

Rivista **ODC**

MARIO LIBERTINI

***ABUSO DEL DIRITTO E ABUSO DI POSIZIONE
DOMINANTE***

3

2018

ISSN 2282 - 667X

Direttore responsabile: *Francesco Denozza*

Editorial Board/Direzione scientifica: *Pierre-Henri Conac, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Francesco Denozza, Stefan Grundmann, Carlo Ibba, Jonathan Macey, Marco Maugeri, Vincenzo Meli, Massimo Miola, Andrea Perrone, Serenella Rossi, Giuliana Scognamiglio, Ruggero Vigo*

Editorial Staff/Redazione scientifica: *Alessio Bartolacelli, Ilaria Capelli, Elisabetta Codazzi, Chiara Garilli, Carmen Herrero Suarez, Corrado Malberti, Alessio Scano, Alessandra Zanardo*

Referees/Revisione scientifica: *Niccolò Abriani, Elisabetta Bertacchini, Vincenzo Calandra Buonauro, Lucia Calvosa, Stefano Cerrato, Antonio Cetra, Nicoletta Ciocca, Monica Cossu, Concetto Costa, Renzo Costi, Emanuele Cusa, Vincenzo Di Cataldo, Philipp Fabbio, Marilena Filippelli, Carlo Felice Giampaolino, Gianvito Giannelli, Paolo Giudici, Andrea Guaccero, Gianluca Guerrieri, Giuseppe Guizzi, Aldo Laudonio, Mario Libertini, Elisabetta Loffredo, Giorgio Marasà, Marisaria Maugeri, Aurelio Mirone, Paolo Montalenti, Mario Notari, Michele Perrino, Paolo Piscitello, Giuseppe B. Portale, Gaetano Presti, Roberto Sacchi, Luigi Salamone, Davide Sarti, Laura Schiuma, Maurizio Sciuto, Renato Santagata, Antonio Serra, Marco S. Spolidoro, Lorenzo Stanghellini, Mario Stella Richter, Andrea Tina, Alberto Toffoletto, Umberto Tombari, Paolo Valensise, Francesco Vella, Andrea Vicari, Roberto Weigmann*

ABUSO DEL DIRITTO E ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

MARIO LIBERTINI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Un quadro storico: *monopolization* e abuso di posizione dominante. – 3. La costruzione della fattispecie dell’abuso di posizione dominante nell’elaborazione della Commissione UE e nella giurisprudenza europea: dalla “speciale responsabilità” alla “competizione secondo i meriti”. – 4. Il significato normativo di *competition on the merits*. – 5. Il contributo della dottrina alla costruzione della fattispecie di abuso di posizione dominante. – 6. *Segue*. Alcune proposte dottrinali recenti. Criteri restrittivi ed estensivi, rivalutazione dell’intento monopolistico, *Consumer Choice Theory*. – 7. Conclusioni sulla costruzione della fattispecie dell’abuso di posizione dominante. – 8. Critica dell’idea secondo cui l’abuso di posizione dominante costituirebbe un esempio nell’ambito della figura generale dell’abuso del diritto.

1. Premessa.

Nell’organizzazione dei lavori del convegno, in cui questa relazione si inserisce, mi è stato affidato il compito di confrontare il divieto di abuso di posizione dominante (“a.p.d.”), che è una norma specifica del diritto della concorrenza, con la dottrina generale del divieto di abuso del diritto. Questo rapporto è in effetti problematico, perché accade oggi spesso di vedere presentato l’a.p.d. come un esempio di abuso del diritto¹, ma accade anche – se pur

* Professore emerito, Sapienza Università di Roma, e-mail: milibertini@liblex.it.

¹ L’affermazione sembra divenuta corrente nella giurisprudenza amministrativa, a cominciare da Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2014, n. 693 (“*l’abuso di posizione dominante, imputato a Pfizer, non è che specificazione della più ampia categoria dell’abuso del diritto, della quale presupposto è, appunto, l’esistenza di un diritto, del quale si faccia un uso strumentale, non coerente con il fine per il quale l’ordinamento lo riconosce: nel caso di specie, l’esclusione dal mercato dei concorrenti?*”); poi seguita da TAR Lazio – Roma, sez. I, 26 luglio 2017, n. 8945, § 6.10.

I giudici amministrativi fanno un’applicazione “forte” della tesi dell’inquadramento dell’a.p.d. nella “più ampia categoria dell’abuso del diritto”, in quanto muovono dall’individuazione di una situazione soggettiva di cui è titolare l’impresa dominante, per poi censurare l’uso distorto delle relative prerogative.

Si noti che ambedue le pronunce si riferiscono a casi inerenti al settore farmaceutico, in cui si imputava all’impresa dominante di avere esercitato in modo strumentale facoltà previste dalla regolazione di settore al fine di ottenere risultati di esclusione dal mercato di concorrenti.

Nella giurisprudenza civile si può segnalare Trib. Milano, 17 giugno 2016, *Attrakt s.r.l. c. Google Ireland Ltd.*, in *Giurisprudenza delle imprese* [sito telematico], in cui il Tribunale accerta l’abuso del diritto e l’abuso di dipendenza economica, in un caso in cui l’attore (gestore di un sito telematico) esercitava una pretesa di danni nei confronti di Google, che aveva esercitato il recesso da un contratto di pubblicità, trattenendo altresì cospicue somme spettanti all’attore, e dichiara per ciò assorbita la domanda di accertamento dell’a.p.d.

Questa pronuncia si potrebbe collocare in continuità logica con quelle, sopra citate, dei giudici amministrativi (anche in questo caso l’a.p.d. potrebbe essere stata considerata dal giudice una specie del genere “abuso del diritto”, ma questa conclusione non è logicamente stringente, perché la pronuncia di assorbimento si potrebbe collocare anche in una logica di sussistenza di un concorso di illeciti distinti, comportanti comunque obbligo di risarcimento del danno). In ogni caso, l’accertamento del giudice non si estende all’a.p.d. di senso stretto in quanto, nell’ambito di una controversia civile, non si poneva un problema di sindacato della legittimità di una pronuncia dell’AGCM in tema di a.p.d.

Si noti poi che anche nella giurisprudenza europea si leggano affermazioni secondo cui “*gli abusi di posizione dominante consistono, nella maggioranza dei casi, in comportamenti peraltro legittimi alla luce di branche del diritto diverse dal diritto della concorrenza?*” (Corte Giust. UE, sez. I, 6 dicembre 2012, C-457/10 P, *Astra Zeneca AB*, § 132).

di rado – di vedere affermato il contrario².

Si tratta dunque di vedere se sia appropriata la frequente assimilazione delle due figure, cioè la qualificazione dell'a.p.d. come figura speciale di abuso del diritto; e, in secondo luogo, si tratta di vedere se l'eventuale assimilazione, al di là dell'appropriatezza concettuale, sia poi neutra sul piano della ricostruzione normativa o possa avere ricadute significative su di essa, sì da fare assumere al problema una valenza “dogmatica” e non meramente terminologica.

Al fine di formulare una risposta al quesito ci si interrogherà dapprima sulla costruzione concettuale della fattispecie di a.p.d. nel diritto europeo vivente (§§ 2-4), per poi richiamare sinteticamente gli sviluppi della dottrina in materia di a.p.d. (§§ 5-6) e formulare una conclusione sul contenuto della figura (§ 7); a questo punto si formulerà un confronto finale con la dottrina dell'abuso del diritto, giungendo alla conclusione secondo cui svolge solo una funzione ausiliaria e complementare ai fini della corretta applicazione del divieto di abuso di posizione dominante (§ 8).

2. *Un quadro storico: monopolization e abuso di posizione dominante.*

Com'è noto, la figura del (divieto di) abuso di posizione dominante è frutto di una scelta originale del legislatore antitrust europeo e non trova un preciso precedente nella legislazione antitrust americana. Questa, infatti, prevede, tra le figure di illecito antitrust, oltre agli accordi

In dottrina, a parte i numerosi casi in cui l'a.p.d. è semplicemente indicato come un esempio di abuso del diritto (v., p.e., A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 302 ss.; S. MONTICELLI, *Regole e mercato nella disciplina convenzionale del contratto d'opera intellettuale*, in *Contr. impr.*, 2016, 520 ss.), v. M. FILICE, *Le nuove frontiere in tema di abuso di posizione dominante*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 92 (“L'abuso di posizione dominante è una specie del più ampio genere dell'abuso di diritto”); G. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati membri*, in *Contr. impr.*, 2015, 259-60, ove l'a.p.d. è elencato fra “gli esempi più frequenti di abuso del diritto nell'ordinamento italiano”.

V. però, per una posizione più articolata, G. GHIDINI, G. CAVANI, P.F. PISERÀ, *Il caso Pfizer*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1156 ss., che distinguono casi in cui la sanzione dell'a.p.d. costituisce «intervento oggettivamente correttivo della situazione monopolistica venutasi a creare, e non di una reazione “punitiva” di un comportamento che nasce illecito» ed altri in cui può configurarsi come espressione del divieto generale di abuso del diritto.

² C. OSTI, *The Italian way to antitrust judicial review: a few oddities of the Pfizer case*, in *Italian Antitrust Review*, 2014, 128 ss., che segnala come il collegamento fra a.p.d. e abuso del diritto sia estraneo all'esperienza applicativa del diritto antitrust in sede europea e negli ordinamenti stranieri.

In un più recente intervento (C. OSTI, *What's in a Name: The Concept of Abuse in Sui Generis Abuse*, in *Competition and Patent Law in the Pharmaceutical Sector. An International Perspective*, ed. by G. PITRUZZELLA, G. MUSCOLO, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2016, 93 ss.) lo stesso a. esprime una posizione analoga a quella di Ghidini (ricordata alla fine della nota precedente), secondo cui la condanna morale di certe scelte di condotta dell'impresa dominante, mediata dalla teorica dell'abuso del diritto, costituirebbe ormai, nel diritto vivente europeo, uno strumento di allargamento del divieto di a.p.d. anche a casi in cui non vi sarebbe una giustificazione economica della condanna di detto comportamento.

Una posizione critica più netta può leggersi in M. SIRAGUSA, *Italy – new forms of abuse of dominance and abuse of law*, in *Abuse of Dominance in EU Competition Law. Emerging Trends*, ed. by P.L. PARCU, G. MONTE, M. BOTTA, Cheltenham (UK), Edward Elgar Publishing, 2017, 119 ss., secondo cui l'a.p.d. dev'essere sempre accertato sulla base di elementi obiettivi, pur ammettendo che in certe ipotesi (p.e. la c.d. persecuzione giudiziaria [*vexatious litigation*]) l'accertamento di una consapevole strategia escludente può svolgere un'utile funzione complementare nell'accertamento dell'illecito.

