione dello Sherman Act<sup>168</sup>. Tuttavia, il caso più eclatante appare essere *United States v. Brown University*<sup>169</sup> in cui è stato stabilito che un caso di presunta violazione delle

---

<sup>165</sup> Cfr. *Chicago Bd. of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918), nel quale il giudice Brandeis "clearly was introducing considerations of producer welfare into the law as a policy competitive with consumer welfare" (ROBERT H. BORK, *THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF*, cit., pag. 46); *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344 (1933), in cui la Corte Suprema ha concesso ad alcune imprese del settore minerario di realizzare un'intesa, esprimendo in tal modo una preferenza per il benessere dei produttori piuttosto che per quello dei consumatori. Tuttavia, è da sottolineare che tale decisione è stata presa in un periodo storico particolare, caratterizzato dalla cosiddetta Grande Depressione.

<sup>166</sup> V. *Chicago Bd. of Trade*, 246 U.S. 344, pag. 238.

<sup>167</sup> *United States v. Associated Press*, 52 F. Supp. 362 (S.D.N.Y. 1943), *aff'd*, 326 U.S. 1 (1945).

<sup>168</sup> *Ibidem*, pag. 370.

<sup>169</sup> *United States v. Brown Univ.*, 5 F.3d 658 (3d Cir. 1993).

norme antitrust non può essere valutato nella sua pienezza senza prendere in considerazione sia il suo impatto sui consumatori che giustificazioni non economiche di natura sociale<sup>170</sup>.

A parte le critiche provenienti dalla scuola di Chicago, che definiscono l'approccio basato su obiettivi diversi dal *consumer welfare* come un "judicial destruction of superior efficiency"<sup>171</sup>, altri commentatori hanno sottolineato la pericolosità dell'uso di obiettivi molteplici in riferimento a questioni di certezza del diritto, poiché questi stessi obiettivi sociali possono occasionalmente confliggere l'uno con l'altro<sup>172</sup>. È tuttavia da rilevare che nel diritto statunitense, nonostante i casi sopra menzionati, non esiste una generale inclinazione ad includere obiettivi diversi da quelli economici tradizionalmente riconosciuti. Lo stesso caso *Brown University* appare essere di limitata portata poiché, nonostante tutto, i valori sociali che la corte ha considerato sono strettamente legati alla protezione dei consumatori<sup>173</sup>, ed il fondamento normativo utilizzato dalla corte per giustificare la rilevanza di obiettivi sociali risiede nelle norme relative alle politiche di aiuto finanziario del governo<sup>174</sup>, le quali non hanno alcuna rilevanza in materia di concorrenza.

---

<sup>170</sup> *Ibidem*, pag. 678.

<sup>171</sup> ROBERT H. BORK, *THE ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF*, cit., pag. 56.

<sup>172</sup> Cfr. JENS FEJØ, *MONOPOLY LAW AND MARKET* 29 (Kluwer Law and Taxation Publishers 1990), in cui l'autore definisce gli obiettivi diversi da quelli economici come "*populist goals*"; MASSIMO MOTTA, *COMPETITION POLICY: THEORY AND PRACTICE* 26 (Cambridge University Press 2004).

<sup>173</sup> In particolare la corte ha fatto riferimento alla promozione dell'accesso all'educazione per gli studenti socialmente svantaggiati. V. *Brown Univ.*, 5 F.3d 658, pag. 678.

<sup>174</sup> *Ibidem*, pag. 675.

### 3.2. L'evoluzione delle finalità della politica di concorrenza in Europa.

La Comunità europea, fondata con il Trattato di Roma del 1957, si instaura in un progetto di più ampio respiro (all'interno del quale ricadono anche il Trattato CECA ed EURATOM) volto alla formazione di un sistema di relazioni paneuropee in grado di realizzare una solida collaborazione tra le economie dei paesi europei e scongiurare la nascita di nuove ostilità attraverso la definizione di obiettivi ed interessi condivisi. Come risulta evidente dal dettato dell'originario art. 2 CEE<sup>175</sup>, la neo istituita Comunità era focalizzata sulla ripresa economica dell'Europa e sulla ricerca di una stabilità geopolitica attraverso "l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri"<sup>176</sup>. Il successivo art. 3 CEE sanciva *ex professo* la soggezione di talune azioni ivi previste agli obiettivi stabiliti all'art. 2 CEE<sup>177</sup>, tra cui figurava anche "la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non [fosse] falsata nel mercato interno".

Pertanto, la politica della concorrenza in Europa è stata inizialmente concepita come uno strumento primariamente volto alla realizzazione dei fini generali contemplati dal Trattato e,

---

<sup>175</sup> Con "Trattato CEE" si fa riferimento al testo originario del Trattato di Roma del 1957, mentre con la denominazione "Trattato CE" si fa riferimento all'ultima versione consolidata del Trattato di Roma prima del Trattato di Lisbona, che reca le modifiche apportate, *inter alia*, del Trattato sull'Unione europea del 1992 (che muta la denominazione di "CEE" in "CE"), del Trattato di Amsterdam del 1997 e del Trattato di Nizza del 2002. V. Trattato che istituisce la Comunità europea (versione consolidata) (in GUCE n. C 325 del 24 dicembre 2002).

<sup>176</sup> L'art. 2 CEE stabiliva infatti che "[l]a Comunità [aveva] il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano".

<sup>177</sup> L'art. 2 CEE, poi divenuto art. 2 CE, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è stato abrogato per essere sostituito, nella sostanza, dall'articolo 3 del Trattato UE.

più in particolare, per rendere operativa la previsione di un mercato interno, come palesato dalla lettera degli artt. 85 e 86 CEE, che vietano le intese e lo sfruttamento di una posizione dominante in quanto “incompatibil[i] con il mercato comune”. Tale caratterizzazione è rimasta invariata nel tempo, poiché gli artt. 81 e 82 CE e, successivamente, i vigenti artt. 101 e 102 TFUE hanno lasciato sostanzialmente immutato il testo originario del Trattato e, inoltre, il Trattato di Lisbona ha ulteriormente enfatizzato il collegamento tra la politica di concorrenza e l’obiettivo dell’integrazione dei mercati, in quanto, nello stabilire che l’Unione europea ha competenza esclusiva nella definizione delle regole di concorrenza, definisce queste ultime “necessarie al funzionamento del mercato interno”<sup>178</sup>. Pertanto, in una prima fase, la creazione del mercato interno è stato considerato come il principale obiettivo della politica europea di concorrenza, come confermato ancora nel 1979 dalla stessa Commissione<sup>179</sup>. Tale predominanza del progetto di un mercato comune è resa evidente anche

---

<sup>178</sup> V. Art. 2, par. 12 del Trattato di Lisbona, il quale ha inserito il nuovo art. 2 B all’interno del Trattato CE, divenuto (ex art. 5, par. 1, del Trattato di Lisbona) art. 3, par. 1, lett. b) del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea. Si rileva, inoltre, che strettamente correlato alle politiche di concorrenza risulta essere, ai sensi dell’art. 4 CEE (poi art. 4 CE, divenuto, a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, art. 119 TFUE), anche lo strumento della politica economica, la quale si prevede sia “condotta conformemente al principio di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza”.

<sup>179</sup> V. Commissione delle Comunità europee, *Nona Relazione sulla politica di concorrenza (Relazione pubblicata in connessione con la “Tredicesima Relazione generale sull’attività delle Comunità europee”)*, Bruxelles-Lussemburgo, Aprile 1980, nella quale si afferma che “la politica di concorrenza della Comunità deve tendere in modo permanente ad un insieme di obiettivi essenziali. Il primo obiettivo fondamentale è di contribuire al mantenimento dell’apertura e dell’unità del mercato comune. La creazione di un grande mercato partendo da mercati nazionali precedentemente compartimentali e caratterizzati da disparità profonde può essere realizzata solo se sono determinate le regole del gioco (...). L’applicazione del regime di concorrenza non falsata non si esaurisce tuttavia nella continua azione di unificazione del mercato comune. È incontestabile che la concorrenza è in permanenza minacciata di autodistruzione. La concentrazione eccessiva della potenza

dall'azione dell'organo esecutivo europeo, soprattutto in relazione alle intese verticali, per le quali la Commissione si è rifiutata per lungo tempo di riconoscere le efficienze distributive derivanti da tali restrizioni allo scopo di salvaguardare l'integrazione dei mercati ed evitare qualsiasi rischio di segmentazione dei territori da parte dei soggetti privati, di isolamento dei mercati nazionali, di discriminazioni di prezzo tra Stati membri e, più in generale, di erezione di barriere al commercio intraeuropeo<sup>180</sup>.

Successivamente alla creazione della Comunità europea si è assistito ad un graduale e persistente incremento delle competenze affidate alle istituzioni europee, dapprima in settori connessi ed accessori allo sviluppo di un mercato unico, per poi estendersi ad altre aree meno

---

economica, finanziaria e commerciale provoca modificazioni strutturali tali che la concorrenza non può più svolgere la propria funzione di efficace regolazione dell'attività economica. Di conseguenza il secondo obiettivo fondamentale del regime comunitario della concorrenza deve essere di salvaguardare, in ogni momento dell'evoluzione del mercato comune, il livello di concorrenza necessario perché possano sempre essere rispettate le esigenze e realizzati gli obiettivi del trattato”.

<sup>180</sup> V. David Deacon, *Vertical Restraints Under EU Competition Law: New Directions*, 1995 FORDHAM CORP. L. INST. 307, par. 9. Tale approccio è stato oggetto di forti critiche da parte della dottrina, che ha rilevato la necessità di un orientamento nuovo nei confronti delle intese verticali. Cfr. Barry E. Hawk, *System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, 32 COMMON MKT. L. REV. 973, 974-86 (1995). Tale cambiamento in effetti si è avuto con l'emanazione del Regolamento d'esenzione in materia di accordi verticali. V. Regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione del 22 dicembre 1999 relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (in GUCE n. L 336 del 29 dicembre 1999, pagg. 21-25) ora sostituito con il Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (in GUCE n. L 102 del 23 aprile 2010, pagg. 1-7). Il legislatore europeo, inoltre, ha anche previsto uno specifico regolamento d'esenzione per il settore automobilistico. V. Regolamento (UE) n. 461/2010 della Commissione, del 27 maggio 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico (in GUCE n. L 129 del 28 maggio 2010, pagg. 52-57).



correlate agli obiettivi economici. Tale processo si è realizzato primariamente tramite lo sviluppo di una “interpretazione creativa” del Trattato da parte della Corte di giustizia<sup>181</sup>, nonché attraverso la previsione della clausola di flessibilità di cui all’art. 308 CE (ora art. 352 TFUE), gli strumenti legislativi attuati ai sensi degli artt. 94 CE e 95 CE (ora artt. 114 TFUE e 115 TFUE) in tema di ravvicinamento delle legislazioni e le riforme istituzionali attuate a partire dall’Atto Unico Europeo del 1986<sup>182</sup>.

Parallelamente a tale sviluppo, i nuovi settori di competenza della Comunità hanno informato l’azione della politica di concorrenza, la quale ha abbracciato gli obiettivi che nel tempo sono stati fatti propri dalle istituzioni europee ed è stata impiegata, *ut infra*, come strumento per raggiungere le nuove finalità individuate. La Commissione ha palesato tale rapporto tra le norme poste a tutela della concorrenza e gli altri obiettivi della Comunità, rilevando, nel 1994, come il nesso tra di essi fosse “biunivoco, perché [la politica della concorrenza] tiene necessariamente conto degli obiettivi comunitari e al contempo, se attuata in modo efficace, contribuisce al loro raggiungimento”<sup>183</sup>.

L’ultima fase dell’evoluzione degli obiettivi della politica di concorrenza è caratterizzata da un accentuato intervento a favore della stimolazione di una crescita economica sostenibile, del livello di competitività delle imprese europee, in un contesto sempre più globalizzato, e

---

<sup>181</sup> Cfr., ad es., RENAUD DEHOUSSE, *THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE: THE POLITICS OF JUDICIAL INTEGRATION* 125 (Palgrave Macmillan 1998).

<sup>182</sup> Su quest’ultimo punto, cfr. V. STARACE, *Le innovazioni istituzionali dell’Atto unico europeo*, in *Dir. com. scambi int.*, 1992, n. 4, p. 583 e ss.

<sup>183</sup> Commissione europea, *XXIII Relazione sulla politica di concorrenza 1993 (pubblicata in connessione con la «XXVII Relazione generale sull’attività delle Comunità europee — 1993»)*, Bruxelles-Lussemburgo, 1994, par. 3.

dell'occupazione, allo scopo di incoraggiare l'allocazione ottimale delle risorse e stimolare la ricerca, l'innovazione e gli investimenti. Oggi si può dire che, a seguito anche dell'adozione di un "approccio maggiormente economico" alle tematiche antitrust, l'efficienza economica, il benessere dei consumatori e la competitività sono divenuti elementi centrali della politica di concorrenza<sup>184</sup>. Tali obiettivi sono stati costantemente confermati dalla Commissione, la quale ha più volte sostenuto l'importanza della tutela della concorrenza "in quanto essa incrementa il benessere dei consumatori e determina un'efficiente distribuzione delle risorse", sottolineando che "[n]ell'applicare le regole di concorrenza comunitarie, la Commissione [adopera] un'impostazione di tipo economico, basata sugli effetti sul mercato"<sup>185</sup>. Nello stesso testo si evince come la finalità dell'integrazione dei mercati abbia subito un affievolimento della sua centralità, in quanto la Commissione evidenzia come quest'ultima costituisca "un ulteriore obiettivo della politica comunitaria di concorrenza"<sup>186</sup>, aggiungendo che "[l]e imprese non devono avere la possibilità di ricostituire delle barriere di natura privata fra gli Stati membri, là dove le barriere statali sono state abolite".

---

<sup>184</sup> V., ad es., Commissione europea, *Relazione sulla politica di concorrenza 2006 (pubblicata in connessione con la Relazione generale sull'attività dell'Unione europea, 2006)*, COM(2007) 358 def., in cui la Commissione ha sottolineato che "[n]el 2006 la politica di concorrenza ha continuato a tutelare la concorrenza e creare le condizioni che consentono ai mercati di funzionare in modo competitivo a vantaggio delle imprese e dei consumatori europei".

<sup>185</sup> Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sulle restrizioni verticali (in GUCE n. C 291 del 13 ottobre 2000, pagg. 1-44), par. 7.

<sup>186</sup> *Ibidem*. Maggiormente eloquente appare essere tuttavia la versione in lingua inglese, nella quale si fa riferimento all'integrazione dei mercati come "an additional goal of EC competition law". Parrebbe pertanto che l'integrazione dei mercati venga posizionata accanto all'obiettivo della tutela della concorrenza non in un rapporto paritetico, come sembrerebbe evincersi dal testo italiano, ma in posizione subordinata e secondaria, essendo stato utilizzato il termine "additional" piuttosto che "further" ed essendo dunque caratterizzabile non tanto come obiettivo ulteriore, ma aggiuntivo.

Da ultimo, si rileva che il Trattato di Lisbona ha eliminato, all'interno del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ogni riferimento all'instaurazione di un "regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno" tra gli obiettivi fondamentali, precedentemente perseguito ai sensi dell'art. 3 CE, par. 1, lett. g)<sup>187</sup>. Il riferimento di cui all'art. 3 CE, rimosso su pressione del governo francese<sup>188</sup>, ha costituito per lungo tempo una base giuridica rilevante per la Corte di giustizia allo scopo di applicare ed interpretare in maniera estensiva le norme poste a tutela della concorrenza. Tuttavia, un riferimento simile a quello dell'art. 3 CE è stato inserito all'interno del Protocollo n. 23 del TFUE, intitolato "Sul mercato interno e sulla concorrenza", in cui si legge che "le Alte Parti Contraenti, considerando che il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del Trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata, hanno convenuto che a tal fine l'Unione adotta, se necessario, misure in base alle disposizioni dei trattati, ivi compreso l'articolo 352 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea". Pertanto, pur non rientrando più tra gli obiettivi fondamentali, il mantenimento di una concorrenza non falsata rientra tra le priorità dell'Unione, per il quale è previsto anche l'uso della clausola di flessibilità di cui all'art. 352 TFUE. Pertanto, in considerazione del fatto che il Protocollo in questione rappresenta un documento giuridicamente vincolante, in quanto costituisce parte integrante del Trattato stesso, sembrerebbe potersi affermare che il cambiamento sia stato più

---

<sup>187</sup> Tale articolo risulta essere stato abrogato e sostituito, nella sostanza, dagli articoli da 3 a 6 del TFUE.

<sup>188</sup> V., ad es., *Sarkozy Scraps Competition Clause From New Treaty*, Spiegel, 22 giugno 2007, disponibile presso il sito <http://www.spiegel.de/international/europe/0,1518,490136,00.html>.

formale che sostanziale, come d'altronde confermato dall'ex Commissario europeo per la politica della concorrenza<sup>189</sup>.

### 3.3. *Gli obiettivi della politica di concorrenza in Europa.*

Il diritto della concorrenza dell'Unione europea diverge, pertanto, da quello statunitense innanzitutto per i motivi che hanno portato all'attuazione di una normativa antitrust. Negli Stati Uniti, lo Sherman Act fu adottato allo scopo di far fronte alla situazione storica di fine XIX secolo, in cui i *trust* comportavano condizioni di mercato particolarmente svantaggiose per i consumatori. In Europa, invece, *ut amplius supra*, la nascita del diritto della concorrenza è stata fortemente legata all'obiettivo principale della creazione di un mercato unico e non spinta, come accadde negli Stati Uniti, dalla necessità, avvertita anche nell'opinione pubblica, di limitare gli abusi delle imprese<sup>190</sup>. Pertanto, in Europa la nascita di una politica di

---

<sup>189</sup> Il precedente Commissario europeo alla politica di concorrenza, Neelie Kroes, ha infatti sottolineato, di fronte al Parlamento europeo, che “[t]he protocol to the Treaty is a legally binding confirmation that the system of undistorted competition is part of the internal market. Of course, competition is not an end in itself, but it is one of the best means to create conditions for growth and jobs. Putting it in a protocol on the internal market clarifies that one cannot exist without the other. That is a fact, and the competition rules which have served citizens so well over the last fifty years remain in force, and the Commission will continue to enforce them firmly and fairly”, aggiungendo inoltre che, attraverso il riposizionamento del riferimento dell'obiettivo del mantenimento di una concorrenza non falsata, il legislatore “have moved the furniture round, but the house is still there” e ribadendo che “[t]he protocol is of equivalent status to the treaty (...). Competition policy is an integral part of the concept of the internal market. The rules and the role of the Commission have been fully safeguarded. There is no question of downgrading”. V. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?language=EN&type=IM-PRESS&reference=20070626IPR08389>.

<sup>190</sup> Cfr. JENS FEJØ, *MONOPOLY LAW AND MARKET*, cit., pag. 8 e ss.

concorrenza appare maggiormente caratterizzata da un approccio *top-down*, anziché da un orientamento *bottom-up* come si verificò negli Stati Uniti<sup>191</sup>.

Il diritto europeo della concorrenza appare sicuramente incentrato su una molteplicità di obiettivi, di natura sia economica che sociale<sup>192</sup>, ma primaria importanza è stata tradizionalmente attribuita all'obiettivo dell'integrazione dei mercati europei<sup>193</sup>. Si riteneva, infatti, che quest'ultimo scopo potesse essere raggiunto tramite l'attuazione di una politica di

---

<sup>191</sup> Non si intende in questa sede affermare che il diritto o, più in generale, una cultura della concorrenza siano state imposte dalle autorità europee nei confronti dei singoli Stati membri. Si è, infatti, già avuto modo di evidenziare l'esistenza di una cultura della concorrenza presente in Europa già prima della definizione dell'obiettivo del mercato unico. Tuttavia, non può essere negato il diverso contesto in cui le norme antitrust si sono sviluppate nei due lati dell'Atlantico.

<sup>192</sup> A tal proposito, non appare ultroneo evocare le parole dell'ex Commissario europeo per la concorrenza, K. Van Miert, il quale ha affermato che “[t]he aims of the European Community’s competition policy are economic, political and social. The policy is concerned not only with promoting efficient production but also achieving the aims of the European treaties: establishing a common market, approximating economic policies, promoting harmonious growth, raising living standards, bringing Member States closer together, etc. To this must be added the need to safeguard a pluralistic democracy, which could not survive a strong concentration of economic power”. Karel Van Miert, *Frontier-Free Europe* (5 maggio 1993), riportato in Per Jebsen & Robert Stevens, *Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition Under Article 86 of the European Union*, 64 ANTITRUST L.J. 443, 450 (1996). È da notare, tuttavia, che anche i rappresentanti della FTC hanno talvolta fatto riferimento, nei loro discorsi, a obiettivi extraconcorrenziali. V. Thomas B. Leary, *The Essential Stability of Merger Policy in the United States*, 70 ANTITRUST L.J. 105, 109-10 (2002), in cui l'autore cita il discorso pronunciato nel 1977 dall'allora presidente della Federal Trade Commission, il quale sosteneva che il termine “competition policy” includes considerazioni relative a “environmental harms . . . resource depletion, energy waste, environmental contamination, worker alienation [and] the psychological and social consequences of producer-stimulated demands”.

<sup>193</sup> Taluni autori hanno messo in rilievo come sia la Commissione che la Corte di giustizia abbiano in più istanze assunto un atteggiamento che palesava l'intenzione di elevare la creazione di un mercato unico ad obiettivo ultimo delle regole di concorrenza, nonché la convinzione che il traguardo dell'integrazione fosse più rilevante dei motivi di efficienza economica. V. VALENTINE KORAH, AN INTRODUCTORY GUIDE TO EC COMPETITION LAW AND PRACTICE 8 (IX ed., Hart Publishing 2007).

concorrenza che, da un lato, stimolasse il commercio intracomunitario e, dall'altro, eliminasse o prevenisse l'erezione di barriere commerciali volte alla compartimentazione dei singoli mercati nazionali<sup>194</sup>. Tale approccio ha promosso, *inter alia*, un atteggiamento di favore nei confronti del fenomeno delle importazioni parallele, le quali venivano considerate una manifestazione dell'unitarietà del mercato. Tuttavia, come taluni commentatori hanno osservato, la tutela delle importazioni parallele non necessariamente conduce ad un incremento dell'efficienza economica e ad una salvaguardia degli interessi dei consumatori, poiché una simile pratica, come evidenziato dalle teorie neoclassiche statunitensi, potrebbe essere semplicemente un'espressione di un atteggiamento di *free riding* comportante, nel lungo termine, qualità e servizi inferiori per i consumatori<sup>195</sup>. Inoltre, il divieto di importazioni parallele, non consentendo la realizzazione di una discriminazione di prezzo tra

---

<sup>194</sup> Un simile approccio è stato manifestato sia dalla giurisprudenza che dalla Commissione. Infatti, nel caso *Hugin* la Corte di giustizia sostenne che "rientrano [. . . ] nell'ambito del diritto comunitario qualsiasi intesa e qualsiasi prassi atte ad incidere sulla libertà del commercio fra Stati membri, in un senso che possa nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico fra gli stati membri, in particolare isolando i mercati nazionali". V. C. giust., sent. 31 maggio 1979, causa 22/78, *Hugin Kassaregister AB e Hugin Cash Registers Ltd c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1979, pag. 1869), par. 3. Inoltre, nel libro bianco *Il completamento del mercato interno* del 1985, la Commissione europea affermò che ogni azione volta a tutelare la libertà di movimento dei fattori produttivi sarebbe stata necessariamente accompagnata da un incremento della vigilanza in materia di concorrenza, allo scopo di assicurare il rispetto delle norme antitrust. La Commissione precisò anche che una politica della concorrenza forte e coerente deve impedire partizioni del mercato interno a seguito di politiche protezionistiche dei governi o di comportamenti restrittivi delle imprese. V. *Il completamento del mercato interno: Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo* (Milano, 28-29 giugno 1985), COM(85) 310, par. 19, reperibile presso il sito [http://europa.eu/documents/comm/white\\_papers/pdf/com1985\\_0310\\_f\\_en.pdf](http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_en.pdf).

<sup>195</sup> Cfr. Valentine Korah, *EEC Competition Policy: Legal Form or Economic Efficiency*, 39 CURRENT LEGAL PROBS. 85, 87 (1986); Damien Neven, *Working Paper on Competition Policy Objectives*, in EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 1997: OBJECTIVES OF COMPETITION POLICY 111, 117 (Claus Dieter Ehlermann & Laraine L. Laudati eds., Hart 1998).

paesi diversi, induce le imprese ad imporre un prezzo più elevato nei confronti di quelle categorie di consumatori che, in un determinato mercato nazionale, manifestano un'inferiore intensità della domanda che riflette, generalmente, una minor capacità di spesa pro capite<sup>196</sup>.

Per quanto riguarda l'obiettivo della tutela del benessere dei consumatori che, come illustrato, caratterizza in maniera forte il diritto antitrust statunitense, appare utile partire dall'analisi del dato normativo. Risulta rilevante, in merito, il dettato dell'art. 153 CE, par. 2, il quale poneva particolare enfasi sull'obiettivo della difesa dei consumatori, stabilendo che “[n]ella definizione e nell’attuazione di altre politiche o attività comunitarie sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori”. Tale disposizione risultava inserita nel corpo del Trattato CE, in particolare nel Titolo XIV, dedicato in maniera specifica alla protezione dei consumatori, a differenza di quanto sancito dal Trattato di Lisbona, il quale ha ora riposizionato all'interno del nuovo art. 12 TFUE la norma in oggetto che ha pertanto assunto una maggiore rilevanza nell'economia generale del Trattato poiché attualmente figura tra le “disposizioni di applicazione generale” che contengono i principi fondamentali che informano l'azione dell'Unione europea.

Nonostante ciò evidenzi la volontà di adottare un approccio sempre più orientato verso la tutela ed il benessere dei consumatori, non può essere negato che, all'interno del diritto europeo della concorrenza, la protezione dei consumatori rimane un obiettivo raggiunto quasi in maniera incidentale rispetto alle altre finalità istituzionalmente perseguite.

Taluni commentatori, infatti, hanno affermato che i consumatori non possono essere considerati, tecnicamente, i beneficiari delle regole di concorrenza<sup>197</sup>, le quali sono orientate

---

<sup>196</sup> V. MASSIMO MOTTA, COMPETITION POLICY: THEORY AND PRACTICE 495-96 (Cambridge University Press 2004).

verso il conseguimento di una “*workable competition*”<sup>198</sup> che solo in via indiretta promuove gli interessi dei consumatori<sup>199</sup>.

Sotto questo profilo, risulta sintomatico l’uso limitato del termine “benessere dei consumatori” da parte della giurisprudenza europea<sup>200</sup>, benché la Commissione europea abbia

---

<sup>197</sup> Risulta utile annotare che la Corte di giustizia ha talvolta sottolineato che i consumatori non sono i soli diretti beneficiari delle norme poste a tutela della concorrenza. Il giudice europeo ha infatti affermato che “l’art. 81 CE, al pari delle altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi di concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale. Pertanto, l’accertamento della sussistenza dell’oggetto anticoncorrenziale di un accordo non può essere subordinato alla circostanza che i consumatori finali siano privati dei benefici di una concorrenza efficace in termini di approvvigionamento o di prezzi”. V. C. giust., sent. 6 ottobre 2009, Cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione delle Comunità europee* (C-501/06 P) e *Commissione delle Comunità europee c. GlaxoSmithKline Services Unlimited* (C-513/06 P) e *European Association of Euro Pharmaceutical Companies (EAEP) c. Commissione delle Comunità europee* (C-515/06 P) e *Asociación de exportadores españoles de productos farmacéuticos (Aseprofar) c. Commissione delle Comunità europee* (C-519/06 P) (inedita in *Raccolta*), par. 63. V. anche C. giust., sent. del 4 giugno 2009, causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV e Vodafone Libertel NV c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* (inedita in *Raccolta*).

<sup>198</sup> Taluni commentatori hanno sottolineato che il termine “*workable competition*” si riferisce ad un concetto normativo che comporta l’uso di giudizi di valore da parte dell’autorità posta a tutela della concorrenza nell’applicazione delle norme antitrust. V. ROSITA BIANCA BOUTERSE, *COMPETITION AND INTEGRATION: WHAT GOALS COUNT?* 124 (Kluwer 1994).

<sup>199</sup> V. Ian Forrester, *Competition Law Implementation at Present, in EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 1997: OBJECTIVES OF COMPETITION POLICY* 359, 367-70 (Claus Dieter Ehlermann & Laraine Laudati eds., Hart 1998), il quale nota che “there is little trace of real concern for the welfare of consumers as direct beneficiaries of competition policy. There is, however, more concern for citizens as indirect beneficiaries, residing in a healthy economy”. *Ibidem*, pag. 69. V. anche Jules Stuyck, *European Consumer Law After the Treaty of Amsterdam: Consumer. Policy in or Beyond the Internal Market?*, 37 *COMMON MKT. L. REV.* 367 (2000).

<sup>200</sup> Il termine “benessere dei consumatori” è stato utilizzato in due occasioni dal Tribunale di primo grado, e solo di recente dalla Corte di giustizia nel caso *Glaxo*, dove tra l’altro non vi è mai stata un’organica discussione in merito, trattandosi solo di citazioni incidentali. V. C. giust., sent. 6 ottobre 2009, Cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, cit., par. 49; Trib. primo grado, sent.



ripetutamente dichiarato la centralità dei consumatori nell'ambito delle politiche di concorrenza. Con particolare riferimento alle ipotesi di abuso di posizione dominante, infatti, la Direzione Generale della Concorrenza ha affermato che l'obiettivo centrale dell'articolo 82 CE (ora art. 102 TFEU) risulta essere la tutela della concorrenza nel mercato quale mezzo per accrescere il benessere dei consumatori e per garantire un'efficiente allocazione delle risorse<sup>201</sup>. Ciò nonostante, l'esecutivo europeo, sia nel suo *Discussion Paper* sull'articolo 82 CE<sup>202</sup> che nella sua Comunicazione riguardante l'applicazione dell'art. 82 CE<sup>203</sup>, non è stato in grado di articolare un chiaro test di illegittimità basato sul pregiudizio arrecato al benessere dei consumatori.

Il dettato normativo dell'articolo 82 non reca una previsione certa di chiari obiettivi, al contrario dell'articolo 81 CE che contempla un campo di applicazione più preciso, e, allo

---

17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2007, pag. II-3601), par. 41; Trib. primo grado, sent. 27 settembre 2006, causa T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, cit., par. 256.

<sup>201</sup> V. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, pag. 4, reperibile presso il sito <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. È da rilevare che la Commissione, nel fare riferimento sia al benessere dei consumatori che ad un'efficiente allocazione delle risorse, si è resa alquanto vaga in merito agli obiettivi principali dell'azione antitrust, tanto che Thomas O. Barnett, ex assistente procuratore generale della Divisione antitrust del Dipartimento di Giustizia statunitense, ha citato queste stesse parole della Commissione per provare la diffusione internazionale dell'obiettivo della tutela del *consumer welfare* inteso come efficienza economica generale. V. Thomas O. Barnett (Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice), *Navigating Scylla and Charybdis: Three Stages in the Journey to Effective Section 2 Enforcement*, Address at the Georgetown University Law Center Global Antitrust Enforcement Symposium, Washington, D.C., September 23, 2008, reperibile presso il sito <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/237527.htm>.

<sup>202</sup> *DG Competition discussion paper on the application of Article 82*, cit.

<sup>203</sup> Comunicazione della Commissione *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti* (in GUCE n. C 45 del 24 febbraio 2009, pagg. 7-20).

scopo di fare chiarezza sulle finalità perseguite, risulta utile riferirsi ai documenti della Commissione.

Nel già citato *Discussion Paper* viene chiarito che il divieto di pratiche abusive volte all'esclusione di concorrenti si fonda sia sullo sviluppo di effetti anticoncorrenziali sul mercato, effettivi o potenziali, che sull'esistenza di danni, diretti o indiretti, nei confronti dei consumatori. La compresenza di tali due criteri volti a stabilire l'illiceità di un comportamento ai sensi dell'articolo 82 palesa l'orientamento adottato dalla Commissione per il quale i due concetti non sono da ritenersi coincidenti. Il documento europeo, se da un lato pone l'accento sulla tutela dei consumatori, in quanto quest'ultima risulta svincolata da motivazioni legate allo sviluppo concorrenziale del mercato, dall'altro non reca, tuttavia, alcun riferimento in merito alle modalità di accertamento dei danni cagionati ai consumatori<sup>204</sup>.

Il *Discussion Paper* presenta anche un ulteriore spunto di riflessione in merito agli obiettivi perseguiti dalla politica di concorrenza, ponendosi in contrapposizione con la teoria economica neoclassica statunitense. Come accennato, l'obiettivo dell'articolo 82 è stato espresso in termini di protezione della concorrenza allo scopo di salvaguardare il benessere dei consumatori e per garantire un'efficiente allocazione delle risorse. Ciò dimostra che l'organo esecutivo europeo non ha inteso il concetto di "benessere del consumatore" nel senso di efficienza economica, apparendo invece propenso ad una interpretazione del termine fondata sul trasferimento di benessere operato dalle imprese ai danni dei consumatori

---

<sup>204</sup> Pinar Akman, *Article 82 Reformed? The EC Discussion Paper on Exclusionary Abuses*, 2006 J. BUS. L. 816, 823 (2006).

stessi<sup>205</sup>. Una simile interpretazione sembra avvalorata anche da taluni pronunciamenti della Corte di giustizia dell'Unione europea in cui viene fatto esplicito riferimento alla tutela degli interessi dei consumatori<sup>206</sup>.

Altro elemento che caratterizza il diritto europeo della concorrenza è la presenza di uno specifico obiettivo legato alla protezione dei concorrenti, perseguito in particolar modo nei primi casi riguardanti l'applicazione dell'art. 102 TFUE, in cui, nell'analizzare gli effetti delle pratiche escludenti, le corti hanno dato notevole peso al pregiudizio arrecato alle imprese rivali<sup>207</sup>. Tale orientamento, che ricalca l'approccio adottato dalla scuola di pensiero

---

<sup>205</sup> Tale approccio è confermato anche dalle *Guidelines* sull'applicazione dell'articolo 81 CE, par. 3. V. *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato* (in GUCE n. C 101 del 27 aprile 2004, pagg. 97-118), par. 21 e 46. D'altronde, l'articolo 81, par. 3, presenta già nel suo testo la previsione di una simile tutela degli interessi dei consumatori, determinando che un accordo, che genera efficienza produttiva o dinamica, non risulti in un trasferimento di benessere a scapito dei consumatori, ai quali deve essere invece garantita una porzione dei benefici derivanti dalle efficienze economiche prodotte dalle pratiche consentite in via derogatoria. Cfr. Okeoghene Odudu, *Article 81(3), Discretion and Direct Effect*, 17 EUR. COMPETITION L. REV. 20 (2002).

<sup>206</sup> V. Trib. primo grado, sent. 7 giugno 2006, cause riunite T-213/01 e T-214/01, *Österreichische Postsparkasse AG e Bank für Arbeit und Wirtschaft AG c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2006, pag. II-1601), par. 115, in cui si afferma che “le norme intese ad assicurare che la concorrenza nel mercato interno non venga falsata hanno come scopo ultimo quello di accrescere il benessere del consumatore”, ove quest'ultimo è inteso nel senso di “*well-being*”, incentrato sulla tutela degli interessi dei consumatori, e non di “*welfare*”, concetto basato sulle dinamiche di efficienza economica, come risulta evidente confrontando il testo inglese o tedesco della sentenza. V. anche Trib. primo grado, sent. 27 settembre 2006, causa T-168/01, *GlaxoSmithKline Services Unlimited*, cit., par. 171. Sulla stessa linea di pensiero si pone anche l'avvocato generale Jacobs nella causa *Syfait*. V. Conclusioni dell'avvocato generale Jacobs del 28 ottobre 2004, causa C-53/03, *Synetairismos Farmakopoiou Aitolias & Akarnanias (Syfait) e altri c. GlaxoSmithKline plc. e GlaxoSmithKline AEVE* (in *Raccolta*, 2005, pag. I-4609) par. 90-91.

<sup>207</sup> Cfr. RICHARD WHISH, *COMPETITION LAW*, cit., pagg. 19-20.

ordoliberal, ha comportato una definizione di barriera all'entrata particolarmente ampia<sup>208</sup>, oltre che un utilizzo pervadente della dottrina delle *essential facilities*<sup>209</sup> che, in ambito europeo, si è spinto a supportare l'idea che le imprese in posizione dominante dovessero condividere con le imprese concorrenti talune infrastrutture essenziali non replicabili da queste ultime<sup>210</sup>. Ciò ha portato taluni autori a sottolineare come il diritto dell'Unione europea mostri spesso una maggior preoccupazione, rispetto al diritto statunitense, in merito

---

<sup>208</sup> In particolare, la definizione di barriera all'entrata data dalla giurisprudenza europea ricomprende ogni elemento che ostacoli un potenziale entrante dal penetrare nel mercato. V. C. giust, sent. del 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1973, pag. 215); C. giust, sent. del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1979, pag. 461).

<sup>209</sup> Cfr. Herbert Hovenkamp, *Competition Law Implementation at Present*, in *EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 1997: OBJECTIVES OF COMPETITION POLICY* 417, 424 (Claus Dieter Ehlermann & Laraine Laudati eds., Hart 1998), in cui l'autore nota le difficoltà di successo delle argomentazioni legate alla dottrina delle *essential facilities* negli Stati Uniti.

<sup>210</sup> Nel caso *IMS Health*, il Tribunale di primo grado criticò la decisione della Commissione affermando che quest'ultima, nell'opera di ponderazione delle diverse istanze presentate, abbia equiparato “gli interessi [dei concorrenti] agli interessi della concorrenza, [trascurando] che il fine principale dell'art. 82 CE è quello di prevenire distorsioni della concorrenza e in particolare tutelare gli interessi dei consumatori più che di proteggere la posizione di singoli concorrenti”. V. Ordinanza del presidente del Tribunale di primo grado del 26 ottobre 2001, causa T-184/01 R, *IMS Health Inc. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2001, pag. II-3193), par. 145. Tuttavia, in sede di ulteriore appello, il presidente della Corte di giustizia censurò la critica del Tribunale affermando che “non si possono condividere senza riserve le considerazioni svolte [dal Tribunale di primo grado], in quanto esse potrebbero essere intese come atte ad escludere la tutela degli interessi delle imprese concorrenti dal fine perseguito dall'art. 82 CE, anche quando interessi del genere non possano essere separati dal mantenimento di una struttura di concorrenza effettiva”. V. Ordinanza del presidente della Corte dell'11 aprile 2002, causa C-481/01 P (R), *NDC Health GmbH & Co. KG e NDC Health Corporation c. Commissione delle Comunità europee e IMS Health Inc.* (in *Raccolta*, 2002, pag. I-3401), par. 84.

all'esclusione di un concorrente dal mercato, attribuendo particolare importanza al numero di imprese rivali esistenti<sup>211</sup>.

Infine, l'aspetto più caratteristico del diritto antitrust europeo è da ravvisarsi nel perseguimento di finalità di natura extraconcorrenziale, legate all'attuazione di altre politiche rientranti nella sfera d'azione delle istituzioni europee, manifestatesi tipicamente in casi riguardanti l'applicazione dell'articolo 81 CE, par. 3 (ora articolo 101 TFEU, par. 3). Nel *XX Rapporto sulla politica di concorrenza*, la Commissione ha per la prima volta introdotto una sezione specifica intitolata "Rapporti con le altre politiche" in cui si sostiene che l'applicazione delle norme sulla concorrenza trae ispirazione da, e nel contempo ha un impatto su, altre politiche europee<sup>212</sup>. Parte della dottrina ha avuto un atteggiamento favorevole nei confronti dell'adozione di obiettivi extraconcorrenziali, sostenendo che la Commissione sia autorizzata, o addirittura obbligata, a prendere in considerazione anche questioni relative a politiche economiche generali<sup>213</sup>.

Sotto tale profilo, il diritto europeo della concorrenza è apparso influenzato, sebbene in misura ed intensità variabile nel corso del tempo, da obiettivi specifici di politica industriale<sup>214</sup>. Benché i primi commissari responsabili per la concorrenza mostrarono un

---

<sup>211</sup> V. Valentine Korah, *The Interface Between Intellectual Property Rights and Antitrust: The European Experience*, 69 ANTITRUST L.J. 801, 828 (2002).

<sup>212</sup> V. *Twentieth Report on Competition Policy 1990* (allegato al *Twenty-Fourth Report on the Activities of the European Communities*), *Annual Reports on Competition Policy*, in COMPETITION LAW IN WESTERN EUROPE AND THE USA (Kluwer Law International 1976), aggiornato all'aprile 1992, supplemento n. 113, pagg. CM.M.VII-1131–CM.M.VII-1209.

<sup>213</sup> Cfr. R. B. BOUTERSE, COMPETITION AND INTEGRATION: WHAT GOALS COUNT?, cit.

<sup>214</sup> *In puncto*, cfr., *amplius*, WOLF SAUTER, COMPETITION LAW AND INDUSTRIAL POLICY IN THE EU (O.U.P. 1997).

atteggiamento di opposizione nei confronti di qualsiasi adattamento delle norme a ragioni di politica industriale, la Commissione europea ha successivamente adottato un approccio favorevole all'inclusione di tali considerazioni extraconcorrenziali. Nel *XXIII Rapporto sulla politica di concorrenza* del 1993 si sostenne la necessità che la politica di concorrenza fosse applicata in relazione alle altre priorità fissate dalla Comunità, elencando tra queste ultime anche la politica industriale, per il perseguimento delle quali era richiesto uno specifico adattamento della stessa politica di concorrenza<sup>215</sup>. Tuttavia, la Commissione si è generalmente mostrata riluttante a prendere in considerazione motivazioni di politica industriale nelle proprie decisioni, sebbene non siano mancate eccezioni<sup>216</sup>.

Anche le politiche di occupazione sono state in alcuni casi prese in considerazione, sia dalla Commissione che dalla Corte di giustizia, nel giudicare casi relativi a presunte violazioni delle norme sulla concorrenza. Nel caso *Metro I* la Corte ha stabilito che l'accordo in esame rappresentava, "quanto alla conservazione dell'occupazione, un elemento di stabilità la cui promozione rientra [...] nell'ambito degli obiettivi che l'art. [81], n. 3 consente di

---

<sup>215</sup> V. *Twenty-Third Report on Competition Policy 1993* (pubblicato in allegato al *General Report on the Activities of the European Communities - 1993*), *Annual Reports on Competition Policy*, in *COMPETITION LAW IN WESTERN EUROPE AND THE USA* (Kluwer Law International 1976), aggiornato al giugno 1995, supplemento n. 139, pagg. CM.M.VII-1455–CM.M.VII-1626.

<sup>216</sup> Cfr., e.g., Decisione della Commissione 84/380/CEE del 4 luglio 1984, caso IV/30.810, *Fibre sintetiche* (in GUCE n. L 207 del 2 agosto 1984, pagg. 17-25). Per una lettura critica di tale decisione v. BARRY E HAWK, *UNITED STATES, COMMON MARKET AND INTERNATIONAL ANTITRUST: A COMPARATIVE GUIDE* 14 (Prentice Hall Law & Business, Supp. 1990). V. anche Decisione della Commissione 84/387/CEE del 19 luglio 1984, caso IV/30.863, *BPCL/ICI* (in GUCE n. L 212 dell'08 agosto 1984, pagg. 1-12); Decisione della Commissione 88/87/CEE del 22 dicembre 1987, caso IV/31.846, *Enichem/ICI* (in GUCE n. L 50 del 24 febbraio 1988, pag. 18).

contemplare". Similmente, nel caso *Ford/Volkswagen*<sup>217</sup>, la Commissione ha specificamente incluso tra i fattori che hanno influenzato la sua decisione favorevole alla concessione di un'esenzione ai sensi dell'art. 81, par. 3, le eccezionali prospettive di impiego che la *joint venture* proposta avrebbe generato<sup>218</sup>.

Inoltre, anche preoccupazioni relative alla tutela dell'ambiente sono entrate nella valutazione di casi riguardanti presunte violazioni alle norme di concorrenza. Ad esempio, nel caso *Philips/Osram*, riguardante la creazione di una *joint venture* allo scopo di produrre una nuova tipologia di lampade, la Commissione ha tenuto conto dei benefici ambientali derivanti dall'accordo e, nell'esentarlo ai sensi dell'Art. 101 TFUE, par. 3, ha sottolineato la riduzione dell'inquinamento e la migliore efficienza energetica che il nuovo prodotto avrebbe comportato<sup>219</sup>.

Infine, sono occasionalmente venute in rilievo anche considerazioni di natura non solo extracompetitiva ma anche extraeconomica di natura socio-culturale. Simili valutazioni si sono evidenziate, in particolare, nei casi riguardanti la pattuizione di prezzi minimi di vendita nel settore editoriale, in cui le parti sotto inchiesta sostenevano che tali accordi fossero indispensabili allo scopo di assicurare la produzione e la distribuzione di libri di natura non commerciale, poiché ciò consentiva un finanziamento incrociato con le pubblicazioni commerciali. Il caso più emblematico in materia è rappresentato dalla decisione *VBBB/VBVB*, relativa ad un accordo tra le due maggiori associazioni di imprese editoriali operanti nelle

---

<sup>217</sup> Decisione della Commissione 93/49/CEE del 23 dicembre 1992, caso IV/33.814, *Ford/Volkswagen* (in GUCE n. L 20 del 28 gennaio 1993, pagg. 14-22).

<sup>218</sup> V. *Ibidem*, par. 36.

<sup>219</sup> V. Decisione della Commissione del 21 dicembre 1994, n. 94/986/CE, caso IV/34.252, *Philips-Osram* (in GUCE n. L 378 del 31 dicembre 1994, pagg. 37-44).

Fiandre e nei Paesi Bassi che stabiliva la fissazione di un prezzo da parte degli editori per ciascuna loro pubblicazione e prevedeva un sistema di sanzioni in caso di non ottemperanza all'accordo stesso. In sede di giudizio, le associazioni convenute hanno sostenuto che il sistema di fissazione dei prezzi favoriva la presenza sul mercato di una molteplicità di titoli e garantiva la pubblicazione di opere meno vendibili, asserendo altresì che l'abolizione di tale sistema avrebbe avuto la conseguenza di limitare la libertà di espressione e di rendere l'editoria dipendente dai sussidi statali. Secondo parte della dottrina, in questo caso la Commissione ha inteso sottintendere che essa avrebbe dato preferenza agli obiettivi di divulgazione della cultura nel caso di libri non commerciali, in cui la concorrenza basata sul prezzo risulta essere meno rilevante<sup>220</sup>.

Appare pertanto evidente il divario tra diritto antitrust statunitense ed europeo, in quanto in quest'ultimo le norme poste a tutela della concorrenza risultano influenzate, oltre che da questioni di efficienza economica e di protezione delle imprese concorrenti, da considerazioni di tipo extraconcorrenziale concernenti politiche di natura economica (diverse dall'efficienza), in aggiunta a questioni di carattere sociale e culturale. Questa condizione di inclusione all'interno della politica antitrust di ragionamenti afferenti al raggiungimento di

---

<sup>220</sup> È tuttavia da notare che, in sede di appello, la Corte di giustizia si è espressa contro le associazioni editoriali, asserendo che le speciali caratteristiche di mercato non possono giustificare un sistema restrittivo che abbia l'effetto di privare i distributori della libertà di azione in merito alla fissazione del prezzo di vendita finale. V. C. giust., sent. del 17 gennaio 1984, cause riunite 43 e 63/82, *Vereniging ter Bevordering van het Vlaamse Boekwezen, VBVB, e Vereniging ter Bevordering van de Belangen des Boekhandels, VBBB, c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1984, pag. 19). Per la dottrina in materia, v., ad es., EVANGELIA PSYCHOGIPOULOU, *THE INTEGRATION OF CULTURAL CONSIDERATIONS IN EU LAW AND POLICIES* 281 (Nijhoff 2008); Collette B. Cunningham, *In Defense of Member State Culture: The Unrealized Potential of Article 151(4) of the EC Treaty and the Consequences for EC Cultural Policy*, 34 *CORNELL INT'L L.J.* 119 (2001).



altre politiche ha spesso acceso vivaci dibattiti in merito a quali debbano essere gli obiettivi di una sana politica antitrust e riguardo alla necessità di cercare un certo livello di armonizzazione internazionale, prima ancora che nelle norme, nei fini perseguiti dai diversi ordinamenti attraverso le regole poste a tutela della concorrenza.



## CAPITOLO II

# DISCIPLINA DELLE SITUAZIONI DI MONOPOLIO NEGLI STATI UNITI E DELL'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE IN EUROPA

SOMMARIO: 1. *Il sistema antitrust statunitense.* – 2. *La definizione dell'infrazione di monopolizzazione nell'ordinamento statunitense.* – 2.1. *Identificazione del mercato rilevante.* – 2.2. *Accertamento delle condizioni di monopolio.* – 2.3. *Il requisito della condotta.* – 3. *Stato attuale della disciplina a seguito della revoca del Single-Firm Conduct Report del 2008.* – 4. *Il diritto della concorrenza nell'Unione europea: aspetti introduttivi e profili procedurali.* – 5. *L'abuso di posizione dominante in Europa: l'articolo 102 TFEU.* – 6. *La riforma dell'articolo 82 CE (ora articolo 102 TFEU).*

### 1. Il sistema antitrust statunitense

Durante la seconda metà del XIX secolo, gli Stati Uniti hanno affrontato un radicale cambiamento della propria struttura economica, passando da un sistema sostanzialmente rurale e basato sull'agricoltura ad un'economia industriale fondata sull'urbanizzazione delle principali città<sup>1</sup>. Il ridimensionamento del ruolo del settore agricolo è stato conseguente alla nascita di imprese di elevate dimensioni che, a sua volta, ha dato luogo allo sviluppo di monopoli, *trust* e cartelli industriali<sup>2</sup>, i quali hanno con sempre maggior intensità acquisito

---

<sup>1</sup> Cfr. CORONA BREZINA, *THE INDUSTRIAL REVOLUTION IN AMERICA: A PRIMARY SOURCE HISTORY OF AMERICA'S TRANSFORMATION INTO AN INDUSTRIAL SOCIETY* 4 (Rosen Publishing 2005).

<sup>2</sup> Cfr. MAURY KLEIN, *THE GENESIS OF INDUSTRIAL AMERICA (1870-1920)* 127 (Cambridge University Press 2007).

potere ed imposto l'innalzamento dei prezzi, il ridimensionamento della produzione ed altre pratiche anticoncorrenziali<sup>3</sup>.

In un simile contesto si rese evidente che le leggi tradizionali fondate sulla *common law* non erano di per sé sufficienti a contrastare la situazione di forte anticoncorrenzialità creatasi e a soddisfare le richieste di intervento da parte sia dell'opinione pubblica, impensierita dalle pratiche predatorie messe in atto dalle maggiori imprese, che degli agricoltori, i quali avevano fronteggiato una diminuzione di prezzo dei loro prodotti ed un contemporaneo aumento dei costi relativi a beni industriali e servizi ferroviari. Le leggi di *common law* sui monopoli e sulle restrizioni del commercio, infatti, prescrivevano al più la non applicabilità di taluni patti o accordi, mancando la previsione di un divieto positivo a cui potesse essere data piena applicazione su istanza delle autorità governative o di soggetti privati. Inoltre, mancava tra i vari Stati un approccio uniforme all'attuazione delle leggi di *common law*, le quali risultavano pertanto applicate in maniera fortemente eterogenea, mentre la normativa statale si era dimostrata per lo più impotente nel disciplinare la condotta delle grandi imprese operanti in Stati diversi<sup>4</sup>.

In un simile contesto, il governo statunitense avvertì la necessità di promulgare una legge federale idonea al nuovo quadro economico e adatta ad affrontare i problemi di natura concorrenziale sorti a seguito della repentina industrializzazione. Lo Sherman Act, pur

---

<sup>3</sup> Cfr. WILLIAM LETWIN, *LAW AND ECONOMIC POLICY IN AMERICA: THE EVOLUTION OF THE SHERMAN ANTITRUST ACT* 53 (University of Chicago Press 1981).

<sup>4</sup> Cfr. RICHARD A. POSNER, *ANTITRUST LAW* 33 (University of Chicago Press 2001); GIULIANO AMATO, *ANTITRUST AND THE BOUNDS OF POWER: THE DILEMMA OF LIBERAL DEMOCRACY IN THE HISTORY OF THE MARKET* 7 (Hart Publishing 1997); KEITH N. HYLTON, *ANTITRUST LAW: ECONOMIC THEORY AND COMMON LAW EVOLUTION* 90 (Cambridge University Press 2003).

facendo riferimento ad istituti giuridici tradizionali, non fu inteso come un semplice strumento atto ad introdurre nel *corpus* normativo federale la preesistente disciplina di *common law*. Infatti, la nuova legge, oltre ad aver operato un'omogeneizzazione del diritto in materia di concorrenza, si è spinta oltre i limiti imposti dal *common law* stabilendo un divieto assoluto verso talune condotte anticoncorrenziali, applicabile attraverso il potere delle corti federali di interdire le violazioni poste in atto e tramite le azioni risarcitorie private.

Lo Sherman Act<sup>5</sup>, emanato nel 1890, si compone di due sezioni, la prima delle quali, diretta a contrastare i cartelli tra imprese, vieta qualsiasi contratto, accordo (in forma di *trust* o in altra forma) o collusione tesi a restringere il commercio fra diversi Stati o con nazioni straniere. La Sezione 2 dello Sherman Act, invece, *ut amplius infra*, proibisce la monopolizzazione, il tentativo di monopolizzazione e gli accordi volti a monopolizzare il commercio fra i diversi Stati e con nazioni estere. Entrambe le sezioni prevedono sanzioni penali<sup>6</sup>, nella misura della condanna ad un periodo di detenzione non superiore ai tre anni, oltre che una sanzione pecuniaria non superiore a \$10,000,000, qualora si tratti di una società di capitali, e non superiore a \$350,000, nei casi relativi a persone fisiche o ad altre tipologie di persone giuridiche<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> 15 U.S.C. §§ 1-7.

<sup>6</sup> Cfr. anche *infra*, Cap. III, par. 3.2, nota 107.

<sup>7</sup> Si rileva che il Criminal Fines Improvement Act del 1984 (18 U.S.C.A. §§ 3621-3624) ha stabilito la possibilità di fissare la sanzione pecuniaria nella misura del doppio del danno subito dai soggetti lesi o del guadagno conseguito dai trasgressori in conseguenza alla violazione di norme antitrust, qualora la somma così computata sia maggiore di quella prevista dallo Sherman Act.

Lo Sherman Act rappresenta solo il primo testo legislativo in tema di concorrenza<sup>8</sup>, al quale ha fatto seguito uno sviluppo normativo che ha integrato ed arricchito la disciplina antitrust statunitense. In particolare, il Clayton Act<sup>9</sup>, adottato nel 1914, stabilisce il divieto di imporre condizioni di vendita di beni (escludendo pertanto le fattispecie riguardanti la fornitura di servizi) che prevedano l'obbligo per l'acquirente di astenersi dall'intrattenere relazioni commerciali con i concorrenti del venditore, qualora simili condizioni comportino l'effetto di limitare la concorrenza o di creare una posizione di monopolio; all'interno di tale divieto ricadono, *inter alia*, le ipotesi di vendite abbinate e di accordi di esclusiva. Il Clayton Act, inoltre, oltre a vietare gli *interlocking directorates*<sup>10</sup> ed a introdurre nel sistema giuridico statunitense l'istituto del *treble damage*<sup>11</sup>, stabilisce un controllo sulle operazioni di concentrazione, proibendo la realizzazione di fusioni tra imprese, mediante l'acquisto di azioni o di beni<sup>12</sup>, qualora siffatte operazioni possano dar luogo ad una diminuzione o

---

<sup>8</sup> Se si esclude l'*Interstate Commerce Act* del 1887 che vietava in maniera specifica il *pooling* tra imprese, attuato per lo più dalle compagnie ferroviarie, in base al quale queste ultime stabilivano di comune accordo le tariffe da applicare e la divisione del traffico passeggeri e merci. V. HERBERT HOVENKAMP, *ENTERPRISE AND AMERICAN LAW (1836-1937)* 145-46 (Harvard University Press 1991).

<sup>9</sup> 15 U.S.C. §§ 12-27, 44.

<sup>10</sup> La Sezione 8 del Clayton Act vieta ad una stessa persona di sedere nel consiglio di amministrazione di due o più imprese concorrenti qualora almeno una delle imprese in questione abbia un capitale superiore a 10 milioni di dollari. Cfr., *ex multis*, Richard P. Murphy, *Keys to Unlock the Interlocks: Dealing With Interlocking Directorates*, 11 U. MICH. J. L. REFORM (1978).

<sup>11</sup> Il sistema dei *treble damages* consente, in sede di giudizio instaurato da parti private per l'ottenimento del risarcimento dei danni causati dalla violazione dello Sherman Act o del Clayton Act, l'imposizione in capo all'impresa imputata di danni punitivi ammontanti al triplo dei danni realmente cagionati.

<sup>12</sup> La previsione dell'acquisizione di controllo anche attraverso l'alienazione di beni è stata introdotta nel 1950 a seguito degli emendamenti apportati alla Sezione 7 del Clayton Act dal Celler-Kefauver Act (15 U.S.C. §§ 18, 21).

affievolimento della concorrenza ovvero alla creazione di un monopolio<sup>13</sup>. Il Clayton Act è stato successivamente emendato dal Robinson-Patman Act del 1963, attraverso cui è stata introdotta, nella Sezione 2, una specifica disciplina in merito alle fattispecie di discriminazione di prezzo.

Infine, il Federal Trade Commission Act<sup>14</sup> del 1914 istituisce la Federal Trade Commission, un'autorità indipendente di regolamentazione composta da cinque membri, e sancisce il divieto di compiere azioni di concorrenza sleale e di intraprendere pratiche commerciali ingannevoli.

L'applicazione delle norme antitrust federali è affidata nel sistema statunitense a due diverse agenzie governative, la Divisione Antitrust del Dipartimento di Giustizia (DOJ) e la citata Federal Trade Commission (FTC), oltre che alle parti private ai sensi della Sezione 4 del Clayton Act. La Divisione Antitrust del DOJ, diretta da un procuratore generale di nomina presidenziale, è deputata all'applicazione in sede civile delle disposizioni dello Sherman Act e del Clayton Act e ad essa è data anche la competenza esclusiva ad applicare le norme penali contenute nelle Sezioni 1 e 2 dello Sherman Act, nella Sezione 3 del Robinson-Patman Act e nella Sezione 14 del Clayton Act. Il DOJ è dotato di una forte discrezionalità nel decidere se intraprendere un'azione civile o penale nei confronti di presunte violazioni antitrust<sup>15</sup> e gestisce un programma di clemenza (*leniency program*), con il quale viene garantita

---

<sup>13</sup> L'Hart.Scott-Rodino Antitrust Improvements Act del 1976 (15 U.S.C. §§ 1311-1314) introduce l'obbligo di notificare le operazioni di concentrazione prima del loro avvio e stabilisce l'obbligo per le imprese coinvolte di astenersi dall'effettuare l'operazione prima del decorso di un certo periodo di tempo successivo alla notifica.

<sup>14</sup> 15 U.S.C. §§ 41-57a.

<sup>15</sup> Cfr. Donald I. Baker, *To Indict or Not to Indict: Prosecutorial Discretion in Sherman Act Enforcement*, 63 CORNELL L. REV. 405 (1978).

l'immunità al primo soggetto che denuncia l'operatività di un cartello<sup>16</sup>. Sotto un profilo procedurale, il DOJ procede in via preliminare all'emissione di un *Civil Investigative Demand* (CID) che autorizza il Dipartimento di Giustizia ad esaminare la documentazione posseduta dai soggetti sospettati di aver commesso una violazione delle norme antitrust e a raccogliere testimonianze di soggetti terzi estranei all'indagine in qualità di persone informate sui fatti. Qualora a seguito dell'azione svolta tramite il CID il Dipartimento di Giustizia ottenga materiale indiziario sufficiente, esso può proporre un'azione giudiziaria nella corte distrettuale federale competente<sup>17</sup>, nella quale il caso segue le normali regole procedurali (inclusa la

---

<sup>16</sup> I programmi di clemenza sono stati impiegati dal 1978, anno in cui la divisione antitrust del Dipartimento di giustizia è stata autorizzata a concedere l'immunità penale per gli amministratori di una società che confessavano l'esistenza di un cartello. Tuttavia, di fatto, il programma di clemenza è divenuto pienamente operativo solo dal 1993, a seguito di una ristrutturazione delle regole esistenti (v. U.S. Department of Justice, Antitrust Division Corporate Leniency Policy, August 1993, disponibile presso il sito <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lencorp.htm>). Secondo la normativa statunitense, l'immunità viene assegnata esclusivamente alla prima azienda che presenta una denuncia, la quale può essere prodotta anche qualora un esame preliminare sia stato già avviato d'ufficio. Tale immunità, in ogni caso, non ha escluso, nel sistema precedente, l'esposizione delle aziende alle azioni di *private enforcement*. Per rimediare a questo inconveniente, dal 2004, ai sensi del Criminal Penalty Enforcement Act, i soggetti ammessi nel programma di clemenza sono esentati dalla regola del *treble damages* e dalla responsabilità solidale con gli altri membri del cartello. Insieme a questo programma che copre la responsabilità aziendale (*Corporate leniency policy*), a partire dal 1994 un nuovo programma è stato introdotto per gli amministratori e i dirigenti (*Individual leniency policy*), i quali possono ottenere un'immunità personale. Il sistema statunitense prevede anche un programma speciale, il cosiddetto *Amnesty plus*, per cui la società che non è riuscita a denunciare il cartello per primo può comunque godere di notevoli benefici se procede alla denuncia di un diverso accordo. Taluni commentatori hanno valutato la possibilità di introdurre tale ultimo programma anche nel diritto della concorrenza in Europa. *In puncto*, cfr. cfr. D. McELWEE, *Should the European Commission adopt "Amnesty plus" in its fight against hardcore cartels?*, 25(9) EUR. COMPETITION L. REV. 558 (2004).

<sup>17</sup> Generalmente la corte distrettuale chiamata a conoscere del caso è quella situata nel distretto in cui l'impresa imputata ha la propria sede o il centro d'affari.



possibilità di avvalersi dei tre gradi di appello e dello strumento della *discovery*<sup>18</sup>) ed il Dipartimento di Giustizia agisce in qualità di pubblico ministero.

La Federal Trade Commission è invece composta da cinque Commissari, con nomina presidenziale, previa approvazione del Senato, i quali restano in carica per sette anni e coordinano tre dipartimenti principali: l'ufficio della concorrenza, l'ufficio protezione dei consumatori e l'ufficio economico. La FTC ha il potere esclusivo di applicare le disposizioni della Sezione 5 del Federal Trade Commission Act e condivide con il Dipartimento di Giustizia l'applicazione delle norme contenute nel Clayton Act. Tuttavia, il riferimento ai "metodi di concorrenza sleale" di cui alla Sezione 5 del Federal Trade Commission Act è stato tradizionalmente interpretato in maniera flessibile ed estensiva<sup>19</sup>, tanto da includere anche violazioni relative a cartelli o a casi di monopolizzazione ed includendo, di fatto, nella sfera d'azione della FTC anche infrazioni alle disposizioni dello Sherman Act. La procedura condotta dalla FTC ha inizio generalmente su istanza di parte e viene seguita da un *complaint counsel* dinnanzi ad un tribunale amministrativo (ALJ), le cui conclusioni sono sottoposte ai cinque Commissari che hanno la possibilità di archiviare il caso ovvero di emettere un ordine di cessazione ed inibizione della condotta. In tale circostanza, si evidenzia che la FTC assume sia le vesti del soggetto accusante che quelle del decisore<sup>20</sup>, in maniera non dissimile dalle autorità garanti della concorrenza europee e della stessa Commissione europea, la quale è

---

<sup>18</sup> La *discovery* consente, in sede di giudizio, l'acquisizione in maniera estensiva e coatta di documenti e materiale probatorio utile al prosieguo del processo. V. FED. R. CIV. P. 26-37.

<sup>19</sup> V. Federal Trade Commission v. R F Keppel & Bros., Inc., 291 U.S. 304, 310-12 (1934).

<sup>20</sup> *In puncto*, cfr. Thomas J. Rosch, Commissioner, Federal Trade Commission, *A Peek Inside: One Commissioner's Perspective on the Commission's Roles as Prosecutor and Judge*, discorso pronunciato in occasione del NERA 2008 Antitrust & Trade Regulation Seminar, Santa Fe, New Mexico, il 3 luglio 2008.

stata spesso criticata per questa stessa combinazione di ruoli giuridici. Le decisioni della FTC, così come quelle della Commissione europea, sono poi soggette allo scrutinio delle autorità giurisdizionali, in quanto la parte soccombente può sempre proporre appello avverso siffatte decisioni dinnanzi alle Corti d'Appello federali.

Come già rilevato, il Dipartimento di Giustizia e la Federal Trade Commission condividono l'applicazione di talune norme antitrust e, allo scopo di evitare conflitti istituzionali e duplicazioni di intervento, le due autorità sono giunte ad elaborare un sistema denominato "*clearance procedure*", il quale prevede la divisione dei casi tra di esse sulla base del livello di esperienza acquisito in specifici settori<sup>21</sup>.

## 2. La definizione dell'infrazione di monopolizzazione nell'ordinamento statunitense.

Azioni unilaterali volte all'acquisizione o al mantenimento di un potere monopolistico sono disciplinate, nell'ordinamento statunitense, dalla Sezione 2 dello Sherman Act. Come si è già avuto modo di evidenziare<sup>22</sup>, imprese in posizione di monopolio sono in grado di ridurre i livelli produttivi e di innalzare i prezzi dei beni o servizi prodotti, con il conseguente ottenimento di sopra-profitti. Sebbene tale rendita si realizzi in tutte le situazioni di monopolio, incluse quelle in cui la posizione dominante sia stata acquisita o mantenuta in

---

<sup>21</sup> V. Memorandum of Agreement Between the Federal Trade Commission and the Antitrust Division of the United States Department of Justice Concerning Clearance Procedures for Investigations, disponibile presso il sito <http://www.ftc.gov/opa/2002/02/clearance/ftcdojagree.pdf>.

<sup>22</sup> V. *supra*, Cap. I, par. 2.

maniera legittima, la Sezione 2 dello Sherman Act non vieta le posizioni di monopolio in quanto tali, ma l'atto stesso di "monopolizzazione"<sup>23</sup>.

Il dettato normativo è stato reinterpretato dalla giurisprudenza della Corte Suprema che ha sancito la necessità della compresenza di due elementi affinché il reato di monopolizzazione possa essere perseguito ai sensi di legge: *a*) il possesso di un potere monopolistico all'interno di un mercato rilevante, e *b*) l'acquisizione o il mantenimento intenzionale di tale potere, che non sia configurabile come crescita o sviluppo derivante dalla produzione di un prodotto superiore, da capacità imprenditoriali eccezionali, o da eventi esterni non controllabili dall'impresa<sup>24</sup>.

### 2.1. Identificazione del mercato rilevante.

Il primo elemento necessario per poter determinare una violazione della Sezione 2 dello Sherman Act risulta essere il possesso di un potere di monopolio all'interno di un mercato rilevante. Prima ancora di poter dimostrare la presenza di tale potere è necessario, tuttavia,

---

<sup>23</sup> La Sezione 2 dello Sherman Act contempla che "[e]very person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony . . .". 15 U.S.C. § 2 (2000).

<sup>24</sup> V. *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-71 (1966). Tale principio è stato ribadito più volte dalla Corte Suprema in casi riguardanti violazioni della § 2 dello Sherman Act. Tra i più recenti, v. *Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004), in cui la Corte ha riaffermato che "[i]t is settled law that [monopolization] offense requires, in addition to the possession of monopoly power in the relevant market, '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'. The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market system". *Ibidem*, pag. 407.

identificare il mercato all'interno del quale la posizione dominante viene esercitata, sia sotto un profilo merceologico che geografico.

Per quanto riguarda il mercato merceologico rilevante, esso è determinato principalmente dalle preferenze dei consumatori e dalla possibilità che prodotti fisicamente diversi possano soddisfare uno stesso bisogno. Su questa linea di pensiero si è posta infatti la Corte Suprema, la quale ha stabilito la regola generale per cui i beni ragionevolmente intercambiabili da parte dei consumatori per gli stessi scopi compongono quella “parte del commercio o commercio” la cui monopolizzazione può costituire un comportamento illegale<sup>25</sup>. Nel caso *E.I. du Pont*, in cui la Corte Suprema ha stabilito questa stessa regola, un'industria produttrice di cellophane è stata accusata di aver monopolizzato il mercato di tale prodotto, avendo già ottenuto il controllo su oltre il 75% del mercato. Tuttavia la du Pont ha sostenuto che il mercato merceologico rilevante fosse quello dei materiali d'imballaggio flessibili, di cui aveva un controllo del 20%. La Corte ha accolto il punto di vista dell'impresa imputata facendo riferimento all'elasticità incrociata della domanda, al rapporto di concorrenza con altri prodotti e all'intercambiabilità funzionale di tali prodotti.

Tuttavia, l'analisi economica impiegata dalla Corte Suprema in tale caso è stata ampiamente criticata, in quanto un elevato livello di elasticità incrociata della domanda<sup>26</sup> tra

---

<sup>25</sup> V. *United States v. E.I. Du Pont De Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 395 (1956).

<sup>26</sup> L'elasticità incrociata della domanda al prezzo rappresenta il rapporto tra la variazione percentuale della quantità domandata di un bene X e una variazione percentuale del prezzo di un altro bene Y. L'elasticità incrociata è data dalla formula:  $\varepsilon_{xy} = \text{Variazione percentuale della quantità domandata del bene X} / \text{Variazione percentuale del prezzo del bene Y}$ . Qualora la variazione percentuale della quantità domandata del bene X sia maggiore della variazione percentuale del prezzo del bene Y, la funzione di domanda del bene X risulta essere elastica rispetto al bene Y, ossia molto sensibile alle variazioni del prezzo del bene Y. Qualora, invece, la

prodotti può indicare l'eventualità che un'impresa in posizione dominante stia già ottenendo il massimo dei profitti di monopolio possibili, spingendo i consumatori ad utilizzare altri prodotti in caso di ulteriori aumenti di prezzo<sup>27</sup>. Nonostante la Corte Suprema abbia continuato a citare il caso *E.I. du Pont* per indicare la regola generale per la definizione del mercato merceologico rilevante, casi più recenti hanno mostrato una tendenza a definire il mercato rilevante in maniera più limitata<sup>28</sup>.

La Corte Suprema ha stabilito inoltre che, in particolari casi, un singolo prodotto o servizio contraddistinto da uno stesso marchio può essere ritenuto un mercato rilevante a se stante. La

---

variazione percentuale della quantità domandata del bene X sia inferiore alla variazione percentuale del prezzo del bene Y, la domanda del bene X è anelastica rispetto al bene Y, ossia non risulta essere sensibile alle variazioni di il prezzo del bene Y. Dalla definizione di elasticità incrociata rispetto al prezzo si può anche concludere che, se l'elasticità incrociata della domanda al prezzo è positiva, i beni X e Y risultano essere beni sostituibili, e, se l'elasticità incrociata della domanda al prezzo è negativa, i beni X e Y risultano essere complementari.

<sup>27</sup> V., ad es., Donald F. Turner, *Antitrust Policy and the Cellophane Case*, 70 HARV. L. REV. 281 (1956); George W. Stocking & Willard F. Mueller, *The Cellophane Case and the New Competition*, 45 AM. ECON. REV. 29 (1955); Henry G. Manne, *The Perplexing Du Pont Case: Additional Confusion in the Law of Mergers*, 106 U. PA. L. REV. 385 (1958).

<sup>28</sup> V. *Int'l Boxing Club v. United States*, 358 U.S. 242, 249-51 (1959), in cui la Corte Suprema ha ritenuto che gli incontri del campionato professionale di pugilato costituissero un mercato distinto dagli incontri professionali di pugilato in generale; *Affiliated Music Enters. v. Sesac, Inc.*, 160 F.Supp. 865, 877 (S.D.N.Y. 1958), *aff'd*, 268 F.2d 13 (2d Cir. 1959), *cert. den.*, 361 U.S. 831, in cui la musica gospel fu ritenuta essere un mercato distinto dalla musica in generale. Non mancano, tuttavia, casi in cui le corti d'appello hanno inteso ampliare il mercato rilevante rispetto a quanto definito dalle corti inferiori. V. *Telex Corp. v. Int'l Bus. Machs. Corp.*, 510 F.2d 894 (10th Cir.), *cert. dismissed*, 423 U.S. 802 (1975), in cui la corte inferiore aveva ritenuto che il mercato includesse esclusivamente dispositivi periferici che fossero compatibili con le uscite dei computer IBM, ma la corte d'appello stabilì che il mercato rilevante comprendesse tutti i dispositivi periferici, siano essi compatibili o meno con i calcolatori IBM.

*single-brand theory* è stata per la prima volta affermata nel caso *Eastman Kodak*<sup>29</sup>, in cui l'impresa imputata, attiva sia nel mercato delle stampanti che delle parti di ricambio e manutenzione di quest'ultime, si rifiutò di fornire direttamente parti di ricambio ai consumatori a meno che essi non usufruissero dei servizi di manutenzione forniti dalla stessa Kodak, cagionando così un forte pregiudizio ai fornitori indipendenti di servizi di manutenzione. La Corte concluse che il mercato rilevante fosse quello relativo ai servizi e alle parti di ricambio per le attrezzature Kodak, poiché, nonostante tale impresa fosse in concorrenza con gli altri produttori di stampanti, coloro che avevano già acquistato un prodotto Kodak erano sostanzialmente vincolati ("*locked in*") al mercato secondario delle parti e servizi specifici per quel prodotto, non potendo essere i ricambi e la manutenzione di altri produttori ragionevolmente intercambiabili<sup>30</sup>.

Tuttavia, taluni commentatori hanno sollevato forti critiche nei confronti della giurisprudenza *Kodak*<sup>31</sup>, e gli stessi giudici, sia della Corte Suprema che delle corti inferiori, hanno cercato di limitare la portata della decisione della Corte Suprema rifiutando l'idea generale di un mercato rilevante formato da un singolo bene o servizio fornito da un unico produttore o fornitore<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc.*, 504 U.S. 451 (1992).

<sup>30</sup> V. *ibidem*, pag. 480.

<sup>31</sup> V. *ex multis* Michael H. Kauffman, *Image Technical Services, Inc. V. Eastman Kodak Co.: Taking One Step Forward and Two Steps Back in Reconciling Intellectual Property Rights and Antitrust Liability*, 34 WAKE FOREST L. REV. 471 (1999); Juan Carlos Csapek, *The Court Went Too Far on Market Power in Aftermarkets: Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 19 IOWA J. CORP. L. 169 (1993); Mark R. Patterson, *Product Definition, Product Information, and Market Power: Kodak in Perspective*, 73 N.C. L. REV. 185 (1994).

<sup>32</sup> V., ad es., *TV Communications Network, Inc., v. Turner Network Television, Inc.*, 964 F.2d 1022 (10th Cir.), *cert. denied*, 113 S. Ct. 601 (1992). È da notare, tuttavia, che è stato stabilito che la presenza di un *single-brand*

Il mercato merceologico rilevante, oltre che dalla sostituibilità dal lato della domanda, può essere anche influenzato dalla possibilità che produttori di altri beni o servizi possano facilmente, e senza eccessivi costi, riconvertire i propri processi produttivi allo scopo di entrare in un mercato diverso. Tale principio è stato riconosciuto per la prima volta dalla Corte Suprema nel caso *Columbia Steel*<sup>33</sup>, in cui si riconobbe che i produttori di placche e forme di acciaio fossero nello stesso mercato rilevante dei produttori di altri laminati in acciaio, poiché quest'ultimi potevano agevolmente riconvertire la produzione ed entrare nel mercato dei primi<sup>34</sup>.

Per quanto riguarda la definizione del mercato merceologico rilevante, le linee guida del Dipartimento di Giustizia statunitense sulle concentrazioni orizzontali<sup>35</sup> definiscono il mercato rilevante facendo riferimento primariamente al lato della domanda, includendo anche le imprese che producono lo stesso bene e quelle che, pur non producendo lo stesso bene o prodotti affini, siano in grado di produrre il bene in questione entro un anno, in risposta ad un significativo aumento dei prezzi, senza ostacoli di natura produttiva, distributiva o legata alle

---

*market* può verificarsi esclusivamente quando ricorre un effetto *lock in* dovuto ad un acquisto precedente. V. *Collins v. Associated Pathologists, Ltd.*, 844 F.2d 473 (7th Cir. 1988).

<sup>33</sup> *United States v. Columbia Steel Co.*, 334 U.S. 495 (1948).

<sup>34</sup> Il principio della sostituibilità dal lato dell'offerta per identificare il mercato merceologico rilevante è stato accettato anche dalle corti inferiori. V. *Blue Cross & Blue Shield United v. Marshfield Clinic*, 65 F.3d 1406, 1409 (7th Cir. 1995) (Posner, C.J.), *cert. denied*, 116 S. Ct. 1288 (1996); *Calnetics Corp. v. Volkswagen of Am., Inc.*, 532 F.2d 674 (9th Cir.) (*per curiam*), *cert. denied*, 429 U.S. 940 (1976); *Rebel Oil Co., Inc. v. Atl. Richfield Co.*, 51 F.3d 1421 (9th Cir.), *cert. denied*, 516 U.S. 987 (1995).

<sup>35</sup> Department of Justice 1992 Horizontal Merger Guidelines, 57 Fed. Reg. 41,552 (1992).

scelte dei consumatori che renderebbero antieconomica l'entrata nel mercato e senza incorrere in significanti *sunk costs* relativi all'entrata e all'uscita dal mercato<sup>36</sup>.

In merito al mercato geografico rilevante, la capacità di un'impresa di vendere al di là del territorio in cui si trova la propria sede principale d'affari indica se un particolare mercato sia locale, regionale, nazionale o internazionale<sup>37</sup> ed un primo indizio per identificare quale sia il mercato rilevante di un particolare prodotto è dato dalle relazioni di prezzo riscontrabili in aree diverse. In linea generale, si può affermare che, quando i prezzi in differenti aree geografiche differiscono tra loro e gli andamenti di prezzo risultano essere relativamente non correlati, i due mercati geografici sono distinti, mentre prezzi ed andamenti correlati in due regioni diverse indicano in maniera presuntiva l'esistenza di un singolo mercato geografico<sup>38</sup>. Tuttavia, tale presunzione si aziona quando la correlazione tra i prezzi non sia il risultato di variazioni di costo delle materie prime utilizzate per la produzione e non sia una manifestazione temporanea, poiché disparità di prezzo provvisorie sono compatibili con la presenza di un singolo mercato<sup>39</sup>.

In aggiunta ai dati relativi ai livelli di prezzo, le corti considerano altri fattori per la determinazione del mercato geografico rilevante, quali ad esempio i costi di trasporto, limitazioni sulla distribuzione, l'utilità e le preferenze dei consumatori, nonché l'ubicazione e

---

<sup>36</sup> V. *ibidem*, § 1.32.

<sup>37</sup> V. *Brown Shoe Co., Inc., v. United States*, 370 U.S. 294, 337 (1962); *Glaberson v. Comcast Corp.*, 2006-2 Trade Cas. (Cch) P75,531 (2006).

<sup>38</sup> V. *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 566-67 (1966).

<sup>39</sup> Per una maggiore analisi v. George J. Stigler & Robert A. Sherwin, *The Extent of the Market*, 28 J.L. & ECON. 555 (1985); Frank J. Kottke, *Simultaneous Price Fluctuations as a Test of the Significance of Product Substitution*, 5 ANTITRUST BULL. 627 (1960); PHILLIP AREEDA & DONALD F. TURNER, ANTITRUST LAW 351-57 (1978).



le strutture degli altri produttori e distributori. In particolare, è stato affermato dalle corti statunitensi che un mercato geografico risulta essere rilevante in relazione a situazioni di monopolio allorquando i succitati fattori dimostrano che i consumatori all'interno di una determinata area geografica non possano realisticamente rivolgersi a venditori esterni qualora si verificino incrementi di prezzo all'interno dell'area definita<sup>40</sup>.

Talvolta, tuttavia, le corti hanno utilizzato un criterio per la determinazione del mercato geografico rilevante, formulato negli anni '70<sup>41</sup>, secondo cui una determinata regione non può essere ritenuta un mercato geografico rilevante se la media dei beni o dei servizi prodotti all'interno dell'area che vengono venduti all'esterno è minore del 10% e la media della produzione realizzata all'esterno dell'area e consumata all'interno di essa è minore della stessa percentuale<sup>42</sup>. Secondo la formulazione comune, uno scambio inferiore del 10% è ritenuto essere indicatore di un mercato geografico "forte", mentre uno scambio maggiore del

---

<sup>40</sup> V., ad es., *T. Harris Young & Assocs., Inc. v. Marquette Elec., Inc.*, 931 F.2d 816 (11th Cir.), *cert. denied*, 502 U.S. 1013 (1991).

<sup>41</sup> V., ad es., *United States v. Country Lake Foods, Inc.*, 754 F. Supp. 669 (D. Minn. 1990); *United States v. Rockford Memorial Corp.*, 717 F. Supp. 1251, 1266-75 (N.D. Ill. 1989), *aff'd* 898 F.2d 1278 (7th Cir.), *cert. denied*, 498 U.S. 920 (1990); *In re Hospital Corp. of Am.*, 106 F.T.C. 207, 396-402 (1985).

<sup>42</sup> Tale teoria, sviluppata da Kenneth G. Elzinga, docente di Economia presso la University of Virginia, e Thomas F. Hogarty, membro della Commissione finanza del Senato statunitense, nella sua formulazione originaria prevedeva che una determinata area non potesse essere considerata un mercato geografico rilevante se più del 25% della produzione all'interno dell'area veniva venduta al di fuori della stessa o se i compratori all'interno dell'area consumavano più del 25% dei beni o servizi provenienti da produttori posti all'esterno dell'area. V. Kenneth G. Elzinga & Thomas F. Hogarty, *The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits*, 18 ANTITRUST BULL. 45 (1973). La formulazione attuale dell'*Elzinga-Hogarty test* è stata elaborata cinque anni più tardi. V. Kenneth G. Elzinga & Thomas F. Hogarty, *The Problem of Geographic Market Delineation Revisited: The Case of Coal*, 23 ANTITRUST BULL. 1 (1978).

10%, ma inferiore al 25%, denota un mercato “debole”<sup>43</sup>. Tale teoria, tuttavia, è stata soggetta a forti critiche in quanto essa considera esclusivamente informazioni storiche, non prende in considerazione eventuali reazioni dei consumatori o dei venditori ad aumenti futuri di prezzo ed, infine, non prende atto della circostanza che l’esercizio di un potere di mercato possa essere già in esecuzione<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Nel caso *Surgical Care Ctr. v. Hosp. Service Dist.* No. 1, 2001-1 Trade Cas. (CCH) P73,215 (E.D. La. Jan. 3, 2001), *aff’d*, 309 F.3d 836 (5th Cir. 2002) la corte distrettuale per il distretto orientale della Louisiana ha adottato la versione “forte” dell’*Elzinga-Hogarty test* sostenendo che esso aveva trovato il supporto della dottrina economica, delle agenzie governative e della giurisprudenza. V. *ibidem* pag. 21. Per la giurisprudenza v. *California v. Sutter Health System*, 84 F. Supp. 2d 1057, 1072 (N.D.Cal. 2000), *aff’d*, 217 F.3d 846 (9th Cir. 2000); *FTC v. Tenet Health Care Corp.*, 186 F.3d 1045 (8th Cir. 1045); *Minnesota Ass’n of Nurse Anesthetists v. Unity Hospital*, 5 F. Supp. 2d 694 (D.Minn. 1998), *aff’d*, 208 F.3d 655 (8th Cir. 2000). Per la dottrina v., *ex multis*, Gregory J. Werden, *The Limited Relevance of Patient Migration Data in Market Delineation for Hospital Merger Cases*, 8 J. HEALTH ECON. 363, 365 (1989). Per quanto riguarda, invece, la preferenza espressa dalle agenzie governative per la versione “forte” dell’*Elzinga-Hogarty test*, si veda la deposizione del Dr. William J. Lynk, esperto di parte in materia antitrust nel caso *Surgical Care*, in cui si dichiara che “Dr. Lynk testified that the FTC has found no empirical study to support a preference of 75% or 90%. (Lynk TR. 89-90). However, Dr. Lynk noted in his report that: A Justice Department official, discussing the use of the Elzinga-Hogarty test in merger applications, notes on this issue that ‘The 90 percent figure probably has been used by others much more than the 75 percent figure, and Morrissey, Sloan and Valnova (1988) . . . appear to prefer it’”. V. anche M. A. Morrissey, F. A. Sloan & J. Valnova, *Defining Geographic Markets for Hospital Care*, 51 L. CONTEMP. PROBS. 165 (1988).

<sup>44</sup> Le critiche maggiori sono provenute da economisti del settore sanitario. V., *ex multis*, Cory S. Capps, David Dranove, Shane Greenstein & Mark Satterthwaite, *The Silent Majority Fallacy of the Elzinga-Hogarty Criteria: A Critique and new Approach to Analyzing Hospital Mergers*, Nat’l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 8216 (2001), disponibile presso il sito <http://www.nber.org/papers/w8216>; H. E. Frech III, James Langenfeld & R. Forrest McCluer, *Elzinga-Hogarty Tests and Alternative Approaches for Market Share Calculations in Hospital Markets*, 71 ANTITRUST L.J. 921 (2004); Kenneth L. Danger & H. E. Frech III, *Critical Thinking About “Critical Loss” in Antitrust*, 46 ANTITRUST BULL. 339 (2001); James Langenfeld & Wenqing Li, *Critical Loss in Evaluating Mergers*, 46 ANTITRUST BULL. 299 (2001); Gregory J. Werden, *The Limited Relevance of Patient Migration Data in Market Delineation for Hospital Merger Cases*, 8 J. HEALTH ECON. 363, 365 (1989); Gregory S. Vistnes, *Defining Geographic Markets for Hospital Mergers*, 13 ANTITRUST 28, 28 (1999).

