

Il Trattato dei Contratti
Diretto da Pietro Rescigno ed Enrico Gabrielli

Volume

I contratti nella concorrenza
A cura di Antonio Catricalà ed Enrico Gabrielli

UTET Giuridica 2011

CAPITOLO SESTO
ABUSO ESCLUDENTE MEDIANTE CONTRATTO
di
MICHELE ROMA

CAPITOLO SESTO

ABUSO ESCLUDENTE MEDIANTE CONTRATTO

SOMMARIO: 1. Il contratto come “alleato” della condotta escludente: libertà negoziale ed abuso escludente – Inquadramento del tema. – 2. Abuso escludente e libertà contrattuale: un equilibrio complesso. – 3. Le pratiche abusive escludenti (mediante contratto). Insufficienza del dato normativo: necessità del rinvio alla casistica “giurisprudenziale”. – 4. Il rilievo del “danno ai consumatori”. – 5. Le categorie dell’abuso escludente. – 6. Abuso escludente mediante contratto: la nozione di “clausola abusiva” e la rassegna delle clausole tipiche.

1. *Il contratto come “alleato” della condotta escludente: libertà negoziale ed abuso escludente – Inquadramento del tema.*

Nell’accezione propria del diritto della concorrenza è *escludente* la condotta volta a limitare o impedire l’entrata di nuovi concorrenti sul mercato, ovvero ad estromettere dal mercato quelli esistenti. I tratti fisiognomici dell’*escludere* antiggiuridico hanno la loro radice normativa nell’art. 3, lett. *b*), l. 10 ottobre 1990, n. 287¹ e, in ambito europeo, nell’art. 102, lett. *b*), TFUE. Il Regolatore ha puntato i riflettori sul comportamento di *una o più imprese di una posizione dominante all’interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante*, mosso dal fine di «impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori», finalità per ciò

¹ «È vietato l’abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all’interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, ed inoltre è vietato: (...) *b*) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori».

stesso abusiva. Ha voluto sanzionare quelle condotte che utilizzano la leva contrattuale “come mezzo al fine”².

Nel caso dell'*abuso* indotto dalla posizione dominante su un certo mercato di riferimento, l'elemento *distintivo* è integrato perciò dalla strumentalizzazione del contratto o dal rifiuto di contrarre: elementi *tipici*, entrambi, attraverso cui si consuma l'*illecito*. Solo attraverso determinate clausole contrattuali, o, all'opposto, la negazione del contratto, il *soggetto dominante* condiziona la libertà di iniziativa altrui innescando la reazione dell'Ordinamento. Cosicché, *abuso* e *contratto* interagiscono e se anche nel più ristretto ambito della negoziazione d'impresa³ non tutti i contratti, ovviamente, danno luogo a condotte “abnormi”, solo quelle che condizionano in un certo modo il traffico giuridico si rivelano *abusive*.

Una corretta politica della concorrenza implica, come si può intendere, la *libertà negoziale*. Il contratto è lo strumento di accesso al mercato e per il suo tramite qualunque soggetto, consumatore o operatore economico che sia, realizza i propri interessi economici. La concorrenza reale presuppone il riconoscimento della più ampia libertà negoziale. *Libertà di iniziativa economica, libertà negoziale e concorrenza effettiva* si presentano, più precisamente, come una sequenza di condizioni che tutelano il mercato; di qui la necessità sovrastante di *tutela* del sistema che sta dietro le norme richiamate. Il semplice riconoscimento dei principi di libertà contrattuale non garantisce la fioritura di una autentica concorrenza⁴. Occorre in effetti un profilo regolatorio esterno alla possibilità di negoziare e interfacciarsi col

² Nella pratica, può verificarsi anche l'ipotesi di una sovrapposizione di comportamenti anticoncorrenziali, che espongono le imprese interessate al cumulo delle sanzioni, allorché l'*abuso* sia il portato di una convergenza di volontà che condividono un disegno escludente. Cfr. *funditus* par. 3. Intanto per un'applicazione “contemporanea” degli artt. 101 e 102 del TFUE, AGCM, provv. 11 giugno 2009, n. 19946, *Gargano Corse/Aci*, *Boll.*, 2009, n. 23 definito, rispetto ad entrambe le violazioni contestate, mediante accettazione degli impegni presentati.