Su questi punti si dovrà tornare più avanti nel testo (con conclusioni sostanzialmente adesive a quelle da ultimo esposte).

e alla collusione fra più imprese, quella della *monopolization*³. Questa previsione normativa riprende, in sostanza, una linea di politica legislativa molto antica (risalente, quanto meno, al diritto romano), che vietava le condotte economiche private intese a creare un *monopolium*, mediante incetta di beni o accordi fra venditori per realizzare un aumento artificioso dei prezzi⁴. Le norme antimonopolio erano norme penali, e come tali le si ritrova nei secoli, fino allo *Sherman Act*.

Nella concreta applicazione, il divieto di *monopolization* dello Sherman Act è stato progressivamente interpretato non come divieto assoluto di acquisizione di una posizione di primato o addirittura di monopolio (nella moderna accezione economica) sui mercati: tale conquista è stata invece considerata lecita – alla luce, sostanzialmente, della *rule of reason* – quando fondata sul merito della superiorità delle proprie offerte commerciali. Il divieto è quindi oggi inteso come avente ad oggetto lo sfruttamento di situazioni di potere di mercato per rafforzare la propria posizione ed impedire o ostacolare l'azione dei concorrenti⁵. Per di più, nei tempi più recenti, con l'affermarsi della dottrina dell'analisi economica del diritto, gli orientamenti della giurisprudenza americana si sono sempre più spostati nel senso di legittimare le pratiche delle grandi imprese, purché giustificabili in termini di efficienza produttiva e idonee ad incrementare il benessere del consumatore.

Oggi, come vedremo ancora più avanti, vi è notevole differenza, fra diritto americano e diritto europeo, nel trattamento delle condotte unilaterali delle grandi imprese: p.e., il diritto europeo condanna la pratica dei prezzi predatori senza richiedere la prova dell'esistenza di una concreta strategia di *recoupement* (cioè di recupero delle perdite mediante la futura pratica di prezzi di monopolio)⁶; condanna la pratica del *margin squeeze* da parte di imprese verticalmente integrate, anche quando il prezzo finale non è sottocosto, ma comunque ostacola la presenza sul mercato dei concorrenti nuovi entranti⁷; condanna gli sconti-fedeltà condizionati praticati dall'impresa dominante ai distributori, ritenendoli idonei a distorcere l'offerta nei mercati finali, mentre il diritto antitrust americano considera le stesse pratiche come normale esercizio dell'attività d'impresa⁸.

Tutto questo può dirsi oggi⁹. Tuttavia, nel momento storico in cui si formava il diritto europeo della concorrenza, cioè alla metà del XX secolo, questa evoluzione del diritto

³ Sec. 2 Sherman Act: “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony”, ecc.

⁴ V., anche per riferimenti bibliografici, M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, Giuffrè, 2010, 199 ss.; nonché P. CAPONE, *Alle origini del monopolio romano. Concessioni e divieti*, in *Teoria e storia del diritto privato* [rivista telematica], 2015.

⁵ V., per tutti, A.I. GAVIL, W.E. KOVACIC, J.B. BAKER, J.D. WRIGHT, *Antitrust Law in Perspective. Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*³, St. Paul (Minn.), West Academic Publishing, 2017, 504 ss.

⁶ V. M. LIBERTINI, *Limiti all'autonomia d'impresa: il problema dei prezzi inferiori ai costi di produzione*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2015, 307 ss.

⁷ V. ancora lo scritto precedente.

⁸ Questa differenza è stata però ora attenuata da Corte Giust. UE, Grande Sez., 6 settembre 2017, C-413/14, *Intel Corporation Inc*, che ha negato che la valutazione di abusività possa desumersi in modo assoluto e incontrovertibile dalla pratica di sconti condizionati da parte dell'impresa dominante.

⁹ Per una trattazione completa dei punti di differenza fra le due discipline antitrust, sempre nella chiave accennata nel testo, v. D.J. GIFFORD, R.T. KUDRLE, *The Atlantic Divide in Antitrust. An Examination of US and*

antitrust americano a favore delle grandi imprese non era ancora compiuta, ed anzi era sempre presente la vicenda dello smembramento della Standard Oil, in applicazione della norma sul divieto di *monopolization*.

I legislatori europei dovettero porsi dunque il problema di riproporre il divieto tradizionale di monopolizzazione dei mercati o di introdurre una diversa previsione di trattamento delle posizioni di potere di mercato. La scelta di questa seconda alternativa ha una spiegazione lineare, se appena si riflette sulla storia del diritto europeo della concorrenza.

In proposito si deve ricordare che all'antica tradizione di divieto penale dei monopoli privati si accompagnava, altrettanto tradizionalmente, l'idea della normalità dei monopoli pubblici dati in concessione a privati (singoli o associati in corporazioni) e giustificati da ragioni di pubblica utilità, più o meno plausibili¹⁰.

Questo modello plurisecolare di organizzazione dei mercati, fondato sul divieto dei monopoli privati e sulla ammissibilità e normalità dei monopoli pubblici (di solito dati in concessione a privati), fu traumaticamente superato, in Europa, dall'esperienza rivoluzionaria francese, che portò all'abolizione generalizzata, nel passaggio dal XVIII al XIX secolo, delle corporazioni d'arti e mestieri. Nei decenni successivi, poi, tutto il sistema della proprietà intellettuale passò dal campo dei monopoli pubblici in concessione a quello del diritto privato generale. I monopoli pubblici superstiti rimasero così quelli di pubblico servizio in senso stretto e i monopoli fiscali (in questa versione la figura si ritrova ancora nell'art. 106 TFUE). Essi apparivano figure residuali, la cui sopravvivenza non impediva di affermare ideologicamente un nuovo ordine economico fondato sul principio di "libertà di commercio".

Questa cornice ideologica portò anche, in Europa, alla progressiva desuetudine e poi all'abrogazione delle vecchie norme punitive verso i monopoli privati¹¹. Per correggere le distorsioni derivanti da condotte di mercato scorrette fu considerato necessario e sufficiente il nuovo istituto privatistico della concorrenza sleale, mentre fu considerato normale che un'impresa più efficiente conquistasse, per merito delle sue offerte di mercato, posizioni di primato in un determinato settore. Questo fenomeno si realizzava, peraltro, in un contesto in cui gli Stati nazionali godevano di sovranità doganale e praticavano tutti – se pur con diversi modi e intensità – politiche di sostegno delle rispettive "economie nazionali". In questa prospettiva, le imprese nazionali di maggior successo erano guardate non come esempi di pericolosa deviazione dal modello di economia di mercato, ma come "campioni nazionali", meritevoli se mai di protezione da parte del potere pubblico¹²; i cartelli privati, a loro volta, erano visti come strumenti normali di razionalizzazione dei mercati (tanto che,

EU Competition Policy, Chicago, University of Chicago Press, 2015 (incline a riconoscere la superiorità dell'esperienza americana).

¹⁰ V. ancora, pure per riferimenti, M. LIBERTINI, (nt. 4), 201 ss.

Si può qui ricordare che questa figura del monopolio pubblico in concessione è stata lo strumento giuridico per la prima affermazione dei diritti di proprietà intellettuale.

¹¹ V. ancora LIBERTINI, (nt. 4), 205.

¹² Cfr., sui punti accennati nel testo, M. LIBERTINI, *Relazione generale. Concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati*, in *Unione europea: concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati*, a cura di P. MONTALENTI, Milano, Giuffrè, 2016, 1 ss.; ID., *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, in *Mn. cred.*, 2015, 365 ss.

non di rado, lo Stato interveniva imponendo la formazione di consorzi obbligatori); rispetto ai cartelli privati la risposta dell'ordinamento non sarebbe più stata in termini di repressione penale, bensì di controllo amministrativo o giudiziario a fini di correzione di eventuali comportamenti devianti (definiti “abusivi” nella legge tedesca sui cartelli del 1923).

È questo il modello di disciplina dei mercati che si delinea nitidamente dalla lettura delle norme del titolo X del libro V del codice civile del 1942 (art. 2595 ss.)¹³. Questo modello, peraltro, era sostanzialmente comune a tutti gli ordinamenti europei¹⁴.

Ciò spiega perché, nel momento storico in cui si decise di introdurre anche in Europa norme a tutela della concorrenza, non sembrò possibile seguire alla lettera il diritto antitrust americano (le cui potenziali asperità, del resto, pur attenuate dall'affermazione della *rule of reason*, apparivano confermate da alcuni casi storici di dismissione forzata di grandi imprese).

In effetti¹⁵, l'ordoliberalismo delle origini auspicava anch'esso lo smantellamento dei monopoli, con l'eccezione di quelli “naturali”, da sottoporre a regolazione amministrativa. Ma in Europa, dove le singole economie nazionali erano ricche di propri “campioni nazionali”, forti correnti (associazioni industriali, e non solo) rilevavano la pericolosità di un divieto incondizionato di monopolizzazione dei mercati.

Nei lavori preparatori dei trattati si giunse dunque ad un cosciente compromesso: non vietare la formazione spontanea del potere di mercato (da qui anche l'assenza, fino al 1989, di qualsiasi forma di controllo preventivo sulle concentrazioni), ma vietare l'abuso del medesimo (riprendendo la formulazione della legge tedesca sui cartelli del 1923, sopra ricordata¹⁶). Nella consapevolezza, poi, della difficoltà di tracciare i confini delle condotte abusive, e quindi di creare una norma generale definitiva del divieto di abuso, si giunse alla soluzione (rimasta immutata in 60 anni) di sancire un divieto generico seguito da un elenco esemplificativo, rinviando all'esperienza successiva la definizione (che rimaneva logicamente necessaria) della fattispecie generale dell'abuso. In altri termini, si adottò consapevolmente una tecnica di legislazione per “clausole generali”¹⁷ (scelta normativa sostanzialmente comune a tutto il diritto europeo della concorrenza).

¹³ Si ricordi che le norme originarie sui consorzi volontari sono state sostituite nel 1976, e oggi non fanno più riferimento alla figura economica degli accordi di cartello. Sono rimaste invece formalmente in vigore le norme sui consorzi obbligatori e quelle sui controlli amministrativi sui consorzi.

¹⁴ Cfr. D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

¹⁵ Sui punti qui di seguito accennati nel testo v. P. BEHRENS, *The ordoliberal concept of “abuse” of a dominant position and its impact on Article 102 TFEU*, Ascola Tokyo Conference 2015, reperibile in www.ssrn.com.