Le linee guida del governo sulle concentrazioni orizzontali riconoscono che i mercati geografici possono essere di diverse dimensioni e che un'impresa possa vendere ed effettuare forniture da diversi mercati geografici. La definizione di questi ultimi si basa su un test per il quale un ipotetico monopolista, che sia l'unico presente o l'esclusivo futuro produttore di un determinato bene, possa con profitto imporre un piccolo ma significativo e non transitorio incremento nel prezzo (c.d. "SSNIP test", che prevede convenzionalmente un aumento del 5% per un anno), con l'ipotesi di mantenere costanti i termini di vendita per tutti i prodotti fabbricati altrove. Nel caso in cui una simile situazione si verifichi, la regione presa in considerazione si configura come un unico mercato geografico rilevante. Qualora, invece, l'ipotizzato incremento dei prezzi generasse una perdita di vendite tale da rendere non più profittevole l'innalzamento, il test viene ripetuto su altre zone che possano rappresentare un mercato geografico sostitutivo, finché non venga accertata un'area in cui l'ipotetico monopolista possa vantaggiosamente sostenere detta operazione di aumento dei livelli dei prezzi.

Allo scopo di determinare la portata del cambiamento delle preferenze dei consumatori in risposta all'ipotizzato incremento dei prezzi, le linee guida recano una lista di fattori diversi, tra i quali figurano: la constatazione che gli acquirenti hanno, o hanno considerato, di spostare gli acquisti tra diverse aree geografiche in risposta ai cambiamenti relativi nel prezzo o in altre variabili concorrenziali; la constatazione che i venditori basano le proprie decisioni commerciali su una prospettiva di sostituzione degli acquirenti tra aree geografiche diverse in risposta ai cambiamenti relativi nel prezzo o in altre variabili concorrenziali; l'influenza della

concorrenza a valle affrontata dagli acquirenti nei loro mercati di uscita; i tempi e costi risultanti dal cambiamento dei fornitori<sup>45</sup>.

È da rilevare che, nell'ambito delle linee guida del Dipartimento di Giustizia e della Federal Trade Commission, lo SSNIP test viene impiegato anche per l'identificazione del mercato merceologico rilevante, utilizzando i succitati fattori utilizzati per verificare il possibile comportamento dei consumatori<sup>46</sup>.

## *2.2. Accertamento delle condizioni di monopolio.*

Come sottolineato, l'accertamento della presenza di un potere di mercato è cruciale nell'analisi antitrust poiché tale elemento risulta fondamentale sia nel giudicare la legittimità delle presunte pratiche commerciali anticoncorrenziali ai sensi dello Sherman Act, sia nel valutare la liceità delle fusioni<sup>47</sup>. In mancanza di qualsiasi tipo di potere di mercato, infatti, viene a mancare un requisito essenziale per l'applicazione delle norme antitrust che disciplinano le fattispecie di monopolio e l'impresa non è tenuta di conseguenza a giustificare eventuali pratiche ritenute lesive della concorrenza<sup>48</sup>. Similmente, come più volte rilevato, il mero possesso di un potere di mercato non assoggetta l'impresa a responsabilità di natura antitrust, a meno che tale posizione non sia stata acquisita o mantenuta tramite comportamenti scorretti.

---

<sup>45</sup> V. 1992 Horizontal Merger Guidelines, 57 Fed. Reg. 41,552, § 1.2.

<sup>46</sup> V. *Ibidem*, § 1.1.

<sup>47</sup> V. EARL W. KINTNER, FEDERAL ANTITRUST LAW § 9.1 (Anderson Publishing 1980).

<sup>48</sup> V. Ball Memorial Hosp., Inc. v. Mutual Hosp. Ins., Inc., 784 F.2d 1325, 1334-35 (7th Cir. 1986).

La dottrina giuridica ha tradizionalmente definito il potere di mercato come la capacità di un'impresa di aumentare i prezzi al di sopra del livello concorrenziale, senza che tale operazione comporti la perdita di un numero di vendite tale da rendere l'incremento del livello dei prezzi non più profittevole<sup>49</sup>. Tale definizione è stata sostanzialmente accolta dalla Corte Suprema, la quale ha riconosciuto che, sotto un profilo economico<sup>50</sup>, un potere di

---

<sup>49</sup> V. William M. Landes & Richard A. Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, 94 HARV. L. REV. 937, 937 (1981), in cui si sottolinea che “[t]he term ‘market power’ refers to the ability of a firm (or a group of firms, acting jointly) to raise price above the competitive level without losing so many sales so rapidly that the price increase is unprofitable and must be rescinded”. V. anche PHILLIP E. AREEDA & DONALD TURNER, *ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION* ¶ 501 (Aspen 1978); Frank H. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, 63 TEX. L. REV. 1, 20 (1984).

<sup>50</sup> Il potere di mercato è definito dalla letteratura economica come la possibilità di imporre prezzi al di sopra del costo marginale che, in condizioni di concorrenza perfetta, equivale al prezzo di vendita. Tale definizione di potere di mercato è stata formalizzata tramite l’“indice di Lerner”, il quale misura la deviazione proporzionale del prezzo di vendita esistente al livello di produzione che massimizza il profitto dal costo marginale relativo a quello stesso livello di produzione, ed indica l’ampiezza relativa dei sovrapprezzi monopolistici. In termini matematici, l’indice di Lerner è espresso dalla seguente equazione  $L = \frac{P - CM}{P}$ , in cui  $P$  e  $CM$  sono rispettivamente il prezzo ed il costo marginale dell’impresa al livello di produzione che massimizza il profitto. La stessa equazione può anche essere espressa nei seguenti termini  $L = \frac{1}{\varepsilon^d}$ , in cui  $\varepsilon^d$  rappresenta l’elasticità della domanda al prezzo, la quale indica la sensibilità della domanda, e quindi della quantità di prodotto richiesto, ai cambiamenti di prezzo. Pertanto, l’indice di Lerner descrive come il potere di mercato sia principalmente una funzione inversa dell’elasticità della curva di domanda che la specifica impresa affronta. In particolare, in una situazione di concorrenza perfetta, la curva di domanda che una determinata impresa affronta è infinitamente elastica ( $\varepsilon^d = \infty$ ), e pertanto una tale impresa non avrebbe alcun potere di mercato in quanto i prezzi ai quali essa vende i propri prodotti sono eterodiretti dalle condizioni di mercato, le quali sono totalmente al di fuori del controllo della specifica impresa. In tali circostanze, un eventuale aumento di prezzo condurrebbe ad una perdita di vendite poiché i clienti riverserebbero i propri acquisti verso le imprese concorrenti che impongono un prezzo inferiore. Qualora invece l’elasticità della curva di domanda non è infinita, l’impresa può alzare i propri prezzi perdendo una quantità di clientela sempre inferiore quanto più diminuisce il livello dell’elasticità. Nel caso estremo di domanda inelastica ( $\varepsilon^d = 0$ ), l’impresa gode di un potere di mercato virtualmente infinito. Per una maggiore analisi sul ruolo del potere di mercato nell’ambito dell’analisi antitrust

mercato esiste ogni qual volta i prezzi possano essere imposti al di sopra del livello che sarebbe stato applicato in un mercato concorrenziale<sup>51</sup>.

La nozione di potere monopolistico, invece, viene collegata dalla dottrina ad una situazione caratterizzata da un elevato grado di potere di mercato<sup>52</sup>. In base a tale formulazione, un'impresa con potere di monopolio risulta avere una maggiore capacità di controllo dei prezzi rispetto ad una società dotata di semplice potere di mercato. Le corti statunitensi, tuttavia, non hanno definito in maniera esplicita il potere di monopolio in termini di potere di mercato<sup>53</sup>, poiché esse hanno tradizionalmente qualificato il potere monopolistico come “il

---

v., *ex multis*, William M. Landes & Richard A. Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, cit., 94 HARV. L. REV. 937, 939-43 (1981); Douglas E. Wentz, *Monopoly Power in Completed and Attempted Monopolization Litigation: The Convergence of Law and Economics*, 90 DICK. L. REV. 261 (1985); Richard G. Price, *Market Power and Monopoly Power in Antitrust Analysis*, 75 CORNELL L. REV. 190 (1989); Mark R. Patterson, *The Market Power Requirement in Antitrust Rule of Reason Cases: A Rhetorical History*, 37 SAN DIEGO L. REV. 1 (2000); Ariel Katz, *Making Sense of Nonsense: Intellectual Property, Antitrust, and Market Power*, 49 ARIZ. L. REV. 837 (2007).

<sup>51</sup> V. *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 27 n. 46 (1984). Talune corti inferiori hanno impiegato la medesima definizione utilizzata dalla Corte Suprema nel caso *Jefferson Parish*. V. *Spirit Airlines, Inc. v. Northwest Airlines, Inc.*, 431 F. 3d 917, 935 (6th Cir. 2005); *Ky. Speedway, LLC v. NASCAR*, 410 F. Supp. 2d 592, 596 (E.D. Ky. 2006); *Gordon v. Lewistown Hosp.*, 272 F. Supp. 2d 393, 419 (M.D. Pa. 2003); *Town Sound & Custom Tops, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, 743 F. Supp. 353, 358 (E.D. Pa. 1990), *aff'd*, 959 F.2d 468 (3d Cir. 1992). Numerose corti inferiori hanno, invece, di fatto adottato la definizione resa dalla Corte Suprema. V. *Consul, Ltd. v. Transco Energy Co.*, 805 F.2d 490, 495 (4th Cir. 1986), *cert. denied*, 481 U.S. 1050 (1987); *Morrison v. Murray Biscuit Co.*, 797 F.2d 1430, 1435 (7th Cir. 1986); *Valley Liquors, Inc. v. Renfield Importers, Ltd.*, 678 F.2d 742, 745 (7th Cir. 1982), *cert. denied*, 484 U.S. 977 (1987); *Marathon Oil Co. v. Mobil Corp.*, 669 F.2d 378, 380 (6th Cir. 1981).

<sup>52</sup> Cfr. William M. Landes & Richard A. Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, cit., pag. 937; PHILLIP E. AREEDA & DONALD TURNER, *ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION*, cit., pagg. 800-802.

<sup>53</sup> Tale posizione si differenzia dunque dalla dottrina economica che, tradizionalmente, definisce gli stati di monopolio, di concorrenza perfetta e le situazioni intermedie tra questi due estremi in termini di potere di

potere di controllare i prezzi o escludere la concorrenza”<sup>54</sup>. Benché sia stato implicitamente riconosciuto che il potere di monopolio comporta un livello di controllo maggiore rispetto al

---

mercato. In particolare, in condizioni di concorrenza perfetta, i partecipanti al mercato (singoli acquirenti e venditori) non sono in grado di incidere sul prezzo attraverso la quantità da essi consumata o prodotta, e le imprese, data la totale assenza di potere di mercato, sono *price taker*, ossia costrette ad accettare il prezzo stabilito dal mercato stesso. Cfr. ROBERT S. PINDYCK & DANIEL L. RUBINFELD, *MICROECONOMICS 327* (5th ed. 2001), (“In a perfectly competitive market, the large number of sellers and buyers of a good ensures that no single seller or buyer can affect its price. The market forces of supply and demand determine price”); EDWIN MANSFIELD & GARY YOHE, *MICROECONOMICS: THEORY/APPLICATIONS 356-57* (11th ed. 2004) (“The firm in a perfectly competitive market has so many rivals that competition becomes impersonal in the extreme . . . . A competitive firm faces so little of the market demand that its effective demand curve is horizontal at whatever price the market will bear. A competitive firm can decide only the output that it would like to supply to the market given that price”). Nell’altro opposto si ritrovano, invece, le situazioni di monopolio, caratterizzate dalla presenza di un’impresa con potere di mercato. In tali condizioni, l’unico venditore è detto essere *price maker*, in quanto è in grado di determinare il prezzo a cui può vendere il prodotto variando i volumi di produzione. Cfr. STEVEN E. LANDSBURG, *PRICE THEORY & APPLICATIONS 329* (6th ed. 2005); ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *MARKET POWER HANDBOOK 2* (2005). Come rilevato, tra questi due estremi vi sono situazioni di mercato intermedie caratterizzate da una diversa intensità di potere di mercato goduto dalle imprese. Nel caso dell’oligopolio, la struttura di mercato è caratterizzata da un piccolo numero di imprese, le quali agiscono in maniera strettamente interdipendente. La letteratura economica sostiene che gli oligopolisti possiedono un certo grado di potere di mercato e che esiste una certa correlazione tra il numero di imprese in un settore e la quantità di potere di mercato di ciascuna impresa. Cfr. Joseph F. Brodley, *Oligopoly Power Under the Sherman and Clayton Acts: From Economic Theory to Legal Policy*, 19 *STAN. L. REV.* 285, 289 (1967); PAUL WONNACOTT & RON WONNACOTT, *ECONOMICS 480* (McGraw-Hill 1979). Un’ulteriore situazione di mercato intermedia è data dalla concorrenza monopolistica, in cui i venditori sono *price maker* anche se esiste un elevato numero di concorrenti. In tale caso, la possibilità di determinare il prezzo, e dunque di godere di un certo livello di potere di mercato, è dovuta al fatto che i beni prodotti dalle diverse imprese non sono perfetti sostituti. Cfr. MICHAEL L. KATZ & HARVEY S. ROSEN, *MICROECONOMIA 548* (McGraw-Hill 1996).

<sup>54</sup> V. *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 391 (1956); *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 596 n.20 (1985); *Williamsburg Wax Museum v. Historic Figures, Inc.*, 810 F.2d 243, 252 (D.C. Cir. 1987); *Supermarket of Homes, Inc. v. San Fernando Valley Bd. of Realtors*, 786 F.2d 1400, 1404 (9th Cir. 1986); *Broadway Delivery Corp. v. United Parcel Service of Am., Inc.*, 651 F.2d 122, 126-27 (2d Cir.), *cert. denied*, 454 U.S. 968 (1981).

mero potere di mercato<sup>55</sup>, il rapporto tra la definizione elaborata dalla giurisprudenza e la nozione sviluppata dalla dottrina giuridica ed economica non è stata fino ad ora oggetto di approfondita analisi da parte dei giudici<sup>56</sup>.

Il potere di monopolio assume una connotazione rilevante nei casi relativi a quelle fattispecie che rientrano nel divieto stabilito dalla Sezione 2 dello Sherman Act: infatti, come accennato inizialmente, la formulazione data dalla Corte Suprema del reato di monopolizzazione implica un duplice presupposto, ossia l'impresa deve possedere un potere

---

<sup>55</sup> V. *E.I. du Pont*, 351 U.S. 377, 393 (1956), in cui la Corte Suprema ha sottolineato che “in [the production of] every nonstandardized commodity . . . each manufacturer ha[s] power over price . . . . However, this power . . . is not the power that makes an illegal monopoly”. Tuttavia, le corti minori hanno talvolta disatteso tale formulazione sostenendo una sostanziale identità tra “market power” e “monopoly power”. V. *International Distribution Centers, Inc. v. Welsh Trucking Co., Inc.*, 812 F.2d 786, 791 n.3 (2d Cir.), *cert. denied*, 482 U.S. 915 (1987).

<sup>56</sup> Gli economisti Landes e Posner hanno tuttavia sostenuto che, nonostante le corti statunitensi non abbiano mai fatto esplicito riferimento alla dottrina economica e alle formule adottate da quest'ultima, l'approccio giurisprudenziale alle questioni relative al potere di mercato e di monopolio affermatosi nei casi di maggiore interesse risulta essere coerente con le teorie economiche. Nell'analizzare la stessa definizione data dalla Corte Suprema, i due autori hanno evidenziato come la prima parte della stessa (il potere di controllare i prezzi) sia perfettamente congruente con l'analisi economica. Per quanto riguarda la seconda componente della definizione (il potere di escludere la concorrenza), si è sostenuto che la Corte abbia fatto riferimento alla “corollarica” conseguenza che qualsiasi impresa che abbia il potere di innalzare i prezzi ad un livello superiore a quello concorrenziale debba essere in grado di escludere i concorrenti, altrimenti non potrebbe mantenere nel tempo il sovrapprezzo imposto. Secondo una seconda ipotesi, invece, la Corte può aver voluto sottolineare la possibilità che una società con potere di mercato potrebbe, riducendo il suo prezzo al livello concorrenziale, escludere quelle imprese che sopportano costi di produzione superiori al prezzo di concorrenza. Infine, la Corte, sempre secondo gli autori statunitensi, potrebbe aver inteso includere nella definizione di potere di mercato anche una componente comportamentale relativa alla possibilità che le imprese in questione possano intraprendere pratiche di prezzi predatori, o altre pratiche di esclusione, allo scopo di eliminare la concorrenza di rivali commerciali dotati di maggiore o uguale efficienza economica. V. William M. Landes & Richard A. Posner, *Market Power in Antitrust Cases*, cit., 94 HARV. L. REV. 937, 976-82 (1981).



monopolistico nel mercato rilevante e deve aver volontariamente acquisito o mantenuto tale potere.

Per quanto riguarda, invece il tentativo di monopolizzazione (la seconda ipotesi di reato disciplinata dalla Sezione 2) la Corte Suprema non ha dato elementi certi per definire le caratteristiche necessarie per accertare l'illegalità di tali fattispecie<sup>57</sup>, mentre le corti inferiori hanno tipicamente richiesto la compresenza di tre requisiti in capo alla società posta sotto indagine: l'intento specifico di acquisire un potere di monopolio, un comportamento anticoncorrenziale e una "pericolosa probabilità" che l'impresa possa effettivamente acquisire un potere di monopolio<sup>58</sup>, sulla base del possesso di un potere di mercato. Sebbene le corti statunitensi non abbiano adottato uno standard uniforme per determinare il grado di potere di

---

<sup>57</sup> La quasi totalità dei casi di tentata monopolizzazione del mercato che sono giunti dinanzi alla Corte Suprema erano relativi a fattispecie che includevano anche ipotesi di completa monopolizzazione, cospirazione tra imprese volta all'acquisizione di una posizione di monopolio o cospirazione tra imprese volta al restringimento del commercio. Pertanto, le accuse di tentata monopolizzazione sono state trattate solo in via incidentale. Cfr. S. CHESTERFIELD OPPENHEIM, GLEN E. WESTON & J. THOMAS MCCARTHY, *FEDERAL ANTITRUST LAWS: CASES, TEXT, AND COMMENTARY* 386 (4th ed., West 1981); Douglas E. Wentz, *Monopoly Power in Completed and Attempted Monopolization Litigation: The Convergence of Law and Economics*, 90 DICK. L. REV. 261, 278-79 (1985).

<sup>58</sup> V. E. SULLIVAN & H. HOVENKAMP, *ANTITRUST LAW, POLICY, AND PROCEDURE: CASES, MATERIALS, PROBLEMS* 497 (Michie Co. 1984). I requisiti richiesti allo scopo di determinare il reato di tentata monopolizzazione sono stati per la prima volta positivamente nel caso *Swift & Co. v. United States*, 196 U.S. 375 (1905), nel quale la Corte Suprema stabilì che "in attempts to monopolize . . . [i]ntent . . . is essential . . . . Where acts are not sufficient in themselves to produce a result which the law seeks to prevent - for instance, the monopoly - but require further acts in addition to the mere forces of nature to bring that result to pass, an intent to bring it to pass is necessary in order to produce a dangerous probability that it will happen. But when that intent and the consequent dangerous probability exist, [the Sherman Act] directs itself against that dangerous probability as well as against the completed result". *Ibidem*, pag. 396. La formulazione adottata dalla Corte Suprema nel caso *Swift & Co.* è stata fatta propria dalle corti statali, nonostante vi siano state delle eccezioni. V. *Lessig v. Tidewater Oil Co.*, 327 F.2d 459 (9th Cir.), *cert. denied*, 377 U.S. 993 (1964).

mercato necessario per comprovare un tentativo di monopolizzazione, un punto fermo risulta essere dato dal fatto che l'impresa posta sotto indagine non debba necessariamente possedere un elevato livello di potere di mercato, come quello richiesto per il reato di completa monopolizzazione; piuttosto, il potere di mercato della convenuta necessita solo di essere abbastanza elevato da creare una "pericolosa probabilità" di acquisire un potere di monopolio<sup>59</sup>.

Per quanto riguarda, nello specifico, la questione dell'accertamento della presenza di un potere monopolistico, il metodo tipicamente impiegato consiste nell'esaminare le quote detenute dall'impresa convenuta nel mercato rilevante. Il più significativo esempio di utilizzo delle quote di mercato per verificare l'esistenza di un potere di monopolio è dato dal caso *Alcoa*<sup>60</sup>, nel quale il giudice Hand ha sottolineato come una quota di mercato superiore al 90 per cento sia sufficiente per stabilire la presenza di un monopolio<sup>61</sup>; da questo caso in poi, le corti statunitensi hanno ampiamente utilizzato le quote di mercato per determinare se un'impresa fosse dotata di un potere monopolistico<sup>62</sup>. È da sottolineare, tuttavia, che tale strumento investigativo è stato impiegato dalle varie corti in maniera non uniforme, poiché

---

<sup>59</sup> A tal riguardo, è stato evidenziato da taluni commentatori che non è necessario provare l'esistenza di un potere di monopolio allo scopo di attestare la sussistenza di un'ipotesi di tentata monopolizzazione, nonostante vi sia una certa incertezza in merito al livello di potere di mercato necessario. V. EARL W. KINTNER, *FEDERAL ANTITRUST LAW*, cit., § 13.4. Similmente, le quote di mercato (utilizzate come indicatore di potere di mercato) necessarie per identificare una "pericolosa probabilità" di monopolizzazione sono inferiori rispetto a quanto occorrente per determinare un'ipotesi di piena monopolizzazione. V. Douglas E. Wentz, *Monopoly Power in Completed and Attempted Monopolization Litigation: The Convergence of Law and Economics*, cit., pag. 280.

<sup>60</sup> *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

<sup>61</sup> V. *ibidem*, pagg. 424-27.

<sup>62</sup> V. See *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2*, 466 U.S. 2, 26-27 (1984); *Pennsylvania Dental Ass'n v. Medical Serv. Ass'n*, 745 F.2d 248, 261 (3d Cir. 1984), cert. denied, 471 U.S. 1016 (1985).

l'accertamento di una determinata quota di mercato conduce a valutazioni che sono soggette all'interpretazione ed alla discrezione della singola corte giudicante. In linea generale si può affermare, tuttavia, che l'impiego di una quota di mercato relativamente bassa per determinare un potere di monopolio, e più in generale per identificare una violazione alle norme antitrust, dipende largamente dal grado di certezza sulla corretta definizione del mercato rilevante. Alcune corti hanno proteso per una categorizzazione certa delle quote di mercato, stabilendo che quote al di sotto del 50 o 60 per cento precludono in ogni caso l'accertamento di un potere di monopolio<sup>63</sup>, mentre altre hanno rigettato una simile presunzione categorica, ritenendo che le quote di mercato, essendo esclusivamente il punto di partenza per determinare un potere monopolistico, debbano essere interpretate tenendo in considerazione la singola fattispecie in esame<sup>64</sup>.

È da sottolineare che la giurisprudenza statunitense generalmente permette alle imprese con elevate quote di mercato la possibilità di controbattere all'addebito di essere in possesso di un potere monopolistico provando l'assenza o la presenza di scarse barriere all'entrata<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> V. *Dimmitt Agricultural Indus. v. CPC Int'l.*, 679 F.2d 516, 530 (5th Cir. 1982), *cert. denied*, 460 U.S. 1082 (1983); *W. H. Brady Co. v. Lem Prods.*, 659 F. Supp. 1355, 1379 (N.D. Ill. 1987), *Valley Liquors v. Renfield Imp.*, 822 F.2d 656 (7th Cir.), *cert. denied*, 454 U.S. 968 (1981).

<sup>64</sup> V. *Broadway Delivery Corp. v. United Parcel Serv.*, 651 F.2d 122, 127 (2d Cir.), *cert. denied*, 454 U.S. 968 (1981); *Hunt-Wesson Foods, Inc. v. Ragu Foods, Inc.*, 627 F.2d 919, 924-25 (9th Cir. 1980), *cert. denied*, 450 U.S. 921 (1981).

<sup>65</sup> Per barriere all'entrata si intendono, in particolare, quei costi che sono sopportati dalle imprese che intendono penetrare in un determinato mercato, ma che non gravano invece su quelle imprese che già sono operanti nello stesso mercato. V. G. J. STIGLER, *THE ORGANIZATION OF INDUSTRY* 67 (Univ. Chicago Press 1968). Per la giurisprudenza in materia v., *ex multis*, *Matsushita Elec. Indus. Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 591 (1986); *California v. American Stores Co.*, 872 F.2d 837, 842-43 (9th Cir. 1989), *cert. granted*, 110 S. Ct. 275 (1989); *Ball Memorial Hosp., Inc. v. Mutual Hosp. Ins., Inc.*, 784 F.2d 1325, 1335-36 (7th Cir. 1986);

Infatti, qualora l'ingresso di nuove imprese nello specifico mercato sia relativamente semplice, l'aumento dei prezzi di vendita al di sopra dei costi marginali da parte dell'impresa in posizione di monopolio indurrà l'ingresso nel mercato di nuove imprese, attratte dalla possibilità di profitto generata dallo stesso aumento di prezzo originato dalla monopolista<sup>66</sup>. In una simile situazione, l'immediata entrata di nuovi concorrenti condurrà nuovamente i prezzi a livelli competitivi, e pertanto l'impresa monopolista non potrà trarre profitto dall'imposizione di prezzi sovracompetitivi.

Similmente, è generalmente accettato dalla giurisprudenza statunitense che un'impresa che abbia un elevato livello di quote di mercato possa non avere un potere di monopolio a causa delle prospettive future di mercato, che impongono una sicura diminuzione della presenza commerciale dell'impresa in questione<sup>67</sup>.

### 2.3. *Il requisito della condotta.*

Come già indicato, il possesso di un potere monopolistico non rappresenta di per sé un elemento di illiceità ai sensi della Sezione 2 dello Sherman Act, poiché, allo scopo di

---

Southern Pac. Communications Co. v. AT&T, 556 F. Supp. 825, 878-84 (D.D.C. 1982), *aff'd*, 740 F.2d 980 (1984), *cert. denied*, 470 U.S. 1005 (1985). In particolare, nel caso Los Angeles Land Co. v. Brunswick Corp., 6 F.3d 1422, 1428 (9th Cir. 1993), la Corte d'Appello del Nono Circuito, con giurisdizione sugli Stati della costa occidentale, ha stabilito l'assenza di potere di mercato, nonostante la presenza di una quota di mercato pari al 100%, a causa della mancanza, nello specifico fatto di specie, di significanti barriere all'entrata.

<sup>66</sup> Cfr. PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW, Vol. 2A, ¶ 503 (Aspen, 2d ed. 2002).

<sup>67</sup> V. United States v. Gen. Dynamics Corp., 415 U.S. 486 (1974), in cui la Corte Suprema, in un caso relativo ad una presunta violazione della § 7 del Clayton Act, ha stabilito l'assenza di qualsiasi potere monopolistico poiché l'impresa in questione aveva esaurito le proprie riserve di carbone e pertanto non avrebbe potuto continuare a dominare il mercato in futuro.

applicare le leggi antitrust in materia di monopolio, è necessaria la presenza di un requisito di natura comportamentale, consistente nella messa in atto di condotte volte ad ottenere e/o a mantenere una posizione di monopolio. Simili atteggiamenti sono stati denominati in maniera diversa dalle varie corti statunitensi con termini quali “condotta monopolistica”, “condotta anticompetitiva” o “condotta escludoria”. Tuttavia, a prescindere dalla denominazione data, esiste un forte consenso nel definire le condotte in questione come atti che sono ragionevolmente in grado di creare, ampliare o prolungare un potere di monopolio arrecando pregiudizio alle imprese concorrenti e che, nel contempo: *a)* non portano alcun beneficio ai consumatori; o *b)* risultano essere non necessari per il conseguimento di particolari benefici ai consumatori derivanti dall’atto posto in essere; o *c)* producono un pregiudizio sproporzionato rispetto ai benefici risultanti dall’atto in questione<sup>68</sup>.

Nei primi casi in materia antitrust, la Corte Suprema ha identificato il requisito di natura comportamentale facendo esplicito riferimento all’“intento”<sup>69</sup> o ai fini illeciti perseguiti dall’impresa convenuta<sup>70</sup>. La giurisprudenza americana sembra essersi successivamente allontanata dal requisito dell’intento, giungendo a ritenere che quest’ultimo non fosse rilevante nei casi relativi a presunte infrazioni della Sezione 2 dello Sherman Act e relegando la necessità dell’utilizzo dell’intento specifico esclusivamente ai casi di tentata monopolizzazione, come sostenuto dalla Corte Suprema nel caso *Griffith*<sup>71</sup>. In questo stesso caso, tuttavia, il giudice Douglas ha sottolineato che la presenza di un potere di esclusione

---

<sup>68</sup> Cfr. PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW, Vol. 2A, cit., ¶ 420a.

<sup>69</sup> V. *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 75 (1911).

<sup>70</sup> V. *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 182 (1911).

<sup>71</sup> *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100, 105 (1948).

della concorrenza rappresenta di per sé una violazione della Sezione 2 dello Sherman Act, a condizione che essa sia abbinata all'intenzione di esercitare tale potere<sup>72</sup>.

Nel successivo caso *Grinnell*<sup>73</sup>, la Corte ha ribadito la sussistenza della componente intenzionale affermando che l'infrazione di monopolizzazione è costituita da due elementi: *a*) il possesso di un potere monopolistico nel mercato rilevante e *b*) la volontaria acquisizione o mantenimento di tale potere, che non sia configurabile come crescita o sviluppo derivante dalla produzione di un prodotto superiore, da capacità imprenditoriali eccezionali, o da eventi esterni all'impresa<sup>74</sup>. Tale formulazione risulta ad oggi la più comunemente accettata dalla giurisprudenza e dalla dottrina, benché, nel più recente caso *Aspen*<sup>75</sup>, la Corte abbia differenziato il caso di monopolizzazione da quello di tentata monopolizzazione in merito alla componente intenzionale dell'infrazione, evidenziando che nella seconda ipotesi la parte attrice in giudizio deve dimostrare lo specifico intento dell'impresa convenuta di realizzare i propositi illeciti, mentre nei casi di monopolizzazione l'intento risulta essere rilevante solo in relazione alla questione dell'accertamento del carattere esclusorio o anticompetitivo della condotta sotto accusa<sup>76</sup>.

La questione circa l'utilizzo di un test basato sull'intento è stata molto dibattuta nella letteratura sia giuridica che economica. A tal proposito è da rilevare che, a dispetto della consolidata giurisprudenza e nonostante taluni autori si siano mostrati favorevoli all'utilizzo

---

<sup>72</sup> V. *ibidem*, pag. 107.

<sup>73</sup> *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966).

<sup>74</sup> V. *ibidem*, pagg. 570-71.

<sup>75</sup> *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

<sup>76</sup> V. *ibidem*, pag. 602.

di un test fondato sull'intento<sup>77</sup>, non è errato affermare che la dottrina prevalente sostiene una definizione della componente comportamentale dell'infrazione di monopolizzazione incentrata sulla condotta dell'impresa, definendone le caratteristiche che comportano l'illecito, piuttosto che sul requisito dell'intento<sup>78</sup>. Nell'ambito di tale complesso dibattito, particolarmente emblematica risulta essere la posizione di Fisher<sup>79</sup>, il quale, in veste di esperto economico per l'IBM durante il caso *United States v. IBM*<sup>80</sup>, aveva osservato che la questione dell'intento aveva assunto un grado di importanza ingiustificatamente elevato nei contenziosi antitrust, sostenendo che esso dovesse essere ritenuto irrilevante ai sensi della Sezione 2 dello Sherman Act<sup>81</sup>. Tuttavia, durante il caso *Microsoft*<sup>82</sup>, lo stesso Fisher,

---

<sup>77</sup> V. Daniel J. Gifford, *The Role of the Ninth Circuit in the Development of the Law of Attempt to Monopolize*, 61 NOTRE DAME L. REV. 1021, 1021-23 (1986), in cui si sostiene che l'uso di uno standard basato sull'intento risolve ogni ambiguità in merito alla condotta dell'impresa posta in giudizio; Will Wachs, *The Microsoft Antitrust Litigation: In the Name of Competition*, 30 U. TOL. L. REV. 485, 498-99 (1999), in cui l'autore sostiene che la condotta osservata da Microsoft dovrebbe essere giudicata alla luce delle prove inerenti l'intento specifico; Richard Markovits, *Some Preliminary Notes on the Antitrust Laws' Economic Tests of Legality*, 27 STAN. L. REV. 841 (1975), menzionato dalla Corte d'Appello per il Nono Circuito nel caso *William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co.*, 668 F.2d 1014 (9th Cir. 1981), allo scopo di supportare la tesi della corte relativa alla necessità di un'analisi sulle intenzioni dell'impresa.

<sup>78</sup> V., *ex multis*, RICHARD A. POSNER, *ANTITRUST LAW: AN ECONOMIC PERSPECTIVE* 190 (1976); Franklin M. Fisher, *Matsushita: Myth v. Analysis in the Economics of Predation*, 64 CHI. KENT L. REV. 969, 969-70 (1988); David McGowan, *Networks and Intention in Antitrust and Intellectual Property Law*, 24 J. CORP. L. 485, 513 (1999); Michael C. Quinn, *Predatory Pricing Strategies: The Relevance of Intent Under Antitrust, Unfair Competition, and Tort Law*, 64 ST. JOHN'S L. REV. 607 (1990).

<sup>79</sup> Franklin M. Fisher, docente di economia del Massachusetts Institute of Technology, è attualmente il direttore del National Bureau of Economic Research degli Stati Uniti.

<sup>80</sup> *United States v. Int'l Bus. Mach. Corp.*, 477 F. Supp. 698 (S.D.N.Y. 1979).

<sup>81</sup> V. FRANKLIN M. FISHER, JOHN J. MCGOWAN & JOEN E. GREENWOOD, *FOLDED, SPINDLED, AND MUTILATED: ECONOMIC ANALYSIS AND U.S. v. IBM* 272 (MIT Press 1985).

<sup>82</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) (*en banc*).

coinvolto in qualità di esperto economico per il governo, sostenne che i memoranda ed altre comunicazioni interne dei funzionari ed impiegati della Microsoft, che suggerivano l'esistenza di un intento anticoncorrenziale, fornissero la prova che le azioni dell'impresa imputata violassero la normativa antitrust in materia di monopolizzazione<sup>83</sup>.

In tale contesto si pone anche il problema della possibilità di una condotta ambigua da parte dell'impresa, ossia quando un determinato comportamento non risulta essere stato messo in atto allo scopo di realizzare le conseguenze anticoncorrenziali effettivamente causate. Una tale problematica è emersa, in particolare, nel caso *C. R. Bard*<sup>84</sup>, relativo ad un produttore monopolista di pistole per l'asportazione di campioni di tessuto per scopi medici che aveva ridisegnato il proprio dispositivo in modo che esso potesse utilizzare gli aghi monouso prodotti dalla stessa azienda, protetti da brevetto, e non più i vari aghi, sprovvisti di brevetto, prodotti dai concorrenti. In tale caso, la questione che si è posta innanzi alla Corte era innanzitutto quella di verificare quali fossero le reali intenzioni dell'impresa in posizione di monopolio: sia le leggi sulla proprietà intellettuale che quelle poste a tutela della concorrenza permettono alle imprese in posizione di monopolio di innovare il proprio prodotto anche se ciò comporta la modificazione di una delle componenti, rendendo incompatibili i prodotti sviluppati da imprese concorrenti. Tuttavia, secondo il giudice statunitense, non basta verificare se l'innovazione abbia generato effettivamente un prodotto

---

<sup>83</sup> V. Transcript of Trial, Further Direct Examination of Franklin M. Fisher, June 1, 1999 (p.m. session), pagg. 62-67, *United States v. Microsoft Corp.*, 97 F. Supp. 2d 59 (D.D.C. 2000) (Nos. 98-1232, 98-1233), disponibile presso il sito <http://www.justice.gov/atr/cases/f212700/212766.pdf>. Per un'analisi comparata dei due casi svolta dallo stesso Fisher, v. Franklin M. Fisher, *The IBM and Microsoft Cases: What's the Difference?*, 90 AM. ECON. REV. 180 (2000).

<sup>84</sup> *C.R. Bard v. M3 Systems*, 157 F.3d 1340 (Fed. Cir. 1998).



migliore, concludendo in caso contrario che la condotta sia anticoncorrenziale, ma è necessario verificare le reali intenzioni dell'impresa, poiché essa non può essere penalizzata per aver introdotto un'innovazione che non ha determinato i miglioramenti previsti. In effetti, la Corte ha stabilito la colpevolezza dell'impresa in posizione di monopolio sottolineando che l'unico scopo perseguito nel ridisegnare il macchinario fosse quello di rendere le componenti prodotte dai concorrenti non più compatibili con l'apparecchiatura stessa.

Nel caso appena illustrato, così come nel caso *Aspen*<sup>85</sup> e *Microsoft*<sup>86</sup>, i giudici si sono espressi contro l'impresa imputata rimarcando la mancanza di un legittimo fine commerciale, con ciò intendendo che, qualora l'impresa dominante strutturi il proprio prodotto in modo da rendere più difficile la commercializzazione dei prodotti dei concorrenti, e tale azione non risulti essere ragionevolmente necessaria per il miglioramento del prodotto o produca pregiudizi concorrenziali maggiori di quelli ragionevolmente inevitabili, essa sarà ritenuta responsabile di violazione della Sezione 2 dello Sherman Act<sup>87</sup>.

Come rilevato sopra, il primo requisito del reato di monopolizzazione si sostanzia nell'imporre un pregiudizio alle imprese concorrenti, attuali o potenziali, ostacolandone la possibilità di porre in essere una qualsiasi forma di rivalità commerciale. Tuttavia, una tale definizione di condotta esclusiva risulta essere particolarmente ampia tanto da comprendere anche comportamenti tipicamente pro-competitivi, poiché, in ultima analisi, tutte le azioni di natura concorrenziale sono finalizzate all'esclusione delle imprese rivali o dei loro prodotti

---

<sup>85</sup> *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Co.*, 472 U.S. 585 (1985).

<sup>86</sup> *United States v. Microsoft*, 231 F. Supp. 2d 144 (D.D.C. 2002).

<sup>87</sup> V. HERBERT HOVENKAMP, *FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE* 308 (Thomson West 2005).

nel mercato rilevante. Pertanto, esistono taluni comportamenti che, sebbene siano mirati ad eliminare la concorrenza, non sono da annoverare nella nozione di condotta escludoria ai fini dell'applicazione della Sezione 2 dello Sherman Act. In particolare, comportamenti che non risultano essere più restrittivi di quanto sia ragionevolmente necessario per attuare una concorrenza basata sul merito (ad es. prodotto superiore, abbattimento dei costi o, più in generale, migliori capacità imprenditoriali) non dovrebbero comportare problematiche di natura antitrust. Dunque, la nozione di comportamento escludorio deve comprendere atteggiamenti che non solo tendono a compromettere le possibilità o le opportunità commerciali dei concorrenti, ma che altresì non promuovono una concorrenza basata sui meriti imprenditoriali o favoriscono una simile concorrenza in un modo irragionevolmente restrittivo<sup>88</sup>.

In aggiunta, oltre a ledere le imprese rivali, affinché possa essere considerata anticoncorrenziale ai sensi della Sezione 2 dello Sherman Act, una condotta deve arrecare un pregiudizio ai consumatori attraverso, ad esempio, un aumento dei prezzi, una riduzione della

---

<sup>88</sup> V. 3 PHILLIP E. AREEDA & DONALD F. TURNER, *ANTITRUST LAW* 78 (Aspen 1978). Tale argomentazione è stata fatta propria dalla giurisprudenza in *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 602 n.32 (1985), in cui la Corte ha citato gli stessi Areeda e Turner nel sostenere che “[t]he question whether Ski Co.’s conduct may properly be characterized as exclusionary cannot be answered by simply considering its effect . . . it is relevant to consider its impact on consumers and whether it has impaired competition in an unnecessarily restrictive way”. V. anche *Taylor Publ’g Co. v. Josten’s, Inc.*, 216 F.2d 465, 475 (5th Cir. 2000) in cui si sottolinea che “[e]xclusionary’ conduct is conduct, other than competition on the merits or restraints reasonably ‘necessary’ to competition on the merits, that reasonably appear[s] capable of making a significant contribution to creating or maintaining monopoly power”; *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039, 1062 (8th Cir. 2000), in cui la Corte enfatizza che “[a] section 2 defendant’s proffered business justification is the most important factor in determining whether its challenged conduct is not competition on the merits . . . if the conduct ‘has no rational business purpose other than its adverse effects on competitors, an inference that it is exclusionary is supported’”.

produzione o una diminuzione del livello di innovazione. Nonostante siano molti i commentatori che hanno sostenuto la necessità di dimostrare la presenza di un danno attuale o potenziale ai consumatori per poter condannare un determinato comportamento in quanto anticoncorrenziale<sup>89</sup>, parte della letteratura giuridica ha, al contrario, sostenuto la non necessità di una prova relativa ad un simile danno, poiché quest'ultimo può essere desunto dallo stesso pregiudizio verso la concorrenza o il processo concorrenziale<sup>90</sup>.

I sostenitori di quest'ultima tesi affermano che la prova di un danno ai consumatori non è necessaria perché essa è deducibile dal danno arrecato alla concorrenza, la quale, a sua volta, reca diretti benefici ai consumatori. Tuttavia, è da rilevare che una simile argomentazione appare essere valida solo in circostanze limitate, in particolare in quelle fattispecie tradizionalmente valutate secondo una *per se rule*, la cui natura e i cui effetti necessari risultano essere così chiaramente anticoncorrenziali che nessuno studio elaborato del settore è necessario per stabilire la loro illegittimità<sup>91</sup>. Pertanto, in siffatti casi una specifica prova del danno per i consumatori non risulta essere necessaria in quanto il danno può essere presunto nella maggior parte delle situazioni.

Infine, sebbene in casi limitati possa essere preso in considerazione il potenziale danno ai consumatori, la Corte Suprema ha chiarito che preminente importanza deve essere data al

---

<sup>89</sup> V., ad es, Robert D. Joffe, *Antitrust Law and Proof of Consumer Injury*, 75 ST. JOHN'S L. REV. 615 (2001); William H. Rooney, *Consumer Injury in Antitrust Litigation: Necessary, but by What Standard?*, 75 ST. JOHN'S L. REV. 561 (2001).

<sup>90</sup> V., ad es., Stephen D. Houck, *Injury to Competition/Consumers in High Tech Cases*, 75 ST. JOHN'S L. REV. 593, 595 (2001).

<sup>91</sup> V. *Nat'l Soc'y of Prof'l Eng'rs v. United States*, 435 U.S. 679, 692 (1978).

reale pregiudizio sofferto dai consumatori. Nel caso *Brooke Group*<sup>92</sup>, in particolare, in cui la Corte ha stabilito gli elementi per definire la lesione dei consumatori finali in un caso di prezzi predatori, il giudice statunitense ha decretato che non è sufficiente dimostrare che l'impresa imputata abbia eliminato i rivali commerciali praticando prezzi inferiori rispetto a quelli di mercato<sup>93</sup> (la qual cosa può essere descritta come pregiudizio alla concorrenza o al processo concorrenziale), ma è anche necessario dimostrare che essa abbia una ragionevole aspettativa o, ai sensi della Sezione 2 dello Sherman Act, una pericolosa probabilità di recuperare il suo investimento effettuato tramite l'impiego di prezzi sottocosto<sup>94</sup> (sostanzandosi così un pregiudizio diretto per i consumatori in quanto l'impresa praticherà prezzi superiori a quelli di mercato<sup>95</sup>).

Da ultimo, è da sottolineare che in taluni casi è esclusa la necessità di provare un danno diretto ai consumatori, poiché quest'ultima lesione può essere desunta dal pregiudizio nei

---

<sup>92</sup> *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 222 (1993).

<sup>93</sup> *Ibidem*, pag. 222.

<sup>94</sup> *Ibidem*, pag. 224.

<sup>95</sup> *Ibidem*, pagg. 225-26, in cui la Corte, citando il caso *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 590-591 (1986), chiarisce che “[i]f circumstances indicate that below-cost pricing could likely produce its intended effect on the target, there is still the further question whether it would likely injure competition in the relevant market. The plaintiff must demonstrate that there is a likelihood that the predatory scheme alleged would cause a rise in prices above a competitive level that would be sufficient to compensate for the amounts expended on the predation, including the time value of the money invested in it. As we have observed on a prior occasion, ‘in order to recoup their losses, [predators] must obtain enough market power to set higher than competitive prices, and then must sustain those prices long enough to earn in excess profits what they earlier gave up in below-cost prices’”.

confronti delle imprese concorrenti qualora la condotta in questione danneggi le società rivali in assenza di qualsiasi giustificazione commerciale<sup>96</sup>.

### 3. Stato attuale della disciplina a seguito della revoca del *Single-Firm Conduct Report* del 2008.

L'11 maggio 2009, la Divisione Antitrust del Dipartimento di Giustizia ("DOJ") ha formalmente cambiato la sua posizione in merito all'applicazione delle leggi antitrust contro le fattispecie di monopolizzazione. In un discorso del nuovo procuratore generale, Christine A. Varney<sup>97</sup>, è stata annunciata l'abrogazione delle linee guida stilate dalla precedente amministrazione nel settembre del 2008 intitolate "Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act"<sup>98</sup>.

È da rilevare, in via preliminare, che esiste un comune consenso nel considerare che l'applicazione delle norme antitrust negli ultimi due mandati presidenziali sia stata la più

---

<sup>96</sup> V. Jonathan B. Baker, *Promoting Innovation Competition Through the Aspen/Kodak Rule*, 7 GEO. MASON L. REV. 495, 502-03 (1999).

<sup>97</sup> Christine A. Varney, Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, *Vigorous Antitrust Enforcement in This Challenging Era*, Remarks as Prepared for the United States Chamber of Commerce, disponibile presso il sito <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/245777.pdf>; U.S. Dep't of Justice, Antitrust Division, *Justice Department Withdraws Report on Antitrust Monopoly Law: Antitrust Division to Apply More Rigorous Standard With Focus on the Impact of Exclusionary Conduct on Consumers*, disponibile presso il sito [http://www.justice.gov/atr/public/press\\_releases/2009/245710.pdf](http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2009/245710.pdf).

<sup>98</sup> U.S. DEP'T OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION, *COMPETITION AND MONOPOLY: SINGLE-FIRM CONDUCT UNDER SECTION 2 OF THE SHERMAN ACT* (2008), disponibile presso il sito <http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf> [di seguito "linee guida", "Report" o "rapporto del 2008"].

debole degli ultimi cinquant'anni<sup>99</sup>. In tale scenario, ed in un contesto di forte tensione tra la FTC ed il Dipartimento di Giustizia<sup>100</sup>, nonostante i due enti avessero co-sponsorizzato nei due anni precedenti numerose audizioni pubbliche congiunte sul trattamento delle condotte unilaterali ai sensi delle norme antitrust, il Dipartimento di Giustizia ha nel 2008 promulgato unilateralmente le proprie linee guida. Al momento della pubblicazione, la FTC si è immediatamente dissociata dalle linee guida e i quattro commissari della Federal Trade Commission hanno rilasciato dichiarazioni che attaccavano duramente il *Report* asserendo

---

<sup>99</sup> Durante l'amministrazione Clinton, il Dipartimento di Giustizia e la FTC hanno congiuntamente presentato in giudizio in media più di settanta azioni l'anno contro casi di fusione presumibilmente pregiudizievoli degli interessi dei consumatori, mentre durante l'amministrazione Bush tali cifre sono state ridotte della metà. Per quanto riguarda, invece, le fattispecie di monopolizzazione, dal 2001 al 2009 non si sono registrati casi contro imprese dominanti per comportamento anticoncorrenziale proposti dal Dipartimento di Giustizia, il quale ha, al contrario, in più istanze supportato la posizione di imprese dominanti dinnanzi alla Corte Suprema. V., *inter alios*, Barack Obama, President-Elect of the United States, Statement for the American Antitrust Institute (Sept. 27, 2007), disponibile presso il sito [http://www.antitrustinstitute.org/files/aai-%20Presidential%20campaign%20-%20Obama%209-07\\_092720071759.pdf](http://www.antitrustinstitute.org/files/aai-%20Presidential%20campaign%20-%20Obama%209-07_092720071759.pdf). V. anche Hogan & Hartson LLP *Antitrust Enforcement in the Obama Administration*, ANTITRUST UPDATE (15 Dic. 2008), disponibile presso il sito <http://www.hoganlovells.com/files/Publication/431c73ea-d08a-4d81-ab8a-0a4c038a5fc9/Presentation/PublicationAttachment/872cda46-7231-4395-bee9-134d4ceed8b0/AntitrustObamaTransisition.pdf>; Dawn Goulet, *Justice Department's Section 2 Report Sparks a Heated Debate in the Antitrust Community*, 21 LOY. CONSUMER L. REV. 268, 273 (2008), in cui l'autore cita come fonte, a sua volta, l'articolo *Another Thumb on the Scales*, N.Y. Times, Nov. 1, 2008, pag. A22.

<sup>100</sup> Dawn Goulet, *Justice Department's Section 2 Report Sparks a Heated Debate in the Antitrust Community*, *op. ult. cit.*, pag. 273, in cui cita come fonte David Fischer, *FTC Commissioner Claims DOJ Attorneys Chase Him Away with Torches* (1° Feb. 2007), disponibile presso il sito <http://www.antitrustreview.com>.

che esse ponevano gli interessi del potere monopolistico al di sopra degli interessi dei consumatori<sup>101</sup>.

Le linee guida redatte dall'amministrazione Bush adottavano un approccio relativamente moderato nell'individuazione di infrazioni della Sezione 2 dello Sherman Act, e tale orientamento era reso palese, in particolare, da tre caratteristiche principali. Innanzitutto, le linee guida ponevano l'accento sugli effetti negativi che un eccesso di deterrenza arreca sugli elementi che incentivano i processi innovativi in un mercato competitivo e sui vantaggi di efficienza derivanti da un comportamento concorrenziale<sup>102</sup>. In secondo luogo, in assenza di specifici test di condotta per singole fattispecie, le linee guida sostenevano l'uso di un test di "sproporzionalità", per il quale i comportamenti commerciali erano ritenuti essere anticoncorrenziali qualora essi conducessero ad un pregiudizio per la concorrenza che fosse sproporzionato rispetto ai benefici per i consumatori<sup>103</sup>. Infine, le linee guida stabilivano una serie di "zone di sicurezza" alle quali le imprese potevano conformarsi per evitare di essere perseguiti per violazioni alla Sezione 2<sup>104</sup>.

Come anticipato, questa serie di critiche ha portato la nuova amministrazione guidata da Barack Obama ad abrogare le linee guida del 2008 per il tramite del neo-procuratore generale della divisione antitrust del Dipartimento di Giustizia, Christine A. Varney, la quale ha

---

<sup>101</sup> V. Statement of Commissioners Harbour, Leibowitz, and Roesch on the Issuance of the Section 2 Report by the Department of Justice (8 Set. 2008), disponibile presso il sito <http://www.ftc.gov/os/2008/09/080908section2stmt.pdf>.

<sup>102</sup> V. U.S. DEP'T OF JUSTICE, COMPETITION AND MONOPOLY: SINGLE-FIRM CONDUCT UNDER SECTION 2 OF THE SHERMAN ACT 14-15 (2008), cit.

<sup>103</sup> V. *ibidem*, pagg. 45-46.

<sup>104</sup> V. *ibidem*, pagg. 17-18.

dichiarato, in occasione del suo primo discorso, che esse non rappresentavano più la politica del Dipartimento in materia antitrust e che “il *Report* e le sue conclusioni non [dovevano più] essere utilizzate come guida dai tribunali, dagli avvocati e dalla comunità imprenditoriale”<sup>105</sup>.

Nel notare che le linee guida della precedente amministrazione sostenevano un’esitazione estrema nei confronti di potenziali abusi da parte di imprese in posizione di monopolio, il Dipartimento di Giustizia ha esternato l’intenzione di adottare un nuovo approccio<sup>106</sup>. Il procuratore generale ha proposto una strategia fondata e guidata dall’analisi equilibrata della principale giurisprudenza in materia antitrust citando, in particolare, i casi *Lorain*<sup>107</sup>, *Aspen*<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> Il procuratore generale ha sottolineato che il *Report* appena revocato aveva perso di vista la tutela del benessere dei consumatori quale obiettivo finale delle norme antitrust. In particolare, il neo-procuratore ha affermato che la relazione del 2008 sollevava numerosi ostacoli ad un’efficace applicazione delle norme antitrust da parte del governo criticando, nello specifico, due aspetti particolari delle linee guida: *a)* lo scetticismo manifestato dal rapporto riguardo la capacità delle autorità antitrust e dei giudici di distinguere tra atti anticoncorrenziali e condotte legittime, sollevando il relativo timore di un eccesso di deterrenza nei confronti di condotte potenzialmente pro-competitive; e *b)* l’idea che la capacità di un’impresa dominante di agire in maniera efficiente debba essere presa in primaria considerazione nel valutare ogni possibile impatto anticoncorrenziale della sua condotta. In merito a quest’ultimo aspetto, il procuratore generale, pur sottolineando l’importanza di ponderare possibili efficienze economiche nell’analizzare la condotta di un’impresa, ha evidenziato che il rapporto del 2008 aveva enfatizzato in maniera eccessiva l’esigenza di preservare potenziali efficienze, sottostimando, in tal modo, la necessità di sanzionare quei comportamenti esclusori e predatori che si traducono in un pregiudizio per la concorrenza, nella distorsione dei mercati, e nell’aumento delle barriere all’entrata, con la conseguenza che i consumatori risultano lesi da prezzi superiori rispetto ai livelli concorrenziali, nonché da una ridotta varietà di prodotti presenti sul mercato e da una ridimensionata possibilità di innovazione. V. Christine A. Varney, Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, *Vigorous Antitrust Enforcement in This Challenging Era*, Remarks as Prepared for the United States Chamber of Commerce, cit., pagg. 6-8.

<sup>106</sup> V. *ibidem*, pag. 8.

<sup>107</sup> *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143 (1951).

<sup>108</sup> *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).



e *Microsoft*<sup>109</sup> come esempi di casi fondamentali relativi ad infrazioni della Sezione 2 dello Sherman Act che hanno evidenziato gli effetti negativi delle condotte predatorie ed esclusive sulla concorrenza e sui consumatori. Pertanto, viene indicata come guida futura per l'azione del Dipartimento di Giustizia in materia di condotte monopolistiche quella giurisprudenza "istruttiva" che ha stabilito chiare limitazioni sui comportamenti delle imprese in posizione dominante, piuttosto che le conclusioni sviluppate nelle linee guida del 2008. Si tratta, dunque, di una sorta di ritorno alle origini del diritto antitrust che sostiene un approccio più aggressivo nei confronti di presunte violazioni delle norme poste a tutela della concorrenza e, nel contempo, stabilisce una rottura forte con gli orientamenti della precedente amministrazione. Tale nuovo indirizzo si concretizza nell'idea che, pur preservando il diritto delle imprese con potere di mercato a continuare a competere, assume un carattere di preminenza la necessità di impedire atti di esclusione o predatori ingiustificati<sup>110</sup>, osservando i maggiori casi in cui il governo e le parti private hanno sfidato con successo comportamenti esclusori come esempi per stabilire le priorità di attuazione della Sezione 2 dello Sherman Act<sup>111</sup>.

Come rilevato, *Lorain* e *Aspen* congiuntamente fissano principi significativi che potrebbero essere impiegati come linee guida fondamentali da parte della presente amministrazione per l'applicazione della Sezione 2 dello Sherman Act. Tuttavia, è da rilevare

---

<sup>109</sup> United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

<sup>110</sup> V. Christine A. Varney, Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, *Vigorous Antitrust Enforcement in This Challenging Era*, Remarks as Prepared for the United States Chamber of Commerce, cit., pag. 14.

<sup>111</sup> V. *ibidem*, pag. 13.

che la giurisprudenza successiva della Corte Suprema ha comportato una limitazione della portata dei suddetti casi.

Innanzitutto, in *Trinko*<sup>112</sup>, il giudice Scalia ha affermato che il parere pronunciato in *Aspen* si trova al confine estremo della responsabilità per violazione della Sezione 2, sottolineando che quest'ultima norma non concede ai giudici carta bianca nel ritenere che un'impresa in posizione di monopolio altera le proprie modalità commerciali ogni volta che un diverso approccio potrebbe comportare un maggior livello di concorrenza<sup>113</sup>. Nel caso di specie, *Trinko*, una società operante nel settore delle telecomunicazioni, ha sostenuto che Verizon, anch'essa operante nello stesso settore e proprietaria delle infrastrutture tecnologiche, aveva pregiudicato l'ingresso e la possibilità di competere nel mercato telefonico locale delle società rivali attraverso una gestione discriminatoria degli ordini di accesso ai sistemi di supporto<sup>114</sup>. Il giudice Scalia ha distinto questo caso da *Aspen* affermando che il rifiuto di Verizon di effettuare l'interconnessione ad una tariffa base di compensazione risulta essere differente dal rifiuto di *Ski Co.* di vendere sulla base dei prezzi al dettaglio, poiché il rifiuto della società telefonica non rifletteva aspirazioni di monopolio, mentre nel caso *Aspen* le azioni dell'impresa convenuta suggerivano che essa basasse la propria condotta sull'aspettativa di un prezzo al dettaglio di monopolio futuro più elevato<sup>115</sup>. Pertanto, la Corte ha concluso che il caso *Trinko* non rientrasse nei termini della limitata eccezione rappresentata dal caso *Aspen* e

---

<sup>112</sup> Verizon Commc'ns., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P., 540 U.S. 398 (2004).

<sup>113</sup> V. *ibidem*, pagg. 415-16.

<sup>114</sup> V. *ibidem*, pag. 405.

<sup>115</sup> V. *ibidem*, pag. 409.

che, quindi, non vi fosse alcuna violazione delle norme antitrust sulla base dei fatti presentati<sup>116</sup>.

In secondo luogo, in *LinkLine*<sup>117</sup> la Corte Suprema ha ulteriormente limitato la portata di *Aspen* nel contesto di un caso riguardante una società verticalmente integrata in concorrenza con un'impresa non verticalmente integrata<sup>118</sup>. Il giudice Roberts, nelle sue conclusioni, nel rilevare l'assenza di qualsiasi tipo di violazione delle norme antitrust, ha sottolineato che, ai sensi della Sezione 2 dello Sherman Act, quando un'impresa non ha il dovere di stipulare accordi contrattuali nel mercato all'ingrosso, essa non ha neanche alcun obbligo di trattare in base a termini e condizioni contrattuali favorevoli ai suoi concorrenti<sup>119</sup>.

A seguito delle sentenze *Trinko* e *LinkLine*, pertanto, il nuovo procuratore generale si troverebbe di fronte ad una situazione problematica qualora abbia intenzione di impiegare la giurisprudenza affermata nei casi *Lorain* e *Aspen* come principio guida per l'applicazione delle norme antitrust federali. Come rilevato, le pronunce *Trinko* e *LinkLine* limitano direttamente la portata dei due casi precedenti poiché ostano ad un'interpretazione ampia del

---

<sup>116</sup> V. *ibidem*, pagg. 409-10 e pag. 415.

<sup>117</sup> Pac. Bell Tel. Co. v. linkLine Commc'ns., Inc., 129 S.Ct. 1109 (2009).

<sup>118</sup> V. *ibidem*, pagg. 1114-15. Nel caso di specie, l'impresa ricorrente, la LinkLine Communications, risulta essere una concorrente dell'impresa chiamata in giudizio, l'AT&T, nel mercato a dettaglio dei servizi DSL (Digital Subscriber Line, che permettono la trasmissione digitale di dati), ma è obbligata a locare i servizi di trasporto dei dati DSL da AT&T, proprietaria delle infrastrutture tecnologiche. LinkLine ha sostenuto che AT&T, la quale risulta integrata verticalmente (in quanto proprietaria delle infrastrutture di trasporto dei servizi DSL e, nel contempo, operante nella fornitura a dettaglio dei suddetti servizi di comunicazione) e dotata di un certo grado di potere nel mercato all'ingrosso, potesse ridurre i margini di profitto dei concorrenti aumentando il prezzo all'ingrosso dei fattori di produzione venduti alle imprese rivali e riducendo il prezzo al dettaglio del prodotto finito.

<sup>119</sup> V. *ibidem*, pag. 1119.

rifiuto di contrarre ai sensi dello Sherman Act. In *Trinko*, infatti, la Corte ha sostenuto che il rifiuto di contrarre risulta essere in violazione della Sezione 2 solo qualora l'impresa convenuta abbia rifiutato di vendere nel mercato al dettaglio<sup>120</sup>. In *LinkLine*, invece, il giudice ha respinto un ricorso per *price squeeze* ai sensi della Sezione 2 da parte di imprese non verticalmente integrate contro una società integrata verticalmente da cui i primi acquistavano fattori di produzione. Quindi, allo scopo di riuscire a portare in giudizio con successo ricorsi contro imprese in posizione di monopolio, il nuovo procuratore generale è tenuto a dimostrare che i futuri casi promossi non rientrano nei confini di un comportamento legittimo protetto dalla giurisprudenza *Trinko* e *LinkLine*.

In tale contesto, tuttavia, al Dipartimento di Giustizia sembra aperta la possibilità di superare le barriere poste dalle più recenti sentenze della Corte Suprema attraverso un lavoro di distinzione dei casi *Trinko* e *LinkLine*, in modo da catalogare quest'ultimi come fattispecie speciali e non come pronunce che forniscono regole di carattere generale. In particolare, poiché la giurisprudenza della Corte Suprema ha creato una situazione giuridica per cui le norme antitrust devono essere applicate in maniera sussidiaria rispetto alle leggi di natura regolamentare<sup>121</sup>, in quanto quest'ultime si pongono in una relazione di *lex specialis* rispetto alle prime, è possibile differenziare i casi *Trinko* e *LinkLine* sulla base di una distinzione tra settori regolamentati e non regolamentati. La stessa Varney ha sottolineato che queste due sentenze limitano la portata del caso *Aspen* qualora si tratti di specifici settori soggetti ad una

---

<sup>120</sup> Cfr. Chris Bernard, *Shifting and Shrinking Common Ground: Recalibrating the Federal Trade Commission's and Department of Justice's Enforcement Powers of Single-Firm Monopoly Conduct*, 34 DEL. J. CORP. L. 581, 590 (2009).

<sup>121</sup> Stacey L. Dogan & Mark A. Lemley, *Antitrust Law and Regulatory Gaming*, 87 TEX. L. REV. 685, 685-86 (2009).

significativa disciplina speciale<sup>122</sup>. In *Trinko*, infatti, il giudice Scalia ha evidenziato che la struttura e le circostanze del settore sono importanti per qualsiasi analisi antitrust<sup>123</sup>, facendo particolare riferimento alla presenza di una struttura di regolamentazione volta a scoraggiare e porre rimedio ad eventuali danni alla concorrenza. In tali casi, l'applicazione delle regole antitrust sarebbe superflua ed il beneficio derivante da un'ulteriore applicazione delle norme a tutela della concorrenza sarebbe relativo<sup>124</sup>. In *LinkLine*, d'altra parte, nell'opinione concorrente del giudice Breyer, si osserva in maniera specifica che la questione in esame riguardava un'impresa operante in un settore regolamentato e che, allorquando esista già un quadro normativo volto a tutelare la concorrenza, la contemporanea applicazione delle norme antitrust comporta dei costi che sono superiori agli eventuali benefici indotti. Pertanto, le sentenze *Trinko* e *LinkLine* possono essere interpretate come limitative del campo di applicazione della giurisprudenza *Aspen* solo se per il particolare settore in esame esiste una disciplina specifica che affronti questioni di natura concorrenziale, mentre in quei settori in cui il comportamento anticoncorrenziale dei soggetti operanti sul mercato non sia adeguatamente disciplinato da regolamentazioni speciali, le norme antitrust previste dallo Sherman Act risultano essere pienamente applicabili.

Da ultimo, è da sottolineare che sia *Trinko* che *LinkLine* sono casi caratterizzati da situazioni in cui le parti in questione intraprendono una nuova relazione d'affari piuttosto che interrompere un rapporto già in essere. In *Aspen*, la decisione della società Ski Co. di porre

---

<sup>122</sup> V. Christine A. Varney, Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, *Vigorous Antitrust Enforcement in This Challenging Era*, Remarks as Prepared for the United States Chamber of Commerce, cit., pag. 11 (n. 22).

<sup>123</sup> V. *Verizon Commc'ns., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P.*, 540 U.S. 398, 411-12 (2004).

<sup>124</sup> V. *ibidem*, pag. 412.

fine al rapporto di collaborazione con l'impresa concorrente per offrire il biglietto "All-Aspen" è stata interpretata dalla Corte come una scelta di un monopolista finalizzata ad apportare un importante cambiamento nelle caratteristiche del mercato<sup>125</sup>. Il biglietto All-Aspen, infatti, era stato sviluppato da parte delle due imprese nel contesto di un mercato competitivo ed era stato già sperimentato per diversi anni<sup>126</sup>: tale circostanza è stata impiegata dalla Corte contro la constatazione che il comportamento di Ski Co. rappresentasse l'esercizio di un legittimo diritto di rifiuto di trattare con un concorrente<sup>127</sup>. I casi *Trinko* e *LinkLine*, invece, riguardano l'obbligo, da parte di un'impresa già operante nel mercato, di fornire l'accesso ad una specifica infrastruttura a nuovi entranti<sup>128</sup>. Pertanto, anche tale ultima differenziazione tra i due gruppi di casi risulta utile al superamento di quelle barriere poste dalla più recente giurisprudenza della Corte Suprema agli orientamenti proposti da *Lorain* ed *Aspen*, che prospettano una più vigorosa attuazione delle norme antitrust e che la nuova amministrazione ha preso come riferimento per guidare i futuri casi riguardanti presunte violazioni della Sezione 2, pur nel rispetto dello *stare decisis* giurisprudenziale.

---

<sup>125</sup> *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 604 (1985).

<sup>126</sup> V. *ibidem*, pag. 589.

<sup>127</sup> V. *ibidem*, pag. 604.

<sup>128</sup> *Trinko*, infatti, concerne l'obbligo da parte di un operatore di servizi LEC, già operante nel mercato e caratterizzato da una posizione dominante, di condividere la propria rete e singoli elementi di essa con nuove imprese concorrenti entranti nel settore della fornitura di servizi LEC ai sensi del Telecommunications Act del 1996 (47 U.S.C. § 152, Pub. L. No. 104-104, 110 Stat. 143 (1996)). V. *Trinko*, 540 U.S., pag. 402. Allo stesso modo, il caso *LinkLine* concerne l'imposizione, nei confronti di una società operante nel settore delle telecomunicazioni, di vendere servizi di trasmissione ad imprese indipendenti fornitrici di servizi DSL allo scopo di accrescere il livello di concorrenza all'interno del mercato al dettaglio dei servizi di comunicazione "Digital Subscriber Line". V. *LinkLine*, 129 U.S., pag. 1115.

#### 4. Il diritto della concorrenza nell'Unione europea: aspetti introduttivi e profili procedurali.

La Comunità europea, istituita con il Trattato di Roma del 1957, nasce con il primario intento di creare un mercato unico ed un'unione economica e monetaria che potesse dar luogo ad una collaborazione commerciale tra gli Stati europei nel quadro di un più ampio progetto di matrice sovranazionale (nel quale si inseriscono anche la creazione della CECA e dell'EURATOM) volto a creare condizioni di sviluppo economico e sociale ed atto a scongiurare la possibilità di nuovi conflitti armati.

L'intero Trattato di Roma tradisce la centralità del disegno di creazione di un mercato unico modellando le varie politiche poste sotto la sfera di competenza comunitaria<sup>129</sup> a favore dell'attuazione del traguardo dell'integrazione economica. In particolare, l'articolo 3, lett. g), del Trattato<sup>130</sup> (l'originario art. 3, lett. f)) stabilisce l'instaurazione di “un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno” allo scopo di raggiungere i

---

<sup>129</sup> Come in precedenza rilevato, a decorrere dal 1° dicembre 2009, data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione europea si è dotata di personalità giuridica ed ha ripreso le competenze precedentemente conferite alla Comunità europea. Nella presente trattazione, tuttavia (seguendo peraltro l'approccio adottato anche dalla Corte di giustizia e dal Tribunale, v., ad es., [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7033/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033/)), l'aggettivo “comunitario” (così come il termine “Comunità europea”) sarà, qualora ritenuto opportuno, ugualmente utilizzato quando esso sarà riferito a normativa, istituzioni, giurisprudenza, documenti o comunque a situazioni precedenti all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Similmente, nelle stesse circostanze si farà riferimento agli articoli 81 e 82 CE invece che ai vigenti articoli 101 e 102 TFUE.

<sup>130</sup> Tale articolo risulta essere ora abrogato a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e sostituito, nella sostanza, dagli articoli da 3 a 6 del TFUE. In particolare, l'art. 3, par. 1, lett. b), collega direttamente la politica di concorrenza all'obiettivo dell'integrazione dei mercati, in quanto, nello stabilire che l'Unione europea ha competenza esclusiva nella definizione delle regole di concorrenza, definisce queste ultime “necessarie al funzionamento del mercato interno”.

fini ultimi della Comunità contemplati nell'art. 2. Le norme sulla concorrenza rappresentano, in tale contesto, un importante strumento per la realizzazione degli obiettivi enunciati dal Trattato, in quanto esse svolgono la funzione di impedire che l'apertura dei mercati nazionali sia vanificata da comportamenti di imprese private mirati ad isolare e compartimentalizzare le economie degli Stati membri. Pertanto, vengono sanzionate, parimenti a quanto contemplato dall'ordinamento statunitense, sia le azioni coordinate tra due o più imprese che i comportamenti intrapresi da singoli soggetti economici, volti ad imporre condizioni di mercato anticoncorrenziali pregiudizievoli, oltre che del benessere dei consumatori, dell'interesse specifico di giungere ad una completa ed effettiva integrazione dei mercati.

Le due maggiori disposizioni del diritto dell'Unione europea in materia di concorrenza applicabili alle imprese sono contemplate agli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che hanno sostituito i vecchi articoli 81 e 82 del Trattato di Roma. Si rileva, *in puncto*, che nell'ambito del Trattato non vi è una precisa definizione di impresa; tale lacuna non appare peraltro casuale, in quanto il legislatore europeo, partendo dalla constatazione dell'eterogeneità delle forme di partecipazione pubblica all'attività economica<sup>131</sup>, ha preferito non positivizzare una categoria dai confini rigidi evitando così *a priori* di peccare in difetto o in eccesso rispetto alle realtà dei singoli paesi membri. Alla luce dello specifico rilievo che la definizione di impresa assume all'interno del Trattato, la nozione in esame, differentemente dalle definizioni adottate negli ordinamenti interni, non può essere limitata alle sole attività organizzate professionalmente ed aventi

---

<sup>131</sup> Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Mischo del 4 novembre 1986 relative alla causa 118/85, *Commissione c. Repubblica Italiana* (in *Raccolta*, 1987, pag. 2599), par. 4.



finalità lucrativa<sup>132</sup>. Le imprese rilevanti sul piano normativo europeo non sono solo quelle che assumono organizzazione e struttura commerciale, ma tutte quelle che svolgono un'attività economica, per tale intendendosi una qualsiasi attività produttiva di beni o servizi che può essere astrattamente svolta da un soggetto privato dietro corrispettivo<sup>133</sup>. Logica estensione di tale impostazione è il principio per cui anche l'impresa pubblica può essere a pieno titolo considerata "impresa" ai fini del Trattato, ed in particolare soggetta alla disciplina della concorrenza, così come già contemplato *ex professo* all'art. 106 TFUE<sup>134</sup>. In seguito ad una serie di pronunce, la giurisprudenza europea è giunta ad una nozione completa di impresa pubblica, che, in estrema sintesi, può essere definita come qualsiasi entità che, indipendentemente dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento, svolge un'attività economica suscettibile di essere svolta in regime concorrenziale<sup>135</sup>. L'eventuale fine di solidarietà sociale non esclude *ipso facto* la natura imprenditoriale, la quale è certamente esclusa qualora l'attività in questione non consenta, neanche potenzialmente, un

---

<sup>132</sup> Non si può infatti escludere che, ad esempio, una fondazione benefica possa porre in atto comportamenti anticoncorrenziali nell'esercizio delle proprie attività o che un libero professionista, o la sua associazione o categoria, possa ricorrere ad accordi o decisioni aventi la natura di intese vietate.

<sup>133</sup> Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Indagine conoscitiva su Ordini e Collegi professionali*, provv. 2523, del 1 dicembre 1994. Nonostante tale definizione non provenga da ambiti europei, essa può comunque essere considerata valida ai fini della nostra indagine. Cfr. C. DI VIA, *L'impresa*, in *Diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, I, Padova, CEDAM, 1997, pag. 278 e ss.

<sup>134</sup> L'art. 106 TFUE, par. 2, in particolare stabilisce la soggezione delle imprese pubbliche alle norme di concorrenza, a condizione che dette disposizioni non impediscano, di fatto o di diritto, il compimento della missione specifica ad esse affidata.

<sup>135</sup> V. C. giust., sent. 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser c. Macroton GmbH* (in *Raccolta*, 1991, pag. I-1979); C. giust., sent. 11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job Centre Coop.* (in *Raccolta*, 1997, pag. I-7119).

lucro a chi la esercita<sup>136</sup>. Non ricadono invece nella nozione europea di impresa quelle attività che sono tipiche prerogative di pubblici poteri<sup>137</sup>.

L'art. 101 TFUE, ai paragrafi 1 e 2, dichiara incompatibili con il mercato comune e, conseguentemente, vieta gli accordi, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate tra operatori rivali in quanto suscettibili di pregiudicare il commercio fra gli Stati membri e di restringere la concorrenza. Tali atti e comportamenti integranti ipotesi di violazione dei principi antitrust sono sanzionati con la nullità di pieno diritto<sup>138</sup>.

Sotto un profilo definitorio, per “accordi”, ai sensi della disposizione in esame, si intendono quelle intese tra imprese destinate a limitare o eliminare la concorrenza, allo scopo di aumentare i prezzi e i benefici delle imprese partecipanti, senza produrre vantaggi compensativi oggettivi. Nella pratica, questi accordi consistono generalmente nella fissazione dei prezzi, nella limitazione del volume di produzione, nella ripartizione dei mercati o nel porre in atto turbative d'asta. Questi accordi risultano essere pregiudizievoli per i consumatori e per l'intera società, dato che, a seguito della loro conclusione, le imprese sono in grado di

---

<sup>136</sup> V. C. giust., sent. 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Christian Poucet c. Assurances générales de France (AGF) e Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (Camulrac) e Daniel Pistre c. Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans de Clermont-Ferrand (Cancava)* (in *Raccolta*, 1993, pag. I-637); C. giust., sent. 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle-Vie, Union des Assurance Paris-Vie, Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs (Cnavma) c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche* (in *Racc.*, 1995, pag. I-4013).

<sup>137</sup> V. C. giust., sent. 19 gennaio 1994, causa C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne – Eurocontrol* (in *Raccolta*, 1994, pag. I-43).

<sup>138</sup> Destinatari del divieto sono le imprese private aventi sede o comunque operanti in uno Stato membro, nonché le imprese extracomunitarie, ove le intese di cui sono parti producano effetti all'interno del mercato comune.

applicare un livello di prezzi più elevato rispetto a quello che il mercato altrimenti consentirebbe.

Le “pratiche concertate” si pongono ad un livello di formalità inferiore rispetto agli accordi. Si tratta, in sostanza, di una coordinazione tra imprese che tuttavia non dà luogo alla realizzazione di un accordo propriamente detto. Una pratica concertata può consistere in una serie di contatti, diretti o indiretti, tra imprese, aventi come scopo o effetto quello di influenzare il comportamento sul mercato o di divulgare ai concorrenti i propri comportamenti strategici futuri.

Ai sensi dell’art. 101, par. 3, che enuncia le condizioni per cui determinati tipi di accordi possono godere di una deroga al divieto di cui al par. 1, la Commissione o il Consiglio possono adottare Regolamenti di esenzione per categorie ovvero applicare deroghe individuali nei confronti di quelle intese che “contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell’utile che ne deriva”<sup>139</sup>.

Il successivo art. 102 TFUE, invece, *ut amplius infra*, vieta, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra gli Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale

---

<sup>139</sup> Art. 101 TFUE, par. 3, il quale stabilisce altresì che le intese per le quali viene promosso il regime derogatorio devono rispettare ulteriori due requisiti. In particolare, esse non devono: “a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi”.

di questo, ritenendolo in palese contrasto con l'obiettivo di mantenere un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno<sup>140</sup>.

La disciplina della concorrenza applicabile alle imprese, sebbene prevista nel testo del Trattato del 1957, non ha trovato applicazione fino all'emanazione del Regolamento 17/62<sup>141</sup>, il quale ha definito le modalità procedurali di attuazione delle disposizioni di cui agli originari articoli 85 e 86 del Trattato CEE (poi divenuti articoli 81 e 82 del Trattato CE ed, infine, articoli 101 e 102 TFUE). Tale regolamento ha rappresentato, per oltre quarant'anni, lo strumento normativo che ha permesso alla Commissione europea non solo di applicare, ma anche di formare e plasmare il diritto della concorrenza in Europa e di erigere la basi per lo sviluppo di una cultura imprenditoriale fondata su una leale rivalità commerciale. Tuttavia, il Reg. 17/62 non consentiva una tutela effettiva delle regole di concorrenza, poiché la competenza esclusiva della Commissione in merito all'applicazione dell'articolo 81 CE, par. 3 (ora art. 101 TFUE, par. 3), prevista dalla disciplina previgente, oltre a comportare un notevole carico di lavoro per la Commissione, ha rappresentato un ostacolo per un efficace applicazione della disciplina da parte delle autorità nazionali, *a fortiori* considerando che il

---

<sup>140</sup> Accanto a tali due disposizioni principali, vi sono anche altre due importanti norme che ricadono nell'ambito del diritto della concorrenza che partecipano all'obiettivo della creazione e mantenimento del mercato comune. Si tratta, innanzitutto, dell'art. 107 TFUE, il quale è operante nei confronti delle autorità pubbliche degli Stati membri, e impone a queste ultime il divieto di erogare sussidi pubblici "che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza". La seconda norma è costituita dal Regolamento 4064/89, contemplante la disciplina delle concentrazioni, il quale sottopone al vaglio delle autorità dell'Unione europea ogni operazione di fusione o di acquisizione di controllo di imprese. V. Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (in GUCE n. L 395 del 30 dicembre 1989, pagg. 1-12)

<sup>141</sup> Regolamento (CEE) n. 17 del Consiglio: primo regolamento di applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato (attualmente artt. 101 e 102 TFUE) (in GUCE n. 13 del 21 febbraio 1962, pagg. 204-211).

sistema di notifica preventiva non appariva essere uno strumento decisivo per individuare i casi di intese anticoncorrenziali<sup>142</sup>.

A seguito di tali considerazioni, ed in vista dell'allargamento dei confini dell'Unione europea, il Regolamento 17/62 è stato sostituito dal Reg. 1/2003<sup>143</sup> che rappresenta una misura di decentramento, attraverso la quale le autorità nazionali garanti della concorrenza e le corti degli Stati membri ottengono un ruolo maggiormente rilevante nell'ambito dell'attuazione delle regole di concorrenza, in particolare attraverso la condivisione con la Commissione dell'applicazione del diritto europeo<sup>144</sup>. Inoltre, il novo regolamento, che si instaura nel più ampio progetto di modernizzazione del diritto della concorrenza, contempla in maniera specifica una serie di disposizioni sostanziali e procedurali che impattano fortemente sulle modalità di esecuzione delle disposizioni di cui all'art. 101 e 102 TFUE, affidando, *inter alia*, alla Commissione maggiori poteri di indagine nell'ambito delle sue funzioni investigative.

Lo svolgimento delle indagini volte all'accertamento di una violazione delle norme antitrust è pertanto svolto dalla Commissione, la quale, su petizione di parte o *ex officio*, avvia il procedimento d'indagine a carico di soggetti sospettati di aver infranto le leggi sulla

---

<sup>142</sup> D'altra parte, il Reg. 17/62 ha imposto un onere eccessivo sulle aziende, impedendo loro di eseguire qualsiasi accordo che potesse avere implicazioni antitrust senza una previa notifica alla Commissione, anche qualora un tale accordo, in linea di principio, avesse rispettato i requisiti di cui all'art. 81 CE, par. 3 (ora art. 101 TFUE, par. 3).

<sup>143</sup> Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 TFUE (in GUCE n. L 1 del 4 gennaio 2003, pagg. 1-25).

<sup>144</sup> In particolare, tra le innovazioni maggiori apportate dal Reg. 1/2003 figura, oltre all'instaurazione di un sistema di controllo decentralizzato operante *ex post*, la previsione della diretta applicabilità da parte delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni degli Stati membri del regime derogatorio di cui all'art. 101 TFUE, par. 3.

concorrenza. L'avvio delle indagini da parte della Commissione solleva le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri da ogni competenza in merito al caso in oggetto<sup>145</sup>, mentre gli organi giurisdizionali nazionali, pur non essendo intaccate nella loro competenza a conoscere del caso, non possono adottare pronunce in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti conclusi o in svolgimento, e “[a] tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti

---

<sup>145</sup> Reg. 1/2003, art. 11, par. 6. È da rilevare, tuttavia, che, nell'ambito del sistema di competenze parallele instaurato dal Reg. 1/2003, possono verificarsi tre situazioni principali. È infatti possibile che i casi possano essere: *a*) trattati da un'unica autorità nazionale garante della concorrenza; *b*) da diverse autorità nazionali garanti della concorrenza operanti in parallelo; o *c*) dalla Commissione. È generalmente previsto che l'autorità che riceve la denuncia o che avvia d'ufficio il procedimento conservi la responsabilità del caso. La possibilità di riattribuzione del caso può essere esercitata per ragioni di tutela efficace della concorrenza e dell'interesse europeo e deve operare a favore di un'unica autorità che sia nella posizione più idonea per intervenire. In linea di massima, si ritiene che un'autorità sia nella posizione idonea per trattare il caso se sono soddisfatte tre condizioni cumulative: *a*) l'accordo o la pratica produce sensibili effetti diretti, attuali o prevedibili, sulla concorrenza nell'ambito del suo territorio ovvero viene attuato o ha origine nel suo territorio; *b*) l'autorità è in grado di far cessare efficacemente l'infrazione nel suo complesso, vale a dire che può emettere un ordine di porre termine all'infrazione i cui effetti siano sufficienti a far cessare la stessa; *c*) l'autorità può raccogliere, eventualmente con l'assistenza di altre autorità, le prove necessarie per comprovare l'infrazione. Tali criteri indicano che, affinché si possa ritenere che l'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro sia nella posizione idonea per intervenire, deve esistere un legame sostanziale tra l'infrazione ed il territorio dello Stato membro. Similmente, l'azione parallela di due o di tre autorità nazionali garanti della concorrenza potrebbe rivelarsi adeguata qualora un accordo o una pratica producano effetti sensibili sulla concorrenza principalmente nei rispettivi territori e l'azione di un'unica autorità nazionale garante della concorrenza non risulti sufficiente. Infine, La Commissione risulta essere nella posizione più idonea quando uno o più accordi o pratiche, ivi comprese le reti di accordi o di pratiche simili, incidono sulla concorrenza in più di tre Stati membri. V. *Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza* (in GUCE n. C 101 del 27 aprile 2004, pagg. 43-53).

da esse avviati”<sup>146</sup>. Le parti interessate possono evitare l’avvio del procedimento e la conseguente adozione di una decisione proponendo alla Commissione degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse da quest’ultima nella sua valutazione preliminare<sup>147</sup>. Una volta avviato il procedimento, la Commissione è investita di ampi poteri per acquisire materiale probatorio utile allo svolgimento delle indagini, inclusa la possibilità di richiedere informazioni<sup>148</sup>, raccogliere dichiarazioni<sup>149</sup> ed effettuare ispezioni o accertamenti a sorpresa (*dawn-raids*) all’interno dei locali dell’impresa<sup>150</sup> e delle proprietà private di soggetti sospettati di detenere materiale utile all’inchiesta<sup>151</sup>.

---

<sup>146</sup> Regolamento 1/2003, art. 16, par. 1. V. anche *Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell’UE ai fini dell’applicazione degli articoli [101 e 102 TFUE]* (in GUCE n. C 101 del 27 aprile 2004, pagg. 54-64).

<sup>147</sup> V. Regolamento 1/2003, art. 9, par. 1, in cui si precisa che la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese.

<sup>148</sup> V. *ibidem*, art. 18.

<sup>149</sup> V. *ibidem*, art. 19.

<sup>150</sup> V. *ibidem*, art. 20. La Commissione, nell’ambito dell’effettuazione delle ispezioni in locali commerciali può essere accompagnata dagli agenti dell’autorità garante della concorrenza dello Stato membro nel cui territorio devono essere effettuati gli accertamenti. Qualora l’impresa in questione si opponga ad un accertamento della Commissione, lo Stato membro interessato presta loro l’assistenza necessaria per l’esecuzione dei controlli, ricorrendo in via eventuale all’uso delle forze dell’ordine. È inoltre prevista la possibilità che l’autorità giudiziaria nazionale controlli l’autenticità della decisione della Commissione di effettuare l’ispezione e verifichi che le misure coercitive previste non siano né arbitrarie né sproporzionate rispetto all’oggetto degli accertamenti.