La linea di demarcazione tra le due fattispecie non è però così netta. È possibile infatti nella prassi che la posizione dominante possa essere detenuta anche da più aziende dando luogo, in caso di accordi o di pratiche concordate *ex art.* 101, una «posizione dominante collettiva». La Corte di Giustizia della Comunità europea (cfr. C. Giust. CE, 10 marzo 1992, *Vetro Piano*, *Racc.*, 1992, II, 1543) però, pur ammettendo un'applicazione “abbinata” degli artt. 101 e 102 nel caso in cui un'impresa già in posizione dominante imponga tramite accordo le sue condizioni, ha sempre escluso questa possibilità se l'accordo o la pratica concordata mirano a costituire la posizione dominante tra imprese che non ne godano già singolarmente.

³ Ai fini dell'applicazione della disciplina della concorrenza, la nozione di impresa è più ampia di quella civilistica, poiché essa, alla luce del principio comunitario dell'effetto utile, comprende «qualsiasi attività di natura economica tale da poter ridurre, anche solamente in potenza, la concorrenza nel mercato»; di conseguenza, «possono essere considerate imprese tutti i soggetti, comunque strutturati e organizzati, che compiano atti a contenuto economico idonei a restringere la concorrenza». Impresa è dunque, per il diritto antitrust, «qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dal suo stato giuridico e dal suo finanziamento». Così di recente C. St., sez. VI, 27 giugno 2005, n. 3408, *Foro amm. C. St.*, 2005, 6, 1849.

⁴ Per un approfondimento, cfr. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, *Riv. dir. comm.*, 2002, parte prima, 434.

mercato che spinga l'iniziativa economica verso condotte pro competitive. Nulla è più *relativo* nella teoria del contratto della nozione di *libertà contrattuale*⁵ che, influenzata dai venti della politica economica, ha contrapposto storicamente fasi di liberismo senza controlli, o di controlli meramente formale, a fasi in cui lo "Stato sociale" s'è reso garante di condotte negoziali deliberatamente rivolte alla tutela della "parte debole". Con il risultato apparentemente contraddittorio che ad un intervento di effettiva salvaguardia del mercato, corrispondono norme che restringono la libertà contrattuale: quelle che, a certe condizioni e come eccezione ai principi generali, impongono all'operatore economico di eseguire prestazioni a favore di altri (cfr. art. 2597 c.c.) in deroga alla libertà di azione⁶. In tal modo la libertà di autodeterminarsi diviene garanzia imprescindibile di una disponibilità di scelte da parte dei potenziali attori del gioco. Essa deve includere tutte le manifestazioni dell'autonomia negoziale, quale la libertà di:

- a) stabilire "con chi fare affari";
- b) "rispetto a quali beni o servizi";
- c) "a quali condizioni".

2. *Abuso escludente e libertà contrattuale: un equilibrio complesso.*

Le specifiche pratiche "abusive" hanno un *comune denominatore*: la contrattazione "abnorme" o il rifiuto di negoziare.

Anche le pratiche che integrano la fattispecie dell'abuso escludente possono riguardare tanto i "rapporti verticali" quanto i "rapporti orizzontali"⁷. Parte della letteratura⁸, approcciando il fenomeno dal lato economico dell'uso o meno di politiche di prezzo, ha individuato tre principali categorie di comportamenti "impropri" perché ingiustificatamente escludenti: quelli *derivanti da politiche di prezzo*, quelli *derivanti da*

⁵ Per una efficace sintesi del dibattito sul tema, v. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, 49 ss.