¹⁶ Come ricorda, fra gli altri, C. OSTI, *What's in a Name* (nt. 2), 93.

¹⁷ L'impiego di questo, pur diffuso, termine, richiederebbe una digressione. In altre sedi ho segnalato come il termine “clausola generale” sia solitamente usato per designare qualsiasi disposizione di legge contenente sintagmi indeterminati, mentre sarebbe necessario distinguere almeno tre categorie diverse di disposizioni di questo tipo:

(i) le disposizioni di principio, in cui il sintagma indeterminato esprime un valore che deve essere rispettato dalle fonti giuridiche di rango inferiore;

(ii) le disposizioni in cui il sintagma indeterminato si riferisce ad una fattispecie, che il legislatore ha rinunciato a descrivere in maniera dettagliata (è questo, a mio avviso, come meglio si vedrà più avanti, il caso del divieto di abuso di posizione dominante);

È opportuno però precisare sin d'ora che, su un piano teorico-generale, la norma sul divieto di a.p.d. si presenta come una norma che contiene una fattispecie a contenuto indeterminato, ma che è pur sempre, sul piano logico, una fattispecie che costituisce componente di una norma di condotta accompagnata da una sanzione afflittiva. Nel costruire la fattispecie, l'interprete dovrà pur sempre operare secondo criteri di generalità e astrattezza, applicando principi e giudizi di valore che dovranno essere a loro volta fondati in un contesto più generale.

La struttura logica della norma è dunque diversa da quella di norme che attribuiscono al giudice il potere di determinare le regole di soluzione di un conflitto concreto fra due interessi contrapposti (p.e. il divieto di immissioni o il dovere di buona fede nelle trattative)¹⁸.

3. La costruzione della fattispecie dell'abuso di posizione dominante nell'elaborazione della Commissione UE e nella giurisprudenza europea: dalla "speciale responsabilità" alla "competizione secondo i meriti".

Questa scelta di politica legislativa (ammissibilità della p.d. ma divieto di abuso) era coerente con la tradizione europea di diritto della concorrenza e fu accettata anche dagli ordoliberali di seconda generazione, che avevano sostituito – seguendo Hayek – l'ideale della concorrenza perfetta con quello della concorrenza imperfetta e dinamica¹⁹.

Rimaneva, dell'originaria ispirazione, l'idea che compito dello Stato debba essere quello di tutelare la libertà dei cittadini anche nei confronti dei poteri privati. Da qui, inizialmente, era venuta l'idea che le norme antitrust dovessero imporre alle imprese dominanti un dovere di comportarsi "come se" (*Als Ob*) fossero effettivamente soggette a pressione concorrenziale.

(iii) le disposizioni che attribuiscono al giudice un potere discrezionale di regolare un certo conflitto interpretato *rebus sic stantibus* (come, per esempio, avviene nella norma sul divieto di immissioni di cui all'art. 844 c.c.).

Si può aggiungere che, per tutti i casi sopra delineati (anche per l'ultimo) si pone il problema se il giudice, a fronte di testi normativi dal contenuto vago, debba pur sempre radicare le proprie argomentazioni interpretative sul dato testuale e sul confronto sistematico con l'insieme di scelte imputabili all'ordinamento (come ritengo che debba continuare ad affermarsi) o se possa appellarsi direttamente alla "coscienza sociale".

Si noti poi che la frequente osservazione secondo cui le clausole generali sarebbero norme "senza fattispecie" può predicarsi (a mio avviso in modo anche qui discutibile) solo per la categoria di norme sopra elencate *sub* (iii) e, secondo alcuni teorici, per le disposizioni di principio; ma non certo per le disposizioni sopra elencate *sub* (ii).

Infatti, l'affermazione secondo cui una clausola generale è una norma senza fattispecie, se riferita al divieto di abuso di posizione dominante, appare immediatamente priva di senso, perché, nel definire un caso di a.p.d. il decisore non dovrà dettare una regola di soluzione di un conflitto concreto fra due contendenti, bensì valutare una condotta concreta alla luce di una norma di condotta generale e astratta, se pur costruita in via giurisprudenziale.

Sui temi sopra accennati mi permetto di rinviare a M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345 ss. e, più di recente, M. LIBERTINI, *Ancora su principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, a cura di F. DI CIOMMO, O. TROIANO, Piacenza, La Tribuna, Il Foro Italiano, 2018, 483 ss.

¹⁸ Cfr. P. AKMAN, *The concept of abuse in EU competition law. Law and economic approaches*, Oxford, Hart Publishing, 2015, 184 e *passim*.

¹⁹ V. ancora P. BEHRENS, (nt. 2).

Questa formula, risalente ai classici del pensiero ordoliberal (Miksch, 1937, 1948), apparve ben presto astratta e irrealistica: in effetti, essa era coniata ponendo, come riferimento ideale, quello della concorrenza perfetta e di un mercato di scambi in equilibrio, e postulando quindi una politica della concorrenza volta ad avvicinare, per quanto possibile, il funzionamento reale dei mercati a quell'ideale. Ma, dal momento che la concorrenza effettiva è lontana dal modello di concorrenza perfetta, ed è tipicamente concorrenza "imperfetta" (o "monopolistica"), incentrata sulla differenziazione dell'offerta, quel criterio è apparso sostanzialmente inapplicabile ed è stato abbandonato. Non è stata però abbandonata l'idea ordolibale (anzi, liberale *tout court*) per cui al potere privato, in quanto tale, debbano essere collegate forme di responsabilità per il caso in cui il suo esercizio porti ad esiti economicamente inefficienti e/o socialmente riprovevoli.

Su questa base, la giurisprudenza europea, nelle sue sentenze fondative in materia di a.p.d. degli anni '70 e '80, oltre a costruire una definizione della p.d. come "sostanziale indipendenza" di un'impresa dalle possibili reazioni di concorrenti, fornitori e clienti alle proprie condotte, coniò la formula della "speciale responsabilità" gravante sull'impresa dominante: questa è obbligata, in ragione del suo potere di mercato, a comportarsi in maniera tale da non impedire la sussistenza di una concorrenza effettiva nel mercato di riferimento. In tal modo, l'abuso assumeva il significato di condotta costituente violazione di questo dovere di comportarsi secondo criteri di "speciale responsabilità".

Questa formula, malgrado critiche e dileggi da parte di economisti e giuristi²⁰ per il suo apparente moralismo, ha continuato a godere di discreta fortuna, tanto da essere indicata ancor oggi come carattere essenziale dell'a.p.d. nel sito ufficiale della Commissione UE²¹ ed essere normalmente ripetuta nella giurisprudenza della Corte di Giustizia²².

Al di là delle critiche, questa formula ha anche una valenza normativa precisa: stabilisce che l'impresa dominante non può comportarsi, nel mercato, con la stessa libertà d'azione di cui dispone – sul piano giuridico – un'impresa soggetta a pressione concorrenziale. Pertanto, una serie di strumenti di diritto privato o amministrativo (p.e. una clausola di esclusiva, uno sconto-fedeltà a favore di un grossista, un'offerta sottocosto, un semplice rifiuto di contrarre,

²⁰ V., p.e., R. ALLENDESALAZAR, *Can We Finally Say Farewell to the "Special Responsibility" of Dominant Companies?*, in *European Competition Law Annual 2007 – A Reformed Approach to Article 82 EC*, ed. by C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS, Oxford, Hart Publishing, 2008, 319 ss.

²¹ Nelle schede informative reperibili sul sito della Commissione, alla sezione "Competition", alla domanda "What is an abuse?" è data la seguente risposta: "To be in a dominant position is not in itself illegal. A dominant company is entitled to compete on the merits as any other company. However, a dominant company has a special responsibility to ensure that its conduct does not distort competition. Examples of behaviour that may amount to an abuse include: requiring that buyers purchase all units of a particular product only from the dominant company (exclusive purchasing); setting prices at a loss-making level (predation); refusing to supply input indispensable for competition in an ancillary market; charging excessive prices". In sostanza, c'è solo un elenco di esempi: l'unico criterio unificante è quello, molto vago, della "speciale responsabilità".

Il riferimento alla "speciale responsabilità" si ritrova anche nella Comunicazione "Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti" (2009/C 45/02), § 9 (che è un documento tendenzialmente impostato in termini di *economic approach*).

²² V. da ultimo Corte Giust. UE, Grande Sez., 6 settembre 2017, C-413/14, *Intel*, § 135: "all'impresa che detiene una posizione dominante incombe la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno".

un'istanza alla pubblica amministrazione), che rientrano nella normale libertà d'impresa, possono costituire, se utilizzati da un'i.d. a fini di contrastare i concorrenti, condotte abusive.

La formula definisce, in tal modo, un tassello normativo importante: il fatto che la condotta dell'impresa dominante sia qualificata come lecita da una norma di diritto privato o amministrativo, o costituisca addirittura esercizio di un diritto, non osta a che la condotta stessa possa essere qualificata come restrittiva della concorrenza e quindi abusiva. Questo è stato sempre un punto fermo, nell'interpretazione delle norme che definiscono gli illeciti antitrust.

Questo punto sembra segnare un parallelismo fra a.p.d. e abuso del diritto, in quanto la norma sul divieto di a.p.d. sembra essere rivolta a frenare condotte dell'impresa dominante che, in mancanza di tale divieto, sarebbero qualificate come lecito esercizio di facoltà garantite dall'ordinamento.

In proposito si deve però subito osservare che questo punto è solo una tessera di un mosaico complesso: essa ci dice che una certa condotta, normalmente lecita (p.e. un rifiuto di contrarre), può divenire illecita se posta in essere da un'impresa dominante; ma non ci dice che essa è *sempre* illecita, perché il divieto di a.p.d. non si traduce nel divieto di una serie di condotte tipiche; e non ci dice *quando*, cioè in base a quale criterio, quella certa condotta può varcare la linea di confine tra lecito e illecito; e non ci dice neanche che, per accertare l'esistenza di un a.p.d. si deve prima accertare l'esistenza di una facoltà giuridicamente protetta (salvo ridurre questa situazione soggettiva ad una genericissima "libertà economica dell'impresa").

Storicamente, per lunghi anni la giurisprudenza europea – nel costruire la fattispecie dell'a.p.d. - ha proceduto in modo empirico, senza un criterio generale trasparente di definizione degli abusi: si è accontentata di definizioni tautologiche dell'abuso (con formule come quella secondo cui l'i.d. può legittimamente perseguire i propri interessi, ma non deve usare "mezzi idonei a rafforzare la propria p.d. o ad abusarne"²³). Si è invece sviluppata una ricca casistica, soprattutto in relazione agli abusi c.d. escludenti, e la casistica è diventata ben presto autoreferenziale, anche per il contributo di una dottrina antitrust incline a svolgere il suo compito in termini di esegesi, talora anche critica, della giurisprudenza.