<sup>151</sup> V. *ibidem*, art. 21. Si sottolinea che gli accertamenti in locali diversi da quelli di proprietà dell’impresa vengono effettuati previa consultazione dell’autorità garante della concorrenza dello Stato membro nel cui territorio devono essere effettuati tali ispezioni e non possono essere eseguiti senza l’autorizzazione preliminare dell’autorità giudiziaria nazionale dello Stato membro interessato. Quest’ultima, parimenti a quanto stabilito dall’art. 20, controlla l’autenticità della decisione della Commissione di effettuare l’ispezione e verifica che le misure coercitive previste non siano né arbitrarie né sproporzionate in considerazione della gravità della presunta infrazione, dell’importanza della prova richiesta, del coinvolgimento dell’impresa interessata e della ragionevole probabilità che i registri e i documenti aziendali relativi all’oggetto degli accertamenti siano detenuti nei locali

Terminata l'attività di indagine, la Commissione procede all'invio della comunicazione degli addebiti nei confronti dei soggetti inquisiti, nella quale l'autorità europea descrive le motivazioni di fatto e di diritto che hanno condotto a ritenere l'esistenza di un'infrazione degli articoli 101 o 102 TFUE<sup>152</sup>, ed alla quale i destinatari sono tenuti a rispondere entro un limite di tempo stabilito<sup>153</sup>. Prima di adottare una decisione definitiva sul caso, la Commissione deve, inoltre, concedere la possibilità alle imprese oggetto del procedimento di partecipare ad un contraddittorio relativo agli addebiti contestati, potendo la Commissione basare la propria decisione esclusivamente sugli addebiti in merito ai quali le parti interessate sono state poste in condizione di essere sentite<sup>154</sup>. Solo successivamente a questa fase la Commissione è in grado di adottare una decisione finale, avverso la quale i soggetti interessati possono proporre ricorso sulla base della previsione del controllo giurisdizionale operabile da parte del giudice europeo ai sensi dell'art. 263 TFUE.

Dal 1989, anno di costituzione del Tribunale di primo grado (ora denominato semplicemente "Tribunale"), il ricorso viene proposto dinnanzi a quest'ultimo, il quale è preposto all'accertamento dei fatti e all'esame di diritto della singola fattispecie proposta, mentre il controllo giurisdizionale esercitato della Corte di giustizia è limitato esclusivamente

---

per i quali è chiesta l'autorizzazione. Tuttavia, l'autorità giudiziaria nazionale non può mettere in discussione la necessità degli accertamenti né chiedere che siano fornite informazioni contenute nel fascicolo della Commissione, essendo il controllo della legittimità della decisione della Commissione riservato alla Corte di giustizia.

<sup>152</sup> V. Regolamento (CE) n. 773/2004 della Commissione, del 7 aprile 2004, relativo ai procedimenti svolti dalla Commissione a norma degli articoli 101 e 102 TFUE (in GUCE n. L 123 del 27 aprile 2004, pagg. 18-24), art. 10, par. 1.

<sup>153</sup> V. *ibidem*, art. 10, par. 2.

<sup>154</sup> V. Regolamento 1/2003, art. 27, par. 1.



all'analisi delle questioni di diritto limitatamente all'eventualità di *errores in procedendo* ed *errores in iudicando*, nell'ambito della sua più ampia funzione nomofilattica. In questo senso, in riferimento ai casi relativi a violazioni delle norme poste a tutela della concorrenza, il Tribunale svolge la funzione di giudice di merito, diversamente dalla Corte di giustizia, la quale svolge la funzione di solo giudice di legittimità, non essendo essa tenuta a riesaminare le prove ma esclusivamente a verificare che sia stata applicata correttamente la legge senza che ci sia, peraltro, la previsione di un rinvio al giudice *a quo* per il riesame del caso.

La Corte di giustizia detiene un'ampia discrezionalità nell'effettuare il suo giudizio, potendo confermare, modificare o annullare la decisione della Commissione o la pronuncia del Tribunale, con particolare riferimento alle sanzioni erogate, ai sensi dell'art. 261 TFUE. Per la violazione degli articoli 101 e 102 TFUE, è prevista, infatti, a differenza della disciplina statunitense, esclusivamente una sanzione pecuniaria, il cui importo di base è legato ad una proporzione del valore delle vendite realizzate dall'impresa nell'ultimo anno di partecipazione all'infrazione<sup>155</sup> (generalmente non superiore al 30%), determinata in funzione del grado di gravità della violazione, moltiplicata per il numero di anni dell'infrazione stessa<sup>156</sup>. Inoltre, a prescindere dalla durata della partecipazione di un'impresa ad attività anticoncorrenziali, la Commissione può inserire nell'importo di base una somma compresa fra il 15% e il 25% del valore delle vendite a scopo dissuasivo nei casi pertinenti le violazioni più

---

<sup>155</sup> Il valore delle vendite viene computato solo in riferimento ai beni o servizi ai quali l'infrazione direttamente o indirettamente si riferisce, realizzate dall'impresa nell'area geografica interessata all'interno dello Spazio economico europeo (SEE). V. *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del Regolamento (CE) n. 1/2003* (in GUCE n. C 210 del 1° settembre 2006, pagg. 2-5), par. 13.

<sup>156</sup> V. *ibidem*, par. 19-21.

gravi. L'importo di base dell'ammenda può subire delle variazioni in aumento, in caso di accertamento di circostanze aggravati (quali la recidività, la mancanza di cooperazione nel corso delle indagini ed il riscontro del ruolo di capofila o di istigatore nella commissione dell'infrazione)<sup>157</sup>, ovvero in diminuzione, qualora la Commissione constati l'esistenza di circostanze attenuanti<sup>158</sup>. In ogni caso, l'importo finale dell'ammenda non può superare, per ciascuna impresa, il 10% del fatturato totale annuale<sup>159</sup> e deve tener conto della mancanza di capacità contributiva dell'impresa stessa qualora quest'ultima si trovi in un contesto sociale ed economico particolare, da cui risulti che l'imposizione di un'ammenda, computata secondo i criteri sopra delineati, pregiudicherebbe irrimediabilmente la redditività economica dell'impresa e priverebbe i suoi attivi di qualsiasi valore<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> V. *ibidem*, par. 28

<sup>158</sup> Tali circostanze si verificano, in particolare, quando: *a*) l'impresa fornisce la prova di aver posto fine alle attività illecite immediatamente dopo i primi interventi della Commissione; *b*) l'impresa fornisce la prova che l'infrazione è stata commessa per negligenza; *c*) l'impresa fornisce la prova che la propria partecipazione all'infrazione è stata sostanzialmente marginale, dimostrando altresì che, nel periodo in cui ha aderito agli accordi illeciti, non ha di fatto dato loro applicazione adottando un comportamento concorrenziale sul mercato; *d*) l'impresa collabora efficacemente con la Commissione al di fuori del campo di applicazione della comunicazione sul trattamento favorevole e oltre quanto richiesto dagli obblighi di collaborazione previsti dalla legge; *e*) il comportamento anticoncorrenziale è stato autorizzato o incoraggiato dalle autorità pubbliche o dalla legge. V. *ibidem*, par. 29

<sup>159</sup> V. *ibidem*, par. 32; Regolamento 1/2003, art. 23, par. 2.

<sup>160</sup> V. *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del Regolamento (CE) n. 1/2003*, cit., par. 35.

## 5. L'abuso di posizione dominante in Europa: l'articolo 102 TFEU.

La norma che, nel diritto dell'Unione europea, vieta lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante è l'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea<sup>161</sup> (ex art. 82 del Trattato di Roma<sup>162</sup>), il quale recita che “[è] incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo”. Oggetto del divieto di cui all'art. 102 non è, pertanto, l'acquisizione o la detenzione di una posizione dominante, ma è solo l'abuso di tale condizione a rientrare nel campo di applicazione della norma europea, restando esclusa qualsiasi caratterizzazione di illegittimità per l'acquisizione o il mantenimento di una posizione di monopolio o oligopolio.

Ogni indagine in merito all'applicabilità dell'articolo 102 non può, di conseguenza, prescindere da una definizione certa del mercato rilevante<sup>163</sup>. Poiché le imprese possono competere in numerosi mercati diversi, è necessario individuare il mercato che sia rilevante per le problematiche concorrenziali riscontrabili nella specifica fattispecie, e anche in Europa

---

<sup>161</sup> Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (versione consolidata) (in GUCE n. C 83 del 30 marzo 2010, pagg. 47-199) [di seguito “TFEU”].

<sup>162</sup> Trattato che istituisce la Comunità europea (versione consolidata) (in GUCE n. C 321E del 29 dicembre 2006, pagg. E1-E331) [di seguito “Trattato di Roma” o “CE”].

<sup>163</sup> La definizione del mercato rilevante è stata elaborata non solo dalla giurisprudenza, ma anche dalla stessa Commissione, la quale ha stilato delle linee guida che contengono, *inter alia*, l'utilizzo dello SSNIP test in maniera simile a quanto previsto dal *Report* del Dipartimento di Giustizia statunitense. V. Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (in GUCE n. C 372 del 9 dicembre 1997, pagg. 5-13).

tale definizione risulta essere di importanza fondamentale per la valutazione di una posizione dominante perché, come affermato dalla Corte di giustizia, “le possibilità di concorrenza non possono essere valutate se non in funzione delle caratteristiche dei prodotti di cui trattasi, grazie alle quali detti prodotti sarebbero particolarmente atti a soddisfare bisogni costanti e non sarebbero facilmente intercambiabili con altri prodotti”<sup>164</sup>. Come rilevato dalla Commissione, “[n]el contesto dell’articolo [102], la delimitazione del mercato mira a definire lo spazio commerciale nel cui interno occorre valutare le condizioni della concorrenza e la potenza dell’impresa dominante sul mercato”<sup>165</sup>, il quale, similmente alla disciplina statunitense, si presenta sia sotto un profilo merceologico che geografico.

Per quanto concerne il mercato merceologico rilevante, il requisito di base richiede che il prodotto, o gruppo di prodotti, sia sufficientemente omogeneo per poter effettuare una distinzione significativa con altri beni presenti sul mercato<sup>166</sup>. Tale operazione comporta un’analisi economica del mercato volta a definire i beni sostituiti, di modo che tutti i prodotti che risultino caratterizzati da un apprezzabile grado di intercambiabilità siano inclusi all’interno della definizione del mercato rilevante. Nel caso *Continental Can*<sup>167</sup>, la Corte di giustizia ha precisato che la Commissione è tenuta ad individuare le caratteristiche dei prodotti in questione, in virtù delle quali risultano particolarmente idonei a soddisfare bisogni

<sup>164</sup> C. giust, sent. del 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1973, pag. 215), par. 32.

<sup>165</sup> Decisione della Commissione 14 dicembre 1985, n. 85/609/CEE, caso IV/30.698, *ECS/Akzo Chemie* (in *GUCE* n. L 374 del 31 dicembre 1985, pagg. 1-27), par. 64.

<sup>166</sup> V. C. giust., sent. del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1978, pag. 207), par. 12-35.

<sup>167</sup> C. giust, sent. del 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione delle Comunità europee*, cit.

costanti e si presentano solo in misura limitata intercambiabili con altro prodotti<sup>168</sup>. Ciò significa, secondo la Corte, che i prodotti che risultano essere solo in parte commutabili con altri beni o servizi non sono da considerarsi parte del medesimo mercato rilevante, al contrario di quei prodotti che godono di un ragionevole grado di sostituibilità<sup>169</sup>. È da rilevare che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha tipicamente definito il mercato rilevante in termini limitati<sup>170</sup>, il che ha condotto taluni autori a ritenere che una circoscritta rappresentazione del mercato rilevante fosse, in alcuni casi, funzionale allo scopo di imporre obblighi utili alla collettività, finalizzati per lo più a fornire l'accesso a strutture ritenute di pubblico interesse<sup>171</sup>.

Il concetto di intercambiabilità, formulato dalla Corte di giustizia nel caso *Continental Can*, è stato perfezionato nel successivo caso *United Brands*<sup>172</sup>, nel quale il giudice europeo ha chiarito che i beni sostituiti, per essere considerati tali ai fini della definizione del mercato,

---

<sup>168</sup> V. *ibidem*, par. 32.

<sup>169</sup> V. C. giust., sent. del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee*, cit.; C. giust., sent. del 9 novembre 1983, causa 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1983, pag. 3461). Per la dottrina, v. Joseph Jude Norton, *The European Court of Justice Judgement in United Brands: Extraterritorial Jurisdiction and Abuse of Dominant Position*, 8 DENV. J. INT'L L. & POL'Y 379 (1979); FRANK L. FINE, *MERGERS AND JOINT VENTURES IN EUROPE: THE LAW AND POLICY OF THE EEC* 84 (Aspen 1994).

<sup>170</sup> V., ad es., Decisione della Commissione 11 ottobre 1988, 88/555/CEE, caso IV/32.173, *Continental/Michelin* (in *GUCE* n. L 305 del 10 novembre 1988, pagg. 33-43); Decisione della Commissione 5 dicembre 1988, 89/22/CEE, caso IV/31.900, *BPB Industries Plc* (in *GUCE* n. L 10 del 13 gennaio 1989, pagg. 50-72).

<sup>171</sup> Cfr. Thomas E. Kauper, *The Problem of Market Definition Under EC Competition Law*, in 1996 FORDHAM CORP. L. INST. 256 (Barry Hawk ed., Juris Publishing 1997).

<sup>172</sup> V. C. giust., sent. del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee*, cit.

non devono essere soggetti a cicli stagionali e devono essere, pertanto, disponibili nel lungo periodo<sup>173</sup>, essendo altresì necessaria un'intercambiabilità totale<sup>174</sup>.

In linea generale, la sostituibilità dei prodotti può dipendere da numerosi fattori e può essere misurata attraverso le caratteristiche fisiche degli stessi<sup>175</sup>, nonché mediante: le differenze nei processi di produzione che conferiscono ai prodotti una particolare idoneità per uno specifico uso<sup>176</sup>; la necessità della presenza di particolari categorie di consumatori<sup>177</sup>; la possibilità di reperire più di un fornitore di materie prime<sup>178</sup>; e l'identificazione di mercati

---

<sup>173</sup> V. *ibidem*, par. 16-28, in cui il giudice europeo ha stabilito che “per essere considerata oggetto di un mercato sufficientemente distinto, la banana deve potersi identificare grazie a caratteristiche specifiche che la contraddistinguono dagli altri frutti freschi così da renderla poco intercambiabile con questi ultimi e quasi insensibile alla concorrenza dei medesimi”. *Ibidem*, par. 22. La Corte ha poi rilevato che la banana, essendo disponibile durante tutto l'anno in quantità che supera la domanda, è stata oggetto solo di limitata concorrenza da parte degli altri frutti freschi non essendovi una “inevitabile sostituzione stagionale”. *Ibidem*, par. 25-27.

<sup>174</sup> Cfr. C. giust., sent. del 9 novembre 1983, causa 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 46-52, in cui la Corte ha stabilito che i pneumatici nuovi di ricambio e i pneumatici rigenerati non costituivano parte integrante dello stesso mercato.

<sup>175</sup> Cfr. C. giust., sent. 6 marzo 1974, cause riunite 6-7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1974, pag. 223); C. giust., sent. del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee*, cit.; C. giust., sent. del 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione delle Comunità europee*, cit.

<sup>176</sup> Cfr. *ibidem*, par. 34; C. giust., sent. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1979, pag. 461), in cui la Corte ha riconosciuto mercati separati per gruppi diversi di vitamine che non potevano essere prodotte nello stesso stabilimento e che avevano utilizzi finali differenti.

<sup>177</sup> C. giust., sent. del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 34.

<sup>178</sup> C. giust., sent. 13 novembre 1975, causa 26/75, *General Motors Continental NV c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1975, pag. 1367); C. giust., sent. 31 maggio 1979, causa 22/78, *Hugin*

distinti da parte dei consumatori<sup>179</sup>. In aggiunta a questi criteri, similmente al diritto statunitense, i dati concernenti l'elasticità incrociata della domanda sono stati utilizzati per indagare il grado di intercambiabilità di prodotti diversi allo scopo di verificare la presenza degli stessi all'interno di uno stesso mercato<sup>180</sup>.

Infine, è da sottolineare che la sostituibilità viene considerata dalla giurisprudenza europea non solo dal lato della domanda, poiché rientrano nella nozione del mercato rilevante anche quelle imprese che, pur non offrendo prodotti interscambiabili, sono in grado, modificando i metodi di produzione esistenti, di dare inizio alla produzione di beni che siano considerati

---

*Kassaregister AB e Hugin Cash Registers Ltd c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1979, pag. 1869).

<sup>179</sup> Cfr. Comunicazione dell'autorità di vigilanza EFTA che aggiorna la comunicazione relativa ad accordi di importanza minore del 12 gennaio 1994 (in GUCE n. C 281 del 26 settembre 1996, pag. 20-21), nel quale, allo scopo di determinare la quota di mercato dei beni o servizi oggetto di accordi, si fa riferimento all'insieme dei prodotti "considerati come analoghi dall'utilizzatore per qualità, prezzo ed uso". *Ibidem*, par. 2. Una simile formulazione è stata in precedenza già utilizzata dalla legislazione europea. V. Regolamento (CEE) n. 417/85 della Commissione del 19 dicembre 1984 relativo all'applicazione dell'articolo [81], paragrafo 3, del Trattato CEE a categorie di accordi di specializzazione (in GUCE n. L 53 del 22 febbraio 1985, pagg. 1-4), art. 3.

<sup>180</sup> Nel caso *United Brands*, nell'osservare che "[q]uanto ai prezzi, due studi della FAO dimostrano che la banana è sottoposta all'incidenza dei prezzi - decrescenti - di altra frutta (ma solo delle pesche e dell'uva da tavola) unicamente nel periodo estivo, specie in luglio, e sempre entro limiti che non superano il 20%", la Corte ha stabilito che un livello di elasticità incrociata così ridotto comporta che gli altri frutti freschi risultano essere beni moderatamente sostituiti della banana, la quale costituisce, pertanto, un mercato a sé stante. V. C. giust., sent. del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 32. È da rilevare, tuttavia, che la sentenza *United Brands* è stata oggetto di forti critiche da parte della dottrina, in quanto si è sostenuto che la Corte abbia dato un eccessivo peso alle caratteristiche fisiche del prodotto, tralasciando un'analisi basata sulle preferenze dei consumatori. V. Valentine Korah, *Concept of a Dominant Position Within the Meaning of Article 86*, 17 COMMON MKT. L. REV. 395, 404 (1980).

sostituibili dai consumatori senza particolari difficoltà di natura tecnica o economica ed in un lasso di tempo ragionevolmente breve<sup>181</sup>.

La definizione del mercato geografico rilevante, invece, richiede l'identificazione delle imprese alle quali i consumatori di una determinata area si rivolgeranno in caso di un significativo incremento di prezzo dei prodotti commercializzati dalle imprese locali. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha stabilito che l'articolo 102 deve essere analizzato in relazione ad "una zona geografica ben definita, nella quale il prodotto è in commercio e in cui le condizioni di concorrenza sono abbastanza omogenee da consentire di valutare l'effetto [del potere economico] dell'impresa in questione"<sup>182</sup>. Poiché, *ex art.* 102, il mercato geografico rilevante deve corrispondere all'intero mercato comune o ad una parte sostanziale di esso, allo scopo di determinare se l'estensione di una specifica zona sia sufficientemente

---

<sup>181</sup> In *Continental Can*, ad es., la Corte ha affermato che "[i]l fatto di occupare una posizione dominante sul mercato degli imballaggi metallici leggeri destinati alla conservazione di carne e di pesce non è decisivo finché non venga dimostrato che i concorrenti in altri settori del mercato degli imballaggi metallici leggeri non possono, mediante un semplice adattamento della produzione, presentarsi sul mercato di cui trattasi con forza sufficiente per costituire un contrappeso di rilievo". V. C. giust, sent. del 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 33. Inoltre, la valutazione in merito all'esistenza di elasticità dell'offerta tra prodotti diversi tiene conto anche di elementi quali le differenze nelle tecniche di produzione e nelle caratteristiche degli stabilimenti necessari alla fabbricazione dei prodotti in questione. Qualora, infatti, il produttore abbia bisogno di un tempo considerevole e/o di ingenti investimenti per adeguare le proprie linee di produzione al fine di produrre un bene sostituibile con altri manufatti, e quindi in rapporto di concorrenza con quest'ultimi, esso non può essere considerato parte del mercato rilevante. V., ad es., Decisione della Commissione 26 luglio 1988, n. 88/501/CEE, caso IV/31.043, *Tetra Pak I (licenza BTG)* (in GUCE n. L 272 del 4 ottobre 1988, pagg. 27-46), par. 36-38; C. giust., sent. del 9 novembre 1983, causa 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 35-45.

<sup>182</sup> C. giust., sent. del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 1 (massima) e par. 11.



ampia per poter rientrare nel criterio territoriale delineato dall'articolo 102, è necessario considerare, *inter alia*, “la struttura e il volume della produzione e del consumo della merce in questione, come pure le abitudini e le capacità economiche dei venditori e degli acquirenti”<sup>183</sup>.

Una volta determinato il mercato rilevante, sia sotto il profilo merceologico che geografico, al fine di determinare una violazione dell'articolo 102 è necessario, innanzitutto, verificare l'esistenza di una posizione dominante che, secondo la nozione fornita dalla giurisprudenza, corrisponde ad “una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”<sup>184</sup>. Nella stessa occasione, il giudice europeo ha anche illustrato la differenza tra posizione dominante e monopolio, o quasi monopolio, affermando che la prima, diversamente da una situazione monopolistica, “non esclude l'esistenza di una certa concorrenza, ma pone [l'impresa] che la detiene in grado, se non di decidere, almeno di influire notevolmente sul modo in cui si

---

<sup>183</sup> C. giust., sent. 16 dicembre 1975, cause riunite da 40 a 48, 50, da 54 a 56, 111, 113 e 114/73, *Coöperatieve Vereniging “Suiker Unie” UA e altri c. Commissione delle Comunità europee (in re Cartello europeo dello zucchero)* (in *Raccolta*, 1975, pag. 1663), par. 371. Si rileva che anche il territorio di un singolo Stato membro può essere definito come una parte sostanziale del mercato comune ai sensi dell'art. 82. V., ad es., Decisione della Commissione 22 luglio 1992, n. 92/553/CEE, caso IV/M.190, *Nestlé/Perrier* (in GUCE n. L 356 del 5 dicembre 1992, pagg. 1-31), in cui la Commissione ha rilevato che il mercato geografico rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 82 fosse il territorio francese (nonostante la posizione contraria della Nestlé che aveva eccepito le sue esportazioni in Belgio e Germania) sulla base di valutazioni relative all'ambiente concorrenziale della Comunità, ai costi di trasporto e alle barriere all'entrata che rendevano la Francia un mercato isolato. V. *ibidem*, par. 21-34.

<sup>184</sup> C. giust., sent. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 38.

svolgerà detta concorrenza e, comunque, di comportarsi sovente senza doverne tener conto e senza che, per questo, simile condotta le arrechi pregiudizio”, aggiungendo, inoltre, che “la posizione dominante va pure distinta dai parallelismi di comportamento tipici delle situazioni di oligopolio, in quanto in un oligopolio i comportamenti si influenzano reciprocamente, mentre in caso di posizione dominante il comportamento dell’impresa che si trova in tale posizione è, in gran parte, determinato unilateralmente”<sup>185</sup>.

Il primo fattore delineato dalla giurisprudenza per determinare l’esistenza di una posizione dominante è relativo alla quota di mercato detenuta dall’impresa esaminata. I giudici europei hanno dato grande rilievo a questo fattore sostenendo l’idea generale che la possibilità di riscontrare una posizione dominante fosse tanto più elevata quanto più alta fosse stata la quota di mercato. Nel caso *Hoffman-La Roche*, sebbene la corte abbia riconosciuto che l’importanza e la significatività delle quote di mercato possa variare a seconda del mercato di riferimento, ammettendo altresì la rilevanza di ulteriori fattori, essa ha stabilito che la presenza di quote di mercato molto ampie<sup>186</sup> sia di per sé indicativa di una posizione dominante, a meno che non ricorrano circostanze eccezionali, contemplando, in aggiunta, la necessità che tale quota sia detenuta per un ragguardevole intervallo temporale, poiché una posizione dominante, per risultare tale, deve poter essere mantenuta nel tempo<sup>187</sup>. In questo stesso caso, tuttavia, la

---

<sup>185</sup> *Ibidem*, par. 39.

<sup>186</sup> Nel caso *AKZO*, la Corte di giustizia ha chiarito il significato della locuzione “quote di mercato molto alte”, sostenendo che una simile situazione ricorre quando la quota di mercato risulta essere maggiore del 50%. V. C. giust., sent. 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1991, pag. I-3359), par. 60.

<sup>187</sup> C. giust., sent. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 36-47.

corte ha inoltre statuito che, nel considerare le quote di mercato dell'impresa sotto indagine, è importante valutare anche la posizione dei concorrenti, oltre al vantaggio tecnologico e alla rete commerciale che l'impresa impiega per lo specifico prodotto<sup>188</sup>. È da rilevare, inoltre, che la più bassa quota di mercato alla quale sia stata riconosciuta una posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 è stata pari al 39,7%, benché la Commissione non abbia stabilito con certezza che quote di mercato inferiori a questa soglia escludano automaticamente la possibilità di poter riscontrare una posizione dominante<sup>189</sup>.

Come accennato, e come riconosciuto dalla stessa Corte di giustizia, le quote di mercato, seppur rilevanti, non sono un fattore determinante per l'accertamento della presenza di una posizione dominante, essendo necessario prendere in considerazione ulteriori elementi, nessuno dei quali può essere di per sé risolutivo, ma che nell'insieme possono indicare l'esistenza di una posizione dominante. Il sistema giuridico dell'Unione europea, similmente a quello statunitense, prende fortemente in considerazione la presenza di barriere all'entrata quale elemento utile a stabilire l'applicabilità dell'articolo 102, interpretando la sussistenza di tali barriere come un indizio di dominanza da parte dell'impresa sottoposta ad indagine<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> *Ibidem*, par. 48, in cui la corte ha affermato che “costituiscono indizi validi” per la determinazione di una posizione dominante “il rapporto tra le quote di mercato detenute dall'impresa interessata e quelle detenute dai suoi concorrenti, specie quelli più importanti, il vantaggio tecnologico che un'impresa possiede rispetto ai suoi concorrenti, l'esistenza di una rete commerciale estremamente perfezionata”, spiegando che “il primo fattore [risulta essere un indizio valido] in quanto consente di valutare la competitività dei concorrenti dell'impresa, il secondo e il terzo in quanto rappresentano, di per sé, vantaggi tecnici e commerciali”.

<sup>189</sup> V. Trib. primo grado, sent. 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways Plc c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2003, pag. II-5917), par. 183-224.

<sup>190</sup> Nel caso *United Brands*, la Corte ha rilevato che la United Brands Company aveva adottato con successo una strategia globale contro i nuovi concorrenti, i quali dovevano affrontare una serie di ostacoli di natura economica, quali:

Tuttavia, esistono altri fattori che la giurisprudenza ha valutato per stabilire il ricorrere di una posizione dominante, come ad esempio la superiore tecnologia ed efficienza<sup>191</sup>, l'integrazione verticale<sup>192</sup>, le economie di scala e di scopo<sup>193</sup>, l'accesso a risorse finanziarie<sup>194</sup>, e l'accesso a fattori di produzione essenziali<sup>195</sup>.

Come già rilevato, il diritto dell'Unione europea in materia di condotte unilaterali non è teso a sanzionare il mantenimento di una posizione dominante di per sé, ma lo sfruttamento

---

“investimenti di eccezionale entità . . . , [la] necessità di moltiplicare le fonti di approvvigionamento . . . , [l'] allestimento di impianti impegnativi, necessari per la distribuzione di una derrata molto deperibile, [le] economie di scala di cui non può fruire *ab initio* il nuovo concorrente, e [i] costi effettivi d'insediamento costituiti in particolare da tutte le spese fisse per la penetrazione nel mercato, come l'organizzazione di un'adeguata rete di vendite, di campagne pubblicitarie a vasto raggio, tutti rischi finanziari che si risolvono in perdite se il tentativo non riesce”. Tali fattori sono stati ritenuti dalla corte alla stregua di “ostacoli di ordine pratico e finanziario quasi insormontabili” che le nuove imprese dovevano affrontare. C. giust., sent. del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 121-124. Nel caso *Hoffmann-La Roche*, invece, la corte ha individuato quale fattore rilevante per l'accertamento di una posizione dominante l'assenza di una concorrenza potenziale attribuita all' “esistenza di ostacoli per l'entrata sul mercato di nuovi concorrenti”. Nel caso di specie, le barriere all'entrata erano costituite dalla necessità di elevati investimenti per entrare nel mercato e dalla circostanza che la capacità produttiva della società La Roche fosse di per sé sufficiente a soddisfare la domanda mondiale senza che tale eccedenza l'abbia posta in una situazione economicamente o finanziariamente difficile. V. C. giust., sent. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 48.

<sup>191</sup> Oltre alla sentenza *Hoffmann-La Roche* già segnalata *supra*, v., *ex multis*, Decisione della Commissione 22 dicembre 1987, n. 88/138/CEE, caso IV/30.787-31.488, *Eurofix-Bauco/Hilti* (in GUCE n. L 65 dell' 11 marzo 1988, pagg. 19-44), par. 69-71.

<sup>192</sup> V., ad es., Decisione della Commissione 13 dicembre 2000, n. 2003/6/CE, caso COMP/33.133-C, *Carbonato di sodio/Solvay*, (in GUCE n. L 10 del 15 gennaio 2003, pagg. 10-32), par. 137-148.

<sup>193</sup> V., ad es., C. giust., sent. del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 122.

<sup>194</sup> V. *ibidem*; C. giust., sent. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 49.

<sup>195</sup> V., ad es., Decisione della Commissione 5 dicembre 1988, n. 89/22/CEE, caso IV/31.900, *BPB Industries Plc* (in GUCE n. L 10 del 13 gennaio 1989, pagg. 50-72), par. 120.

abusivo di tale posizione, interpretato dalla Corte di giustizia come una “nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell’impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza”<sup>196</sup>. La giurisprudenza europea ha ripetutamente sostenuto che le imprese in posizione dominante sono soggette ad una particolare responsabilità nei confronti del processo competitivo e, implicitamente, verso i propri concorrenti, poiché tali categorie di imprese agiscono in un mercato in cui la concorrenza risulta indebolita a causa della loro stessa presenza<sup>197</sup>. Questa particolare responsabilità a carico delle imprese in posizione dominante comporta per queste ultime dei limiti di azione più ristretti, poiché l’articolo 102 vieta per esse comportamenti che altrimenti sarebbero stati legittimi. Infine, è da sottolineare che rientrano nell’ambito del divieto sancito dall’articolo 102 anche comportamenti volti a difendere una posizione dominante, essendo ormai consolidata giurisprudenza l’idea che “se l’esistenza di una posizione dominante non

---

<sup>196</sup> C. giust., sent. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 91.

<sup>197</sup> L’idea della responsabilità speciale gravante sulle imprese in posizione dominante è stata espressa per la prima volta nel caso *Michelin*, in cui la corte ha sancito che “la constatazione dell’esistenza della posizione dominante non comporta di per sé alcun addebito nei confronti dell’impresa interessata, ma significa solo che questa, indipendentemente dalle cause di tale posizione, è tenuta in modo particolare a non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune”. C. giust., sent. del 9 novembre 1983, causa 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 57. V. anche Trib. primo grado, sent. 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar Plc c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1999, pag. II-2969), par. 112.

priva un'impresa che si trova in questa posizione del diritto di tutelare i propri interessi commerciali qualora essi siano insidiati, e se detta impresa ha la facoltà, entro limiti ragionevoli, di compiere gli atti che essa ritenga opportuni per la protezione di tali interessi, non è però ammissibile un comportamento del genere che abbia lo scopo di rafforzare la posizione dominante e di farne abuso”<sup>198</sup>.

Da ultimo, appare opportuno evidenziare una divergenza sostanziale tra il diritto statunitense e quello dell'Unione europea, relativo alle categorie di abusi ritenute illegittime. *Ut supra*, il sistema giuridico statunitense contempla il divieto di pratiche esclusive da parte di imprese in posizione di monopolio, mentre, in ambito europeo, ricadono nel divieto dell'articolo 102 non solo abusi di natura esclusiva, ma anche abusi di sfruttamento. Invero, la lettera dell'articolo 102 sembra fare riferimento esclusivamente a quest'ultima categoria di abusi, poiché talune versioni linguistiche della norma paiono suggerire che essa sia intesa a vietare unicamente lo sfruttamento di una posizione dominante<sup>199</sup>. Tuttavia, in un documento

---

<sup>198</sup> V. C. giust., sent. del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 189; Trib. primo grado, sent. 1° aprile 1993, causa T-65/89, *BPB Industries Plc e British Gypsum Limited c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1993 pag. II-389), par. 69; Trib. primo grado, sent. 8 ottobre 1996, cause riunite T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93, *Compagnie maritimes belges transports SA e Compagnie maritimes belges SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. e Nedlloyd Lijnen BV c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1996, pag. II-1201), par. 107; Trib. primo grado, sent. 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar Plc c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1999, pag. II-2969), par. 189.

<sup>199</sup> Il testo francese e tedesco dell'art. 82 affermano espressamente la necessità di un abuso di sfruttamento affinché la norma possa azionarsi. La versione francese, infatti, recita che “[e]st incompatible avec le marché commun et interdit . . . le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante . . .”; quella in lingua tedesca afferma che “. . . verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen . . .”. Invero, taluni autori hanno sostenuto apertamente un'interpretazione dell'art.

del 1966<sup>200</sup>, la Commissione europea ha chiarito che il campo di applicazione della norma europea si estende anche a condotte che influiscono sulla struttura del mercato e, nel caso *Continental Can*, la Corte di giustizia ha appoggiato tale orientamento chiarificando, da un lato, che l'articolo 102 non reca una lista esaustiva di condotte proibite, e, dall'altro, che condotte anticompetitive che escludono i concorrenti, rafforzano una posizione dominante e indeboliscono la concorrenza sul mercato rientrano nella sfera di applicazione dell'articolo 102<sup>201</sup>.

#### 6. La riforma dell'articolo 82 CE (ora articolo 102 TFEU)<sup>202</sup>.

Nel 2003 la Commissione europea diede inizio ad una revisione interna della propria politica in merito all'articolo 82 CE che si concluse con la pubblicazione di un documento di

---

82 che collocasse nella sfera di applicazione di quest'ultimo esclusivamente le pratiche di sfruttamento che comportano un pregiudizio diretto ai consumatori, lasciando fuori dall'ambito di applicabilità le ipotesi di condotta che abbiano effetti strutturali attraverso l'esclusione o la lesione commerciale dei concorrenti. V. RENÉ JOLIET, *MONOPOLIZATION AND ABUSE OF DOMINANT POSITION: A COMPARATIVE STUDY OF THE AMERICAN AND EUROPEAN APPROACHES TO THE CONTROL OF ECONOMIC POWER* (Nijhoff 1970), il quale ha sostenuto che un divieto basato sugli effetti strutturali di una condotta si tradurrebbero in un divieto rivolto alla detenzione stessa di una posizione dominante, la qual cosa si situava al di fuori degli scope dell'art. 82.

<sup>200</sup> Commissione Europea, *Il problema delle concentrazioni nel Mercato comune*, Collana Studi, serie Concorrenza, n.3, Bruxelles, 1965.

<sup>201</sup> C. giust., sent. del 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 26.

<sup>202</sup> Nel prosieguo del paragrafo si farà riferimento alla vecchia numerazione del Trattato che istituisce la Comunità europea, pertanto ogni riferimento all'art. 82 CE è da intendersi all'art. 102 TFEU.

lavoro sull'applicazione delle norme in materia di pratiche abusive esclusive<sup>203</sup>, il quale è stato successivamente sottoposto ad una consultazione pubblica per consentire un ampio confronto sull'articolo 82<sup>204</sup>. Lo scopo di tale revisione interna da parte della Commissione era di valutare la politica relativa agli abusi di posizione dominante, esaminando nel contempo come essa potesse essere resa più efficace e definendo le modalità per giungere ad una maggiore trasparenza<sup>205</sup>. Riguardo a tale ultimo aspetto, la Commissione ha avuto modo di dichiarare, attraverso il suo direttore generale, che una politica di concorrenza caratterizzata da una particolare chiarezza sulla interpretazione sostantiva dell'articolo 82 risulta essere essenziale per il funzionamento del sistema giuridico e che una politica credibile in materia di condotte abusive deve essere compatibile con le teorie economiche tradizionali<sup>206</sup>. Un simile processo di revisione, inoltre, si è reso necessario anche in virtù dell'avvenuta

---

<sup>203</sup> *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* (2005), disponibile presso il sito <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

<sup>204</sup> La Direzione Generale della Concorrenza della Commissione europea ha ricevuto 107 risposte in seguito alla fase di consultazione pubblica, terminata il 31 marzo 2006. I commenti dei partecipanti a tale discussione in merito alla riforma dell'art. 82 possono essere consultati presso il sito <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/contributions.html>.

<sup>205</sup> V. il discorso pronunciato da Philip Lowe alla Fordham Antitrust Conference a Washington il 23 ottobre 2003, pubblicato in 2003 FORDHAM CORP. L. INST. 163 (Barry Hawk ed., Juris Publishing 2004), in cui l'allora Direttore Generale della DG Concorrenza aveva a sua volta fatto esplicito riferimento al discorso dell'ex Commissario alla concorrenza Mario Monti all'8<sup>th</sup> EU Competition Law and Policy Workshop, EUI, giugno 2003, pubblicato in EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 2003: WHAT IS AN ABUSE OF DOMINANT POSITION? 3, 9 (Claus-Dieter Ehlermann & Isabela Atanasiu eds., Hart Publishing 2006).

<sup>206</sup> V. discorso pronunciato da Philip Lowe alla Fordham Antitrust Conference a Washington il 23 ottobre 2003, *op. ult. cit.*



modernizzazione compiutasi a seguito dell'entrata in vigore del Regolamento 1/2003<sup>207</sup>, il quale conferisce competenze parallele, in merito all'applicazione dell'articolo 82, alla Commissione e alle autorità nazionali della concorrenza, alle quali risultava dunque fondamentale fornire un'interpretazione chiara della norma che ne consentisse un'applicazione coerente ed efficace<sup>208</sup>.

Il documento di lavoro pubblicato dalla Commissione nel dicembre 2005, che nella visione del commissario alla politica di concorrenza rappresentava il primo passo verso un'applicazione più vigorosa dell'articolo 82, prendeva in esame esclusivamente l'impiego della disposizione in esame in riferimento agli abusi di natura escludoria, tralasciando, invece, qualsiasi richiamo agli abusi di sfruttamento.

Ciò può essere spiegato dal fatto che il documento di lavoro aveva come obiettivo ultimo il riorientamento dell'applicazione dell'articolo 82, nei casi di abusi di natura escludoria, verso un'analisi maggiormente basata sugli effetti delle condotte poste sotto indagine,

---

<sup>207</sup> Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato (in GUCE n. L 1 del 4 gennaio 2003, pagg. 1-25).

<sup>208</sup> Il Commissario europeo alla politica di concorrenza, Neelie Kroes, ha avuto modo di affermare, in merito alle finalità del documento di lavoro della Commissione, che essa "will rigorously enforce the Treaty's prohibition on abusive conduct. Dominant companies should be allowed to compete effectively. Putting this policy objective into a consistent legal and economic framework is an ambitious project, but it is worthwhile for the clarity it will give to companies and their advisers. Our fundamental aim is to ensure that the EU's powers to intervene against monopoly abuses are applied consistently and effectively, not only by the Commission but also by national competition agencies and courts throughout the EU which also now apply EU competition law. This discussion paper is the first step, and I want a wide discussion before taking a firm view on the proposals in the paper and before deciding how best to apply the results of these discussions". V. il comunicato stampa *Commission publishes discussion paper on abuse of dominance*, pubblicato il 19 dicembre 2005 e reperibile presso il sito <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1626&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

allontanandosi in tal modo da un approccio formalistico che, tipicamente, aveva caratterizzato fino ad allora l'azione sia della Commissione che della giurisprudenza europea. Infatti, il dibattito in merito all'applicazione dell'articolo 82 è stato contrassegnato negli ultimi anni da forti critiche, sia dottrinali<sup>209</sup> che istituzionali<sup>210</sup>, nei confronti di tale approccio formalistico adottato nei confronti dei casi di abuso di posizione dominante. Tale metodo di analisi ha condotto sia la Commissione che la Corte di giustizia, nella valutazione di presunti abusi

---

<sup>209</sup> V., *ex multis*, John Swift QC, *Selective Price Cuts, Discounts and Rebates - EU Competition Law at a Crossroads - Form or Effects*, 4(3) COMPETITION L.J. 197, 198 (2005); Derek Ridyard, *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82: An Economic Analysis*, 23(6) EUR. COMPETITION L. REV. 286 (2002); Derek Ridyard, *Article 82 Price Abuses – towards a more economic approach*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Annual Workshop/Proceedings 2003, disponibile presso il sito <http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2003/200306COMP-Ridyard-sII.pdf>; Denis Waelbroeck, *Michelin II: A Per Se Rule Against Rebates by Dominant Companies?*, 1(1) J. COMPETITION L. & ECON. 149 (2005); ROBERT O'DONOGHUE & JORGE PADILLA, *THE LAW AND ECONOMICS OF ARTICLE 82 EC 182-84* (Hart Publishing 2006); B. Sher, *The Last of the Steam-Powered Trains: Modernising Article 82*, 25(5) EUR. COMPETITION L. REV. 243 (2004); Gunnar Niels & Helen Jenkins, *Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effects Breaks Down*, 26(11) EUR. COMPETITION L. REV. 605 (2005); Duncan Sinclair, *Abuse of Dominance at a Crossroads - Potential Effect, Object and Appreciability under Article 82 EC*, 25(8) EUR. COMPETITION L. REV. 491 (2004); Thomas Eilmansberger, *How to Distinguish Good from Bad Competition under Article 82 EC: In Search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-Competitive Abuses*, 42 COMMON MKT. L. REV. 129 (2005).

<sup>210</sup> V., ad es., il documento di lavoro, commissionato dall'ufficio dell'economista capo della Direzione Generale della Concorrenza della Commissione Europea, stilato dall'Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP), il quale, nel sostenere un approccio basato sugli effetti, afferma che “[a] more consistent approach would start out from the effects of anticompetitive conduct . . . and consider the competitive harm that is inflicted on consumers. Adopting such an effects-based approach would ensure that these various practices are treated consistently when they are adopted for the same purpose. In contrast, a form-based approach creates the risk that they will be treated inconsistently, with some practices possibly enjoying a relatively more lenient attitude (e.g., because of different standards). Arbitrating among these different treatments may facilitate exclusion, or induce the dominant firm to adopt alternative exclusionary methods, which may well inflict a higher cost on consumers”. V. *Report by the EAGCP, An Economic Approach to Article 82*, luglio 2005, disponibile presso il sito [http://ec.europa.eu/competition/publications/studies/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf).

illegittimi, ad eseguire un esame delle caratteristiche formali delle pratiche soggette ad indagine da cui si potesse evincere che il comportamento dell'impresa dominante avesse, per sua stessa natura, la capacità di causare effetti anticoncorrenziali sul mercato, tralasciando qualsiasi studio dell'impatto causato dalla condotta su quest'ultimo<sup>211</sup>. Un simile approccio si avvicina ad una valutazione *per se* dei presunti abusi, che si contrappone ad una modalità di analisi basata su una *rule of reason*, vale a dire fondata sull'indagine degli effetti anticoncorrenziali attuali o potenziali sul mercato rilevante da parte dell'impresa dominante. Se, da un lato, l'approccio formalistico presenta sicuramente taluni vantaggi sia per i soggetti sottoposti ad indagine, nella forma di una maggior certezza del diritto, sia per l'autorità di concorrenza, nella forma di costi di esecuzione ridotti, è da rilevare, d'altro canto, che una simile modalità valutativa incontra carenze più significative rispetto ai presunti vantaggi prodotti. In particolare, nell'ambito di un approccio formalistico, le autorità poste a tutela della concorrenza sono sottoposte ad un maggior rischio di incorrere nell'errore di vietare condotte che non hanno alcun effetto anticoncorrenziale sul mercato, o che, addirittura, hanno effetti pro-competitivi, commettendo, in tal modo, errori cosiddetti del primo tipo. Tali equivoci cagionano un forte danno alla collettività in quanto conducono le autorità garanti della concorrenza a dedicare le loro scarse risorse per l'analisi di pratiche innocue ed, in secondo luogo, inviano segnali negativi alle imprese, le quali possono essere scoraggiate

---

<sup>211</sup> V., ad es., Trib. primo grado, sent. 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin c. Commissione delle Comunità Europee* (in *Raccolta*, 2003, pag. II-4071), par. 239; Trib. primo grado, sent. 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom SA c. Commissione* (in *Raccolta*, 2007, pag. II-107), par. 195; C. giust., sent. 3 luglio 1991, *AKZO Chemie BV c. Commissione* (in *Raccolta*, 1991, pag. I-3359), par. 70-71.

dall'adottare condotte efficienti o comunque inoffensive per gli equilibri competitivi del mercato.

Proprio sulla base di tali considerazioni, ed allo scopo di allineare in maniera coerente le varie aree di applicazione del diritto della concorrenza che già seguono un approccio economico basato sugli effetti delle presunte condotte anticoncorrenziali sul mercato<sup>212</sup>, le autorità europee hanno intrapreso un nuovo percorso finalizzato all'abbandono di un approccio formalistico a favore di un approccio basato sugli effetti, il quale richiede la verifica dei reali pregiudizi arrecati al sistema concorrenziale e che rappresenta di certo un passo verso una maggiore convergenza delle modalità applicative delle norme antitrust tra Europa e Stati Uniti<sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> Cfr., ad es., Comunicazione della Commissione - Linee direttrici sulle restrizioni verticali (in GUCE n. C 291 del 13 ottobre 2000, pagg. 1-44), par. 7, in cui viene contemplato che “[n]ell'applicare le regole di concorrenza comunitarie, la Commissione applica un'impostazione di tipo economico, basata sugli effetti sul mercato; gli accordi verticali devono essere analizzati nel loro contesto giuridico ed economico”.

<sup>213</sup> V. Dieter De Smet, *The Diametrically Opposed Principles of US and EU Antitrust Policy*, 29(6) EUR. COMPETITION L. REV. 356 (2008). È da evidenziare, tuttavia, che nelle linee guida del 2008 sull'applicazione dell'art. 82 è contemplato che “[a]nche un comportamento tendente a uno sfruttamento diretto dei consumatori, quale ad esempio l'applicazione di prezzi eccessivamente elevati, o un determinato comportamento che pregiudichi gli sforzi compiuti per realizzare un mercato interno integrato, può rappresentare una violazione dell'articolo 82”. V. Comunicazione della Commissione recante *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti* (in GUCE n. C 45 del 24 febbraio 2009, pagg. 7-20), par. 7. Tale affermazione conferma che, al di là degli obiettivi riguardanti il benessere dei consumatori, propri della politica di concorrenza, quest'ultima continua a perseguire il fine dell'integrazione dei mercati all'interno dell'Unione europea come un fine principale, in accordo con i principi generali enunciati all'articolo 2 del Trattato.

Tale percorso si è concluso con la stesura di una Comunicazione della Commissione nel dicembre 2008<sup>214</sup>, nella quale vengono stabilite le priorità che indirizzeranno l'azione della Commissione nell'applicare l'articolo 82 al comportamento delle imprese dominanti finalizzato all'esclusione dei concorrenti dal mercato<sup>215</sup>. La Comunicazione stessa rivela che essa, in parallelo alle decisioni adottate dalla Commissione, mira a fornire maggiore chiarezza e prevedibilità riguardo al quadro generale di analisi utilizzato dalla Commissione per stabilire presunte violazioni all'art. 82, nonché ad aiutare le imprese a valutare meglio la probabilità che un certo comportamento determini un intervento della Commissione ai sensi dell'articolo 82<sup>216</sup>.

In merito all'approccio generale assunto dalla Comunicazione verso l'analisi dei comportamenti di esclusione, il potere di mercato risulta essere, come da prassi, il primo passo nella ricerca di una violazione dell'articolo 82<sup>217</sup>. Avendo espresso, nel documento di lavoro del 2005, talune perplessità nei confronti dello SSNIP test, legate alla circostanza che tale metodologia possa condurre ad una definizione di mercato rilevante troppo ampia in

---

<sup>214</sup> *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, op. ult. cit. Si evidenzia che, ancor prima dell'adozione delle linee guida, la Commissione aveva già sperimentato, in almeno tre casi, un approccio basato sulla valutazione degli effetti delle condotte sottoposte ad indagine. Cfr. Decisione della Commissione 24 maggio 2004, caso COMP/C-3/37.792, *Microsoft I* (in GUCE n. L 32 del 6 febbraio 2007, pagg. 23-28), nel quale la Commissione ha seguito un approccio basato sulla *rule of reason* al fine di stabilire se gli effetti anticoncorrenziali della vendita abbinata di Windows Media Player non prevalessero sui possibili benefici concorrenziali; Decisione della Commissione 16 luglio 2003, caso COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*, [2005] 5 CMLR 120; Decisione della Commissione 4 luglio 2007, caso COMP/38.784, *Wanadoo España/Telefónica*, (in GUCE n. C 83 del 2 aprile 2008, pagg. 6-9).

<sup>215</sup> V. *ibidem*, par. 2.

<sup>216</sup> V. *Ibidem*.

<sup>217</sup> V. *Ibidem*, par. 9.

particolari condizioni di mercato<sup>218</sup>, la Commissione ha definitivamente abbandonato tale test a favore di uno materialmente simile, ma che appare essere caratterizzato, tuttavia, da una maggior vaghezza. Il nuovo test stabilisce che qualora “un’impresa, in grado di aumentare i prezzi al di sopra del livello concorrenziale in maniera redditizia per un periodo di tempo significativo, non si trovi a far fronte a pressioni concorrenziali sufficientemente efficaci [può], in linea generale, essere considerata un’impresa dominante”<sup>219</sup>, in cui la definizione di un “periodo di tempo significativo” dipende dal prodotto e dalle circostanze del mercato in questione, comprendendo di norma un periodo di due anni<sup>220</sup>. La valutazione della posizione dominante terrà conto, inoltre, della struttura concorrenziale del mercato ed, in particolare, della posizione di mercato dell’impresa dominante e dei suoi concorrenti, della minaccia credibile di una futura espansione dei concorrenti effettivi o dell’ingresso sul mercato di concorrenti potenziali, e del potere contrattuale degli acquirenti<sup>221</sup>.

Le linee guida sanciscono l’intervento della Commissione ai sensi dell’articolo 82 esclusivamente se un determinato comportamento si rivela essere idoneo a produrre una

---

<sup>218</sup> V. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, par. 13, in cui la Commissione riconosce che all’atto dell’applicazione dello SSNIP test allo scopo di definire il mercato rilevante “the price charged by the allegedly dominant undertaking – if it is indeed dominant – will almost inevitably have been raised above the competitive level. Unless appropriately accounted for, this can lead to markets being defined too widely. This problem relates to the so-called SSNIP test and the ‘cellophane fallacy’ . . . . The existence of the cellophane fallacy implies that market definition in Article 82 cases needs to be particularly carefully considered and that any single method of market definition, including in particular the SSNIP-test, is likely to be inadequate. It is necessary to rely on a variety of methods for checking the robustness of possible alternative market definitions”.

<sup>219</sup> V. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti*, cit., par. 11.

<sup>220</sup> V. *ibidem*, pag. 8, n. 6 [n. 6].

<sup>221</sup> V. *ibidem*, par. 12.

preclusione anticoncorrenziale, definita come una preclusione commerciale che determina un danno per i consumatori ad ogni livello del mercato<sup>222</sup>. Mentre, qualora talune condotte possano soltanto frapporre ostacoli alla concorrenza senza creare efficienze, è possibile dedurre l'effetto anticoncorrenziale senza che sia necessaria da parte della Commissione una valutazione dettagliata al fine di concludere che il comportamento in questione sia pregiudizievole per i consumatori<sup>223</sup>.

Per quanto riguarda i comportamenti di esclusione basati sui prezzi, le linee guida contemplano un *as efficient competitor test*, per il quale l'intervento della Commissione si renderà necessario a meno che le situazioni di fatto suggeriscano chiaramente che un "concorrente altrettanto efficiente" possa competere in piena economicità con i prezzi dell'impresa in posizione dominante, benché il documento della Commissione riconosca che, da un punto di vista delle efficienze dinamiche, anche la posizione di un concorrente meno efficiente può, in talune circostanze, risultare meritevole di tutela<sup>224</sup>. I parametri di riferimento

---

<sup>222</sup> I fattori selezionati dalla Commissione allo scopo di valutare l'esistenza di una preclusione del mercato sono, in particolare: *a)* la posizione dell'impresa dominante; *b)* le condizioni sul mercato rilevante, che comprendono le condizioni di ingresso e di espansione sul mercato; *c)* la posizione dei concorrenti dell'impresa dominante, che comprende la rilevanza dei concorrenti per il mantenimento di una concorrenza effettiva; *d)* la posizione dei clienti o dei fornitori dei fattori di produzione; *d)* la portata del presunto comportamento abusivo; *e)* eventuali prove di effettiva preclusione; ed *e)* prove dirette di una strategia di esclusione, come, ad esempio, documenti interni che evidenziano un piano particolareggiato di adozione di un determinato comportamento per escludere un concorrente. V. *ibidem*, par. 20.

<sup>223</sup> Come afferma la stessa comunicazione, "[q]uesto avviene, ad esempio, quando l'impresa dominante impedisce ai propri clienti di testare i prodotti concorrenti o accorda loro incentivi finanziari a condizione che non lo facciano, oppure paga un distributore o un cliente per ritardare l'arrivo sul mercato di un prodotto concorrente". V. *ibidem*, par. 22.

<sup>224</sup> V. *ibidem*, par. 23-24.

dei costi utilizzati dalla Commissione sono il “costo evitabile medio” (“CEM” o “AAC”)<sup>225</sup> ed il “costo incrementale medio di lungo periodo” (“CIMLP” o “LRAIC”)<sup>226</sup>, e, in particolare, si ritiene che la mancata copertura del CEM indichi che l’impresa dominante abbia sacrificato gli utili a breve termine di modo che un concorrente altrettanto efficiente non possa rifornire i clienti target senza subire perdite, mentre la mancata copertura del CIMLP manifesti l’attitudine dell’impresa dominante a non recuperare tutti i costi fissi attribuibili per la produzione dei beni o servizi in questione e che un concorrente altrettanto efficiente potrebbe essere precluso dal mercato a causa di tale comportamento<sup>227</sup>. Nonostante simili parametri risultino essere coerenti con il pensiero economico moderno e siano in linea con l’ormai revocato *Report* del 2008 del Dipartimento di Giustizia statunitense<sup>228</sup>, è da rilevare che tali misure di costo non riescono ad essere illustrative nel caso di produzione congiunta e qualora siano presenti economie di scopo (vale a dire al ricorrere di quelle situazioni che aumentano il rischio del verificarsi di pratiche di esclusione) poiché esse non includono generalmente i

---

<sup>225</sup> Il costo evitabile medio è la media dei costi che sarebbero potuti essere evitati se l’impresa non avesse prodotto una unità supplementare di prodotto. Nella fattispecie, si tratta della quantità che è presumibilmente l’oggetto del comportamento abusivo. Nella maggior parte dei casi, il CEM e il costo variabile medio (CVM) sono gli stessi in quanto spesso possono essere evitati solo i costi variabili. V. *ibidem*, pag. 11, n. 2 [n. 18].

<sup>226</sup> Il costo incrementale medio di lungo periodo è la media di tutti i costi (fissi e variabili) che un’impresa sostiene per fabbricare un determinato prodotto. Il CIMLP e il costo totale medio (CTM) risultano essere uguali in caso di imprese che fabbricano un unico prodotto. Se le imprese che fabbricano più prodotti hanno economie di diversificazione, il CIMLP risulta essere inferiore al CTM per ciascun singolo prodotto, in quanto i costi comuni non vengono presi in considerazione nel CIMLP. Nelle situazioni in cui i costi comuni sono significativi, è possibile che essi debbano essere presi in considerazione per la valutazione della capacità della relativa impresa di precludere il mercato a concorrenti altrettanto efficienti. V. *ibidem*, pag. 11, n. 2 [n. 18].

<sup>227</sup> V. *ibidem*, par. 26.

<sup>228</sup> U.S. DEP’T OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION, COMPETITION AND MONOPOLY: SINGLE-FIRM CONDUCT UNDER SECTION 2 OF THE SHERMAN ACT (2008), cit., pagg. 62-67.



costi comuni, i quali dovrebbero essere presi in considerazione se significativi per valutare gli effetti di preclusione<sup>229</sup>.

Le linee guida, inoltre, dando seguito ad un approccio maggiormente economico fondato sulla *rule of reason*, contemplanò che il comportamento di un'impresa dominante che determina una preclusione anticoncorrenziale possa essere giustificato sulla base di considerevoli efficienze tali da compensare eventuali effetti anticoncorrenziali sui consumatori ovvero in virtù di una "necessità obiettiva"<sup>230</sup>, relativa, ad esempio, a motivi sanitari o di sicurezza attinenti alla natura del prodotto in questione, purché venga rispettato il generale principio di proporzionalità<sup>231</sup>. Per quanto riguarda, invece, le giustificazioni di efficienza, il documento della Commissione stabilisce un test articolato in quattro stadi, per il quale l'impresa deve dimostrare che: *a*) le efficienze siano state (o è probabile che siano state) realizzate in conseguenza del comportamento messo in atto; *b*) il comportamento adottato sia indispensabile per la realizzazione di tali efficienze; *c*) le probabili efficienze determinate dal comportamento in questione superino i probabili effetti negativi sulla concorrenza e sul benessere dei consumatori nei mercati interessati; e *d*) il comportamento non sopprima la concorrenza effettiva, eliminando tutte le fonti esistenti di concorrenza reale o potenziale o la maggior parte di esse<sup>232</sup>.

---

<sup>229</sup> Cfr. PETER JOHN DAVIS & ELIANA GARCÉS, *QUANTITATIVE TECHNIQUES FOR COMPETITION AND ANTITRUST ANALYSIS* 27 (Princeton University Press 2010).

<sup>230</sup> V. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, cit., par. 28.

<sup>231</sup> V. *ibidem*, par. 29.

<sup>232</sup> V. *ibidem*, par. 30. Si rileva che il nuovo test impiegato dalla Commissione impone una soglia di sbarramento particolarmente elevata per le eventuali giustificazioni di comportamenti che conducono alla preclusione dei

Infine, le linee guida affrontano in dettaglio le diverse forme specifiche di abuso, ed in particolare gli accordi di esclusiva<sup>233</sup>, le vendite abbinata e aggregate<sup>234</sup>, il comportamento predatorio<sup>235</sup>, il rifiuto di effettuare forniture<sup>236</sup> e la compressione dei margini<sup>237</sup>.

---

concorrenti sulla base di presunte efficienze economiche, al contrario di quanto disposto dalle ormai abrogate linee guida del 2008 del Dipartimento di Giustizia statunitense che, come evidenziato *supra*, contemplano un criterio della “sproporzionalità” per i casi in cui non è utilizzato un test specifico di condotta. V. U.S. DEP’T OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION, COMPETITION AND MONOPOLY: SINGLE-FIRM CONDUCT UNDER SECTION 2 OF THE SHERMAN ACT (2008), *op. ult. cit.*, pagg. 45-46.

<sup>233</sup> Per quanto riguarda i contratti di esclusiva, le linee guida non forniscono alcun test comportamentale specifico, limitandosi a sottolineare che “[I]a Commissione concentrerà la sua attenzione sui casi in cui è probabile che i consumatori, nel loro insieme, non traggano benefici” dalle condotte in esame. Ciò accade, in particolare, quando l’impresa dominante ottiene contratti di esclusiva con molti acquirenti, i quali hanno l’effetto di impedire l’ingresso o l’espansione di imprese concorrenti. V. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti*, cit., par. 34. In merito, invece, agli sconti condizionati, le linee guida hanno abbandonato il vecchio orientamento basato su una valutazione *per se* delle pratiche in esame a favore di un’analisi basata sulla preclusione di rivali commerciali ugualmente efficienti. In pratica, nel valutare la preclusione degli sconti condizionati, la Commissione non terrà solo in considerazione il loro effetto di accrescere la fedeltà con riferimento all’ultima unità individuale di prodotto, ma anche al sistema di sconti nel suo complesso e la sua capacità di impedire l’espansione o l’ingresso dei concorrenti. V. *ibidem*, par. 37-45.

<sup>234</sup> Le linee guida della Commissione, riconoscendo che le vendite abbinata e aggregate sono strategie di mercato che sovente hanno l’effetto di accrescere il benessere dei consumatori, applicano un’analisi fondata su un triplice test per il quale le vendite abbinata risultano essere in violazione dell’articolo 82 qualora: *a)* l’impresa in questione sia dominante nel mercato del prodotto principale; *b)* il prodotto principale e quello abbinato siano prodotti distinti, in base alla domanda dei consumatori; e *c)* la vendita abbinata possa determinare una preclusione anticoncorrenziale. V. *ibidem*, par. 49-50. Per quanto riguarda, invece, la vendita abbinata multiprodotto, le linee guida applicano ad esse la prova del “concorrente altrettanto efficiente”, per il quale si mettono a confronto il prezzo incrementale che i clienti pagano per ciascun prodotto dell’impresa dominante nell’offerta aggregata con il costo incrementale medio di lungo periodo della stessa. In particolare, un prezzo incrementale che risulta essere al di sotto dei livelli del CIMLP allerta l’intervento della Commissione in quanto si può determinare l’esclusione di un concorrente altrettanto efficiente. V. *ibidem*, par. 59-61.

<sup>235</sup> Le linee guida, nel valutare la legittimità dei comportamenti predatori, fanno espresso riferimento al criterio del sacrificio, per il quale l’intervento della Commissione si rende necessario qualora “vi [siano] prove che

In conclusione, è possibile affermare che le linee guida della Commissione costituiscono un cambiamento molto positivo a favore di un approccio economico in materia di abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 82. Il documento europeo, come evidenziato, riflette per molti aspetti lo stato attuale del pensiero economico e, pertanto, avanza una solida base per l'applicazione di una norma che agisce in un campo giuridico in cui errori sostanziali possono pregiudicare comportamenti legittimi o pro-competitivi, a scapito dell'efficienza economica e del benessere dei consumatori e della collettività in generale<sup>238</sup>. Tuttavia,

---

dimostrano che un'impresa dominante attua un comportamento predatorio sostenendo deliberatamente perdite o rinunciando a profitti a breve termine (un comportamento definito . . . 'sacrificio'), in modo da precludere o avere la probabilità di precludere il mercato a uno o più dei suoi concorrenti reali o potenziali allo scopo di rafforzare o di mantenere il suo potere di mercato, causando quindi un danno ai consumatori". *Ibidem*, par. 63.

<sup>236</sup> Nonostante le linee guida evidenzino in più istanze che anche le imprese in posizione dominante debbano avere la libertà di scegliere le imprese con cui entrare in affari (v. *ibidem*, par. 75), soluzione, questa, ampiamente accettata nel sistema giuridico statunitense, la Commissione ha ritenuto opportuno elaborare un test che limita in maniera considerevole l'autonomia delle imprese dominanti nello scegliere i propri partner commerciali. Il documento europeo, infatti, contempla che un rifiuto ad effettuare forniture da parte di un'impresa in posizione dominante sia ritenuto illegittimo qualora: a) "il rifiuto si [riferisca] ad un prodotto o ad un servizio obiettivamente necessario per poter competere in maniera effettiva su un mercato a valle"; b) "[sia] probabile che il rifiuto determini l'eliminazione di una concorrenza effettiva sul mercato a valle"; e c) "[sia] probabile che il rifiuto determini un danno per i consumatori". V. *ibidem*, par. 81.

<sup>237</sup> Nei casi riguardanti la compressione dei margini da parte di un'impresa dominante, "il parametro utilizzato dalla Commissione per determinare i costi di un concorrente altrettanto efficiente sarà generalmente il CIMLP del comparto a valle dell'impresa dominante integrata". *Ibidem*, par. 80.

<sup>238</sup> Tale nuovo orientamento, in un certo qual modo, si muove in controtendenza rispetto a quello registrato negli Stati Uniti a seguito della revoca del *Single-Firm Conduct Report* del 2008. Infatti, se da un lato l'ordinamento statunitense ha sperimentato negli ultimi anni una notevole sottoapplicazione della Sezione 2 dello Sherman Act, derivandone un'esigenza di rinvigorismento dell'*antitrust enforcement*, dall'altra, nel sistema giuridico europeo, l'impiego di un approccio segnatamente formalistico alle presunte violazioni dell'articolo 82 ha condotto ad un eccesso di deterrenza, che ha comportato la necessità di riformare le modalità applicative della norma a favore di

rimangono delle zone d'ombra, in quanto il documento della Commissione risulta essere talvolta particolarmente vago e costellato di eccezioni varie alle regole contemplate, fornendo in tal modo un ampio margine di discrezionalità amministrativa alla stessa Commissione, il quale non contribuisce a creare un contesto giuridico caratterizzato da una certezza del diritto che possa consentire alle imprese di agire senza timore di incorrere in presunte violazioni dell'articolo 82<sup>239</sup>.

---

un criterio basato sugli effetti delle condotte, che tenesse maggiormente in considerazione i possibili risultati pro-competitivi di quei comportamenti integranti un abuso di posizione dominante.

<sup>239</sup> V. Lisbe Finel, *The Article 82 Reform: Increasing the Incentives to Comply?*, 32(3) WORLD COMPETITION 283 (2009).

## CAPITOLO III

# ANALISI COMPARATIVA DELLA DISCIPLINA EUROPEA E STATUNITENSE IN MERITO AGLI ABUSI DI POSIZIONE DOMINANTE E AGLI ATTI DI MONOPOLIZZAZIONE

SOMMARIO: 1. *Posizione dominante e monopolio: considerazioni comparative generali.* – 2. *Elementi di base per l'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante o di monopolio.* – 2.1. *Definizione del mercato rilevante.* – 2.2. *Misurazione del potere di mercato.* – 2.3. *Posizione dominante collettiva e situazioni di monopolio congiunto.* – 2.4. *Analisi delle barriere all'entrata.* – 3. *Identificazione delle condotte anticoncorrenziali.* – 3.1. *Abusi di sfruttamento e strategie esclusive.* – 3.2. *Requisito dell'intento.*

### 1. Posizione dominante e monopolio: considerazioni comparative generali.

Sotto un profilo generale, è possibile affermare che il sistema giuridico statunitense e quello dell'Unione europea si differenziano, prima ancora che nelle modalità concrete con cui le singole fattispecie illecite vengono disciplinate, nelle ipotesi e congetture di fondo su cui si basano le rispettive normative. Tale dissomiglianza è resa evidente dai recenti strumenti adottati negli Stati Uniti ed in Europa in merito alla regolamentazione dei casi di monopolizzazione e abuso di posizione dominante.

Negli Stati Uniti, il *Single-Firm Conduct Report* del 2008<sup>1</sup>, benché revocato dall'attuale amministrazione, rivela due elementi essenziali su cui si è tradizionalmente basata l'intera disciplina antitrust in materia di monopolizzazione. Innanzitutto, si palesa la convinzione che un'efficiente allocazione delle risorse ed un impulso rilevante all'innovazione tecnologica possa provenire esclusivamente da un processo concorrenziale vigoroso. Il documento governativo, infatti, riconosce un ruolo importante alla promozione della crescita economica e al potere di mercato, concependo quest'ultimo come un giusto riconoscimento per quelle imprese che hanno impiegato capitali e risorse in investimenti rischiosi. La giurisprudenza statunitense ha, in merito, costantemente affermato che il mero possesso di una posizione di monopolio non costituisce, di per sé, una violazione delle norme antitrust<sup>2</sup>, sostenendo altresì che essa rappresenta un importante elemento del sistema di libero mercato, giacché la possibilità di imporre prezzi di monopolio, almeno per periodi brevi, risulta essere ciò che in primo luogo attrae lo spirito imprenditoriale e che induce le imprese ad assumersi rischi allo scopo di produrre innovazione e crescita economica<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> U.S. DEP'T OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION, COMPETITION AND MONOPOLY: SINGLE-FIRM CONDUCT UNDER SECTION 2 OF THE SHERMAN ACT (2008), disponibile presso il sito <http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf> [di seguito "linee guida", "Report" o "rapporto del 2008"].

<sup>2</sup> Cfr., ad es., il caso *United States v Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), in cui il giudice ha riepilogato lo *status quo* della disciplina in materia di monopolizzazione affermando che "[t]he successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins". *Ibidem*, pag. 431.

<sup>3</sup> Cfr., ad es., il caso *Verizon Commc'ns., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P.*, 540 U.S. 398 (2004), in cui la Corte Suprema ha sancito che "[t]he mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only lawful; it is an important element of the freemarket system. The opportunity to charge monopoly prices - at least for a short period - is what attracts 'business acumen' in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth". *Ibidem*, pag. 407.

In secondo luogo, è radicata negli Stati Uniti la consapevolezza della difficoltà di distinguere, in concreto, pratiche commerciali che riducono l'efficienza economica da quelle che producono effetti positivi per l'economia ed il mercato. Il Dipartimento di Giustizia, pur non negando che taluni comportamenti esclusori e predatori possano pregiudicare il processo concorrenziale, sottolinea la preferenza a compiere errori c.d. del "secondo tipo" (falsi negativi) piuttosto che proibire condotte procompetitive<sup>4</sup>.

Queste due posizioni di fondo del sistema statunitense si sono tipicamente tradotte nella creazione di "zone di sicurezza" (*safe harbors*), che offrono alle aziende maggior certezza in merito alla non perseguibilità di talune pratiche commerciali, nonché in un più gravoso *onus probandi* a carico delle parti attrici, che hanno rafforzato un contesto in cui le condotte

---

<sup>4</sup> V. U.S. DEP'T OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION, COMPETITION AND MONOPOLY: SINGLE-FIRM CONDUCT UNDER SECTION 2 OF THE SHERMAN ACT, *op. ult. cit.*, pag. 102, in cui il Dipartimento di Giustizia ha avuto modo di affermare che "the risk of false negatives posed by employing the safe harbor is insufficient to warrant further consideration of conduct that comes within the safe harbor, given the administrative costs of proceeding, the risk of erroneous condemnations of conduct, and, perhaps most importantly, the potential chilling effect on legitimate price discounting". V. anche il rapporto dell'Antitrust Modernization Commission (AMC), Commissione governativa creata nel 2002 a seguito dell'Antitrust Modernization Commission Act (15 U.S.C. 1) e sciolta nel 2007 (avente il compito, ai sensi della Sezione 11053 della norma, di esaminare, *inter alia*, l'esistenza di una specifica necessità di modernizzare le norme antitrust e di identificare e studiare le questioni rilevanti), ANTITRUST MODERNIZATION COMM'N, REPORT AND RECOMMENDATIONS 94-100 (2007), disponibile presso il sito [http://govinfo.library.unt.edu/amc/report\\_recommendation/amc\\_final\\_report.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf), in cui si evidenzia la preoccupazione della Commissione in merito alla possibilità di incorrere in falsi positivi nel perseguire i comportamenti esclusori delle imprese. Simili timori sono stati ampiamente espressi anche dalla dottrina. Cfr., *ex multis*, 3 PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW ¶ 749(b)(2) (Supp. 2007); Daniel A. Crane, *Mixed Bundling, Profit Sacrifice, and Consumer Welfare*, 55 EMORY L.J. 423, 465-68 (2006). *Contra*, v. Roy T. Englert Jr., *Defending the Result in Lepage's v. 3M: A Response to Other Commentators*, 50 ANTITRUST BULL. 481, 485-86, 497 (2005), nel quale l'autore, sebbene con riferimento specifico alla materia delle politiche di prezzo realizzate dalle imprese, suggerisce una maggior attenzione sulla possibilità di incorrere in falsi negativi.

unilaterali, anche se attuate da imprese con un ampio potere di mercato, sono circondate da una generale presunzione di legalità. Il Dipartimento di Giustizia statunitense si è spinto fino a stabilire un test di “sproporzionalità” (oggetto di forti critiche e compreso tra i motivi che hanno condotto alla revoca delle linee guida del 2008) che raccomandava ai giudici di condannare le condotte unilaterali solo se i possibili pregiudizi concorrenziali di queste ultime superavano in maniera considerevole i possibili effetti procompetitivi. Lo standard adottato dal Dipartimento di Giustizia si pone in contrasto con la stessa prassi giudiziaria che si è tradizionalmente basata su un test di bilanciamento degli effetti per il quale un determinato comportamento viene condannato qualora gli effetti negativi sotto un profilo concorrenziale non siano compensati da effetti procompetitivi<sup>5</sup>. Nonostante le linee guida del Dipartimento di Giustizia non siano più in vigore, in quanto la nuova amministrazione si è espressa a favore di un nuovo orientamento in materia di condotte unilaterali<sup>6</sup>, il *Report* del 2008 nondimeno rappresenta un indicatore di quella che è la tendenza di fondo del diritto antitrust statunitense, il quale risulta fortemente orientato verso l’affermazione di un libero mercato, nonché caratterizzato da una relativa ingerenza del sistema giuridico e connotato da un approccio particolarmente garantista nei confronti dei comportamenti commerciali delle imprese dotate di potere di mercato.

---

<sup>5</sup> Il Dipartimento di Giustizia, tuttavia, ha difeso il suo standard affermando che esso si limita a riconoscere che “the cost of legal rules that erroneously condemn procompetitive conduct likely will be higher and more persistent than the cost of rules that erroneously exonerate anticompetitive conduct”. U.S. DEP’T OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION, COMPETITION AND MONOPOLY: SINGLE-FIRM CONDUCT UNDER SECTION 2 OF THE SHERMAN ACT, *op. ult. cit.*, pag. 45.

<sup>6</sup> V. *supra*, Cap. II, par. 3.



In ambito europeo, la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di abuso di posizione dominante ha nel tempo elaborato una serie di principi che hanno comportato il sostanziale riconoscimento di una illegittimità *per se* nei confronti di talune fattispecie di condotte unilaterali, oltre a sviluppare una propensione a giudicare negativamente quei comportamenti che arrecano un pregiudizio alle imprese concorrenti e da cui discende una maggiore concentrazione del mercato. Le linee guida della Commissione del 2009<sup>7</sup> segnano un importante cambio di direzione rispetto agli orientamenti precedenti in materia di abuso di posizione dominante. Il documento dell'organo esecutivo europeo, infatti, risulta dotato di una portata particolarmente innovativa poiché stabilisce, *inter alia*, la preminenza della salvaguardia dei consumatori tra gli obiettivi della politica di concorrenza<sup>8</sup> e respinge apertamente qualsiasi tipo di sostegno nei confronti dei concorrenti meno efficienti<sup>9</sup>.

Tuttavia, la posizione della Commissione in merito al ruolo che assume il potere di mercato nella promozione degli investimenti e dell'innovazione si discosta in maniera sensibile dall'approccio statunitense. In materia di rifiuto di contrarre<sup>10</sup>, ad esempio, viene riconosciuto che l'imposizione di un obbligo di fornitura "può compromettere gli incentivi

---

<sup>7</sup> V. Comunicazione della Commissione recante *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti* (in GUCE n. C 45 del 24 febbraio 2009, pagg. 7-20).

<sup>8</sup> V. *ibidem*, par. 5, nel quale si afferma che "[n]ell'applicare l'articolo [102 TFUE] al comportamento volto all'esclusione dei concorrenti dal mercato adottato da imprese dominanti, la Commissione si concentrerà sui tipi di comportamento maggiormente dannosi per i consumatori".

<sup>9</sup> V. *ibidem*, par. 23, in cui la Commissione sostiene che essa "interverrà di norma soltanto quando il comportamento in questione ha già ostacolato o è atto ad ostacolare la concorrenza da parte dei concorrenti che sono considerati efficienti quanto l'impresa dominante".

<sup>10</sup> Sull'argomento, v., *amplius, infra* Cap. 4, par. 1.

delle imprese ad investire ed innovare e quindi eventualmente danneggiare i consumatori”<sup>11</sup>. Le linee guida europee spiegano, infatti, che “[l]a consapevolezza di poter essere obbligate a effettuare forniture contro la loro volontà può far sì che le imprese dominanti - o le imprese che prevedono di diventare dominanti - non investano, o investano meno, nell’attività in questione”, potendo verificarsi altresì una situazione in cui “[i] concorrenti possono (...) essere tentati di sfruttare opportunisticamente gli investimenti fatti dall’impresa dominante (attuando il cosiddetto ‘free-riding’) anziché investire”<sup>12</sup>.

Nonostante tali premesse, la Commissione nondimeno ha articolato una regola che si discosta dall’orientamento assunto dalla Corte Suprema nel caso *Trinko* in base al quale, nel contesto giuridico statunitense, risulta particolarmente difficoltoso per la parte querelante costringere un’impresa in posizione dominante a condividere elementi della sua proprietà. In particolare, le linee guida europee spiegano che un rifiuto di effettuare forniture risulta trasgredire l’art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea<sup>13</sup> qualora “la fornitura del fattore di produzione negato sia obiettivamente necessaria per gli operatori per poter competere in maniera effettiva sul mercato”, ove un fattore di produzione risulta essere indispensabile allorché “non esist[a] un succedaneo effettivo o potenziale sul quale i concorrenti nel mercato a valle potrebbero contare in modo da contrastare - almeno a lungo termine - le conseguenze negative del rifiuto”<sup>14</sup>. Una simile definizione, che include anche le

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, par. 75.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea (in GUCE n. C 83 del 30 marzo 2010, pagg. 47-199) [di seguito “TFUE”].

<sup>14</sup> *Ibidem*, par. 83. V. anche C. giust., sent. 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione delle Comunità europee* (in

fattispecie di concessione in licenza di diritti di proprietà intellettuale<sup>15</sup>, si discosta anche dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha costantemente sostenuto che un'impresa dominante può essere obbligata a condividere la sua proprietà solo al ricorrere di circostanze eccezionali, tra le quali figura l'evenienza che il rifiuto in questione possa ostacolare l'ingresso di un prodotto nuovo sul mercato a valle per il quale esista una concreta domanda<sup>16</sup>. Il documento della Commissione sembra invece sostituire questo requisito con un test basato sul benessere che mette a confronto le conseguenze negative del rifiuto con gli eventuali esiti anticoncorrenziali derivanti dall'imposizione di un obbligo di fornitura<sup>17</sup>.

Inoltre, le linee guida evidenziano come i criteri per la determinazione dell'illegittimità si applichino sia “in caso di turbativa di forniture precedenti che di rifiuto di fornire un bene o un servizio che l'impresa dominante non ha precedentemente fornito ad altri”<sup>18</sup>. L'inclusione del rifiuto di effettuare forniture *de novo* si discosta dalla giurisprudenza statunitense

---

*Raccolta*, 1995, pag. I-743) [di seguito “*Magill*”], par. 52-53; C. giust., sent. 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG* (domanda di pronuncia pregiudiziale dell'Oberlandesgericht di Vienna) (in *Raccolta*, 1998, pag. I-7791), par. 44-45; Trib. primo grado, sent. 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2007, pag. II-3601), par. 421.

<sup>15</sup> V. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, op. ult. cit., par. 78.

<sup>16</sup> Cfr. C. giust., sent. 5 ottobre 1988, causa 238/87, *Volvo AB c. Erik Veng (UK) Ltd.* (domanda di pronuncia pregiudiziale della High Court of Justice of England and Wales) (in *Raccolta*, 1988, pag. 6211), par. 9; C. giust., sent. 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *Magill*, cit., par. 50; C. giust., sent. 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG*. (domanda di pronuncia pregiudiziale del Landgericht di Francoforte sul Meno) (in *Raccolta*, 2004, pag. I-5039), par. 35-38.

<sup>17</sup> V. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, op. ult. cit., par. 86-88.

<sup>18</sup> V. *Ibidem*, par. 84.

affermata nel caso *Aspen*, in cui la violazione della Sezione 2 dello Sherman Act è stata riconosciuta proprio sulla base dell'interruzione operata dall'impresa convenuta ad una precedente collaborazione commerciale<sup>19</sup>.

È opportuno rilevare, infine, che le linee guida europee, a differenza del *Report* del Dipartimento di Giustizia, non esaminano le conseguenze dell'eventuale possibilità di commettere errori del primo o del secondo tipo (che portano, rispettivamente, a condannare un comportamento legittimo, o proconcorrenziale, e ad ignorare un comportamento anticoncorrenziale), mostrando in tal modo una certa propensione ad evitare un contesto giuridico caratterizzato da una sotto-deterrenza dei comportamenti illegittimi. L'ordinamento statunitense, infatti, consente alle imprese di dimostrare che le loro condotte possano dare luogo ad efficienze economiche sia sulla base di un test di bilanciamento degli effetti, elaborato dalla giurisprudenza, sia sulla base di un (ormai estinto e mai applicato) test di "sproporzionalità" concepito dal Dipartimento di Giustizia. Di contro, la Commissione europea ha proposto una difesa per le imprese, basata sull'efficienza, la quale risulta essere tuttavia particolarmente restrittiva, in quanto i soggetti convenuti sono tenuti a "fornire tutte le prove necessarie per dimostrare che il comportamento in questione [sia] obiettivamente giustificato"<sup>20</sup> e che in particolare: *a)* le efficienze siano state realizzate in conseguenza del comportamento oggetto dell'indagine; *b)* il comportamento sia indispensabile per la

---

<sup>19</sup> V. *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 603 (1985), in cui la corte sottolinea che "[i]n the actual case . . . the monopolist did not merely reject a novel offer to participate in a cooperative venture that had been proposed by a competitor. Rather, the monopolist elected to make an important change in a pattern of distribution that had originated in a competitive market and had persisted for several years".

<sup>20</sup> *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, *op. ult. cit.*, par. 31.

realizzazione di tali efficienze; c) le probabili efficienze determinate dal comportamento in questione superino probabili effetti negativi sulla concorrenza e sul benessere dei consumatori nei mercati interessati; e d) il comportamento non sopprima la concorrenza effettiva<sup>21</sup>.

Da ultimo, allo scopo di evidenziare l'approccio più mitigato che l'ordinamento statunitense ha tradizionalmente adottato nei confronti di presunte fattispecie illegittime (malgrado i recenti cambiamenti di rotta indotti dalla nuova amministrazione), si rileva che sia il *Report* del Dipartimento di Giustizia che la giurisprudenza della Corte Suprema hanno elaborato diversi meccanismi di salvaguardia per le condotte unilaterali, nella forma di requisiti ulteriori per stabilire l'illegittimità di un comportamento, con il proposito di diminuire la possibilità di incorrere in falsi positivi. Una simile tutela non esiste, invece, nell'ambito dell'Unione europea, ove le linee guida della Commissione, ad esempio, non contemplano per i prezzi predatori la prova del recupero successivo degli investimenti per poterne definire l'illegittimità e, come accennato, il rifiuto di contrarre non richiede una stretta indispensabilità del fattore di produzione negato<sup>22</sup>.

Da tale contesto, ne risulta un ordinamento europeo più severo rispetto a quello statunitense in materia di abuso di posizione dominante, nel quale un insieme maggiore di

---

<sup>21</sup> V. *ibidem*, par. 30.

<sup>22</sup> V. *ibidem*, par. 83, in cui la Commissione afferma che “[n]el valutare se un rifiuto di effettuare forniture merita la sua attenzione prioritaria, [essa] considererà se la fornitura del fattore di produzione negato sia obiettivamente necessaria per gli operatori per poter competere in maniera effettiva sul mercato”, aggiungendo subito dopo che “[q]uesto non significa che, senza il fattore di produzione negato, nessun concorrente potrebbe mai entrare o sopravvivere sul mercato a valle”. V. anche Trib. primo grado, sent. 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 428 e 560-563.

pratiche commerciali risulta essere potenzialmente soggetto ad un giudizio di illegittimità sotto il profilo concorrenziale.

## 2. Elementi di base per l'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante o di monopolio.

Gli elementi di base utili per l'accertamento di una violazione della Sezione 2 dello Sherman Act e dell'articolo 102 TFUE risultano essere, *prima facie*, caratterizzati da rimarchevoli affinità, che rivelano una sostanziale omogeneità dei due ordinamenti nella valutazione dei requisiti essenziali necessari per l'identificazione di situazioni illegittime. Come già rilevato<sup>23</sup>, la Sezione 2 dello Sherman Act richiede, per poter riscontrare una violazione, il possesso di un potere di monopolio nel mercato rilevante e l'acquisizione dolosa o il mantenimento intenzionale di tale potere attraverso modalità anticoncorrenziali<sup>24</sup>. L'articolo 102, di contro, vieta lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune e identifica specifiche tipologie di comportamento atte a costituire un abuso. Entrambe le formulazioni richiedono, pertanto, il possesso di un potere di monopolio o di una posizione dominante in un mercato rilevante e il mantenimento di detto potere di monopolio attraverso una condotta anticoncorrenziale od un abuso della posizione dominante.

Tuttavia, nonostante la rilevata analogia di fondo tra i due sistemi giuridici, la Sezione 2 dello Sherman Act e l'articolo 102 sono stati oggetto di diverse interpretazioni nei due

---

<sup>23</sup> V. *supra*, Cap. II, par. 2 e par. 2.2.