⁶ Nei sistemi di tradizione romanistica – tanto per radicare la problematica in una dimensione storica – il principio della libertà contrattuale deve fare i conti con la pervasività del potere statale e dell'interazione con le leve di politica economica. Nel sistema europeo continentale, e quello italiano ne è un esempio, l'idea della libertà contrattuale permea la disciplina civilistica: i soggetti sono liberi e uguali e possono autodeterminarsi. Questa libertà viene rivendicata soprattutto nei confronti dello Stato, nel tentativo, in realtà meramente formale, di impedire che quest'ultimo interferisca nei rapporti privatistici. Una forma di liberalismo giuridico, dunque, figlio del liberismo economico che ha caratterizzato le prime fasi di accumulazione della ricchezza nell'Ottocento e che trova il suo sostrato nell'eguaglianza, anche contrattuale, raggiunta dalla classe borghese con la rivoluzione francese, quale reazione ai vincoli e ai pesi della legislazione feudale.

⁷ Si parla, generalmente, di *rapporti verticali* quando il comportamento è tenuto verso i consumatori od imprese non concorrenti, e di *rapporti orizzontali* quanto è tenuto nei confronti dei concorrenti o dei potenziali concorrenti.

⁸ Così PROSPERETTI, SIRAGUSA, BERETTA e MERINI, *Economia e diritto antitrust*, Roma, 2006, 240 ss.

politiche non di prezzo, quelli che fanno leva su *altre tipologie* (non tipizzate).

Rispetto alle prime, il riferimento concerne i *prezzi predatori*, gli *sconti fidelizzanti* e le pratiche di *squeeze* (*margin squeeze* e *price squeeze*).

Ma l' "estromissione" può essere raggiunta anche non facendo leva sull'elemento del prezzo. Ecco l'esigenza di "delineare" una categoria a se stante, quella dell'*abuso mediante contratto*, che si aggiunga alla rassegna delle pratiche scorrette di matrice spiccatamente "economica" e completi la gamma dei comportamenti antigiuridici presi di mira dall'Antitrust. S'impongono, a questo punto, una precisazione ed un chiarimento. A stretto rigore, pure l'imposizione di prezzi esorbitanti ha dietro di sé l'utilizzo di un contratto, essendo comunque il contratto un *passpartout* di ingresso sul mercato⁹. L'abuso "escludente" di fonte contrattuale interviene dunque a rimarcare un fatto preciso: l'intento del soggetto dominante deve consistere nel governo dello "strumento-contratto" in modo che attraverso la tessitura di clausole normalmente preconfezionate esso «*impedisca o limiti la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico*».

Analizzando le politiche di mercato attuate dalle imprese al fine di escludere le imprese concorrenti o potenzialmente tali dall'angolazione del mezzo impiegato, si finisce per ricomprendere nel *genus* dell'abuso mediante contratto una variegata messe di comportamenti escludenti. L'accordo economico diviene così "alleato" dell'*esclusione*, quale che sia il contesto di riferimento (che si tratti di rapporti *orizzontali* o *verticali*), per arrecare un ingiustificato pregiudizio alle opportunità competitive di altre imprese concorrenti.

La funzione strumentale del contratto, inteso come elemento attraverso cui è perpetrato l'abuso, interferisce con il tema della libertà contrattuale, nel senso che la condiziona in un modo che il Regolatore rifiuta ed addita come "inaccettabile".

S'è già osservato che il *deal* del "mercato che funziona" è uno scenario in cui qualunque operatore esercita senza condizionamenti la (propria) libertà negoziale. Il condizionamento "indebito" esprime dunque una patologia che investe quella determinata operazione e crea allarme per la collettività.