Su questa casistica si sono sviluppati gli orientamenti della Commissione, fino alla Comunicazione del 2009²⁴, che hanno tentato di precisare l'interpretazione ufficiale della norma sul divieto di abuso muovendo dall'assunto della necessità di adottare un "*more economic*

²³ La formula citata nel testo può leggersi in Trib. I gr. CE, 1 aprile 1983, T-65/89, *BPB Industries/British Gypsum*, o in Trib. I gr. CE, 7 ottobre 1999, T-228/97, *Irish Sugar*. Come esempio di queste definizioni tautologiche v. anche Corte Giust. UE, sez. III, 19 aprile 2012, C-549/10, *Tomra*, § 17, che definisce come abusivi "i comportamenti di un'impresa in posizione dominante, i quali, su un mercato in cui, proprio in conseguenza della presenza dell'impresa in questione, il livello della concorrenza è già indebolito, abbiano l'effetto di impedire, mediante il ricorso a mezzi diversi da quelli che reggono una normale competizione fra i prodotti o i servizi in base alle prestazioni degli operatori economici, il mantenimento del livello di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo della medesima".

²⁴ 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* del 24 febbraio 2009 (2009/C 45/02).

Sui tanti commenti alla Comunicazione v., p.e., G. GHIDINI, M. AREZZO, *L'assalto fallito? Riflessioni sulla proposta rivisitazione in chiave "più economica" dell'abuso di dominanza*, in *Merc., conc., reg.*, 2010, 115 ss.

approach”, sulla scorta delle tendenze dominanti nel diritto antitrust americano. In questa prospettiva, mentre gli abusi di sfruttamento venivano relegati in una dimensione secondaria – sulla scorta delle indicazioni della dottrina economica, incline a negare la possibilità di formulare un criterio economico razionale di determinazione di “prezzi o condizioni inique”²⁵ – l’attenzione si concentrava sugli abusi “escludenti” e si è proposto un criterio rigoroso, secondo cui la condotta dovrebbe considerarsi illecita solo se (i) porta all’esclusione dal mercato (difficoltà di ingresso o di crescita, o vera e propria espulsione) dei concorrenti dell’impresa dominante e (ii) in tal modo comporta una riduzione del benessere del consumatore²⁶. In questa prospettiva, non tutti gli effetti escludenti sono illeciti: il successo dell’impresa dominante può essere conquistato mediante innovazioni di successo o mediante riduzioni di prezzi dovute ad una maggiore efficienza produttiva. Tuttavia, nei numerosi casi in cui le ragioni del successo non possono essere ricostruite in modo così lineare, la Commissione tende a riconoscere in via presuntiva il carattere abusivo dell’effetto escludente e a porre sull’impresa dominante l’onere di provare i guadagni di efficienza e di benessere del consumatore, prodotti dalla sua condotta.

Come criterio economico di definizione delle condotte abusive, la Commissione ha proposto lo “*equally efficient competitor test*”: una condotta deve qualificarsi come abusiva se un concorrente dell’impresa dominante, che sia almeno altrettanto efficiente di questa, non sia in grado di replicarne autonomamente le offerte commerciali, perché privo di alcuni vantaggi competitivi di cui l’impresa dominante gode in via esclusiva. Questo criterio, a prima vista suadente, presenta a sua volta diversi punti critici: per esempio, l’impresa dominante può fruire di economie di scala o di gamma che impediscono ad un’impresa nuova entrante, ancorché innovativa ed efficiente, di praticare prezzi competitivi; o, viceversa, l’impresa dominante può essere non molto efficiente perché abituata a “vivere di rendita”, e il criterio dell’ “*as efficient as*” può portare al discutibile risultato di tutelare anche concorrenti poco efficienti²⁷. Ci sarebbero, dunque, valide ragioni per sostituire il criterio dell’ “*as efficient competitor test*” con il criterio del “*reasonably efficient competitor test*”²⁸, che muove dall’individuazione della struttura dei costi di un’impresa efficiente che decida di entrare oggi *ex novo* nel mercato; criterio razionalmente valido, che richiede però il ricorso a scelte tecnico-

²⁵ Cfr. M. MOTTA, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 69 ss.

²⁶ Com’è noto, questa nozione è stata cruciale nello sviluppo delle dottrine del diritto antitrust nell’ultimo mezzo secolo. La nozione è stata oggetto anche di critiche radicali (cfr. F. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. “tipi” protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 1057 ss.; v. anche *infra*, nt. 39) e di divergenze nella costruzione del significato (cfr. B. ORBACH, *The Antitrust Consumer Welfare Paradox*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2011, 133 ss.).

Secondo la definizione dell’OCSE (*Glossary of statistical terms*), “*Consumer welfare refers to the individual benefits derived from the consumption of goods and services. In theory, individual welfare is defined by an individual’s own assessment of his/her satisfaction, given prices and income. Exact measurement of consumer welfare therefore requires information about individual preferences*”. In altri termini, la nozione indica la quantità di bisogni che, data una certa struttura della distribuzione del reddito, un certo modo di funzionamento del mercato è in grado di soddisfare.

²⁷ Per questi rilievi v., per tutti, P. AKMAN, (nt. 18), 274 ss.; M. MANDORFF, J. SAHL, *The Role of the “Equally Efficient Competitor” in the Assessment of the Abuse of Dominance*, in *Konkurrensverket Working Paper Series in Law and Economics*, 1/2013.

²⁸ Cfr. G. FAELLA, R. PARDOLESI, *Squeezing Price Squeeze Under EC Antitrust Law*, 2009, disponibile in www.ssm.com, § 5.1.

discrezionali particolarmente complesse, sicché la Commissione preferisce relegarlo a livello sussidiario.

Pur con tutti i suoi limiti, non si può negare che la Commissione abbia compiuto un tentativo importante, sulla via di una più precisa definizione di una nozione oggettiva di abuso di p.d. Non può dirsi però che gli orientamenti della Commissione abbiano decisamente influenzato la Corte di Giustizia, anche se hanno contribuito a spingere quest'ultima ad andare oltre certi enunciati tautologici del passato. Nella giurisprudenza più recente, la Corte di Giustizia ha così cercato di enunciare un criterio più preciso, definendo il divieto di abuso come divieto di “*fare ricorso a mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti*”²⁹.

Più di recente, l'argomento è stato ulteriormente precisato: la Corte di Giustizia, riprendendo gli argomenti della Commissione, ha insistito su una nozione di abuso come preclusione della libertà commerciale di altri operatori nel mercato, ma ha negato che il criterio del “pregiudizio al concorrente altrettanto efficiente” possa essere considerato un passaggio sempre necessario, nell'applicazione dell'art. 102³⁰.

Può aggiungersi che, nel diritto vivente europeo, è luogo comune che l'a.p.d. sia una “nozione oggettiva”³¹, nel senso che la fattispecie ricorre tutte le volte in cui la condotta di un'impresa dominante determini effetti distorsivi, attuali o potenziali, nel funzionamento di un certo mercato. Tuttavia, come è stato notato in un recente, attento studio³², questo luogo comune – che dovrebbe essere stato rafforzato dalla propensione dichiarata dalla Commissione per il “*more economic approach*” – non ha impedito che la giurisprudenza europea faccia uso anche della nozione soggettiva di intento monopolistico per dimostrare l'esistenza di abusi di p.d.; tuttavia, tale elemento soggettivo deve intendersi come un elemento probatorio rafforzativo della dimostrazione dell'esistenza dell'abuso³³ (oltre che come un'aggravante, sul piano della colpevolezza, che può tradursi in un appesantimento delle ammende), piuttosto che in un elemento idoneo a determinare, di per sé, la fattispecie dell'abuso.

²⁹ Corte Giust. UE, sez. I, 2 aprile 2009, C-202/07, *France Télécom*, § 109; Corte Giust. UE, sez. II, 14 ottobre 2010, C-280/08, *Deutsche Telekom*, § 177; Corte Giust. UE, 6 dicembre 2012, C-457/10, *Astra Zeneca*, § 75; Corte Giust. UE, Grande Sez., 27 marzo 2012, C-209/10, *Post Danmark*, § 25; Corte Giust. UE, Grande Sez., 6 settembre 2017, C-413/14, *Intel*, § 136.

³⁰ Corte Giust. UE, sez. II, 6 ottobre 2015, C-23/14, *Post Danmark II*, § 51 ss. L'argomentazione è interessante: la Corte rileva che possono darsi condizioni di mercato in cui il potere dell'i.d. è tale da non consentire la formazione di concorrenti altrettanto efficienti (§ 59). Si potrebbe desumere quindi, *a contrario*, che il criterio del “concorrente altrettanto efficiente” (o quello, minoritario ma a mio avviso preferibile, del “concorrente ragionevolmente efficiente”) è invece applicabile quando non sussistano queste condizioni di superdominanza, e nel mercato sono già presenti nuovi entranti (come accade nella maggior parte dei settori liberalizzati).

³¹ V., p.e., Corte Giust. UE, sez. V, 16 luglio 2015, C-170/13, *Huawei*.

³² P.L. PARCU, M.L. STASI, *The role of intent in the assessment of conduct under Article 102 TFEU*, in *Abuse of Dominance in EU Competition Law*, (nt. 2), 12 ss.

³³ Cfr. P.L. PARCU, M.L. STASI, (nt. 32), 21; M. SIRAGUSA, (nt. 2).

4. Il significato normativo di competition on the merits.

Può dirsi dunque che il diritto vivente europeo tende a configurare l'abuso di p.d., in termini generali, come condotta dell'i.d. idonea a realizzare, in proprio favore, un vantaggio competitivo non giustificabile in termini di *competition on the merits*.

Ad avviso di molti osservatori, quest'ultima sarebbe una formula vuota, che non consentirebbe di fare alcun passo avanti, nella soluzione del problema³⁴. Questa affermazione non può essere però condivisa, perché la formula in questione (*Leistungswettbewerb, Competition on the Merits*) ha una lunga storia ed è stata generalmente intesa nel senso della meritevolezza del successo conseguito da un'impresa mediante la qualità delle proprie offerte commerciali, vagliate dalla libera scelta dei consumatori³⁵ (in contrapposizione alla *Behinderungswettbewerb*, cioè concorrenza attuata mediante la creazione di ostacoli all'attività altrui). In tempi successivi, si sono effettuati diversi tentativi di attribuire alla formula un significato più preciso, in termini di analisi economica del diritto, con l'intento di costruire un *test* idoneo a condurre a conclusioni tecnicamente verificabili. Uno studio dell'OECD³⁶ ha messo in rassegna diversi significati attribuiti alla formula, nel dibattito giuridico ed economico³⁷, concludendo per la preferibilità di un *consumer welfare balancing test*.