<sup>24</sup> Cfr. *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-71 (1966).

ordinamenti a causa di differenti strategie politiche o scelte economiche contingenti, per le quali, sebbene sia possibile rintracciare analogie per quanto riguarda i concetti di “posizione dominante” e “potere di monopolio”, le definizioni di “comportamento anticoncorrenziale” o “abuso” risultano essere caratterizzate invece, *ut infra*, da divergenze significative.

Come già si è avuto modo di osservare<sup>25</sup>, i testi normativi in entrambi gli ordinamenti non contemplano una definizione di potere di monopolio o di posizione dominante, le cui nozioni sono state elaborate per via giurisprudenziale in maniera, comunque, non dissimile. La Corte di giustizia ha qualificato lo stato di dominanza come una condizione in cui l’impresa in questione è contraddistinta dalla capacità di comportarsi in modo apprezzabilmente indipendente rispetto ai concorrenti, ai clienti e ai consumatori, nonché dalla capacità di impedire una concorrenza effettiva in un mercato rilevante<sup>26</sup>. Più di recente, negli “Orientamenti sulle priorità nell’applicazione dell’articolo [102 TFUE] al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti”, la Commissione ha legato la definizione di posizione dominante all’esistenza di un significativo potere di mercato. Infatti, essa, facendo riferimento alla nozione di posizione dominante elaborata dalla giurisprudenza, ha sostenuto che “[i]l concetto di indipendenza è correlato al grado di pressione concorrenziale esercitata sull’impresa in questione” e che “[l]’esistenza di una posizione dominante significa che tali pressioni concorrenziali non sono sufficientemente

---

<sup>25</sup> V. *supra*, Cap. II, par. 2.2 e par. 5.

<sup>26</sup> V. C. giust., sent. 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1978, pag. 207), par. 65; C. giust., sent. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1979, pag. 461), par. 38; C. giust., sent. 9 novembre 1983, causa 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1983, pag. 3461), par. 30.

efficaci e che l'impresa in questione gode pertanto di un considerevole potere di mercato durante un certo periodo<sup>27</sup>.

Per quanto riguarda il sistema statunitense, la Corte Suprema ha fornito una nozione più specifica del potere di monopolio, definendo quest'ultimo come il "potere di controllare i prezzi o di escludere la concorrenza"<sup>28</sup>, sebbene le corti inferiori abbiano elaborato una definizione di tale potere maggiormente informata ai principi economici e basata sull'idea che un'impresa risulti essere monopolista qualora essa possa proficuamente innalzare i prezzi fino ad un livello considerevolmente superiore rispetto a quello concorrenziale<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, cit., par. 10. Simile definizione, d'altronde, risulta essere coerente con la nozione data dalla giurisprudenza, nonché con la legislazione derivata europea, in cui il concetto di dominanza viene descritto in termini di potere di mercato. V., ad es., Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002 che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro) (in GUCE n. L 108 del 24 aprile 2002, pag. 33), il cui art. 14, par. 2, prevede che "un'impresa disponga di un significativo potere di mercato se, individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione equivalente ad una posizione dominante ossia una posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori".

<sup>28</sup> V. *United States v. E.I. Du Pont De Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 391 (1956). Per la giurisprudenza anteriore, v. anche *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781, 811 (1946); *Apex Hosiery Co. v. Leader*, 310 U.S. 469, 501 (1940); *Standard Oil Co. of N.J. v. United States*, 221 U.S. 1, 58 (1911). Per la dottrina in materia, v., *inter alios*, Arthur H. Cole, *An Appraisal of Economic Change: Twentieth Century Entrepreneurship in the United States and Economic Growth*, 44(2) AM. ECON. REV. 35 (1954); Phil C. Neal, *The Clayton Act and the Transamerica Case*, 5 STAN. L. REV. 179, 205, 213 (1953).

<sup>29</sup> Cfr. *Bradburn Parent/Teacher Store v. 3M*, No. 02-7676, 2004 U.S. Dist. LEXIS 16193, 13 (E.D. Pa. Aug. 17, 2004); *Dickson v. Microsoft Corp.*, 309 F.3d 193, 199 n.1 (4th Cir. 2002); *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 51 (D.C. Cir. 2001) (*en banc*); *Nobody in Particular Presents v. Clear Channel Commc'ns*, 311 F.Supp. 2d 1048, 1100 (D. Colo. 2004).



Entrambi i sistemi giuridici, per verificare la sussistenza di un potere di mercato da parte di una determinata impresa, adottano, inoltre, un'analisi fondata su tre fasi necessarie, le quali si articolano consecutivamente e prevedono: *a)* la definizione del mercato rilevante; *b)* l'esame delle quote di mercato; e *c)* la valutazione di ulteriori eventuali restrizioni concorrenziali, quali, in particolare, la presenza di barriere all'entrata<sup>30</sup>.

### *2.1. Definizione del mercato rilevante.*

Dunque, l'analisi in merito all'esistenza di un potere monopolistico o di una posizione dominante parte dall'identificazione del mercato rilevante, sia sotto un profilo merceologico che geografico. In tale processo i criteri utilizzati per l'analisi del mercato sono simili sia negli Stati Uniti che nell'Unione europea. Per quanto riguarda quest'ultima, la Corte di giustizia nel caso *Continental Can*<sup>31</sup> ha riconosciuto un test di intercambiabilità<sup>32</sup> dal lato della domanda ai fini della definizione del mercato merceologico, sebbene in una successiva pronuncia<sup>33</sup> essa abbia attribuito a tale test un'applicazione limitata<sup>34</sup>, oltre ad aver introdotto

---

<sup>30</sup> V., ad es., *ex multis*, C. giust., sent. 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1973, pag. 215); *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966).

<sup>31</sup> C. giust., sent. 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione delle Comunità europee*, cit.

<sup>32</sup> V. *ibidem*, par. 32-34.

<sup>33</sup> V. C. giust., sent. 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee*, cit.

<sup>34</sup> V. *ibidem*, par. 22-35, in cui la corte afferma che il prodotto oggetto della controversia determina un mercato a parte per il so fatto che esso sia "poco intercambiabile" rispetto ad altri prodotti simili. Tale riduzione della

l'elasticità incrociata quale elemento utile per la determinazione del mercato<sup>35</sup>. Questi principi sono stati elaborati nella Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto europeo in materia di concorrenza<sup>36</sup>, la quale, oltre ad indicare la sostituibilità come criterio di base per la definizione del mercato, individuando quale strumento utile di analisi lo "SSNIP" test, ha anche riconosciuto i limiti di questo metodo evidenziati dalla c.d. teoria della *cellophane fallacy*<sup>37</sup>. È da rilevare, tuttavia, che proprio tale difetto ha portato la Commissione dapprima ad esprimere scetticismo nei confronti dello SSNIP test<sup>38</sup> e poi ad abbandonarlo definitivamente con il documento di riforma del 2009<sup>39</sup>.

---

portata del requisito dell'intercambiabilità ha comportato la possibilità di una definizione più ristretta di mercato merceologico rilevante qualora i beni sostituti non siano continuativamente disponibili nel lungo periodo.

<sup>35</sup> In particolare, la Corte ha tenuto conto dell'elasticità incrociata della domanda tra le banane ed altri frutti, facendo notare che il calo dei prezzi di questi ultimi durante i mesi estivi ha avuto un effetto tangibile sul prezzo delle banane, sebbene di una misura non superiore al 20%. Da questa circostanza, la corte ha concluso che la frutta fresca in generale risulta essere solo in misura limitata un prodotto sostituito alle banane, definendo per quest'ultima un mercato merceologico distinto. V. *ibidem*, par. 28 e par. 35.

<sup>36</sup> Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (in GUCE n. C 372 del 9 dicembre 1997, pagg. 5-13).

<sup>37</sup> V. *supra*, Cap. II, par. 5. La Commissione, infatti, riconosce che "[d]i norma (...) il prezzo da prendere in considerazione sarà il prezzo esistente sul mercato. Ma si dovrebbe procedere in modo diverso se il prezzo prevalente si fosse formato in assenza di sufficiente concorrenza. Specie in caso di accertamenti su abusi di posizione dominante si terrà conto del fatto che il prezzo prevalente potrebbe già incorporare un sostanzioso premio". Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, cit., par. 19.

<sup>38</sup> V. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* (dic. 2005), par. 13, disponibile presso il sito <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

<sup>39</sup> V. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, cit., par. 11, in cui si sostiene che "un'impresa in grado di aumentare i prezzi al di sopra del livello concorrenziale in maniera

Nell'ordinamento statunitense, invece, la Corte Suprema ha respinto l'opinione che i prodotti, allo scopo di poter essere inclusi all'interno di uno stesso mercato, debbano essere necessariamente fungibili o che solo prodotti fisicamente identici possano costituire il mercato merceologico rilevante<sup>40</sup>. Essa ha stabilito, infatti, che i beni alternativi considerati come ragionevolmente intercambiabili dai consumatori per gli stessi fini debbano essere inclusi all'interno della definizione del mercato merceologico rilevante<sup>41</sup>, così come deve essere data debita considerazione a condizioni di elevata elasticità incrociata della domanda quale indicativa di un mercato merceologico più ampio<sup>42</sup>. L'ormai revocato *Report* del settembre 2008 contemplava lo SSNIP test, definito anche come “paradigma dell'ipotetico monopolista”, quale strumento di analisi per la definizione del mercato rilevante e, benché il Dipartimento di Giustizia avesse sottolineato, parimenti a quanto fatto dalla Commissione nel 2005, i limiti di tale metodologia legati alla *cellophane fallacy*, essa ha comunque stabilito la

---

redditizia per un periodo di tempo significativo non si trovi a far fronte a pressioni concorrenziali sufficientemente efficaci e possa pertanto, in linea generale, essere considerata un'impresa dominante”, ove per “periodo di tempo significativo” si intende, generalmente, un intervallo di due anni. V. anche, *amplius, supra*, Cap. II, par. 5.

<sup>40</sup> V. *United States v. E.I. Du Pont De Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 394 (1956), in cui la corte osserva che “where there are market alternatives that buyers may readily use for their purposes, illegal monopoly does not exist merely because the product said to be monopolized differs from others. If it were not so, only physically identical products would be a part of the market”. V. anche *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc.*, 504 U.S. 451, 481-82 (1992); *Brown Shoe Co., Inc., v. United States*, 370 U.S. 294, 326-27 (1962).

<sup>41</sup> V. *E.I. Du Pont De Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 404 (1956); *Eastman Kodak Co.*, 504 U.S. 451, 481-82 (1992); *Brown Shoe Co., Inc.*, 370 U.S. 294, 324-25 (1962).

<sup>42</sup> V. *E.I. Du Pont De Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 400 (1956); *Eastman Kodak Co.*, 504 U.S. 451, 469-70 (1992); *Brown Shoe Co., Inc.*, 370 U.S. 294, 325 (1962). V. anche, in letteratura, PHILLIP AREEDA & LOUIS KAPLOW, *ANTITRUST ANALYSIS* ¶ 342(C) (4th ed. 1988 & Supp., Aspen 1994).

non sussistenza di criteri alternativi diffusamente accettati<sup>43</sup>, mostrando nuovamente in tal modo una limitata sensibilità nei confronti del rischio di incorrere in falsi negativi.

Nonostante le analogie riscontrabili tra il linguaggio adoperato dalla giurisprudenza e dalle linee guida nei due ordinamenti in esame, è opportuno sottolineare che l'applicazione dei criteri di definizione del mercato merceologico rilevante in ambito europeo ha generalmente favorito una determinazione ristretta dei mercati, a svantaggio delle imprese poste sotto accusa che si sono tipicamente viste assegnare quote di mercato più alte di quanto probabilmente sarebbe accaduto nell'ordinamento statunitense<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> V. U.S. DEP'T OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION, COMPETITION AND MONOPOLY: SINGLE-FIRM CONDUCT UNDER SECTION 2 OF THE SHERMAN ACT, cit., pagg. 26-27. È da rilevare tuttavia che, mentre il test dell'ipotetico monopolista risulta essere ampiamente utilizzato nel contesto della disciplina delle concentrazioni, nell'ambito dei casi inerenti possibili violazioni della Sezione 2 dello Sherman Act le corti hanno generalmente utilizzato il test dell'intercambiabilità. Non sono tuttavia mancati casi, anche recenti, in cui i giudici statunitensi hanno indicato lo SSNIP test come strumento di analisi utile nei casi relativi a presunte violazioni delle norme antitrust previste sia dallo Sherman Act che dal Clayton Act. V., ad es., *Federal Trade Commission v. Whole Foods Mkt., Inc.*, 548 F.3d 1028, 1038, 383 U.S. App. D.C. 341 (D.C. Cir. 2008); *Ky. Speedway, LLC v. Nat'l Ass'n of Stock Car Auto Racing*, 588 F.3d 908, 918 (6th Cir. 2009).

<sup>44</sup> V., ad es., C. giust., sent. 6 marzo 1974, cause riunite 6-7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1974, pag. 223), in cui la società convenuta controllava una quota sostanziale del mercato di una determinata materia prima, che non subiva la concorrenza di prodotti sostitutivi prontamente disponibili. La materia prima era essenziale per la produzione di etambutolo, il quale è stato ritenuto intercambiabile con altri farmaci anti-tubercolosi. In questo mercato più ampio la convenuta non deteneva una quota di mercato sufficiente a stabilire una posizione dominante. Tuttavia, la Corte di giustizia ha indicato quale mercato merceologico rilevante quello relativo alla materia prima ed ha proceduto a valutare gli effetti di un abuso nel mercato derivato dell'etambutolo attraverso una misurazione delle quote nel mercato della materia prima. V. anche Decisione della Commissione del 21 novembre 2001, n. 2003/2/CE, caso COMP/E-1/37.512, *Vitamine* (in *GUCE* n. L 6 del 10 gennaio 2003, pagg. 1-89), e successivo appello in C. giust., sent. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee*, cit., in cui la Commissione, sostenuta in sede d'appello dalla Corte di giustizia, ha riscontrato un tasso di intercambiabilità insufficiente tra le vitamine del gruppo C e del gruppo E, in

## 2.2. Misurazione del potere di mercato.

Le divergenze tra i due ordinamenti diventano più significative nella misurazione del potere di mercato. È possibile affermare che l'entità delle quote di mercato necessaria per la constatazione di una posizione dominante all'interno dell'Unione europea è generalmente inferiore a quella occorrente per stabilire una posizione di monopolio negli Stati Uniti. La giurisprudenza europea ha sostenuto che, in via generale, percentuali molto ampie di quote di mercato costituiscono, in assenza di circostanze eccezionali, una prova sufficiente dell'esistenza di una posizione dominante<sup>45</sup>. Sulla base di tale affermazione, la Corte di giustizia ha avuto modo di sancire che una quota di mercato pari al 50% rappresenta un valore molto elevato il quale, unitamente alla circostanza che tale percentuale sia stata detenuta per un numero considerevole di anni, costituisce una prova sufficiente per stabilire la presenza di una posizione dominante<sup>46</sup>. Pertanto, nel sistema giuridico europeo, una quota di mercato del 50% risulta essere idonea a creare una presunzione di posizione dominante, a meno che non ricorrano circostanze eccezionali, le quali, tuttavia, non sembrerebbero sufficienti in caso di quote di mercato nettamente superiori al 50%, anche in considerazione del fatto che la corte di

---

quanto queste ultime trovano utilizzo anche nel settore farmaceutico e negli alimenti per animali, riscontrando pertanto due mercati differenti.

<sup>45</sup> V. C. giust., sent. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 41, e, da ultimo, Trib., sent. 25 giugno 2010, causa T-66/01, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commissione europea* (non ancora pubblicata in *Raccolta*), par. 256.

<sup>46</sup> V. C. giust., sent. 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1991, pag. I-3359), par. 59-62.

prima istanza ha sostenuto che una quota pari al 60% determina, di per sé, una forte presunzione di dominanza<sup>47</sup>.

La giurisprudenza statunitense, invece, mostra un'inclinazione a richiedere più elevati livelli di quote di mercato al fine di accertare l'esistenza di un potere di monopolio. Una quota pari al 70% rappresenta generalmente la linea di demarcazione oltre la quale un'impresa può detenere un potere di monopolio, e al di sotto della quale le corti non sono propense ad individuare una posizione di monopolio in assenza di condizioni di mercato particolari che conferiscano alle imprese in questione la capacità di alzare i prezzi o di escludere la concorrenza<sup>48</sup>. Infatti, è stato sostenuto che una partecipazione pari al, o maggiore del, 70% sia sufficiente ad accertare una posizione monopolistica<sup>49</sup>, mentre invece una percentuale tra il

---

<sup>47</sup> V. Trib. primo grado, sent. 30 settembre 2003, cause riunite T-191/98, T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line AB e altri c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2003, pag. II-3275), par. 908.

<sup>48</sup> V., ad es., *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416, 424 (2d Cir. 1945), in cui la corte afferma che "[t]he percentage . . . over ninety . . . is enough to constitute a monopoly; it is doubtful whether sixty or sixty-four percent would be enough; and certainly thirty-three per cent is not". Nonostante la pronuncia relativa al caso *Alcoa* sia alquanto datata, è *communis opinio* che la regola introdotta dal giudice Hand sia ancora una buona approssimazione delle quote di mercato richieste dalla giurisprudenza statunitense per determinare una posizione di monopolio. V., *ex multis*, AM. BAR ASS'N, SECTION OF ANTITRUST LAW ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS 230 (Jonathan M. Jacobson ed., 2007).

<sup>49</sup> V. *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 162 (1911), in cui è stata riconosciuta una posizione di monopolio con una quota di mercato pari all'86%; *Standard Oil Co. of N.J. v. United States*, 221 U.S. 1, 33 (1911); in cui è stata riconosciuta una posizione di monopolio con una quota di mercato pari al 90%; *United States v. Eastman Kodak Co.*, 226 F. 62, 79 (W.D.N.Y.1915), *app. disp.*, 255 U.S. 578, in cui è stata riconosciuta una posizione di monopolio con una quota di mercato compresa tra il 75% e l'80%; *United States v. Pullman Co.*, 50 F. Supp. 123, 135 (E.D. Pa.1943), *aff'd per curiam*, 330 U.S. 806, in cui è stata riconosciuta una posizione di monopolio con una quota di mercato pari al 100%; *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 425 (2 Cir. 1945), in cui è stata riconosciuta una posizione di monopolio con una quota di mercato pari al 90%; *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U.S. 131, 167 (1948), in cui è stata riconosciuta una posizione di monopolio con una quota di mercato pari al 70%; *United States v. United Shoe Mach. Corp.*, 110 F.

60% ed il 64% non risulta essere presuntiva di una situazione di monopolio<sup>50</sup>. Inoltre, nei nove casi in cui è stata accertata una condizione di monopolio fino al 1968, la quota di mercato più bassa riscontrata è stata giustappunto pari al 70%<sup>51</sup>. Taluni commentatori hanno suggerito che sia ragionevole presumere l'esistenza di un potere di mercato nel caso in cui l'impresa abbia detenuto una quota di mercato superiore al 75% per almeno cinque anni consecutivi, atteso che taluni requisiti siano rispettati e fatta comunque salva la possibilità per l'impresa di confutare le accuse attraverso, ad esempio, la prova che le quote di mercato siano state in costante e consistente declino<sup>52</sup>.

---

Supp. 295, 343 (D. Mass.1953), *aff'd per curiam*, 347 U.S. 521, in cui è stata riconosciuta una posizione di monopolio con una quota di mercato pari al 75%; *International Boxing Club of New York, Inc. v. United States*, 358 U.S. 242, 249 (1959), in cui è stata riconosciuta una posizione di monopolio con una quota di mercato pari all'81%; *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 567 (1966), in cui è stata riconosciuta una posizione di monopolio con una quota di mercato pari all'87%.

<sup>50</sup> V. *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416, 424 (2d Cir. 1945). Si rileva, tuttavia, che talune corti d'appello, in controtendenza rispetto all'orientamento giurisprudenziale prevalente, hanno, in alcuni casi, riconosciuto la sussistenza di una posizione di monopolio di fronte a quote di mercato inferiori alla soglia del 60%-64% menzionata dal Giudice Hand nel caso *Alcoa. V.*, ad es., *Arthur S. Langenderfer, Inc. v. S.E. Johnson Co.*, 917 F.2d 1413, 1443 (6th Cir. 1990), in cui il mantenimento di una quota di mercato pari al 58% per un periodo superiore ai sette anni è stato ritenuto sufficiente per accertare una posizione di monopolio; *Hayden Publishing Co. v. Cox Broadcasting Corp.*, 730 F.2d 64, 69 n.7 (2d Cir. 1984), in cui la corte ha sostenuto che un'impresa possa detenere una posizione di monopolio con una quota di mercato inferiore al 50%; *Pacific Coast Agric. Export Ass'n v. Sunkist Growers Inc.*, 526 F.2d 1196, 1204 (9th Cir.), *cert. denied*, 425 U.S. 959 (1976), in cui la corte ha riconosciuto la sussistenza di una posizione di monopolio a fronte di una quota di mercato oscillante tra il 45% ed il 70%; *Yoder Bros., Inc. v. California-Florida Plant Corp.*, 537 F.2d 1347 (5th Cir. 1976), *cert. denied*, 429 U.S. 1094 (1977), in cui si è sostenuto che una quota di mercato inferiore al 50% sia sufficiente a costituire una situazione di monopolio.

<sup>51</sup> Cfr. *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U.S. 131, 167 (1948).

<sup>52</sup> V. PHILLIP E. AREEDA & DONALD TURNER, *ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION* ¶ 291(f) (Aspen 1978). È utile osservare che, invece, la Commissione europea e, in sede d'appello, il Tribunale di primo grado, nel caso *Virgin/British Airways*, hanno sostenuto la posizione dominante

È da rilevare, tra l'altro, che i tribunali statunitensi si sono tradizionalmente affidati alla constatazione di elevate quote di mercato per determinare l'esistenza di un potere di monopolio<sup>53</sup>, benché l'analisi giurisprudenziale si sia più di recente orientata verso l'inclusione di altre condizioni di mercato nell'esame della sussistenza di una posizione monopolistica, portando i giudici statunitensi a concludere che una quota di mercato del 100% non necessariamente implichi una posizione di monopolio qualora venga dimostrato che l'entrata nel mercato di nuove imprese non sia ostacolata in maniera sostanziale<sup>54</sup>. Infine, appare utile osservare che la giurisprudenza statunitense ha chiaramente sostenuto che, se da un lato una quota di mercato pari al 50% risulta essere chiaramente insufficiente per stabilire la presenza di un potere di monopolio, una quota del 55% potrebbe invece giustificare la sussistenza di tale potere solo in presenza di ulteriori circostanze, tra cui figurano, *inter alia*,

---

di British Airways nonostante quest'ultima abbia sofferto delle rilevanti e continue perdite di quote di mercato durante il periodo preso in considerazione. V. Decisione della Commissione del 14 luglio 1999, n. 2000/74/CE, caso IV/D-2/34.780, *Virgin/British Airways* (in GUCE n. L 30 del 4 febbraio 2000, pagg. 1-24), e successivo appello in Trib. primo grado, sent. 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways Plc. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2003, pag. II-5917).

<sup>53</sup> Cfr., ad es., *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 571 (1966).

<sup>54</sup> Cfr., ad es., *Los Angeles Land Co. v. Brunswick Corp.*, 6 F.3d 1422, 1425-26, 1429 (9th Cir. 1993), *cert. denied*, 510 U.S. 1197 (1994), in cui la corte ha sostenuto che la quota di mercato dell'impresa convenuta, pari al 100%, non costituisce una posizione di monopolio a causa dell'accertata e comprovata possibilità per i potenziali concorrenti di entrare facilmente nel mercato dei servizi locali per il gioco del bowling. V. anche *Anti-Monopoly v. Hasbro, Inc.*, 958 F. Supp. 895, 903 (S.D.N.Y.), *aff'd*, 130 F.3d 1101 (2d Cir. 1997), in cui la corte osserva che "[w]here barriers to entry into the relevant market are low, a defendant's large market share may not accurately reflect market power"; *Fabrication Enters. v. Hygenic Corp.*, 848 F. Supp. 1156, 1160 (S.D.N.Y. 1994), *rev'd*, 64 F.3d 53 (2d Cir. 1995); *United States v. Waste Mgmt., Inc.*, 743 F.2d 976, 983 (2d Cir. 1984).



oltre ad una libertà d'ingresso al mercato<sup>55</sup>, il posizionamento strategico dell'impresa, la presenza di concorrenti di ridotte dimensioni e la forza del marchio posseduto dall'impresa<sup>56</sup>.

L'analisi giurisprudenziale evidenzia che la sostanziale divergenza tra l'ordinamento statunitense e quello dell'Unione europea risiede nella tendenza di quest'ultimo a riconoscere l'esistenza di una posizione dominante sulla base di soglie percentuali alquanto limitate. Tale approccio risulta essere coerente con la propensione tipica dell'ordinamento europeo, in controtendenza rispetto all'approccio statunitense, di circoscrivere al massimo la possibilità di falsi negativi nell'ambito dell'analisi in materia di abuso di posizione dominante. Ciò comporta necessariamente che, all'interno dell'Unione europea, le imprese siano maggiormente soggette a vincoli giuridici ogni qualvolta che intendano attuare operazioni strategiche sul mercato che possano avere ripercussioni di tipo concorrenziale, con la conseguente possibilità che gli operatori economici agenti sul mercato possano essere dissuasi dall'intraprendere comportamenti legittimi o procompetitivi. Per tali motivi, e poiché alle imprese alle quali sia riconosciuta una posizione dominante è preclusa, a causa di una "speciale responsabilità" gravante su queste ultime<sup>57</sup>, la realizzazione di taluni comportamenti

---

<sup>55</sup> Si rileva che talune corti hanno sostenuto che, qualora la quota di mercato dell'impresa in questione sia invece inferiore al 50%, è possibile accertare una tentata monopolizzazione solo se esistono elevate (e non la mera presenza di) barriere all'ingresso, oltre ad ulteriori fattori, quali "concentration of market, . . . consumer demand, strength of the competition, or consolidation trend in the market". V. *Domed Stadium Hotel, Inc. v. Holiday Inns Inc.*, 732 F.2d 480, 489-90 (5th Cir. 1984).

<sup>56</sup> V. *Elliot Fineman v. Armstrong World Industries, Inc.*, 980 F.2d 171, 202 (3d Cir. 1992); *Weiss v. York Hospital*, 745 F.2d 786, 827 n.72 (3d Cir. 1984). Per la dottrina, v., *inter alios*, LAWRENCE A. SULLIVAN, *HANDBOOK OF THE LAW OF ANTITRUST* §§ 22-32 (West 1977).

<sup>57</sup> V. C. giust., sent. 9 novembre 1983, causa 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 57; Trib. primo grado, sent. 7 ottobre 1999, causa T-228/97, *Irish Sugar Plc. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1999, pag. II-2969), par. 112.

aziendali concessi invece ad imprese non dominanti, l'articolo 102 TFUE comporta, rispetto alla normativa statunitense, un più alto rischio di impedire alle imprese con un'elevata quota di mercato di intraprendere quelle medesime condotte proconcorrenziali che lo stesso sistema giuridico si propone di promuovere.

### 2.3. *Posizione dominante collettiva e situazioni di monopolio congiunto.*

In tema di posizione dominante e posizione di monopolio, è da rilevare che una delle maggiori differenze tra l'ordinamento statunitense e quello europeo risiede nel riconoscimento, da parte di quest'ultimo, della possibilità di una posizione dominante collettiva. Una simile ipotesi è contemplata, innanzitutto, dallo stesso articolo 102 TFUE, il quale fa esplicito riferimento al divieto di sfruttamento abusivo "da parte di una o più imprese" di una posizione dominante, oltre che da altri strumenti normativi dell'Unione e dalla stessa giurisprudenza<sup>58</sup>. Generalmente, qualora due o più imprese esercitino

---

<sup>58</sup> V., ad es., Trib. primo grado, sent. 10 marzo 1992, Cause riunite T-68/89, T-77/89 e T-78/89, *Società Italiana Vetro SpA e altri c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1992, pag. II-1403); Trib. primo grado, sent. 8 ottobre 1996, cause riunite T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93, *Compagnie maritimes belges transports SA e Compagnie maritimes belges SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. e Nedlloyd Lijnen BV c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1996, pag. II-1201), confermata in appello, C. giust., sent. 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritimes belges transports SA, Compagnie maritimes belges SA e Dafra-Lines A/S c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2000, pag. I-1365). Per gli strumenti normativi, v., *inter alia*, Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro) (in *GUCE* n. L 108 del 24 aprile 2002, pag. 33) (così come modificata dal Regolamento (CE) n. 717/2007 del 27 giugno 2007, dal Regolamento (CE) n. 544/2009 del 18 giugno 2009 e dalla Direttiva 2009/140/CE), il cui art. 14, par. 2, dispone che "[s]i presume che un'impresa disponga di un significativo potere di mercato se, individualmente o congiuntamente con altri, gode di una posizione

collettivamente un potere di mercato attraverso intese o pratiche concordate, esse sono soggette ad una valutazione di legittimità *ex art.* 101 TFUE; tuttavia, è stato riconosciuto dalla giurisprudenza europea che, anche in assenza di intese o pratiche concordate, l'esercizio in comune di un potere di mercato può rientrare nella sfera di applicazione delle norme poste a tutela della concorrenza, essendo in particolare soggette all'articolo 102 TFUE. Nel caso *Società Italiana Vetro*<sup>59</sup>, il Tribunale di primo grado<sup>60</sup> ha sostenuto che una posizione dominante collettiva si verifica qualora le imprese siano tra loro indipendenti ma “unite da tali vincoli economici che, per tale motivo, esse detengono insieme una posizione dominante rispetto agli altri operatori sullo stesso mercato”<sup>61</sup>. La sentenza reca un'esemplificazione di simili circostanze affermando che “[t]ale potrebbe ad esempio essere il caso in cui due o più imprese indipendenti dispongono in comune, mediante accordo o licenza, di un vantaggio tecnologico che concede loro la possibilità di comportamenti indipendenti in una misura

---

equivalente ad una posizione dominante ossia una posizione di forza economica tale da consentirle di comportarsi in misura notevole in modo indipendente dai concorrenti, dai clienti e, in definitiva, dai consumatori”.

<sup>59</sup> Trib. primo grado, sent. 10 marzo 1992, Cause riunite T-68/89, T-77/89 e T-78/89, *Società Italiana Vetro SpA e altri c. Commissione delle Comunità europee*, cit.

<sup>60</sup> Si rileva che anche la Corte di giustizia ha avuto modo di riconoscere l'esistenza di una posizione dominante collettiva. V., ad es., C giust., sent. 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie Maritimes Belge Transports SA, Compagnie Maritimes Belge SA e Dafra-Lines A/S c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2000, pag. I-1365), in sede d'appello del Trib. primo grado, sent. 8 ottobre 1996, cause riunite T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93, *Compagnie maritimes belge transports SA e Compagnie maritimes belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. e Nedlloyd Lijnen BV c. Commissione delle Comunità europee*.

<sup>61</sup> Trib. primo grado, sent. 10 marzo 1992, Cause riunite T-68/89, T-77/89 e T-78/89, *Società Italiana Vetro SpA e altri c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 358.

apprezzabile nei confronti dei loro concorrenti, dei loro clienti e infine dei consumatori”<sup>62</sup>. Il Tribunale di primo grado ha successivamente definito in maniera articolata i requisiti necessari per affermare l’esistenza di una posizione dominante collettiva<sup>63</sup>.

Nell’ordinamento statunitense, sebbene esista una nozione di monopolio collettivo, essa si discosta dalla definizione europea di posizione dominante collettiva in quanto comportante

---

<sup>62</sup> *Ibidem*. V. anche C. giust., sent. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 38 e 48. Per la normativa che adotta tale definizione, v. Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, cit., art. 14, par. 2. Per i documenti ufficiali della Commissione che adottano la succitata definizione v., ad es., Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell’applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (in GUCE n. C 372 del 9 dicembre 1997, pagg. 5-13), par. 10.

<sup>63</sup> Nella sentenza *Atlantic Container Line*, il Tribunale di primo grado ha per la prima volta applicato un test di dominanza collettiva nell’ambito di un caso di abuso di posizione dominante. V. Trib. primo grado, sent. 30 settembre 2003, cause riunite T-191/98, T-212/98 a T-214/98, *Atlantic Container Line AB e altri c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2003, pag. II-3275), par. 652. Nel caso *Laurent Piau*, tuttavia, il tribunale ha esplicitato in maniera più articolata i criteri per stabilire la sussistenza di una posizione dominante collettiva, sostenendo che, affinché quest’ultima possa essere riconosciuta, “è necessario che siano presenti tre requisiti cumulativi: in primo luogo, ciascun membro dell’oligopolio dominante deve poter conoscere il comportamento degli altri membri, al fine di verificare se essi adottino o meno la stessa linea di azione; in secondo luogo, è necessario che la situazione di coordinamento tacito possa conservarsi nel tempo, ossia deve esistere un incentivo a non discostarsi dalla linea di condotta comune nel mercato; in terzo luogo, la reazione prevedibile dei concorrenti effettivi e potenziali nonché dei consumatori non rimetterebbe in discussione i risultati attesi dalla comune linea d’azione”. V. Trib. primo grado, sent. 26 gennaio 2005, causa T-193/02, *Laurent Piau c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2005, pagina II-209), par. 111. Tali requisiti erano peraltro già stati formulati in precedenza dalla giurisprudenza europea in tema di concentrazioni, ma solo nei casi *Atlantic Container Line* e *Laurent Piau* tali criteri sono stati trasposti nell’ambito dell’analisi di un abuso di posizione dominante ai sensi dell’art. 102 TFUE. V. Trib. primo grado, sent. 25 marzo 1999, causa T-102/96, *Gencor Ltd. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1999, pag. II-753), par. 163; C. giust., sent. 31 marzo 1998, cause riunite C-68/94 e C-30/95, *Repubblica francese e Société Commerciale des Potasses et de l’Azote (SCPA) e Entreprise Minière et Chimique (EMC) c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1998, pag. I-1375), par. 221; Trib. primo grado, sent. 6 giugno 2002, causa T-342/99, *Airtours Plc. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2002, pag. II-2585), par. 60 e 76.

un'azione concordata tra le imprese e la prova di un preciso intento di monopolizzare, sebbene non vi sia alcun obbligo di dimostrare l'esistenza di una pericolosa probabilità di successo<sup>64</sup>. Pertanto, posizioni di monopolio detenute da più imprese ricadono generalmente nell'ambito di applicazione della Sezione 2 dello Sherman Act solo in quanto quest'ultima vieta "ad ogni persona di unirsi o cospirare con qualsiasi altra persona o persone allo scopo di monopolizzare qualsiasi parte del commercio o il commercio fra i diversi Stati"<sup>65</sup>. L'istituto giuridico della cospirazione volta all'ottenimento di una situazione di monopolio richiede necessariamente la presenza di un accordo o una pratica concordata tra le imprese che, se negli Stati Uniti può comportare anche profili di illegittimità ai sensi della Sezione 1 dello Sherman Act, nell'ordinamento europeo possono essere presi in considerazione esclusivamente in relazione al divieto formulato dall'articolo 101 TFUE.

È opportuno rilevare che in più istanze sia la Federal Trade Commission<sup>66</sup> che esponenti della dottrina giuridico-economica<sup>67</sup> e membri di istituzioni federali<sup>68</sup> hanno ricercato un

---

<sup>64</sup> Cfr., *inter alios*, RICHARD G. LIPSEY, PETER O. STEINER & DOUGLAS D. PURVIS, *ECONOMICS* 303-04 (7th ed., Harper & Row 1984).

<sup>65</sup> Sherman Antitrust Act, Section 2, 15 U.S.C. § 2.

<sup>66</sup> La Federal Trade Commission (FTC) ha tentato, in due casi distinti, di stabilire un concetto di monopolio congiunto ai sensi della Sezione 5 della Federal Trade Commission Act. Nel caso *In re Kellogg et al.*, FTC Dkt. 8883 (1972), la FTC ha sostenuto che le imprese destinatarie degli addebiti detenessero un potere di monopolio esercitato tramite un oligopolio ed avessero messo in atto una cospirazione finalizzata alla monopolizzazione. Secondo la FTC ciò costituiva una cooperazione anticoncorrenziale, a prescindere se essa potesse essere qualificata come accordo tacito o meno. Tuttavia, il caso è stato chiuso dalla FTC stessa nel 1980 senza alcun ricorso in giudizio. Nel caso *In re Exxon Corp.*, FTC Dkt. 8934 (1973), in cui la FTC ha addebitato violazioni della Sezione 5 della FTC Act a nove industrie petrolifere le quali, secondo la FTC, avevano creato i presupposti per un mercato non concorrenziale tramite atti concertati che costituivano un accordo volto alla monopolizzazione del mercato. Anche in questo caso il procedimento è stato sciolto dalla FTC nel 1980.

riconoscimento giurisprudenziale o normativo della figura giuridica di un monopolio collettivo che discendesse da una cooperazione anticoncorrenziale, sia essa configurabile o meno come un accordo tacito o espresso. Simili tentativi sono, tuttavia, risultati vani e pertanto nello *status quo* giuridico statunitense resta priva di fondatezza, nell'ambito della sfera di applicazione della Sezione 2 dello Sherman Act, così come della Sezione 5 del Federal Trade Commission Act<sup>69</sup>, qualsiasi addebito di monopolio collettivo in assenza di prove che possano confermare la presenza di un accordo o di pratiche concordate che possano ricondurre la fattispecie nella sfera di applicabilità della Sezione 1 (in quanto sia configurabile un contratto, accordo o cospirazione anticoncorrenziale tra imprese), o della Sezione 2 dello

---

<sup>67</sup> V. CARL KAYSEN & DONALD F. TURNER. ANTITRUST POLICY: AN ECONOMIC AND LEGAL ANALYSIS 265-72 (Harvard University Press 1959), nel quale i due autori avevano avanzato la proposta di una nuova legge contro ciò che loro chiamavano “un potere di mercato irragionevole”. Secondo la teoria dei due autori, qualora un'impresa detenesse per un periodo uguale o maggiore di cinque anni il 50% delle quote di mercato ovvero qualora quattro o più imprese detenessero complessivamente una quota pari o superiore all'80%, una presunzione legale relativa al possesso di un potere di mercato sarebbe dovuta operare nei confronti di dette imprese, fatta salva la possibilità per queste ultime di proporre difese affermative basate sull'efficienza economica.

<sup>68</sup> Il *Report of the White House Task Force on Antitrust Policy* (1969), 115 Cong. Rec. 11, 13890, propose l'adozione del “Concentrated Industries Act”, le cui disposizioni si rifacevano alla teoria di Kaysen e Turner e conferivano al procuratore generale l'autorità di ricercare la presenza di oligopoli nel mercato. Tale proposta fu tuttavia osteggiata dalla White House Task Force on Productivity and Competition nel 1969. Cfr. Herbert J. Hovenkamp, *The Neal Report and the Crisis in Antitrust* (2009), disponibile presso il sito <http://ssrn.com/abstract=1348707>. Degni di nota sono anche le due proposte di legge formulate dal Senatore Hart nel 1973 e nel 1976, nelle quali veniva contemplata una specifica violazione conseguente al mero possesso di un potere di monopolio da parte di due o più imprese, a prescindere dall'esistenza di un accordo tra queste ultime. Cfr. Layne E. Kruse, *Deconcentration and Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, 46 GEO. WASH. L. REV. 200 (1978).

<sup>69</sup> Federal Trade Commission Act del 1914, 15 U.S.C §§ 41-58.

Sherman Act (in quanto sia individuabile un accordo o cospirazione tra imprese volta all'acquisizione di una posizione di monopolio).

#### *2.4. Analisi delle barriere all'entrata.*

Come già si è avuto modo di rilevare, entrambi gli ordinamenti in esame prendono in considerazione anche talune caratteristiche non strutturali al fine di accertare la presenza di un potere di mercato. Il principale fattore utilizzato in tal senso risulta essere, sia in Europa che negli Stati Uniti, l'esistenza di barriere all'entrata di un determinato mercato.

A tal merito, la giurisprudenza statunitense ha costantemente sostenuto che, qualora uno specifico mercato risulti essere caratterizzato da una particolare accessibilità da parte delle imprese esterne allo stesso, di modo che nessun operatore possa essere in grado di praticare profittevolmente prezzi di monopolio per un periodo di tempo considerevole, il mercato in questione non risulta essere suscettibile di monopolizzazione, a prescindere dalle condizioni strutturali esistenti, con particolare riferimento alle quote di mercato detenute dalle imprese operanti nello stesso<sup>70</sup>. La misurazione delle barriere all'ingresso risulta essere un compito non semplice, benché la giurisprudenza ha generalmente riconosciuto che l'accesso ad un particolare mercato possa essere ritenuto agevole qualora si possa evincere dai dati statistici che l'ingresso da parte di imprese esterne sia stato frequente nel passato e qualora i beni produttivi necessari per operare in uno specifico settore non siano altamente specializzati, di

---

<sup>70</sup> V., ad es., *Oahu Gas Serv., Inc. v. Pacific Res., Inc.*, 838 F.2d 360, 366 (9th Cir. 1988), in cui si afferma che “[a] high market share, though it may ordinarily raise an inference of monopoly power, will not do so in a market with low entry barriers”.

modo che essi possano essere facilmente riconvertiti ad altri usi in caso di fuoriuscita dal mercato stesso<sup>71</sup>. È stato riconosciuto che le barriere all'entrata possono assumere diverse forme e possono essere di natura economica, fisica o normativa<sup>72</sup>. La Corte Suprema ha, ad esempio, sostenuto, nel caso *Alcoa*, che i diritti di brevetto sulla produzione di alluminio puro e sul processo di fusione avevano conferito all'impresa convenuta una posizione di monopolio legale sin da quando ha iniziato ad operare nel mercato, la quale posizione è stata successivamente mantenuta attraverso l'espansione della propria capacità produttiva che ha, di fatto, anticipato ed ostacolato ogni tipo di concorrenza<sup>73</sup>. La giurisprudenza statunitense ha confermato, anche in pronunce più recenti, la rilevanza ai fini della determinazione di un potere di mercato delle barriere all'entrata, sostenendo in particolare che la comprovata assenza di queste ultime comporta il rigetto di qualsiasi addebito di violazione della Sezione 2 dello Sherman Act<sup>74</sup>.

Similmente, all'interno dell'ordinamento europeo, forte rilevanza è stata tradizionalmente attribuita all'esame delle barriere all'entrata nell'ambito dell'analisi dell'applicabilità dell'articolo 102 TFUE. Nel caso *United Brands*, ad esempio, la Corte di giustizia ha riconosciuto che l'integrazione verticale che contraddistingueva l'attività dell'impresa in

<sup>71</sup> V., ad es., *United States v. Syufy Enter.*, 903 F.3d 659 (9th Cir. 1990); *Ball Mem'l Hosp. v. Mut. Hosp. Ins.*, 784 F.2d 1325 (7th Cir. 1986).

<sup>72</sup> V. AM. BAR ASS'N, SECTION OF ANTITRUST LAW ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS 233-36 (Jonathan M. Jacobson ed., 2007); Phillip Areeda, *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases* ¶ 117 (Little, Brown 1981); 2 PHILLIP E. AREEDA & DONALD TURNER, *ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION* ¶ 409(b) 299-300 (Aspen 1978).

<sup>73</sup> *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416, 422 (2d Cir. 1945).

<sup>74</sup> V. *McGahee v. Northern Propane Gas Co.*, 658 F. Supp. 189, 196-97 (N.D.Ga.1987); *U.S. Anchor Mfg., Inc., v. Rule Industries, Inc.*, 7 F.3d 986, 999 (11th Cir. 1993); *Roy B. Taylor Sales, Inc., v. Hollymatic Corp.*, 28 F.3d 1379, 1388 (5th Cir. 1994).



questione era idonea ad escludere la concorrenza di nuovi possibili rivali commerciali<sup>75</sup>, così come, in *Hoffmann-La Roche*, è stato affermato che l'assenza di una capacità produttiva di riserva da parte dei concorrenti dell'impresa convenuta contribuiva a scoraggiare l'entrata di nuovi concorrenti<sup>76</sup>. Anche la Commissione si è occupata del problema concernente le barriere all'entrata sia nell'ambito delle proprie decisioni<sup>77</sup> che in documenti ufficiali. Nel documento di lavoro sull'applicazione delle norme in materia di pratiche abusive esclusive<sup>78</sup>, l'organo esecutivo europeo ha riconosciuto, in particolare, che qualora le barriere all'entrata di concorrenti potenziali risultino essere basse, il fatto che un'impresa possieda una quota di mercato elevata non può essere indicativo di una posizione dominante, poiché qualsiasi tentativo da parte di tale impresa di aumentare il prezzo al di sopra del livello concorrenziale attirerebbe l'espansione e l'ingresso di nuovi concorrenti, minando in tal modo lo stesso

---

<sup>75</sup> La *United Brands*, a differenza dei suoi concorrenti, disponeva di fonti di approvvigionamento diversificate, di mezzi di trasporto propri ottenuti tramite investimenti di eccezionale entità, di una rete di vendita capillare ed imponenti campagne pubblicitarie indicative di un considerevole potere finanziario. V. C. giust., sent. 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 70-96.

<sup>76</sup> C. giust., sent. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 48. V. anche C. giust., sent. 13 novembre 1975, causa 26/75, *General Motors Continental NV c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1975, pag. 1367), in cui la previsione legislativa di affidare ad una sola impresa lo svolgimento delle pratiche di omologazione dei veicoli ai fini dell'ammissione alla circolazione è stato considerato come un fattore che ha ostacolato l'ingresso di nuovi concorrenti.

<sup>77</sup> V. Decisione della Commissione del 26 luglio 1988, n. 88/501/CEE, caso IV/31.043, *Tetra Pak I (licenza BTG)* (in GUCE n. L 272 del 4 ottobre 1988, pagg. 27-46); Decisione della Commissione del 18 luglio 1988, n. 88/518/CEE, caso IV.30.178, *Napier Brown/British Sugar* (in GUCE n. L 284 del 19 ottobre 1988, pagg. 41-59); Decisione della Commissione del 22 dicembre 1987, n. 88/138/CEE, caso IV/30.787-31.488, *Eurofix-Bauco/Hilti* (in GUCE n. L 65 dell'11 marzo 1988, pagg. 19-44).

<sup>78</sup> *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, disponibile presso il sito <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

obiettivo dell'innalzamento dei prezzi<sup>79</sup>. La Commissione, nello stesso documento, ha anche esemplificato taluni fattori che possono costituire barriere all'ingresso di un mercato, tra cui figurano le economie di scala, i vantaggi di costo assoluti (come quelli conferiti da diritti di proprietà intellettuale), accessi privilegiati verso i fornitori ed altre barriere strategiche, quale, ad esempio, l'imposizione di costi aggiuntivi nei confronti dei consumatori nell'eventualità che questi ultimi decidano di abbandonare il prodotto<sup>80</sup>. La rilevanza delle barriere all'entrata nell'analisi dei mercati ai fini dell'accertamento di una posizione dominante è stata confermata anche dalla Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto europeo in materia di concorrenza<sup>81</sup> e nella più recente Comunicazione relativa alle priorità nell'applicazione dell'articolo 102 TFUE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti<sup>82</sup>, la

---

<sup>79</sup> V. *Ibidem*, par. 34.

<sup>80</sup> V. *Ibidem*, par. 35-40.

<sup>81</sup> Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (in GUCE n. C 372 del 9 dicembre 1997, pagg. 5-13), par. 10, in cui si afferma che “[n]ormalmente si ha una posizione dominante quando un'impresa o un gruppo di imprese controllano una larga quota dell'offerta su un determinato mercato e gli altri fattori analizzati in sede di valutazione del caso (quali gli ostacoli all'entrata, la capacità di reazione dei consumatori ecc.) inducono anch'essi a concludere in questo senso”.

<sup>82</sup> Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti* (in GUCE n. C 45 del 24 febbraio 2009, pagg. 7-20) par. 16-17, in cui la Commissione riconosce che “[l]a concorrenza è un processo dinamico e una valutazione delle pressioni concorrenziali esercitate su un'impresa non può basarsi soltanto sulla situazione di mercato esistente: è inoltre rilevante l'incidenza potenziale dell'espansione da parte di concorrenti effettivi o dell'ingresso sul mercato di concorrenti potenziali, compresa la minaccia di tale espansione o ingresso. Un'impresa può essere dissuasa dall'aumentare i prezzi se l'espansione o l'ingresso sul mercato sono probabili, tempestivi e sufficienti”. La Commissione precisa, inoltre, che “[l]e barriere all'espansione o all'ingresso sul mercato possono avere forme diverse. Può trattarsi [*inter alia*]

quale, come precedentemente rilevato<sup>83</sup>, rappresenta la sintesi del processo di riforma dell'art. 102, volto a riorientare l'applicazione di tale norma verso un'analisi maggiormente basata sugli effetti reali che le condotte poste sotto indagine producono sul mercato e sui soggetti che in esso operano.

### 3. Identificazione delle condotte anticoncorrenziali.

Sotto un profilo generale, è possibile affermare, in via introduttiva, che la giurisprudenza europea ha elaborato una nozione più ampia di ciò che costituisce un comportamento illecito delle imprese dominanti rispetto a quanto previsto dall'ordinamento statunitense, con la conseguenza che quest'ultima categoria di imprese risulta essere soggetta a restrizioni più incisive<sup>84</sup>. Come più volte evidenziato, l'attività delle autorità europee è tradizionalmente contrassegnata dal timore di incorrere in "falsi negativi", da cui discende un'attitudine a valutare i casi di abuso di posizione dominante in maniera particolarmente vigorosa.

Le autorità antitrust ed i giudici statunitensi risultano, invece, più riluttanti ad imporre restrizioni sul comportamento commerciale di imprese dominanti, sostenendo piuttosto una competizione aggressiva da parte degli attori economici del mercato. Di conseguenza, sia la

---

di barriere giuridiche, come le tariffe o le quote, o di vantaggi specificamente goduti dall'impresa dominante, come le economie di scala e di diversificazione, l'accesso privilegiato a fattori di produzione o risorse naturali essenziali, tecnologie importanti o una rete di distribuzione e di vendita ben consolidata".

<sup>83</sup> V. *supra*, Cap. II, par. 6.

<sup>84</sup> Tale condizione giuridica appare coerente con il sistema dottrinale di fondo del diritto della concorrenza europeo, che, come già rilevato, pone le sue radici, *inter alia*, nelle teorie ordoliberali che concepivano un sistema concorrenziale altamente regolamentato, in cui l'intervento pubblico ha la funzione di disciplinare il mercato allo scopo di salvaguardare le libertà dei singoli individui. V., *amplius, supra*, Cap. I, par. 2.2.

giurisprudenza statunitense che le autorità governative poste a tutela della concorrenza hanno generalmente espresso una concezione più ristretta di ciò che costituisce un comportamento anticoncorrenziale ed hanno mostrato una maggior riluttanza nell'individuare violazioni della Sezione 2 dello Sherman Act allo scopo di evitare di incorrere in "falsi positivi".

### *3.1. Abusi di sfruttamento e strategie esclusive.*

Al di là della diversa disciplina adottata dai due ordinamenti in relazione alle singole fattispecie di abuso o di monopolizzazione, è necessario innanzitutto evidenziare alcuni aspetti di fondo che contraddistinguono le norme sulla concorrenza in Europa e negli Stati Uniti.

Innanzitutto, occorre rilevare che le posizioni dei due sistemi giuridici in esame differiscono in merito alla regolamentazione di determinate pratiche tariffarie, qualora queste ultime siano realizzate da un'impresa con potere di mercato. Se da un lato gli abusi di sfruttamento, in particolare l'imposizione di prezzi di monopolio, non violano la Sezione 2 dello Sherman Act, e le discriminazioni di prezzo ricadono nel divieto normativo solo qualora esista un intento predatorio, dall'altro, l'articolo 102 TFUE menziona esplicitamente quali esempi di pratiche illegittime l'imposizione di prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque, nonché l'applicazione di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> V. art. 102 TFUE, lett. a).

Il diritto antitrust statunitense non vieta dunque la mera fissazione di prezzi di monopolio, in quanto lo Sherman Act è stato tradizionalmente interpretato nel senso di porre una censura esclusivamente a quei comportamenti di natura escludoria idonei a creare o mantenere una posizione di monopolio, piuttosto che proibire tale posizione in sé o il suo sfruttamento. La giurisprudenza ha infatti più volte stabilito che le questioni relative alle dimensioni ed al potere di un'impresa, tranne che per

ciò che riguarda le modalità con cui esse siano state acquisite, non sollevano problemi di illegittimità ai sensi della Sezione 2 dello Sherman Act<sup>86</sup>, così come non configurano elementi di illiceità fenomeni correlati, quali la presenza di elevate quote di mercato, l'imposizione di prezzi di monopolio e la limitazione della produzione, qualora esse non siano state raggiunte attraverso condotte anticoncorrenziali<sup>87</sup>. Sia le corti distrettuali che le corti d'appello hanno in

---

<sup>86</sup> V., ad es., per la Corte Suprema, *United States v. United States Steel Corp.*, 251 U.S. 417, 451 (1920), in cui il giudice McKenna, parlando a nome della maggioranza, affermò, in merito ai specifici fatti del caso, che “[t]he corporation is undoubtedly of impressive size, and it takes an effort of resolution not to be affected by it or to exaggerate its influence. But we must adhere to the law, and the law does not make mere size an offense, or the existence of unexercised power an offense. It, we repeat, requires overt acts and trusts to its prohibition of them and its power to repress or punish them. It does not compel competition, nor require all that is possible”. La minoranza della corte ha confermato questo punto di vista, sostenendo che “the Act offers no objection to the mere size of a corporation, nor to the continued exertion of its lawful power, when that size and power have been obtained by lawful means and developed by natural growth, although its resources, capital and strength may give to such corporation a dominating place in the business and industry with which it is concerned. It is entitled to maintain its size and the power that legitimately goes with it, provided no law has been transgressed in obtaining it”. *Ibidem*, pag. 460. Per le corti inferiori, v., ad es., *United States v. American Can Co.*, 230 F. 859, 901-02 (D. Md. 1916).

<sup>87</sup> V. *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263, 275 (2d Cir. 1979), *cert. denied*, 444 U.S. 1093 (1980). V. anche Eleanor M. Fox, *Monopolization and Dominance in the United States and the European Community -- Efficiency, Opportunity, and Fairness*, 61 NOTRE DAME L. REV. 981 (1986); William H. Page, *The Scope of Liability for Antitrust Violations*, 37 STAN. L. REV. 1445, 1468-69 (1985).

più istanze esplicitamente asserito la legittimità di pratiche volte alla fissazione di prezzi eccessivi, anche se realizzate da imprese in posizione monopolistica<sup>88</sup>.

Sebbene negli Stati Uniti le norme antitrust siano nate dalla necessità di limitare le conseguenze derivanti dalle estese dimensioni e dalla potenza elevata delle imprese, esse sono sostanzialmente basate sulla convinzione che, qualora il sistema normativo riesca ad impedire l'innalzamento di barriere all'entrata, le forze di autocorrezione del mercato sono in grado di

---

<sup>88</sup> V. *Freeman v. San Diego Ass'n of Realtors*, 77 Cal. App. 4th 171, 200 (Cal. Ct. App. 1999), in cui viene affermato che la Sezione 2 dello Sherman Act "is not violated merely because the holder of a monopoly charges high prices"; v. anche *Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*, 948 F.2d 536, 548-49 (9th Cir. 1991), in cui la corte ha osservato che "[t]he Sherman Act also has not been interpreted to penalize natural monopolies. A firm that creates a valued service or product should not be punished with treble damages and criminal sanctions merely because the firm finds itself to be the holder of a natural monopoly. Government regulation, as opposed to treble damages and criminal liability under the Sherman Act, is generally thought to be the appropriate remedy for the difficulties posed by natural monopolies. [J]udicial oversight of pricing policies would place the courts in a role akin to that of a public regulatory commission. We would be wise to decline that function unless Congress clearly bestows it upon us . . . . [S]etting high prices in the original 'monopoly' market . . . represent[s] the cost that we incur when we permit efficient and natural monopolies. The Supreme Court has consistently held that there must be 'predatory' conduct to attain or perpetuate a monopoly for a monopolist to be liable under Section 2"; *Berkey Photo v. Eastman Kodak Company*, F.2d 263, 294 (2d Cir. 1979), in cui la corte ha riconosciuto che "[e]xcessive prices, maintained through exercise of a monopolist's control of the market, constituted one of the primary evils that the Sherman Act was intended to correct" e che "[w]here a monopolist has acquired or maintained its power by anticompetitive conduct, therefore, a direct purchaser may recover the overcharge caused by the violation of § 2", come accaduto nel caso *Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Mach. Corp.*, 392 U.S. 481 (1968). Tuttavia, essa ha aggiunto che "unless the monopoly has bolstered its power by wrongful actions, it will not be required to pay damages merely because its prices may later be found excessive. Setting a high price may be a use of monopoly power, but it is not in itself anticompetitive. Indeed, although a monopolist may be expected to charge a somewhat higher price than would prevail in a competitive market, there is probably no better way for it to guarantee that its dominance will be challenged than by greedily extracting the highest price it can". Per la dottrina su questo punto, v. LAWRENCE A. SULLIVAN, *HANDBOOK OF THE LAW OF ANTITRUST* 117 (West 1977); PHILLIP AREEDA & DONALD F. TURNER, *ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION* 41-42 (Little, Brown 1978-).

contrastare la realizzazione ed il mantenimento di un potere di monopolio, coerentemente con quanto stabilito dalla teoria economica classica. Di conseguenza, i primi casi in materia antitrust hanno significativamente posto l'accento sulla capacità del mercato di affrontare in maniera autonoma le situazioni di monopolio<sup>89</sup>.

Lo Sherman Act, pertanto, risulta essere portatore di una serie di valori economici, sociali e politici di natura liberistica attuati attraverso un'azione volta non tanto a condizionare o controllare i risultati ultimi dell'attività economica, quanto piuttosto a tutelare un elevato livello di concorrenzialità all'interno del mercato. Di conseguenza, l'obiettivo principale della normativa antitrust non risulta essere concentrato su una regolamentazione del livello dei prezzi, bensì sulla salvaguardia del funzionamento concorrenziale del mercato, dal momento che gli interessi che la legge aveva inteso tutelare non risultano essere direttamente pregiudicati dai prezzi di monopolio in sé.

Al di là di tale base ideologica, le sentenze della Corte Suprema hanno presto riconosciuto anche le difficoltà di natura pratica insite nel compito di fissare un livello corretto dei prezzi<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> Un esempio in tal senso è dato dall'opinione della Corte Suprema nel caso *Standard Oil*, in cui il giudice statunitense ha osservato che l'assenza di qualsiasi divieto diretto contro le situazioni di monopolio indica che lo Sherman Act è basato sulla convinzione che la libertà del diritto individuale a contrarre, qualora non indebitamente esercitato, rappresenta il mezzo più efficace per la prevenzione dei monopoli. V. *Standard Oil Co. of N.J. v. United States*, 221 U.S. 1, 62 (1911).

<sup>90</sup> In uno dei primi casi in materia antitrust, la Corte Suprema ha decretato, in riferimento alle argomentazioni difensive che sostenevano la ragionevolezza di talune tariffe, che "the subject of what is a reasonable rate is attended with great uncertainty . . . even after the standard should be determined there is such an infinite variety of facts entering into the question of what is a reasonable rate, no matter what standard is adopted, that any individual shipper would in most cases be apt to abandon the effort to show the unreasonable character of a charge, sooner than hazard the great expense in time and money necessary to prove the fact . . . . To say, therefore, that the Act excludes agreements which are not in unreasonable restraint of trade, and which tend

ed hanno pertanto favorito una sostanziale deregolamentazione di tale materia, riconoscendo altresì l'importanza dei prezzi di monopolio all'interno delle dinamiche commerciali. Nel caso *Alcoa*, in particolare, la corte sembra aver avvalorato il ruolo fondamentale dei profitti di monopolio all'interno dei meccanismi che regolano il mercato, poiché essi creano incentivi a competere e ad investire in migliori e più efficienti prodotti o servizi che possano consentire alle imprese di acquisire un vantaggio comparato e di raggiungere una posizione di monopolio allo scopo di poter godere dei vantaggi economici tipici di quest'ultima<sup>91</sup>. In sostanza, la giurisprudenza statunitense ha ammesso che la limitazione della redditività di quei monopolisti che abbiano raggiunto la loro posizione attraverso una concorrenza leale distorce gli incentivi per le imprese a diventare più efficienti e a produrre beni o servizi migliori, oltre a comportare bassi livelli di ricerca, sviluppo e di innovazione tecnica.

L'approccio adottato dall'ordinamento statunitense sembra dunque essere il prodotto di una combinazione di fattori che risultano, in ogni caso, incentrati sulla forte convinzione che l'interazione delle forze competitive possa di per sé condurre ad una migliore allocazione delle risorse economiche, fornendo allo stesso tempo un ambiente favorevole allo sviluppo di una concorrenza adeguata.

---

simply to keep up reasonable rates for transportation, is substantially to leave the question of reasonableness to the companies themselves". *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290, 331-32 (1897).

<sup>91</sup> *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 430 (2 Cir. 1945), in cui la corte ha affermato che "[a] single producer may be the survivor out of a group of active competitors, merely by virtue of his superior skill, foresight and industry. In such cases a strong argument can be made that, although the result may expose the public to the evils of monopoly, the Act does not mean to condemn the resultant of those very forces which it is its prime object to foster: *finis opus coronat*. The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins".



Nell'ambito dell'Unione europea, come già anticipato, l'articolo 102 TFUE si occupa esplicitamente degli abusi di sfruttamento e vieta alle imprese in posizione dominante l'imposizione di "prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque". Pertanto, ricade nel campo di applicazione dell'articolo 102 la fissazione di prezzi eccessivi da parte di soggetti imprenditoriali dominanti, come d'altronde affermato dalla stessa giurisprudenza, la quale ha decretato che la fissazione di un prezzo sproporzionato, privo cioè di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita, costituisce un abuso ai sensi dell'art. 102, lett. a)<sup>92</sup>.

La proibizione contemplata dall'ordinamento europeo deve essere necessariamente letta alla luce dei traguardi fondamentali posti sin dalla sua istituzione, incentrati primariamente sulla creazione di un mercato comune<sup>93</sup>. Più in generale è possibile affermare che l'intera politica europea in materia di concorrenza è basata su obiettivi eterogenei che riguardano non solo la promozione dell'efficienza economica e di un'economia di libero mercato, ma anche la realizzazione di più ampi interessi sociali e politici<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Cfr. C. giust., sent. 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 9, in cui si sostiene che "l'abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. [102 TFUE], lett. a), può consistere nel praticare un prezzo eccessivo, privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita; questa sproporzione potrebbe, fra l'altro, essere valutata obiettivamente in base al raffronto tra il prezzo di vendita del prodotto in questione e il suo costo di produzione, raffronto da cui risulterebbe l'entità del margine di profitto".

<sup>93</sup> Si rileva che anche l'attuale formulazione dell'articolo 102 TFUE dichiara incompatibile lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante in quanto incompatibile con il mercato interno, inteso come "uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali". V. art. 26 TFUE, par. 2.

<sup>94</sup> V. *supra*, Cap. I, par. 3.3.

Il legislatore europeo ha pertanto inteso introdurre il divieto di fissazione di prezzi eccessivi allo scopo di aumentare il livello degli scambi tra gli Stati membri e promuovere l'obiettivo di uno "sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche", così come stabilito dall'articolo 2 del Trattato CE<sup>95</sup>, attraverso la riduzione delle disparità di prezzo tra i consumatori dei diversi Stati membri<sup>96</sup>. La norma favorisce, dunque, l'obiettivo dell'integrazione, creando artificialmente condizioni relativamente simili in tutti gli Stati membri ed impedendo alle imprese dominanti di praticare prezzi significativamente diversi in differenti mercati geografici per beni o servizi comparabili. Una simile finalità, di contro, non si riscontra e né si rende necessaria negli Stati Uniti, ove i mercati dei singoli Stati federali sono stati oggetto di un'integrazione continua sin dal 1787, anno di proclamazione della carta

---

<sup>95</sup> Le disposizioni dell'art. 2 del Trattato CE sono state ora trasposte, nella sostanza, all'interno dell'articolo 3 del Trattato sull'Unione Europea a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

<sup>96</sup> È opportuno rilevare, tuttavia, che i casi relativi a prezzi eccessivi o a discriminazioni di prezzo sono stati relativamente pochi e che negli ultimi anni non sono mai state intraprese azioni contro imprese dominanti per presunti abusi di sfruttamento. D'altra parte, la Commissione europea ha avuto modo di segnalare già in tempi non recenti la propria intenzione di concentrare la propria azione investigativa non tanto sul livello dei prezzi, bensì sulla lotta alle pratiche esclusive concepite per mantenere una posizione dominante nei confronti dei concorrenti o dei possibili nuovi entranti nel mercato, la cui presenza risulta necessaria per il raggiungimento di un elevato livello di concorrenza e per il conseguimento di prezzi concorrenziali. In particolare essa ha sostenuto che "nella sua prassi decisionale la Commissione di norma non controlla né condanna l'alto livello dei prezzi in quanto tale, ma esamina piuttosto il comportamento mirato a preservare la posizione dominante di un'impresa nei confronti dei suoi diretti concorrenti o di nuove imprese che si affacciano sul mercato, in genere capaci di fare una effettiva concorrenza tramite una politica adeguata dei prezzi". V. *XXIV Relazione sulla politica di concorrenza 1994* (pubblicata in connessione con la "Relazione generale sull'attività dell'Unione europea - 1994"), Bruxelles-Lussemburgo, 1995.

costituzionale, la quale contempla *in primis*, tra gli obiettivi fondamentali, la formazione di una “più perfetta Unione”<sup>97</sup>.

### 3.2. Requisito dell'intento.

Come rilevato, l'essenza della proibizione contenuta nella Sezione 2 dello Sherman Act risiede nel possesso di un potere di monopolio nel mercato rilevante in aggiunta all'acquisizione o al mantenimento volontario di tale potere<sup>98</sup>. La giurisprudenza statunitense ha talvolta suggerito, pertanto, che un ingrediente necessario del reato contemplato dalla norma risulti essere l'intenzione o lo scopo di esercitare un potere di monopolio da parte dell'impresa<sup>99</sup>. Tale requisito sembra essere soddisfatto dalla mera prova di un intento generico<sup>100</sup>, il quale può essere dedotto qualora una restrizione del commercio ovvero un risultato di monopolio risultino essere la conseguenza della stessa condotta dell'impresa o di

---

<sup>97</sup> V. U.S. CONST. pmbl.

<sup>98</sup> V. *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-71 (1966).

<sup>99</sup> V. *ibidem*; *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 432 (2 Cir. 1945).

<sup>100</sup> I sistemi giuridici di *common law* differenziano, nell'ambito della giurisdizione penale, un “intento generico” da un “intento specifico” in riferimento alla commissione di un determinato reato. In linea generale, i crimini che richiedono un intento generico presuppongono la commissione di un atto illegale senza una specifica *mens rea* e l'esistenza di tale intento è dedotto dal compimento stesso dell'atto delittuoso, sulla base del fatto che un soggetto si presume essere capace di intendere e di volere l'azione perpetrata e le sue naturali e probabili conseguenze. Di contro, l'intento specifico non concerne esclusivamente la colpa obiettiva derivante dalla circostanza in sé di aver commesso l'*actus reus*, richiedendo altresì una reale intenzione soggettiva di realizzare la condotta proibita. V., ad es., *ex multis*, DAVID C. BRODY, JAMES R. ACKER & WAYNE A. LOGAN, *CRIMINAL LAW* 174 (Aspen 2000).

accordi commerciali<sup>101</sup>. Pertanto, allo scopo di stabilire una violazione della Sezione 2 dello Sherman Act, appare sufficiente dimostrare che una specifica impresa abbia inteso perseguire volontariamente pratiche che hanno avuto per effetto l'acquisizione o il mantenimento di una posizione di monopolio<sup>102</sup>. Quindi, se da un lato le prove relative alla condotta dell'impresa possono risultare elementi utili per stabilire l'esistenza di un potere di monopolio, questi stessi fattori possono anche essere sufficienti per accertare che l'impresa in questione abbia avuto lo scopo o l'intento di esercitare tale potere, soddisfacendo in tal modo anche la seconda parte del test di illegalità<sup>103</sup>. Ciò conduce alla conseguenza che anche comportamenti illegali ai sensi della Sezione 1 dello Sherman Act possono essere indicativi di un intento generale di monopolizzare ai sensi della Sezione 2, benché un comportamento che non integri una fattispecie di violazione della Sezione 1 può nondimeno costituire una prova dell'intento

---

<sup>101</sup> V. *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100, 105 (1948), in cui la corte osserva che “[i]t is . . . not always necessary to find a specific intent to restrain trade or to build a monopoly in order to find that the anti-trust laws have been violated. It is sufficient that a restraint of trade or monopoly results as the consequence of a defendant’s conduct or business arrangements. To require a greater showing would cripple the [Sherman Act]”; *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 432 (2 Cir. 1945), in cui la corte afferma che “no monopolist monopolizes unconscious of what he is doing”, desumendo, pertanto, un intento utile a definire una violazione ai sensi della Sezione 2 dello Sherman Act dall’atto stesso di monopolizzare il mercato, fatta comunque salva l’ipotesi in cui un’impresa “may unwittingly find themselves in possession of a monopoly, automatically so to say: that is, without having intended either to put an end to existing competition, or to prevent competition from arising when none had existed; they may become monopolists by force of accident”. In simili casi, “[s]ince the [Sherman] Act makes ‘monopolizing’ a crime, as well as a civil wrong, it would be not only unfair, but presumably contrary to the intent of Congress, to include such instances”. *Ibidem*, pagg. 429-30. Cfr. anche *United States v. Patten*, 226 U.S. 525, 543 (1913); *United States v. Masonite Corp.*, 316 U.S. 265, 275 (1942). Per la dottrina in materia, v., *inter alios*, Marina Lao, *Reclaiming a Role for Intent Evidence in Monopolization Analysis*, 54 AM. U.L. REV. 151 (2004).

<sup>102</sup> Cfr. *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 432 (2 Cir. 1945).

<sup>103</sup> V. *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100, 105-06 (1948); *Swift & Co. v. United States*, 196 U.S. 375, 396 (1905).

generale qualora il suo esito sia l'acquisizione, il mantenimento o l'estensione di un potere di monopolio.

L'ordinamento dell'Unione europea, invece, si è maggiormente focalizzato sul carattere abusivo della condotta piuttosto che sui motivi che hanno spinto l'impresa dominante ad agire in un determinato modo, e, pertanto, sia nei casi di abuso di sfruttamento che in quelli di abuso finalizzato all'esclusione della concorrenza non viene generalmente richiesto alcun elemento relativo all'intento allo scopo di accertare l'illegittimità della condotta. La giurisprudenza europea ha più volte sancito l'irrilevanza dei moventi nell'ambito dell'esame di presunte violazioni dell'articolo 102 TFUE, sebbene tale affermazione sia stata il più delle volte riferita alla possibilità dell'impresa di avanzare argomentazioni difensive relative ai motivi della condotta. Così, in *Commercial Solvents*<sup>104</sup>, la Corte di giustizia ha sancito che il rifiuto di fornire una materia prima ad un'altra impresa che ne abbia fatto richiesta non risulta essere esonerato da una illiceità di natura concorrenziale per la ragione che l'impresa in posizione dominante abbia deciso di competere con i propri clienti nella produzione di derivati della materia prima in questione<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> C. giust., sent. 6 marzo 1974, cause riunite 6-7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation c. Commissione delle Comunità europee*, cit.

<sup>105</sup> Un ulteriore esempio dell'irrilevanza dell'intento in ambito europeo è dato dal caso *Continental Can*, nel quale il rafforzamento di una posizione dominante mediante l'acquisizione di una partecipazione di maggioranza in un'impresa concorrente è stata ritenuta illegittima ai sensi dell'articolo 82 CE (ora 102 TFUE) poiché, come espressamente riferito dalla Corte di giustizia, qualsiasi atto di un'impresa in posizione dominante che determina un cambiamento sostanziale nella struttura dell'offerta, compromettendo in tal modo la libertà dei consumatori sul mercato, può essere considerato abusivo a prescindere da qualsiasi considerazione relativa alla colpa. C. giust., sent. 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 29.

Tale divergenza tra i due ordinamenti può essere spiegata, tuttavia, dalla circostanza che l'articolo 102 comprende un divieto di comportamenti abusivi da parte di imprese dominanti, sanzionato esclusivamente tramite un'ammenda pecuniaria<sup>106</sup>, piuttosto che, come accade nel regime antitrust statunitense, la previsione di un reato penalmente perseguibile, e pertanto soggetto ai principi generali della *Criminal Law*<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> V. *supra*, Cap. II, par. 4.

<sup>107</sup> Si ricorda, infatti, che la violazione della Sezione 2 dello Sherman Act, così come della Sezione 1, costituisce un atto di “*felony*”, vale a dire un reato penale di grave entità che prevede sanzioni superiori ai 12 mesi di reclusione, piuttosto che un semplice “*misdemeanor*”, con cui vengono catalogati i reati minori perseguibili con la pena massima di un anno di reclusione. V. 18 U.S.C. § 3559(a).

## CAPITOLO IV

# PROFILI COMPARATIVI IN MERITO A SINGOLE FATTISPECIE RICADENTI NELL'AMBITO DEL DIVIETO DI MONOPOLIZZAZIONE O ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

SOMMARIO: 1. *Rifiuto di contrarre.* – 1.1. *Rifiuto di concedere in licenza diritti di proprietà intellettuale.* – 2. *Vendite abbinata.* – 3. *Prezzi predatori.* – 4. *Accordi di esclusiva.* – 5. *Pratiche di sconto.*

### 1. Rifiuto di contrarre.

In via preliminare, è possibile affermare che un rifiuto di contrarre non costituisce di per sé un comportamento illegittimo sia nell'ordinamento statunitense che in quello dell'Unione europea; entrambi, infatti, hanno riconosciuto la non sussistenza di un autonomo obbligo per le imprese monopoliste o in posizione dominante di stabilire rapporti commerciali con un concorrente o un cliente definito<sup>1</sup>. Tuttavia, nei due ordinamenti la giurisprudenza ha

---

<sup>1</sup> Cfr., ad es., C. giust., sent. 28 aprile 2009, causa C-518/06, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana* (in *Raccolta*, 2009, pag. I-3491), par. 66, in cui la corte ha evidenziato che “l'imposizione (...) di un obbligo di contrarre (...) costituisce un'ingerenza sostanziale nella libertà di contrarre di cui godono, in linea di principio, gli operatori economici”; Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 17 settembre 2009 nella causa C-441/07 P, *Commissione europea c. Alrosa Company Ltd.* (non ancora pubblicato in *Raccolta*), par. 131. Per l'ordinamento statunitense, cfr., ad es., *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290, 320 (1896), in cui il giudice Peckham, a nome della maggioranza dei giudici della Corte Suprema, ha statuito che “[t]he trader or manufacturer . . . carries on an entirely private business, and can

individuato talune circostanze al ricorrere delle quali la normativa antitrust impone alle imprese detentrici di un potere di mercato il dovere di contrarre con altri soggetti economici. L'esatta definizione di tali circostanze è stata oggetto, in entrambi i sistemi giuridici, di forti controversie, sia a livello dottrinale che istituzionale, a causa della potenziale portata restrittiva di un simile obbligo nei confronti del diritto delle imprese di disporre liberamente della propria proprietà e, più in generale, nei confronti della stessa libertà imprenditoriale.

Tale problematica è stata da tempo sollevata negli Stati Uniti, dove già nei primi anni del secolo scorso la Corte Suprema ha affermato che, in assenza di qualsiasi proposito di creare o mantenere un monopolio, lo Sherman Act non deve essere interpretato nel senso di circoscrivere il diritto dei commercianti e dei produttori di esercitare liberamente la propria discrezionalità in merito alla scelta dei partner commerciali<sup>2</sup>. Allo stesso modo, in ambito europeo, è stato affermato che il diritto di scegliere le controparti commerciali e di disporre liberamente della propria proprietà sono principi generalmente riconosciuti nei singoli ordinamenti statali, talvolta con norme di rango costituzionale, e come tali rispettati e condivisi dal sistema giuridico dell'Unione<sup>3</sup>.

---

sell to whom he pleases". Cfr. anche *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 602 (1985).

<sup>2</sup> V., ad es., *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307 (1919), in cui la Corte Suprema afferma che "[i]n the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the [Sherman Act] does not restrict the long recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal. And, of course, he may announce in advance the circumstances under which he will refuse to sell".

<sup>3</sup> V., ad es., Comunicazione della Commissione recante *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti* (in GUCE n. C 45 del 24 febbraio 2009, pagg. 7-20), par. 75, in cui la Commissione puntualizza che "in linea generale, qualsiasi impresa, dominante o meno, dovrebbe avere il diritto



Sia in Europa che negli Stati Uniti è stato riconosciuto, tuttavia, che il rifiuto di contrarre con uno specifico cliente può dar luogo ad una responsabilità di natura concorrenziale qualora il diniego in questione sia finalizzato all'esclusione di uno o più concorrenti nel mercato in cui viene detenuta una posizione dominante.

La Corte di giustizia, infatti, nel caso *United Brands*<sup>4</sup> (relativo ad un rifiuto di fornitura da parte di un'impresa, riconosciuta in posizione dominante, nei confronti di quei distributori che promuovevano altri prodotti concorrenti) pur riconoscendo il diritto di un'impresa dominante a tutelare i propri interessi commerciali<sup>5</sup>, ha cionondimeno proceduto all'accertamento di un comportamento abusivo poiché “il rifiuto di vendita limita gli sbocchi a danno dei

---

di scegliere i propri partner commerciali e di disporre liberamente dei propri beni. La Commissione ritiene dunque che un intervento deciso sulla base del diritto della concorrenza esiga un attento esame laddove l'applicazione dell'articolo 102 TFUE comporti l'imposizione di un obbligo di fornitura a carico dell'impresa dominante. L'esistenza di un tale obbligo - anche contro un'equa remunerazione - può compromettere gli incentivi delle imprese ad investire ed innovare e quindi eventualmente danneggiare i consumatori”; Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 28 maggio 1998 nella causa C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG* (in *Raccolta*, 1998, pag. I-7791), par. 56-57, in cui l'Avvocato Generale osserva che “[i]n primo luogo, risulta che il diritto di scegliere i propri partner commerciali e quello di disporre liberamente dei propri beni sono principi generalmente riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri, in alcuni casi a livello costituzionale. Toccare tali diritti richiede un'accurata giustificazione. In secondo luogo, la giustificazione, in termini di politica di concorrenza, di un'interferenza nella libertà di stipulare di un'impresa in posizione dominante spesso richiede un'attenta ponderazione di considerazioni contrapposte”.

<sup>4</sup> C. giust., sent. 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1978, pag. 207).

<sup>5</sup> V. *ibidem*, par. 189, in cui la corte sostiene che “[la circostanza] di detenere una posizione dominante non può privare l'impresa interessata del diritto di tutelare i propri interessi commerciali, se questi sono insidiati, e che quindi le si deve consentire, in misura ragionevole, di compiere gli atti ch'essa ritenga opportuni per la protezione di tali interessi”, aggiungendo tuttavia subito dopo che “non è però ammissibile un comportamento che abbia in realtà lo scopo di rafforzare la posizione dominante dell'impresa e di farne abuso”.

consumatori e provoca una discriminazione che può spingersi fino all'eliminazione di un operatore commerciale dal mercato considerato"<sup>6</sup>. Tale ultimo risultato risultava essere raggiungibile, nel caso di specie, in quanto la condotta abusiva avrebbe dissuaso gli altri distributori commerciali dal promuovere i prodotti di altre imprese in concorrenza con United Brands e avrebbe rafforzato la posizione di forza di quest'ultima sul mercato<sup>7</sup>.

Similmente, negli Stati Uniti, la Corte Suprema, in *Lorain Journal*<sup>8</sup>, ha sostenuto che l'impresa editrice di un giornale locale sia incorsa in una violazione della Sezione 2 dello Sherman Act rifiutandosi di accettare le richieste relative ad inserzioni pubblicitarie da parte di soggetti che avevano deciso di intraprendere una campagna promozionale anche attraverso una stazione radio locale. Il giudice statunitense, pur ammettendo che un'impresa abbia generalmente il diritto di selezionare i propri clienti, ha riconosciuto che tale prerogativa non è assoluta e né è esentata da ogni regolamentazione, poiché l'impiego di tale prerogativa come mezzo per raggiungere una condizione di monopolio risulta interdetto dalle norme antitrust<sup>9</sup>.

Di maggior rilevanza risulta essere, invece, in entrambi gli ordinamenti, la casistica relativa all'ipotesi di rifiuto di contrarre operato nei confronti di un diretto concorrente dell'impresa in posizione dominante.

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, par. 183.

<sup>7</sup> V. *ibidem*, par. 192.

<sup>8</sup> *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143 (1951).

<sup>9</sup> V. *ibidem*, pag. 155. Nello specifico, la Corte Suprema ha confermato il giudizio della corte distrettuale nel ritenere che lo scopo della pratica attuata da *Lorain Journal* era quello di eliminare la concorrenza dell'emittente radiofonica imponendo un atteggiamento sanzionatorio verso tutti coloro che utilizzavano la stazione radio per la propria pubblicità scoraggiando, pertanto, le imprese ad usufruire ulteriormente del servizio di inserzione radiofonica.

A tal riguardo, la disciplina antitrust statunitense, come anticipato, riconosce il diritto di un'impresa, anche se monopolista, di rifiutarsi di intercorrere in rapporti commerciali con specifici soggetti economici<sup>10</sup>, a patto che essa agisca in maniera indipendente<sup>11</sup>. È stato, tuttavia, successivamente riconosciuto che tale possibilità non risulta essere assoluta, potendosi verificare casi in cui il rifiuto di un monopolista di trattare con un concorrente possa costituire la base di comportamenti anticoncorrenziali in violazione della Sezione 2 dello Sherman Act<sup>12</sup>. Una simile situazione di illegittimità è stata riscontrata dalla Corte

---

<sup>10</sup> In particolare, la Corte Suprema nel caso *Colgate*, ha dichiarato che un'impresa gode di un diritto generale di entrare in rapporti commerciali, ovvero di rifiutarsi di intraprendere tali rapporti, con chiunque essa preferisca. V. *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 307 (1919).

<sup>11</sup> V. *ibidem*, in cui la Corte Suprema ha affermato che l'ordinamento statunitense riconosce il diritto per i singoli operatori economici di scegliere liberamente i soggetti con cui desidera entrare in rapporti commerciali a meno che tale comportamento non sia ricompreso in un più ampio progetto volto a monopolizzare il mercato. V. anche *Monsanto Co. v. Spray-Rite Serv. Corp.*, 465 U.S. 752, 761 (1984); *Reeves, Inc. v. Stake*, 447 U.S. 429 (1980), in cui la Corte Suprema ha reiterato “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”; Cfr. anche *Official Airline Guides, Inc. v. FTC*, 630 F.2d 920, 927 (2d Cir. 1980), in cui la corte d'appello per il Secondo Circuito, rispondendo alle argomentazioni della Federal Trade Commission nell'ambito di un caso coinvolgente una violazione della Sezione 5 del Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C.S. § 45, ha dapprima replicato affermando che “[w]e do not think that the Colgate doctrine is as dead as the [Federal Trade Commission] would have it”, sostenendo poi che “it has always been the prerogative of a manufacturer to decide with whom it will deal”.

<sup>12</sup> V. *Byars v. Bluff City News Co.*, 609 F.2d 843, 846 (6th Cir. 1980), in cui la corte, nell'esaminare il caso di specie, ha riconosciuto che la definizione delle circostanze in cui un monopolista deve essere obbligato a contrarre ai sensi della Sezione 2 dello Sherman Act “is one of the most unsettled and vexatious in the antitrust field”; *Pacific Bell Telephone Co. v. Linkline Communications, Inc.*, 129 S.Ct. 1109, 1118 (2009), in cui la Corte Suprema dopo aver affermato che “[a]s a general rule, businesses are free to choose the parties with whom they will deal, as well as the prices, terms, and conditions of that dealing” ha concluso sostenendo che tuttavia “there are rare instances in which a dominant firm may incur antitrust liability for purely unilateral conduct”.

Suprema dapprima nel caso *Terminal Railroad Association of St. Louis*<sup>13</sup> agli inizi del secolo scorso, e poi nel più recente caso *Aspen*<sup>14</sup>. Quest'ultimo, in particolare, concerne un gestore di impianti sciistici, Aspen Highlands Skiing Corp., operante su un'altura situata nella località di Aspen, in Colorado, il quale ha intentato causa verso l'unica altra impresa attiva nella medesima zona, l'Aspen Skiing Co., attiva sulle rimanenti tre vette presenti nell'area, per aver rifiutato di protrarre un accordo di lunga durata grazie al quale gli sciatori erano in grado di acquistare un biglietto che includesse la possibilità di accedere in qualsiasi delle quattro strutture. l'Aspen Skiing Co., inoltre, aveva impedito all'impresa concorrente minore di stabilire un pacchetto unico di propria iniziativa e si era rifiutato di accettare singoli pacchetti di voucher da parte di Highlands, da distribuire ai propri clienti a prezzo di mercato. La Corte Suprema, nella sua analisi del caso, ha sottolineato che la società Skiing Co. non aveva rifiutato un nuovo accordo di collaborazione, avendo interrotto un rapporto commerciale già in essere, e che la sua condotta ha avuto un impatto negativo nei confronti dei consumatori, i quali richiedevano un biglietto onnicomprensivo, falsando in tal modo la concorrenza in un modo inutilmente restrittivo<sup>15</sup>. Il giudice statunitense ha quindi stabilito una responsabilità antitrust nei confronti di Skiing Co. aggiungendo che la società Highlands è risultata essere

<sup>13</sup> United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 224 U.S. 383 (1912).