Va rimarcato ancora una volta che non può parlarsi di libertà contrattuale, come *condizione* della concorrenza, senza un profilo regolatorio di riferimento. Così come non può parlarsi in generale di abusi senza l'individuazione di un mercato di riferimento. Questa forma di "relativismo" attrae verso le "regole" e quindi l'esegesi del precetto normativo, con un andamento circolatorio. In questa prospettiva, rileva che lo stesso codice civile italiano del 1942 non tiene conto di tutte le differenze di prospettiva, non si preoccupa di verificare le modalità attraverso le quali

⁹ Anche se sempre più di frequente la negoziazione è ridotta a strumento di sintesi di operazioni meramente economiche di scambio senza contratto nelle quali l'altra parte "aderisce" al contratto, lo accetta senza discuterlo non potendo o non riuscendo a scalfire la predominanza dell'interlocutore, v. ROPPO, *Trattato del contratto*, I, Milano, 2006, 239 ss.

opera il contraente, limitandosi a prevedere alcune regole minime essenziali da rispettare nelle contrattazioni.

La *regia* codicistica ha rivelato ben presto un'incompleta percezione della realtà, tanto da riverberarsi anche sul mercato, «*impedendo la realizzazione di un ordine concorrenziale, inteso come garanzia di libertà economica per tutti i soggetti operanti nel mercato e, in assenza di uno small business politicamente influente, operante da contrappeso allo strapotere delle grandi imprese, la libertà contrattuale diviene comodo riparo per ogni forma di restrizione della concorrenza*»¹⁰.

Non è un caso, dunque, che la giurisprudenza italiana prima del codice del 1942 considerava generalmente validi i patti limitativi della concorrenza, pur contenendoli entro i confini poi recepiti dall'art. 2596 c.c.¹¹. La situazione non cambiò di molto successivamente all'emanazione del codice civile, restando impelagata per lungo tempo nella formalistica prevalenza della libertà contrattuale sulla esigenza di un intervento regolatorio della concorrenza¹². È solo con l'intervento deciso della Comunità europea che un mercato "effettivamente" concorrenziale diviene oggetto di tutela, fonte e presupposto della libertà contrattuale delle parti. Si tratta di un processo lungo e faticoso, ancora lontano dal pieno compimento. Anche la disciplina antitrust comunitaria è condizionata peraltro dal contesto dirigistico nel quale si colloca. È stato ben evidenziato come le tutele comunitarie costituiscano, in questa fase, più un elemento di "politica" della concorrenza, con spiccate caratteristiche regolatorie¹³, che di "polizia" della concorrenza,

In particolare, nel sistema comunitario interventi di un certo rilievo sono tradizionalmente ammessi anzitutto avendo presenti le fattispecie di posizione dominante, per arginare situazioni di prevaricazione economica;

¹⁰ Così MELI, *Diritto «antitrust» e libertà contrattuale: l'obbligo di contrarre e il problema dell'eterodeterminazione del prezzo*, in *Contratto e antitrust*, a cura di Olivieri e Zoppini, Roma-Bari, 2008, 48 ss.

¹¹ Per una sintesi del dibattito sul tema, si rinvia a LIBERTINI, *sub* art. 2596 c.c., in *Comm. Cendon*, Torino, 1991.

¹² Significativo segnale della stasi di una cultura poco sensibile alle ragioni della concorrenza è una sentenza della Corte costituzionale del 1982 (C. Cost, ord. 16 dicembre 1982, n. 233, *Giur. cost.*, 1982, n. 12), che reputa infondato il prospettato contrasto tra l'art. 2596 c.c. e l'art. 41 Cost., sulla base dell'argomentazione per cui «*la libertà di concorrenza comprende pure la possibilità di autolimitazione mediante accordi, la quale non turba necessariamente il gioco della libera concorrenza, anzi talvolta può agevolarlo (come nel caso di accordi intesi ad evitare l'emarginazione di imprese più deboli e la conseguente formazione di posizioni di monopolio o di quasi monopolio ovvero di oligopolio, da parte di imprese più forti)*», anche se tale libertà va esercitata entro i limiti dell'ordinamento giuridico. Cfr. MELI, *Diritto «antitrust»*, cit., 49, nt. 12.