Questi tentativi, a parte ogni discussione sui pregi e difetti dei diversi test escogitati, si scontrano, in realtà, con un rilievo decisivo: essi trovano il loro limite nella più generale critica che può farsi alla pretesa di esaustività dell'EAL, a sua volta fondata su un assunto di scientificità in senso “forte” dell'analisi economica, che non può essere, come tale accettato³⁸. I criteri unificanti ed esclusivamente quantitativi dell'EAL classica non possono pretendere di avere una validità assoluta, perché la verificabilità scientifica/sperimentale delle tesi economiche è una illusione. L'analisi economica ci offre certamente *benchmark* utili, ed anzi indispensabili, per la valutazione giuridica delle diverse fattispecie. Ma la valutazione finale richiede sempre un momento sintetico, che passa attraverso giudizi di valore e attraverso una ricostruzione tipologica della realtà.

³⁴ V., p.e., R. O'DONOGHUE, A.J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, Oxford, Hart Publishing, 2006, 177. Anche C. OSTI, *What's in a Name* (nt. 2), 94, afferma che questa è “a sweeping, generalistic definition of abuse”.

³⁵ È questo il significato originario – e, credo, tuttora valido – della nozione di *Leistungswettbewerb*, elaborata da H. Nipperdey nel 1930, nell'ambito di studi sulla concorrenza sleale. V. in tal senso anche C. OSTI, *What's in a Name* (nt. 2), 96-7 (ove anche citazioni di dottrina tedesca che condivide l'idea della genericità e scarsa utilizzabilità pratica del criterio).

³⁶ OECD, *What is Competition on the Merits? OECD Policy Brief*, June 2006. Il resoconto completo del dibattito, riassunto nel documento sopra citato, è reperibile in www.ssrn.com (O.E.C.D. Policy Roundtables – *Competition on the Merits*, 30 Mar. 2006).

³⁷ Precisamente: *profit sacrifice test, no economic sense test, equally efficient firm test, consumer welfare balancing test*.

³⁸ Questa affermazione richiederebbe una digressione, che ritengo preferibile evitare per non appesantire il testo. A sostegno si può richiamare tutto il filone di teoria economica che critica i metodi della *mainstream economics* (o, almeno, la loro pretesa di scientificità assoluta) e l'impiego esclusivo dell'analisi economica neoclassica: mi permetto di rinviare a M. LIBERTINI, (nt. 4), e aa. ivi citt. (Gerber, Klein, Mc Closkey, Sylos Labini, Viale ecc.).

Si veda inoltre, nella stessa direzione, il celebrato libro di G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics. An Essay in Reform and Recollection*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 2016, nella parte in cui critica le pretese di “infallibilità” dell'EAL; nonché A. RONCAGLIA, *Economisti che sbagliano*, Bari-Roma, Laterza, 2010; F. SYLOS LABINI, *Rischio e previsione. Cosa può dirci la scienza sulla crisi*, Bari-Roma, Laterza, 2016.

In ogni caso, anche se si volesse prendere per buono il *test* del *consumer welfare*, dovrebbe concludersi che esso non conduce ad un reale progresso, per la difficoltà di costruire un *test* affidabile per misurare il benessere del consumatore, soprattutto se si tiene conto del fatto che i bisogni dei consumatori non sono definibili staticamente, ma dipendono anche dall'evoluzione dell'offerta delle imprese, a sua volta mediata dall'innovazione tecnologica³⁹.

Appare dunque preferibile costruire la nozione di *competition on the merits* nei termini, sopra ricordati, di competizione fondata sulla qualità delle proprie offerte commerciali, vagliate dalla libera scelta dei consumatori. In questa prospettiva, di recente è stato sostenuto, in modo persuasivo, che la tutela della libertà di scelta degli acquirenti (non necessariamente consumatori finali) è il “filo rosso” che collega in continuità le diverse decisioni dei giudici europei in materia di a.p.d., da quelle storiche a quelle più recenti⁴⁰.

Se si accetta l'idea che *Competition on the merits* è quella situazione in cui il profitto (o l'insuccesso) dell'impresa dipende dalle libere scelte dei consumatori, si giunge alla conclusione che tale situazione viene a mancare quando i consumatori:

- (i) sono ingannati da false informazioni o da costrizione psicologica (pratiche commerciali scorrette);
- (ii) sono “costretti” a compiere certe scelte per mancanza di alternative (prezzi ingiustificatamente gravosi) o per l'esistenza di vincoli giuridici pregressi e non per libera scelta (clausole leganti e simili);
- (iii) sono privati di alternative di mercato potenzialmente interessanti (pratiche escludenti).

Come si vede, la dottrina della *competition on the merits*, da un lato, unisce sistematicamente la disciplina antitrust e quella della concorrenza sleale (o delle pratiche commerciali scorrette) e dall'altro non può dirsi una formula vuota.

In conclusione, può dirsi che l'orientamento della Corte di Giustizia, che ha collegato la “speciale responsabilità” dell'i.d. al rispetto dei principi di competizione di merito, aggiunge un altro tassello normativo importante al processo di definizione della nozione di a.p.d. Ciò non toglie, tuttavia, che questa formula di “diritto vivente” possa e debba essere più precisamente determinata.

5. Il contributo della dottrina alla costruzione della fattispecie di abuso di posizione dominante.

Nella prospettiva così delineata, può essere di qualche interesse richiamare le elaborazioni dottrinali sul concetto di a.p.d., per trarne – se possibile – spunti costruttivi. In effetti, nel diritto della concorrenza si ritiene abitualmente che il “formante” dottrinale non

³⁹ Cfr., come sintesi di una discussione molto ampia, F. DENOZZA, *Il progetto teorico dell'analisi economica del diritto antitrust e il suo fallimento*, in *20 anni di antitrust – L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI, Torino, Giappichelli, 2010, I, 137 ss.: “se anche esistesse la possibilità di aggregare i benessere e si potesse disporre di un parametro univoco, quale si suppone essere il benessere aggregato dei consumatori, la necessità di tener conto degli obiettivi dinamici è di per sé in grado di introdurre un elemento di incertezza assoluta che impedisce di riportare la scelta del decisore all'interno del novero delle scelte ‘tecniche’, in qualsiasi ragionevole modo definite” (p. 146). Da ciò, secondo D., “l'inutilizzabilità di una nozione di efficienza identificata con la massimizzazione del benessere del consumatore” (p. 151).

⁴⁰ P. NIHOUL, “Freedom of choice”: the emergence of a powerful concept in European competition law, in *Choice. A new standard for competition law analysis*, P. NIHOUL, N. CHARBIT, E. RAMUNDO eds., *Concurrences*, 2016, 9 ss.

abbia svolto, storicamente, una funzione di primaria importanza; ma ciò è vero fino a un certo punto (in particolare in Europa), perché anche le formule giurisprudenziali si alimentano – come abbiamo già visto – di idee generali formatesi nel dibattito dottrinale.

I primi contributi dottrinali in materia di a.p.d. incentravano la nozione di abuso intorno al profilo dello “sfruttamento abusivo” della p.d. (Joliet, 1969), cioè si riferivano alle pratiche di prezzi e condizioni ingiustificatamente gravose (“monopolistiche”, nel senso tradizionale dell’espressione)⁴¹. A questa dottrina se ne contrappose un’altra (Mestmäcker, 1974), che poneva invece l’accento sulla lesione della libertà economica altrui. Si giunse così ben presto ad una sintesi, divenuta ben presto punto fermo nella costruzione della nozione di a.p.d., che distingue, all’interno della figura dell’abuso, due sottocategorie: “abusi di sfruttamento” e “abusi di impedimento”⁴². Peraltro, anche negli U.S.A. si giungeva ad una categorizzazione sostanzialmente identica, con la distinzione tra *exploitative* ed *exclusionary* (*practices*, non *abuses*, ma la sostanza non cambia)⁴³.

Al di là di questo risultato, che può dirsi ormai definitivamente acquisito, i contributi dottrinali successivi sono stati prevalentemente caratterizzati da un approccio casistico e da esegesi della giurisprudenza. La prevalenza di questo metodo “realistico” ha finito per oscurare i tentativi dottrinali di costruzione sistematica della nozione di a.p.d., che pur non sono mancati.

Si deve ricordare, in primo luogo, quello di Peter Ulmer (1977), che individua l’abuso in quella condotta che consenta l’acquisto di un vantaggio competitivo non giustificato in termini di concorrenza di merito (*Leistungswettbewerb*) e comporti anche una riduzione della concorrenza complessiva nel mercato rilevante. Quindi, una sintesi interessante di criteri funzionali e strutturali, che non ha avuto un grande seguito dottrinale perché, nel frattempo, la dottrina in materia di concorrenza è stata egemonizzata dall’analisi economica del diritto. Può dirsi tuttavia che questa dottrina ha anticipato la più recente evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia e, forse, vi ha dato ispirazione.

Il dibattito dottrinale più recente è stato oggetto di ampia analisi in un impegnativo studio di Cristoforo Osti⁴⁴. Questi ha distinto le concezioni dell’abuso fondate sull’analisi

⁴¹ Questa posizione aveva una certa base nei lavori preparatori delle norme di concorrenza del Trattato, da cui risulta che, originariamente, quelli che poi sono stati chiamati “abusi escludenti”, furono ritenuti non atti “restrittivi” della concorrenza, bensì atti di concorrenza sleale, da sanzionare con le norme generali di quest’ultima disciplina, e non con le nuove norme del Trattato (cfr. P. AKMAN, [nt. 18], 84). Ancora nella fase di redazione del Reg. 17/62 si riteneva che gli abusi si riferissero sempre a pratiche di prezzi e condizioni inique nei confronti di fornitori e clienti (ID., [nt. 18], 94).