<sup>14</sup> Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985).

<sup>15</sup> V. *ibidem*, pag. 605, in cui la corte ha fatto esplicito riferimento alla dottrina giuridica. Cfr. PHILLIP E. AREEDA & DONALD TURNER, 3 ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION 78 (Aspen 1978). In particolare, la corte ha affermato che, in caso di presunta violazione della Sezione 2 dello Sherman Act, "it is relevant to consider [the impact of defendant's conduct] on consumers and whether it has impaired competition in an unnecessarily restrictive way. If a firm has been 'attempting to exclude rivals on some basis other than efficiency,' it is fair to characterize its behavior as predatory. It is, accordingly, appropriate to examine the effect of the challenged pattern of conduct on consumers, on Ski Co.'s smaller rival, and on Ski Co. Itself".

fortemente pregiudicata a seguito dell'interruzione dell'accordo commerciale, così come gli utilizzatori sono stati danneggiati dall'eliminazione del biglietto multiarea imposta da Skiing Co., la quale, peraltro, non è stata in grado di fornire un'adeguata giustificazione commerciale per tali sue decisioni<sup>16</sup>.

Quest'ultimo aspetto risulta essere di fondamentale importanza, in quanto, generalmente, nei casi in cui una convincente giustificazione commerciale sia stata adottata dall'impresa convenuta in giudizio, le accuse di monopolizzazione ai sensi della Sezione 2 dello Sherman Act sono solitamente cadute<sup>17</sup>, sebbene in *Eastman Kodak* la Corte Suprema abbia osservato che qualsiasi difesa basata su una giustificazione commerciale debba essere valutata anche sul fronte della pretestuosità<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> La Corte Suprema ha sostenuto, in particolare, che “[a]lthough Ski Co.’s pattern of conduct may not have been as ‘bold, relentless, and predatory’ as the publisher’s actions in *Lorain Journal*, the record in this case comfortably supports an inference that the monopolist made a deliberate effort to discourage its customers from doing business with its smaller rival. The sale of its 3-area, 6-day ticket, particularly when it was discounted below the daily ticket price, deterred the ticket holders from skiing at Highlands. The refusal to accept the Adventure Pack coupons in exchange for daily tickets was apparently motivated entirely by a decision to avoid providing any benefit to Highlands even though accepting the coupons would have entailed no cost to Ski Co. itself, would have provided it with immediate benefits, and would have satisfied its potential customers. Thus the evidence supports an inference that Ski Co. was not motivated by efficiency concerns and that it was willing to sacrifice short-run benefits and consumer goodwill in exchange for a perceived long-run impact on its smaller rival”. *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585, 610-11 (1985).

<sup>17</sup> Cfr., ad es., See *Olympia Equip. Leasing Co. v. Western Union Tel. Co.*, 797 F.2d 370 (7th Cir. 1986), in cui la corte d'appello del Settimo Circuito ha sovvertito la pronuncia del giudice distrettuale *a quo*, il quale, secondo la corte d'appello, non aveva tenuto in debita considerazione le giustificazioni commerciali dell'impresa convenuta, accusata di aver violato la Sezione 2 dello Sherman Act per aver rifiutato di contrarre con i concorrenti. Qualora esista una tale giustificazione, infatti, si applica la regola per cui “a firm with lawful monopoly power has no general duty to help its competitors”. *Ibidem*, pag. 375.

<sup>18</sup> *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc.*, 504 U.S. 451, 485-86 (1992).

Un approccio diverso, e per molti versi caratterizzato da una maggior cautela, può essere rintracciato nel successivo caso *Trinko*<sup>19</sup>, nel quale lo stesso Governo statunitense e la Federal Trade Commission, agendo in qualità di *amici curiae*, hanno suggerito alla Corte Suprema di adottare una più ristretta interpretazione della Sezione 2, proponendo che le fattispecie di rifiuto di contrarre con un concorrente fossero ritenute legittime ai sensi dello Sherman Act, a meno che l'atteggiamento dell'impresa convenuta non fosse spiegabile se non attraverso asserite finalità anticoncorrenziali perseguite da quest'ultima. La corte, pur non adottando l'approccio raccomandato, ha di fatto compiuto un passo indietro rispetto alla giurisprudenza affermata in *Aspen*.

Nel caso *Trinko*<sup>20</sup>, infatti, il giudice ha rifiutato di applicare il divieto di cui alla Sezione 2 dello Sherman Act al rifiuto di effettuare una fornitura da parte della società convenuta in giudizio: la corte, rilevando l'incertezza dei vantaggi determinati da un intervento forzato e la difficoltà di individuare e porre rimedio ad un simile comportamento qualora ritenuto illegittimo, ha chiarito che l'imputabilità a carico di un'impresa, anche se in posizione di monopolio, non può essere sostenuta per il solo fatto che quest'ultima si astenga

---

<sup>19</sup> Verizon Commc'ns., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P., 540 U.S. 398 (2004).

<sup>20</sup> Nel caso in questione, Trinko LLP, un cliente dei servizi telefonici forniti da AT&T, ha citato in giudizio Verizon, operatore telefonico locale primario e proprietario delle infrastrutture locali di telecomunicazione (LEC), sostenendo che quest'ultimo avesse evaso le richieste degli operatori concorrenti che si appoggiavano alla sua rete in maniera discriminatoria, nel contesto di uno schema anticoncorrenziale volto a scoraggiare nuove utenze a favore delle società rivali e indurre i loro clienti attuali a cambiare operatore, ostacolando in tal modo la possibilità per i nuovi concorrenti di entrare e di competere sul mercato per il servizio telefonico locale. In tale contesto, si è posto tra le norme applicabili al caso anche il Telecommunications Act del 1996 (110 Stat. 56), per il quale gli operatori telefonici locali primari sono obbligati a condividere le loro infrastrutture con le società concorrenti. Trinko, pertanto, ha sostenuto una violazione sia del Telecommunications Act del 1996 che della Sezione 2 dello Sherman Act nei confronti di Verizon.

dall'intraprendere rapporti commerciali con un concorrente, a meno che non ricorrano circostanze eccezionali<sup>21</sup>. Nello specifico, la Corte Suprema ha con enfasi distinto il caso in esame dalla limitata eccezione riconosciuta in *Aspen*<sup>22</sup>, poiché le caratteristiche predatorie identificate in quest'ultimo caso non risultano essere presenti in *Trinko*<sup>23</sup>.

Infine, è utile segnalare che la Corte Suprema ha sostanzialmente rifiutato di riconoscere l'applicabilità dello Sherman Act nei confronti di fattispecie che risultano disciplinate da speciali provvedimenti legislativi, sostenendo che l'applicazione delle regole antitrust nei confronti di settori già in tal senso regolamentati sarebbe superflua ed il beneficio derivante da un'ulteriore applicazione delle norme a tutela della concorrenza sarebbe relativo<sup>24</sup>. Nel caso di specie, benché il Telecommunications Act facesse esplicitamente salve le norme federali antitrust, e che quindi lo Sherman Act risultasse ancora applicabile in circostanze appropriate, la corte ha sottolineato che ciò non consentiva in nessun modo l'espansione o

---

<sup>21</sup> V. *Verizon Commc'ns., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P.*, 540 U.S. 398, 408 (2004).

<sup>22</sup> V. *ibidem*, pag. 409.

<sup>23</sup> In particolar modo, la Corte Suprema osserva che Verizon non ha posto fine ad una collaborazione commerciale già in essere da lungo tempo, come accaduto in *Aspen*; piuttosto, il Telecommunications Act ha imposto a Verizon la creazione di un nuovo rapporto commerciale (la locazione di una rete di telecomunicazione ad altri fornitori di servizi telefonici). Inoltre, la corte, avendo constatato che la precedente condotta di Verizon non forniva indicazioni sulle reali motivazioni del suo rifiuto di contrarre, ha deliberato che non era in definitiva possibile stabilire se l'infrazione al Telecommunications Act fosse dovuta ad un particolare zelo competitivo o a specifiche ambizioni anticoncorrenziali. Infine, ad ulteriore prova della diversità sostanziale tra *Aspen* e *Trinko*, la Corte Suprema ha evidenziato che, ai sensi della legge sulle telecomunicazioni del 1996, Verizon era costretta a locare la propria rete alle imprese concorrenti ad una tariffa negoziata. Dunque, a differenza di *Skiing Co.*, l'impresa convenuta non era in grado di sacrificare profitti di breve termine nelle vendite al dettaglio per raggiungere un fine anticoncorrenziale. V. *ibidem*, pag. 409-410.

<sup>24</sup> V. *ibidem*, pag. 412.

l'alterazione del campo d'applicazione della Sezione 2, anche in considerazione dei costi derivanti dalla concretizzazione di falsi positivi<sup>25</sup>.

Per quanto concerne l'ordinamento dell'Unione europea, la maggior parte dei casi relativi ad un rifiuto di contrarre hanno interessato situazioni in cui il diniego riguardava non tanto il mercato dominato dall'impresa convenuta, essendo le specifiche fattispecie dedotte in giudizio per lo più inerenti al rapporto tra l'impresa dominante ed un concorrente operante in un mercato a valle o comunque attiguo. Queste sono, ad esempio, le circostanze verificatesi in *Commercial Solvents*<sup>26</sup>, che rappresenta il primo caso rilevante in cui la Corte di giustizia si è trovata a giudicare in materia di rifiuto di contrarre. La decisione della Commissione aveva rilevato, nell'eliminazione di uno dei principali produttori di etambutolo all'interno del Mercato comune attraverso uno specifico rifiuto di contrarre, un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE, imponendo alla società convenuta (*Commercial Solvents*) non solo di rifornire la società controparte (*Zoja*) nelle quantità necessarie a quest'ultima, ritenendo altresì opportuno, al fine di assicurare "il mantenimento di condizioni

---

<sup>25</sup> V. *ibidem*, pag. 414, in cui la corte, in termini generali, afferma che "[t]he cost of false positives counsels against an undue expansion of § 2 liability".

<sup>26</sup> C. giust., sent. 6 marzo 1974, cause riunite 6-7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1974, pag. 223). Nel caso in analisi, la società convenuta, *Commercial Solvents*, controllava una quota sostanziale del mercato di una determinata materia prima (aminobutanolo), che non subiva la concorrenza di prodotti sostitutivi prontamente disponibili. La materia prima era essenziale per la produzione di etambutolo (utile per la fabbricazione di farmaci anti-tubercolosi), prodotto principale fabbricato da *Zoja*, una piccola industria farmaceutica italiana, la quale era anche cliente di *Commercial Solvents*, da cui si riforniva di aminobutanolo. Quest'ultima, dopo aver intrapreso la decisione di entrare nel mercato derivato dell'etambutolo, ha rifiutato ulteriori forniture di aminobutanolo nei confronti di *Zoja*, la quale era divenuta, oltre che cliente nel mercato della materia prima, concorrente nel mercato a valle.



di concorrenza effettiva, che Zoja [potesse] beneficiare di un approvvigionamento a più lungo termine”<sup>27</sup>. La Corte di giustizia, in sede di appello, ha convalidato il giudizio di colpevolezza decretato dalla Commissione, interpretando come una condotta abusiva *ex art. 102* il comportamento di un’impresa in posizione dominante che possa condurre all’eliminazione della concorrenza in un mercato derivato<sup>28</sup>. Le pronunce della Commissione e della Corte di giustizia nel caso *Commercial Solvents* sono state, tuttavia, fortemente criticate poiché le istituzioni europee, secondo taluni autori, non sono state in grado di identificare il potenziale pregiudizio concorrenziale procurato dal rifiuto di contrarre dell’impresa convenuta, nonché di valutare le possibili efficienze o benefici concorrenziali che sarebbero potuti derivare dall’integrazione verticale di *Commercial Solvents*, concludendo che la posizione della Corte di giustizia è stata tesa più verso la tutela di un’impresa concorrente in quanto tale, piuttosto che ispirata da una reale esigenza di salvaguardia degli interessi dei consumatori, come d’altronde confermato successivamente dallo stesso presidente della corte<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> V. Decisione della Commissione del 14 dicembre 1972, caso IV/26.911, *Zoja/C.S.C. - ICI* (in GUCE n. L 299 del 31 dicembre 1972, pagg. 51-58), punto III(B).

<sup>28</sup> C. giust., sent. 6 marzo 1974, cause riunite 6-7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 23-29.

<sup>29</sup> Cfr., ad es., Valentine Korah, *The Interface Between Intellectual Property and Antitrust: The European Experience*, 69 ANTITRUST L.J. 801, 808 (2001), in cui l’autore, in atteggiamento critico nei confronti della pronuncia della Corte di giustizia, osserva che “[i]t is not clear from the judgment whether the E.C.J. was protecting a small firm that wanted to make ethambutol, or those paying for the treatment of tubercular patients. Judge Pescatore, then President of the E.C.J., said in a speech that the judgment was intended to protect a small firm, rather than free competition for the benefit of consumers. This desire to protect certain types of competitors may help to account for the . . . wide scope of the European duty to supply”; cfr. anche Liza Lovdahl Gormsen, *Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?*, 2(2) COMPETITION L. REV. 5, 14 (2006).

Da ultimo, è opportuno rilevare come, in entrambi gli ordinamenti in esame, parte dei casi in materia di rifiuto di contrarre traggano origine da una teoria nata negli Stati Uniti, nota come *essential facilities doctrine*, per la quale un'impresa che controlla un'infrastruttura essenziale, che non può essere duplicata dai concorrenti, può essere soggetta ad un autonomo obbligo di consentire a terze parti l'accesso alla propria infrastruttura a condizioni ragionevoli. Tale dottrina è stata elaborata, in ambito statunitense, esclusivamente dalla giurisprudenza delle corti inferiori, come nel caso *MCI*<sup>30</sup>, nel quale la Corte d'Appello del Settimo Circuito, nello stabilire che un monopolista che abbia un controllo su un'infrastruttura essenziale possa estendere il proprio monopolio da un mercato all'altro, ha esposto quattro condizioni necessarie per consentire l'operatività della teoria dell'*essential facilities*<sup>31</sup>, le quali risultano tuttavia particolarmente stringenti rendendo, pertanto, difficile la concreta applicazione di tale teoria nelle sedi giurisdizionali. Ciò nonostante, l'*essential facilities doctrine* ha subito numerose censure da parte della dottrina giuridica<sup>32</sup> e la stessa

---

<sup>30</sup> *MCI Communications Corp. v. AT&T Co.*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983).

<sup>31</sup> Le quattro condizioni enunciate dalla corte d'appello fanno riferimento, in particolare, alle seguenti circostanze: *a*) la sussistenza di un controllo effettivo da parte di un'impresa in posizione di monopolio su un'infrastruttura essenziale; *b*) l'impraticabilità oggettiva di un concorrente dell'impresa monopolista di duplicare detta infrastruttura essenziale; *c*) il rifiuto operato dall'impresa monopolista verso un concorrente in merito all'accesso all'infrastruttura; e *d*) la possibilità tecnica per l'impresa monopolista di fornire l'accesso all'infrastruttura essenziale. V. *ibidem*, pag. 1132-33. A tali condizioni si aggiunge, inoltre, l'assenza di giustificazioni oggettive da parte dell'impresa monopolista in relazione al diniego d'accesso. Cfr. *City of Anaheim v. Southern California Edison Co.*, 955 F.2d 1373, 1380-81 (9th Cir. 1992). V. anche Allen Kezsbom & Alan V. Goldman, *No Shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of The "Essential Facilities" Doctrine*, 1996 COLUM. BUS. L. REV. 1, 21 (1996).

<sup>32</sup> V. Michael Boudin, *Antitrust Doctrine and the Sway of Metaphor*, 75 GEO. L.J. 395, 397-401 (1986), in cui viene criticata la giurisprudenza della Corte Suprema in materia di *essential facilities doctrine* e viene esortata una sostanziale limitazione della dottrina; Phillip Areeda, *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting*

Corte Suprema, nel caso *Trinko*, ha manifestato una forte diffidenza nei suoi confronti, sebbene, pur avendo elencato una serie di ragioni contrarie alla sua applicazione, non ha né confermato e né negato la sua esistenza nell'ordinamento statunitense<sup>33</sup>.

In ambito europeo, si rileva che la Commissione, basandosi sul caso *Commercial Solvents*, ha tentato di sviluppare una dottrina dell'infrastruttura essenziale in una serie di casi relativi, *inter alia*, all'accesso ai servizi di prenotazione informatica di biglietti aerei<sup>34</sup>, accordi tra aerolinee<sup>35</sup> e strutture ferroviarie<sup>36</sup>, nonché a fattispecie inerenti la gestione di infrastrutture portuali<sup>37</sup>. Proprio in un caso relativo a quest'ultimo argomento, la Commissione ha utilizzato

---

*Principles*, 58 ANTITRUST L.J. 841, 852 (1989), in cui vengono proposti taluni principi atti a limitare l'applicazione della dottrina delle infrastrutture essenziali, come la ridefinizione del requisito di "essenzialità" in un senso maggiormente restrittivo; Robert Pitofsky, Donna Patterson & Jonathan Hooks, *The Essential Facilities Doctrine Under US Antitrust Law*, 70 ANTITRUST L.J. 443, 462 (2002), in cui l'autore sostiene l'opinione per cui la dottrina delle infrastrutture essenziali debba essere descritta in modo restrittivo, se non completamente abbandonata dalla giurisprudenza; 3A PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, ANTITRUST LAW ¶ 771(c) (2d ed. 2002), in cui i due autori sostengono che "the essential facility doctrine is both harmful and unnecessary and should be abandoned", raccomandando che nel frattempo la teoria sia applicata esclusivamente nelle situazioni di monopolio naturale, nell'ambito dei servizi di pubblica utilità soggetti a regolamentazione delle tariffe e nei confronti di infrastrutture pubbliche fornite alle imprese a prezzi stabiliti *ex lege*.

<sup>33</sup> V. *Verizon Commc'ns., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P.*, 540 U.S. 398, 410-11 (2004), in cui la corte ha sottolineato, in riferimento all'*essential facilities doctrine*, che "[w]e have never recognized such a doctrine . . . and we find no need either to recognize it or to repudiate it here".

<sup>34</sup> V., ad es., Decisione della Commissione del 4 novembre 1988, n. 88/589/CEE, caso IV/32.318, *London European/Sabena* (in GUCE n. L 317 del 24 novembre 1988, pagg. 47-54).

<sup>35</sup> V., ad es., Decisione della Commissione del 26 febbraio 1992, n. 92/213/CEE, caso IV/33.544, *British Midland/Aer Lingus* (in GUCE n. L 96 del 10 aprile 1992, pagg. 34-45).

<sup>36</sup> V., ad es., Decisione della Commissione del 27 agosto 2003, n. 2004/33/CE, caso COMP/37.685, *GVG/FS* (in GUCE n. L 11 del 16 gennaio 2004, pagg. 17-40).

<sup>37</sup> V., ad es., Decisione della Commissione del 21 dicembre 1993, n. 94/19/CE, caso IV/34689, *Sea Containers/Stena Sealink* (in GUCE n. L 15 del 18 gennaio 1994, pagg. 8-19); Decisione della Commissione del 21 dicembre 1993, n. 94/119/CE, *porto di Rødby* (in GUCE n. L 55 del 26 febbraio 1994, pagg. 52-57).

per la prima volta il termine “*essential facilities*”<sup>38</sup> dandone anche una definizione, sostenendo che il rifiuto di consentire l’accesso ad un’infrastruttura essenziale, nonché l’accesso a quest’ultima a condizioni non ragionevoli, potrebbe comportare una violazione dell’articolo 102 TFUE<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Il concetto di *essential facilities* è stato utilizzato, oltre che nelle decisioni della Commissione, anche in numerose opinioni di avvocati generali relativi a casi dinnanzi alla Corte di giustizia, nonché in talune pronunce di quest’ultima e del Tribunale di primo grado in relazione a casi di concentrazione tra imprese. Cfr., ad es., Conclusioni dell’Avvocato Generale Tizzano del 2 ottobre 2003 nella causa C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG* (in *Raccolta*, 2004, pag. I-5039); C. giust., sent. 15 febbraio 2005, causa C-12/03 P, *Commissione delle Comunità europee c. Tetra Laval BV* (in *Raccolta*, 2005, pag. I-987); Trib. primo grado, sent. 30 settembre 2003, causa T-158/00, *Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2003, pag. II-3825). Solo nel 2010 il Tribunale di primo grado (dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona denominato semplicemente “Tribunale”) ha analizzato un caso di abuso di posizione dominante anche sulla base dell’*essential facilities doctrine*. V. Trib., sent. 1 luglio 2010, causa T-321/05, *AstraZeneca AB e AstraZeneca Plc. c. Commissione europea* (non ancora pubblicata in *Raccolta*), par. 679, in cui la corte chiarisce che “the case-law on ‘essential facilities’ relates, in essence, to circumstances in which a refusal to supply by an undertaking in a dominant position, by virtue, in particular, of the exercise of a property right, may constitute an abuse of a dominant position. That case-law therefore relates in particular to situations in which the free exercise of an exclusive right, being a right which rewards investment or innovation, may be limited in the interest of undistorted competition on the common market” (versione italiana non ancora disponibile).

<sup>39</sup> V. Decisione della Commissione del 21 dicembre 1993, n. 94/19/CE, caso IV/34689, *Sea Containers/Stena Sealink*, cit., par. 66, in cui la Commissione afferma che “[c]ostituisce abuso ai sensi dell’articolo [102 TFUE] (...) il fatto che un’impresa in posizione dominante in relazione ad un’infrastruttura essenziale utilizzi essa stessa tale infrastruttura (p. es.: un’attrezzatura o infrastruttura alla quale devono avere accesso i concorrenti per poter fornire i propri servizi ai clienti) e ne rifiuti l’accesso ad altre imprese senza ragioni oggettive o lo conceda solo a condizioni meno favorevoli di quelle praticate per i propri servizi. Un’impresa in posizione dominante non può fare discriminazioni a favore delle proprie attività in un mercato vicino. Costituisce abuso ai sensi dell’articolo [102] il fatto che il proprietario di un’infrastruttura essenziale si avvalga del potere detenuto su un mercato per proteggere o rafforzare la propria posizione in un mercato vicino, in particolare rifiutando o concedendo l’accesso a un concorrente a condizioni meno favorevoli di quelle praticate per i propri servizi, ed imponendogli pertanto uno svantaggio in termini di competitività”.

In conclusione, è possibile affermare che, mentre l'ordinamento dell'Unione europea si è mostrato incline ad applicare in maniera estensiva il divieto di cui all'articolo 102 TFUE nei confronti di fattispecie relative a rifiuti di contrarre, la giurisprudenza statunitense ha, di contro, ristretto l'ambito di applicabilità della Sezione 2 dello Sherman Act in tale ambito, in coerenza con il più volte rilevato approccio statunitense che risulta essere più pronò ad accettare falsi negativi piuttosto che rischiare di commettere errori del "primo tipo" che potrebbero scoraggiare condotte procompetitive.

Si rileva, inoltre, che, in Europa, sia la Commissione che la Corte di giustizia non hanno chiarito in via definitiva quali siano gli obiettivi perseguiti attraverso una politica aggressiva nei confronti dei casi di rifiuto di contrarre: in tale contesto la decisione pronunciata nel caso *Commercial Solvents* sembra suggerire che l'obiettivo prefissato non fosse tanto il benessere dei consumatori, bensì la tutela dei concorrenti operanti sul mercato in quanto tali, in ossequio alla teoria ispiratrice ordoliberal. Le istituzioni europee hanno peraltro sottaciuto, nel caso in esame, quali sarebbero stati i potenziali risultati anticoncorrenziali della condotta controversa, omettendo altresì di indicare le modalità con cui tali effetti sarebbero dovuti in concreto essere identificati.

La Commissione ha cercato di porre rimedio a tali mancanze dapprima nel documento di lavoro del 2005<sup>40</sup> e, successivamente, nelle linee guida adottate nel 2009<sup>41</sup>. In queste ultime, in particolare, l'organo esecutivo europeo ha innanzitutto ribadito il diritto di qualsiasi

---

<sup>40</sup> *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* (2005), par. 207-242, disponibile presso il sito <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.

<sup>41</sup> *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, cit., par. 75-90.

impresa, sia essa dominante o meno, di scegliere i propri partner commerciali e di disporre liberamente dei propri beni, riconoscendo che l'imposizione di un obbligo di fornitura a carico di un'impresa esige un attento esame poiché tale coercizione può compromettere gli incentivi delle imprese ad investire ed innovare e quindi eventualmente danneggiare i consumatori<sup>42</sup>. La Commissione, nello stabilire gli elementi essenziali per poter prescrivere un obbligo di fornitura, ha fatto riferimento, oltre che alla necessità obiettiva del fattore di produzione (benché sia stata accolta una nozione alquanto ampia di "fattore necessario")<sup>43</sup> e all'eliminazione di una concorrenza effettiva<sup>44</sup>, anche alle probabili conseguenze negative del rifiuto in relazione al benessere dei consumatori, nonché all'eventuale asserzione dell'impresa dominante attestante il carattere necessario del rifiuto di effettuare forniture allo scopo di garantire un rendimento adeguato sugli investimenti indispensabili per sviluppare i fattori di produzione e di generare, in tal modo, incentivi per investimenti futuri.

Di contro, la giurisprudenza statunitense è da sempre stata unanime nello stabilire che, nell'applicare la Sezione 2 dello Sherman Act, gli obiettivi primari risultano essere il

---

<sup>42</sup> V. *ibidem*, par. 75.

<sup>43</sup> V. *ibidem*, par. 83. In particolare, la Commissione afferma che "[n]el valutare se un rifiuto di effettuare forniture merita [un'] attenzione prioritaria, [essa] considererà se la fornitura del fattore di produzione negato sia obiettivamente necessaria per gli operatori per poter competere in maniera effettiva sul mercato. Questo non significa che, senza il fattore di produzione negato, nessun concorrente potrebbe mai entrare o sopravvivere sul mercato a valle. Un fattore di produzione è piuttosto indispensabile quando non esiste un succedaneo effettivo o potenziale sul quale i concorrenti nel mercato a valle potrebbero contare in modo da contrastare - almeno a lungo termine - le conseguenze negative del rifiuto. In questo senso, la Commissione valuterà di norma se i concorrenti potrebbero duplicare in maniera effettiva il fattore di produzione prodotto dall'impresa dominante in un futuro prossimo. Per duplicazione si intende la creazione di una fonte alternativa di fornitura efficiente che possa permettere ai concorrenti di esercitare una pressione concorrenziale sull'impresa dominante nel mercato a valle".

<sup>44</sup> V. *ibidem*, par. 85.

benessere dei consumatori e l'ottenimento di efficienze economiche, benché, nei casi relativi al rifiuto di contrarre, le corti non sono state sempre concordi nello stabilire le migliori modalità per raggiungere tali obiettivi condivisi. Come rilevato, la Corte Suprema in *Aspen* ha indicato che un'approfondita analisi, del tipo *rule of reason*, dovrebbe essere condotta per determinare l'impatto netto, in termini concorrenziali, di un rifiuto di contrarre; in *Trinko*, invece, la corte, regredendo rispetto alla sua precedente posizione, ha suggerito l'adozione di un più prudente approccio nel valutare l'applicabilità della Sezione 2 ai casi di rifiuto di effettuare forniture, evincendo, in tal modo, il tradizionale timore dell'ordinamento statunitense nei confronti della possibilità di incorrere nei costi determinati dall'eventuale condanna di condotte efficienti o procompetitive.

### *1.1. Rifiuto di concedere in licenza diritti di proprietà intellettuale.*

Un discorso a parte meritano le fattispecie di rifiuto di contrarre quando queste ultime coinvolgono la licenza di diritti di proprietà intellettuale. La limitazione dell'esercizio di tali diritti attraverso l'applicazione del diritto antitrust è stata una questione ampiamente dibattuta ed in costante evoluzione in entrambi gli ordinamenti in esame a causa dei rilevanti profili di problematicità sollevati dall'interazione tra le due normative<sup>45</sup>. I diritti di proprietà

---

<sup>45</sup> Esiste una letteratura estesa in materia di diritto antitrust e diritto della proprietà intellettuale. Per citare solo alcuni dei più recenti lavori, v. Paul Nihoul, *The Limitation of Intellectual Property in the Name of Competition*, 32 FORDHAM INT'L L.J. 489 (2009); STEVEN D. ANDERMAN ET AL., *THE INTERFACE BETWEEN INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND COMPETITION POLICY* (Steven D. Andeman ed., Cambridge University Press 2007); JONATHAN D. C. TURNER, *INTELLECTUAL PROPERTY AND EU COMPETITION LAW* (Oxford University Press

intellettuale hanno difatti la potenzialità di interferire con le regole volte alla tutela della concorrenza: è possibile osservare, in particolare, un contrasto tra, da un lato, la legislazione che concede al titolare dei diritti di proprietà intellettuale la possibilità di impedire la circolazione dei prodotti protetti, o di regolarne il loro utilizzo, e, dall'altro, i principi fondamentali del diritto antitrust, che, al contrario, tendono ad impedire la creazione e lo sfruttamento dei poteri monopolistici. Quando il diritto di esclusiva concesso al titolare di diritti di proprietà intellettuale attraversa la frontiera della mera prerogativa legale e genera la creazione di un vero potere di mercato, il rifiuto di fornire una licenza può infliggere perdite all'intera società in termini di efficienza, in quanto l'impossibilità di accedere alle creazioni protette frustra le ambizioni di possibili imprese innovatrici del tipo *follow-on*, impedendo o ritardando la comparsa di nuovi prodotti. D'altra parte, tuttavia, un'attenuazione della protezione conferita dai diritti di proprietà intellettuale, oltre a compromettere il valore della certezza del diritto, potrebbe comportare una riduzione degli incentivi per le imprese ad investire e sviluppare nuovi prodotti, nonché una diminuzione della pressione competitiva che induce i concorrenti a formulare soluzioni tecniche alternative e a perseguire una concorrenza basata su una reale evoluzione tecnica, piuttosto che su una innovazione passiva o parassitaria rispetto ai risultati già raggiunti.

Entrambi i sistemi giuridici in analisi hanno dovuto affrontare tali questioni e la giurisprudenza dei due ordinamenti è giunta a formulare, nel tempo, soluzioni divergenti nonostante i principi economici di fondo in materia di applicazione delle norme di concorrenza ai diritti di proprietà intellettuale fossero in buona parte condivisi, evidenziando,

---

2008); KATARZYNA CZAPRACKA, INTELLECTUAL PROPERTY AND THE LIMITS OF ANTITRUST (Edward Elgar 2009).



come di consueto, una più marcata determinazione delle autorità europee a perseguire potenziali abusi ed a scongiurare la possibilità di incorrere in falsi negativi.

Negli Stati Uniti le corti non hanno espresso una posizione unanime in merito alle modalità di analisi dei casi di diniego di una licenza di diritti di proprietà intellettuale. Il Primo Circuito nel caso *Data General*<sup>46</sup>, relativo al rifiuto di dare licenza un software a fornitori indipendenti di servizi<sup>47</sup>, ha osservato, innanzitutto, che il rifiuto di contrarre da parte di un monopolista

---

<sup>46</sup> *Data General Corp. v. Grumman Sys. Support Corp.*, 36 F.3d 1147 (1st Cir. 1994).

<sup>47</sup> Più in particolare, il caso concerne il rifiuto di Data General (DG) per la fornitura di componenti e apparecchiature di diagnostica per i computer da essa prodotti nei confronti di Grumman, un fornitore indipendente di servizi di riparazione e manutenzione. Sebbene fosse in concorrenza anche sul mercato dei servizi, DG aveva incoraggiato la crescita di fornitori indipendenti dalla metà degli anni '70 fino alla metà degli anni '80. Infatti, in tale periodo, DG ha fornito ai suoi rivali parti di ricambio e ha permesso l'accesso ai suoi depositi di riparazione, fornendo loro in licenza anche specifici programmi di diagnostica. V. *ibidem*, par. 1153-1154. A metà degli anni '80, tuttavia, la DG ha mutato radicalmente la sua politica, decidendo di massimizzare i ricavi derivanti dalla propria attività nel mercato dei servizi. pertanto, essa cessò la fornitura di pezzi di ricambio verso i fornitori indipendenti di servizi e negò loro l'accesso al suo deposito di riparazione e ai corsi di formazione. Infine, DG sviluppò un nuovo programma di diagnostica per i suoi computer (ADEX) per il quale limitò fortemente la concessione di licenze. I fornitori di servizi dipendenti, se da un lato riuscirono ad ottenere parti di ricambio tramite vie indirette, incontrarono forti difficoltà a causa del rifiuto di licenza del software di diagnostica, il quale si rendeva necessario per la fornitura dei servizi di riparazione per i computer più recenti e popolari prodotti dalla DG e che veniva fornito in licenza esclusivamente al centro di fornitura servizi interno alla DG stessa. V. *ibidem*, par 1154-1155. Grumman reagì appropriandosi indebitamente del software attraverso la duplicazione di copie che DG ha rilasciato ai propri clienti del servizio di manutenzione ed indusse taluni dipendenti della DG a lasciare il produttore di computer, portando con sé ulteriori copie del software, con l'offerta di un nuovo lavoro. La DG, venuta a conoscenza della situazione, accusò Grumman di aver violato la legge statale sui segreti commerciali inducendo i propri clienti e dipendenti a sottrarre illegittimamente copie del programma, nonché di aver violato le norme sul diritto d'autore avendo utilizzato il software senza autorizzazione. V. *ibidem*, par. 1155. Rispondendo alle accuse, Grumman aveva sostenuto che DG aveva esercitato il suo diritto d'autore in violazione della Sezione 2, poiché il produttore aveva mantenuto un monopolio nel mercato dei servizi rifiutando di concedere in licenza il proprio software ai fornitori indipendenti di servizi.

può costituire una prova di una condotta volta ad escludere i concorrenti, la quale, in ogni modo, può essere confutata attraverso l'affermazione di una legittima giustificazione commerciale. La corte ha aggiunto, tuttavia, che, in presenza di diritti di proprietà intellettuale, sebbene una condotta illegittima può consistere nel rifiuto di un monopolista di concedere in licenza un diritto di privativa, l'atto di escludere altri soggetti dall'uso dei beni protetti da diritti di proprietà intellettuale risulta essere, in via presuntiva, una valida giustificazione commerciale<sup>48</sup>.

Se da una parte la corte in *Data General* ha nella sostanza stabilito una chiara ed incondizionata presunzione di legalità nei confronti del rifiuto di concedere in licenza un diritto di privativa, il Nono Circuito nel caso *Eastman Kodak*<sup>49</sup> ha adottato un distinto criterio di valutazione. Il giudice, dopo aver constatato il potere di monopolio dell'impresa convenuta in giudizio, ha ritenuto che un eventuale rifiuto di contrarre da parte di quest'ultima allo scopo di creare o mantenere un monopolio rientra nel divieto della Sezione 2 dello Sherman Act<sup>50</sup>, a

---

<sup>48</sup> *Data General Corp. v. Grumman Sys. Support Corp.*, 36 F.3d 1147, 1187-88 (1st Cir. 1994).

<sup>49</sup> *V. Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 903 F.2d 612 (9th Cir. 1990), *aff'd*, 504 U.S. 451 (1992).

<sup>50</sup> Per quanto concerne i fatti del caso, si rileva che, alla fine del 1970, la società Eastman Kodak commercializzava apparecchiature micrografiche e fotocopiatrici, nonché la maggior parte dei componenti e dei servizi per detti dispositivi, mentre non risultava operativo nel mercato dei servizi postvendita. Nei primi anni '80, il mercato dei servizi di assistenza si è popolato di imprese indipendenti (ISO), alle quali Kodak ha fornito le sue componenti nella convinzione che ciò incoraggiasse i clienti ad acquistare i propri prodotti. Tuttavia, nella metà degli anni '80 il mercato ha cambiato direzione e, mentre la domanda di nuove attrezzature era in diminuzione, quella relativa ai servizi aveva registrato un notevole incremento. In tale mutato contesto, gli ISO sono divenuti per i produttori dei concorrenti nel mercato dei servizi essenziali alla clientela. Data la nuova situazione di mercato, Kodak ha attuato una nuova politica di vendita dei pezzi di ricambio, fornendo questi ultimi esclusivamente agli acquirenti che ne facevano richiesta, e rifiutando, nel contempo, qualsiasi ulteriore fornitura nei confronti degli ISO, le quali furono spesso costrette ad uscire dal mercato. A seguito di tale

meno che non sia configurabile una legittima giustificazione commerciale<sup>51</sup>, sostenendo altresì che, parimenti a quanto stabilito nel caso *Data General* l'intenzione di un monopolista di non concedere ad altri opere protette da diritti di privativa costituisce di per sé una valida difesa, idonea ad escludere qualsiasi tipo di responsabilità ai sensi della Sezione 2. Tuttavia, la corte del Nono Circuito ha stabilito che la presunzione di legittimità, affermata in *Data General*, può essere confutata qualora la ragione addotta sia qualificabile come pretestuosa<sup>52</sup>. La corte, pertanto, nel valutare la legittimità dell'esercizio dei diritti di proprietà intellettuale ha considerato la necessità di prendere in esame l'intento o la motivazione che hanno spinto l'impresa in posizione di monopolio a rifiutare la licenza sull'opera protetta.

Di tutt'altro avviso appare essere, invece, l'opinione della Corte d'Appello del Circuito Federale, la quale, nel successivo caso *Xerox*<sup>53</sup>, riguardante, come nel caso *Kodak*, il rifiuto da parte di un produttore di vendere parti di ricambio coperte da diritti di proprietà intellettuale a fornitori indipendenti di servizi di assistenza<sup>54</sup>, ha sostenuto che nei casi relativi a presunte

---

condotta, talune società fornitrici di servizi dipendenti hanno, pertanto, citato in giudizio Kodak asserendo una presunta violazione della Sezione 2 dello Sherman Act.

<sup>51</sup> V. *Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 903 F.2d 612, 620 (9th Cir. 1990).

<sup>52</sup> V. *ibidem*, pagg. 618-620. Tale conclusione è stata confermata in appello dalla Corte Suprema. V. *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc.*, 504 U.S. 451, 484 (1992).

<sup>53</sup> *CSU, LLC v. Xerox Corp.*, 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000), *cert. denied*, 531 U.S. 1143 (2001).

<sup>54</sup> Xerox produceva e vendeva copiatrici ad alto volume e si poneva in posizione di concorrenza con alcuni fornitori indipendenti di servizi di assistenza post-acquisto (ISO). Nel 1984 Xerox ha adottato una nuova politica che prevedeva l'interruzione di qualsiasi fornitura agli ISO di parti di ricambio specifiche per una nuova linea di copiatrici a meno che non fossero anche utenti finali della stessa Xerox. Quest'ultima ha successivamente predisposto dei controlli in loco per verificare che i pezzi di ricambio forniti non fossero rivenduti ad ISO, estendendo, nel contempo, il diniego di fornitura anche ai manuali ed ai programmi di diagnostica. Conseguentemente a tale atteggiamento del produttore, gli ISO intentarono causa nei confronti di Xerox per presunta violazione della Sezione 2 dello Sherman Act.

infrazioni di norme antitrust, anche qualora siano coinvolti diritti di proprietà intellettuale, la motivazione soggettiva delle parti convenute in giudizio non risulta essere rilevante. Pertanto, nel caso di specie, i motivi che hanno spinto Xerox a non concedere i propri pezzi di ricambio coperti da brevetto non sono stati ritenuti in alcun modo rilevanti ai fini della valutazione di legittimità ai sensi della Sezione 2<sup>55</sup>. Di conseguenza, la corte ha respinto l'opinione del Nono Circuito per cui la presunzione di legalità, operativa nei confronti dei detentori di un diritto di proprietà intellettuale qualora questi ultimi intendano rifiutare a soggetti terzi la licenza sulle opere protette, possa essere controbattuta da accuse relative agli intenti dell'impresa monopolista e dalla volontà di quest'ultima di sostenere una giustificazione pretestuosa volta a mascherare una condotta anticoncorrenziale.

La disciplina dell'Unione europea in materia di rifiuto di licenza appare essere maggiormente articolata. Sebbene la giurisprudenza abbia inizialmente riconosciuto che il

---

<sup>55</sup> La corte, partendo dall'osservazione che “if a [patent infringement] suit is not objectively baseless, an antitrust defendant’s subjective motivation is immaterial”, ha statuito che “[w]e see no more reason to inquire into the subjective motivation of Xerox in refusing to sell or license its patented works than we found in evaluating the subjective motivation of a patentee in bringing suit to enforce that same right. In the absence of any indication of illegal tying, fraud in the Patent and Trademark Office, or sham litigation, the patent holder may enforce the statutory right to exclude others from making, using, or selling the claimed invention free from liability under the antitrust laws. We therefore will not inquire into his subjective motivation for exerting his statutory rights, even though his refusal to sell or license his patented invention may have an anticompetitive effect, so long as that anticompetitive effect is not illegally extended beyond the statutory patent grant. It is the infringement defendant and not the patentee that bears the burden to show that one of these exceptional situations exists and, in the absence of such proof, we will not inquire into the patentee’s motivations for asserting his statutory right to exclude. Even in cases where the infringement defendant has met this burden, which CSU has not, he must then also prove the elements of the Sherman Act violation”. Sulla base di ciò, il giudice ha concluso affermando che “[w]e answer the threshold question of whether Xerox’s refusal to sell its patented parts exceeds the scope of the patent grant in the negative”. V. *ibidem*, pagg. 1327-1328.

diniego di fornire in licenza opere coperte da diritti privata non costituisca di per sé un abuso ai sensi dell'articolo 102 TFUE<sup>56</sup>, successivamente, nel caso *Magill*<sup>57</sup>, è stato stabilito che il detentore di un diritto di autore che goda di una posizione dominante possa incorrere in un abuso di tale suo *status* qualora rifiuti di dare in licenza i propri diritti a terze parti<sup>58</sup>, benché tale profilo di illegittimità possa verificarsi esclusivamente al ricorrere di circostanze eccezionali che, nel caso di specie, sono state riconosciute. In particolare, la Corte di giustizia ha sottolineato, in primo luogo, che le informazioni riguardanti i programmi televisivi costituivano una risorsa unica nel mercato che non poteva essere duplicata in modo indipendente da Magill a causa dei diritti d'autore detenuti dalle società televisive; in secondo luogo, tale informazione era indispensabile per permettere a Magill di operare nel mercato; in terzo luogo, il risultato perseguito dalla rivista era un prodotto "nuovo", e l'esercizio di un

---

<sup>56</sup> V., ad es., C. giust., sent. 5 ottobre 1988, causa 238/87, *Volvo AB c. Erik Veng (UK) Ltd.* (in *Raccolta*, 1988, pag. 6211), par. 8.

<sup>57</sup> C. giust., sent. 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1995, pag. I-743) [di seguito "*Magill*"].

<sup>58</sup> Questo caso riguarda, in particolare, il rifiuto di tre reti televisive irlandesi (RTE) di fornire la lista dei loro programmi settimanali ad un editore indipendente (Magill), il quale intendeva procedere alla pubblicazione in una guida televisiva settimanale onnicomprensiva che, all'epoca, risultava inesistente sul mercato. Dal momento che la programmazione di RTE era protetta dal diritto d'autore, i diritti di pubblicazione sono stati riservati a diverse pubblicazioni di proprietà delle stesse società televisive ovvero potevano essere oggetto di una licenza a titolo gratuito con la quale venivano definiti in maniera specifica i termini per la riproduzione delle informazioni. A causa dell'esistenza di un diritto d'autore, le tre stazioni detenevano una posizione dominante sul mercato e godevano della libertà di selezionare i soggetti verso quali concedere in licenza la programmazione televisiva e le informazioni in esso contenute. In particolare, le tre stazioni si sono avvalse delle disposizioni legislative nazionali sulla protezione del diritto d'autore per impedire a Magill di pubblicare le informazioni su base settimanale. Magill, a seguito di tale condotta, ha poi intentato causa dinanzi alla Corte di giustizia per una presunta violazione dell'articolo 102.

diritto d'autore da parte di RTE ha costituito un ostacolo permanente nei confronti di Magill per l'ingresso nel mercato. Infine, la corte ha riscontrato la completa mancanza di una ragione oggettiva per il rifiuto, dato che la programmazione stessa era stata in precedenza offerta ai giornali senza alcun addebito. In questo contesto, nella sua sentenza la Corte di giustizia ha evidenziato che una licenza obbligatoria può essere imposta ai sensi dell'articolo 82 del Trattato CE (ora art. 102 TFUE) soltanto in circostanze eccezionali, quando, come in questo caso, vengono utilizzati i diritti di proprietà intellettuale da parte del titolare degli stessi in modo tale da ottenere risultati anticoncorrenziali che non possono essere giustificati sulla base della funzione propria che la legge ha prescritto per i diritti di proprietà intellettuale<sup>59</sup>. La Corte di giustizia, dunque, ha posto una particolare enfasi nell'evidenziare le circostanze eccezionali del caso, suggerendo, in tal modo, che la sentenza in esame non possa costituire un precedente pericoloso che potesse pregiudicare il generale diritto ad esercitare i particolari privilegi derivanti dalla detenzione di diritti di proprietà intellettuale.

Nei successivi casi in materia, sia la Corte di giustizia che la corte di prima istanza hanno costantemente stabilito che un obbligo di concedere in licenza diritti di proprietà intellettuale può essere imposto esclusivamente al ricorrere di circostanze eccezionali. Nel caso *Ladbroke*<sup>60</sup>, infatti, il giudice ha stabilito che il rifiuto da parte di diverse società francesi operanti nel settore delle competizioni ippiche di concedere in licenza i diritti di trasmissione televisiva delle proprie gare ad una società attiva nell'organizzazione e nella fornitura di servizi di scommesse sulle corse ippiche non costituiva una forma di abuso. Basandosi sui

---

<sup>59</sup> V. *ibidem*, par. 48-58.

<sup>60</sup> Trib. primo grado, sent. 12 giugno 1997, causa T-504/93, *Tiercé Ladbroke SA c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1997, pag. II-923).

criteri di illegittimità adottati nei casi *Magill* e *Commercial Solvents*, la corte ha rilevato che le società francesi non erano presenti nel mercato delle scommesse<sup>61</sup>, che la trasmissione televisiva delle gare non costituiva un elemento essenziale o indispensabile nell'esecuzione dei servizi di scommesse<sup>62</sup> e che, infine, il diniego in esame non ostacolava la comparsa di un nuovo prodotto nel mercato<sup>63</sup>.

Nel caso *Oscar Bronner*<sup>64</sup>, in cui un piccolo editore ha tentato di avere accesso alla rete distributiva della società editoriale dominante, sostenendo l'indispensabilità di tale fattore per poter essere in grado di competere, la corte ha sostenuto che un rifiuto di fornire un rivale può avere profili di illegittimità sul piano concorrenziale esclusivamente qualora tale diniego sia relativo a beni o servizi indispensabili e comporti l'eliminazione di tutta la concorrenza nel mercato a valle. La Corte di giustizia ha ristretto l'ambito di operatività dell'eccezione sottolineando che, per poter definire un bene o servizio indispensabile ai fini dell'applicazione dell'articolo 102, non è sufficiente dimostrare la non perseguibilità economica della riproduzione di detti beni o servizi, essendo necessario comprovare che tale assenza di economicità si presenti anche per un'impresa posta in una condizione simile a quella in posizione dominante<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> V. *ibidem*, par 130 e par. 133.

<sup>62</sup> V. *ibidem*, par 132.

<sup>63</sup> V. *ibidem*, par 131.

<sup>64</sup> C. giust., sent. 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*, cit.

<sup>65</sup> V. *ibidem*, par. 46, in cui la corte sostiene che affinché “detto accesso possa essere eventualmente considerato indispensabile occorrerebbe quanto meno provare (...) che non è economicamente redditizio creare un secondo sistema di recapito a domicilio per la distribuzione di quotidiani aventi una tiratura paragonabile a quella dei

Nel caso *IMS Health*<sup>66</sup>, nel quale è stata avanzata una richiesta di accesso da parte di una società di fornitura di medicinali ad un database farmaceutico protetto da diritto d'autore, sviluppato utilizzando i dati dei clienti, il quale era di fatto divenuto un sistema standard, la Corte di giustizia, positivizzando le circostanze eccezionali enunciate in *Magill*, ha stabilito che il rifiuto di fornire in licenza un prodotto o servizio indispensabile da parte di un'impresa in posizione dominante integra una fattispecie di abuso solo qualora ricorrano tre condizioni cumulative, ossia qualora: *a)* l'impresa richiedente intenda offrire nuovi prodotti o servizi per i quali esista una potenziale domanda; *b)* il rifiuto non sia obiettivamente giustificato; e *c)* il rifiuto sia idoneo ad escludere qualsiasi concorrenza sul mercato derivato<sup>67</sup>. Nel caso specifico, benché la parte richiedente si trovava sullo stesso mercato dell'impresa dominante,

---

quotidiani distribuiti con il sistema esistente". V. anche le Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 28 maggio 1998 relative alla causa C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG* (in *Raccolta*, 1998, pag. I-7791), par. 68, in cui si chiarisce che "[o]ccorrerebbe (...) dimostrare che l'entità dell'investimento necessario per costituire una sistema nazionale di recapito a domicilio sia tale da scoraggiare dall'entrare sul mercato un intraprendente editore convinto che vi sia domanda di altro quotidiano a larga diffusione. Certo, come afferma la Bronner, costituire una rete nazionale di distribuzione per un quotidiano a diffusione limitata potrebbe risultare antieconomico. Nel breve periodo, quindi, si dovrebbero prevedere perdite, il che richiederebbe un certo livello di investimenti. Tuttavia, lo scopo della creazione di una rete nazionale concorrente sarebbe quello di competere ad armi pari con i quotidiani della Mediaprint ed aumentare in misura sostanziale la diffusione geografica e la circolazione".

<sup>66</sup> C. giust., sent. 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG.*, cit.

<sup>67</sup> V. *ibidem*, par. 52.



la corte ha comunque riconosciuto la presenza di un mercato derivato, sebbene a livello potenziale o ipotetico<sup>68</sup>.

Infine, la linea di casi in materia di rifiuto di concedere in licenza opere coperte da diritti di proprietà intellettuale si chiude, in Europa, con il caso *Microsoft*, in cui sia la Commissione<sup>69</sup> che il Tribunale di primo grado<sup>70</sup> si sono focalizzate sull'accesso alle informazioni riservate che consentono l'interoperabilità degli applicativi concorrenti con il sistema operativo Windows.

Nel fatto di specie, la Sun Microsystems Inc., un produttore statunitense di server e sistemi operativi per server, ha fatto richiesta a Microsoft di divulgare le informazioni di interoperabilità necessarie per consentire al loro sistema operativo (Solaris) di interagire correttamente con Windows, progettato e commercializzato da Microsoft. Le informazioni di interoperabilità consistono nella specificazione completa di tutti i protocolli impiegati in Windows, utilizzati dal sistema operativo per inviare file ad altri server o stampanti, ovvero per memorizzare i file in determinate "directory".

Microsoft ha replicato sostenendo che tali informazioni erano già state rese pubbliche e disponibili a qualsiasi azienda programmatrice di software tramite la "Microsoft Developer Network", di cui Sun aveva già acquistato 32 licenze, ed erano in corso incontri organizzati da

---

<sup>68</sup> V. *ibidem*, par. 44. V. anche le Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano del 2 ottobre 2003 nella causa C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG* (in *Raccolta*, 2004, pag. I-5039), par. 56-59.

<sup>69</sup> Decisione della Commissione del 24 maggio 2004, n. 2007/53/CE, caso COMP/C-3/37.792, *Microsoft* (in GUCE n. L 32 del 6 febbraio 2007, pagg. 23-28).

<sup>70</sup> Trib. primo grado, sent. 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2007, pag. II-3601).

Microsoft per discutere in merito alla questione delle informazioni necessarie per garantire l'interoperabilità tra i sistemi operativi prodotti da aziende di software differenti.

Tuttavia, la Sun Microsystems ha successivamente presentato un reclamo alla Commissione, ai sensi dell'articolo 3 del vecchio regolamento 17/62<sup>71</sup>, lamentando il rifiuto da parte di Microsoft di condividere le informazioni sull'interoperabilità di Windows con gli altri sistemi operativi per server.

A seguito di tale segnalazione, la Commissione ha adottato una decisione nella quale si stabiliva che la condotta di Microsoft costituiva un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102, infliggendole un'ammenda di 497 milioni di euro<sup>72</sup>. La Commissione ha sanzionato, *inter alia*<sup>73</sup>, il rifiuto di Microsoft di condividere con i suoi rivali commerciali alcune informazioni sull'interoperabilità e di autorizzarne l'utilizzo per lo sviluppo e la distribuzione di sistemi operativi per server per gruppi di lavoro concorrenti durante il periodo compreso tra l'ottobre del 1998 e la data di adozione della decisione. A titolo di rimedio, la Commissione aveva richiesto a Microsoft di divulgare a tutti i soggetti che intendessero

---

<sup>71</sup> Regolamento n. 17/1962 del Consiglio, recante *Primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato* (in GUCE n. 13 del 21 febbraio 1962, pagg. 204-211), sostituito con il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato (in GUCE n. L 1 del 4 gennaio 2003, pagg. 1-25).

<sup>72</sup> V. Decisione della Commissione del 24 maggio 2004, n. 2007/53/CE, caso COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, par. 39.

<sup>73</sup> La seconda condotta sanzionata dalla Commissione riguardava la vendita abbinata di Windows Media Player con il sistema operativo Windows per PC. La Commissione ha sostenuto che tale pratica costituiva una violazione della concorrenza nel mercato dei lettori multimediali. Come misura correttiva, la Commissione ha imposto a Microsoft di rendere disponibile per la vendita una versione di Windows senza Windows Media Player (denominata Windows NXP). V., *amplius, infra*.

sviluppare e distribuire sistemi operativi concorrenti tutti i dettagli tecnici relativi ai suoi protocolli di comunicazione client-server e server-to-server<sup>74</sup>.

Microsoft ha successivamente proposto ricorso dinnanzi al Tribunale di prima istanza<sup>75</sup>, il quale, in merito al rifiuto di fornire le informazioni sull'interoperabilità, ha confermato la decisione della Commissione ed ha evidenziato come la Commissione abbia espressamente insistito sul fatto che il rifiuto considerato illegittimo fosse relativo esclusivamente alle specifiche di taluni protocolli, e non di elementi del codice sorgente (coperti dal segreto commerciale), e che non aveva intenzione di ordinare alla Microsoft di divulgare tali informazioni ai suoi concorrenti<sup>76</sup>. Il Tribunale ha inoltre rilevato che l'obiettivo perseguito dalla Commissione è stato quello di rimuovere l'ostacolo che Microsoft aveva eretto a scapito dei suoi concorrenti tramite l'imposizione di un grado di interoperabilità insufficiente per consentire ai propri rivali di commercializzare sistemi operativi per server per gruppi di lavoro alternativi. In questo contesto, la Corte ha respinto l'argomentazione di Microsoft

---

<sup>74</sup> Per assistere la Commissione nel garantire che Microsoft avesse rispettato la decisione, un fiduciario indipendente è stato designato dalla Commissione, scelto da un elenco fornito da Microsoft. Il suo compito principale era quello di monitorare le prestazioni degli obblighi imposti a Microsoft e riferire alla Commissione su qualsiasi abuso successivo. I costi relativi a tale fiduciario, compreso il suo compenso, sarebbero dovuti essere sostenuti direttamente da Microsoft.

<sup>75</sup> Per la dottrina relativa alla sentenza del Tribunale di primo grado in *Microsoft v. Commission*, v., *ex multis*, David Howarth & Kathryn McMahon, *Windows has Performed an Illegal Operation: The Court of First Instance's Judgment in Microsoft v. Commission*, 29 EUR. COMM. L. REV. 117 (2008); J. Langer, *The Court of First Instance's Microsoft Decision: Just an Orthodox Ruling in an On-Orthodox Case*, 35(2) LEGAL ISSUES ECON. INTEGRATION 183 (2008); Robert Moldén, *Mandatory Supply of Interoperability Information: The Microsoft Judgment*, 9 EUR. BUS. ORG. L. REV. 305 (2008); I. Eagles & L. Longdin, *Microsoft's Refusal to Disclose Software Interoperability Information and the Court of First Instance*, 5 EUR. INTELL. PRO. L. REV. 205 (2008).

<sup>76</sup> V. Trib. primo grado, sent. 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 203-204.

secondo cui il grado di interoperabilità fissato dalla Commissione avrebbe avuto l'effetto di consentire ai propri concorrenti di progettare sistemi operativi del tutto simili a Windows, clonando di fatto quest'ultimo, e non avrebbero invece proposto sul mercato un nuovo prodotto<sup>77</sup>.

Il Tribunale ha continuato il suo ragionamento ricordando che, secondo la sopraccitata giurisprudenza, anche se le imprese sono, in linea di principio, libere di scegliere i propri partner commerciali, un rifiuto di fornitura proveniente da un'azienda in posizione dominante può, in determinate circostanze, costituire un abuso<sup>78</sup>. Il giudice ha ribadito che il rifiuto del proprietario di un diritto di proprietà intellettuale di concedere a terzi una licenza per l'utilizzo di un prodotto deve soddisfare tre condizioni fondamentali per essere classificato come un abuso<sup>79</sup>, a meno che non esista una giustificazione obiettiva. In questo caso, il Tribunale ha rilevato che la Commissione non aveva commesso alcun errore nel ritenere che tali circostanze fossero state soddisfatte, concludendo che la decisione dell'organo esecutivo europeo aveva correttamente stabilito che, affinché i sistemi operativi concorrenti potessero essere validamente commercializzati, era necessario assicurare un certo grado di interoperabilità di questi ultimi con il sistema operativo Windows, il quale costituiva *de facto* un sistema standard. L'assenza di tale requisito di interoperabilità avrebbe avuto, secondo il

---

<sup>77</sup> V. *ibidem*, par. 234-242.

<sup>78</sup> V. *ibidem*, par. 319-336.

<sup>79</sup> Nello specifico la corte, facendo riferimento alle sentenze *Volvo*, *Magill* e *IMS*, ha menzionato le seguenti circostanze: *a*) il rifiuto deve riguardare un prodotto o un servizio indispensabile per la esercizio di un'attività commerciale su un mercato attiguo; *b*) il rifiuto deve essere tale da escludere qualsiasi concorrenza effettiva su tale mercato; e *c*) il rifiuto deve impedire la comparsa di un nuovo prodotto per il quale esiste una domanda potenziale dei consumatori. V. *ibidem*, par. 332-336.

giudizio del giudice, l'effetto di rafforzare la posizione concorrenziale di Microsoft sul mercato e di comportare l'eliminazione della concorrenza<sup>80</sup>.

Infine, il Tribunale ha respinto le argomentazioni presentate da Microsoft per le quali il suo rifiuto era oggettivamente giustificato poiché la tecnologia e le informazioni in questione erano protetti da diritti di proprietà intellettuale. L'organo giurisdizionale ha, infatti, rilevato che l'accoglimento di una simile giustificazione avrebbe la conseguenza di rendere senza effetto i principi stabiliti dalla giurisprudenza precedente in materia<sup>81</sup>.

L'esito del caso Microsoft nell'ordinamento europeo<sup>82</sup> risulta essere in difformità con la soluzione conseguita nell'accordo raggiunto da Microsoft in un caso analogo negli Stati

---

<sup>80</sup> V. *ibidem*, par. 421-422.

<sup>81</sup> V. *ibidem*, par. 688-690, in cui il Tribunale di primo grado ha evidenziato che “il semplice fatto (...) che i protocolli di comunicazione indicati nella decisione impugnata, o le loro specificazioni, siano coperti da diritti di proprietà intellettuale, non può costituire una giustificazione obiettiva ai sensi delle sentenze *Magill* e *IMS Health* (...). Infatti, la tesi in tal modo sostenuta dalla Microsoft è incompatibile con la *ratio* della deroga che detta giurisprudenza ammette in materia a favore della libera concorrenza, in quanto, se il semplice fatto di detenere diritti di proprietà intellettuale potesse costituire di per sé una giustificazione obiettiva del rifiuto di concedere una licenza, la deroga individuata dalla giurisprudenza non verrebbe mai applicata. In altri termini, un rifiuto di dare in licenza un diritto di proprietà intellettuale non potrebbe mai essere considerato come violazione dell'art. [102 TFUE], mentre nelle sentenze *Magill* e *IMS Health* (...) la Corte ha dichiarato esattamente il contrario”.

<sup>82</sup> Si rileva che, in sede di esecuzione della sentenza, la Commissione ha accertato che, alla data del 21 ottobre 2007, Microsoft non aveva ancora osservato gli obblighi gravanti su di esso per effetto dell'adozione della decisione in merito all'imposizione di garantire l'accesso alle informazioni relative all'interoperabilità a condizioni ragionevoli e non discriminatorie. Pertanto, il 27 febbraio 2008, la Commissione ha adottato una decisione ai sensi dell'articolo 24, par. 2, del regolamento 1/2003, imponendo a Microsoft il pagamento di un'ammenda di 899 milioni di euro per il mancato rispetto dei suoi obblighi in riferimento al periodo intercorrente tra il 21 giugno 2006 ed il 21 ottobre 2007. Tale decisione è stata motivata dal fatto che Microsoft aveva inizialmente richiesto un tasso di royalty pari al 3,87% del fatturato dei licenziatari derivante dalla licenza di brevetto ed al 2,98% per una licenza relativa all'accesso alle informazioni confidenziali sull'interoperabilità.

Uniti<sup>83</sup>, in cui il Dipartimento di Giustizia non ha formulato alcuna accusa relativa al rifiuto di concedere in licenza i protocolli di comunicazione necessari ai programmi applicativi stivati su un server per interoperare con il sistema operativo Windows. Tuttavia, è da rilevare che un obbligo in tal senso è stato formulato in sede di patteggiamento, ove la Corte d'Appello per il Distretto di Columbia ha stabilito che Microsoft avrebbe dovuto mettere a disposizione di terze parti, al solo scopo di consentire l'interoperabilità e lo scambio di informazioni con i sistemi operativi Windows, a condizioni ragionevoli e non discriminatorie, qualsiasi protocollo di comunicazione che sia *a)* implementato in un prodotto del sistema operativo Windows installato su un computer client, e *b)* utilizzato per interagire o comunicare in modo nativo (cioè senza l'aggiunta di codici software al sistema operativo client) con un prodotto del sistema operativo server di Microsoft<sup>84</sup>.

Da ultimo, non appare ultroneo rilevare che le linee guida della Commissione del febbraio 2009 esplicitamente assoggettano i casi relativi alla concessione in licenza di diritti di proprietà intellettuale, anche qualora la licenza sia necessaria per fornire informazioni di

---

In una successiva comunicazione degli addebiti, la Commissione aveva esposto le sue preoccupazioni in merito alle tariffe irragionevoli di Microsoft, inducendo quest'ultimo a ridurre i tassi di royalty al 0,7% per una licenza di brevetto e dello 0,5% per una licenza sulle informazioni di interoperabilità. Peraltro tale riduzione è stata operata solo all'interno del SEE, lasciando i tassi invariati nel resto delle aree geografiche. Solo a partire dalla data del 22 ottobre 2007, Microsoft ha provveduto a fornire l'accesso alle informazioni sull'interoperabilità ad una tariffa fissa di 10000 euro, oltre ad una licenza di brevetto mondiale ad un canone ridotto del 0,4% del fatturato dei licenziatari derivanti dal prodotto in licenza. V. Decisione della Commissione del 27 febbraio 2008, che fissa l'ammontare definitivo della penalità di mora inflitta a Microsoft Corporation con decisione C(2005) 4420 def. (Caso COMP/C-3/37.792 - *Microsoft*) (in GUCE n. C 166 del 18 luglio 2009, pagg. 20-23).

<sup>83</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000), *aff'd in part, rev'd in part*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

<sup>84</sup> *V. New York v. Microsoft Corp.*, 224 F. Supp. 2d 76, 138-44 (D.D.C. 2002), corrispondente al par. III(E) dell'accordo di patteggiamento.

interfaccia, alla più generale disciplina del rifiuto di effettuare forniture. Pertanto, anche in casi relativi ad un rifiuto di concedere diritti di proprietà intellettuale, verrà applicato lo standard generale che prevede il riconoscimento di una priorità nell'attuazione coercitiva delle norme qualora: *a)* il rifiuto si riferisca ad un prodotto o ad un servizio obiettivamente necessario per poter competere in maniera effettiva su un mercato a valle; *b)* sia probabile che il rifiuto determini l'eliminazione di una concorrenza effettiva sul mercato a valle; e *c)* sia probabile che il rifiuto determini un danno per i consumatori<sup>85</sup>.

## 2. Vendite abbinate.

Le pratiche di vendita abbinata consistono, generalmente, nel condizionare la vendita di un determinato prodotto (prodotto principale o *tying product*) all'acquisto, da parte del cliente, di un secondo prodotto non correlato a quello principale (prodotto abbinato o *tied product*).

Tali pratiche sono considerate potenzialmente anticoncorrenziali primariamente per i possibili effetti di preclusione che esse sono in grado di generare nel mercato del prodotto abbinato, qualora l'impresa in questione posseda un potere di mercato nell'ambito del prodotto principale. Le vendite abbinata, negli Stati Uniti, sono generalmente perseguite in quanto accordi verticali ai sensi della Sezione 1 dello Sherman Act<sup>86</sup> ovvero per la proibizione contemplata nella Sezione 3 del Clayton Act<sup>87</sup> (il quale non trova applicazione tuttavia nel

---

<sup>85</sup> V. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, cit., par. 75-90.

<sup>86</sup> 15 U.S.C. § 1.

<sup>87</sup> 15 U.S.C. § 14. La Sezione 3 del Clayton Act stabilisce l'illegittimità della vendita o locazioni di beni "on the condition, agreement, or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in the . . .

caso in cui prodotti oggetto di vendita abbinata siano servizi)<sup>88</sup>, benché le pratiche in esame possano essere impiegate come elementi probatori di un comportamento predatorio nell'ambito dell'illecito di monopolizzazione o tentata monopolizzazione ai sensi della Sezione 2 dello Sherman Act<sup>89</sup>. In Europa, invece, le vendite abbinata costituiscono un abuso di posizione dominante in quanto lo stesso articolo 102 TFUE, lett *d*), contempla quale condotta illegittima l'atto di "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".

In materia di vendite abbinata, è innanzitutto possibile rilevare che in entrambi gli ordinamenti la verifica della legittimità delle pratiche in esame si basa tradizionalmente su una verifica del tipo *per se*: negli Stati Uniti, sebbene si adotti formalmente un *per se test*, le corti hanno con sempre maggiore intensità adottato una tecnica di analisi che si avvicina molto di più alla *rule of reason*, mentre in Europa, al contrario, la giurisprudenza ha sviluppato una modalità di indagine che viene formalmente definita come una *rule of reason*, ma che, di fatto, opera come un *per se test* a causa di un elevato onere della prova posto a carico dell'impresa dominante.

---

commodities of a competitor or competitors of the lessor or seller, where the effect . . . may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce". *Ibidem*.

<sup>88</sup> V., ad es., CTUnify, Inc. v. Nortel Networks, 115 F. Appx. 831, 836 (6th Cir. 2004).

<sup>89</sup> V. Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc., 504 U.S. 451, 482-83 (1992); Highland Capital, Inc v. Franklin Nat'l Bank, 350 F.3d 558, 565 (6th Cir. 2003).



Per quanto riguarda l'ordinamento statunitense<sup>90</sup>, le corti hanno abitualmente mostrato un atteggiamento ostile nei confronti delle vendite abbinate ed hanno da sempre applicato una rigida regola di illegittimità *per se*, per la quale si rende necessario esclusivamente dimostrare l'esistenza della pratica e che essa coinvolga un sostanziale volume di commercio allo scopo di dichiararne l'illiceità<sup>91</sup>. Un approccio così severo, tuttavia, è stato fortemente criticato dalla

---

<sup>90</sup> Per la dottrina statunitense in materia di vendite abbinate, con particolare riferimento al caso *Microsoft*, *infra*, v., *inter alios*, David A. Heiner, *Assessing Tying Claims in the Context of Software Integration: A Suggested Framework for Applying the Rule of Reason Analysis*, 72 U. CHI. L. REV. 123 (2005); Todd J. Anlauf, *Severing Ties With the Strained Per Se Test for Antitrust Tying Liability: The Economic and Legal Rationale for a Rule of Reason*, 23 HAMLINE L. REV. 476 (2000); Christian Ahlborn, David S. Evans & Jorge A. Padilla, *The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality*, 49 ANTITRUST BULL. 287 (2004). In chiave comparatistica, v. James F. Ponsoldt & Christopher D. David, *A Comparison Between U.S. and E.U. Antitrust Treatment of Tying Claims Against Microsoft: When Should the Bundling of Computer Software Be Permitted?*, 27 NW. J. INT'L L. & BUS. 421 (2007).

<sup>91</sup> V., ad es., *N. Pac. Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5-6 (1958), in cui la Corte Suprema sottolinea che “[a]mong the practices which the courts have heretofore deemed to be unlawful in and of themselves are . . . tying arrangements . . . , defined as an agreement by a party to sell one product but only on the condition that the buyer also purchases a different (or tied) product, or at least agrees that he will not purchase that product from any other supplier. Where such conditions are successfully exacted competition on the merits with respect to the tied product is inevitably curbed. Indeed ‘tying agreements serve hardly any purpose beyond the suppression of competition’. They deny competitors free access to the market for the tied product, not because the party imposing the tying requirements has a better product or a lower price but because of his power or leverage in another market. At the same time buyers are forced to forego their free choice between competing products. For these reasons ‘tying agreements fare harshly under the laws forbidding restraints of trade.’ They are unreasonable in and of themselves whenever a party has sufficient economic power with respect to the tying product to appreciably restrain free competition in the market for the tied product and a ‘not insubstantial’ amount of interstate commerce is affected”. V. anche *Int'l Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392, 396 (1947), che sostiene l'illegittimità *per se* delle pratiche di *tying*; *Standard Oil Co. of California v. United States*, 337 U.S. 293, 305-306 (1949), in cui si esprime l'opinione che il solo scopo delle vendite abbinate sia la soppressione della concorrenza; *Times-Picayune Publ'g Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 606 (1953), in cui si afferma che le vendite abbinate ricadono pienamente nel campo di applicazione delle norme contro le restrizioni al commercio.

dottrina, soprattutto quella di stampo economico derivante dalla scuola di Chicago<sup>92</sup>, la quale ha esercitato pressioni per un cambiamento di rotta che si è in effetti verificato. Infatti, come anticipato, la moderna giurisprudenza in materia di vendite abbinata adotta una regola di illegittimità *per se* “modificata”<sup>93</sup>, nel senso che, nella valutazione di una condotta che si presume essere anticoncorrenziale, le corti intraprendono un’analisi dettagliata del caso, esaminando, *inter alia*, la definizione del mercato e l’esistenza di un potere di mercato, che nell’ambito della *per se rule* non sarebbe possibile effettuare<sup>94</sup>. La giurisprudenza ha sviluppato nel tempo una serie di requisiti per stabilire l’illegittimità delle pratiche di vendite abbinata, stabilendo in particolare la necessità che: *a*) il prodotto principale e quello abbinato siano beni o servizi diversi; *b*) gli acquirenti si trovino in una condizione di coercizione imposta dal venditore; *c*) il venditore detenga un grado di potere nel mercato del prodotto principale tale da restringere in maniera apprezzabile la concorrenza nel mercato del prodotto abbinato; e *d*) la vendita abbinata coinvolga un volume non irrilevante del commercio interstatale nel mercato del prodotto abbinato<sup>95</sup>. Talune corti d’appello hanno inoltre sviluppato ulteriori requisiti per procedere all’accertamento di una violazione, tra cui la

---

<sup>92</sup> V. ROBERT H. BORK, *ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF* 365 (Basic Books 1980), in cui l’esponente della Scuola di Chicago ha fortemente contestato la giurisprudenza statunitense in merito all’applicazione di una regola di illegittimità *per se* nei confronti delle pratiche di vendita abbinata, evidenziando che “[a] review of the cases reveals the sterile circularity of the law’s reasoning, the untenability of its premises, and the error of its most assured pronouncements”.

<sup>93</sup> V. *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 9 (1984). Cfr. anche Murray S. Monroe, *Antitrust Symposium: Vertical Restraints*, 27 U. TOL. L. REV. 433, 440 (1996); David S. Evans & Michael Salinger, *Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law*, 22 YALE J. ON REG. 37, 84 (2005).

<sup>94</sup> *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 9, 12-13 (1984).

<sup>95</sup> *V. T. Harris Young & Assocs., Inc. v. Marquette Elec., Inc.*, 931 F.2d 816, 821-23 (11th Cir. 1991).

necessità che il venditore del prodotto principale abbia un interesse economico diretto nella vendita del prodotto abbinato<sup>96</sup> e la previsione di uno specifico *onus probandi* a carico della parte attrice in merito agli effetti anticoncorrenziali prodotti dalla condotta dell'impresa convenuta<sup>97</sup>.

Tuttavia, mentre le corti inferiori si sono con sempre più costanza accostate al nuovo approccio valutativo, la Corte Suprema ha, nel caso *Jefferson Parish*, esplicitamente respinto l'ipotesi di abbandonare in via definitiva l'utilizzo di una *per se rule* a favore di un'analisi del tipo *rule of reason* in materia di vendite abbinate<sup>98</sup>, obbligando in tal modo le corti inferiori ad ingaggiare contorti ragionamenti giuridici al fine di applicare un'analisi del tipo *rule of reason* pur rimanendo fedeli allo *stare decisis* giurisprudenziale, benché talvolta le stesse corti inferiori abbiano deciso autonomamente di abbandonare la regola di legittimità *per se* in casi inerenti nuove tipologie di vendite abbinata. Tale situazione si è verificata, in particolare, nel caso *Microsoft (U.S.)*, in cui la Corte d'Appello per il distretto di Columbia, posta di fronte ad una ipotesi di *tying* relativa al mercato dei software, ha applicato esplicitamente una *rule of*

---

<sup>96</sup> V. *Carl Sandburg Village Condominium Ass'n v. First Condominium Dev. Co.*, 758 F.2d 203, 210 (7th Cir. 1985).

<sup>97</sup> V. *United Farmers Agents Ass'n, Inc. v. Farmers Ins. Exchange*, 89 F.3d 233, 237 (5th Cir. 1996), *cert. denied*, 117 S.Ct. 960 (1997).

<sup>98</sup> V. *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 9 (1984), in cui la Corte Suprema ha osservato che “[c]ertain types of contractual arrangements are deemed unreasonable as a matter of law. The character of the restraint produced by such an arrangement is considered a sufficient basis for presuming unreasonableness without the necessity of any analysis of the market context in which the arrangement may be found . . . It is far too late in the history of our antitrust jurisprudence to question the proposition that certain tying arrangements pose an unacceptable risk of stifling competition and therefore are unreasonable ‘per se’”. Cfr. anche Katherine C. Grady, *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde: Time to Apply the Rule of Reason to Tying Arrangements*, 70 IOWA L. REV. 565 (1985).

*reason* (rigettando fermamente la decisione della Corte Distrettuale<sup>99</sup>, la quale aveva ritenuto Microsoft colpevole di aver abbinato Internet Explorer a Windows) sulla base di un'accurata analisi delle potenziali efficienze economiche derivanti dalla condotta di Microsoft<sup>100</sup>, sebbene la corte abbia sottolineato con vigore che la soluzione raggiunta si limita a casi che coinvolgono il mercato dei sistemi operativi informatici.

In ambito europeo<sup>101</sup>, la Commissione, così come la giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale, hanno tradizionalmente adottato un approccio simile a quello della *per se rule* nella valutazione della legittimità delle pratiche di vendita abbinata. Benché i criteri sviluppati dalle autorità europee per valutare la liceità della condotta in esame risultino essere

---

<sup>99</sup> United States v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000)

<sup>100</sup> United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 58-60 (D.C. Cir. 2001), *cert. denied*, 534 U.S. 952 (2001). Più in generale la corte stila una sintesi dello *status quo* giuridico in materia di condotte anticoncorrenziali ai sensi della Sezione 2 dello Sherman Act, affermando che “[f]rom a century of case law on monopolization under § 2 . . . several principles do emerge. First, to be condemned as exclusionary, a monopolist’s Act must have an ‘anticompetitive effect.’ That is, it must harm the competitive process and thereby harm consumers. In contrast, harm to one or more competitors will not suffice. . . 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 . . . . If the monopolist asserts a procompetitive justification--a nonpretextual claim that its conduct is indeed a form of competition on the merits because it involves, for example, greater efficiency or enhanced consumer appeal--then the burden shifts back to the plaintiff to rebut that claim . . . . Fourth, if the monopolist’s procompetitive justification stands unrebutted, then the plaintiff must demonstrate that the anticompetitive harm of the conduct outweighs the procompetitive benefit”.

<sup>101</sup> Per la dottrina europea in materia di vendite abbinata v., *inter alios*, JURIAN LANGER, TYING AND BUNDLING AS A LEVERAGING CONCERN UNDER EC COMPETITION LAW (Kluwer 2007); David S. Evans & Jorge A. Padilla, *Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf*, 27 WORLD COMPETITION 503 (2004); James D. Veltrap, *Tying and Exclusive Purchasing Arrangements Under EC Competition Law*, 31 COMMON MKT. L. REV. 549 (1994).

parzialmente simili a quelli elaborati negli Stati Uniti nel contesto della *per se rule* modificata, essi si caratterizzano per la scarsa attenzione concessa all'analisi delle possibili efficienze generate dalla vendita abbinata e, più in generale, a tutti quei fattori che sarebbero altrimenti presi in esame nell'ambito di una *rule of reason*<sup>102</sup>.

Il caso *Microsoft*<sup>103</sup> ha segnato una svolta nell'ordinamento europeo in merito alla valutazione delle vendite abbinate, nel senso di prendere maggiormente in considerazione gli effetti delle pratiche analizzate nel mercato del prodotto abbinato, esaminando le possibili efficienze generate e consentendo all'impresa convenuta di avanzare giustificazioni proconcorrenziali. La Commissione ha tuttavia ritenuto che l'abbinamento del programma multimediale Media Player con il sistema operativo Windows costituiva una pratica illegittima ai sensi dell'articolo 102, sostenendo che i due software fossero effettivamente due prodotti separati, che i consumatori non erano nella posizione di poter scegliere il prodotto dominante senza il prodotto collegato e che l'abbinamento avrebbe potuto comportare una preclusione concorrenziale nel mercato dei programmi di riproduzione multimediali<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> V. Decisione della Commissione del 22 dicembre 1987, n. 88/138/CEE, caso IV/30.787-31.488, *Eurofix-Bauco c. Hilti* (in GUCE n. L 65 dell'11 marzo 1988, pagg. 19-44), confermata in appello, Trib. primo grado, sent. 12 dicembre 1991, causa T-30/89, *Hilti AG c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1991, pag. II-1439), confermata in ulteriore appello, C. giust., sent. 2 marzo 1994, causa C-53/92 P, *Hilti AG c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1994, pag. I-667); Trib. primo grado, sent. 6 ottobre 1994, causa T-83/91, *Tetra Pak International SA c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1994, pag. II-755), confermata in appello, C. giust., sent. 14 novembre 1996, causa C-333/904 P, *Tetra Pak International SA c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1996, pag. I-5951).

<sup>103</sup> Decisione della Commissione del 24 maggio 2004, caso COMP/C-3/37.792, *Microsoft* (in GUCE n. L 32 del 6 febbraio 2007, pagg. 23-28), confermata in appello, Trib. primo grado, sent. 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2007, pag. II-3601).

<sup>104</sup> V. Decisione della Commissione del 24 maggio 2004, caso COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, par. 24-29.

Nel successivo ricorso proposto dinanzi al Tribunale di primo grado, quest'ultimo, sostenendo le tesi della Commissione, ha rilevato, *inter alia*, che Microsoft è stato dominante nel mercato dei sistemi operativi e che avesse di fatto abbinato due prodotti distinti (Windows e Media Player) senza peraltro addurre un'obiettiva giustificazione commerciale<sup>105</sup>. In tal modo, secondo il giudizio della corte, poiché i clienti del sistema operativo Windows sono stati "costretti" all'acquisto di Media Player, si è generata un'ingiustificata preclusione concorrenziale nel mercato dei lettori multimediali. Il Tribunale ha quindi respinto gli argomenti della Microsoft che includevano, tra l'altro, l'asserzione che i due prodotti non erano da considerarsi distinti, sulla base del fatto che Windows non aveva funzionalità multimediali e che non esisteva una domanda separata per un sistema operativo privo di un lettore multimediale (c.d. argomentazione "scarpe senza lacci")<sup>106</sup>. Il giudice ha inoltre confermato la validità del rimedio elaborato dalla Commissione, consistente nel richiedere a Microsoft di commercializzare all'interno del mercato europeo una versione di Windows sprovvista del software Media Player (Windows XPN) allo stesso prezzo finale di Windows XP<sup>107</sup>, rigettando la proposta di Microsoft di accludere al sistema operativo un CD contenente i lettori multimediali concorrenti.

<sup>105</sup> V. Trib. primo grado, sent. 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 872-944 (sull'esistenza di due prodotti distinti), par. 945-975 (sulla circostanza che i consumatori non fossero in grado di scegliere il prodotto dominante senza il prodotto collegato), par. 976-1090 (sulla restrizione della concorrenza), par. 1091-1167 (sull'assenza di giustificazioni obiettive).

<sup>106</sup> Cfr. Philip Marsden, *The Monopolization/Abuse Offense: Picking Over the CFI Microsoft Judgment of 17 September, 2007*, 20 LOY. CONSUMER L. REV. 172 (2008).

<sup>107</sup> È opportuno evidenziare che il rimedio elaborato dalla Commissione ed avallato dalla Corte di prima istanza è apparso essere alquanto blando, poiché, di fatto, non era riscontrabile da parte dei consumatori uno specifico interesse nell'acquistare una copia di Windows priva di Media Player. Infatti, a due anni dalla decisione della

È opportuno osservare che la Commissione europea aveva fortemente enfatizzato l'utilizzo di un approccio simile a quello impiegato negli Stati Uniti dalla Corte d'Appello del Distretto di Columbia<sup>108</sup>. Tuttavia, il criterio di valutazione adottato dalla Commissione nella sua decisione appare mostrare maggiori affinità con il test di legittimità elaborato dalla giurisprudenza statunitense nell'ambito della cosiddetta *per se rule* modificata, piuttosto che con la piena analisi del tipo *rule of reason* realizzata dalla Corte d'Appello statunitense. Ciò nonostante, la decisione sia della Commissione che del Tribunale di primo grado relativa al caso *Microsoft* rappresenta un allontanamento dai precedenti orientamenti giurisprudenziali in quanto le istituzioni europee hanno per la prima volta valutato le giustificazioni oggettive e le potenziali efficienze addotte dall'impresa in posizione dominante, sebbene abbia, di contro, stabilito un gravoso *onus probandi* a carico di Microsoft che ha di fatto trasformato un'analisi

---

Commissione, Microsoft aveva venduto circa 35 milioni di copie di Windows, ma solo circa 1700 copie di Windows XP sono state vendute ai dettaglianti, delle quali non è certa la quota di copie realmente acquistate dai consumatori finali. Inoltre, nessun produttore di computer ha provveduto ad installare Windows XP come sistema operativo predefinito nelle proprie apparecchiature informatiche. V. *Microsoft's European Hearing and America's Future*, in TechNewsWorld 28 aprile 2006, disponibile presso il sito <http://www.technewsworld.com/rsstory/50207.html>.

<sup>108</sup> In un comunicato stampa è stato dichiarato, in particolare, che “[t]he Commission has followed a ‘rule of reason’ approach in order to establish whether the anti-competitive effects of tying WMP outweigh any possible pro-competitive benefits. This is precisely the framework for tying cases that US Court of Appeals laid down in 2001”. V. *Microsoft - Questions and Answers on Commission Decision*, MEMO/04/70, 24 marzo 2004, disponibile presso il sito <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/04/70&format=PDF&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>. Inoltre, lo stesso Tribunale di prima istanza ha fatto più volte riferimento, all'interno della sua sentenza, al precedente procedimento della Microsoft per violazione del diritto antitrust statunitense ed al patteggiamento tra Microsoft ed il Dipartimento di Giustizia. Cfr. Trib. primo grado, sent. 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 51-58.

che nelle intenzioni espresse doveva essere del tutto simile ad una *rule of reason* in una sostanziale valutazione rispondente ai criteri della *per se rule*.<sup>109</sup>

Da ultimo, si rileva che le linee guida della Commissione del febbraio 2009 affrontano l'argomento delle vendite abbinata, in congiunzione con la fattispecie di vendite aggregate<sup>110</sup>, stabilendo che l'intervento della Commissione si renderà necessario qualora l'impresa sia dominante nel mercato del prodotto principale, i prodotti in oggetto siano distinti ed esista la probabilità che la pratica di vendita abbinata determini una preclusione anticoncorrenziale<sup>111</sup>. Il documento della Commissione, tuttavia, precisa che quest'ultima "prenderà in considerazione l'eventuale asserzione delle imprese dominanti che le loro pratiche di vendita abbinata e aggregata possono dar luogo a risparmi nella produzione o nella distribuzione a beneficio dei clienti" allo scopo di valutare la legittimità delle suddette pratiche commerciali<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> Cfr. Arianna Andreangeli, *Case note on T-201/04, Microsoft v Commission, judgment of 17 September 2007*, 44(3) COMMON MKT L. REV. 863 (2008).