¹³ Per una disamina più analitica della questione si rinvia a MELI, *op. ult. cit.*, 50 ss., il quale sottolinea che nel diritto antitrust comunitario «*piuttosto che manifestazione del confronto tra libertà e autorità, in cui la seconda svolge una funzione di limite esterno alla prima, si assiste a una tendenziale compresenza dell'autorità nella determinazione degli indirizzi secondo cui la libertà può essere esercitata*».

quindi, con riguardo alle posizioni di sfruttamento del mercato, attraverso la valutazione delle condizioni contrattuali praticate.

Pertanto, contrariamente alle esperienze d'oltre Oceano¹⁴, la dialettica concorrenza-libertà contrattuale si è tradotta nel *terroir* europeo, per i motivi indicati, «in una maggiore inclinazione a conformare l'azione delle imprese anche attraverso forme di eterodirezione dell'attività contrattuale, il cui fondamento non è apparso sempre chiaro»¹⁵. La prassi, per contro, registra un'applicazione parziale di tali principi.

Un progressivo avvicinamento delle posizioni tra modello europeo a modello statunitense c'è comunque stato.

La recente Comunicazione adottata dalla Commissione europea sull'applicazione dell'art. 82 del Trattato CE¹⁶, oggi art. 102 TFUE, sottolinea, in particolare, l'intenzione di concentrarsi sugli *abusi escludenti*, manifestando quanto meno il tentativo di una inversione di tendenza nell'ambito del sistema antitrust europeo, che sta già dando i suoi frutti anche nei singoli Stati. Basti pensare, con riferimento all'Italia, alla sentenza del Consiglio di Stato del 2006¹⁷, relativa al caso Telecom, nella quale, come vedremo più in dettaglio nei paragrafi successivi, il Giudice ha sanzionato una molteplicità di comportamenti escludenti attuati mediante il ricorso allo strumento delle clausole contrattuali.

3. *Le pratiche abusive escludenti (mediante contratto). Insufficienza del dato normativo: necessità del rinvio alla casistica "giurisprudenziale".*

Le disposizioni di legge che sanzionano i comportamenti escludenti contengono una rassegna solo esemplificativa.

Le pratiche abusive basate sul contratto, infatti, possono essere di svariata natura, ed a quelle indicate espressamente dalla norma, se ne affiancano altre di fonte essenzialmente "giurisprudenziale", talvolta così "paradigmatiche" da assurgere a *leading case*¹⁸.

Avendo a mente il dato normativo, le disposizioni di cui all'art. 3, lett. b), l. 10 ottobre 1990, n. 287 e, art. 102, lett. b), TFUE, descrivono l'ipotesi di abuso c.d. "escludente" perpetrato mediante contratto posto in essere da una o più imprese in posizione dominante mediante la *limitazione della produzione, degli sbocchi o degli accessi al mercato, del progresso tecnico, a danno dei consumatori*.

¹⁴ Nel sistema americano, l'azione antitrust mira a contrastare le strategie escludenti a prescindere da quelle di prevaricazione economica: in questo senso, cfr. *Berkey Photo vs Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263-2d Cir. 1979 – cer. denied, 444 U.S. 1093 (1980).

¹⁵ In tal senso ancora MELI, *op. ult. cit.*, 53.

¹⁶ Comm. CE, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, GUCE, 24 febbraio 2009, C 45.

¹⁷ C. St., sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, *Riv. dir. it.*, nn. 4-5, 222.

¹⁸ AGCM, provv. 16 novembre 2004, n. 13752, *Comportamenti abusivi di Telecom Italia*, *Boll.*, 2004, n. 47.