⁴² Per la verità, una tradizione dottrinale abbastanza persistente ammette una terza categoria di abusi, definiti come *reprisal* (i.e. abusi “di ritorsione”). V. in tal senso R.A. O’DONOGHUE, A.J. PADILLA, (nt. 34), 174 ss.; J. TEMPLE LANG, *The Requirements for a Commission Notice on the Concept of Abuse under Article 82 EC*, in *www.ceps.eu*, 2008. Questa terza categoria non ha trovato accoglimento nei documenti ufficiali della Commissione e nella giurisprudenza della Corte e, in effetti, sembra adatta più a segnalare un possibile motivo della condotta abusiva che una caratteristica della stessa, atta a distinguerla dalle prime due categorie. In effetti, anche il motivo ritorsivo si tradurrà, normalmente, in una pratica di prezzi o condizioni inique o in una pratica di boicottaggio o simile.

⁴³ Cfr. R.A. POSNER, *Exclusionary Practices and Antitrust Law*, in 41 *Univ. Chicago Law Review*, 1974, 506 ss. In questo scritto l’a. sostiene, plausibilmente, che l’intero insieme degli illeciti antitrust, può riassumersi in maniera completa nelle tre categorie della collusione fra imprese e delle pratiche di sfruttamento o escludenti.

⁴⁴ C. OSTI, *Abuso di posizione dominante*, in *Enc. dir. Annali*, V, Milano, Giuffrè, 2012, 5 ss.

economica del diritto e quelle fondate su altre premesse teoriche. Nella prima categoria (dottrine ispirate all'EAL) Osti ha individuato quattro diverse correnti di pensiero⁴⁵:

- (i) criteri che individuano l'abuso nei comportamenti dell'impresa dominante che riducono il benessere del consumatore (corrente di pensiero principale);
- (ii) criteri che individuano l'abuso nei comportamenti dell'impresa dominante che escludono dal mercato un concorrente altrettanto efficiente (Posner);
- (iii) criteri che individuano l'abuso nei comportamenti dell'impresa dominante che non sarebbero redditizi (avrebbero *no economic sense*) in assenza dell'esclusione di rivali dal mercato (Bork);
- (iv) criteri correttivi che tengono conto dell'economia comportamentale e quindi della possibile "irrazionalità" dei comportamenti imprenditoriali (valutazione delle "strategie" imprenditoriali e degli indizi di prova delle medesime, al di là dell'analisi quantitativa dei fenomeni).

Sempre nella ricostruzione di Osti, ai criteri fondati sull'analisi economica del diritto si contrappongono altri criteri, e precisamente:

- a) criteri fondati su una visione "libertaria" dell'antitrust e di difesa della libertà economica, con considerazione della struttura del mercato (difesa del pluralismo imprenditoriale);
- b) criteri fondati sulla tutela della concorrenza dinamica e quindi sull'eventuale lesione della varietà di scelta, innovazione e qualità dell'offerta, nell'interesse del consumatore;
- c) criteri fondati sulla slealtà del comportamento e sull'abuso del diritto (si noti che, in questa informata ricostruzione del dibattito dottrinale in tema di a.p.d., il confronto con la dottrina dell'abuso del diritto è – in contrasto con quanto oggi spesso si afferma – relegato in un ambito marginale della discussione).

Osti mette in luce i limiti operativi di ciascuno di questi orientamenti, inclinando per una proposta che cerca di sintetizzare il criterio *a)(i)* [riduzione del benessere del consumatore] e il criterio *b)* [ostacolo all'efficienza dinamica del mercato e lesione della libertà di scelta del consumatore]. Questa proposta di soluzione non utilizza la formula della *competition on the merits* e dà spazio ai criteri fondati sull'analisi economica del diritto – sui cui limiti ci si è soffermati sopra⁴⁶ - ma, in sostanza, mi sembra confluire verso l'orientamento principale di costruzione del concetto di a.p.d., rappresentato dal "diritto vivente", cioè dalle pronunce della Corte di Giustizia.

6. Segue. *Alcune proposte dottrinali recenti. Criteri restrittivi ed estensivi, rivalutazione dell'intento monopolistico, Consumer Choice Theory.*

⁴⁵ È agevole rilevare la sostanziale corrispondenza di questa ricostruzione delle diverse versioni della nozione di abuso alla luce dell'EAL con la ricostruzione dei diversi test di valutazione della *competition on the merits* individuati nel documento dell'OCSE sopra citato (v. nt. 36).

⁴⁶ V. note 38 e 39 e relativo testo.

Negli ultimi anni il dibattito generale si è arricchito di altre proposte dottrinali, che si caratterizzano per il fatto di muoversi su terreni diversi da quello dell'analisi economica del diritto "ortodossa".

In una recente monografia, Pinar Akman⁴⁷ ha sostenuto una tesi eclettica, secondo cui l'a.p.d. richiederebbe, in generale, tre elementi, che dovrebbero essere tutti provati dall'autorità di concorrenza (o dal soggetto che agisce in giudizio contro l'i.d.):

- a) un effetto di sfruttamento della p.d., con il conseguimento di un vantaggio di mercato che non sarebbe stato ottenuto se non si fosse sfruttata la p.d.;
- b) un effetto escludente, in senso lato, nei confronti dei concorrenti;
- c) la mancanza di giustificazioni in termini di efficienza produttiva dell'impresa dominante.

Gli argomenti a sostegno della tesi sono di stampo giuspositivistico tradizionale⁴⁸, pur nel quadro di una trattazione sensibile ai profili di analisi economica. I risultati di questa ricostruzione sono però, palesemente, troppo restrittivi. Il punto *a*) porta a legittimare – in contrasto con una tradizione molto radicata del diritto antitrust europeo – le condotte dell'impresa dominante che utilizzino clausole (p.e. sconti condizionati, esclusive) che sono a disposizione anche di imprese non dominanti; inoltre, la necessità di provare in ogni caso un effetto di *exploitation* lascia fuori dall'ambito di applicazione della norma i comportamenti "predatori" puri, come le vendite sottocosto (salvo che si provi anche l'esistenza di una strategia effettiva di *recoupement* – i.e. di recupero futuro dei profitti perduti, mediante la pratica di prezzi di monopolio – da parte dell'i.d.; prova, com'è noto, molto difficile, e oggi non richiesta nel diritto vivente europeo). Infine, il rafforzamento della presunzione d'innocenza e la conseguente attribuzione all'autorità antitrust dell'onere di provare l'inefficienza della condotta dell'i.d. sono destinati a rendere ancora più improbabile la possibilità di applicazione del divieto dell'art. 102 TFUE.

È abbastanza evidente che l'insieme di soluzioni proposte da questa dottrina porterebbe ad uniformare la normativa europea sulle pratiche monopolistiche a quello che è lo stato attuale del diritto antitrust americano in materia. È merito di questa dottrina avere messo in evidenza questo punto, che è cruciale in termini di politica del diritto; e, in realtà, i giudizi di valore che sottostanno alla scelta americana, incline a riconoscere più ampi spazi alla libertà d'impresa anche a favore delle imprese dominanti, potrebbero essere il vero argomento a sostegno della soluzione caldeggiata dall'autrice, più degli argomenti esegetici in base ai quali la soluzione è formalmente argomentata. Di fronte alla indeterminatezza del testo normativo,

⁴⁷ P. AKMAN, (nt. 18).

⁴⁸ La necessità della presenza di un effetto di sfruttamento (*exploitation*) è giustificata dall'a. con argomenti tratti dall'intento originario degli autori dei trattati europei. Lo stesso tipo di argomento è utilizzato anche per il requisito sopra elencato, nel testo, sub *c*) (sostiene l'a., sulla scorta di un attento esame dei lavori preparatori dei Trattati, che l'intento fondamentale dei costituenti era quello di sostenere, mediante le norme di concorrenza, lo sviluppo e la competitività del sistema delle imprese europee). Il requisito sopra elencato sub *b*) (necessità dell'effetto escludente) è invece giustificato sulla scorta del protocollo n. 27, allegato al Trattato di Lisbona, che pone l'obiettivo di assicurare "*a system ensuring that competition is not distorted*". L'esigenza di prevenire le distorsioni della concorrenza sarebbe pregiudicata dall'esclusione dal mercato di imprese in grado di arricchire i contenuti dell'offerta complessiva di mercato.

che non consente di attribuire peso decisivo a tali argomenti esegetici, il giudizio di valore appuntato sui risultati dell'interpretazione diventa il vero argomento decisivo.

Ma non è detto che ciò costituisca una buona ragione per accogliere soluzioni così restrittive sulla portata del divieto di abuso. Anzi, nella opinione prevalente – e condivisa da chi scrive – un'applicazione duttile ed estensiva della norma sul divieto di abuso è necessaria per consentire al sistema antitrust di realizzare i suoi scopi (anche se poi non tutti sono d'accordo nell'approvare la politica di ammende elevate ed “esemplari” della Commissione UE).

* * *

Su tutt'altro fronte, in una monumentale monografia in 2 volumi del 2014⁴⁹, Richard Markovits, giurista antitrust eterodosso statunitense, ha ricostruito la figura della *monopolization* (estendendo la ricostruzione all'a.p.d. europeo) attribuendo un ruolo essenziale all'intento monopolistico, cioè al perseguimento, da parte di una certa impresa, di una strategia orientata principalmente “in negativo”, nel senso di rendere meno attrattive le offerte di mercato dei concorrenti. In termini domestici ed arcaici potremmo richiamare le dottrine che richiedono l'*animus nocendi* per certi atti di concorrenza sleale (come lo storno di dipendenti), salvo ammettere (come ammette anche Markovits) che l'intento possa essere desunto anche da indizi oggettivi.

La dottrina di questo a. può essere compiutamente compresa se si considera che egli è stato il più forte critico della concettualizzazione del mercato rilevante, che considera un concetto privo di rigore, non utilizzabile in mercati di concorrenza imperfetta. Perciò l'intento monopolistico potrebbe essere espresso da qualsiasi impresa dotata comunque di un certo potere di mercato.

Si tratta – con ogni probabilità – di una tesi troppo estensiva. Sul piano sistematico potrebbe dirsi – a mio avviso – che si tratta di una dottrina generale sulla concorrenza sleale, con riferimento agli illeciti concorrenziali di tal tipo che possono essere commessi da imprese dotate di potere di mercato.

In ogni caso, la questione se la norma sul divieto di a.p.d. possa applicarsi a qualsiasi caso di abuso di potere di mercato, anche se questo si svolge entro dimensioni “micro”, deve risolversi negativamente per il diritto europeo, per il quale – ai sensi dell'art. 102 TFUE – il potere di mercato diviene rilevante solo se investe almeno una “parte sostanziale” del mercato interno (e lo stesso criterio, su scala, è sancito dall'art. 3 della legge antitrust nazionale); mentre ciò non accade per la disciplina della concorrenza sleale, ove gli abusi di potere di mercato (anche in dimensioni “micro”) sarebbero rilevanti alla stregua della clausola generale di correttezza professionale.