<sup>110</sup> Si rileva che taluni autori hanno lamentato che, nella decisione Microsoft, la Corte di prima istanza abbia utilizzato i termini vendite abbinata (*tying*) e vendite aggregate (*bundling*) in maniera indistinta. Cfr. Robert M. Schwartz, *Confusing "Bundling" With "Tying" Under Article 82 EC: "Batteries Included" or "It Only Comes With Fries"*, 6 HASTINGS BUS. L.J. 145 (2010).

<sup>111</sup> V. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti* (in GUCE n. C 45 del 24 febbraio 2009, pagg. 7-20), par. 47-62.

<sup>112</sup> V. *ibidem*, par. 62.



### 3. Prezzi predatori.

La pratica dell'imposizione di prezzi predatori consiste nella riduzione, da parte di un'impresa dominante, dei prezzi al dettaglio di un particolare prodotto o servizio ad un livello che risulta essere insostenibile per i rivali commerciali con la conseguente fuoriuscita dal mercato di questi ultimi ovvero con il risultato di dissuadere potenziali concorrenti dall'entrare nel mercato. Generalmente, tale condotta presume la possibilità per l'impresa dominante di innalzare nuovamente i propri prezzi, una volta che l'eliminazione della concorrenza sia stata realizzata, fino ad un livello di monopolio. Questa tecnica mira primariamente all'eliminazione della concorrenza, e non direttamente allo sfruttamento dei consumatori, benché questi ultimi risultano essere lesi indirettamente attraverso l'imposizione di prezzi di monopolio nel lungo periodo, sebbene sia utile evidenziare che una politica troppo severa contro i prezzi predatori potrebbe parimenti arrecare un pregiudizio ai consumatori in quanto dissuaderebbe le imprese dal praticare prezzi inferiori anche se tale diminuzione sia giustificata da particolari efficienze economiche interne.

Negli Stati Uniti, i prezzi predatori possono integrare una violazione della Sezione 2 dello Sherman Act sia in quanto atti di monopolizzazione che di tentata monopolizzazione, nonché delle disposizioni della Sezione 2 del Robinson-Patman Act<sup>113</sup> in quanto integrante una

---

<sup>113</sup>15 U.S.C. § 13. Il Robinson-Patman Act, emanato nel 1936 come un emendamento del Clayton Act, disciplina nello specifico le fattispecie di discriminazioni di prezzo contemplando che “[i]t shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States . . .”.

fattispecie di discriminazione di prezzo<sup>114</sup>. Tuttavia, la giurisprudenza ha mostrato un atteggiamento di forte diffidenza nei confronti dei casi di asserita illegittimità delle politiche di prezzo delle imprese<sup>115</sup>. I giudici hanno da lungo tempo riconosciuto la difficoltà di distinguere i prezzi predatori dalle pratiche proconcorrenziali<sup>116</sup> e la successiva

---

<sup>114</sup> Un esempio di applicazione del Robinson-Patman Act ai prezzi predatori risulta essere il caso *Utah Pie v. Continental Baking Co.*, 386 U.S. 685 (1967), il quale è stato oggetto di forti critiche, in quanto l'applicazione del Robinson-Patman Act, secondo taluni autori, avrebbe comportato la condanna di atti legittimi di concorrenza. Cfr. Kenneth G. Elzinga & Thomas F. Hogarty, *Utah Pie and the Consequences of Robinson-Patman*, 21(2) J.L. & ECON. 427 (1978).

<sup>115</sup> *V. Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 589 (1986), in cui si riconosce che “there is a consensus among commentators that predatory pricing schemes are rarely tried, and even more rarely successful”. V. anche *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 226 (1993), in cui si sottolinea che “[e]vidence of below-cost pricing is not alone sufficient to permit an inference of probable recoupment and injury to competition. Determining whether recoupment of predatory losses is likely requires an estimate of the cost of the alleged predation and a close analysis of both the scheme alleged by the plaintiff and the structure and conditions of the relevant market”; *United States v. AMR Corp.*, 335 F.3d 1109, 1114 (10th Cir. 2003), in cui si osservano le critiche formulate dalla Scuola di Chicago verso la giurisprudenza in materia di prezzi predatori. Su quest'ultimo argomento, v. ROBERT H. BORK, *ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF*, cit., pagg. 149-155.

<sup>116</sup> V. ad es., *Pacific Eng'g & Prod. Co. v. Kerr-McGee Corp.*, 551 F.2d 790, 797 (10th Cir. 1977), *cert. denied*, 434 U.S. 879 (1978), in cui si rileva come i prezzi predatori siano un argomento estremamente controverso, facendo in particolare riferimento alla dottrina giuridico-economica, la quale ha talvolta espresso opinioni contrastanti in merito. La corte osserva, infatti, che “[p]rofessors Areeda and Turner argue that any price above a firm's marginal cost, or in the alternative its average variable cost, should be conclusively presumed lawful. Any price below that level should be conclusively presumed unlawful. However . . . Scherer, *Predatory* . . . takes issue with the short-run cost approach. Scherer contends Areeda and Turner's proposed rule would permit anticompetitive pricing inconsistent with long-run welfare maximization. He recommends that courts continue to inquire into the monopolist's subjective intent and that several long-run variables be considered in determining whether the monopolist's conduct is anticompetitive”. V. anche *Northeastern Tel. Co. v. Amer. Tel. & Tel. Co.*, 651 F.2d 76, 88 (2d Cir. 1981), in cui la corte riconosce che “[p]redatory pricing is difficult to distinguish from vigorous price competition. Inadvertently condemning such competition as an instance of predation will undoubtedly chill the very behavior the antitrust laws seek to promote”, aggiungendo inoltre che “[t]here is

giurisprudenza non si è dimostrata in grado di trovare una soluzione condivisa per identificare l'illegittimità della specifica condotta, benché sia stato unanimemente riconosciuto che la relazione tra i prezzi di un'impresa ed i suoi costi forniscono elementi utili per poter effettuare una corretta valutazione di legittimità<sup>117</sup>.

La Corte Suprema ha tuttavia articolato uno specifico test per esaminare la liceità dei casi di prezzi predatori: in un *obiter dictum* della sentenza *Brooke Group*, la corte ha stabilito che è necessario, allo scopo di ritenere illegittima la condotta dell'impresa convenuta, dimostrare che i prezzi praticati da quest'ultima siano sotto il livello dei costi e che essa abbia una pericolosa probabilità di recuperare le perdite affrontate nel periodo in cui è stata effettuata la vendita sottocosto<sup>118</sup>. Questo secondo requisito, il quale rappresenta la maggior divergenza tra la disciplina statunitense e quella dell'Unione europea, risulta essere di fondamentale importanza poiché, in assenza di un possibile recupero successivo degli investimenti, la pratica in esame, oltre a non costituire un atto illegittimo, risulta essere vantaggiosa per i

---

considerable evidence, derived from historical sources and from economic teaching, that predation is rare". V., per la dottrina, Phillip Areeda & Donald F. Turner, *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, 88 HARV. L. REV. 697 (1975); Frederic M. Scherer, *Predatory Pricing and The Sherman Act: A Comment*, 89 HARV. L. REV. 869 (1976).

<sup>117</sup> V., ad es., *Northeastern Tel. Co. v. Amer. Tel. & Tel. Co.*, 651 F.2d 76, 88 (2d Cir. 1981).

<sup>118</sup> V. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209, 226 (1993). È da rilevare che, nonostante il caso *Brooke Group* fosse relativo ad un'azione ai sensi del Robinson-Patman Act, gli standard valutativi espressi in tale caso sono applicabili anche ai casi di illegittimità ai sensi della Sezione 2 dello Sherman Act con una differenza: ai sensi del Robinson-Patman Act la parte attrice tecnicamente conduce un'azione per una "*primary-line price discrimination*", e pertanto il requisito del recupero delle perdite deve essere "ragionevolmente attendibile", in contrasto con il requisito di "pericolosa probabilità" ai sensi dello Sherman Act. V. *ibidem*, pag. 221.

consumatori<sup>119</sup>. Per quanto riguarda la definizione di prezzo sottocosto, il criterio generalmente utilizzato dalla giurisprudenza statunitense è quello formulato da Areeda e Turner, per il quale l'imposizione da parte di un monopolista di un prezzo superiore ai costi marginali (ovvero ai costi variabili medi, essendo i costi marginali di difficile misurazione) tende ad arrecare un pregiudizio esclusivamente alle imprese meno efficienti inducendo, in tal modo, un miglioramento del benessere sociale attraverso una riduzione della dissipazione di risorse produttive<sup>120</sup>. Pertanto, secondo l'*Areeda-Turner test* solo l'imposizione di prezzi al di sotto dei costi marginali risulta essere presuntivamente illegittima, fatta comunque salva la necessità di provare la probabilità di recupero successivo delle risorse impiegate per effettuare la vendita sottocosto.

Tuttavia, talune corti si sono discostate dal test elaborato da Areeda e Turner: il Nono Circuito, avente giurisdizione sugli Stati centro-occidentali, nel caso *Inglis Banking*<sup>121</sup> ha sostenuto che anche qualora i prezzi siano al di sopra dei costi variabili medi o dei costi marginali possa essere riscontrata una violazione alle norme antitrust qualora la giustificazione per tali prezzi sia basata non sulla loro efficacia nel minimizzare le perdite, quanto piuttosto sulla loro tendenza ad eliminare la concorrenza e a creare una struttura di mercato che consenta allo specifico venditore di recuperare le sue perdite. Tale standard, pertanto, risulta essere un metodo, basato sulla misurazione dei costi, atto a definire

---

<sup>119</sup> Per un'analisi dei criteri utili ad identificare i casi in cui un recupero sia possibile, v. Kenneth G. Elzinga & David E. Mills, *Testing for Predation: Is Recoupment Feasible?*, 34 ANTITRUST BULL. 869 (1989).

<sup>120</sup> V. Phillip Areeda & Donald F. Turner, *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, *op. ult. cit.*, pag 711.

<sup>121</sup> *William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co.*, 668 F.2d 1014 (9th Cir. 1981), *cert. denied*, 459 U.S. 825 (1982).

l'allocazione dell'*onus probandi*, per il quale la parte convenuta deve provare l'assenza dell'elemento predatorio qualora i prezzi siano al di sotto dei costi variabili medi, mentre si assiste ad un'inversione dell'onere della prova qualora i prezzi siano al di sopra di tale soglia<sup>122</sup>.

Anche nell'ambito del sistema giuridico dell'Unione europea i prezzi predatori possono costituire una violazione delle norme poste a tutela della concorrenza, ed in particolare dell'articolo 102 TFUE, lett. *a*). Tuttavia, la disciplina europea non prevede, nell'analisi della legittimità della pratica in esame, il requisito della pericolosa probabilità che l'impresa dominante possa successivamente recuperare il suo investimento, focalizzandosi, invece, sul rapporto tra i prezzi praticati ed i costi, in combinazione con un elemento relativo all'intento dell'impresa. Il test utilizzato nell'ordinamento europeo per stabilire la liceità delle pratiche di prezzi predatori è stato elaborato dalla Corte di giustizia nella sentenza *AKZO*<sup>123</sup>, in cui è stato stabilito che i prezzi al di sotto dei costi variabili medi debbano essere considerati abusivi, in quanto, nelle argomentazioni della corte, vendite effettuate al di sotto di tale limite generano necessariamente una perdita per l'impresa dominante che può essere razionalmente motivata esclusivamente da un'intenzione di eliminare i concorrenti. Inoltre, qualora un'impresa dominante imponga dei prezzi al di sopra dei costi variabili medi, ma al di sotto dei costi

---

<sup>122</sup> V. anche *Transamerica Computer Co. v. IBM Corp.*, 481 F. Supp. 965 (N.D. Cal. 1979), *aff'd*, 698 F.2d 1377 (9th Cir.), *cert. denied*, 464 U.S. 955 (1983). Tuttavia, l'approccio del Nono Circuito è stato espressamente rigettato da altre corti d'appello, le quali si sono pertanto attenute al tradizionale *Areeda-Turner test*. Cfr.. *Barry Wright Corp. v. ITT Grinnel Corp.*, 724 F.2d 227 (1st Cir. 1983); *Pacific Eng'g & Prod. Co. v. Kerr-McGee Corp.*, 551 F.2d 790, 797 (10th Cir. 1977).

<sup>123</sup> C. giust., sent. 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1991, pag. I-3359).

totali medi, è possibile riscontrare un comportamento abusivo qualora la condotta dell'impresa sia parte di un piano per eliminare la concorrenza. Infine, prezzi al di sopra dei costi totali medi sono ritenuti essere, in principio, legittimi a meno che non vi siano prove di una specifica intenzione da parte dell'impresa di escludere un concorrente.

Pertanto, la disciplina europea e statunitense in materia di prezzi predatori si differenziano, innanzitutto, per gli standard utilizzati per valutare la legittimità della condotta dell'impresa, in quanto l'*Areeda-Turner test*, a differenza dei criteri fissati in *AKZO*, comporta un'analisi relativa ai costi ed ai prezzi, senza alcun tipo di considerazione in merito alle intenzioni o alle strategie dell'impresa. Oltre a ciò, come evidenziato, una sostanziale divergenza si rileva nell'assenza, in ambito europeo, di uno specifico requisito relativo alla possibilità dell'impresa dominante di recuperare le perdite subite a seguito del perseguimento di una politica di prezzi predatori.

A tal riguardo, nel caso *Tetra Pak II*<sup>124</sup>, l'impresa convenuta aveva argomentato a sua difesa che un'impresa che pratici prezzi al di sotto dei costi variabili medi non debba essere riconosciuta in violazione dell'articolo 102 qualora essa possa dimostrare che si trovi, di fatto, nell'impossibilità di recuperare le perdite in futuro, poiché una simile condizione esclude *a priori* l'esistenza di un intento predatorio e di effetti di esclusione della concorrenza. La Corte di giustizia, tuttavia, ha rigettato tale argomentazione sostenendo che un comportamento predatorio risulta essere presunto dal fatto stesso che il prezzo sia al di sotto dei costi variabili

---

<sup>124</sup> Trib. primo grado, sent. 6 Ottobre 1994, causa T-83/91, *Tetra Pak International SA c. Commissione delle Comunità Europee* (in *Raccolta*, 1994, pag. II-755), in appello, C. giust., sent. 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, *Tetra Pak International SA c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1996, pag. I-5951) (*Tetra Pak II*).

medi, giacché una tale condotta può essere razionalmente spiegata solamente con il perseguimento di una totale soppressione della concorrenza<sup>125</sup>.

È opportuno rilevare, ad ogni modo, che tale ragionamento giuridico appare non tenere in debita considerazione il ruolo della concorrenza potenziale e delle barriere all'entrata, nel senso che, quando queste ultime risultano essere basse o inesistenti, non c'è speranza per le imprese che praticano prezzi sottocosto nel breve termine di cagionare un pregiudizio di natura concorrenziale nei confronti dei consumatori. Inoltre, non effettuando un'indagine delle ragioni che hanno indotto l'impresa a praticare prezzi sottocosto, il test elaborato in sede europea rifiuta, di fatto, di ritenere che l'imposizione di un prezzo al di sotto del costo variabile medio possa non essere necessariamente l'espressione di un'illecita intenzione di eliminare la concorrenza a scapito dei consumatori, quando, invece, risulta verosimile che una simile condotta sia giustificata da legittime motivazioni economiche, come d'altronde già evidenziato in uno studio dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) condotto nel 1989<sup>126</sup>. Infine, il rifiuto di prendere in considerazione la possibilità del recupero delle perdite sembra persino essere contrastante con la definizione generale di prezzo predatorio formulata dalla Corte di giustizia nel caso *AKZO*, per la quale lo scopo di

---

<sup>125</sup> In particolare, la corte ha stabilito che “vanno sempre considerati illeciti i prezzi inferiori alla media dei costi variabili” poiché “[i]n questo caso, non è immaginabile una finalità economica diversa dall'eliminazione di un concorrente, dal momento che ogni unità prodotta e venduta comporta una perdita per l'impresa”. Per quanto riguarda, invece i prezzi inferiori alla media dei costi totali ma superiori alla media dei costi variabili, la corte ha statuito che essi debbano essere “considerati illeciti soltanto quando si possa dimostrare l'esistenza di un disegno di eliminazione [di un concorrente]”. C. giust., sent. 14 novembre 1996, causa C-333/94 P, *Tetra Pak International SA c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 41.

<sup>126</sup> V. ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, PREDATORY PRICING 76 (O.E.C.D. 1989), disponibile presso il sito <http://www.oecd.org/dataoecd/7/54/2375661.pdf>.

una politica di prezzi predatori risulta essere l'eliminazione della concorrenza al fine di "eliminare i propri concorrenti, per poter poi rialzare i propri prezzi approfittando della situazione di monopolio"<sup>127</sup>.

Non appare ultroneo rilevare che, nel caso *Tetra Pak II*, l'Avvocato Generale Colomer, nel descrivere la giurisprudenza statunitense in merito ai casi di prezzi predatori, ha riconosciuto nelle sue opinioni che la possibilità di recuperare le perdite risulta essere l'obiettivo finale di una strategia di prezzi predatori e, qualora tale eventualità risultasse inattuabile, la pratica dell'impresa andrebbe a vantaggio esclusivo dei consumatori<sup>128</sup>. Tuttavia, il giureconsulto ha successivamente manifestato la sua avversione all'inclusione di questo secondo requisito in ambito europeo, richiedendo alla corte di non prendere in considerazione, nella sua analisi, alcuna questione relativa alla possibilità di recupero futuro delle perdite dell'impresa<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> C. giust., sent. 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 71.

<sup>128</sup> V. Conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer del 27 giugno 1996 nella causa C-333/94 P, *Tetra Pak International SA c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1996, pag. I-5951), par. 77.

<sup>129</sup> V. *ibidem*, par. 78. L'Avvocato Generale ha motivato questa sua posizione facendo riferimento a quattro motivazioni principali. Innanzitutto, egli ha sostenuto che sarebbe un gesto suicida a per un'impresa dominante vendere sottocosto allo scopo di eliminare un concorrente se non ci fosse alcuna prospettiva di recuperare le perdite subite, stabilendo, in tal modo, la convinzione che qualsiasi impresa dominante che venda ad un livello di prezzo inferiore al costo variabile medio intenda necessariamente perseguire l'eliminazione di un concorrente. Come si è già avuto modo di rilevare, anche la stessa OCSE ha definito talune circostanze nelle quali un simile comportamento possa essere pienamente giustificabile sotto il profilo economico, come ad esempio nel caso di commercializzazione di un nuovo prodotto o nel caso di beni deperibili o tecnicamente obsolescenti che costituiscono per l'impresa un costo per il solo fatto di detenerli in magazzino. In secondo luogo, l'Avvocato Generale ha sostenuto che il potere economico dell'impresa dominante, unito all'indebolimento della concorrenza nel mercato dominato o nei mercati correlati, in principio assicura la recuperabilità delle perdite. In terzo luogo, Colomer ha sottolineato che le prove relative ad un eventuale futuro recupero delle perdite sono difficili da definire e richiedono una complessa analisi di mercato. Questa argomentazione dell'Avvocato



Taluni commentatori hanno ottimisticamente affermato che il rifiuto, formulato dalla Corte di giustizia nel caso *Tetra Pak II*, di prendere in considerazione la prova della possibilità di un recupero potenziale delle perdite sia stata dettata dalle circostanze specifiche del caso, lasciando aperta la possibilità che la giurisprudenza europea potesse in futuro adottare un requisito del tutto simile a quello elaborato dall'ordinamento statunitense<sup>130</sup>. Tuttavia, simili speranze non hanno trovato riscontro nelle successive pronunce giurisprudenziali, ed in particolare nel recente caso *France Télécom*<sup>131</sup>, nel quale la Corte di giustizia, avallando le precedenti conclusioni della Commissione<sup>132</sup> e del Tribunale di primo grado<sup>133</sup>, ha ribadito che “dalla giurisprudenza della Corte non si evince che la prova della possibilità di recupero delle perdite sofferte per l'applicazione, da parte di un'impresa in posizione dominante, di prezzi inferiori a un determinato livello di costi costituisca un presupposto necessario per

---

Generale, se da un lato risulta essere comprensibile per motivi legati ad esigenze di economia processuale, appare, d'altro lato, ormai non più accettabile in un contesto in cui la stessa Commissione professa, anche nell'ambito dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE, l'adozione di un approccio maggiormente fondato sulla teoria e l'analisi economica. Infine, l'Avvocato Generale ha sostenuto che, a prescindere se l'impresa raggiunga o meno il suo obiettivo, la tecnica di prezzi predatori risulta essere di per sé anticoncorrenziale, mostrando in quest'ultima affermazione la chiara tendenza ad optare per un criterio di valutazione di legittimità prossimo alla *per se rule*. V. *ibidem*.

<sup>130</sup> V., ad es., RICHARD WHISH, *COMPETITION LAW* 708 (Butterworths 2003).

<sup>131</sup> C. giust., sent. 2 aprile 2009, causa C-202/07 P, *France Télécom SA c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2009, pag. I-2369).

<sup>132</sup> Decisione della Commissione del 16 luglio 2003, caso COMP/38.233, *Wanadoo Interactive* (non pubblicato in GUCE), 5 C.M.L.R. 120.

<sup>133</sup> Trib. primo grado, sent. 30 gennaio 2007, causa T-340/03, *France Télécom SA c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2007, pag. II-107).

dimostrare il carattere abusivo di una siffatta politica in materia di prezzi<sup>134</sup>. Si rileva che in questo stesso caso, l'Avvocato Generale Mazák, nelle sue opinioni, aveva patrocinato l'adozione di un'analisi più in linea con quella statunitense, suggerendo l'incorporazione di un requisito relativo al recupero delle perdite dell'impresa dominante all'interno della valutazione di legittimità dei prezzi predatori<sup>135</sup>. La corte, come evidenziato, non ha tuttavia accolto l'approccio indicato dal giureconsulto.

Si sottolinea, infine, che la Commissione ha analizzato all'interno delle linee guida del febbraio 2009<sup>136</sup> la questione dei comportamenti predatori, in cui ha qualificato questi ultimi come atti che comportano per l'impresa dominante un deliberato sostenimento di perdite o la rinuncia dei profitti di breve termine (definito "sacrificio") "in modo da precludere o avere la probabilità di precludere il mercato a uno o più dei suoi concorrenti reali o potenziali allo scopo di rafforzare o di mantenere il suo potere di mercato, causando quindi un danno ai

---

<sup>134</sup> C. giust., sent. 2 aprile 2009, causa C-202/07 P, *France Télécom SA c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 110.

<sup>135</sup> V. Conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák presentate il 25 settembre 2008 nella causa C-202/07 P, *France Télécom SA c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2009, pag. I-2369), par. 54-78, in cui si sostiene che "il Tribunale non ha [chiarito i motivi per cui] riteneva che la prova della possibilità di recupero delle perdite non fosse necessaria alla luce delle specifiche circostanze di fatto del caso di specie", aggiungendo, in aperto contrasto con le precedenti conclusioni dell'Avvocato Generale Colomer nel caso *Tetra Pak II*, che "dalle sentenze *AKZO* e *Hoffman-La Roche* [, nonché dalla stessa sentenza *Tetra Pak II*,] discende che la prova della possibilità di recupero è necessaria ai fini della constatazione di una pratica di prezzi predatori ai sensi dell'art. [102 TFUE]. Se non esiste alcuna possibilità di recupero, l'impresa dominante svolge probabilmente una normale concorrenza". Infine, l'Avvocato Generale osserva che, a prescindere dalla precedente giurisprudenza, "l'importanza della dimostrazione della possibilità di recupero è stata sottolineata tra l'altro dall'Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP), dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico e dal Gruppo dei regolatori europei"

<sup>136</sup> *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, cit.

consumatori”<sup>137</sup>. Una simile metodologia di valutazione si avvicina molto al “*profit sacrifice test*” impiegato dalla giurisprudenza statunitense in vari ambiti della legislazione antitrust<sup>138</sup>, facendone un uso, *de facto*, anche nel caso dei prezzi predatori. La Commissione, in particolare, ribadisce l’utilizzo, quale soglia per stabilire la legittimità di una condotta predatoria, dei costi variabili medi, ovvero i costi evitabili medi qualora disponibili<sup>139</sup>, stabilendo che la fissazione dei prezzi al di sotto di tale soglia sarà considerata come una chiara indicazione di sacrificio, e come tale determinerà l’intervento della Commissione stessa. Tuttavia, l’organo esecutivo europeo sottolinea che il concetto di sacrificio non comprende soltanto la fissazione di prezzi al di sotto del costo evitabile medio, in quanto, per stabilire la legittimità di una condotta, essa potrà anche valutare “se il presunto comportamento predatorio ha determinato a breve termine entrate nette più basse rispetto a quanto ci si sarebbe potuti attendere da un comportamento ragionevole alternativo”<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> *Ibidem*, par. 63.

<sup>138</sup> V., ad es., *United States v. AMR Corp.*, 335 F.3d 1109 (10th Cir. 2003); *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985); *Verizon Commc’ns., Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P.*, 540 U.S. 398 (2004).

<sup>139</sup> Anche nella letteratura statunitense sono stati proposti, come misura alternativa ai costi variabili medi, i costi evitabili medi v. Patrick Bolton, Joseph F. Brodley & Michael H. Riordan, *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, 88 GEO. L.J. 2239, 2271-74 (2000). Tali autori hanno inoltre sostenuto che i prezzi posti al di sopra dei costi evitabili medi possono incorrere in una violazione delle norme antitrust qualora essi siano anche al di sotto dei costi incrementali medi di lungo periodo. *Ibidem*, pag. 2273. Per una definizione di tali costi, v. *supra*, cap. II, par. 6. Simile teoria è stata, tuttavia, soggetta a critiche poiché comportante una dissuasione generalizzata delle pratiche di abbattimento dei prezzi, le quali risultano, in ultima analisi, essere vantaggiose per i consumatori. V. Kenneth G. Elzinga & David E. Mills, *Predatory Pricing and Strategic Theory*, 89 GEO. L.J. 2475, 2484 (2001).

<sup>140</sup> *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti*, cit., par. 65.

Da ultimo, in merito alla questione del recupero delle perdite, la Commissione riconosce che “[i]n linea generale, è probabile che i consumatori subiscano un danno se l’impresa dominante può ragionevolmente prevedere che il suo potere di mercato, una volta concluso il comportamento predatorio, sarà maggiore di quanto sarebbe stato se non avesse adottato detto comportamento, ossia se è probabile che l’impresa sia in grado di trarre un vantaggio dal sacrificio fatto”<sup>141</sup>. Tuttavia, essa conclude specificando che tale affermazione non comporta che “la Commissione interverrà soltanto se è probabile che l’impresa dominante possa aumentare i suoi prezzi al di sopra del livello esistente sul mercato prima del comportamento in questione”, essendo sufficiente, ad esempio, “la probabilità che il comportamento impedisca o ritardi un calo dei prezzi che si sarebbe altrimenti verificato”. Questi nuovi orientamenti, se da un lato dimostrano in via generale la volontà della Commissione di abbandonare un approccio formalistico, d’altro lato lasciano aperte talune questioni che rendono ancora attuale il divario tra i due ordinamenti in materia di prezzi predatori sia per quanto riguarda l’inclusione dell’elemento intenzionale nell’ambito della valutazione della legittimità dei comportamenti in esame (che in ambito europeo ancora persiste)<sup>142</sup>, sia per quanto riguarda la considerazione di un *recoupment test*, che in Europa rimane estraneo all’analisi di legittimità dei prezzi predatori.

---

<sup>141</sup> *Ibidem*, par. 70.

<sup>142</sup> V. *ibidem*, par. 66, in cui la Commissione afferma che “In alcuni casi sarà possibile basarsi sulla prova diretta consistente in documenti dell’impresa dominante che dimostrano chiaramente una strategia predatoria, come un progetto dettagliato di affrontare sacrifici per escludere un concorrente, impedire l’ingresso o l’emergere di un mercato, o prove di minacce concrete di una strategia predatoria”.

#### 4. Accordi di esclusiva.

Per accordi di esclusiva si intendono quelle pratiche per le quali un produttore (o comunque un fornitore) obbliga il compratore a non acquistare beni o servizi della stessa natura da altri soggetti concorrenti del produttore (o fornitore) stesso ovvero si richiede all'acquirente di servirsi, per tutto il fabbisogno necessario a quest'ultimo, esclusivamente da un determinato produttore (o fornitore). Qualora il produttore (o fornitore) in questione sia un'impresa in posizione dominante o di monopolio possono sorgere problematiche di natura antitrust relative a questioni di preclusione del mercato e di esclusione della concorrenza attuale o potenziale.

All'interno dell'ordinamento statunitense, la Corte Suprema ha tradizionalmente adottato un approccio particolarmente clemente nei confronti degli accordi di esclusiva<sup>143</sup>, formulando per questi un *quantitative substantiality test*, per il quale effetti concorrenziali derivanti da tali accordi sono presunti qualora essi precludano in termini monetari una parte sostanziale del mercato<sup>144</sup>. La corte ha riconosciuto che gli accordi di esclusiva possono infatti essere

---

<sup>143</sup> In uno dei primi casi antitrust del secolo scorso, in cui l'impresa monopolista Continental Tobacco si era rifiutata di rifornire di tabacco lavorato quei distributori che erano anche rivenditori di tabacco proveniente da imprese concorrenti, la corte d'appello per gli stati centro-settentrionali stabilì la non sussistenza di una violazione antitrust poiché gli altri concorrenti erano di fatto lasciati liberi di acquisire clientela attraverso l'offerta di prezzi più bassi o di altre condizioni contrattuali più convenienti. V. *Whitwell v. Continental Tobacco Co.*, 125 F. 454 (8th Cir. 1903).

<sup>144</sup> V. *Standard Oil v. United States*, 337 U.S. 293 (1949), in cui all'impresa convenuta è stata accertata una violazione delle norme antitrust poiché gli accordi da essa stipulati coinvolgevano una somma pari a 58 milioni di dollari, benchè la società in questione detenesse solo una quota di mercato sul mercato rilevante pari al 6,7%. Sull'argomento v., *inter alios*, Wanda Jane Rogers, *Beyond Economic Theory: A Model for Analyzing the Antitrust Implications of Exclusive Dealing Arrangements*, 45 DUKE L.J. 1009, 1025 (1996).

vantaggiosi sia per i fornitori che per i clienti stessi, poiché essi sono idonei a comportare, *inter alia*, una riduzione dei costi di transazione ed una generale garanzia per i compratori di avere a disposizione una fornitura sicura ad un prezzo fisso<sup>145</sup>. Nonostante la giurisprudenza abbia riconosciuto che le conseguenze concorrenziali di tali accordi possano variare a seconda delle circostanze specifiche, quali, ad esempio, la posizione del rivenditore nel mercato e la durata dell'accordo stesso<sup>146</sup>, si è scelto di adottare una generale presunzione di legalità, soggetta ad un parametro quantitativo, il quale richiede esclusivamente che l'importo interessato dal contratto non sia configurabile come una parte sostanziale del mercato coinvolto<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> V. *Standard Oil v. United States*, 337, 306-07 U.S. 293 (1949), in cui la Corte Suprema afferma, nello specifico, che gli accordi di esclusiva “may well be of economic advantage to buyers as well as to sellers, and thus indirectly of advantage to the consuming public. In the case of the buyer, they may assure supply, afford protection against rises in price, enable long-term planning on the basis of known costs, and obviate the expense and risk of storage in the quantity necessary for a commodity having a fluctuating demand. From the seller’s point of view, requirements contracts may make possible the substantial reduction of selling expenses, give protection against price fluctuations, and - of particular advantage to a newcomer to the field to whom it is important to know what capital expenditures are justified - offer the possibility of a predictable market”. Per la dottrina in materia, v. William E. Stockhausen, *The Commercial and Anti-Trust Aspects of Term Requirements Contracts*, 23 N.Y.U.L.Q. REV. 412, 413-14 (1948); Wanda Jane Rogers, *Beyond Economic Theory: A Model for Analyzing the Antitrust Implications of Exclusive Dealing Arrangements*, 45 DUKE L.J. 1009, 1018-19 (1996); Richard M. Steuer, *Exclusive Dealing in Distribution*, 69 CORNELL L. REV. 101, 124-33 (1983); Benjamin Klein, *Exclusive Dealing As Competition for Distribution “On The Merits”*, 12 GEO. MASON L. REV. 119, 137-61 (2003).

<sup>146</sup> *Standard Oil v. United States*, 337 U.S. 293, 308 (1949).

<sup>147</sup> Più di recente, la Corte Suprema ha suggerito l’adozione di un secondo test incentrato sulla dimensione delle quote di mercato precluse dal contratto, sebbene tale criterio sia stato impiegato di rado. Cfr., ad es., *Tampa Electric v. Nashville Coal*, 365 U.S. 320 (1961). In dottrina, cfr., *inter alios*, Benjamin Klein, *Exclusive Dealing As Competition for Distribution “On The Merits”*, 12 GEO. MASON L. REV. 119, 125 (2003).

Gli accordi di esclusiva sono tipicamente perseguibili, negli Stati Uniti, sulla base delle disposizioni della Sezione 1 dello Sherman Act e della Sezione 3 del Clayton Act, sebbene tali pratiche possano rientrare nella sfera di applicazione della Sezione 2 dello Sherman Act qualora le intese in questione siano parte di un più ampio progetto volto all'acquisizione o al mantenimento di un potere di monopolio. Una simile circostanza si è verificata nel caso *Microsoft*<sup>148</sup>, in cui Microsoft è stata accusata di aver intrapreso delle azioni di carattere esclusorio allo scopo di mantenere un monopolio nel mercato dei sistemi operativi a scapito di talune imprese operanti nel settore informatico, quali ad esempio Netscape e Java. In particolare, l'impresa convenuta avrebbe stipulato accordi di esclusiva con i maggiori produttori di computer e con i fornitori di servizi internet volti ad impedire a questi ultimi l'uso di Netscape Navigator quale browser predefinito, in alternativa o in aggiunta ad Internet Explorer<sup>149</sup>, avviando altresì accordi con la Apple allo scopo di persuadere quest'ultima ad abbandonare l'impiego di Netscape Navigator nei propri elaboratori elettronici. La Corte d'Appello per il Distretto di Columbia ha stabilito che gli accordi stipulati da Microsoft costituivano una condotta anticoncorrenziale che hanno avuto l'effetto di ridimensionare artificialmente la presenza dei browser rivali sul mercato attraverso l'utilizzo di limitazioni contrattuali piuttosto che sulla base di un prodotto superiore<sup>150</sup>. Tale constatazione, in combinazione con il potere di monopolio di cui Microsoft era detentore, ha condotto la corte a

---

<sup>148</sup> United States v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000), *aff'd in part, rev'd in part*, United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 85 (D.C. Cir. 2001).

<sup>149</sup> V. la constatazione degli addebiti del Governo nel caso United States v. Microsoft Corp., 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000), disponibile presso il sito <http://www.usdoj.gov:80/atr/cases/f1700/1763.pdf>, par. 6-12.

<sup>150</sup> United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34, 62-64 (D.C. Cir. 2001).

sostenere una violazione della Sezione 2 dello Sherman Act avendo riscontrato un illecito mantenimento del monopolio da parte dell'impresa convenuta in giudizio.

Tale pronuncia risulta essere di rilevante importanza nell'ambito della disciplina degli accordi di esclusiva, in quanto si definisce per la prima volta la possibilità di perseguire tali accordi sulla base di una presunta violazione della Sezione 2 dello Sherman Act, a prescindere dall'esistenza di specifici profili di illegittimità sulla base della Sezione 1 dello Sherman Act o della Sezione 3 del Clayton Act<sup>151</sup>.

La possibilità di poter riscontrare un'autonoma violazione della Sezione 2 in casi di accordi di esclusiva è stata confermata nella successiva sentenza *Dentsply*<sup>152</sup>, in cui la Corte d'Appello del Terzo Circuito ha decretato che la società Dentsply International, Inc. aveva illegalmente mantenuto il suo monopolio sul mercato delle protesi dentarie<sup>153</sup> attraverso

---

<sup>151</sup> V. *ibidem*, par. 70. Microsoft, in sede di appello, aveva sostenuto che la non sostenibilità nel presente caso di una violazione ai sensi della Sezione 1 dello Sherman Act implicava in automatico l'infondatezza di qualsiasi accusa fondata sulla Sezione 2. La corte, pur riconoscendo che "exclusive contracts are commonplace - particularly in the field of distribution - in our competitive, market economy, and imposing upon a firm with market power the risk of an antitrust suit every time it enters into such a contract, no matter how small the effect, would create an unacceptable and unjustified burden upon any such firm", ha rigettato l'argomentazione di Microsoft sostenendo che "[a]t the same time, however, we agree with plaintiffs that a monopolist's use of exclusive contracts, in certain circumstances, may give rise to a § 2 violation even though the contracts foreclose less than the roughly 40% or 50% share usually required in order to establish a § 1 violation". V. anche Dennis W. Carlton, *A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal: Why Aspen and Kodak Are Misguided*, 68 ANTITRUST L.J. 659 (2001).

<sup>152</sup> *United States v. Dentsply International, Inc.*, 399 F.3d 181 (3d Cir. 2005).

<sup>153</sup> *Dentsply*, secondo la corte, aveva una quota di mercato oscillante tra il 75% e l'80% sul mercato delle protesi dentarie destinate alla vendita nei laboratori odontoiatrici e verso i rivenditori. V. *ibidem*, par. 188.



l'imposizione ai propri clienti di una clausola contrattuale, definita *Dealer Criterion 6*, che impediva ai rivenditori di distribuire le protesi dentarie prodotte da imprese rivali<sup>154</sup>.

In particolare, il giudice ha osservato che, a causa del *Dealer Criterion 6*, i rivenditori ed i laboratori odontoiatrici non erano in grado di acquistare le protesi degli altri produttori e quindi non potevano soddisfare le richieste dei loro clienti relative a prodotti alternativi. Una simile situazione ha determinato, secondo la corte, una barriera all'ingresso di nuovi concorrenti sul mercato e l'esclusione di quelli esistenti, consentendo a Dentsply di conservare la propria posizione di monopolio. Inoltre, l'impresa convenuta non è stata in grado di dimostrare una valida giustificazione economica soggiacente alla propria politica di esclusività, essendo, secondo il giudizio della corte, le motivazioni commerciali addotte da Dentsply del tutto pretestuose<sup>155</sup>.

Nonostante le sentenze *Dentsply* e *Microsoft* abbiano entrambe stabilito un verdetto di colpevolezza nei confronti delle imprese convenute in giudizio, è tuttavia possibile affermare, in via generale, che l'ordinamento statunitense adotta un atteggiamento particolarmente favorevole nei confronti delle pratiche di accordi di esclusiva, le quali trovano raramente riscontro in una violazione delle norme poste a tutela della concorrenza, in quanto vengono esaltate in particolar modo le potenzialità procompetitive derivanti da simili accordi.

Il sistema giuridico dell'Unione europea, invece, appare caratterizzato da una tendenza opposta. La Corte di giustizia, nel caso *Hoffman-La Roche*<sup>156</sup> ha sostenuto che “[p]er

---

<sup>154</sup> V. *Dentsply*, 399 F.3d, pag. 185.

<sup>155</sup> V. *ibidem*, pag. 196-197.

<sup>156</sup> C. giust., sent. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1979, pag. 461).

un'impresa che si trova in posizione dominante su un mercato, il fatto di vincolare - sia pure a loro richiesta - gli acquirenti con l'obbligo o la promessa di rifornirsi per tutto o gran parte del loro fabbisogno esclusivamente presso l'impresa in questione, costituisce sfruttamento abusivo di posizione dominante ai sensi dell'art. [102 TFUE]<sup>157</sup>, suggerendo in tal modo un orientamento giurisprudenziale teso verso il riconoscimento di una illegittimità automatica nei confronti delle ipotesi di accordi di esclusiva realizzate da imprese dominanti. Anche la Commissione si era posta sulla stessa linea, affermando, nelle linee guida sulle restrizioni verticali<sup>158</sup>, che risulta essere “vietato alle imprese che detengono una posizione dominante imporre ai propri acquirenti obblighi di non concorrenza<sup>159</sup> a meno che esse non forniscano una giustificazione oggettiva di tale pratica alla luce dell'articolo [102 TFUE]”<sup>160</sup>. Tuttavia, nelle nuove linee guida stilate nel 2010<sup>161</sup>, la Commissione ha mitigato tale sua posizione sostenendo semplicemente che sia “più probabile che gli obblighi di monomarchismo<sup>162</sup>

---

<sup>157</sup> *Ibidem*, par. 89.

<sup>158</sup> Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sulle restrizioni verticali* (in GUCE n. C 291 del 13 ottobre 2000, pagg. 1-44).

<sup>159</sup> Le linee guida sulle restrizioni verticali specificano che “[u]n accordo di non concorrenza si basa su un sistema di obblighi o incentivi che induce l'acquirente ad acquistare in pratica presso un unico fornitore l'intero suo fabbisogno su un determinato mercato. Ciò non significa che l'acquirente possa soltanto comperare direttamente dal fornitore, bensì che egli non compererà e rivenderà o utilizzerà come componenti beni o servizi concorrenti”. *Ibidem*, par. 138

<sup>160</sup> *Ibidem*, par. 141.

<sup>161</sup> *Orientamenti sulle restrizioni verticali* (in GUCE n. C 130 del 19 maggio 2010, pagg. 1-46).

<sup>162</sup> Secondo la definizione data dagli orientamenti sulle restrizioni verticali del 2010, il “monomarchismo” raggruppa gli accordi la cui principale caratteristica è che l'acquirente è costretto o indotto a concentrare gli ordini di un particolare tipo di prodotto presso un unico fornitore. Questa categoria comprende, tra l'altro, gli obblighi di non concorrenza e l'imposizione di quantità minime di acquisto”. *Ibidem*, par. 129

determinino una preclusione anticoncorrenziale quando sono concordati da imprese dominanti”<sup>163</sup>.

I possibili rischi per la concorrenza derivanti da simili pratiche rilevati dall’ordinamento europeo sono “l’esclusione dal mercato dei fornitori concorrenti e dei fornitori potenziali, l’agevolazione della collusione tra i fornitori in caso di uso cumulativo e, qualora l’acquirente sia un dettagliante che vende ai consumatori finali, una perdita della concorrenza tra marche all’interno dei punti vendita”<sup>164</sup>. Con riferimento specifico all’articolo 102, la Commissione ha riconosciuto che talvolta “può essere nell’interesse individuale del cliente assumere un obbligo di acquisto esclusivo con l’impresa dominante”<sup>165</sup>. Tuttavia, l’esecutivo europeo aggiunge subito dopo che “[s]arebbe (...) errato concludere automaticamente in base a ciò che gli obblighi di esclusiva, considerati complessivamente, vadano a beneficio di tutti i clienti, ivi compresi quelli che in quel dato momento non acquistano dall’impresa dominante, e dei consumatori finali”<sup>166</sup>. Sulla base di tali considerazioni, la Commissione ha sostenuto che “concentrerà la sua attenzione sui casi in cui è probabile che i consumatori, nel loro insieme, non traggano benefici”, ed in particolar modo nei casi in cui esista un numero considerevole

---

<sup>163</sup> V. *ibidem*, par. 133. Si rileva, tuttavia, che il “monomarchismo”, che include nella sua definizione anche le ipotesi di accordo di esclusiva, è esentato in virtù del Regolamento n. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010, *relativo all’applicazione dell’articolo 101, paragrafo 3, del Trattato sul Funzionamento dell’Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate* (in GUCE n. L 102 del 23 aprile 2010, pagg. 1-7), qualora sia la quota di mercato del fornitore che quella dell’acquirente non superino la soglia del 30% e a condizione che l’obbligo di non concorrenza, come sopra definito, non abbia una durata superiore ai 5 anni. V. *ibidem*, art. 5, par. 1, lett. a).

<sup>164</sup> *Orientamenti sulle restrizioni verticali* (2010), cit., par. 138.

<sup>165</sup> *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti*, cit., par. 34.

<sup>166</sup> *Ibidem*.

di acquirenti e gli obblighi di acquisto esclusivo imposti dall'impresa dominante, considerati complessivamente, abbiano "l'effetto di impedire l'ingresso o l'espansione di imprese concorrenti"<sup>167</sup>. Tramite l'impostazione di tale impianto concettuale e metodologico, la Commissione appare, in verità, aver ricercato un espediente teorico volto all'inclusione della tutela dei concorrenti in quanto tali nell'ambito della generale salvaguardia dei consumatori, senza, per questo, contravvenire alle esigenze di protezione di questi ultimi.

La Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi in materia di accordi di esclusiva, ed in particolare nel merito delle clausole di acquisto esclusivo, nel caso *Van den Bergh Foods*<sup>168</sup>. Nel caso di specie, la società Van den Bergh<sup>169</sup>, operante nel settore alimentare, aveva stilato una serie di accordi di distribuzione per i suoi prodotti da frigo con imprese di vendita al dettaglio in Irlanda. Ai sensi di tali accordi, la società Van den Bergh si faceva carico di consegnare in comodato d'uso, o in cambio di un canone irrisorio, frigocongelatori dei quali si riservava la proprietà, assicurando altresì la manutenzione a proprie spese, a condizione che essi fossero utilizzati esclusivamente per conservare i prodotti da essa distribuiti. La Commissione, nella sua decisione<sup>170</sup>, ha riscontrato per tali accordi una violazione dell'articolo 101 TFUE, non ricorrendo, peraltro, i requisiti necessari per rendere operativo il

---

<sup>167</sup> *Ibidem.*

<sup>168</sup> Trib. primo grado, sent. 23 ottobre 2003, causa T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2003, pag. II-4653).

<sup>169</sup> Si rileva che la società Van den Bergh al tempo della redazione della comunicazione degli addebiti era designata come "HB Ice Cream Ltd." ed ha assunto successivamente la denominazione di "Unilever Bestfoods", prima di assumere l'appellativo corrente.

<sup>170</sup> Decisione della Commissione dell'11 marzo 1998, n. 98/531/CE, casi IV/34.073, IV/34.395 e IV/35.436 (in *GUCE* n. L 246 del 4 settembre 1998, pagg. 1-50).

regime di deroga di cui all'articolo 101, par. 3<sup>171</sup>. Il Tribunale di primo grado ha nella sostanza confermato il parere della Commissione sostenendo il carattere illegittimo degli accordi stipulati dalla Van den Bergh.

In particolare, il tribunale ha riconosciuto che in una normale situazione di mercato concorrenziale “tali accordi sono conclusi nell’interesse di entrambe le parti e, in principio, non possono essere vietati”. Tuttavia, il giudice europeo osserva che “tali considerazioni, applicabili in situazione normale di mercato concorrenziale, non possono essere accettate senza riserve nel caso di un mercato in cui, proprio per la posizione dominante detenuta da uno degli operatori, la concorrenza [sia] già ristretta. Infatti, attività commerciali che contribuiscono a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti e che hanno un effetto salutare sul gioco della concorrenza in un mercato in equilibrio possono restringere tale gioco quando sono esercitate da un’impresa che detiene una posizione dominante sul mercato rilevante”<sup>172</sup>. Il tribunale conclude affermando che la circostanza nella quale “un’impresa in posizione dominante su un mercato vincoli di fatto - anche se su loro richiesta - il 40% dei punti vendita del mercato rilevante mediante una clausola di esclusiva, che opera in realtà come un’esclusiva imposta a tali punti vendita, costituisce sfruttamento abusivo di una posizione dominante ai sensi dell’art. [102 TFUE]”<sup>173</sup>.

---

<sup>171</sup> V. Regolamento n. 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010, cit.

<sup>172</sup> Trib. primo grado, sent. 23 ottobre 2003, causa T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd. c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 159.

<sup>173</sup> *Ibidem*, par. 160. Il Tribunale di primo grado giustifica tale sua posizione sostenendo che “l’effetto della clausola di esclusiva è di impedire ai dettaglianti interessati di vendere altre marche di gelati o di ridurre la loro possibilità di realizzare vendite di tale tipo, anche quando vi sia una domanda per tali marche, e di impedire l’accesso al mercato rilevante ai produttori concorrenti”. *Ibidem*. Inoltre, a nulla sono valse le argomentazioni

Le considerazioni comparative in materia di accordi di esclusiva non possono non collegarsi con quelle formulate in merito alla disciplina delle altre fattispecie di abuso, essendo chiare anche nella regolamentazione degli accordi in esame le dissimilarità di fondo dei due ordinamenti. L'ordinamento statunitense, infatti, accorda una sostanziale presunzione di legittimità alle pratiche commerciali di esclusiva, giustificata dalle particolari conseguenze procompetitive derivanti da tali misure e dai conseguenti potenziali effetti vantaggiosi per entrambe le controparti dell'accordo. La giurisprudenza europea, pur avendo riconosciuto la sussistenza di tali elementi positivi, ha tuttavia optato per una censura di tali condotte, motivata da asserite esigenze di tutela della collettività dei consumatori, ivi compresi coloro i quali, non acquistando i prodotti dell'impresa dominante, si trovano in posizione di svantaggio. L'effetto secondario che una simile teoria produce, ossia la protezione delle imprese concorrenti, appare in verità essere l'obiettivo principale perseguito dalla Commissione, in coerenza, d'altronde, con le teorie economiche ordoliberali che soggiacciono all'intero substrato normativo europeo.

## 5. Pratiche di sconto.

L'approccio adottato dai due ordinamenti in esame in merito alle pratiche di sconto rivela ancora una volta una sostanziale divergenza dei due sistemi giuridici in merito alla

---

proposte dall'impresa convenuta in giudizio secondo la quale il divieto della clausola di esclusiva, che avrebbe avuto l'effetto di consentire l'utilizzo di frigocongelatori pagati e mantenuti dalla Van den Bergh Food, per la conservazione di gelati forniti da terzi, avrebbe pregiudicato seriamente i suoi diritti di proprietà sui frigocongelatori e, più in generale, i suoi interessi economici, contravvenendo ai diritti da essa riconosciuti ai sensi dell'art. 295 del Trattato CE (ora art. 345 TFUE). V. *ibidem*, par. 164-170.

definizione delle condotte illecite. La giurisprudenza statunitense, così come le autorità governative, hanno tradizionalmente adottato un atteggiamento poco interventista nei confronti di tali pratiche, privilegiando un'analisi fondata sui reali effetti anticoncorrenziali prodotti sul mercato, mentre le istituzioni europee hanno tipicamente prediletto un'indagine più formale dei comportamenti delle imprese, concentrandosi maggiormente sulla struttura delle pratiche di sconto piuttosto che sui possibili risultati anticoncorrenziali<sup>174</sup>.

Nell'ambito delle pratiche di cui trattasi, entrambi gli ordinamenti hanno nel tempo elaborato una distinzione tra sconti applicati su un singolo prodotto (c.d. sconti fedeltà o condizionati)<sup>175</sup> e quelli applicati in combinazione su due o più prodotti (c.d. sconti multiprodotto), assoggettando queste due diverse tipologie a discipline differenti.

Per quanto riguarda gli sconti condizionati, la giurisprudenza statunitense ha costantemente rifiutato di rilevare specifiche violazioni delle norme antitrust in riferimento a pratiche finalizzate ad incrementare il livello di fedeltà dei clienti. Il criterio utilizzato negli Stati Uniti per determinare l'illegittimità di uno sconto fedeltà corrisponde a quello formulato dalla Corte Suprema nel caso *Brooke Group* in materia di prezzi predatori<sup>176</sup>, per il quale si rende

---

<sup>174</sup> Tale atteggiamento, tuttavia, è stato mitigato con l'adozione, da parte della Commissione, delle nuove linee guida sull'applicazione dell'articolo 102 TFUE che, come noto, ha introdotto in ambito europeo un approccio maggiormente basato sugli effetti allo scopo di valutare presunti abusi di posizione dominante. V. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, cit., par. 37-46 e par. 59-62.

<sup>175</sup> Nella definizione proposta dalla Commissione, “[g]li sconti condizionati sono sconti concessi ai clienti per ricompensarli di un particolare tipo di comportamento di acquisto. Solitamente in caso di sconto condizionato il cliente riceve uno sconto se i suoi acquisti in un periodo di riferimento definito superano una determinata soglia; lo sconto viene concesso su tutti gli acquisti (sconti retroattivi) o soltanto su quelli che superano la soglia richiesta (sconti incrementali)”. V. *ibidem*, par. 37.

<sup>176</sup> *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993). V., *amplius, supra*, par. 3.

necessario dimostrare che i prezzi praticati dall'impresa siano sotto il livello dei costi e che essa abbia una pericolosa probabilità di recuperare le perdite subite nel periodo in cui è stata effettuata la vendita sottocosto. Tale criterio è stato utilizzato nell'ambito delle tecniche di sconto nel caso *Concord Boat*<sup>177</sup>, in cui la Corte d'Appello per l'Ottavo Circuito ha rigettato le accuse di monopolizzazione nei confronti della società convenuta, sottolineando che, qualora una società abbia praticato diminuzioni di prezzo ad un livello che rimane comunque al di sopra del costo variabile medio, chiunque intenti una causa sulla base di presunti illeciti concorrenziali deve superare una forte presunzione di legittimità. In simili casi, la corte ha sottolineato la necessità di dimostrare altri fattori che possano indicare che il prezzo applicato sia nella sostanza anticoncorrenziale, poiché il mantenimento dei prezzi al di sopra del livello indicato è direttamente attribuibile ad una struttura dei costi più bassa, rappresentando, pertanto, un atto di concorrenza basato sui meriti<sup>178</sup>. In una pronuncia precedente, inoltre, anche la Corte d'Appello del Primo Circuito ha avuto modo di evidenziare la presunzione di legittimità che circonda le pratiche di sconto operate su singoli prodotti, soprattutto qualora le

---

<sup>177</sup> *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000). Nel caso di specie, diversi costruttori di barche hanno intrapreso un'azione legale contro la Brunswick Corporation, leader nella produzione di motori entro bordo, sostenendo che le strutture di prezzo praticate da quest'ultima fossero state concepite per limitare le vendite di prodotti concorrenti in modo anticoncorrenziale. In particolare, le parti attrici sostenevano che gli sconti praticati da Brunswick (nello specifico si trattava di sconti cumulativi che garantiva ai clienti che avessero acquistato almeno il 70% del loro fabbisogno da Brunswick una riduzione del prezzo su tutti i motori acquistati nell'anno) avevano precluso le vendite dei concorrenti, principalmente della Volvo, la quale non si è potuta più avvantaggiare delle economie di scala che tipicamente deteneva ed è stata, pertanto, costretta a registrare un aumento dei costi.

<sup>178</sup> *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039, 1061-62 (8th Cir. 2000). V. anche *Morgan v. Ponder*, 892 F.2d 1355, 1360 (8th Cir. 1989).



tecniche di sconto non siano condizionate a specifici requisiti di acquisto nei confronti dei clienti<sup>179</sup>.

La situazione risulta essere diversa nel contesto dell'ordinamento dell'Unione europea, in cui la giurisprudenza ha tradizionalmente ricondotto la materia degli sconti condizionati nell'ambito della più ampia disciplina degli accordi di esclusiva. Pertanto, a differenza del sistema statunitense, per tali fattispecie non viene utilizzato un criterio di legittimità basato sui costi, non essendo per essi applicabile la regola formulata nella sentenza *AKZO*<sup>180</sup> in materia di prezzi predatori<sup>181</sup>.

Nel caso *Hoffmann-La Roche*<sup>182</sup>, la Corte di giustizia ha espressamente stabilito che tutte le pratiche volte ad indurre un determinato cliente a rifornirsi per tutto il suo fabbisogno

---

<sup>179</sup> Nel caso *Barry Wright*, la corte, nel rigettare le accuse di violazione della Sezione 2 dello Sherman Act nei confronti di uno schema di riduzione dei prezzi, ha avanzato una serie di motivazioni che evidenziano la natura fondamentalmente proconcorrenziale di tali pratiche. In particolare, essa sostenuto che “that such above-cost price cuts are typically sustainable; that they are normally desirable (particularly in concentrated industries); that the ‘disciplinary cut’ is difficult to distinguish in practice; that it, in any event, primarily injures only higher cost competitors; that its presence may well be ‘wrongly’ asserted in a host of cases involving legitimate competition; and that to allow its assertion threatens to ‘chill’ highly desirable procompetitive price cutting. For these reasons, we believe that a precedent allowing this type of attack on prices that exceed both incremental and average costs would more likely interfere with the procompetitive aims of the antitrust laws than further them”. V. *Barry Wright Corp., v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F.2d 227, 235-36 (1st Cir. 1983).

<sup>180</sup> C. giust., sent. 3 luglio 1991, causa C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1991, pag. I-3359).

<sup>181</sup> È opportuno rilevare che anche gli orientamenti della Commissione del 2009 hanno affrontato il tema degli sconti condizionati nell'ambito della più ampia fattispecie degli accordi di esclusiva, che comprende anche i casi di acquisto esclusivo. V. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, cit., par. 37-46.

<sup>182</sup> C. giust., sent. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee*, cit.

dall'impresa dominante, attraverso sia pratiche di sconti che di accordi di esclusiva, risultano essere incompatibili con l'obiettivo di una concorrenza non distorta nel mercato comune<sup>183</sup>, in quanto esse non sono generalmente basate su giustificazioni di natura economica, essendo strutturate in maniera tale da limitare la possibilità di scelta dei clienti in merito alla fonte di approvvigionamento e di precludere agli altri produttori concorrenti l'accesso al mercato<sup>184</sup>. Tale principio è stato riaffermato nel caso *Virgin/British Airways*<sup>185</sup>, nel quale la compagnia di bandiera britannica concedeva alle agenzie di viaggio riduzioni di prezzo sui suoi biglietti computate sulla base delle vendite effettuate nell'arco dell'intero anno e, qualora tali vendite eccedevano quelle dell'anno precedente, l'agenzia riceveva un incremento di sconto su tutte le vendite realizzate nell'anno corrente.

La Corte di giustizia ha confermato, nel suo dispositivo, la precedente sentenza del Tribunale di primo grado appellata<sup>186</sup> e l'originaria decisione della Commissione

---

<sup>183</sup> Si rileva che la giurisprudenza europea si è spinta sino a dichiarare l'illegittimità di pratiche di sconto su singoli prodotti anche senza che tale schema fosse condizionato ad un comportamento commerciale dei clienti. V., ad es., Trib. primo grado, sent. 30 settembre 2003, causa T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin c. Commissione delle Comunità Europee* (in *Raccolta*, 2003, pag. II-4071) (*Michelin II*); Trib. primo grado, sent. 8 ottobre 1996, cause riunite T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93, *Compagnie maritimes belges transports SA e Compagnie maritimes belges SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. e Nedlloyd Lijnen BV c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1996, pag. II-1201), confermata in appello, C. giust., sent. 16 marzo 2000, cause riunite C-395/96 P e C-396/96 P, *Compagnie maritimes belges transports SA, Compagnie maritimes belges SA e Dafra-Lines A/S c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2000, pag. I-1365).

<sup>184</sup> V. *Ibidem*, par. 80-91.

<sup>185</sup> C. giust., sent. 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways Plc. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2007, pag. I-2331).

<sup>186</sup> Trib. primo grado, sent. 17 dicembre 2003, causa T-219/99, *British Airways Plc. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2003, pag. II-5917).

impugnata<sup>187</sup>, riscontrando nello schema di sconti attuato da British Airways un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE. In particolare, nell'accertare l'illiceità della pratica commerciale, il giudice europeo ha ritenuto necessario "verificare se tali sconti o premi [avessero potuto] produrre un effetto preclusivo, cioè se [fossero stati] in grado, da un lato, di rendere più difficoltoso, o addirittura impossibile, l'accesso al mercato per i concorrenti dell'impresa in posizione dominante e, dall'altro, di rendere più difficoltosa, o addirittura impossibile, per le sue controparti commerciali, la scelta tra più fonti di approvvigionamento o controparti commerciali"<sup>188</sup>, tenendo, peraltro, in opportuna considerazione possibili motivazioni economiche che avrebbero potuto giustificare la condotta. La Corte di giustizia ha concluso stabilendo che gli sconti fedeltà offerti da British Airways ai propri agenti di viaggio avevano un effetto preclusivo a causa di due fattori principali: innanzitutto, lo schema di sconti era basato su un sistema retroattivo<sup>189</sup> e, in

---

<sup>187</sup> Decisione della Commissione del 14 luglio 1999, n. 2000/74/CE, caso IV/D-2/34.780, *Virgin/British Airways* (in GUCE n. L 30 del 4 febbraio 2000, pagg. 1-24).

<sup>188</sup> C. giust., sent. 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways Plc. c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 68.

<sup>189</sup> V. *ibidem*, par. 73-74. Sull'argomento, la Commissione, nelle recenti linee guida del 2009, ha sostenuto che "[i]n generale, gli sconti retroattivi possono precludere il mercato in maniera significativa, in quanto possono rendere meno interessante per i clienti passare, per piccoli quantitativi di domanda, ad un fornitore alternativo se questo porta alla perdita degli sconti retroattivi. L'effetto potenziale di preclusione degli sconti retroattivi è massimo, in linea di principio, sull'ultima unità di prodotto acquistata prima che venga superata la soglia. Tuttavia, secondo la Commissione, l'elemento rilevante per valutare l'effetto di fidelizzazione dei clienti di uno sconto non è semplicemente l'incidenza sulla concorrenza per fornire l'ultima singola unità, ma l'effetto di preclusione del sistema di sconti sui concorrenti (reali o potenziali) del fornitore dominante. Tanto più elevati sono lo sconto in percentuale del prezzo totale e la soglia, tanto maggiore è l'incentivo al di sotto della soglia e, pertanto, la probabilità di una preclusione dei concorrenti reali o potenziali". *Orientamenti sulle priorità della*

secondo luogo, data la posizione dominante di British Airways, le imprese rivali non erano in grado di offrire alle agenzie di viaggio gli stessi vantaggi commerciali, “in quanto erano incapaci di realizzare, nel Regno Unito, ricavi tali da costituire una base finanziaria sufficientemente ampia per consentire loro di istituire un sistema di premi analogo a quello della [British Airways]”<sup>190</sup>.

È necessario rilevare che la Virgin aveva già in precedenza presentato una denuncia nei confronti di British Airways presso la Corte Distrettuale per il Distretto Sud di New York avente ad oggetto un sistema di incentivi sui prezzi simili a quello che ha costituito oggetto della controversia nel caso dinnanzi alla Corte di giustizia. Sul merito, sia la corte distrettuale<sup>191</sup> che la Corte d’Appello per il Secondo Circuito<sup>192</sup>, in sede di giudizio di secondo grado, hanno escluso una qualsiasi violazione della Sezione 2 dello Sherman Act poiché, analizzando lo schema di sconti operato da British Airways con i criteri stabiliti nel caso *Brooke Group*, è stato accertato che quest’ultima non aveva messo in pratica una struttura di prezzo che andava al di sotto dei costi dell’impresa e, d’altra parte, la società querelante non aveva dimostrato una pericolosa probabilità che British Airways avesse potuto in futuro recuperare le perdite di profitto subite a seguito della realizzazione del sistema di sconti.

---

*Commissione nell’applicazione dell’articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti*, cit., par. 40.

<sup>190</sup> <sup>190</sup> C. giust., sent. 15 marzo 2007, causa C-95/04 P, *British Airways Plc. c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 75-76.

<sup>191</sup> V. See *Virgin Atlantic Airways Ltd. v British Airways PLC*, 69 F. Supp. 2d 571 (S.D.N.Y. 1999)

<sup>192</sup> V. *Virgin Atlantic Airways Ltd. v. British Airways PLC*, 257 F.3d 256 (2d Cir. 2001).

Tale completa divergenza tra le soluzioni giuridiche raggiunte nei due ordinamenti risulta spiegata, innanzitutto, dalla summenzionata diversità nella disciplina applicabile agli sconti condizionati: negli Stati Uniti tali pratiche sono valutate similmente ai prezzi predatori e si richiede, pertanto, il doppio requisito dell'imposizione di prezzi al di sotto dei costi variabili medi e una forte probabilità di recupero delle perdite subite; in Europa, invece, gli sconti condizionati sono assimilati agli accordi di esclusiva che, come già rilevato<sup>193</sup>, sono regolamentati nell'ambito dell'Unione in maniera alquanto rigida, tanto da potersi profilare l'operatività nei loro confronti di una presunzione di illegittimità. In secondo luogo, ad un'analisi più attenta, le differenze nella disciplina applicabile rispecchiano, da un lato, le diversità di pensiero in merito alla possibilità che il mercato possa, entro certi limiti, autoregolamentarsi senza la necessità di ingerenze esterne, e, dall'altro, la dissimile attitudine assunta nel valutare i rischi derivanti da errori del primo o del secondo tipo.

Un discorso a parte meritano, invece, gli sconti multiprodotto, per i quali negli Stati Uniti non si è ancora riusciti a giungere ad una soluzione unanime in merito alla loro qualificazione giuridica e ai criteri per stabilirne l'illegittimità<sup>194</sup>. Nel caso *LePage's*<sup>195</sup>, la Corte d'Appello del Terzo Circuito si è rifiutata di applicare per queste pratiche la regola affermata nel caso *Brooke Group* relativa ai prezzi predatori, sostenendo che gli effetti anticoncorrenziali di un sistema di sconti multiprodotto è maggiormente comparabile a quello delle vendite abbinate, qualora il risultato sia una sostanziale coercizione sui clienti che induca questi ultimi ad

---

<sup>193</sup> V. *supra*, par. 4.

<sup>194</sup> Cfr. Daniel A. Crane, *Multiproduct Discounting: A Myth of Nonprice Predation*, 72 U. CHI. L. REV. 27 (2005).

<sup>195</sup> *LePage's Inc. v. 3M*, 324 F.3d 141 (3d Cir. 2003) (en banc), *cert. denied*, 124 S. Ct. 2932 (2004).

acquistare un insieme specifico di prodotti, nonché una preclusione al mercato operante verso tutti i concorrenti che non producano un insieme di prodotti egualmente diversi. Pertanto, nonostante lo schema di sconti dell'impresa convenuta non potesse qualificarsi come predatorio ai sensi della regola stabilita in *Brooke Group*, la corte ha nondimeno riscontrato una violazione della Sezione 2 dello Sherman Act<sup>196</sup>.

Un approccio per molti versi simile a quello statunitense è stato adottato anche nell'ordinamento europeo, in cui gli sconti multiprodotto sono stati valutati in una prospettiva diversa rispetto a quelli fedeltà, in quanto queste pratiche comportano tipicamente effetti anticoncorrenziali differenti<sup>197</sup>. Nel caso *Hoffmann-La Roche*, la Corte di giustizia ha sancito l'illiceità di un sistema di sconti offerto dall'impresa convenuta a quei clienti che acquistavano un insieme specifico di vitamine. La corte ha riconosciuto che tale sistema

---

<sup>196</sup> Prima del caso *LePage's*, comunque, le corti statunitensi si erano già trovate a dover affrontare questioni relative a sconti multiprodotto. In particolare, nel caso *SmithKline Corp.*, la corte d'appello per il Terzo Circuito, senza peraltro articolare in maniera dettagliata le sue opinioni, ha confermato la pronuncia della corte distrettuale che aveva qualificato un sistema di sconti multiprodotto come una violazione della Sezione 2 dello Sherman Act. *V. SmithKline Corp. v. Eli Lilly & Co.*, 427 F. Supp. 1089, 1111 (E.D. Pa. 1976), *aff'd*, 575 F.2d 1056, 1065 (3d Cir. 1978), *cert. denied*, 439 U.S. 838 (1978). Maggiormente ricca di dettagli è stata invece una successiva pronuncia in materia, proclamata dalla Corte Distrettuale per il Distretto Sud di New York, nella quale è stato specificato che un sistema di sconti multiprodotto può contravvenire alle disposizioni della Sezione 2 qualora: *a*) l'impresa monopolista abbia nel complesso praticato un prezzo inferiore ai costi variabili medi; ovvero *b*) l'impresa pregiudicata sia un produttore altrettanto efficiente rispetto al monopolista, sebbene il programma di sconti di quest'ultimo abbia comportato per l'impresa lesa una condizione di antieconomicità della produzione. *V. Ortho Diagnostic Systems, Inc. v. Abbott Laboratories, Inc.*, 920 F. Supp. 455, 469 (S.D.N.Y. 1996).

<sup>197</sup> La Commissione osserva che “[u]no sconto multiprodotto può avere effetti anticoncorrenziali sul mercato del prodotto abbinato o principale se è di entità tale che i concorrenti altrettanto efficienti che offrono soltanto alcune componenti non possono competere con il pacchetto di prodotti scontato”. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, cit., par. 59.

risultava essere dotato di una natura esclusiva poiché scoraggiava i clienti ad acquistare singole vitamine dalle imprese concorrenti, concludendo che il sistema di sconto rappresentava, di fatto, un equivalente funzionale alle vendite abbinate e, pertanto, contrario all'art. 102, lett. d)<sup>198</sup>.

In conclusione, in materia di pratiche di sconto, i due sistemi giuridici in analisi manifestano un grado di discordanza diverso a seconda dello specifico sistema di sconto regolamentato. Nell'ambito degli sconti condizionati, la giurisprudenza statunitense e quella europea hanno adottato orientamenti del tutto opposti, avendo assoggettato tali pratiche a discipline diverse: negli Stati Uniti esse sono state, infatti, assimilate ai prezzi predatori, e quindi soggette ai requisiti della vendita sottocosto e della pericolosa probabilità di recupero delle perdite, così come stabilito nel caso *Brooke Group*; in Europa, tali comportamenti sono stati invece assimilati agli accordi di esclusiva, per i quali si prevede una sostanziale illegittimità automatica.

Meno definite sono, invece, le divergenze in merito alla disciplina degli sconti multiprodotto, per i quali, in entrambi i sistemi giuridici, opera l'applicazione di criteri simili a quelli vigenti per le vendite abbinate, avendo i due ordinamenti in esame riconosciuto che

---

<sup>198</sup> C. giust., sent. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee*, cit. la Commissione e la giurisprudenza europea sono giunte a formulare questa stessa conclusione in altri casi, in cui gli effetti degli sconti multiprodotto sono stati assimilati con quelli delle vendite abbinate. V. Decisione della Commissione del 22 dicembre 1987, n. 88/138/CEE, caso IV/30.787-31.488, *Eurofix-Bauco c. Hilti* (in GUCE n. L 65 dell'11 marzo 1988, pagg. 19-44), in appello, Trib. primo grado, sent. 12 dicembre 1991, causa T-30/89, *Hilti AG c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1991, pag. II-1439), in ulteriore appello, C. giust., sent. 2 marzo 1994, causa C-53/92 P, *Hilti AG c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1994, pag. I-667); Decisione della Commissione del 22 giugno 2005, n. 2005/670/CE, caso COMP/A.39.116/B2, *Coca-Cola* (in GUCE n. L 253 del 29 settembre 2005, pag. 21).

l'effetto di tali sconti risulta essere, in definitiva, l'imposizione dell'acquisto di un insieme determinato di prodotti da parte dell'impresa dominante<sup>199</sup>.

---

<sup>199</sup> È opportuno, tuttavia, riferire di quelle che sono i nuovi orientamenti stabiliti dalla Commissione in materia di sconti multiprodotto nelle linee guida stilate nel 2009, nelle quali si introduce, nell'ambito della valutazione di tali fattispecie, un criterio quantitativo basato sui costi aziendali. In particolare, l'istituzione europea afferma che “[s]e il prezzo incrementale che i clienti pagano per ciascuno dei prodotti del pacchetto dell'impresa dominante rimane al di sopra del [costo incrementale medio di lungo periodo (CIMLP)] dell'impresa dominante derivante dall'inclusione di questo prodotto nel pacchetto, la Commissione di norma non interverrà perché un concorrente altrettanto efficiente che offre soltanto un prodotto dovrebbe in linea di principio poter competere in modo redditizio contro i prodotti oggetto del pacchetto. L'intervento può tuttavia essere giustificato se il prezzo incrementale è inferiore al CIMLP, perché in tal caso è possibile impedire l'ingresso o l'espansione sul mercato anche ad un concorrente altrettanto efficiente”. *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, cit., par. 60. Per una maggior trattazione in merito alla costo incrementale medio di lungo periodo ed al suo utilizzo all'interno delle linee guida v. *supra*, cap. II, par. 6.



## CAPITOLO V

### COOPERAZIONE INTERNAZIONALE IN MATERIA DI CONCORRENZA

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *La dimensione globale delle pratiche di monopolizzazione e di abuso di posizione dominante.* – 3. *Extraterritorialità: profili introduttivi.* – 3.1. *La portata extraterritoriale delle norme antitrust statunitensi e dell'Unione europea.* – 4. *Accordi bilaterali.* – 4.1. *Le Raccomandazioni OCSE in materia di cooperazione tra stati membri in relazione a pratiche anticoncorrenziali.* – 4.2. *Gli accordi bilaterali di "prima generazione".* – 4.3. *Gli accordi tra gli Stati Uniti e la Comunità europea in materia di concorrenza e la positive comity doctrine.* – 4.4. *Applicazione concreta della positive comity doctrine.* – 5. *La Cooperazione multilaterale.*

#### 1. Introduzione.

La crescente caratterizzazione internazionale e globale delle fattispecie ricadenti nell'ambito delle normative nazionali in materia di concorrenza ha prodotto l'insorgenza di tre distinti fenomeni che, nell'insieme e con gradualità diversa, hanno promosso un avvicinamento degli ordinamenti giuridici, ponendo le basi per una più concreta cooperazione tra gli attori istituzionali e per una futura armonizzazione delle legislazioni che, allo stato dei fatti, appare ancora di difficile attuazione<sup>1</sup>.

Un primo fattore di questo tipo, che ha assunto la funzione di dirimere i conflitti giurisdizionali tra sistemi giuridici diversi, è costituito da un elemento sostanzialmente di

---

<sup>1</sup> *In puncto*, cfr. Jurgita Malinauskaite, *Harmonisation in Competition Law in the Context of Globalisation*, 21 EUR. BUS. L. REV. 369 (2010).

diritto interno, relativo alla definizione della portata extraterritoriale delle norme nazionali poste a tutela della concorrenza. Secondo taluni autori, l'applicazione extraterritoriale delle leggi antitrust statali rappresenta uno strumento adeguato per la realizzazione di un'efficiente politica di concorrenza in un contesto commerciale ormai divenuto globale, garantendo un intervento efficace sulle condotte delle imprese multinazionali che risultano incompatibili con le legislazioni nazionali o sovranazionali.<sup>2</sup>

Un secondo fenomeno che si erge tutt'oggi quale fattore rilevante nell'ambito di una maggiore convergenza dei sistemi giuridici è legato alla nascita di accordi bilaterali in materia antitrust. Tali strumenti di diritto internazionale offrono certamente una solida base per una cooperazione tra ordinamenti diversi che, comunque, non rappresenta un ravvicinamento delle legislazioni nazionali, sebbene costituisca un elemento utile per disciplinare le condotte anticoncorrenziali delle imprese multinazionali in maniera più coerente.

Un terzo elemento caratteristico del processo di avvicinamento delle norme antitrust, che si configura non tanto quale fenomeno attuale, bensì come circostanza auspicabile, riguarda la possibilità di un accordo multilaterale in materia di diritto della concorrenza che, ad oggi, non risulta essere stato ancora attuato (e né risulta essere realisticamente realizzabile nel prossimo futuro) a causa delle forti resistenze dei singoli governi, i quali hanno tradizionalmente contrastato qualsiasi ipotesi di cessione di porzioni di sovranità a favore di organismi e strutture internazionali.

Il presente capitolo si articola, pertanto, su tali tre direttive, le quali risultano essere rilevanti per la definizione delle modalità con cui operano in maniera generale le norme poste

---

<sup>2</sup> Cfr. Ariel Ezrachi, *Globalization of Merger Control: A Look at Bilateral Cooperation Through the GE/Honeywell Case*, 14 FLA. J. INT'L L. 397, 416 (2002).

a tutela della concorrenza, ed in particolare di quelle che contrastano gli abusi di posizione dominante e le condotte monopolistiche, la cui dimensione globale ed intergiurisdizionale rappresenta un fattore endogeno dell'attuale situazione di mercato, caratterizzata dalla crescente presenza di attori economici multinazionali<sup>3</sup>.

## 2. La dimensione globale delle pratiche di monopolizzazione e di abuso di posizione dominante.

Le condotte anticoncorrenziali relative ad abusi di posizione dominante o all'ipotesi di monopolizzazione hanno la potenzialità di coinvolgere nello stesso tempo più mercati localizzati in aree geografiche molto distanti, a causa dell'accennata estensione sempre più multinazionale delle maggiori imprese. In tal senso, risulta significativo che la prima circostanza nella quale sia stata avanzata una formale richiesta di intervento ai sensi della *positive comity*<sup>4</sup> riguardi proprio un caso relativo ad un'infrazione dell'art. 102 TFUE<sup>5</sup>, e che almeno uno dei tre casi di utilizzo informale dei meccanismi previsti dalla *comitas gentium* attiva riguardi un abuso di posizione dominante<sup>6</sup>.

Sono non pochi i casi relativi a situazioni che hanno interessato nel contempo il mercato europeo e quello statunitense, sia in relazione all'ipotesi in cui una condotta avvenuta al di fuori della giurisdizione territoriale abbia arrecato un danno di natura concorrenziale ad una o

---

<sup>3</sup> Cfr. Daniel K. Tarullo, *Norms and Institutions in Global Competition Policy*, 94 AM. J. INT'L L. 478 (2000).

<sup>4</sup> V. *infra*, par. 4.3.

<sup>5</sup> Caso *Amadeus*. V. *amplius*, *infra*, par. 4.4.

<sup>6</sup> Caso *Nielsen*. V. *ibidem*.

più imprese locali, sia qualora i comportamenti anticoncorrenziali di imprese localizzate al di fuori del territorio nazionale o regionale abbiano cagionato un pregiudizio diretto ai consumatori locali.

A titolo di esempio, si evidenzia che un'impresa non nazionale, dominante in un mercato straniero, può precludere l'importazione dei prodotti di altre imprese estere concorrenti nel mercato interno. Nel caso *Eskofot*<sup>7</sup>, una società danese (Eskofot) aveva formalizzato una collaborazione commerciale con una società britannica (Howson) allo scopo di realizzare un nuovo sistema di stampa per lastre metalliche. Successivamente, la società Howson fu acquisita dalla Du Pont U.K., anch'essa di diritto britannico ed operante nello stesso mercato a valle di Eskofot, la quale decise nel 1992 di interrompere tutti i rapporti commerciali con quest'ultima<sup>8</sup>. A seguito di tale comportamento, la società danese intentò causa, nelle corti statunitensi, nei confronti della Du Pont sostenendo che essa, ponendo fine al contratto di fornitura, aveva monopolizzato i mercati nazionali ed internazionali per le apparecchiature di stampa su materiali metallici<sup>9</sup>. La Corte Distrettuale per il Distretto Sud di New York ha riconosciuto che la società convenuta in giudizio aveva intrapreso azioni all'estero che avevano interessato gli Stati Uniti in maniera sufficiente ad esporla alla "giurisdizione personale" delle corti statunitensi, poiché la condotta di Du Pont aveva avuto l'effetto di limitare il commercio all'interno del territorio statunitense avendo ostacolato la commercializzazione e la vendita dei prodotti di Eskofot nel mercato nazionale<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> *Eskofot A/S v. E.I. Du Pont Nemours & Co.*, 872 F. Supp. 81 (S.D.N.Y. 1995).

<sup>8</sup> V. *ibidem*, pag. 84.

<sup>9</sup> V. *ibidem*, pag. 83.

<sup>10</sup> V. *ibidem*, pagg. 88-89.

Allo stesso modo, nel caso *Carbonato di Sodio-Solvay*, l'impresa convenuta ha posto in essere un sistema di sconti e di accordi esclusivi che avevano avuto l'effetto di ostacolare le importazioni di bicarbonato di sodio provenienti dagli Stati Uniti e, pertanto, di mantenere la posizione dominante goduta nel mercato comunitario<sup>11</sup>. Sia la Commissione<sup>12</sup> che il Tribunale<sup>13</sup>, in sede di appello, hanno riscontrato un abuso di posizione dominante, poiché la pratica esclusiva messa in atto da Solvay pregiudicava la struttura concorrenziale nel settore in questione all'interno della Comunità europea, impedendo di fatto l'arrivo sul mercato europeo di prodotti provenienti da terze economie.

Anche il caso *Microsoft*<sup>14</sup>, avviato a seguito di una segnalazione della società informatica Novell, aveva portato ad un'intensa collaborazione tra il Dipartimento di Giustizia e la

---

<sup>11</sup> Come in precedenza rilevato, a decorrere dal 1° dicembre 2009, data di entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione europea si è dotata di personalità giuridica ed ha ripreso le competenze precedentemente conferite alla Comunità europea. Nella presente trattazione, tuttavia (seguendo peraltro l'approccio adottato anche dalla Corte di giustizia e dal Tribunale, v., ad es., [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2\\_7033/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033/)), l'aggettivo "comunitario" (così come il termine "Comunità europea") sarà, qualora ritenuto opportuno, ugualmente utilizzato quando esso sarà riferito a normativa, istituzioni, giurisprudenza, documenti o comunque a situazioni precedenti all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Similmente, nelle stesse circostanze si farà riferimento agli articoli 81 e 82 CE invece che ai vigenti articoli 101 e 102 TFUE.

<sup>12</sup> Decisione della Commissione del 13 dicembre 2000, n. 2003/6/CE, caso COMP/33.133-C, *Carbonato di Sodio-Solvay* (in GUCE n. L 10 del 15 gennaio 2003, pagg. 10-32).

<sup>13</sup> Trib., sent. 17 dicembre 2009, causa T-57/01, *Solvay SA c. Commissione europea* (in *Raccolta*, 2009, pag. II-4621).

<sup>14</sup> *United States v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448 (D.C. Cir. 1995). Tale caso trae origine da una particolare clausola contenuta nei contratti di licenza che Microsoft stipulava con i produttori di computer, per la quale questi ultimi erano tenuti a pagare una royalty sulla base di ogni computer prodotto, a prescindere se esso avesse Windows quale sistema operativo predefinito. Secondo la concorrente Novell, tale condotta scoraggiava i produttori di computer ad optare per ulteriori sistemi operativi, generando di fatto una preclusione del mercato.

Commissione europea<sup>15</sup>. Sotto una prospettiva statunitense, la monopolizzazione del mercato comunitario da parte di Microsoft ha avuto un effetto negativo nei confronti del mercato nazionale attraverso il mantenimento di prezzi elevati per i prodotti della stessa impresa importati dall'estero e tramite il rafforzamento della posizione monopolistica nel mercato nazionale a causa degli effetti di rete che risultano essere particolarmente intensi nel settore dei sistemi operativi informatici<sup>16</sup>. Il caso è stato risolto attraverso il raggiungimento di un accordo con Microsoft elaborato in maniera congiunta dalla Commissione europea e dal Dipartimento di Giustizia statunitense<sup>17</sup>.

Tali esempi dimostrano, pertanto, la portata internazionale e globale che singole fattispecie di monopolizzazione o di abuso di posizione dominante possono comportare, manifestando, nel contempo, l'importanza che le regole relative all'extraterritorialità e gli accordi bilaterali possono assumere nel rimuovere potenziali conflitti di giurisdizione in presenza di simili condotte anticoncorrenziali.

---

<sup>15</sup> V. Laura E. Keegan, *The 1991 U.S./EC. Competition Agreement: A Glimpse of the Future Through the U.S. v. Microsoft Corp. Window*, 2 J. INT'L. LEGAL STUD. 149 (1996).

<sup>16</sup> V. *United States v. Microsoft Corp.*, 56 F.3d 1448, 1451-52 (D.C. Cir. 1995).

<sup>17</sup> V. *United States v. Microsoft Corp.*, No. CIV.A. 94-1564, 1995 WL 505998 (D.D.C. Aug. 21, 1995). Cfr. anche Comunicato stampa della Commissione europea n. IP/94/653 del 17 luglio 1994, *Microsoft si impegna a modificare le proprie pratiche relative agli accordi di licenza e la Commissione europea sospende l'azione promossa per violazione delle norme della concorrenza*, disponibile presso il sito <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/94/653&format=HTML&aged=1&language=IT&guiLanguage=en>; *Microsoft Settles Accusations of Monopolistic Selling Practices*, 67 ANTITRUST & TRADE REG. REP. (BNA) 106 (21 luglio 1994).

### 3. Extraterritorialità: profili introduttivi.

In via preliminare, è opportuno rilevare che il tema dell'extraterritorialità si instaura nel più ampio contesto del diritto internazionale, nell'ambito del quale non viene generalmente riconosciuta al singolo Stato una riserva esclusiva dell'esercizio della giurisdizione rispetto a fattispecie accadute nel proprio territorio. In tal senso, l'applicazione di norme interne a soggetti o avvenimenti localizzati al di fuori dello spazio territoriale di un dato ordinamento, sia esso nazionale che sovranazionale (come nel caso dell'Unione europea), non risulta essere contrastante con i principi generali del diritto internazionale<sup>18</sup>.

Tuttavia, non è esclusa la possibilità che l'applicazione extraterritoriale delle norme interne possa comportare una violazione del diritto sovrano di uno Stato terzo. Una simile ipotesi si configura, *inter alia*, nel caso in cui l'esercizio della propria giurisdizione si estenda, in ragione del criterio della nazionalità dei soggetti coinvolti, a fatti avvenuti in Stati terzi e conduca all'imposizione di comportamenti che violano le leggi e i principi fondamentali degli ordinamenti di questi ultimi<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Tale situazione è confermata anche dalla Corte permanente di giustizia internazionale, la quale ha esplicitamente asserito, nel caso Lotus, che dal principio della territorialità della giurisdizione dello Stato “non ne consegue (...) che il diritto internazionale vieti a uno Stato di esercitare, nel proprio territorio, la propria giurisdizione in ogni questione in cui si tratta di fatti avvenuti all'estero (...). Lungi dal proibire in modo generale agli Stati di estendere le proprie leggi e la loro giurisdizione a persone, beni ed atti al di fuori del territorio, esso lascia loro, a tale riguardo, un'ampia libertà (...).” V. CPGI, 7 settembre 1927, Francia c. Turchia (in *C.P.J.I., Recueil, Série A*, n. 10). Nonostante la citata pronuncia risalga agli anni Venti del secolo scorso, si ritiene che il principio espresso sia ancora oggi valido. V. SERGIO M. CARBONE, RICCARDO LUZZATTO, ALBERTO SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 3a ed. 2006, pag. 207.

<sup>19</sup> Tale situazione assume specifico rilievo nell'ambito dell'attuazione delle norme poste a tutela della concorrenza, come dimostra una Dichiarazione del Governo britannico sottoposta alla Comunità europea

### 3.1. *La portata extraterritoriale delle norme antitrust statunitensi e dell'Unione europea.*

Nell'ultimo secolo la legislazione antitrust statunitense è stata oggetto di un intenso processo di interpretazione che ha comportato una profonda evoluzione nella portata di tali norme in ambito extraterritoriale. Già nel 1909 la Corte Suprema si è trovata a dover definire il campo d'applicazione territoriale delle norme antitrust nel caso *United Fruit*<sup>20</sup>, nel quale un'impresa statunitense aveva invocato l'applicazione dello Sherman Act nei confronti di un'altra società statunitense rivale, accusata di aver indotto un governo estero ad espropriare le piantagioni dell'impresa attrice allo scopo di eliminare la concorrenza sul mercato rilevante. La Corte Suprema ha adottato in questo caso un approccio strettamente territoriale, sostenendo che potessero trovare applicazione, nel fatto di specie, esclusivamente le leggi della nazione in cui è stata commessa la violazione (in osservanza della generale regola di conflitto della *lex loci commissi delicti*), alle quali è stata demandata la soluzione del caso<sup>21</sup>. Il giudice ha sottolineato che qualsiasi tipo di azione da parte degli Stati Uniti nei confronti di un governo estero che abbia agito nell'ambito dei propri poteri sovrani contravviene al

---

nell'ottobre del 1967. Il governo Britannico, in particolare, ha osservato, in relazione alla portata extraterritoriale delle norme antitrust, che “il principio di nazionalità giustifica procedimenti nei confronti di nazionali dello Stato che afferma la propria giurisdizione rispetto ad attività svolte da questi all'estero solo a condizione che ciò non comporti interferenze con gli affari legittimi di altri Stati o costringa tali nazionali ad agire in modo contrario alle leggi dello Stato in cui le attività in questione vengono condotte” (in *British Practice Int. Law*, 1967, 58). Sul punto, v., *amplius*, SERGIO M. CARBONE, RICCARDO LUZZATTO, ALBERTO SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale, op. ult. cit.*, pag. 208.

<sup>20</sup> Am. *Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909).

<sup>21</sup> V. *ibidem*, pag. 356.



principio generale di diritto internazionale del *comitas gentium* o “*comity*”, il quale impone un rispetto reciproco fra nazioni ed ordinamenti giuridici diversi<sup>22</sup>. Di conseguenza, la corte ha limitato la propria giurisdizione in materia antitrust a quelle sole fattispecie che hanno luogo all’interno del territorio nazionale<sup>23</sup>, sostenendo che l’ambito di applicazione *ratione personae* dello Sherman Act non può essere esteso in maniera indiscriminata<sup>24</sup>.

Questo primo approccio della giurisprudenza statunitense in materia di extraterritorialità delle norme antitrust è stato successivamente mitigato nel caso *Alcoa*<sup>25</sup>, nel quale la corte ha stabilito che presunte violazioni delle norme antitrust commesse in territorio estero possono ricadere nella giurisdizione dei giudici statunitensi qualora le azioni illegittime abbiano avuto un effetto diretto nell’ambito del territorio nazionale<sup>26</sup>. Pertanto, la regola di stretta territorialità enunciata in *United Fruit* è stata modificata a favore di un principio che consente un’applicazione extraterritoriale dello Sherman Act in quei casi in cui la condotta

---

<sup>22</sup> V. *ibidem*, pag. 356-57. Cfr. anche Edward T. Swaine, *The Local Law of Global Antitrust*, 43 WM. & MARY L. REV. 627, 641 (2001).

<sup>23</sup> V. *Am. Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347, 356 (1909).

<sup>24</sup> V. *ibidem*, pag. 357.

<sup>25</sup> *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), riguardante un cartello conclusosi in territorio europeo inerente la fissazione di quote di esportazione verso il mercato statunitense di alluminio. V. *ibidem*, pag. 439-442.

<sup>26</sup> V. *ibidem*, pag. 443-444, in cui il giudice ha affermato che “it is settled law . . . that any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state rephends; and these liabilities other states will ordinarily recognize”. *In puncto*, cfr. Anche *Strassheim v. Daily*, 221 U.S. 280, 284, 285 (1911); *Lamar v. United States*, 240 U.S. 60, 65, 66 (1916); *Ford v. United States*, 273 U.S. 593, 620, 621 (1927).

anticoncorrenziale, benché realizzata all'estero, provochi effetti diretti all'interno dei confini dello Stato<sup>27</sup>.

La regola basata sugli effetti stabilita nel caso *Alcoa* è stata successivamente attenuata e modificata nel senso di includere in essa anche valutazioni relative al principio del *comitas gentium* internazionale. Infatti, nel caso *Timberlane Lumber*<sup>28</sup>, la Corte d'Appello per il Nono Circuito ha stabilito un "criterio di bilanciamento" per il quale le corti sono tenute a ponderare gli interessi interni con gli interessi di vari soggetti stranieri allo scopo di verificare l'opportunità di esercitare la propria giurisdizione in casi di natura antitrust che coinvolgono Stati sovrani esteri. La corte, in particolare, ha stabilito che, qualora gli interessi di uno stato straniero risultino essere maggiormente rilevanti, una richiesta di applicazione dello Sherman Act può non essere accolta da parte degli organi giurisdizionali statunitensi anche qualora sia accertato un effetto negativo della condotta all'interno del territorio nazionale<sup>29</sup>. La pronuncia in esame ha anche catalogato diversi fattori che, secondo il giudice del Nono Circuito, devono essere presi in considerazione nel valutare la possibilità di esercitare la propria giurisdizione nell'ambito di casi riguardanti autorità statali straniere, le quali sono state successivamente

---

<sup>27</sup> Tuttavia, la Corte Suprema ha posto dei limiti alla portata extraterritoriale delle norme antitrust sostenendo che i giudici, nell'opera di interpretazione delle norme antitrust, "should not impute to Congress an intent to punish all whom its courts can catch, for conduct which has no consequences within the United States". V. *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416, 443 (2d Cir. 1945). Cfr. anche Susan E. Burnett, *U.S. Judicial Imperialism Post Empagran v. F. Hoffmann-Laroche? Conflicts of Jurisdiction and International Comity in Extraterritorial Antitrust*, 18 EMORY INT'L L. REV. 555, 570 (2004).

<sup>28</sup> *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F.2d 597 (1976).

<sup>29</sup> V. *ibidem*, pag. 615. Cfr. anche Karl M. Meessen, *Antitrust Jurisdiction Under Customary International Law*, 78 AM. J. INT'L L. 783 (1984).

codificate nel *Restatement of the Foreign Relations Law*<sup>30</sup>. Tale impostazione nei confronti dell'applicazione extraterritoriale delle norme antitrust è stata confermata nel successivo caso *Mannington Mills*<sup>31</sup>, nel quale la Corte d'Appello del Terzo Circuito ha ribadito le restrizioni esistenti nell'applicazione extraterritoriale dello Sherman Act facendo riferimento ai limiti imposti da considerazioni di politica estera allorquando vengano coinvolti governi sovrani stranieri<sup>32</sup>.

L'evoluzione relativa alla portata extraterritoriale delle norme antitrust, oltre ad aver avuto come principale protagonista la giurisprudenza della Corte Suprema e delle corti inferiori, ha registrato anche l'intervento dello stesso legislatore, il quale, allo scopo di dare chiarezza alla questione attraverso lo strumento del diritto positivo in funzione nomofilattica, ha emendato le disposizioni dello Sherman Act aggiungendo la Sezione 6(a) attraverso il Foreign Trade

---

<sup>30</sup> Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States § 403 (1987), il quale articola un criterio di bilanciamento che include, tra i fattori da prendere in considerazione nella valutazione dell'esercizio della giurisdizione: “a) the link of the activity to the territory of the regulating state, i.e., the extent to which the activity takes place within the territory, or has substantial, direct, and foreseeable effect upon or in the territory; b) the connections, such as nationality, residence, or economic activity, between the regulating state and the person principally responsible for the activity to be regulated, or between that state and those whom the regulation is designed to protect; c) the character of the activity to be regulated, the importance of regulation to the regulating state, the extent to which other states regulate such activities, and the degree to which the desirability of such regulation is generally accepted; d) the existence of justified expectations that might be protected or hurt by the regulation; e) the importance of the regulation to the international political, legal, or economic system; f) the extent to which the regulation is consistent with the traditions of the international system; g) the extent to which another state may have an interest in regulating the activity; h) the likelihood of conflict with regulation by another state”.

<sup>31</sup> *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d 1287, 1291 (3d Cir. 1979);

<sup>32</sup> V. *ibidem*, pag. 1292-97. Cfr. anche Susan E. Burnett, *U.S. Judicial Imperialism Post Empagran v. F. Hoffmann-Laroche? Conflicts of Jurisdiction and International Comity in Extraterritorial Antitrust*, cit., pag. 574; Sandra C. Hymowitz, *Extraterritorial Application of the Sherman Act to Foreign Corporations*, 11 DEL. J. CORP. L. 513, 522 (1987).

and Antitrust Improvement Act (FTAIA)<sup>33</sup>. Tale misura legislativa contempla un duplice criterio per determinare la competenza delle corti statunitensi in casi di comportamenti anticoncorrenziali che risultano essere in violazione dello Sherman Act. Nello specifico, viene stabilito che le corti, nel decidere in merito alla propria potestà giudiziale in casi di presunta violazione delle norme antitrust, devono considerare se la condotta abbia un effetto diretto, sostanziale e ragionevolmente prevedibile nei confronti degli scambi commerciali interni o esterni degli Stati Uniti e se la condotta possa dar luogo a ricorsi giurisdizionali ai sensi dello Sherman Act<sup>34</sup>.

Nonostante il FTAIA fosse stato concepito allo scopo di ridurre la portata dell'applicazione extraterritoriale delle norme antitrust statunitensi, in particolare escludendo quei comportamenti anticoncorrenziali manchevoli di un effetto diretto, sostanziale e ragionevolmente prevedibile nell'ambito dei rapporti commerciali all'interno degli Stati Uniti o tra questi ultimi con l'estero, la Corte Suprema ha interpretato in maniera estensiva le disposizioni di tale normativa. Nel caso *Hartford Fire Insurance*, la corte distrettuale, applicando il criterio di ponderazione degli interessi nazionali e stranieri stabilito in *Timberlane Lumber*, nonché sulla base del principio del *comitas gentium* internazionale, ha respinto la propria competenza a conoscere del caso<sup>35</sup>. Tuttavia, in sede di giudizio di secondo grado, la Corte d'Appello del Nono Circuito, pur riconoscendo l'importanza e la rilevanza della *comity* internazionale, ha ribaltato la decisione del giudice *a quo* stabilendo che, nel caso

---

<sup>33</sup> Il Foreign Trade and Antitrust Improvement Act è incluso nel Titolo V dell'Export Trading Company Act 1982, Pub. L. no: 97-290, 96 Stat. 1233, codificato in 15 U.S.C. § 6(a).

<sup>34</sup> V. *ibidem*. Cfr. anche *Empagran v. F. Hoffman-LaRoche*, 315 F.3d 338, 341 (D.C. Cir. 2003), *cert. granted*, 540 U.S. 1088 (2003).

<sup>35</sup> V. *In re Insurance Antitrust Litigation*, 723 F. Supp. 464, 486-88 (N.D. Cal. 1989).

di specie, la corte fosse legittimata ad esercitare la propria giurisdizione<sup>36</sup>. Tale posizione della Corte d'Appello è stata successivamente suffragata dalla Corte Suprema, la quale ha sancito che questioni relative al rispetto del principio del *comitas gentium* internazionale non possono ostare all'esercizio della potestà giudiziale delle corti nei confronti di soggetti stranieri i quali, agendo in violazione delle norme antitrust statunitensi, abbiano prodotto conseguenze anticoncorrenziali nell'ambito del territorio degli Stati Uniti sostenendo, in aggiunta, che il principio del *comitas gentium* internazionale può venire in rilievo esclusivamente qualora vi sia un "reale conflitto" tra le leggi statunitensi e quelle straniere<sup>37</sup>.

Pertanto, il giudizio che la Corte Suprema ha espresso nel caso *Hartford Fire Insurance* riduce notevolmente la portata limitativa della giurisprudenza affermata in *Timberlane Lumber*, nel senso di ridimensionare l'impatto delle questioni relative al *comity* internazionale nell'ambito della valutazione di legittimità dell'esercizio della potestà giudiziale. Tale approccio è stato fortemente contestato dall'opinione dissenziente del giudice Scalia nello stesso caso *Hartford Fire Insurance*, nel quale egli, facendo riferimento ai principi costituzionali degli Stati Uniti ed a quelli internazionali legati alle regole consuetudinarie, ha sostenuto che la pronuncia affermata dalla maggioranza dei giudici della Corte Suprema da un lato contravveniva alle tradizionali regole di esegesi giuridica e, dall'altro, disattendeva il precetto del *comitas gentium* internazionale quale principio fondamentale dell'ordinamento statunitense. L'osservanza di tali due elementi del sistema giuridico avrebbe imposto, secondo

---

<sup>36</sup> V. *In re Insurance Antitrust Litigation*, 938 F.2d 919, 927-28, 933 (9th Cir. 1991).

<sup>37</sup> V. *Hartford Fire Ins. Co. v. California*, 509 U.S. 764, 798 (1993).

l'opinione dissenziente, un'interpretazione della norma tale da non creare conflitti sostanziali con le leggi stabilite in altri ordinamenti sovrani<sup>38</sup>.

La disciplina in materia di applicazione extraterritoriale delle norme antitrust statunitensi si è arricchita ulteriormente a seguito della più recente decisione della Corte Suprema nel caso *Empagran*<sup>39</sup>, nel quale un gruppo di consumatori residenti in paesi terzi presentarono ricorso dinnanzi alla corte distrettuale per il Distretto di Columbia contro diverse imprese produttrici di vitamine, sia statunitensi che estere, le quali avrebbero presumibilmente intrapreso un cartello globale volto all'innalzamento dei prezzi. Secondo la tesi dei ricorrenti, le norme contemplate nel FTAIA consentivano alle corti statunitensi di esercitare la propria giurisdizione sul caso, nonostante il loro ricorso non nascesse direttamente dalle conseguenze della condotta anticoncorrenziale all'interno del territorio statunitense<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> V. *ibidem*, pag. 814-815, in cui il giudice Scalia, in disaccordo con l'opinione della maggioranza, citando il giudice Marshall in *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804), e l'opinione del giudice Rehnquist in *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 U.S. 244, 248, (1991), ha sostenuto che “[t]wo canons of statutory construction are relevant in this inquiry. The first is the longstanding principle of American law that legislation of Congress, unless a contrary intent appears, is meant to apply only within the territorial jurisdiction of the United States . . . . But if the presumption against extraterritoriality has been overcome or is otherwise inapplicable, a second canon of statutory construction becomes relevant: An act of Congress ought never to be construed to violate the law of nations if any other possible construction remains”. Il giudice dissenziente ha anche sottolineato che, sebbene rientri nei poteri del Congresso la facoltà di soprassedere alle norme di diritto internazionale consuetudinario, l'organo legislativo non ha mai inteso operare tale inosservanza. V. *Hartford Fire Ins. Co. v. California*, 509 U.S. 764, 815 (1993) (Scalia, J., dissenting). Per la dottrina sul caso *Hartford Fire Insurance*, v. Andreas F. Lowenfeld, *Conflict, Balancing of Interests, and the Exercise of Jurisdiction to Prescribe: Reflections on the Insurance Antitrust Case*, 89 AM. J. INT'L L. 42 (1995); Weber Waller, *The Twilight of Comity*, 38 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 563, 571-72 (2000); Keith Hight, George Kahale III & David G. Gill, *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 88 AM. J. INT'L L. 109 (1994).

<sup>39</sup> *Empagran v. F. Hoffman-LaRoche*, 315 F.3d 338 (D.C. Cir. 2003).

<sup>40</sup> V. *ibidem*, pagg. 340-41.

La corte distrettuale si è dichiarata incompetente nei confronti del ricorso avanzato dagli acquirenti stranieri, poiché questi ultimi avevano acquistato vitamine destinate alla vendita in mercati esteri al di fuori degli Stati Uniti e pertanto le loro richieste erano prive della connessione necessaria con il commercio nazionale<sup>41</sup>. La Corte d'Appello ha mostrato, invece, un diverso approccio e, in contrasto con la decisione della corte distrettuale, ha stabilito che, allorquando il mercato statunitense sia interessato da condotte anticoncorrenziali, le norme del FTAIA permettono a soggetti stranieri di intentare causa dinanzi alle corti statunitensi qualora essi siano stati pregiudicati da tale condotta su un mercato estero<sup>42</sup>. Pertanto, secondo la Corte d'Appello, fin tanto che la condotta anticoncorrenziale di un'impresa abbia un qualsiasi effetto sul mercato interno degli Stati Uniti, le corti statunitensi possono esercitare la propria potestà giudiziale nei confronti dei ricorsi provenienti da qualsiasi soggetto privato, sia esso nazionale o straniero, che risulti pregiudicato dallo stesso comportamento anche se siffatto pregiudizio non sia verificato nell'ambito territoriale degli Stati Uniti<sup>43</sup>.

Tuttavia, la Corte Suprema, in sede di giudizio di ultimo grado, ha ribaltato all'unanimità le conclusioni della Corte d'Appello sostenendo che, qualora un ricorso da parte di un

---

<sup>41</sup> V. *Empagran S.A. v. F. Hoffman La Roche, Ltd.*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 20910 (D.D.C., June 7, 2001).

<sup>42</sup> *Empagran v. F. Hoffman-LaRoche*, 315 F.3d 338, 341 (D.C. Cir. 2003), in cui la Corte d'Appello ha affermato che "where the anticompetitive conduct has the requisite harm on United States commerce, FTAIA permits suits by foreign plaintiffs who are injured solely by that conduct's effect on foreign commerce. The anticompetitive conduct itself must violate the Sherman Act and the conduct's harmful effect on United States commerce must give rise to 'a claim' by someone, even if not the foreign plaintiff who is before the court. Although the language of § 6a(2) does not plainly resolve this case, we believe that our holding regarding the jurisdictional reach of FTAIA is faithful to the language of the statute".

<sup>43</sup> V. *ibidem*, pag. 350.

soggetto straniero sia basato esclusivamente su un pregiudizio realizzatosi all'estero, il quale sia indipendente da ogni conseguenza avversa prodottasi nel territorio degli Stati Uniti, il ricorrente non risulta legittimato ad ottenere un risarcimento dei danni ad esso cagionato sulla base delle norme antitrust statunitensi<sup>44</sup>. La Corte Suprema, nel formulare la sua decisione, ha fatto riferimento alle norme del FTAIA ed ai principi internazionali relativi al *comitas gentium*, concludendo che il congresso non ha inteso, attraverso lo strumento legislativo del FTAIA, estendere la portata giurisdizionale dello Sherman Act fino ad includere fattispecie che coinvolgono esclusivamente il commercio estero<sup>45</sup>. La corte ha inoltre stabilito che l'atteggiamento generale degli Stati Uniti deve essere conforme alla regola per la quale non possono essere imposte le norme antitrust nazionali a fattispecie che coinvolgano sostanzialmente soggetti stranieri e che non abbiano alcun elemento di connessione con il territorio o con soggetti statunitensi<sup>46</sup>. In merito ai principi del diritto internazionale consuetudinario, la corte ha sottolineato la necessità di interpretare le leggi nazionali in modo tale da evitare irragionevoli interferenze con le autorità sovrane di altre nazioni chiarendo, in particolare, che le corti, nell'esecuzione della propria attività ermeneutica, sono in ogni caso tenute a presupporre che il Congresso, nell'ambito della sua funzione legislativa, abbia tenuto in debita considerazione i legittimi interessi di altri Stati sovrani allo scopo di creare un certo

---

<sup>44</sup> V. F. Hoffmann-LaRoche, Ltd. v. Empagran S.A., 542 U.S. 155, 158 (2004).

<sup>45</sup> V. *ibidem*, pagg. 168-169.

<sup>46</sup> V. *ibidem*, pag. 169, in cui la Corte Suprema, nel rigettare l'opinione espressa dalla Corte d'Appello, ha sottolineato che “[w]here foreign anticompetitive conduct plays a significant role and where foreign injury is independent of domestic effects, Congress might have hoped that America’s antitrust laws, so fundamental a component of our own economic system, would commend themselves to other nations as well. But, if America’s antitrust policies could not win their own way in the international marketplace for such ideas, Congress, we must assume, would not have tried to impose them, in an act of legal imperialism, through legislative fiat”.



livello di armonia, necessario in un contesto caratterizzato da una forte interdipendenza dei mercati e da un'accentuata globalizzazione commerciale<sup>47</sup>.

La Corte Suprema, pertanto, ha in qualche modo modificato l'approccio precedentemente manifestato nel caso *Hartford Fire* facendo propria, in ultima istanza, l'idea che il giudice Scalia aveva avuto modo di esprimere nella sua opinione dissenziente, in riferimento alla necessità di ossequiare le regole imposte dalla comunità internazionale in materia di *comitas gentium* nell'ambito della valutazione della portata extraterritoriale delle norme antitrust statunitensi. Dunque, allo stato attuale della disciplina, le corti degli Stati Uniti possono esercitare la propria giurisdizione nei confronti di fattispecie extraterritoriali qualora siano accertate conseguenze dirette e sostanziali della condotta anticompetitiva all'interno del mercato nazionale e tenendo in opportuna considerazione il principio di diritto internazionale consuetudinario di *comitas gentium* allo scopo di evitare conflitti di giurisdizione.

In ambito europeo, la Corte di giustizia e la Commissione si sono trovate a dover affrontare il tema della portata extraterritoriale delle norme poste a tutela della concorrenza per la prima volta<sup>48</sup> nel caso *Dyestuffs*<sup>49</sup>, relativo ad un presunto cartello tra produttori di materie

---

<sup>47</sup> V. *ibidem*, pagg. 163-164. Per la dottrina in materia, v., *ex multis*, Susan E. Burnett, *U.S. Judicial Imperialism Post Empagran v. F. Hoffmann-Laroche? Conflicts of Jurisdiction and International Comity in Extraterritorial Antitrust*, 18 EMORY INT'L L. REV. 555, 604 (2004); Siddharth Fernandes, *F. Hoffman-Laroche, Ltd. v. Empagran and the Extraterritorial Limits of United States Antitrust Jurisdiction: Where Comity and Deterrence Collide*, 20 CONN. J. INT'L L. 267 (2005); S. Lynn Diamond, *Empagran, the FTAIA and Extraterritorial Effects: Guidance to Courts Facing Questions of Antitrust Jurisdiction Still Lacking*, 31 BROOKLYN J. INT'L L. 805 (2006); Kelly L. Tucker, *In The Wake of Empagran - Lights Out on Foreign Activity Falling Under Sherman Act Jurisdiction? Courts Carve Out a Prevailing Standard*, 15 FORDHAM J. CORP. & FIN. L. 807 (2010).

<sup>48</sup> È utile osservare che la Corte di giustizia si è trovata di fronte ad un caso coinvolgente problemi relativi alla portata extraterritoriale delle norme sulla concorrenza già nel 1971, nel caso *Béguelin*, relativo ad una presunta infrazione dell'attuale art. 101 TFUE da parte di un'impresa giapponese che, tramite una serie di accordi con una

coloranti<sup>50</sup>. La Commissione ha sostenuto che “ai termini dell’articolo [101 TFUE], paragrafo 1, sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi fra imprese (...) che hanno per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all’interno del mercato comune (...). [L]e regole di concorrenza del Trattato si applicano quindi a tutte le restrizioni della concorrenza produttive all’interno del mercato comune degli effetti di cui all’articolo [101 TFUE], paragrafo 1”. Da tali considerazioni, la Commissione ha dedotto che non fosse necessario “esaminare se le imprese responsabili di dette restrizioni della concorrenza [avessero] la loro sede all’interno ovvero al di fuori della Comunità”<sup>51</sup>. La Commissione ha pertanto proceduto ad applicare un criterio basato sugli effetti del tutto simile a quello attuato nel sistema giuridico statunitense.

Tale similarità è resa ancor più evidente nell’opinione dell’Avvocato Generale, rilasciata dinanzi alla Corte di giustizia in sede di appello, nella quale egli ha patrocinato con forza l’adozione di una teoria degli effetti per determinare la portata extraterritoriale delle norme del Trattato in materia di concorrenza. In particolare, il giureconsulto, dopo aver eseguito

---

controparte francese, aveva di fatto compartimentalizzato il mercato europeo. Tuttavia, la corte non ha ritenuto, in ultima istanza, di ricorrere ad un effetto extraterritoriale delle norme sulla concorrenza poiché una delle parti dell’accordo illecito era residente nel territorio comunitario e l’impresa giapponese non era destinataria di alcun provvedimento relativo ad ammende. V. C. giust., sent. del 25 novembre 1971, causa 22/71, *Béguelin Import Co. c. S.A.G.L. Import Export* (in *Raccolta*, 1971, pag. 949).

<sup>49</sup> C. giust., sent. del 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1972, pag. 619).

<sup>50</sup> Il caso si riferisce ad un cartello tra produttori di coloranti a base di anilina, nel quale Imperial Chemical Industries Ltd., un’impresa con sede nel Regno Unito, che al tempo non era parte della Comunità economica europea, aveva intrapreso accordi restrittivi della concorrenza attraverso la sua società controllata in Belgio.

<sup>51</sup> Decisione della Commissione del 24 luglio 1969, n. 69/243/CEE, caso IV/26.267, *Materie coloranti* (in GUCE n. L 195 del 7 agosto 1969, pagg. 11-17), “considerando” n. 28.

un'analisi comparata degli ordinamenti degli Stati membri e delle leggi statunitensi in materia, ha elencato tre requisiti necessari per poter stabilire l'applicazione extraterritoriale delle norme del Trattato, sostenendo la necessità che: *a)* la condotta anticoncorrenziale comporti una restrizione diretta ed immediata alla concorrenza sul mercato comune; *b)* l'effetto della condotta in questione sia ragionevolmente prevedibile senza che sia necessario il requisito dell'intenzionalità; e *c)* gli effetti prodotti sul territorio europeo siano sostanziali<sup>52</sup>.

La Corte di giustizia non ha tuttavia accolto la posizione proposta dall'Avvocato Generale, nonostante abbia comunque confermato la decisione della Commissione sulla base della teoria della singola entità economica, per la quale “ai fini dell'applicazione delle norme sulla concorrenza, l'unità d'azione che si riscontra sul mercato fra l'impresa madre e le affiliate prevale sulla formale separazione delle imprese, derivante dalla loro personalità giuridica distinta”<sup>53</sup>. Pertanto la corte, pur non esprimendosi in merito alla validità delle opinioni espresse dall'Avvocato Generale, ha sostenuto l'applicabilità delle norme europee nel fatto di specie basandosi su argomentazioni diverse rispetto a quelle relative alla portata extraterritoriale della disciplina del Trattato in materia di concorrenza<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> V. Conclusioni dell'Avvocato Generale Henri Mayras del 2 maggio 1972 relative alla causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1972, pag. 619), pagg. 699-700.

<sup>53</sup> C. giust., sent. del 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 11.

<sup>54</sup> La corte ha infatti sostenuto che, poiché l'impresa controllata non possedeva un'autonomia reale, agendo esclusivamente sulla base delle istruzioni impartite dalla società controllante, la condotta anticoncorrenziale poteva essere ritenuta imputabile direttamente a quest'ultima, essendo la controllata operativa nel mercato comunitario solo in quanto agente dell'impresa madre. V. *ibidem*, par. 130-142. *Contra*, v. Frederick A. Mann, *Responsibility of Parent Companies for Foreign Subsidiaries*, in *EXTRA-TERRITORIAL APPLICATION OF LAWS AND RESPONSES THERETO* 162 (Cecil J. Olmstead ed., ESC 1984).

Nel successivo caso *Wood Pulp*<sup>55</sup>, la Commissione aveva accertato una violazione dell'art. 81 CE (ora 101 TFUE) da parte di quaranta produttori di pasta di legno e tre delle loro associazioni professionali, tutte aventi sede al di fuori del territorio comunitario ma presenti nella Comunità tramite agenti e succursali, i quali avevano concertato un'intesa volta a fissare il livello dei prezzi sul mercato. Anche in questo caso, l'Avvocato Generale, richiamando la rilevante disciplina internazionale e statunitense in materia, nonché la letteratura accademica, aveva sostenuto la piena legittimità degli organi giurisdizionali europei ad esercitare la propria giurisdizione sulla fattispecie in esame, sulla base della dottrina degli effetti<sup>56</sup>. Tuttavia, la corte, pur rigettando le argomentazioni delle imprese convenute in giudizio relative alla mancanza di giurisdizione, basate sulla circostanza che nessuna di esse fosse situata all'interno dei confini comunitari, ha evitato accuratamente di menzionare una qualsiasi teoria basata sugli effetti, sostenendo l'operatività delle norme poste a tutela della concorrenza sulla base di una "teoria dell'implementazione" ("*implementation theory*"), per la quale rientrano nella sfera di applicazione del Trattato tutte quelle pratiche che siano state rese operative in ambito europeo<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> C. giust., sent. del 31 marzo 1993, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö e altri c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1993, pag. I-1307).

<sup>56</sup> V. Conclusioni dell'Avvocato Generale Darmon del 7 luglio 1992 nelle Cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö e altri c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1993, pag. I-1307).

<sup>57</sup> V. C. giust., sent. del 31 marzo 1993, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö e altri c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 11-23.

Dalla lettera della pronuncia non risulta chiaro in che modo la “dottrina dell’implementazione” si differenzia da quella degli effetti<sup>58</sup>, sebbene sia da evidenziare che la corte, nell’osservare che nella fattispecie i produttori avevano messo in atto la loro intesa all’interno del mercato comune, ha sostenuto che sia “irrilevante che [le imprese convenute si] siano vals[e] di affiliate, di agenti, subagenti o succursali stabiliti nella Comunità onde creare dei contatti fra ess[e] e gli acquirenti che vi sono stabiliti”<sup>59</sup>. In tal modo la Corte di giustizia sembra aver voluto chiarire che la “teoria dell’implementazione” trova impiego nel momento stesso in cui un’impresa abbia effettuato delle vendite dirette nei confronti di soggetti posti all’interno dell’Unione, a nulla rilevando l’esistenza o meno di organizzazioni commerciali

---

<sup>58</sup> L’ex commissario europeo per la politica di concorrenza, Leon Brittan, in risposta alle affermazioni dell’allora procuratore generale della divisione antitrust del Dipartimento di Giustizia, il quale aveva sostenuto che la decisione della Corte di giustizia in *Wood Pulp* fosse “very close to, if not indistinguishable from, the so-called ‘effects’ test as applied by U.S. courts”, affermò che “[t]he learned Advocate General in the *Wood Pulp* case, Mr. Darmon, developed at length the qualifications to be attached to the notion of effects . . . . The Court did not consider the qualifications and it is in my view unreasonable to assume unqualified espousal of a doctrine in a judgment which does not mention it by name, while those who urged its adoption accepted that it should be qualified. So the Court of Justice does not endorse the effects doctrine . . . . But the Court of Justice held the sale in the Community at a concerted price was implementation, and I find that conclusion thoroughly reasonable and appropriate, in the light of competition law’s purposes and territorial scope. Nevertheless, this specific use of the word ‘implementation’ rather than ‘effects’ suggests to me that implementing conduct perhaps has to be direct, substantial, and foreseeable for jurisdiction to be engaged”. V. Asst. Atty. General Charles F. Rule, *The Justice Department's Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations: A Competition Policy for the 1990s, Address Before the International Trade Section and Antitrust Committee of the District of Columbia Bar, Washington, D.C. (Nov. 29, 1988)*; Sir Leon Brittan, *Jurisdictional Issues in EEC Competition Law, Address at Cambridge, England (Feb. 8, 1990)*. V. anche Joseph P. Griffin, *EC And U.S. Extraterritoriality: Activism and Cooperation*, 17 *FORDHAM INT’L L.J.* 353, 378- 80 (1994).

<sup>59</sup> V. C. giust., sent. del 31 marzo 1993, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö e altri c. Commissione delle Comunità europee*, cit., par. 17.

subordinate nell'ambito del territorio europeo<sup>60</sup>. In secondo luogo, appare che la "teoria dell'implementazione" non comprenda, invece, comportamenti negativi (quali intese concluse fuori dall'Unione europea per le quali le imprese stabiliscano di non vendere nel territorio dell'Unione ovvero di non intercorrere in rapporti commerciali con produttori localizzati all'interno dell'Unione stessa), sebbene tali condotte siano certamente ricomprese nell'ambito di applicazione della teoria degli effetti<sup>61</sup>.

In merito alla posizione europea relativa al rispetto del principio internazionale del *comitas gentium*, si rileva che, come dimostrano le sentenze in materia di concentrazioni relative ai casi *Boeing/McDonnell Douglas*<sup>62</sup> e *GE/Honeywell*<sup>63</sup>, l'Unione europea ha con sempre più

---

<sup>60</sup> Tale posizione è stata contestata da taluni autori, i quali hanno sostenuto l'infondatezza di una simile teoria sulla base del diritto internazionale. V., ad es., Walter Van Gerven, *EC Jurisdiction in Antitrust Matters: The Wood Pulp Judgment*, in 1989 FORDHAM CORP. L. INST. 451, 466-67 (Barry E. Hawk ed., 1990), in cui si sostiene che "[s]elling from abroad to purchasers and/or independent distributors or dealers within the regulating State cannot . . . reasonably be qualified as conduct of the 'parent' itself, or conduct imputable to it within the Common Market, because it does not constitute a sufficiently close and relevant link with the regulating State that is compelling enough to justify jurisdiction on its part".

<sup>61</sup> V. Joseph P. Griffin, *Jurisdiction and Enforcement: Foreign Governmental Reactions to U.S. Assertions of Extraterritorial Jurisdiction*, 6 GEO. MASON L. REV. 505 (1998); Walter Van Gerven, *EC Jurisdiction in Antitrust Matters: The Wood Pulp Judgment*, cit., pag. 451 *et seq.* (Barry E. Hawk ed., 1990).

<sup>62</sup> Decisione della Commissione del 30 luglio 1997, n. 97/816/CE, caso IV/M.877, *Boeing/McDonnell Douglas* (in GUCE n. L 336 dell' 8 dicembre 1997, pagg. 16-47), coinvolgente due imprese statunitensi, con la quale viene approvata la concentrazione. Si rileva che il progetto di fusione tra le due imprese era stato già precedentemente consentito dalle autorità statunitensi. V. FTC file no. 971-0051, July 1, 1997 (*statement of Chairman Robert Pitofsky and Commissioners Roscoe B. Starek III & Christine A. Varney*). In puncto, v. *amplius, ex multis*, Eric J. Stock, *Explaining the Differing U.S. and EU Positions on the Boeing/McDonnell-Douglas Merger: Avoiding another Near-Miss*, 20 U. PA. J. INT'L ECON. L. 825 (1999); Amy Ann Karpel, *The European Commission's Decision on the Boeing-McDonnell Douglas Merger and the Need For Greater U.S.-EU Cooperation in The Merger Field*, 47 AM. U.L. REV. 1029 (1998); Kathleen Luz, *The Boeing-McDonnell Douglas Merger: Competition Law, Parochialism, and The Need for a Globalized Antitrust System*, 32 GEO.

chiarezza manifestato l'intento di sacrificare il rispetto del principio internazionale del *comity* a favore di specifici interessi interni.

In tema di extraterritorialità, dunque, è possibile rilevare un certo parallelismo tra gli approcci adottati in Europa e negli Stati Uniti. In entrambi gli ordinamenti, infatti, la giurisprudenza è stata inizialmente tesa ad abbracciare un orientamento legato in maniera estrema al principio di territorialità nell'applicazione delle norme poste a tutela della concorrenza per poi procedere, nel tempo, verso un approccio più libero, che consente alle leggi antitrust di trovare applicazione nei confronti di fattispecie caratterizzate da forti elementi di estraneità territoriale<sup>64</sup>. Allo stesso modo, in materia di *comity*, in ambedue i

---

WASH. J. INT'L L. & ECON. 155 (1999); Brian Peck, *Extraterritorial Application of Antitrust Laws and the U.S.-EU Dispute Over the Boeing and McDonnell Douglas Merger: From Comity to Conflict? An Argument for a Binding International Agreement on Antitrust Enforcement and Dispute Resolution*, 35 SAN DIEGO L. REV. 1163 (1998).

<sup>63</sup> Decisione della Commissione del 3 luglio 2001, n. 2004/134/CE, caso COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell* (in GUCE n. L 48 del 18 febbraio 2004, pagg. 1-85), con la quale viene dichiarata l'incompatibilità della concentrazione delle due imprese statunitensi. In sede d'appello la decisione è stata confermata dal Tribunale di primo grado in due diversi procedimenti. V. Trib. primo grado, sent. del 14 dicembre 2005, causa T-209/01, *Honeywell International, Inc. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2005, pag. II-5527); Trib. primo grado, sent. del 14 dicembre 2005, causa T-210/01, *General Electric Co. c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 2005, pag. II-5575).

*In puncto*, v. *amplius*, *ex multis*, William J. Kolasky, *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a Long Way from Chicago to Brussels*, 10 GEO. MASON L. REV. 533 (2002); Kyle Robertson, *One Law to Control Them All: International Merger Analysis in the Wake of GE/Honeywell*, 31 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 153 (2008); Thomas L. Ruffner, *The Failed GE/Honeywell Merger: The Return of Portfolio-Effects Theory?*, 52 DEPAUL L. REV. 1285 (2003); Gotz Drauz, *European Union Law: Unbundling GE/Honeywell: The Assessment of Conglomerate Mergers Under EC Competition Law*, 25 FORDHAM INT'L L.J. 885 (2002).

<sup>64</sup> V. William Sugden, *Global Antitrust and the Evolution of an International Standard*, 35 VAND. J. TRANSNAT'L L. 989, 1015 (2002). Cfr. anche Pinar Karacan, *Differences in Merger Analysis Between the United*

sistemi giuridici è possibile individuare una certa convergenza verso un ampliamento della propria potestà giudiziale nei confronti di casi connotati da un certo fattore di extraterritorialità, con il conseguente restringimento della rilevanza e dell'influenza di considerazioni relative al *comitas gentium* nella valutazione dell'esercizio della propria giurisdizione<sup>65</sup>.

#### 4. Accordi bilaterali.

##### *4.1. Le Raccomandazioni OCSE in materia di cooperazione tra stati membri in relazione a pratiche anticoncorrenziali.*

A partire dal 1967, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) ha stilato una serie di Raccomandazioni relative alla cooperazione tra stati membri in materia di pratiche anticoncorrenziali coinvolgenti il commercio internazionale, le quali hanno fissato una serie di principi comuni, formando una base sulla quale i successivi accordi bilaterali sono stati modellati.

La prima Raccomandazione, stilata dalla "Commissione OCSE sul diritto e sulla politica della concorrenza" e adottata dal Consiglio dei Ministri dell'OCSE, sosteneva la necessità che i paesi membri che, in ottemperanza alle leggi antitrust nazionali, iniziassero un'indagine coinvolgente importanti interessi di un altro Stato membro informassero quest'ultimo, in tempo debito, dell'avvio della procedura. Nonostante lo Stato indagante mantenesse la libertà

---

*States and the European Union, Highlighted in the Context of the Boeing/McDonnell Douglas and GE/Honeywell Mergers*, 17 *TRANSNAT'L LAW*. 209 (2004).

<sup>65</sup> V. William Sugden, *Global Antitrust and the Evolution of an International Standard*, cit., pag. 1015-1016.



di prendere la decisione ritenuta più appropriata, il documento affermava l'opportunità che ogni valutazione fosse effettuata tenendo in considerazione gli interessi e le opinioni espresse dai paesi terzi. La Raccomandazione, inoltre, incoraggiava un coordinamento delle azioni qualora due o più Stati membri avessero proceduto contro una stessa pratica commerciale restrittiva, patrocinando, altresì, uno scambio di informazioni tra i soggetti istituzionali coinvolti<sup>66</sup>.

La seconda Raccomandazione, redatta nel 1973, incoraggia gli stati membri a richiedere consultazioni formali con le autorità di un paese terzo nel quale una o più imprese abbiano messo in atto pratiche restrittive che abbiano arrecato un pregiudizio agli interessi dello Stato richiedente<sup>67</sup>. Le autorità dello Stato nel quale si sono consumate le pratiche anticoncorrenziali vengono spinte a prendere qualsiasi azione che esse ritengano più appropriate, nel rispetto delle leggi interne in materia di pratiche commerciali restrittive, allo scopo di porre rimedio ai pregiudizi inferti allo Stato richiedente.

Il contenuto di questo secondo documento risulta essere di particolare rilevanza, in quanto in esso viene espressamente definito ciò che successivamente verrà identificato come principio della *comitas gentium* attiva (o *positive comity*), per il quale, sotto la richiesta di un paese danneggiato da pratiche anticoncorrenziali messe in atto da soggetti esteri, le autorità del paese in cui si realizzano tali pratiche adottano gli opportuni provvedimenti per porre fine alla condotta pregiudizievole attraverso l'utilizzo delle norme interne in materia di

---

<sup>66</sup> V. OECD, *Council Recommendation Concerning Cooperation between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade*, 5 ottobre 1967, 8 I.L.M. 1309 (1969).

<sup>67</sup> V. OECD, *Council Recommendation Concerning a Consultation and Conciliation Procedure on Restrictive Business Practices Affecting International Trade*, C (73) 99 (Final), 3 luglio 1973, 19 ANTITRUST BULL. 283 (1974).

concorrenza. La Raccomandazione, inoltre, propone anche l'instaurazione di una procedura arbitrale da rendere operativa qualora i paesi coinvolti non giungano ad una soluzione soddisfacente.

Le successive raccomandazioni elaborate dall'OCSE tendono a chiarire i principi contemplati nei precedenti documenti, piuttosto che formularne dei nuovi. In particolare, la Raccomandazione del 1986 precisa le condizioni, le circostanze e le procedure relative alla effettuazione delle notifiche verso i paesi terzi<sup>68</sup> oltre a descrivere in maniera dettagliata le modalità con cui le informazioni possono essere richieste e fornite<sup>69</sup> ed a stabilire le procedure per i meccanismi di conciliazione<sup>70</sup>.

L'ultima Raccomandazione, adottata nel 1986 e modificata nel 1995, si concentra sull'instaurazione di un meccanismo di cooperazione e di coordinamento delle indagini più efficiente, soprattutto in materia di concentrazioni tra imprese<sup>71</sup>. Nello specifico, il documento raccomanda agli Stati membri coinvolti in indagini congiunte, *inter alia*, di condividere informazioni fattuali ed analitiche e di coordinare discussioni o negoziazioni riguardanti le azioni da intraprendere a titolo di rimedio, particolarmente qualora tali provvedimenti potrebbero richiedere un intervento nel territorio di più di uno Stato membro<sup>72</sup>. Inoltre, il

---

<sup>68</sup>V. *ibidem*, artt. 2 e 3.

<sup>69</sup> V. *ibidem*, artt. 4 e 7.

<sup>70</sup> V. *ibidem*, art. 6.

<sup>71</sup> V. OECD, *Revised Recommendation of the OECD Council Concerning Cooperation Between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting Trade*, OECD Doc. No. C (86) 44 (Final), 21 maggio 1986, così come emendata dalla *Recommendation of the OECD Council Concerning Cooperation Between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade*, OECD Doc. No. C(95)130 (final), 27-28 luglio 1995, 35 I.L.M. 1314 (1996).

<sup>72</sup> V. *ibidem*, art. 5.

paese cooperante può impiegare, nell'interesse dello Stato richiedente, la propria autorità per imporre la produzione di informazioni nella forma di testimonianze e documenti da parte di soggetti residenti e fornire informazioni relative alla condotta o pratica in esame<sup>73</sup>. Infine, qualora uno stato membro venga a conoscenza di una condotta anticoncorrenziale avente luogo nel territorio di un altro Stato membro, che possa contravvenire alle leggi di quest'ultimo, esso è tenuto a darne debita informazione<sup>74</sup>.

Le raccomandazioni formulate dall'OCSE, nonostante rappresentassero un importante presupposto per eventuali cooperazioni tra autorità di paesi diversi in materia di concorrenza, non costituivano un insieme di norme imperative che potessero formare una legittima base giuridica per imporre l'osservanza dei principi di collaborazione<sup>75</sup>. Pertanto, diversi paesi, benché membri dell'OCSE e quindi destinatari delle raccomandazioni, hanno ritenuto necessario adottare un documento giuridicamente vincolante allo scopo di instaurare una più stretta collaborazione e di disciplinare con maggior dettaglio la cooperazione internazionale in materia di diritto della concorrenza. Tale situazione è stata riconosciuta anche dalla stessa OCSE, la quale, nel preambolo della Raccomandazione del 1986, ha esortato gli stati membri, qualora questi ultimi avessero ritenuto appropriato adottare accordi bilaterali per la

---

<sup>73</sup> V. *ibidem*, art. 6.

<sup>74</sup> V. *ibidem*, art. 7.

<sup>75</sup> La mancanza del carattere cogente delle raccomandazioni dell'OECD è stata osservata anche dallo stesso Avvocato Generale in occasione della causa promossa dal Governo francese che ha visto l'annullamento del primo accordo tra la Commissione ed il Governo degli Stati Uniti d'America per violazione delle norme del Trattato sulla competenza dell'organo esecutivo europeo a concludere accordi internazionali. V. Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro del 16 dicembre 1993, causa C-327/91, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1994, pag. I-3641), par. 2-3.

cooperazione nell'ambito dell'applicazione delle norme antitrust nazionali, a tenere in debita considerazione i principi e le regole di coordinamento sancite dalle raccomandazioni<sup>76</sup>.

#### 4.2. *Gli accordi bilaterali di "prima generazione".*

I primi accordi bilaterali relativi alla cooperazione in materia di diritto della concorrenza tra autorità nazionali di diversi paesi erano caratterizzati dall'adozione di misure poco incisive nell'ambito dei rapporti di collaborazione e, talvolta, essi venivano conclusi esclusivamente per porre rimedio a specifiche fattispecie. Ad esempio, l'accordo stilato tra gli Stati Uniti e l'Australia<sup>77</sup>, realizzato in conseguenza del caso *Uranium*<sup>78</sup>, non risultava essere primariamente finalizzato a limitare i conflitti nascenti dall'applicazione delle rispettive

---

<sup>76</sup> V. OECD, *Revised Recommendation of the OECD Council Concerning Cooperation Between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting Trade*, cit., così come emendata dalla *Recommendation of the OECD Council Concerning Cooperation Between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade*, cit., al preambolo.

<sup>77</sup> Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of Australia Relating to Cooperation on Antitrust Matters, 29 giugno 1982, 4 TRADE REG. REP. (CCH) ¶ 13502.

<sup>78</sup> *In re Uranium Antitrust Litigation*, 617 F.2d 1248 (7th Cir. 1980), riguardante un cartello internazionale di produttori di uranio stabiliti in Canada ed Australia che creò un'*impasse* tra i diversi governi coinvolti. L'avvio di un contenzioso negli Stati Uniti, infatti, aveva suscitato preoccupazioni in seno al governo canadese ed australiano in relazione a problematiche relative al rispetto della sovranità e alla difesa del settore minerario nazionale. A seguito del rifiuto da parte delle corti statunitensi di accettare i due governi stranieri come *amici curiae* all'interno dei procedimenti giudiziari, questi ultimi ostacolarono ogni tipo di *enforcement* della sentenza nei rispettivi territori nazionali. A seguito del caso *Uranium*, similmente a quanto fatto con l'Australia, gli Stati Uniti siglarono un accordo bilaterale anche con il Governo canadese. V. Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of Canada as to Notification, Consultation and Cooperation with Respect to the Application of National Antitrust Laws, 9 marzo 1984, 4 TRADE REG. REP. (CCH) ¶ 13503A.

norme antitrust nazionali, rappresentando piuttosto un atto di difesa da parte dell'Australia che intendeva preservare la propria politica di promozione delle esportazioni delle risorse naturali messa a rischio a seguito del caso *Uranium*.

L'accordo tra Stati Uniti e Germania del 1976<sup>79</sup>, invece, risulta essere caratterizzato da uno scarso livello di cooperazione, poiché le disposizioni riguardanti l'assistenza reciproca e lo scambio di informazioni non erano legalmente vincolanti ed erano soggette a numerose eccezioni. Poiché sia la Germania che gli Stati Uniti erano membri dell'OCSE, e quindi entrambi erano destinatari delle raccomandazioni stilate dall'organizzazione internazionale, non si può non rilevare che l'accordo bilaterale non aggiungeva nulla di nuovo allo *status quo* relativo alla cooperazione tra i due paesi. Taluni commentatori, a tal proposito, hanno interpretato la conclusione stessa di un Trattato internazionale come un atto di affermazione e di testimonianza dell'intercorrere di un rapporto positivo tra i due paesi che condividevano le stesse opinioni in relazione all'applicazione internazionale delle norme poste a tutela della concorrenza<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of the Federal Republic of Germany Relating to Mutual Cooperation Regarding Restrictive Business Practices, 23 giugno 1976, U.S.-F.R.G., 4 TRADE REG. REP. (CCH) ¶ 13501.

<sup>80</sup> V. Edward F. Glynn, Jr., *International Agreements to Allocate Jurisdiction Over Mergers*, in 1990 FORDHAM CORP. L. INST. 35, 40 (Barry E. Hawk ed., 1991).

#### 4.3. *Gli accordi tra gli Stati Uniti e la Comunità europea in materia di concorrenza e la positive comity doctrine.*

I primi accordi di cooperazione erano dunque caratterizzati da un certo livello di informalità e trovavano la loro ragion d'essere nel perseguimento di obiettivi definiti legati ad interessi particolari di ciascuno Stato. Successivamente, si è registrato un rilevante sviluppo della cooperazione bilaterale in cui si è manifestato il tentativo di definire un sistema di *governance* di un mercato ormai divenuto globale, nel quale si manifestava la consapevolezza che la salvaguardia di interessi specifici dei singoli stati non era più sufficiente a garantire un'adeguata applicazione delle norme antitrust a livello internazionale. In tal senso, gli accordi siglati a partire dal 1991 sono stati segnati da una più attiva cooperazione tra le autorità dei paesi firmatari e da più ambiziosi progetti di collaborazione che dimostrano una presa di coscienza in merito alla necessità di coordinare le attività di tutela della concorrenza in un contesto in cui, con sempre maggiore intensità, le attività economiche trascendono i tradizionali confini nazionali.

In tale scenario, l'accordo stipulato tra gli Stati Uniti e la Comunità europea agli inizi degli anni '90 del secolo scorso<sup>81</sup> si pone in una prospettiva rinnovata e, come reso

---

<sup>81</sup> V. Accordo tra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza - Scambio di lettere interpretative con il Governo degli Stati Uniti d'America (in GUCE n. L 95 del 27 aprile 1995, pagg. 47-52), che riproduce nella sostanza l'accordo stipulato dalla Commissione il 23 settembre 1991 impugnato dal Governo francese. Cfr. C. giust., sent. 9 agosto 1994, causa C-327/91, *Repubblica francese c. Commissione delle Comunità europee* (in *Raccolta*, 1994, pag. I-3641). Per la dottrina in materia v., *inter alios*, Federico Ghezzi, *L'accordo di cooperazione fra Stati Uniti e CEE in materia di tutela della concorrenza*, in "Rivista delle Società", 1992, fasc. 1-2, pagg. 244-259; Laura E. Keegan, *The*

immediatamente evidente dall'art. 1, par. 1, esso nasce dall'esigenza di promuovere la cooperazione ed il coordinamento in materia di concorrenza tra i due ordinamenti e di ridurre le possibilità di conflitti giurisdizionali derivanti dall'applicazione delle rispettive norme antitrust<sup>82</sup>.

Seguendo lo schema dell'Accordo, si rileva, in via preliminare, che esso contempla talune disposizioni finalizzate ad incrementare le relazioni ed il livello di comunicazione tra le autorità delle due parti firmatarie. In particolare, ciascuna delle parti dell'accordo è tenuta a comunicare alle altre le informazioni relative ai casi in cui la propria attività di attuazione delle norme di concorrenza possa coinvolgere interessi rilevanti della controparte<sup>83</sup>, indicando in maniera espressa le circostanze nelle quali sia opportuno provvedere a tale notifica<sup>84</sup>.

L'Accordo prevede, in secondo luogo, un meccanismo inteso a facilitare lo scambio di informazioni, contemplando la necessità che ciascuna parte si impegni a fornire all'altra notizie relative ad atti anticoncorrenziali compiuti nell'ambito del territorio della controparte di cui siano venute a conoscenza le autorità nazionali. Inoltre, su specifica richiesta, ciascuna parte è tenuta a fornire qualsiasi informazione in suo possesso che possa rappresentare un elemento rilevante ai fini dell'applicazione delle norme antitrust della parte richiedente<sup>85</sup>. Tuttavia, è previsto che l'autorità in questione possa rifiutarsi di procedere alla trasmissione di

---

*1991 U.S./EC. Competition Agreement: A Glimpse of the Future Through the U.S. v. Microsoft Corp. Window*, 2 J. INT'L. LEGAL STUD. 149 (1996).

<sup>82</sup> V. Accordo tra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza - Scambio di lettere interpretative con il Governo degli Stati Uniti d'America, cit., art. 1, par. 1.

<sup>83</sup> V. *ibidem*, art. II, par. 1.

<sup>84</sup> V. *ibidem*, art. II, par. 2.

<sup>85</sup> V. *ibidem*, art. III, par. 4.

informazioni qualora la divulgazione di tali dati sia vietata dalle leggi nazionali ovvero sia incompatibile con interessi sostanziali dello stato in possesso di dette informazioni<sup>86</sup>. Inoltre, l'Accordo stabilisce la facoltà di ciascuna parte contraente di mantenere il riserbo su qualsiasi informazione fornita sotto l'obbligo di riservatezza e di impedirne la divulgazione senza la previa autorizzazione dei soggetti terzi che hanno fornito le informazioni stesse<sup>87</sup>.

Infine, l'accordo prevede che le rispettive autorità antitrust siano tenute a fornire assistenza reciproca durante lo svolgimento delle indagini, benché sia lasciata aperta alle parti la possibilità di limitare o interrompere in via definitiva la loro partecipazione all'azione

---

<sup>86</sup> V. *ibidem*, art. VIII, par. 1.

<sup>87</sup> V. *ibidem*, art. VIII, par.2. *In puncto*, si rileva che taluni paesi hanno proceduto alla conclusione di accordi cosiddetti di "seconda generazione", come quello stipulato tra gli Stati Uniti e l'Australia nel 1999, i quali, oltre ad essere giuridicamente vincolanti, consentono lo scambio di informazioni riservate. V. Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of Australia on Mutual Antitrust Enforcement Assistance, U.S.-Austl., Apr. 27, 1999, Hein's No. KAV 5639, Temp. State Dep't No. 99-145, art. VI. L'accordo con l'Australia rappresenta il primo caso di applicazione dell'International Antitrust Enforcement Assistance Act del 1994 (15 U.S.C. §§ 6201-62), il quale consente al Dipartimento di Giustizia ed alla Federal Trade Commission di negoziare accordi bilaterali con autorità antitrust straniere e di scambiare con queste ultime le informazioni acquisite attraverso le Civil Investigative Demands (v. *supra*, Cap. II, par. 1), i mandati di comparizione amministrativi ed i procedimenti della *grand jury*, sebbene non sia permesso lo scambio di informazioni ottenute attraverso le notifiche preventive di concentrazione previste dallo Hart-Scott-Rodino Act. L'impiego degli accordi di "seconda generazione" costituisce senza dubbio uno dei più importanti progressi ottenuti nell'ambito dei rapporti bilaterali in tema di tutela della concorrenza. Un ricorso più marcato a tali nuove tipologie di accordi rappresenta, al momento, la principale direzione di sviluppo futuro della cooperazione bilaterale, nonostante le difficoltà dovute all'eterogeneità dei sistemi giuridici coinvolti ed alla diversa natura delle sanzioni previste dai vari ordinamenti che, come nel caso dell'Unione europea e degli Stati Uniti, possono essere di carattere amministrativo o penale. Su quest'ultimo punto v., *amplius*, ANGELO M. CARDANI, *Armonizzazione delle politiche di concorrenza ed antitrust*, in C. SECCHI ed E. SASSOON (a cura di), *Alleanze alla prova: Europa e Stati Uniti tra cooperazione e conflitto* (Egea 2006).



coordinata e di svolgere indagini, potenzialmente coinvolgenti interessi di più attori statali, in maniera individuale<sup>88</sup>.

In relazione, invece, agli aspetti più innovativi, di particolare rilevanza è la disposizione di cui all'art. 5 dell'Accordo, in base alla quale vengono definite le caratteristiche della *comitas gentium* attiva o *positive comity*. La disposizione in oggetto prevede che, qualora una parte ritenga che talune condotte compiute sul territorio della controparte ledano i suoi interessi rilevanti, essa può informare lo Stato membro entro il quale è stata intrapresa l'attività anticoncorrenziale richiedendo che quest'ultimo avvii le opportune attività di controllo e repressione dei comportamenti illegittimi<sup>89</sup>.

I meccanismi della *positive comity* sono stati oggetto di una più particolareggiata disciplina in un successivo Accordo tra Comunità europea e Stati Uniti<sup>90</sup>, il quale fornisce chiarimenti in merito ai principi che guidano l'applicazione della *comitas gentium* attiva, esemplificando i casi in cui le autorità sono tenute a porre in essere i comportamenti da essa prescritti e prevedendo misure volte a rafforzare il coordinamento della attività di *enforcement*<sup>91</sup>, con

---

<sup>88</sup> V. *ibidem*, art. IV, par. 1.

<sup>89</sup> V. *ibidem*, art. V.

<sup>90</sup> Accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'utilizzazione dei principi della "comitas gentium" attiva nell'applicazione del loro diritto della concorrenza (in GUCE n. L 173 del 18 giugno 1998, pagg. 28-31).

<sup>91</sup> Si rileva che le operazioni di concentrazione tra imprese sono espressamente escluse dall'ambito di applicazione *ratione materiae* dell'Accordo del 1998, poiché le rispettive normative impongono alle autorità di concorrenza di evadere i procedimenti entro termini temporali definiti. Tuttavia la Commissione europea e le autorità antitrust statunitensi hanno elaborato, nel 2002, delle linee guida non giuridicamente vincolanti sulle migliori pratiche da adottare nella valutazione dei casi di fusione. V. US-EU Merger Working Group, *Best Practices on Cooperation in Merger Investigations*, disponibile presso il sito <http://ec.europa.eu/>

particolare riferimento ai sempre più frequenti casi in cui si manifesti la necessità di condurre indagini relativamente a presunti comportamenti illeciti che interessano più mercati nazionali<sup>92</sup>.

La *positive comity* svolge, pertanto, una funzione di prevenzione dei potenziali contrasti generati dall'applicazione delle leggi poste a tutela della concorrenza al di fuori dei confini nazionali, minimizzando la necessità di tale portata extraterritoriale attraverso un meccanismo che consente alle autorità di un determinato Stato di delegare a soggetti stranieri l'incarico di valutare ed intraprendere qualsiasi misura necessaria nei confronti di presunte pratiche anticoncorrenziali, con conseguente maggior rispetto del principio di sovranità nazionale<sup>93</sup>.

#### 4.4. Applicazione concreta della positive comity doctrine.

Nonostante la portata fortemente innovativa e l'ampio potenziale della *positive comity*, i meccanismi promossi da quest'ultima non hanno trovato una soddisfacente realizzazione. Infatti, nell'ambito dei rapporti tra Europa e Stati Uniti, si registra solamente un caso nel quale è stato formalmente impiegato il procedimento previsto dagli accordi bilaterali, benché

---

competition/international/bilateral/eu\_us.pdf. Cfr. Anche, *ex multis*, Ariel Ezrachi, *The Role of Voluntary Frameworks in Multinational Cooperation Over Merger Control*, 36 GEO. WASH. INT'L L. REV. 433 (2004).

<sup>92</sup> V. Accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'utilizzazione dei principi della "comitas gentium" attiva nell'applicazione del loro diritto della concorrenza, cit., art. 4, par. 1.

<sup>93</sup> Cfr. Brian Peck, *Extraterritorial Application of Antitrust Laws and the U.S.-EU Dispute Over the Boeing and McDonnell Douglas Merger: From Comity to Conflict? An Argument for a Binding International Agreement on Antitrust Enforcement and Dispute Resolution*, 35 SAN DIEGO L. REV. 1163 (1998); Sharon E. Foster, *While America Slept: The Harmonization of Competition Laws Based Upon the European Union Model*, 15 EMORY INT'L L. REV. 467 (2001).

esistano almeno altri tre casi in cui le autorità garanti della concorrenza hanno fatto uso in maniera ufficiosa dei principi della *positive comity*.<sup>94</sup>

Un simile caso si è presentato, per la prima volta, in relazione ad un accordo tra due consorzi alimentari italiani volto a stabilire delle quote di produzione e ad allocare le esportazioni in maniera coordinata tra le imprese parti del consorzio. Tale circostanza ha indotto la Federal Trade Commission (FTC) a richiedere l'intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) allo scopo di porre fine alla pratica anticoncorrenziale che si era rivelata pregiudizievole nei confronti dei consumatori statunitensi, i quali erano costretti a pagare dei prezzi superiori a quelli concorrenziali per i prodotti in questione<sup>95</sup>. L'AGCM, accogliendo, *inter alia*, la richiesta della FTC<sup>96</sup>, ha avviato un'istruttoria nei confronti dei due consorzi coinvolti, conclusasi con l'accertamento di una condotta anticoncorrenziale delle imprese interessate<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> V. ROYAL INST. OF INT'L AFFAIRS, ANTITRUST GOES GLOBAL: WHAT FUTURE FOR TRANSATLANTIC COOPERATION? 38-39 (Simon J. Evenett, Alexander Lehmann & Benn Steil eds., Brookings 2000).

<sup>95</sup> L'allora presidente della Federal Trade Commission aveva espressamente citato il caso relativo ai due consorzi alimentari italiani come un caso di applicazione informale della *positive comity*. V. *Statement of Robert Pitofsky Chairman, U.S. Federal Trade Commission before the Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Business Rights and Competition, October 2, 1998*, disponibile presso il sito <http://www.ftc.gov/os/1998/10/interant.htm>.

<sup>96</sup> Si rileva che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato non ha mai fatto riferimento, all'interno dei propri documenti ufficiali relativi al caso, della richiesta proposta dalla FTC, indicando quale unico soggetto denunciante l'Associazione Agricoltori della Provincia di Modena. V. Procedura di avvio istruttoria del 22 giugno 1995, Provvedimento n. 3128, *Consorzio del Prosciutto di San Daniele - Consorzio del Prosciutto di Parma* (Rif. I138), in *Boll.* n. 25/1995.

<sup>97</sup> V. Delibera del 19 giugno 1996, Provvedimento n. 3999, *Consorzio del Prosciutto di San Daniele - Consorzio del Prosciutto di Parma* (Rif. I138), in *Boll.* n. 25/1996, par. 76-77, in cui l'AGCM ha rilevato che “[l]e previsioni contenute nei piani di programmazione (...) [erano] direttamente e dichiaratamente rivolte alla

Una seconda circostanza in cui si è registrata un'applicazione informale della *positive comity* riguarda il caso *Marathon Oil*, relativo ad un rifiuto, concertato da parte di una serie di imprese europee (Gaz de France, Ruhrgas, BEB, Thyssengas e Gasunie), di garantire l'accesso alla rete di gasdotti presente in Europa nei confronti di un'impresa statunitense operante nel settore della distribuzione di gas naturale. Come affermato dalla stessa FTC<sup>98</sup>, le autorità statunitensi hanno lasciato che le opportune indagini fossero condotte esclusivamente dalla Commissione europea, la quale, a conclusione della propria attività investigativa, è giunta a formulare un accordo con tutte le imprese che avevano realizzato la condotta illegittima, le quali si sono impegnate a migliorare l'accesso da parte di terzi alle rispettive reti di trasporto del gas<sup>99</sup>.

---

fissazione di tetti produttivi globali e di quote di produzione annuali per ciascuna impresa produttrice di prosciutti tutelati. Da questo punto di vista non può dubitarsi che l'oggetto delle intese in questione [fosse] proprio la limitazione della produzione complessiva e individuale di prosciutto crudo tutelato. Che ciò [rappresentasse] una restrizione della concorrenza tra i produttori di prosciutto [discendeva] naturalmente dalla circostanza che siffatte deliberazioni si [sostituivano] al libero gioco delle dinamiche competitive del mercato determinando in via preventiva la quantità complessiva di beni da immettere sul mercato stesso”.

<sup>98</sup> V. *Prepared Statement of the Federal Trade Commission presented by Robert Pitofsky, Chairman before the Subcommittee on Antitrust, Business Rights, and Competition Committee on the Judiciary United States Senate May 4, 1999*, disponibile presso il sito [http://www.ftc.gov/os/1999/05/positivecomitytestimony.htm#N\\_10\\_](http://www.ftc.gov/os/1999/05/positivecomitytestimony.htm#N_10_).

<sup>99</sup> Cfr. Comunicato stampa della Commissione europea n. IP/03/1129 del 29 luglio 2003, *La Commissione risolve il caso Marathon con la società tedesca del gas BEB*, disponibile presso il sito <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/1129&format=HTML&aged=1&language=IT&guiLanguage=en>; Comunicato stampa della Commissione europea n. IP/03/547 del 16 aprile 2003, *Commission's competition services settle Marathon case with Gasunie*, disponibile presso il sito <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/547&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>; Comunicato stampa della Commissione europea n. IP/01/1641 del 23 novembre 2001, *La Commissione risolve il caso Marathon con la Thyssengas*, disponibile presso il sito <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/01/1641&format=HTML&aged=1&language=IT&guiLanguage=en>; Comunicato stampa della Commissione europea n. IP/04/573 del 30 aprile

L'ultimo caso trae origine da un reclamo presentato dalla società statunitense Information Resources Inc. (IRI) nei confronti di un'impresa concorrente, A.C. Nielsen, anch'essa statunitense, principale fornitore mondiale di servizi di monitoraggio delle vendite al dettaglio (consistenti nella raccolta ed elaborazione di informazioni sulle vendite dei prodotti, sui prezzi, sulle promozioni e su altri dati di mercato allo scopo di analizzare le prestazioni di prodotti specifici in un determinato periodo di tempo). La Commissione ha accertato un abuso da parte di Nielsen della propria posizione dominante sul mercato comunitario dei servizi in questione, finalizzato ad evitare l'entrata della società rivale IRI nel territorio europeo. In particolare, Nielsen aveva concluso contratti di esclusiva per l'acquisto di dati di mercato dai rivenditori al dettaglio ed aveva imposto clausole restrittive che richiedevano ai rivenditori di non fornire gli stessi dati a qualsiasi altro fornitore di servizi di monitoraggio commerciale. Inoltre, in riferimento ai clienti operanti in più paesi, Nielsen praticava determinati sconti qualora i clienti multinazionali si impegnassero ad utilizzare i suoi servizi in altri paesi in cui essa non era dominante, e nei quali IRI stava penetrando.

Il procedimento si è concluso con un accordo tra la Nielsen e la Commissione europea, che ha sostanzialmente posto fine alla pratica abusiva<sup>100</sup>. Il Dipartimento di Giustizia statunitense, in tale situazione, si è astenuto dal prendere qualsiasi iniziativa in merito al caso, nonostante

---

2004, *Commission settles Marathon case with Gaz de France and Ruhrgas*, disponibile presso il sito <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/573&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

<sup>100</sup> V. Comunicato stampa della Commissione europea n. IP/96/1117 del 04 dicembre 1996, *Following an undertaking by AC Nielsen to change its contractual practices, the European Commission suspends its action for breach of the competition rules*, disponibile presso il sito <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/96/1117&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>.

le due imprese in oggetto fossero entrambe statunitensi. Tuttavia, nel corso dei procedimenti, sono intercorsi numerosi incontri tra le autorità statunitensi ed europee, nei quali il Dipartimento di Giustizia, oltre ad essere costantemente informato sull'andamento delle indagini, ha avuto modo di esprimere i propri commenti durante la fase di patteggiamento in merito alle misure da adottare a titolo di rimedio<sup>101</sup>.

Infine, l'unico caso in cui si sia registrata una richiesta formale di *positive comity* riguarda un presunto abuso di posizione dominante da parte di tre aerolinee europee (Air France, Lufthansa e Iberia). In particolare, le linee aeree europee, le quali si servivano di un sistema telematico di prenotazione, denominato Amadeus, che permetteva la vendita e la gestione automatizzata di biglietti aerei, avevano negato ad un analogo sistema di prenotazione utilizzato da American Airlines (Sabre) l'accesso a talune funzionalità possedute da Amadeus (che consentivano, ad esempio, di ottenere tariffe aggiornate o informazioni riguardanti sconti e tariffe promozionali). Tali limitazioni non hanno consentito al sistema informatizzato

---

<sup>101</sup> Cfr. *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione dell'accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle rispettive regole di concorrenza* (1° luglio 1996 - 31 dicembre 1996), COM (97) 346 def., pubblicato nella *XXVI Relazione sulla politica di concorrenza 1996* (pubblicata in connessione con la *Relazione generale sull'attività dell'Unione europea - 1996*), pagg. 335-341; Comunicato stampa del Dipartimento di Giustizia n. 96-576, *Justice Department Closes Investigation Into the Way AC Nielsen Co. Contracts Its Services for Tracking Retail Sales, December 3, 1996*, disponibile presso il sito [http://www.justice.gov/atr/public/press\\_releases/1996/1031.pdf](http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1996/1031.pdf). Cfr. anche Joel I. Klein, *Anticipating the Millennium: International Antitrust Enforcement at the End of the Twentieth Century, Address Before the 24th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy (Oct. 16-17, 1997)*, disponibile presso il sito <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/1233.pdf>; James F. Rill & Christine C. Wilson, *The A.C. Nielsen Case, in ROYAL INST. OF INT'L AFFAIRS, ANTITRUST GOES GLOBAL: WHAT FUTURE FOR TRANSATLANTIC COOPERATION?* 192 (Simon J. Evenett, Alexander Lehmann & Benn Steil eds., Brookings 2000).

statunitense di competere in maniera efficiente sul mercato europeo e ha precluso l'accesso di altre imprese statunitensi operanti nel settore delle prenotazioni aeree informatiche.

Il Dipartimento di Giustizia ha richiesto formalmente alla Commissione europea di investigare sulla condotta anticompetitiva delle tre compagnie aeree, ritenendo che quest'ultima istituzione fosse in una posizione migliore per svolgere l'istruttoria e acquisire le informazioni rilevanti per il caso, poiché i presunti comportamenti illegittimi erano tutti stati attuati all'interno del territorio europeo. La Commissione, al termine delle indagini, aveva addebitato alla sola compagnia Air France un abuso di posizione dominante ed ha proceduto all'archiviazione dell'indagine a seguito della sottoscrizione da parte di Air France di un codice di condotta che garantiva a Sabre e agli altri sistemi informatizzati di prenotazione le medesime funzionalità operative accordate al sistema Amadeus<sup>102</sup>. Similmente a quanto accaduto nel caso *Nielsen*, il Dipartimento di Giustizia è stato costantemente informato di tutti gli sviluppi legati all'indagine, incluse le motivazioni della Commissione in merito alla mancata apertura di un fascicolo nei confronti delle altre compagnie aeree per insufficienza di prove ed il contenuto della comunicazione degli addebiti indirizzata ad Air France.

---

<sup>102</sup> V. Comunicato stampa della Commissione europea n. IP/00/835 del 25 luglio 2000, *Commission acts to prevent discrimination between airline computer reservation systems*, disponibile presso il sito <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/00/835&format=PDF&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>; Comunicato stampa del Dipartimento di Giustizia n. 97/180 del 28 aprile 1997, *Justice Department Asks European Communities to Investigate Possible Anticompetitive Conduct Affecting U.S. Airlines' Computer Reservation Systems*, disponibile presso il sito [http://www.justice.gov/atr/public/press\\_releases/1997/229081.htm](http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1997/229081.htm). Cfr. anche Enrico M. Armani, *Sabre contre Amadeus e.a. : un dossier riche en enseignements*, 3 COMPETITION POL'Y NEWSLETTER 27 (2000); IVO VAN BAEL, COMPETITION LAW OF THE EUROPEAN COMMUNITY 1301 (Kluwer 2005).

In conclusione, è possibile affermare che, in via generale, la collaborazione tra le autorità statunitensi ed europee ha prodotto risultati positivi ed ha determinato sviluppi non solo nell'ambito delle relazioni esterne, avendo influenzato anche il *modus operandi* interno e divenendo, pertanto, un importante strumento di confronto e di dialogo. Ad esempio, l'adozione di un approccio "maggiormente economico" alle violazioni di natura antitrust rappresenta un elemento di convergenza tra i due ordinamenti che non può ritenersi non stimolato dai rapporti sempre più intensi tra le autorità. Sotto tale prospettiva sono interpretabili anche altre riforme attuate dalla Commissione europea<sup>103</sup>, sebbene le influenze non siano state a senso unico: le autorità statunitensi hanno infatti mostrato interesse ad adottare un sistema procedurale maggiormente teso alla trasparenza (qualità che contraddistingue l'azione della Commissione) ed a studiare la struttura istituzionale presente in Europa, nella quale la Commissione è tenuta a gestire una complessa rete di autorità nazionali<sup>104</sup>.

## 5. La Cooperazione multilaterale.

Per quanto gli strumenti convenzionali bilaterali abbiano portato notevoli benefici, essi risultano comunque essere un metodo limitato di cooperazione internazionale, in quanto

---

<sup>103</sup> Cfr. ad es., Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese (in GUCE n. C 298 dell' 8 dicembre 2006, pagg. 17-22); Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (in GUCE n. L 24 del 29 gennaio 2004, pagg. 1-22).

<sup>104</sup> Sui risultati conseguiti dal rapporto di collaborazione tra le autorità statunitensi e la Commissione europea v., *amplius*, ANGELO M. CARDANI, *Armonizzazione delle politiche di concorrenza ed antitrust*, in C. SECCHI ed E. SASSOON (a cura di), *Alleanze alla prova: Europa e Stati Uniti tra cooperazione e conflitto* (Egea 2006).



quest'ultima non viene ricercata attraverso la condivisione di principi e regole comuni, bensì tramite una rete di accordi che coinvolge esclusivamente le due parti firmatarie. Inoltre, la costituzione di una simile rete di accordi tra ordinamenti diversi, anche in considerazione del crescente numero di paesi che hanno adottato una disciplina antitrust, comporterebbe necessariamente proibitivi costi di transazione (in quanto necessiterebbe di elevate risorse economiche ed umane) e costituirebbe un elemento di ulteriore complessità nel quadro giuridico internazionale<sup>105</sup>, dando luogo ad un complicato intreccio di relazioni bilaterali che replicherebbe il criticato fenomeno dello “*spaghetti bowl*”<sup>106</sup> manifestatosi in relazione ad altre tipologie di accordi, quali i Bilateral Trade Agreements (BTAs) o i Bilateral Investment Agreements (BITs).

La cooperazione multilaterale, sotto questo punto di vista, consente una portata più ampia rispetto agli accordi bilaterali, ma, nel contempo, rappresenta una via più difficilmente perseguibile a causa della tradizionale difficoltà di trovare posizioni comuni e compromessi tra più soggetti statali aventi interessi eterogenei e talvolta contrastanti. Inoltre, un secondo elemento negativo di tale approccio si ritrova nel prodotto stesso delle trattative svolte a livello multilaterale, i cui risultati si sostanziano principalmente nell'adozione di strumenti di “*soft law*”.

---

<sup>105</sup> V. *ibidem*.

<sup>106</sup> L'espressione “*spaghetti bowl*”, introdotta dall'economista Jagdish N. Bhagwati, fa riferimento al complesso intreccio di accordi derivante dall'estensivo impiego di un approccio bilateralistico. Sul fenomeno, cfr., *ex multis*, PHILIPPE DE LOMBAERDE & LUK VAN LANGENHOVE, MULTILATERALISM, REGIONALISM AND BILATERALISM IN TRADE AND INVESTMENT (Springer 2007); Jagdish N. Bhagwati, *Preferential Trade Agreements: The Wrong Road*, 27 LAW & POL'Y INT'L BUS. 865 (1996).

Un contributo importante allo sviluppo di un dialogo multilaterale è stato dato dal Comitato consultivo in materia di politica di concorrenza internazionale del Dipartimento di Giustizia (ICPAC), il quale, nel suo rapporto finale<sup>107</sup>, ha incoraggiato il Governo statunitense ad elaborare l'idea di creare un'organizzazione che potesse costituire un forum internazionale finalizzato al confronto ed alla ricerca di soluzioni comuni relative a problematiche di natura antitrust. Secondo il documento, tale organizzazione avrebbe avuto il compito di incentivare il dialogo internazionale su una serie di argomenti rilevanti, tra cui lo sviluppo del multilateralismo e l'utilizzo dei meccanismi di *positive comity*. Il rapporto dell'ICPAC ha condotto nel 2001 alla creazione dell'*International Competition Network* (ICN), il quale rappresenta un'importante rete di collaborazione finalizzata alla realizzazione di un'interazione costruttiva tra sistemi amministrativi nazionali. Proprio quest'ultimo aspetto rappresenta la vera peculiarità dell'ICN, in quanto esso è formato esclusivamente da rappresentanti delle autorità garanti della concorrenza nazionali e, pertanto, rappresenta uno strumento di integrazione internazionale e di cooperazione multilaterale che trascende e travalica i tradizionali soggetti di diritto internazionale<sup>108</sup>.

---

<sup>107</sup> INTERNATIONAL COMPETITION POLICY ADVISORY COMMITTEE TO THE ATTORNEY GENERAL AND ASSISTANT ATTORNEY GENERAL FOR ANTITRUST, FINAL REPORT (Feb. 2000), disponibile presso il sito <http://www.justice.gov/atricpac/finalreport.htm>. Cfr. anche Joel I. Klein, *Time for a Global Competition Initiative?*, *Speech of the Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice at the EC Merger Control 10th Anniversary Conference, Brussels, Belgium, September 14, 2000*, disponibile presso il sito <http://www.justice.gov/atricpublic/speeches/6486.pdf>.

<sup>108</sup> Cfr. Charles A. James, *Recent Developments and Future Challenges at the Antitrust Division, Remarks Before the Dallas Bar Association, Dallas, Texas (Sept. 17, 2002)* disponibile presso il sito <http://www.usdoj.gov/atricpublic/speeches/200239.pdf>; William J. Kolasky, *The International Competition Network Guiding Principles for Merger Review, Remarks Before the International Bar Association Sixth Annual Competition Conference, Fiesole, Italy (Sept. 20, 2002)*, disponibile presso il sito

Nell'ambito dei rapporti multilaterali non si può tuttavia non fare cenno dell'impegno delle organizzazioni internazionali nel campo del diritto della concorrenza. Oltre all'OCSE, che con le sue raccomandazioni ha posto le basi per la creazione di una rete di accordi bilaterali, anche la Conferenza delle Nazioni Unite sul Commercio e lo Sviluppo (UNCTAD) ha avuto un ruolo principale nella promozione di un sistema coordinato di regole. L'UNCTAD ha negli anni elaborato e negoziato un insieme di principi e regole condivise per il controllo delle pratiche commerciali restrittive, positivizzate in un documento adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel dicembre 1980<sup>109</sup>, il quale costituisce l'unico strumento multilaterale, anche se non vincolante, in materia di cooperazione internazionale per la tutela della concorrenza al quale hanno aderito sia paesi industrializzati che in via di sviluppo<sup>110</sup>.

Il documento prevede, sotto forma di raccomandazioni rivolte sia agli Stati membri che alle imprese, il rispetto di taluni principi e regole in materia di concorrenza e propugna un sistema di cooperazione globale volto al raggiungimento degli obiettivi condivisi. Tra questi, il primo mira a garantire che le pratiche commerciali restrittive non prendano il posto delle misure distorsive tradizionali, come i dazi ed altre barriere al commercio, i quali sono già oggetto di una progressiva riduzione a livello internazionale in seno all'Organizzazione Mondiale del Commercio. Inoltre, l'UNCTAD sottolinea che la promozione della

---

<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/200234.htm>; Daniel Sokol, *Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age*, 4 BERKELEY BUS. L.J. 37 (2007); Mario Todino, *International Competition Network The State of Play after Naples*, 26 WORLD COMPETITION 283 (2003).

<sup>109</sup> Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, UN Doc. TD/RBP/CONF/10 (1980), 19 I.L.M. 813 (1980).

<sup>110</sup> V. Spencer Weber Waller, *The Internationalization of Antitrust Enforcement*, 77 B.U. L. REV. 343, 351-52 (1997).

concorrenza favorisce a livello globale una maggiore efficienza, accelera i processi di innovazione e, in definitiva, contribuisce in maniera rilevante allo sviluppo economico<sup>111</sup> e, nel contempo, tutela e promuove il benessere sociale, in generale, e gli interessi dei consumatori in particolare. Tra gli obiettivi generali viene inoltre messo in rilievo il ruolo catalizzatore che il documento deve assumere in relazione all'adozione di regole poste a tutela della concorrenza a livello nazionale e regionale, nonché al raggiungimento di un approccio condiviso in tale campo<sup>112</sup>. Per quanto riguarda i contenuti sostanziali del documento, si rileva che i principi generali contemplati nella Sezione C sono relativi alla materia della cooperazione tra le autorità governative ed allo scambio di informazioni tra di esse, mentre la Sezione D, direttamente rivolta alle imprese, richiede che quest'ultime si astengano dal porre in essere specifiche pratiche, tra cui accordi orizzontali, come cartelli sui prezzi e sull'allocazione dei mercati<sup>113</sup>, ed altre tipologie di condotte qualora esse costituiscono un abuso di una posizione dominante o la creazione di un monopolio<sup>114</sup>. Infine, la Sezione F del documento, oltre a positivizzare il principio della *comitas gentium* internazionale, prevede che l'UNCTAD fornisca assistenza tecnica, consultazioni e servizi di formazione nel campo del

---

<sup>111</sup> Tale posizione è stata ribadita in occasione delle riunioni successive del gruppo intergovernativo di esperti sul diritto e la politica di concorrenza nell'ambito delle quattro conferenze di revisione, svoltesi con intervalli regolari di cinque anni dal 1985 al 2000.

<sup>112</sup> *In puncto*, cfr., *ex multis*, Stuart E. Benson, *Current Development: UN Conference on Restrictive Business Practices*, 74 AM. J. INT'L L. 451 (1980); Steven L. Snell, *Controlling Restrictive Business Practices in Global Markets: Reflections on the Concepts of Sovereignty, Fairness, and Comity*, 33 STAN. J INT'L L. 215 (1997); Ioannis Lianos, *The Contribution of the United Nations to the Emergence of Global Antitrust Law*, 15 TUL. J. INT'L & COMP. L. 415 (2007).

<sup>113</sup> V. Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, cit., Sezione D3.

<sup>114</sup> V. *ibidem*, Sezione D4

diritto della concorrenza, nonché l'elaborazione di un modello di legge in materia di pratiche commerciali restrittive<sup>115</sup>. Proprio nel campo della cooperazione tecnica l'UNCTAD si è distinta negli ultimi anni, avendo offerto supporto ai paesi in via di sviluppo ed alle economie in transizione nella creazione e attuazione di norme antitrust, organizzando inoltre, ogni anno, numerosi seminari, diretti ai funzionari delle autorità garanti della concorrenza, che costituiscono un forum di dialogo globale in materia antitrust.

Il ruolo di altre organizzazioni internazionali nell'ambito della formazione di un sistema comune e condiviso di principi volti alla tutela della concorrenza sembra essere alquanto marginale. In particolare, si rileva che il Capitolo 5 della Carta dell'Avana, intesa a creare l'Organizzazione Internazionale del Commercio (ITO), conteneva una sezione dedicata alle norme di concorrenza, la quale non è stata mantenuta all'interno dell'Accordo Generale sulle Tariffe ed il Commercio del 1947 (GATT). Allo stato attuale, le regole dell'organizzazione mondiale del commercio (OMC) non impongono direttamente obblighi relativi a specifiche condotte anticoncorrenziali, benché a seguito della Conferenza ministeriale di Singapore del 1996 sia stato istituito un Gruppo di lavoro sull'interazione tra commercio e politica di concorrenza allo scopo di studiare i vari aspetti di quest'ambito tramite la partecipazione di tutti i membri dell'OMC. Stante alla Dichiarazione ministeriale di Doha del 2001, l'attività di studio nell'ambito del Gruppo di lavoro è stata incentrata sull'identificazione di principi fondamentali (tra cui trasparenza, non discriminazione ed equità processuale), di disposizioni in materia di cartelli ed intese, di modalità di cooperazione volontaria, nonché sulle possibilità di sostegno progressivo e di rafforzamento delle autorità di concorrenza nei paesi in via di

---

<sup>115</sup> V. *ibidem*, Sezione F5 e Sezione F6.

sviluppo. Sebbene tale gruppo di lavoro risulti attualmente inattivo, il segretariato dell'OMC ha organizzato, soprattutto tra il 2001 ed il 2005, una serie di simposi svoltisi a Ginevra, nonché corsi intensivi e seminari in materia di concorrenza tenutisi direttamente all'interno di paesi in via di sviluppo e paesi caratterizzati da economie in via di transizione<sup>116</sup>.