È opportuno, piuttosto, notare (v. già *supra*, § 3) come il riferimento all'elemento soggettivo dell' “intento monopolistico” ricorre non di rado anche nella giurisprudenza europea sull'a.p.d.⁵⁰. È da ritenere, tuttavia, che tale elemento soggettivo possa avere un ruolo

⁴⁹ R.S. MARKOVITS, *Economics and the Interpretation and Application of U.S. and E.U. Antitrust Law*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2014.

⁵⁰ Cfr. P.L. PARCU, M.L. STASI, (nt. 32); C. OSTI, *What's in a Name* (nt. 2); M. SIRAGUSA, (nt. 2).

di supporto probatorio complementare e di aggravante nella valutazione della colpevolezza (potenzialmente rilevante ai fini della determinazione dell'ammontare delle ammende), ma non anche come elemento idoneo a fondare, di per sé, una condotta abusiva. Dare un rilievo determinante all'intento monopolistico peccherebbe, infatti, per eccesso e per difetto: da un lato, renderebbe lecite condotte che causano una sicura distorsione del mercato, per il solo fatto della mancanza di tale intento doloso in capo all'i.d. che ha attuato la condotta; dall'altro, potrebbe portare a punire mere dichiarazioni di intenti che non si sono tradotte neanche nell'avvio di condotte adeguate a realizzare un effetto distorsivo della concorrenza.

In realtà, in tutti i casi in cui è stato determinante l'accertamento di un intento strategico monopolistico⁵¹, altrettanto determinante può considerarsi l'elemento consistente nel conseguimento di un vantaggio competitivo che evita il passaggio dal giudizio del mercato, ma si realizza mediante l'accaparramento di risorse, da parte dell'impresa dominante, a discapito dei concorrenti e senza alcuna giustificazione ai sensi dell'art. 101.3 TFUE. L'accertamento della strategia monopolistica escludente (o "intento" che dir si voglia) assume il significato di elemento probatorio idoneo a superare residui dubbi nella qualificazione della fattispecie. Lo stesso può dirsi anche con riferimento alla materia dei prezzi predatori, ove l'accertamento di una strategia escludente viene considerato (anche in un filone di pensiero statunitense) elemento determinante per risolvere casi dubbi⁵².

In altri termini, la prova di un intento doloso può essere sufficiente per l'accertamento di un illecito alla stregua della clausola generale di responsabilità extracontrattuale, mentre, quando si tratta di accertare un eventuale a.p.d. occorre incentrare l'esame sulla distorsione di funzionamento del mercato, rispetto a parametri tipici di efficienza, con possibilità di ravvisare la fattispecie anche in situazioni in cui manchi la prova del comportamento doloso⁵³.

* * *

Un'altra corrente di pensiero minoritaria nella dottrina antitrust americana, in crescita negli ultimi anni, avviata da R. Averitt e X. Lande (esponenti di spicco della FTC), e denominata "*Consumer Choice Theory*" propone poi come chiave di lettura di tutta la disciplina antitrust la tutela della libertà di scelta del consumatore, vista come elemento strutturale dell'economia di mercato. In questa chiave, i comportamenti monopolistici sono tutti quelli che consentono ad un'impresa di acquisire vantaggi competitivi eludendo la necessità di passare dal giudizio della giuria anonima dei consumatori. Questa corrente di pensiero è stata, di recente, ripresa con vigore in Europa, ove è stata anche vista come fonte di ispirazione storica della giurisprudenza europea⁵⁴.

⁵¹ C. OSTI, *What's in a Name* (nt. 2), inserisce in questa categoria di abusi *sui generis* i casi *Astra Zeneca*, *Saint Gobain*, *Pfizer*, *Coop*, *Sanofi*, *ITT Promedia*, *Huawei*. Nello scritto di M. Siragusa, cit. nella nota prec., la casistica è arricchita con ulteriori esempi tratti dalla prassi amministrativa e giudiziaria italiane.

⁵² Rinvio alla rassegna da me svolta nello scritto *supra* cit. alla nt. 6.

⁵³ In questo senso mi sembra di poter richiamare anche G. MUSCOLO, *Abuse of Litigation, Abuse of Patent and Abuse of Dominance: Where Do We Stand?*, in *Competition and Patent Law in the Pharmaceutical Sector* (nt. 2), 124, al termine di un dettagliato esame della figura dell'a.p.d. mediante *sham litigation*.

⁵⁴ V. il volume *Choice. A new standard for competition law analysis*, sopra cit. alla nt. 40.

Questa dottrina ci riporta proprio alla nozione di *competition on the merits* (a sua volta fondata, come già detto, sulla libertà di scelta dei consumatori). In questo senso può ricordarsi il recente contributo di Peter Behrens (2016)⁵⁵ che, richiamando e sviluppando una tesi di Deringer (1968), identifica l'abuso nella compressione della libertà di scelta degli altri competitori o dei consumatori, ammettendo poi – così seguendo una linea di pensiero che ormai sembra riscuotere un consenso sempre più ampio – che, anche per i comportamenti unilaterali delle imprese dominanti, queste possano invocare le circostanze esimenti dell'art. 101.3 TFUE.

7. Conclusioni sulla costruzione della fattispecie dell'abuso di posizione dominante.

Sviluppato anche questo breve *excursus* sul dibattito dottrinale, possiamo concludere nel senso che, nel dibattito sulla costruzione della fattispecie di a.p.d. si sono determinati – in una tendenziale confluenza di apporti giurisprudenziali e dottrinali – dei punti di arrivo (provvisori, come tutte le soluzioni di problemi giuridici, ma per ora soddisfacenti). Non credo dunque che sia necessario rassegnarsi a considerare la tematica dell'a.p.d. come “*un'area disciplinare a concettualizzazione debole*”, come ha affermato Roberto Pardolesi⁵⁶.

In sintesi, può dirsi che l'abuso di posizione dominante consta di due elementi:

- a) una situazione di potere di mercato, intesa come “sostanziale indipendenza” delle proprie condotte di mercato, cioè come possibilità di fatto di scegliere determinate condotte di mercato senza rischio – entro certi limiti – di temere reazioni paralizzanti di concorrenti o di fornitori o di clienti;
- b) l'acquisizione, mediante una propria condotta, di un vantaggio competitivo non giustificabile in termini di *competition on the merits*, cioè non dovuto alla libera scelta di consumatori, che ha determinato il successo commerciale di una determinata offerta.

A sua volta, il secondo elemento della fattispecie può essere definito, riprendendo quanto sopra anticipato nel § 4, in questi termini:

- (i) l'impresa dominante rafforza il proprio potere di mercato con pratiche commerciali scorrette nei confronti dei concorrenti;
- (ii) l'impresa dominante “costringe” il consumatore a compiere certe scelte, poco convenienti, per mancanza di alternative (pratica di prezzi o di condizioni ingiustificatamente gravosi) o
- (iii) per l'esistenza di vincoli giuridici pregressi e non per libera scelta (clausole leganti e simili);
- (iv) l'impresa dominante, per favorire le sue produzioni, priva i consumatori di alternative di mercato potenzialmente interessanti, o nel senso di frenare innovazioni tecnologiche o organizzative proprie o altrui o nel senso di impedire o ostacolare offerte di mercato di imprese concorrenti ragionevolmente efficienti (pratiche escludenti).

⁵⁵ *Supra*, nt. 15.

⁵⁶ R. PARDOLESI, G. FAELLA, *Foreclosure della rete per effetto di sub-investimento strategico*, in *Annuario dell'Energia*, 2014, 131 ss.

La trattazione dettagliata di queste diverse figure richiederebbe spazi non compatibili con quelli del presente scritto, per cui dev'essere rinviata ad altre sedi. Il lettore sa bene che ciascuna delle figure sopra elencate presenta problemi interni di vasta portata (ad alcuni dei quali si è fatto cenno nei primi paragrafi di questo scritto).

Ciò che conta rilevare, conclusivamente, è che, come risulta evidente, l'a.p.d. consiste nell'adozione di pratiche illecite distorsive della concorrenza, attuate nella gestione di un'impresa che sia dotata di potere di mercato. Si potrebbe anche dire di “strategie” illecite perché distorsive della concorrenza, se non fosse che ciò sembrerebbe dare rilevanza all'elemento soggettivo della condotta, che invece, come si è più volte notato, non costituisce un elemento integrante la fattispecie a.p.d.

Si tratta quindi di un illecito che attiene allo svolgimento di un'attività e può realizzarsi solo all'interno della stessa. Le condotte rilevanti possono consistere in atti negoziali come anche in comportamenti di fatto o ancora in pure omissioni o in particolari declinazioni della prassi o delle strategie aziendali (p.e. l'adozione di un piano di investimenti che limita artificialmente la creazione di capacità produttiva addizionale, quando su di essa vi sarebbe diritto di accesso dei concorrenti operanti nei mercati a valle⁵⁷).

Ciò che conta, in ultima analisi, è la valutazione negativa di una certa condotta rispetto ad un modello di buon funzionamento del mercato. Ciò spiega come, sempre più frequentemente – come già ricordato – si ritenga che anche per le condotte unilaterali dell'impresa dominante possano applicarsi le condizioni di esenzione *ex lege* dal divieto sancite dall'art. 101, al. 3, TFUE (guadagni di efficienza, beneficio per il consumatore, indispensabilità della condotta per l'ottenimento del risultato, non soppressione totale della concorrenza nel mercato rilevante)⁵⁸.

8. *Critica dell'idea secondo cui l'abuso di posizione dominante costituirebbe un esempio nell'ambito della figura generale dell'abuso del diritto.*

Nella prospettiva sopra delineata, non può configurarsi l'a.p.d. come una *species* del genere “abuso del diritto”.

In particolare, manca – a mio avviso – la connotazione essenziale dell'abuso del diritto, che non consiste, ovviamente, nella violazione di una qualsiasi norma di condotta (non è sinonimo di “illecito”), bensì si riferisce ad una violazione qualificata da qualche elemento di particolare riprovevolezza, tale da giustificare la disapplicazione di una norma attributiva di un diritto soggettivo o comunque di una libertà d'azione.

La qualifica di “abusività” porta infatti ad un capovolgimento di valutazioni giuridiche: la condotta che, a prima vista, dovrebbe essere giuridicamente protetta, diviene invece condotta vietata.

⁵⁷ Su questa discussa figura di abuso per sub-investimento strategico v. la riflessione critica di R. PARDOLESI, G. FAELLA, (nt. 56). La figura, pur nella sua elevata difficoltà di corretta applicazione, rappresenta un esempio emblematico di quella duttilità applicativa che rende preziosa la previsione del divieto generale di a.p.d. e ne marca la differenza rispetto alla figura, formalmente molto più definita, dell'abuso del diritto.

⁵⁸ Oltre a quanto richiamato alla fine del § 6, v. G. MONTI, *Article 102: sources of interpretation*, in *Abuse of dominance in EU Competition Law*, (nt. 2), 48-9.

Questo capovolgimento di valutazioni si manifesta, in effetti, anche in molti profili applicativi del divieto di a.p.d. È divenuta luogo comune – come si osservava all’inizio di questo scritto – l’affermazione per cui la “speciale responsabilità” dell’impresa dominante impone ad essa di astenersi da certe condotte (tipicamente: dall’impiego di certe clausole contrattuali o dall’esercizio di certe facoltà), che invece rimangono consentite alle imprese non dotate di particolare potere di mercato (p.e. le clausole di sconto fidelizzante, o le stesse clausole di esclusiva). Questo fenomeno non è però essenziale nella fattispecie dell’a.p.d., anche se spesso sussiste effettivamente e si inserisce come momento particolare, nell’ambito di una strategia abusiva che comunque dev’essere colta nella sua complessità, con criteri sintetici.

Manca invero, nella disciplina dell’a.p.d., la centralità dell’attribuzione – da parte dell’ordinamento – di una situazione giuridica soggettiva attiva di diritto o di potere e la conseguente necessità di capovolgere la valutazione primaria dell’ordinamento, da protezione a divieto.

Di fronte ad una singola vicenda di sospetto a.p.d., per esempio se un rifiuto di contrarre dell’impresa dominante determini una discriminazione distorsiva della concorrenza tra fornitori o tra operatori nel mercato a valle, non ci chiederemo se vi sia stato un abuso di un ipotetico diritto di discriminare (e dell’altrettanto ipotetica funzione legale di tale diritto), ma ci chiederemo se la discriminazione nei mercati a monte o a valle abbia determinato una restrizione della concorrenza lesiva dell’interesse dei consumatori, escludendo dal mercato un’offerta proveniente da un’impresa efficiente, la cui presenza avrebbe arricchito la libertà di scelta dei consumatori stessi.

Per ricostruire concettualmente l’a.p.d. come esercizio distorto di una situazione soggettiva attiva si dovrebbe quindi risalire alla generale “libertà d’impresa” (art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea) o alla “libertà d’iniziativa economica” dell’art. 41, comma 1, cost. e configurare l’a.p.d. come “abuso del diritto di libertà d’impresa”. Ma questa non è una situazione soggettiva titolata, idonea ad attribuire al titolare una determinata pretesa o un determinato *ius excludendi*, di cui si possa predicare l’esercizio distorto. Non è neanche concepibile sistematicamente come diritto fondamentale della persona umana, ma piuttosto come “garanzia d’istituto”, cioè tutela oggettiva della permanenza nel sistema giuridico dell’impresa lucrativa, come struttura organizzata protagonista dell’economia di mercato capitalistica (anche nella sua versione evoluta di “economia sociale di mercato”)⁵⁹. Configurare dunque l’a.p.d. come un abuso della libertà d’impresa nulla aggiunge rispetto alla configurazione del relativo divieto come regola oggettiva di comportamento inerente all’attività d’impresa in quanto tale. Sarebbe come dire che l’atto di concorrenza sleale costituisce un “abuso del diritto di concorrenza” o che un qualsiasi illecito atipico, che causa un danno ingiusto ai sensi dell’art. 2043 c.c., costituisce un “abuso della libertà generale”.

⁵⁹ Cfr. M. LIBERTINI, *Tutela e promozione delle creazioni intellettuali e limiti funzionali della proprietà intellettuale*, in *A.I.D.A. (Annali Italiani del Diritto d’Autore)*, 2014, 316 ss.; ID., *I contratti regolati, Alcune riflessioni conclusive*, in *Contratti dell’energia e regolazione*, a cura di M. DE FOCATIS, A. MAESTRONI, Torino, Giappichelli, 2015, 257 ss.

Potrebbe dirsi anche che ci si trova di fronte ad un potere di fatto e all'abuso di tale potere. Ma anche qui l'accento non può essere posto sull'esercizio del potere in quanto tale, che non ha una definizione formale del suo oggetto – come invece avviene nell'attribuzione di diritti soggettivi – bensì sul comportamento di fatto nella sua oggettiva disfunzionalità rispetto all'efficienza del mercato (in questo senso rimane valida la consolidata massima giurisprudenziale per cui la fattispecie-base dell'a.p.d., al di là del dato nominalistico, non richiede il requisito della colpevolezza).

Ritengo anche che non possa essere di utilità, per risolvere i problemi applicativi della norma sul divieto di a.p.d., il richiamo alla dottrina generale dell'abuso del diritto.

Devo precisare che, a mio avviso, questa dottrina ha un solido fondamento di diritto positivo, e non come estensione della figura “soggettiva” costituita dall'atto emulativo, ma proprio nella sua concezione “oggettiva”, di divieto di esercizio di un diritto quando si determini una contraddizione funzionale fra l'atto di esercizio del diritto e l'interesse legalmente protetto dall'attribuzione del diritto stesso⁶⁰.

Il fondamento giuridico del divieto è nel principio costituzionale di solidarietà. Il principio del divieto di abuso del diritto si pone dunque in una logica relazionale di solidarietà (il principio di solidarietà, per quanto possa essere inteso in una accezione allargata, si traduce sempre in un problema di disciplina di rapporti intersoggettivi)⁶¹.

Nella misura in cui l'applicazione del divieto di abuso comporta un capovolgimento di valori, l'ambito di applicazione della figura dev'essere però rigorosamente circoscritto, anche se non necessariamente limitato ai soli atti dolosi⁶².

Il divieto di a.p.d. è invece una regola oggettiva di buon funzionamento del mercato, la cui applicazione non dev'essere circondata da particolari limiti garantistici. L'applicazione del divieto, condizionata dalla circostanza puramente oggettiva della distorsione concorrenziale causata da una condotta unilaterale dell'impresa dominante, può così seguire criteri estensivi, salvo poi a dare rilievo alla condizione soggettiva dell'impresa agente ai fini della

⁶⁰ Per la discussione in materia rinvio a C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, Giuffrè, 2007 (ove appunto si sostiene la concezione oggettiva richiamata nel testo). Da ultimo, nello stesso senso, v. A. ASTONE, *Il divieto di abuso del diritto. Diritto scritto e diritto vivente*, Milano, Giuffrè, 2017.

⁶¹ In questa prospettiva merita di essere sottolineata l'alternativa fra la tesi che considera il divieto di abuso come un'applicazione del principio generale di buona fede (soluzione “tedesca”) e la tesi che pone il divieto di abuso del diritto come principio generale dell'ordinamento, lasciando poi alla buona fede una funzione residuale, nella sua accezione originaria di fonte di doveri comportamentali nell'ambito di rapporti personali individualizzati (soluzione “francese”).

Personalmente sarei incline a dare maggior credito a quest'ultima soluzione. Ciò in quanto si muova dall'assunto secondo cui il controllo dei poteri di fatto costituisce esigenza fondamentale negli ordinamenti contemporanei. In questa prospettiva la dottrina del divieto di abuso consente un controllo funzionale dell'atto di esercizio del diritto (o del potere) più incisivo (perché legato alla previa individuazione di una funzione specifica del diritto), rispetto a quanto sia consentito dalla sola e diretta applicazione del principio di buona fede.

Nel diritto vivente italiano si tende ad una visione eclettica sul punto. Così, nella più recente giurisprudenza della Cassazione, si legge che si ha abuso del diritto quando “il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti” (Cass. civ., sez. lav., 15 giugno 2018, n. 15885).

⁶² Cfr. G. MUSCOLO, (nt. 53).

determinazione della sanzione (per la quale l'autorità competente gode di un ampio spazio di discrezionalità, che va dalla semplice diffida all'irrogazione di un'ammenda pari al 10% del fatturato dell'impresa).

Non si deve dunque pensare che il principio del divieto di abuso del diritto e la regola sul divieto di a.p.d. portino a risultati applicativi equivalenti. A tale proposito si può richiamare l'esempio più noto, cioè quello riguardante l'abuso dei diritti di proprietà intellettuale. In questo campo si è ritenuto giustamente⁶³ che la *patent misuse doctrine* (concettualmente assimilabile alla dottrina del divieto di abuso del diritto) consente un'applicazione duttile del divieto di abuso in casi particolari, ma l'integrazione della disciplina del divieto di abuso dei diritti di proprietà intellettuale con le regole antitrust consente di ampliare di molto le condotte vietate, mediante l'impiego della dottrina antitrust delle *essential facilities*, e soprattutto di calibrare l'ambito di applicazione del divieto in funzione di quelle situazioni in cui la condotta del titolare del diritto comporti effetti realmente distorsivi della concorrenza⁶⁴. Può dirsi, in altre parole, che l'applicazione del divieto di a.p.d. assorbe e supera il divieto di abuso del diritto rispetto ai casi economicamente importanti di abuso dei diritti di proprietà intellettuale, mentre la dottrina generale dell'abuso del diritto di proprietà intellettuale può continuare a svolgere una funzione complementare in casi residuali, in cui una determinata condotta può essere giudicata riprovevole su un piano relazionale, indipendentemente dall'analisi del mercato e dall'applicazione del criterio dell'*essential facility*.

Credo dunque, per tornare alle affermazioni dottrinali da cui hanno preso l'avvio queste riflessioni, che meriti una revisione l'idea diffusa, che vede nell'a.p.d. un esempio tipico di abuso del diritto, e meriti invece adesione la contraria opinione della dottrina specialistica, che, se pur con sfumature diverse (sono state ricordate, all'inizio, le opinioni di Ghidini, Osti e Siragusa) attribuisce all'elemento "abuso del diritto" una funzione solo complementare nell'ambito di una nozione di a.p.d., che rimane pur sempre determinata sulla base di criteri oggettivi, centrati sull'accertamento di una distorsione rispetto a un modello di buon funzionamento del mercato.

⁶³ Della sterminata letteratura in argomento richiamo, per le osservazioni riprese nel testo, la trattazione di T. KÄSEBERG, *Intellectual Property, Antitrust and Cumulative Innovation in the EU and the US*, Oxford, Hart Publishing, 2012.

⁶⁴ È proprio in virtù di questa impostazione che "EU competition policy.. has generally been less deferential to IP rights than US antitrust authorities and courts" (T. KÄSEBERG, (nt. 63), 251).