Da ultimo, è opportuno rilevare che la cooperazione multilaterale in ambito regionale si è dimostrata essere maggiormente incisiva, in quanto accordi quali il North American Free Trade Agreement (NAFTA)<sup>117</sup>, il MERCOSUR<sup>118</sup> ed il Patto Andino<sup>119</sup> contemplano

---

<sup>116</sup> Sul ruolo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio nell'ambito della definizione di regole comuni di concorrenza, v. Joel Davidow & Hal Shapiro, *The feasibility and Worth of a World Trade Organization Competition Agreement*, 37(1) J. WORLD TRADE 49 (2003); Frieder Roessler, *Should Principles of Competition Policy be Incorporated into WTO Law Through Non-Violation Complaints?*, 2 J. INT'L ECON. L. 413, 421 (1999); Claus-Dieter Ehlermann & Lothar Ehring, *WTO Dispute Settlement and Competition Law: Views From the Perspective of the Appellate Body's Experience*, 26 FORDHAM INT'L L.J. 1505 (2003); Jason E. Kearns, *International Competition Policy and the GATS: A Proposal to Address Market Access Limitations in the Distribution Services Sector*, 22 U. PA. J. INT'L ECON. L. 285 (2001); MITSUI MATSUSHITA, REFLECTIONS ON COMPETITION POLICY/LAW IN THE FRAMEWORK OF THE WTO, in 1997 FORDHAM CORP. L. INST. 31 (Barry E. Hawk ed., 1998); HIDEAKI KOBAYASHI, THE WTO AND COMPETITION POLICY, in 1997 FORDHAM CORP. L. INST. 1 (Barry E. Hawk ed., 1998).

<sup>117</sup> Il North American Free Trade Agreement (NAFTA), che include tra gli stati firmatari Canada, Stati Uniti e Messico, comprende una serie di disposizioni relative al diritto della concorrenza. In particolare, l'articolo 1501 stabilisce che: "(i) Each Party shall adopt or maintain measures to proscribe anticompetitive business conduct and take appropriate action with respect thereto, recognizing that such measures will enhance the fulfillment of objectives of [the] agreement. To this end the Parties shall consult from time to time about the effectiveness of measures taken by the other party; (ii) Each Party recognizes the importance of cooperation and coordination among their authorities to further effective competition law enforcement in the free trade area. The Parties shall cooperate on issues of competition law enforcement policy, including mutual legal assistance, notification, consultation and exchange of information relating to the enforcement of competition laws and policies in the free trade area; (iii) No Party shall have recourse to dispute settlement under the Agreement for any matter regarding this Article". V. The North American Free Trade Agreement, Dec. 17, 1992, Can.-Mex.-U.S., 107 Stat. 2057, 32 I.L.M. 605 (1993), art. 1501. V. Shanker A. Singham, *Is It Time for an International Agreement on*

disposizioni specifiche in materia di concorrenza che trovano diretta applicazione tra le parti firmatarie<sup>120</sup>.

La cooperazione multilaterale, pertanto, non sembra al momento essere una strada agilmente percorribile: i risultati sin ora raggiunti, seppur degni di nota, non rispondono alla

---

*Uncompetitive Public Sector Practices?*, 27 BROOKLYN J. INT'L L. 35, 58 (2001); Kathleen Murtaugh Collins, *Harmonizing the Antitrust Laws of NAFTA Signatories*, 17 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 157 (1994).

<sup>118</sup> Il MERCOSUR, "Mercado Común del Sur" o "Mercado Comum do Sul", è stato costituito il 26 marzo 1991 con il Trattato di Asunción e attualmente è composto da Argentina, Brasile, Paraguay e Uruguay, mentre Cile, Bolivia, Colombia, Ecuador e Perù sono successivamente divenuti membri associati. A questi paesi si aggiunge il Venezuela, il quale ha firmato un accordo di adesione il 17 giugno 2006, sebbene non sia ancora divenuto membro effettivo del MERCOSUR a causa della mancata ratifica della sua adesione da parte del Congresso del Paraguay. La politica di concorrenza è tra i molti argomenti previsti come oggetto di coordinamento a livello regionale. L'ultimo protocollo sulla politica di concorrenza, approvato nel dicembre 1996 stabilisce che: "(i) All concerted agreements whose purpose or effect is to impede, restrict or distort competition or free access to markets, or that abuse a dominant position in a relevant market of goods and services within MERCOSUR and affect trade between the member States are against the Protocol; (ii) The MERCOSUR Commerce Commission and the Technical Committee on Competition Policy will enforce through the power of injunctions, consent decrees, fines etc. (imposed by national agencies) the norms set out in the Protocol, supplemented by the dispute resolution systems of the Brasília Protocol; (iii) National competition agencies will adopt measures to enhance cooperation with each other in order to implement the Protocol". V. Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul, Decision 18/96, Dec. 17, 1996, in 19 BOLETIM DE INTEGRACAO LATINO-AMERICANA 73 (1996). V. José Tavares de Araujo, Jr. & Luis Tineo, *Harmonization of Competition Policies Among Mercosur Countries*, 24 BROOKLYN J. INT'L L. 441 (1998); Shanker A. Singham, *Shaping Competition Policy in the Americas: Scope for Transatlantic Cooperation?*, 24 BROOKLYN J. INT'L L. 363 (1998).

<sup>119</sup> La Decisione n. 608 della Commissione della Comunità Andina reca talune disposizione in materia di concorrenza. In particolare, essa vieta e sanziona comportamenti anticoncorrenziali, siano essi esercitati nel territorio di uno o più Paesi membri o in un paese esterno alla Comunità andina e i cui effetti ricadano nel mercato di uno o più Paesi membri. V., *amplius*, THOMAS ANDREW O'KEEFE, LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN TRADE AGREEMENTS: KEYS TO A PROSPEROUS COMMUNITY OF THE AMERICAS 284-86 (Nijhoff 2009).

<sup>120</sup> In merito all'inclusione di disposizioni in materia di concorrenza nell'ambito di altri accordi regionali di libero scambio, v., *amplius*, D. Daniel Sokol, *Order Without (Enforceable) Law: Why Countries Enter Into Non-Enforceable Competition Policy Chapters in Free Trade Agreements*, 83 CHI.-KENT L. REV. 231 (2008).

necessità sempre crescente di rimuovere i possibili conflitti di giurisdizione tra ordinamenti diversi, mentre lo stato attuale delle negoziazioni internazionali non permette di intravedere una soluzione multilaterale nel prossimo futuro. Tuttavia, i risultati positivi raggiunti in altri ambiti normativi inducono a mantenere aperta la possibilità di un eventuale accordo che possa, in maniera effettiva, dirimere i conflitti esistenti nel campo della disciplina antitrust a livello internazionale<sup>121</sup>.

---

<sup>121</sup> Cfr. William P. Connolly, *Lessons To Be Learned: The Conflict in International Antitrust Law Contrasted With Progress in International Financial Law*, 6 *FORDHAM J. CORP. & FIN. L.* 207 (2001).



## CONCLUSIONI

Alla luce di quanto esposto è possibile trarre alcune considerazioni conclusive in merito alla disciplina delle condotte unilaterali nei due ordinamenti in esame e sugli orientamenti generali della politica di concorrenza in Europa e negli Stati Uniti.

L'analisi normativa e giurisprudenziale condotta consente di affermare che la giurisprudenza europea ha elaborato una nozione più ampia di ciò che costituisce un comportamento illecito delle imprese dominanti rispetto a quanto previsto dall'ordinamento statunitense, con la conseguenza che quest'ultima categoria di imprese risulta essere soggetta a restrizioni più incisive. Come più volte evidenziato, l'attività delle autorità europee è tradizionalmente contrassegnata dal timore di incorrere in "falsi negativi", da cui discende un'attitudine a valutare i casi di abuso di posizione dominante in maniera particolarmente vigorosa. Inoltre, poiché tra gli obiettivi perseguiti, ricompresi nell'articolo 102 TFUE, figura, *inter alia*, la tutela dei consumatori e dei partner commerciali in relazione agli effetti negativi di breve termine provocati dalle imprese dotate di potere di mercato, l'ordinamento europeo sanziona, in maniera specifica, gli abusi di sfruttamento compiuti da imprese in posizione dominante. Tra questi emerge, in primo luogo, la pratica relativa all'imposizione di prezzi di monopolio che si configura, pertanto, come un'infrazione delle norme poste a tutela della concorrenza, diversamente dalla disciplina statunitense, per la quale tali condotte non integrano una violazione della Sezione 2 dello Sherman Act.

Le autorità antitrust ed i giudici statunitensi sono, infatti, più riluttanti ad imporre restrizioni sul comportamento commerciale di imprese dominanti, favorendo, invece, una competizione aggressiva da parte degli attori economici del mercato. Più volte è stato affermato dalla giurisprudenza statunitense che un'impresa, la quale a seguito di una competizione vigorosa con i rivali commerciali si imponga nei confronti di questi ultimi, non dovrebbe essere sfavorita dall'applicazione delle norme antitrust una volta che abbia conquistato una posizione di supremazia.<sup>1</sup> Di conseguenza, sia la giurisprudenza statunitense che le autorità governative poste a tutela della concorrenza hanno generalmente espresso una concezione più ristretta di ciò che costituisce un comportamento anticoncorrenziale ed hanno mostrato una maggior riluttanza nell'individuare violazioni della Sezione 2 dello Sherman Act. Tale approccio, come già rilevato in precedenza, rispecchia un orientamento dell'ordinamento statunitense che si pone in contrasto con quello adottato in ambito europeo: negli Stati Uniti, infatti, il pericolo di incorrere in "falsi positivi" è tenuto in massima considerazione ed ha guidato la politica della concorrenza nel senso di ridurre al minimo l'intervento degli strumenti di regolamentazione all'interno del mercato.

Nonostante negli ultimi anni si sia registrata un'apprezzabile cooperazione ed una qualche forma di convergenza tra i due ordinamenti, soprattutto a seguito dell'adozione delle nuove linee guida europee in tema di articolo 102 TFUE e della revoca del *Single-Firm Conduct Report* negli Stati Uniti, permangono profonde divergenze che appaiono anacronistiche in un contesto caratterizzato da una crescente globalizzazione dei mercati e dall'incremento degli agenti economici multinazionali. In tale ambito, l'elaborazione di norme in materia di

---

<sup>1</sup> V. *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416, 430 (2d Cir. 1945).

extraterritorialità e gli (ancora deboli) accordi bilaterali rappresentano un segnale positivo in relazione al miglioramento dei rapporti di collaborazione tra più autorità nazionali. La cooperazione multilaterale, di contro, appare essere in una situazione di stallo: i singoli stati, nel tentativo di opporsi ad un processo comportante la perdita di porzioni di potere a beneficio di organizzazioni esterne, hanno tradizionalmente esercitato una particolare resistenza alla creazione di un sistema di tutela della concorrenza a livello internazionale. Allo stato attuale, il quadro relativo agli elementi costitutivi di una *governance* globale della concorrenza non è ancora ben definito e risulta essere largamente incompleto, mentre i risultati derivanti dall'interazione degli attori istituzionali e lo sviluppo dei tentativi di convergenza normativa potranno essere valutati solo negli anni a venire.

Infine, nell'ambito di una trattazione relativa al diritto antitrust, non si può non fare cenno alla situazione economica attuale, caratterizzata da una grave crisi finanziaria che ha coinvolto tutte le maggiori economie e che stenta ad estinguersi. In un tale contesto, gli attori statali tendono tradizionalmente a sostenere la priorità del risanamento economico sugli obiettivi della politica di concorrenza. Una simile situazione non risulta essere nuova nel panorama storico: durante la grande depressione degli anni Trenta, il governo statunitense ha varato il National Industrial Recovery Act (NIRA), con il quale le norme antitrust sono state sostanzialmente sospese ed è stato consentito alle associazioni di imprese di codificare autonomamente regole di leale concorrenza, così permettendo *de facto* l'esecuzione di condotte anticoncorrenziali<sup>2</sup>. Questa esperienza ha tuttavia dimostrato che la mancata applicazione dei principi antitrust può comportare un prolungamento della stessa crisi ed il

---

<sup>2</sup> V. Jason E. Taylor & Peter G. Klein, *An Anatomy of a Cartel: The National Industrial Recovery Act of 1933 and the Compliance Crisis of 1934*, 26 RES. ECON. HIST. 235, 242-48 (2008).

perdurare di una situazione di declino economico. Infatti, l'indebolimento delle norme poste a tutela della concorrenza ha determinato il prolungamento della recessione economica statunitense di circa sette anni, nonché la crescita del tasso di disoccupazione, provocata, *in primis*, dall'esercizio del potere di mercato da parte delle imprese che ha indotto una riduzione delle quantità di beni o servizi prodotti e pertanto una diminuzione del livello generale di occupazione<sup>3</sup>.

L'attuale crisi non costituisce un'eccezione sotto questo profilo: i vari governi hanno spinto le autorità garanti della concorrenza ad attenuare l'applicazione delle norme antitrust allo scopo di consentire il funzionamento di misure di salvataggio *ad hoc* per il settore finanziario e per le maggiori imprese nazionali. Nelle odierne economie, l'opposizione da parte degli attori statali all'impiego delle leggi antitrust in periodi di recessione economica risulta, inoltre, guidata dalla circostanza che i governi, a seguito delle privatizzazioni formali ma non sostanziali delle maggiori imprese nazionali, si ritrovano a ricoprire una posizione di azionisti, o comunque di portatori di specifici interessi, nei confronti delle imprese di maggiori dimensioni.

Tuttavia, come riconosciuto dalla stessa Commissione europea, la crisi non ha minato la convinzione che la concorrenza agisca da forte stimolo per la competitività, permettendo un'efficiente allocazione delle risorse e stimolando sviluppo tecnologico e innovazione<sup>4</sup>. Sull'argomento, si ritiene di poter condividere la posizione di chi afferma che i benefici derivanti dal processo competitivo risultano essere particolarmente rilevanti in tempi di crisi

---

<sup>3</sup> V. Harold L. Cole & Lee E. Ohanian, *New Deal Policies and the Persistence of the Great Depression: A General Equilibrium Analysis*, 112 J. POL. ECON. 779 (2004).

<sup>4</sup> V. Philip Lowe, *Competition Policy and the Economic Crisis*, 5 COMPETITION POL'Y INT'L 3 (2009).

economica poiché, producendo vantaggi per i consumatori in termini di riduzioni di prezzo e incremento della varietà dell'offerta, la concorrenza stimola la domanda e conduce a miglioramenti concreti nel potere di acquisto dei consumatori limitando, allo stesso tempo, il fenomeno inflattivo<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> V. Michael Reynolds, Sarah Macroy & Michelle Chowdhury, *EU Policy in the Financial Crisis: Extraordinary Measures*, 33 *FORDHAM INT'L L.J.* 1670 (2010). Cfr. anche Frédéric Jenny, *The Economic and Financial Crisis, Regulation and Competition*, 32(4) *WORLD COMPETITION* 449 (2009); Robert P. Zora, *The Bank Failure Crisis: Challenges in Enforcing Antitrust Regulation*, 55 *WAYNE L. REV.* 1175 (2009).



## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *The N. R. A. and the Anti-Trust Laws: The Sugar Institute Case*, 43 YALE L.J. 1295, (1934).
- Adams, Henry Carter, *Relation of the State to Industrial Action*, 1 PUBLICATIONS AM. ECON. A. 471 (1887).
- Ahlborn, Christian, David S. Evans & Jorge A. Padilla, *The Antitrust Economics of Tying: A Farewell to Per Se Illegality*, 49 ANTITRUST BULL. 287 (2004).
- Ahn, Sanghoon, *Competition, Innovation and Productivity Growth: A Review of Theory & Evidence 5* (Econ. Dep't, Org. for Econ. Cooperation & Dev., Working Paper No. 317, 2002), disponibile presso il sito [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=318059](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=318059).
- Akman, Pinar, *Article 82 Reformed? The EC Discussion Paper on Exclusionary Abuses*, 2006 J. BUS. L. 816, 823 (2006).
- ALESE, FEMI, FEDERAL ANTITRUST AND EC COMPETITION LAW ANALYSIS 223 (Ashgate 2008).
- AMATO, GIULIANO, ANTITRUST AND THE BOUNDS OF POWER: THE DILEMMA OF LIBERAL DEMOCRACY IN THE HISTORY OF THE MARKET 7 (Hart Publishing 1997).
- AMERICAN BAR ASSOCIATION, SECTION OF ANTITRUST LAW ANTITRUST LAW DEVELOPMENTS (Jonathan M. Jacobson ed., 2007).
- AMERICAN BAR ASSOCIATION. SECTION OF ANTITRUST LAW, FEDERAL STATUTORY EXEMPTIONS FROM ANTITRUST LAW (2007).
- ANDERMAN, STEVEN D. ET AL., THE INTERFACE BETWEEN INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS AND COMPETITION POLICY (Steven D. Andeman ed., Cambridge University Press 2007).
- Andreangeli, Arianna, *Case note on T-201/04, Microsoft v Commission, judgment of 17 September 2007*, 44(3) COMMON MKT L. REV. 863 (2008).
- Anlauf, Todd J., *Severing Ties With the Strained Per Se Test for Antitrust Tying Liability: The Economic and Legal Rationale for a Rule of Reason*, 23 HAMLINE L. REV. 476 (2000).

- ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, REPORT AND RECOMMENDATIONS (2007), disponibile presso il sito [http://govinfo.library.unt.edu/amc/report\\_recommendation/amc\\_final\\_report.pdf](http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf).
- AREEDA, PHILLIP & TURNER, DONALD F., ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION 41 (Little, Brown 1978-).
- AREEDA, PHILLIP E. & HOVENKAMP, HERBERT, ANTITRUST LAW, Vol. 2A (Aspen, 2d ed. 2002).
- AREEDA, PHILLIP E. & KAPLOW, LOUIS, ANTITRUST ANALYSIS ¶ 342(C) (4th ed. 1988 & Supp., Aspen 1994).
- AREEDA, PHILLIP E. & TURNER, DONALD F., ANTITRUST LAW 351-57 (1978).
- AREEDA, PHILLIP E. & TURNER, DONALD F., ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF ANTITRUST PRINCIPLES AND THEIR APPLICATION (Aspen 1978).
- Areeda, Phillip E. & Turner, Donald F., *Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*, 88 HARV. L. REV. 697 (1975).
- Areeda, Phillip E., *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases* (Little, Brown 1981).
- Areeda, Phillip E., *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*, 58 ANTITRUST L.J. 841 (1989).
- Areeda, Phillip E., *Introduction to Antitrust Economics*, 52 ANTITRUST L.J. 523 (1983).
- Armani, Enrico M., *Sabre contre Amadeus e.a. : un dossier riche en enseignements*, 3 COMPETITION POL'Y NEWSLETTER 27 (2000).
- BAIN, GEORGE SAYERS, INDUSTRIAL ORGANISATION (seconda edizione, Wiley 1968).
- Baker, Donald I. & Blumenthal, William, *The 1982 Guidelines and Preexisting Law*, 71 CALIF. L. REV. 311 (1983).
- Baker, Donald I., *To Indict or Not to Indict: Prosecutorial Discretion in Sherman Act Enforcement*, 63 CORNELL L. REV. 405 (1978).
- Baker, Jonathan B., *Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation*, 74 ANTITRUST L.J. 575 (2007).
- Baker, Jonathan B., *Promoting Innovation Competition Through the Aspen/Kodak Rule*, 7 GEO. MASON L. REV. 495 (1999).
- Barnett, Thomas O. (Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice), *Navigating Scylla and Charybdis: Three Stages in the Journey to Effective Section 2 Enforcement*, Address at the Georgetown University Law Center Global Antitrust Enforcement Symposium, Washington, D.C., September 23, 2008, reperibile presso il sito <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/237527.htm>.



- Basedow, Jurgen, *International Antitrust: From Extraterritorial Application to Harmonization*, 60 LA. L. REV. 1037 (2000).
- BAUMOL, WILLIAM J., JOHN C. PANZAR, & ROBERT D. WILLIG, *CONTESTABLE MARKETS AND THE THEORY OF INDUSTRY STRUCTURE* (Harcourt College 1982).
- Benson, Stuart E., *Current Development: UN Conference on Restrictive Business Practices*, 74 AM. J. INT'L L. 451 (1980).
- BERGER, DAVID J., *LAW AND COMPETITION IN TWENTIETH CENTURY EUROPE: PROTECTING PROMETHEUS* (Oxford University Press 1998).
- Bernard, Chris, *Shifting and Shrinking Common Ground: Recalibrating the Federal Trade Commission's and Department of Justice's Enforcement Powers of Single-Firm Monopoly Conduct*, 34 DEL. J. CORP. L. 581 (2009).
- Bhagwati, Jagdish N., *Preferential Trade Agreements: The Wrong Road*, 27 LAW & POL'Y INT'L BUS. 865 (1996).
- BILGER, FRANÇOIS & VILLEY, DANIEL, *LA PENSÉE ÉCONOMIQUE LIBÉRALE DANS L'ALLEMAGNE CONTEMPORAINE* 101 (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence Impr. R. Vançon 1964).
- Bock, Heinrich-Karl & Korsch, Heinz, *Decartelization and Deconcentration in the West German Economy Since 1945*, in *ANTITRUST LAWS: A COMPARATIVE SYMPOSIUM* 138 (Wolfgang Friedmann ed., 1953).
- Böhm, Franz, *Das Problem der privaten Macht. Ein Beitrag zur Monopolfrage*, 3 DIE JUSTIZ 324 (1928).
- Böhm, Franz, *Die Forschungs- und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universität Freiburg in den dreißiger und vierziger Jahren des 20 Jahrhunderts*, in *FRANZ BÖHM, REDEN UND SCHRIFTEN* 158 (1960).
- BÖHM, FRANZ, *WETTBEWERB UND MONOPOLKAMPF. EINE UNTERSUCHUNG ZUR FRAGE DES WIRTSCHAFTLICHEN KAMPFRECHTS UND ZUR FRAGE DER RECHTLICHEN STRUKTUR DER GELTENDEN WIRTSCHAFTSORDNUNG* 107 (Berlino 1933).
- Bolton, Patrick & Brodley, Joseph F. & Riordan, Michael H., *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, 88 GEO. L.J. 2239 (2000).
- BORK, ROBERT H., *ANTITRUST PARADOX: A POLICY AT WAR WITH ITSELF* (Free Press 1993).
- Boudin, Michael, *Antitrust Doctrine and the Sway of Metaphor*, 75 GEO. L.J. 395, 397 (1986).
- BOUTERSE, ROSITA BIANCA, *COMPETITION AND INTEGRATION: WHAT GOALS COUNT?* 124 (Kluwer 1994).

- BREZINA, CORONA, *THE INDUSTRIAL REVOLUTION IN AMERICA: A PRIMARY SOURCE HISTORY OF AMERICA'S TRANSFORMATION INTO AN INDUSTRIAL SOCIETY 4* (Rosen Publishing 2005).
- Brittan, Sir Leon, *Jurisdictional Issues in EEC Competition Law, Address at Cambridge, England (Feb. 8, 1990)*.
- Brodley, Joseph F., *Oligopoly Power Under the Sherman and Clayton Acts: From Economic Theory to Legal Policy*, 19 STAN. L. REV. 285 (1967).
- Brodley, Joseph F., *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress*, 62 N.Y.U. L. REV. 1020 (1987).
- BRODY, DAVID C. & ACKER, JAMES R. & WAYNE A. LOGAN, *CRIMINAL LAW 174* (Aspen 2000).
- BUNDESMINISTER FÜR WIRTSCHAFTS, *ENTWURF ZU EINEM GESETZ ZUR SICHERUNG DES LEISTUNGSWETTBEWERBS UND ZU EINEM GESETZ ÜBER DAS MONOPOLAMT* (Bundswirtschaftsminister pub. 1949).
- Burnett, Susan E., *U.S. Judicial Imperialism Post Empagran v. F. Hoffmann-Laroche? Conflicts of Jurisdiction and International Comity in Extraterritorial Antitrust*, 18 EMORY INT'L L. REV. 555 (2004).
- Capps, Cory S. & Dranove, David & Greenstein, Shane & Satterthwaite, Mark, *The Silent Majority Fallacy of the Elzinga-Hogarty Criteria: A Critique and new Approach to Analyzing Hospital Mergers*, Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 8216 (2001), disponibile presso il sito <http://www.nber.org/papers/w8216>.
- CARDANI ANGELO M., *Armonizzazione delle politiche di concorrenza ed antitrust*, in C. SECCHI ed E. SASSOON (a cura di), *Alleanze alla prova: Europa e Stati Uniti tra cooperazione e conflitto* (Egea 2006).
- Carlton, Dennis W. & Waldman, Michael, *The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries*, 33 RAND J. ECON. 194 (2002).
- Carlton, Dennis W., *A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal: Why Aspen and Kodak Are Misguided*, 68 ANTITRUST L.J. 659 (2001).
- Choi, Jay Pil & Stefanadis, Christodoulos, *Tying, Investment, and the Dynamic Leverage Theory*, 32 RAND J. ECON. 52 (2001).
- Clark, J. B., *The 'Trust': A New Agent for Doing an Old Work: Or Freedom Doing the Work of Monopoly*, 16 NEW ENGLANDER AND YALE REVIEW 223 (1890).
- Cole, Arthur H., *An Appraisal of Economic Change: Twentieth Century Entrepreneurship in the United States and Economic Growth*, 44(2) AM. ECON. REV. 35 (1954).
- Cole, Harold L. & Ohanian, Lee E., *New Deal Policies and the Persistence of the Great Depression: A General Equilibrium Analysis*, 112 J. POL. ECON. 779 (2004).

- Collins, Kathleen Murtaugh, *Harmonizing the Antitrust Laws of NAFTA Signatories*, 17 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 157 (1994).
- Commissione delle Comunità europee, *Nona Relazione sulla politica di concorrenza (Relazione pubblicata in connessione con la "Tredicesima Relazione generale sull'attività delle Comunità europee")*, Bruxelles-Lussemburgo, Aprile 1980,
- Commissione europea, *Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del Trattato che istituisce la Comunità Europea (c.d. de minimis)* (in GUCE n. C 368 del 22 dicembre 2001, pagg. 13-15).
- Commissione europea, *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza* (in GUCE n. C 372 del 9 dicembre 1997, pagg. 5-13).
- Commissione europea, *Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sulle restrizioni verticali* (in GUCE n. C 291 del 13 ottobre 2000, pagg. 1-44).
- Commissione europea, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* (2005), disponibile presso il sito <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>.
- Commissione Europea, *Il completamento del mercato interno: Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo* (Milano, 28-29 giugno 1985), COM(85) 310, reperibile presso il sito [http://europa.eu/documents/comm/white\\_papers/pdf/com1985\\_0310\\_f\\_en.pdf](http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com1985_0310_f_en.pdf).
- Commissione europea, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del Trattato* (in GUCE n. C 101 del 27 aprile 2004, pagg. 97-118).
- Commissione europea, *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese* (in GUCE n. C 31 del 5 febbraio 2004, pagg. 5-18).
- Commissione europea, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti* (in GUCE n. C 45 del 24 febbraio 2009, pagg. 7-20).
- Commissione europea, *Orientamenti sulle restrizioni verticali* (in GUCE n. C 130 del 19 maggio 2010, pagg. 1-46).
- Commissione europea, *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione dell'accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle rispettive regole di concorrenza* (1° luglio 1996 - 31 dicembre 1996), COM (97) 346 def., pubblicato nella *XXVI Relazione sulla politica di concorrenza 1996* (pubblicata in connessione con la *Relazione generale sull'attività dell'Unione europea - 1996*), pagg. 335-341.

- Commissione europea, *Relazione sulla politica di concorrenza 2006 (pubblicata in connessione con la Relazione generale sull'attività dell'Unione europea, 2006)*, COM(2007) 358 def.
- Commissione europea, *Twentieth Report on Competition Policy 1990* (allegato al *Twenty-Fourth Report on the Activities of the European Communities*), *Annual Reports on Competition Policy*, in *COMPETITION LAW IN WESTERN EUROPE AND THE USA* (Kluwer Law International 1976), aggiornato all'aprile 1992, supplemento n. 113, pagg. CM.M.VII-1131–CM.M.VII-1209.
- Commissione europea, *Twenty-Third Report on Competition Policy 1993* (pubblicato in allegato al *General Report on the Activities of the European Communities - 1993*), *Annual Reports on Competition Policy*, in *COMPETITION LAW IN WESTERN EUROPE AND THE USA* (Kluwer Law International 1976), aggiornato al giugno 1995, supplemento n. 139, pagg. CM.M.VII-1455–CM.M.VII-1626.
- Commissione europea, *XXIII Relazione sulla politica di concorrenza 1993 (pubblicata in connessione con la «XXVII Relazione generale sull'attività delle Comunità europee — 1993»)*, Bruxelles-Lussemburgo, 1994, par. 3.
- Commissione europea, *XXIV Relazione sulla politica di concorrenza 1994* (pubblicata in connessione con la “Relazione generale sull'attività dell'Unione europea - 1994”), Bruxelles-Lussemburgo, 1995.
- Comunicato stampa del Dipartimento di Giustizia n. 96-576, *Justice Department Closes Investigation Into the Way AC Nielsen Co. Contracts Its Services for Tracking Retail Sales, December 3, 1996*, disponibile presso il sito [http://www.justice.gov/atr/public/press\\_releases/1996/1031.pdf](http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1996/1031.pdf).
- Comunicato stampa del Dipartimento di Giustizia n. 97/180 del 28 aprile 1997, *Justice Department Asks European Communities to Investigate Possible Anticompetitive Conduct Affecting U.S. Airlines' Computer Reservation Systems*, disponibile presso il sito [http://www.justice.gov/atr/public/press\\_releases/1997/229081.htm](http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1997/229081.htm).
- Comunicato stampa della Commissione europea n. IP/00/835 del 25 luglio 2000, *Commission acts to prevent discrimination between airline computer reservation systems*, disponibile presso il sito <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/00/835&format=PDF&aged=1 &language=EN&guiLanguage=en>.
- Comunicato stampa della Commissione europea n. IP/01/1641 del 23 novembre 2001, *La Commissione risolve il caso Marathon con la Thyssengas*, disponibile presso il sito <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/01/1641&format=HTML&aged=1&language=IT&guiLanguage=en>.
- Comunicato stampa della Commissione europea n. IP/03/1129 del 29 luglio 2003, *La Commissione risolve il caso Marathon con la società tedesca del gas BEB*, disponibile presso il sito <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/1129&format=HTML&aged=1&language=IT&guiLanguage=en>.

- Comunicato stampa della Commissione europea n. IP/03/547 del 16 aprile 2003, *Commission's competition services settle Marathon case with Gasunie*, disponibile presso il sito <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/547&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.
- Comunicato stampa della Commissione europea n. IP/04/573 del 30 aprile 2004, *Commission settles Marathon case with Gaz de France and Ruhrgas*, disponibile presso il sito <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/573&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.
- Comunicato stampa della Commissione europea n. IP/05/1626 del 19 dicembre 2005, *Commission publishes discussion paper on abuse of dominance*, pubblicato il 19 dicembre 2005 e reperibile presso il sito <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1626&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.
- Comunicato stampa della Commissione europea n. IP/94/653 del 17 luglio 1994, *Microsoft si impegna a modificare le proprie pratiche relative agli accordi di licenza e la Commissione europea sospende l'azione promossa per violazione delle norme della concorrenza*, disponibile presso il sito <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/94/653&format=HTML&aged=1&language=IT&guiLanguage=en>.
- Comunicato stampa della Commissione europea n. IP/96/1117 del 04 dicembre 1996, *Following an undertaking by AC Nielsen to change its contractual practices, the European Commission suspends its action for breach of the competition rules*, disponibile presso il sito <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/96/1117&format=HTML&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>.
- Comunicazione dell'autorità di vigilanza EFTA che aggiorna la comunicazione relativa ad accordi di importanza minore del 12 gennaio 1994 (in GUCE n. C 281 del 26 settembre 1996, pag. 20-21).
- Congress of the United States of America, 21 CONG. REC. 2461 (1890) (statement of Sen. Sherman).
- Connolly, William P., *Lessons To Be Learned: The Conflict in International Antitrust Law Contrasted With Progress in International Financial Law*, 6 FORDHAM J. CORP. & FIN. L. 207 (2001).
- Crane, Daniel A., *Mixed Bundling, Profit Sacrifice, and Consumer Welfare*, 55 EMORY L.J. 423 (2006).
- Crane, Daniel A., *Multiproduct Discounting: A Myth of Nonprice Predation*, 72 U. CHI. L. REV. 27 (2005).
- Csapek, Juan Carlos, *The Court Went Too Far on Market Power in Aftermarkets: Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 19 IOWA J. CORP. L. 169 (1993).

- Cunningham, Collette B., *In Defense of Member State Culture: The Unrealized Potential of Article 151(4) of the EC Treaty and the Consequences for EC Cultural Policy*, 34 CORNELL INT'L L.J. 119 (2001).
- CZAPRACKA, KATARZYNA, *INTELLECTUAL PROPERTY AND THE LIMITS OF ANTITRUST* (Edward Elgar 2009).
- Danger, Kenneth L. & Frech III, H. E., *Critical Thinking About "Critical Loss" in Antitrust*, 46 ANTITRUST BULL. 339 (2001).
- Davidow, Joel & Shapiro, Joel, *The feasibility and Worth of a World Trade Organization Competition Agreement*, 37(1) J. WORLD TRADE 49 (2003).
- Davidow, Joel, *The Worldwide Influence of United States Antitrust*, 35 ANTITRUST BULL. 603 (1990).
- DAVIS, PETER JOHN & GARCÉS, ELIANA, *QUANTITATIVE TECHNIQUES FOR COMPETITION AND ANTITRUST ANALYSIS* 27 (Princeton University Press 2010).
- De Araujo, José Tavares Jr. & Tineo, Luis, *Harmonization of Competition Policies Among Mercosur Countries*, 24 BROOKLYN J. INT'L L. 441 (1998).
- DE LOMBAERDE, PHILIPPE & VAN LANGENHOVE, LUK, *MULTILATERALISM, REGIONALISM AND BILATERALISM IN TRADE AND INVESTMENT* (Springer 2007).
- De Smet, Dieter, *The Diametrically Opposed Principles of US and EU Antitrust Policy*, 29(6) EUR. COMPETITION L. REV. 356 (2008).
- Deacon, David, *Vertical Restraints Under EU Competition Law: New Directions*, 1995 FORDHAM CORP. L. INST. 307, par. 9.
- DEHOUSSE, RENAUD, *THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE: THE POLITICS OF JUDICIAL INTEGRATION* 125 (Palgrave Macmillan 1998).
- Demsetz, Harold *Industry Structure, Market Rivalry, and Public Policy*, 3 J. L. ECON. 1 (1973).
- Demsetz, Harold *Two Systems of Belief About Monopoly*, in *MERGERS AND ACQUISITIONS: CRITICAL PERSPECTIVES ON BUSINESS AND MANAGEMENT* (Paul Temple & Simon Peck eds., Routledge 2002).
- Department of Justice 1992 Horizontal Merger Guidelines, 57 Fed. Reg. 41,552 (1992).
- DI VIA C., *L'impresa*, in *Diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, I, Padova, CEDAM, 1997, pag. 278 e ss.
- Diamond, S. Lynn, *Empagran, the FTAIA and Extraterritorial Effects: Guidance to Courts Facing Questions of Antitrust Jurisdiction Still Lacking*, 31 BROOKLYN J. INT'L L. 805 (2006).

- Doern, G. Bruce, *Comparative Competition Policy: Boundaries and Levels of Political Analysis*, in *COMPARATIVE COMPETITION POLICY: NATIONAL INSTITUTIONS IN A GLOBAL MARKET* 7 (G. Bruce Doern & Stephen Wilks eds., Oxford University Press 1996).
- Dogan, Stacey L. & Lemley, Mark A., *Antitrust Law and Regulatory Gaming*, 87 *TEX. L. REV.* 685 (2009).
- Drauz, Gotz, *European Union Law: Unbundling GE/Honeywell: The Assessment of Conglomerate Mergers Under EC Competition Law*, 25 *FORDHAM INT'L L.J.* 885 (2002).
- Eagles, I. & Longdin, L., *Microsoft's Refusal to Disclose Software Interoperability Information and the Court of First Instance*, 5 *EUR. INTELL. PRO. L. REV.* 205 (2008).
- Easterbrook, Frank H., *The Limits of Antitrust*, 63 *TEX. L. REV.* 1 (1984).
- Economic Advisory Group for Competition Policy (EU), *Report by the EAGCP, An Economic Approach to Article 82*, luglio 2005, disponibile presso il sito [http://ec.europa.eu/competition/publications/studies/eagcp\\_july\\_21\\_05.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf).
- Edlin, Aaron S., *Stopping Above-Cost Predatory Pricing*, 111 *YALE L.J.* 941 (2002).
- Ehlermann, Claus-Dieter & Ehring, Lothar, *WTO Dispute Settlement and Competition Law: Views From the Perspective of the Appellate Body's Experience*, 26 *FORDHAM INT'L L.J.* 1505 (2003).
- Eilmansberger, Thomas, *How to Distinguish Good from Bad Competition under Article 82 EC: In Search of Clearer and More Coherent Standards for Anti-Competitive Abuses*, 42 *COMMON MKT. L. REV.* 129 (2005).
- Elhauge, Einer, *Harvard, Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent Supreme Court Decisions?*, 3 *COMPETITION POL'Y INT'L* 2 (2007).
- Elzinga, Kenneth G. & Hogarty, Thomas F., *The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits*, 18 *ANTITRUST BULL.* 45 (1973).
- Elzinga, Kenneth G. & Hogarty, Thomas F., *The Problem of Geographic Market Delineation Revisited: The Case of Coal*, 23 *ANTITRUST BULL.* 1 (1978).
- Elzinga, Kenneth G. & Hogarty, Thomas F., *Utah Pie and the Consequences of Robinson-Patman*, 21(2) *J.L. & ECON.* 427 (1978).
- Elzinga, Kenneth G. & Mills, David E., *Predatory Pricing and Strategic Theory*, 89 *GEO. L.J.* 2475, 2484 (2001).
- Elzinga, Kenneth G. & Mills, David E., *Testing for Predation: Is Recoupment Feasible?*, 34 *ANTITRUST BULL.* 869 (1989).
- Englert, Roy T. Jr., *Defending the Result in Lepage's v. 3M: A Response to Other Commentators*, 50 *ANTITRUST BULL.* 481 (2005).

- EUCKEN, WALTER, *DIE GRUNDLAGEN DER NATIONALOKONOMIE* 196-204 (9th ed. 1989) (1939).
- Eucken, Walter, *I fondamenti della economia politica*, Firenze, Sansoni, 1951.
- European Commission *Microsoft - Questions and Answers on Commission Decision*, MEMO/04/70, 24 marzo 2004, disponibile presso il sito <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/04/70&format=PDF&aged=1&language=EN&guiLanguage=en>.
- Evans, David S. & Padilla, Jorge A., *Tying Under Article 82 EC and the Microsoft Decision: A Comment on Dolmans and Graf*, 27 *WORLD COMPETITION* 503 (2004).
- Evans, David S. & Salinger, Michael, *Why Do Firms Bundle and Tie? Evidence from Competitive Markets and Implications for Tying Law*, 22 *YALE J. ON REG.* 37 (2005).
- Ezrachi, Ariel *Globalization of Merger Control: A Look at Bilateral Cooperation Through the GE/Honeywell Case*, 14 *FLA. J. INT'L L.* 397 (2002).
- Ezrachi, Ariel, *The Role of Voluntary Frameworks in Multinational Cooperation Over Merger Control*, 36 *GEO. WASH. INT'L L. REV.* 433 (2004).
- Federal Trade Commission, *Prepared Statement of the Federal Trade Commission presented by Robert Pitofsky, Chairman before the Subcommittee on Antitrust, Business Rights, and Competition Committee on the Judiciary United States Senate May 4, 1999*, disponibile presso il sito [http://www.ftc.gov/os/1999/05/positivecomitytestimony.htm#N\\_10\\_](http://www.ftc.gov/os/1999/05/positivecomitytestimony.htm#N_10_).
- Federal Trade Commission, *Statement of Commissioners Harbour, Leibowitz, and Roesch on the Issuance of the Section 2 Report by the Department of Justice (8 Set. 2008)*, disponibile presso il sito <http://www.ftc.gov/os/2008/09/080908section2stmt.pdf>.
- Federal Trade Commission, *Statement of Robert Pitofsky Chairman, U.S. Federal Trade Commission before the Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Business Rights and Competition, October 2, 1998*, disponibile presso il sito <http://www.ftc.gov/os/1998/10/interant.htm>.
- FEJØ, JENS, *MONOPOLY LAW AND MARKET* 29 (Kluwer Law and Taxation Publishers 1990).
- Fernandes, Siddharth, *F. Hoffman-Laroche, Ltd. v. Empagran and the Extraterritorial Limits of United States Antitrust Jurisdiction: Where Comity and Deterrence Collide*, 20 *CONN. J. INT'L L.* 267 (2005).
- FINE, FRANK L., *MERGERS AND JOINT VENTURES IN EUROPE: THE LAW AND POLICY OF THE EEC* 84 (Aspen 1994).
- Finel, Lisbe, *The Article 82 Reform: Increasing the Incentives to Comply?*, 32(3) *WORLD COMPETITION* 283 (2009).



- FIRST, HARRY & FOX, ELEANOR M. & PITOFKY, ROBERT, *REVITALIZING ANTITRUST IN ITS SECOND CENTURY: ESSAYS ON LEGAL, ECONOMIC, AND POLITICAL POLICY* 76 (Quorum 1991).
- Fischer, David *FTC Commissioner Claims DOJ Attorneys Chase Him Away with Torches* (1<sup>o</sup> Feb. 2007), disponibile presso il sito <http://www.antitrustreview.com>.
- FISHER, FRANKLIN M. & MCGOWAN, JOHN J. & GREENWOOD, JOEN E., *FOLDED, SPINDLED, AND MUTILATED: ECONOMIC ANALYSIS AND U.S. v. IBM* 272 (MIT Press 1985).
- Fisher, Franklin M., *Matsushita: Myth v. Analysis in the Economics of Predation*, 64 CHI. KENT L. REV. 969 (1988).
- Fisher, Franklin M., *The IBM and Microsoft Cases: What's the Difference?*, 90 AM. ECON. REV. 180 (2000).
- Forrester, Ian, *Competition Law Implementation at Present*, in *EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 1997: OBJECTIVES OF COMPETITION POLICY* 359 (Claus Dieter Ehlermann & Laraine Laudati eds., Hart 1998).
- Foster, Sharon E., *While America Slept: The Harmonization of Competition Laws Based Upon the European Union Model*, 15 EMORY INT'L L. REV. 467 (2001).
- Fox, Eleanor M. & Sullivan, Lawrence A., *Antitrust - Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?*, 62 N.Y.U. L. REV. 936 (1987).
- Fox, Eleanor M., *Consumer Beware Chicago*, 84 MICH. L. REV. 1714 (1986).
- Fox, Eleanor M., *Introduction, The 1982 Merger Guidelines: When Economists Are Kings?*, 71 CALIF. L. REV. 281 (1983).
- Fox, Eleanor M., *Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, 66 CORNELL L. REV. 1140 (1981).
- Frech III, H. E. & Langenfeld, James & McCluer, R. Forrest, *Elzinga-Hogarty Tests and Alternative Approaches for Market Share Calculations in Hospital Markets*, 71 ANTITRUST L.J. 921 (2004).
- Georgiev, Stephanov, *Contagious Efficiency: The Growing Reliance on U.S.-Style Antitrust Settlements in EU Law*, UTAH L. REV. 971 (2007).
- Gerber, David J., *Law and the Abuse of Economic Power in Europe*, 62 TUL. L. REV. 57 (1987).
- Gerber, David J., *U.S. Anti-Trust Law and the Convergence of Competition Laws*, 50 AM. J. COMP. L. SUPP. 263 (2002).
- Gerhart, Peter M., *The Supreme Court and Antitrust Analysis: The (Near) Triumph of the Chicago School*, 1982 SUP. CT. REV. 319 (1982).

- Geroski, P. A., *Innovation, Technological Opportunity, and Market Structure*, 42(3) OXFORD ECON. PAPERS 586 (1990).
- Ghezzi, Federico, *L'accordo di cooperazione fra Stati Uniti e CEE in materia di tutela della concorrenza*, in "Rivista delle Società", 1992, fasc. 1-2, pagg. 244-259.
- Ghezzi, Federico, *Verso un diritto antitrust comune? il processo di convergenza delle discipline statunitense e comunitaria in materia di intese*, in "Rivista delle Società", 2002, fasc. 2-3, pagg. 499-595.
- Gifford, Daniel J., *The Role of the Ninth Circuit in the Development of the Law of Attempt to Monopolize*, 61 NOTRE DAME L. REV. 1021 (1986).
- Gitter, Donna M., *The Conflict in the European Community Between Competition Law and Intellectual Property Rights: A Call for Legislative Clarification of the Essential Facilities Doctrine*, 40 AM. BUS. L.J. 217 (2003).
- Glynn, Edward F. Jr., *International Agreements to Allocate Jurisdiction Over Mergers*, in 1990 FORDHAM CORP. L. INST. 35 (Barry E. Hawk ed., 1991).
- GOLDSCHMID, HARVEY J. & MANN, H., *INDUSTRIAL CONCENTRATION: THE NEW LEARNING* 101 (Little Brown and Company 1974).
- Goldstein, Ernest, *Effect of Foreign Antitrust Laws on United States Business*, 12 SOUTHWESTERN L. J. 405 (1958).
- Gormsen, Liza Lovdahl, *Article 82 EC: Where are we coming from and where are we going to?*, 2(2) COMPETITION L. REV. 5 (2006).
- Goulet, Dawn, *Justice Department's Section 2 Report Sparks a Heated Debate in the Antitrust Community*, 21 LOY. CONSUMER L. REV. 268 (2008).
- Government of the United States of America, *Report of the White House Task Force on Antitrust Policy* (1969), 115 Cong. Rec. 11, 13890.
- Grady, Katherine C., *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v. Hyde: Time to Apply the Rule of Reason to Tying Arrangements*, 70 IOWA L. REV. 565 (1985).
- Griffin, Joseph P., *EC And U.S. Extraterritoriality: Activism and Cooperation*, 17 FORDHAM INT'L L.J. 353 (1994).
- Griffin, Joseph P., *Jurisdiction and Enforcement: Foreign Governmental Reactions to U.S. Assertions of Extraterritorial Jurisdiction*, 6 GEO. MASON L. REV. 505 (1998).
- Guzman, Andrew T., *Is International Antitrust Possible?*, 73 N.Y.U. L. REV. 1501 (1998).
- HADLEY, ARTHUR, *RAILROAD TRANSPORTATION. ITS HISTORY AND ITS LAWS* (Putnam 1886).
- Hawk, Barry E., *System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*, 32 COMMON MKT. L. REV. 973, 974-86 (1995).

- Hawley, Ellis W., *Herbert Hoover, the Commerce Secretariat, and the Vision of an "Associative State"*, 61 J. AM. HIST. 116 (1974).
- Hawley, Ellis W., *Three Facets of Hooverian Associationalism*, in REGULATION IN PERSPECTIVE: HISTORICAL ESSAYS 95 (Thomas K. McCraw ed., 1981).
- Heiner, David A., *Assessing Tying Claims in the Context of Software Integration: A Suggested Framework for Applying the Rule of Reason Analysis*, 72 U. CHI. L. REV. 123 (2005).
- Hight, Keith & Kahale, George III & Gill, David G., *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 88 AM. J. INT'L L. 109 (1994).
- Hildebrand, Doris, *The European School in EC Competition Law*, 25 WORLD COMPETITION 3 (2002).
- HIMMELBERG, ROBERT F., ANTITRUST AND BUSINESS REGULATION IN THE POSTWAR ERA, 1946-1964 73 (Garland 1994).
- Hofstadter, Richard, *What Happened to the Antitrust Movement*, in THE PARANOID STYLE IN AMERICAN POLITICS AND OTHER ESSAYS 192-94 (Harvard University Press 1966).
- Hogan & Hartson LLP *Antitrust Enforcement in the Obama Administration*, ANTITRUST UPDATE (15 Dic. 2008), disponibile presso il sito [http://www.hoganlovells.com/files/Publication/431c73ea-d08a-4d81-ab8a-0a4c038a5fc9/Presentation/PublicationAttachment/872cda46-7231-4395-bee9-134d4ceed8b0/AntitrustObamaTransisiti on.pdf](http://www.hoganlovells.com/files/Publication/431c73ea-d08a-4d81-ab8a-0a4c038a5fc9/Presentation/PublicationAttachment/872cda46-7231-4395-bee9-134d4ceed8b0/AntitrustObamaTransisiti%20on.pdf).
- Hotelling, Harold, *The General Welfare in Relation to Problems of Taxation and of Railway and Utility Rates*, 6 ECONOMETRICA 242 (1938).
- Houck, Stephen D., *Injury to Competition/Consumers in High Tech Cases*, 75 ST. JOHN'S L. REV. 593, 595 (2001).
- HOVENKAMP HERBERT, ENTERPRISE AND AMERICAN LAW (1836-1937) 145-46 (Harvard University Press 1991).
- Hovenkamp, Herbert, *Antitrust Policy After Chicago*, 84 MICH. L. REV. 213 (1985).
- Hovenkamp, Herbert, *Competition Law Implementation at Present*, in EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 1997: OBJECTIVES OF COMPETITION POLICY 417 (Claus Dieter Ehlermann & Laraine Laudati eds., Hart 1998).
- HOVENKAMP, HERBERT, FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE 308 (Thomson West 2005).
- Hovenkamp, Herbert, *The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm*, in HOW THE CHICAGO SCHOOL OVERSHOT THE MARK: THE EFFECT OF CONSERVATIVE ECONOMIC ANALYSIS ON U.S. ANTITRUST 109 (Robert Pitofsky ed., 2008).

- Hovenkamp, Herbert, *The Neal Report and the Crisis in Antitrust* (2009), disponibile presso il sito <http://ssrn.com/abstract=1348707>.
- Hovenkamp, Herbert, *United States Competition Policy in Crisis: 1890-1955*, 94 MINN. L. REV. 311 (2009).
- Howarth, David & McMahon, Kathryn, *Windows has Performed an Illegal Operation: The Court of First Instance's Judgment in Microsoft v. Commission*, 29 EUR. COMM. L. REV. 117 (2008).
- HYLTON, KEITH N., *ANTITRUST LAW: ECONOMIC THEORY AND COMMON LAW EVOLUTION* 90 (Cambridge University Press 2003).
- Hymowitz, Sandra C., *Extraterritorial Application of the Sherman Act to Foreign Corporations*, 11 DEL. J. CORP. L. 513 (1987).
- INTERNATIONAL COMPETITION POLICY ADVISORY COMMITTEE TO THE ATTORNEY GENERAL AND ASSISTANT ATTORNEY GENERAL FOR ANTITRUST, FINAL REPORT (Feb. 2000), disponibile presso il sito <http://www.justice.gov/atricpac/finalreport.htm>.
- James, Charles A., *Recent Developments and Future Challenges at the Antitrust Division, Remarks Before the Dallas Bar Association, Dallas, Texas (Sept. 17, 2002)* disponibile presso il sito <http://www.usdoj.gov/atric/public/speeches/200239.pdf>.
- Jenny, Frédéric, *The Economic and Financial Crisis, Regulation and Competition*, 32(4) WORLD COMPETITION 449 (2009).
- Joffe, Robert D., *Antitrust Law and Proof of Consumer Injury*, 75 ST. JOHN'S L. REV. 615 (2001).
- JOLIET, RENÉ, *MONOPOLIZATION AND ABUSE OF DOMINANT POSITION: A COMPARATIVE STUDY OF THE AMERICAN AND EUROPEAN APPROACHES TO THE CONTROL OF ECONOMIC POWER* (Nijhoff 1970).
- Kallaugher, John J. & Sher, Brian, *Rebates Revisited: Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse under Article 82*, 25 EUR. COMPETITION L. REV. 263 (2004).
- Kallaugher, John J. & Venit, James S., *Essential Facilities: A Comparative Law Approach*, in 1994 FORDHAM CORP. L. INST. 315 (Barry Hawk ed., 1995).
- Karacan, Pinar, *Differences in Merger Analysis Between the United States and the European Union, Highlighted in the Context of the Boeing/McDonnell Douglas and GE/Honeywell Mergers*, 17 TRANSNAT'L LAW. 209 (2004).
- Karpel, Amy Ann, *The European Commission's Decision on the Boeing-McDonnell Douglas Merger and the Need For Greater U.S.-EU Cooperation in The Merger Field*, 47 AM. U.L. REV. 1029 (1998).
- Katz, Ariel, *Making Sense of Nonsense: Intellectual Property, Antitrust, and Market Power*, 49 ARIZ. L. REV. 837 (2007).

- KATZ, MICHAEL L. & ROSEN, HARVEY S., MICROECONOMIA 548 (McGraw-Hill 1996).
- Katz, Michael L. & Shelanski, Howard A., *Merger Policy and Innovation: Must Enforcement Change to Account for Technological Change?*, 5 INNOVATION POL'Y & ECON. 109 (2005).
- Kauffman, Michael H., *Image Technical Services, Inc. V. Eastman Kodak Co.: Taking One Step Forward and Two Steps Back in Reconciling Intellectual Property Rights and Antitrust Liability*, 34 WAKE FOREST L. REV. 471 (1999).
- Kauper, Thomas E., *The Problem of Market Definition Under EC Competition Law*, in 1996 FORDHAM CORP. L. INST. 256 (Barry Hawk ed., Juris Publishing 1997).
- KAYSSEN, CARL & TURNER, DONALD F., ANTITRUST POLICY: AN ECONOMIC AND LEGAL ANALYSIS (Harvard University Press 1959).
- Kearns, Jason E., *International Competition Policy and the GATS: A Proposal to Address Market Access Limitations in the Distribution Services Sector*, 22 U. PA. J. INT'L ECON. L. 285 (2001).
- Keegan, Laura E., *The 1991 U.S./EC. Competition Agreement: A Glimpse of the Future Through the U.S. v. Microsoft Corp. Window*, 2 J. INT'L. LEGAL STUD. 149 (1996).
- Kezsbom, Allen, & Goldman, Alan V., *No Shortcut to Antitrust Analysis: The Twisted Journey of The "Essential Facilities" Doctrine*, 1996 COLUM. BUS. L. REV. 1 (1996).
- Khemani, Shyam & Schöne, Rainer, *Competition Policy Objectives in the Context of a Multilateral Competition*, in EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 1997: THE OBJECTIVES OF COMPETITION POLICY 187 (Claus Dieter Ehlermann & Laraine L. Laudati eds., Hart 1998).
- KINTNER, EARL W., FEDERAL ANTITRUST LAW § 9.1 (Anderson Publishing 1980).
- Kirkwood, John B. & Lande, Robert H., *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, 84 NOTRE DAME L. REV. 191 (2008).
- Klein, Benjamin, *Exclusive Dealing As Competition for Distribution "On The Merits"*, 12 GEO. MASON L. REV. 119 (2003).
- Klein, Joel I., *Anticipating the Millennium: International Antitrust Enforcement at the End of the Twentieth Century*, *Address Before the 24th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy (Oct. 16-17, 1997)*, disponibile presso il sito <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/1233.pdf>.
- Klein, Joel I., *Time for a Global Competition Initiative?*, *Speech of the Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice at the EC Merger Control 10th Anniversary Conference, Brussels, Belgium, September 14, 2000*, disponibile presso il sito <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/6486.pdf>.

- KLEIN, MAURY, *THE GENESIS OF INDUSTRIAL AMERICA (1870-1920)* 127 (Cambridge University Press 2007).
- KOBAYASHI, HIDEAKI, *THE WTO AND COMPETITION POLICY*, in 1997 FORDHAM CORP. L. INST. 1 (Barry E. Hawk ed., 1998).
- Kolasky, William J., *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a Long Way from Chicago to Brussels*, 10 GEO. MASON L. REV. 533 (2002).
- Kolasky, William J., *The International Competition Network Guiding Principles for Merger Review, Remarks Before the International Bar Association Sixth Annual Competition Conference, Fiesole, Italy (Sept. 20, 2002)*, disponibile presso il sito <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/200234.htm>.
- KORAH, VALENTINE, *AN INTRODUCTORY GUIDE TO EC COMPETITION LAW AND PRACTICE* 8 (IX ed., Hart Publishing 2007).
- Korah, Valentine, *Concept of a Dominant Position Within the Meaning of Article 86*, 17 COMMON MKT. L. REV. 395 (1980).
- Korah, Valentine, *EEC Competition Policy: Legal Form or Economic Efficiency*, 39 CURRENT LEGAL PROBS. 85 (1986).
- Korah, Valentine, *The Interface Between Intellectual Property and Antitrust: The European Experience*, 69 ANTITRUST L.J. 801 (2002).
- Kottke, Frank J., *Simultaneous Price Fluctuations as a Test of the Significance of Product Substitution*, 5 ANTITRUST BULL. 627 (1960).
- Kovacic, William E. & Shapiro, Carl, *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Analysis*, 14 J. EC. PERSPECTIVES 43 (2000).
- Kovacic, William E., *Failed Expectations: The Troubled Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration*, 74 IOWA L. REV. 1105 (1989).
- Kruse, Layne E., *Deconcentration and Section 5 of the Federal Trade Commission Act*, 46 GEO. WASH. L. REV. 200 (1978).
- Lande, Robert H., *The Rise and (Coming) Fall of Efficiency as the Ruler of Antitrust*, 33 ANTITRUST BULL. 429 (1988).
- Lande, Robert H., *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, 34 HASTINGS L.J. 65 (1982).
- Landes, William M. & Posner, Richard A., *Market Power in Antitrust Cases*, 94 HARV. L. REV. 937 (1981).
- Landes, William M., *Optimal Sanctions for Antitrust Violations*, 50 U. CHI. L. REV. 652.
- LANDSBURG, STEVEN E., *PRICE THEORY & APPLICATIONS* 329 (6th ed. 2005). ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *MARKET POWER HANDBOOK 2* (2005).

- Langenfeld, James & Li, Wenqing, *Critical Loss in Evaluating Mergers*, 46 ANTITRUST BULL. 299 (2001).
- Langer, J., *The Court of First Instance's Microsoft Decision: Just an Orthodox Ruling in an On-Orthodox Case*, 35(2) LEGAL ISSUES ECON. INTEGRATION 183 (2008).
- LANGER, JURIAN, TYING AND BUNDLING AS A LEVERAGING CONCERN UNDER EC COMPETITION LAW (Kluwer 2007).
- Lao, Marina, *Reclaiming a Role for Intent Evidence in Monopolization Analysis*, 54 AM. U.L. REV. 151 (2004).
- LAWRENCE A. SULLIVAN, HANDBOOK OF THE LAW OF ANTITRUST 117 (West 1977).
- Leary, Thomas B., *The Essential Stability of Merger Policy in the United States*, 70 ANTITRUST L.J. 105 (2002).
- Leslie, Christopher R., *Trust, Distrust, and Antitrust*, 82 TEX. L. REV. 515 (2004).
- LETWIN, WILLIAM, LAW AND ECONOMIC POLICY IN AMERICA: THE EVOLUTION OF THE SHERMAN ANTITRUST ACT 53 (University of Chicago Press 1981).
- Lianos, Ioannis, *The Contribution of the United Nations to the Emergence of Global Antitrust Law*, 15 TUL. J. INT'L & COMP. L. 415 (2007).
- LIPSEY, RICHARD G. & STEINER, PETER O. & PURVIS, DOUGLAS D., ECONOMICS (7th ed., Harper & Row 1984).
- Lowe, Philip *Discorso alla Fordham Antitrust Conference a Washington il 23 ottobre 2003*, pubblicato in 2003 FORDHAM CORP. L. INST. 163 (Barry Hawk ed., Juris Publishing 2004).
- Lowe, Philip, *Competition Policy and the Economic Crisis*, 5 COMPETITION POL'Y INT'L 3 (2009).
- Lowenfeld, Andreas F., *Conflict, Balancing of Interests, and the Exercise of Jurisdiction to Prescribe: Reflections on the Insurance Antitrust Case*, 89 AM. J. INT'L L. 42 (1995).
- Luz, Kathleen, *The Boeing-McDonnell Douglas Merger: Competition Law, Parochialism, and The Need for a Globalized Antitrust System*, 32 GEO. WASH. J. INT'L L. & ECON. 155 (1999).
- Majone, Giandomenico, *The Rise of Statutory Regulation in Europe*, in REGULATING EUROPE 51 (Routledge 1996).
- Malinauskaite, Jurgita, *Harmonisation in Competition Law in the Context of Globalisation*, 21 EUR. BUS. L. REV. 369 (2010).
- Mann, Frederick A., *Responsibility of Parent Companies for Foreign Subsidiaries*, in EXTRA-TERRITORIAL APPLICATION OF LAWS AND RESPONSES THERETO 162 (Cecil J. Olmstead ed., ESC 1984).

- Manne, Henry G., *The Perplexing Du Pont Case: Additional Confusion in the Law of Mergers*, 106 U. PA. L. REV. 385 (1958).
- MANSFIELD, EDWIN & YOHE, GARY, MICROECONOMICS: THEORY/APPLICATIONS (11th ed. 2004).
- Markovits, Richard, *Some Preliminary Notes on the Antitrust Laws' Economic Tests of Legality*, 27 STAN. L. REV. 841 (1975).
- Marsden, Philip, *The Monopolization/Abuse Offense: Picking Over the CFI Microsoft Judgment of 17 September, 2007*, 20 LOY. CONSUMER L. REV. 172 (2008).
- MARSHALL, ALFRED, PRINCIPLES OF ECONOMICS (1890).
- Mason Edward S., *Price and Production Policies of Large Scale Enterprises*, 29 AM. ECON. REV. 61 (1949).
- Mason Edward S., *Price and Production Policies of Large-Scale Enterprises*, 29 AER PAPERS & PROC. 61 (1939).
- Mason Edward S., *The Current State of the Monopoly Problem in the United States*, 62 HARV. L. REV. 1265 (1949).
- Mason, Edward S., *Price and Production Policies of Large Scale Enterprises*, 29 AM. ECON. REV. 61 (1949).
- Mason, Edward S., *The Current State of the Monopoly Problem in the United States*, 62 HARV. L. REV. 1265 (1949).
- MATSUSHITA, MITSUI, REFLECTIONS ON COMPETITION POLICY/LAW IN THE FRAMEWORK OF THE WTO, in 1997 FORDHAM CORP. L. INST. 31 (Barry E. Hawk ed., 1998).
- MAXEINER, JAMES A., POLICY AND METHODS IN GERMAN AND AMERICAN ANTITRUST LAW (Praeger 1986).
- MCELWEE D., *Should the European Commission adopt "Amnesty plus" in its fight against hardcore cartels?*, 25(9) EUR. COMPETITION L. REV. 558 (2004).
- McGowan, David, *Networks and Intention in Antitrust and Intellectual Property Law*, 24 J. CORP. L. 485 (1999).
- Meessen, Karl M., *Antitrust Jurisdiction Under Customary International Law*, 78 AM. J. INT'L L. 783 (1984).
- Microsoft Settles Accusations of Monopolistic Selling Practices*, 67 ANTITRUST & TRADE REG. REP. (BNA) 106 (21 luglio 1994).
- Microsoft's European Hearing and America's Future*, in TechNewsWorld 28 aprile 2006, disponibile presso il sito <http://www.technewsworld.com/rsstory/50207.html>.



- MIKSCH, LEONHARD, WETTBEWERB ALS AUFGABE: GRUNDSATZE EINER WETTBEWERBSORDNUNG (2° ed. 1947).
- Moldén, Robert, *Mandatory Supply of Interoperability Information: The Microsoft Judgment*, 9 EUR. BUS. ORG. L. REV. 305 (2008).
- Monroe, Murray S., *Antitrust Symposium: Vertical Restraints*, 27 U. TOL. L. REV. 433 (1996).
- Monti, Giorgio, *Article 81 EC and Public Policy*, 39(5) COMM. MKT. L. REV. 1057 (2002).
- Monti, Mario, discorso reso all' "8<sup>th</sup> EU Competition Law and Policy Workshop", EUI, giugno 2003, pubblicato in EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 2003: WHAT IS AN ABUSE OF DOMINANT POSITION? 3 (Claus-Dieter Ehlermann & Isabela Atanasiu eds., Hart Publishing 2006).
- Morgan, M. S., *Competing Notions of 'Competition' in Late Nineteenth-Century American Economics*, 25 HIST. POL. ECON. 563 (1993).
- Morrisey, M. A. & Sloan, F. A. & Valnova, J., *Defining Geographic Markets for Hospital Care*, 51 L. CONTEMP. PROBS. 165 (1988).
- MORRISON, ALAN B., FUNDAMENTALS OF AMERICAN LAW (OUP/New York University School of Law 1996).
- MOTTA, MASSIMO, COMPETITION POLICY: THEORY AND PRACTICE 26 (Cambridge University Press 2004).
- Murphy, Richard P., *Keys to Unlock the Interlocks: Dealing With Interlocking Directorates*, 11 U. MICH. J. L. REFORM (1978).
- Neal, Phil C., *The Clayton Act and the Transamerica Case*, 5 STAN. L. REV. 179 (1953).
- Neven, Damien, *Working Paper on Competition Policy Objectives*, in EUROPEAN COMPETITION LAW ANNUAL 1997: OBJECTIVES OF COMPETITION POLICY 111 (Claus Dieter Ehlermann & Laraine L. Laudati eds., Hart 1998).
- Niels, Gunnar & Jenkins, Helen, *Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effects Breaks Down*, 26(11) EUR. COMPETITION L. REV. 605 (2005).
- Nihoul, Paul, *The Limitation of Intellectual Property in the Name of Competition*, 32 FORDHAM INT'L L.J. 489 (2009).
- Norton, Joseph Jude, *The European Court of Justice Judgement in United Brands: Extraterritorial Jurisdiction and Abuse of Dominant Position*, 8 DENV. J. INT'L L. & POL'Y 379 (1979).
- Novak, William J., *The American Law of Association: The Legal-Political Construction of Civil Society*, 15 STUD. AM. POL. DEV. 163 (2001).
- O'DONOGHUE, ROBERT & PADILLA, JORGE, THE LAW AND ECONOMICS OF ARTICLE 82 EC 182-84 (Hart Publishing 2006).

- O'KEEFE, THOMAS ANDREW, *LATIN AMERICAN AND CARIBBEAN TRADE AGREEMENTS: KEYS TO A PROSPEROUS COMMUNITY OF THE AMERICAS* 284-86 (Nijhoff 2009).
- Obama, Barack, President-Elect of the United States, Statement for the American Antitrust Institute (Sept. 27, 2007), disponibile presso il sito [http://www.antitrustinstitute.org/files/aai-%20Presidential%20campaign%20-%20Obama%209-07\\_092720071759.pdf](http://www.antitrustinstitute.org/files/aai-%20Presidential%20campaign%20-%20Obama%209-07_092720071759.pdf).
- Odudu, Okeoghene, *Article 81(3), Discretion and Direct Effect*, 17 EUR. COMPETITION L. REV. 20 (2002).
- OECD, *Council Recommendation Concerning a Consultation and Conciliation Procedure on Restrictive Business Practices Affecting International Trade*, C (73) 99 (Final), 3 luglio 1973, 19 ANTITRUST BULL. 283 (1974).
- OECD, *Council Recommendation Concerning Cooperation between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade*, 5 ottobre 1967, 8 I.L.M. 1309 (1969).
- OECD, ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, *PREDATORY PRICING* 76 (O.E.C.D. 1989), disponibile presso il sito <http://www.oecd.org/dataoecd/7/54/2375661.pdf>.
- OECD, *Revised Recommendation of the OECD Council Concerning Cooperation Between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting Trade*, OECD Doc. No. C (86) 44 (Final), 21 maggio 1986, così come emendata dalla *Recommendation of the OECD Council Concerning Cooperation Between Member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade*, OECD Doc. No. C(95)130 (final), 27-28 luglio 1995, 35 I.L.M. 1314 (1996).
- OPPENHEIM, S. CHESTERFIELD & WESTON, GLEN E. & MCCARTHY, J. THOMAS, *FEDERAL ANTITRUST LAWS: CASES, TEXT, AND COMMENTARY* 386 (4th ed., West 1981).
- Patterson, Mark R., *Product Definition, Product Information, and Market Power: Kodak in Perspective*, 73 N.C. L. REV. 185 (1994).
- Patterson, Mark R., *The Market Power Requirement in Antitrust Rule of Reason Cases: A Rhetorical History*, 37 SAN DIEGO L. REV. 1 (2000).
- Peck, Brian, *Extraterritorial Application of Antitrust Laws and the U.S.-EU Dispute Over the Boeing and McDonnell Douglas Merger: From Comity to Conflict? An Argument for a Binding International Agreement on Antitrust Enforcement and Dispute Resolution*, 35 SAN DIEGO L. REV. 1163 (1998).
- PERITZ, RUDOLPH J. R., *COMPETITION POLICY IN AMERICA: HISTORY, RHETORIC, LAW* 195-99 (Oxford University Press 2001).
- PHILLIP E. AREEDA & DONALD F. TURNER, *ANTITRUST LAW*, VOL. 3 (Aspen 1978).
- PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, *ANTITRUST LAW*, VOL. 3 (Supp. 2007).

- PHILLIP E. AREEDA & HERBERT HOVENKAMP, *ANTITRUST LAW*, VOL. 3A (2d ed. 2002),
- PINDYCK, ROBERT S. & RUBINFELD, DANIEL L., *MICROECONOMICS* 327 (5th ed. 2001).
- Pitofsky, Robert & Patterson, Donna & Hooks, Jonathan, *The Essential Facilities Doctrine Under US Antitrust Law*, 70 *ANTITRUST L.J.* 443 (2002).
- Ponsoldt, James F. & David, Christopher D., *A Comparison Between U.S. and E.U. Antitrust Treatment of Tying Claims Against Microsoft: When Should the Bundling of Computer Software Be Permitted?*, 27 *NW. J. INT'L L. & BUS.* 421 (2007).
- POSNER, RICHARD A., *ANTITRUST LAW* 33 (University of Chicago Press 2001).
- POSNER, RICHARD A., *ANTITRUST LAW: AN ECONOMIC PERSPECTIVE* 190 (1976).
- Posner, RICHARD A., *The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision*, 45 *U. CHI. L. REV.* 1 (1977).
- Price, Richard G., *Market Power and Monopoly Power in Antitrust Analysis*, 75 *CORNELL L. REV.* 190 (1989).
- Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul, Decision 18/96, Dec. 17, 1996, in 19 *BOLETIM DE INTEGRACAO LATINO-AMERICANA* 73 (1996).
- PSYCHOGIOPOULOU, EVANGELIA, *THE INTEGRATION OF CULTURAL CONSIDERATIONS IN EU LAW AND POLICIES* 281 (Nijhoff 2008).
- Quinn, Michael C., *Predatory Pricing Strategies: The Relevance of Intent Under Antitrust, Unfair Competition, and Tort Law*, 64 *ST. JOHN'S L. REV.* 607 (1990).
- Reich, Norbert, *Competition Law and the Consumer*, in *CURRENT AND FUTURE PERSPECTIVES ON EC COMPETITION LAW* 127 (L. Gormley ed., Kluwer 1997).
- Reynolds, Michael & Macroy, Sarah & Chowdhury, Michelle, *EU Policy in the Financial Crisis: Extraordinary Measures*, 33 *FORDHAM INT'L L.J.* 1670 (2010).
- Ridyard, Derek, *Article 82 Price Abuses – towards a more economic approach*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Annual Workshop/Proceedings 2003, disponibile presso il sito <http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2003/200306COMP-Ridyard-sII.pdf>.
- Ridyard, Derek, *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses Under Article 82: An Economic Analysis*, 23(6) *EUR. COMPETITION L. REV.* 286 (2002).
- Rill, James F. & Wilson, Christine C., *The A.C. Nielsen Case*, in *ROYAL INST. OF INT'L AFFAIRS, ANTITRUST GOES GLOBAL: WHAT FUTURE FOR TRANSATLANTIC COOPERATION?* 192 (Simon J. Evenett, Alexander Lehmann & Benn Steil eds., Brookings 2000).
- ROBERT, RÜDIGER, *KONZENTRATIONSPOLITIK IN DER BUNDESREPUBLIK. DAS BEISPIEL DER ENTSTEHUNG DES GESETZES GEGEN WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN* (Duncker & Humblot 1976).

- Robertson, Kyle, *One Law to Control Them All: International Merger Analysis in the Wake of GE/Honeywell*, 31 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 153 (2008).
- Roessler, Frieder, *Should Principles of Competition Policy be Incorporated into WTO Law Through Non-Violation Complaints?*, 2 J. INT'L ECON. L. 413 (1999).
- Rogers, Wanda Jane, *Beyond Economic Theory: A Model for Analyzing the Antitrust Implications of Exclusive Dealing Arrangements*, 45 DUKE L.J. 1009 (1996).
- Rooney, William H., *Consumer Injury in Antitrust Litigation: Necessary, but by What Standard?*, 75 ST. JOHN'S L. REV. 561 (2001).
- RÖPKE, WILHELM, CIVITAS HUMANA: A HUMANE ORDER OF SOCIETY 372-75.
- Rosch, Thomas J., Commissioner, Federal Trade Commission, *A Peek Inside: One Commissioner's Perspective on the Commission's Roles as Prosecutor and Judge*, discorso pronunciato in occasione del NERA 2008 Antitrust & Trade Regulation Seminar, Santa Fe, New Mexico, il 3 luglio 2008.
- ROYAL INST. OF INT'L AFFAIRS, ANTITRUST GOES GLOBAL: WHAT FUTURE FOR TRANSATLANTIC COOPERATION? 38-39 (Simon J. Evenett, Alexander Lehmann & Benn Steil eds., Brookings 2000).
- Ruffner, Thomas L., *The Failed GE/Honeywell Merger: The Return of Portfolio-Effects Theory?*, 52 DEPAUL L. REV. 1285 (2003).
- Rule, Charles F., *The Justice Department's Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations: A Competition Policy for the 1990s*, Address Before the International Trade Section and Antitrust Committee of the District of Columbia Bar, Washington, D.C. (Nov. 29, 1988).
- SAUTER, WOLF, COMPETITION LAW AND INDUSTRIAL POLICY IN THE EU (O.U.P. 1997).
- Scherer, Frederic M., *Efficiency, Fairness, and the Early Contributions of Economists to the Antitrust Debate*, 29 WASHLURN L. REV. 243 (1989).
- Scherer, Frederic M., *Predatory Pricing and The Sherman Act: A Comment*, 89 HARV. L. REV. 869 (1976).
- Scherer, Frederic M., *Schumpeter and Plausible Capitalism*, 30(3) J. ECON. LITERATURE 1416 (1992).
- SCHUMPETER, JOSEPH A., *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Etas, 5° ed., 2001.
- Schwartz, Ivo E., *Antitrust Legislation and Policy in Germany – A Comparative Study*, 105 U. PA. L. REV. 617 (1957).
- Schwartz, Robert M., *Confusing “Bundling” With “Tying” Under Article 82 EC: “Batteries Included” or “It Only Comes With Fries”*, 6 HASTINGS BUS. L.J. 145 (2010).

- SECTION OF ANTITRUST LAW, AM. BAR ASS'N, COMMENTS OF THE SECTION OF ANTITRUST LAW OF THE AMERICAN BAR ASSOCIATION IN RESPONSE TO THE ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION'S REQUEST FOR PUBLIC COMMENT REGARDING EXCLUSIONARY CONDUCT 8 (2006), disponibile presso il sito <http://www.abanet.org/antitrust/at-comments/2006/03-06/Comments-AMC-ExclusionaryConductFinal.pdf>.
- SHEEHAN, JAMES J., *THE CAREER OF LUJO BRENTANO: A STUDY OF LIBERALISM AND SOCIAL REFORM IN IMPERIAL GERMANY* (University of Chicago Press 1966).
- Sher, Brian, *The Last of the Steam-Powered Trains: Modernising Article 82*, 25(5) EUR. COMPETITION L. REV. 243 (2004).
- Shughart II, William M., *Monopoly and the Problem of the Economists*, 17 MANAGERIAL AND DECISION ECON. 217 (1996).
- Sinclair, Duncan, *Abuse of Dominance at a Crossroads - Potential Effect, Object and Appreciability under Article 82 EC*, 25(8) EUR. COMPETITION L. REV. 491 (2004).
- Singham, Shanker A., *Is It Time for an International Agreement on Uncompetitive Public Sector Practices?*, 27 BROOKLYN J. INT'L L. 35 (2001).
- Singham, Shanker A., *Shaping Competition Policy in the Americas: Scope for Transatlantic Cooperation?*, 24 BROOKLYN J. INT'L L. 363 (1998).
- Snell, Steven L., *Controlling Restrictive Business Practices in Global Markets: Reflections on the Concepts of Sovereignty, Fairness, and Comity*, 33 STAN. J INT'L L. 215 (1997).
- Sokol, D. Daniel, *Order Without (Enforceable) Law: Why Countries Enter Into Non-Enforceable Competition Policy Chapters in Free Trade Agreements*, 83 CHI.-KENT L. REV. 231 (2008).
- Sokol, Daniel, *Monopolists Without Borders: The Institutional Challenge of International Antitrust in a Global Gilded Age*, 4 BERKELEY BUS. L.J. 37 (2007).
- STARACE V., *Le innovazioni istituzionali dell'Atto unico europeo*, in Dir. com. scambi int., 1992, n. 4, p. 583 e ss.
- Steuer, Richard M., *Exclusive Dealing in Distribution*, 69 CORNELL L. REV. 101, 124-33 (1983).
- Stigler, George J. & Sherwin, Robert A., *The Extent of the Market*, 28 J.L. & ECON. 555 (1985).
- Stigler, George J., *A Theory of Oligopoly*, 72 J. POL. ECON. 44 (1964).
- STIGLER, GEORGE J., *THE ORGANIZATION OF INDUSTRY* 67 (University of Chicago Press 1983).
- STIGLER, GEORGE J., *THE THEORY OF PRICE* (Macmillan 1987).

- Stock, Eric J., *Explaining the Differing U.S. and EU Positions on the Boeing/McDonnell-Douglas Merger: Avoiding another Near-Miss*, 20 U. PA. J. INT'L ECON. L. 825 (1999).
- Stockhausen, William E., *The Commercial and Anti-Trust Aspects of Term Requirements Contracts*, 23 N.Y.U.L.Q. REV. 412 (1948).
- Stocking, George W. & Mueller, Willard F., *The Cellophane Case and the New Competition*, 45 AM. ECON. REV. 29 (1955).
- Stuyck, Jules, *European Consumer Law After the Treaty of Amsterdam: Consumer. Policy in or Beyond the Internal Market?*, 37 COMMON MKT. L. REV. 367 (2000).
- Sugden, William, *Global Antitrust and the Evolution of an International Standard*, 35 VAND. J. TRANSNAT'L L. 989 (2002).
- SULLIVAN, E. & HOVENKAMP, H., *ANTITRUST LAW, POLICY, AND PROCEDURE: CASES, MATERIALS, PROBLEMS* 497 (Michie Co. 1984).
- SULLIVAN, LAWRENCE A., *HANDBOOK OF THE LAW OF ANTITRUST §§ 22-32* (West 1977).
- Sullivan, Thomas, *The Economic Jurisprudence of The Burger Court's Antitrust Policy: The First Thirteen Years*, 58 NOTRE DAME L. REV. 1 (1982).
- Swaine, Edward T., *The Local Law of Global Antitrust*, 43 WM. & MARY L. REV. 627 (2001).
- Swift, John QC, *Selective Price Cuts, Discounts and Rebates - EU Competition Law at a Crossroads - Form or Effects*, 4(3) COMPETITION L.J. 197 (2005).
- Tarullo, Daniel K., *Norms and Institutions in Global Competition Policy*, 94 AM. J. INT'L L. 478 (2000).
- Taylor, Jason E. & Klein, Peter G., *An Anatomy of a Cartel: The National Industrial Recovery Act of 1933 and the Compliance Crisis of 1934*, 26 RES. ECON. HIST. 235 (2008).
- Taylor, Jason E., *Cartel Code Attributes and Cartel Performance: An Industry-Level Analysis of the National Industrial Recovery Act*, 50 J. LAW & ECON. 597 (2007).
- Todino, Mario, *International Competition Network The State of Play after Naples*, 26 WORLD COMPETITION 283 (2003).
- Tucker, Kelly L., *In The Wake of Empagran - Lights Out on Foreign Activity Falling Under Sherman Act Jurisdiction? Courts Carve Out a Prevailing Standard*, 15 FORDHAM J. CORP. & FIN. L. 807 (2010).
- Turner, Donald F., *Antitrust Policy and the Cellophane Case*, 70 HARV. L. REV. 281 (1956).
- TURNER, JONATHAN D.C., *INTELLECTUAL PROPERTY AND EU COMPETITION LAW* (Oxford University Press 2008).
- U.S. DEP'T OF JUSTICE, *1992 HORIZONTAL MERGER GUIDELINES*, 57 Fed. Reg. 41,552, 41,558 (1992).

- U.S. DEP'T OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION, COMPETITION AND MONOPOLY: SINGLE-FIRM CONDUCT UNDER SECTION 2 OF THE SHERMAN ACT (2008), disponibile presso il sito <http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf>.
- U.S. Dep't of Justice, Antitrust Division, *Justice Department Withdraws Report on Antitrust Monopoly Law: Antitrust Division to Apply More Rigorous Standard With Focus on the Impact of Exclusionary Conduct on Consumers*, disponibile presso il sito [http://www.justice.gov/atr/public/press\\_releases/2009/245710.pdf](http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2009/245710.pdf).
- U.S. DEP'T OF JUSTICE, MERGER GUIDELINES, 4 Trade Reg. Rep. (CCH) P13,103 (June 14, 1984), § 3.
- ULLRICH, HANNS, THE EVOLUTION OF EUROPEAN COMPETITION LAW: WHOSE REGULATION, WHICH COMPETITION? 161 (Edward Elgar 2006).
- UNCTAD, Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, UN Doc. TD/RBP/CONF/10 (1980), 19 I.L.M. 813 (1980).
- US-EU Merger Working Group, *Best Practices on Cooperation in Merger Investigations*, disponibile presso il sito [http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/eu\\_us.pdf](http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/eu_us.pdf).
- VAN BAEL, IVO, COMPETITION LAW OF THE EUROPEAN COMMUNITY 1301 (Kluwer 2005).
- VAN DEN BERGH, ROGER & CAMESASCA, PETER D., EUROPEAN COMPETITION LAW AND ECONOMICS: A COMPARATIVE PERSPECTIVE 31 (Sweet & Maxwell, 2° ed. 2006).
- Van Gerven, Walter, *EC Jurisdiction in Antitrust Matters: The Wood Pulp Judgment*, in 1989 FORDHAM CORP. L. INST. 451 (Barry E. Hawk ed., 1990).
- Van Miert, Karel, *Frontier-Free Europe* (5 maggio 1993), riportato in Per Jebsen & Robert Stevens, *Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition Under Article 86 of the European Union*, 64 ANTITRUST L.J. 443 (1996).
- Varney, Christine A., Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, *Vigorous Antitrust Enforcement in This Challenging Era*, Remarks as Prepared for the United States Chamber of Commerce, disponibile presso il sito <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/245777.pdf>.
- Veltrup, James D., *Tying and Exclusive Purchasing Arrangements Under EC Competition Law*, 31 COMMON MKT. L. REV. 549 (1994).
- Venit, James S., *Article 82: The Last Frontier - Fighting Fire With Fire?*, 28 FORDHAM INT'L L.J. 1157 (2005).
- Vickers, John, *Healthy Competition and Its Consumer Wins*, 12 CONSUMER POL'Y REV. 142 (2002).
- Vistnes, Gregory S., *Defining Geographic Markets for Hospital Mergers*, 13 ANTITRUST 28 (1999).

- Wachs, Will, *The Microsoft Antitrust Litigation: In the Name of Competition*, 30 U. TOL. L. REV. 485, 498-99 (1999).
- Waelbroeck, Denis, *Michelin II: A Per Se Rule Against Rebates by Dominant Companies?*, 1(1) J. COMPETITION L. & ECON. 149 (2005).
- Waller, Spencer Weber, *The Internationalization of Antitrust Enforcement*, 77 B.U. L. REV. 343 (1997).
- Waller, Weber, *The Twilight of Comity*, 38 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 563 (2000).
- Wentz, Douglas E., *Monopoly Power in Completed and Attempted Monopolization Litigation: The Convergence of Law and Economics*, 90 DICK. L. REV. 261 (1985).
- Werden, Gregory J., *The Limited Relevance of Patient Migration Data in Market Delineation for Hospital Merger Cases*, 8 J. HEALTH ECON. 363 (1989).
- Whinston, Michael D., *Tying, Foreclosure, and Exclusion*, 80 AM. ECON. REV. 837 (1990).
- WHISH, RICHARD, *COMPETITION LAW 19-20* (Oxford University Press 2003).
- WONNACOTT, PAUL & WONNACOTT, RON, *ECONOMICS* 480 (McGraw-Hill 1979).
- Zora, Robert P., *The Bank Failure Crisis: Challenges in Enforcing Antitrust Regulation*, 55 WAYNE L. REV. 1175 (2009).