Si tratta di fattispecie di “frequente” applicazione soprattutto nel mercato italiano, caratterizzato dalla forte presenza di ex monopolisti legali, inclini a replicare, anche in situazioni di concorrenza necessaria, condotte ispirate dal preesistente privilegio. Con la conseguenza di amplificare la possibilità dell’operatore di comportarsi in modo significativamente indipendente dai concorrenti e dai consumatori. Non a caso, la casistica di applicazione dell’art. 3, lett. b), l. n. 287/1990 riguarda in particolar modo i settori di pubblica utilità (energia, telecomunicazioni, trasporti ecc.). Sono “esplicative” del contesto almeno un paio di fattispecie attorno alle quali è nata la consapevolezza dell’insidiosità del fenomeno¹⁹. Aldilà dell’analisi casistica, ne vanno subito segnalati alcuni elementi “sintomatici” che consentono di affinare la *nozione*:

– è “escludente” l’utilizzo del contratto nella misura in cui esso sia sorretto da una volontà anch’essa escludente, così come è abusiva la negazione del contratto nella sua connotazione di elemento per assicurarsi beni o servizi che originino da un comportamento altrettanto intenzionale. Sono di solito “indifferenti” le molteplici situazioni in cui l’isolamento contrattuale, ovvero l’inserimento di clausole astrattamente lesive trovino una giustificazione di tipo economico²⁰;

– deve considerarsi escludente l’utilizzo “improprio” del contratto rivolto verso i concorrenti nel medesimo mercato di riferimento. Salvo inquadrare,

¹⁹ Cfr. oltre a AGCM, provv. 16 novembre 2004, n. 13752, *Comportamenti abusivi Telecom* cit.; AGCM, provv. 27 febbraio 2008, n. 18069, *Poste Italiane - Concessionari Servizi Postali*, *Boll.*, 2008, n. 8; AGCM, provv. 21 novembre 2002, n. 11421, *Blugas-Snam*, *Boll.*, 2002, n. 47; AGCM, provv. 28 maggio 2003, *Aviapartner/Società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna*, *Boll.*, 2003, n. 22.

²⁰ Si noti che la giurisprudenza comunitaria da tempo interpreta la possibilità di giustificazioni del comportamento abusivo in modo assai restrittivo, riconoscendo che una condotta può non essere ritenuta abusiva ai sensi dell’art. 102 solo se accompagnata da una giustificazione oggettiva e a condizione che la restrizione della concorrenza sia necessaria e proporzionata (C. Giust. CE, 14 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands/Commissione*; T. I g. CE, 4 aprile 1990, T-30/89, *Hilti/Commissione*; C. Giust. CE, 15 marzo 2007, C-95/04, *British Airways/Commissione*). Solo recentissimamente la Commissione europea negli *Orientamenti* cit. ha sviluppato il tema, dichiarando tra l’altro la propria disponibilità a considerare non solo eventuali giustificazioni oggettive della condotta (es. ragioni di salute e sicurezza connesse alla natura del prodotto), ma anche giustificazioni in termini di incrementi di efficienza tali da compensare l’impatto anticoncorrenziale sui consumatori. A tal fine, la Commissione richiama in particolare i criteri seguiti nell’applicazione dell’art. 101, par. 3, TFUE, dichiarando di ritenere che un’impresa dominante possa giustificare una condotta escludente anche sulla base di efficienze sufficienti, purché dimostri la sussistenza delle seguenti condizioni:

- a) i guadagni di efficienza sono conseguenza della condotta escludente;
- b) non vi sono modalità alternative meno anticoncorrenziali per conseguire tali efficienze;
- c) i guadagni di efficienza più che compensano i probabili effetti negativi della condotta sulla concorrenza e sui consumatori nei mercati interessati;
- d) la condotta non comporta la soppressione totale della concorrenza effettiva, attuale o potenziale, o della maggior parte di essa.

L’introduzione di una *efficiency defense* per i comportamenti abusivi costituisce una delle novità più rilevanti degli *Orientamenti* che dovrà essere ancora sottoposta al vaglio della giurisprudenza comunitaria.

poi, il riferimento diretto che la norma opera al consumatore²¹. Dietro l'interesse per l'abuso perpetrato in danno della concorrenza va colta la missione di assicurare il corretto confronto tra operatori ed indirettamente il funzionamento del mercato;

– la condotta escludente permea di sé anche quei comportamenti che hanno a base un'*intesa* (cfr. art. 2, lett. *b*), l. n. 287/1990 cit., e art. 101, 1° co., lett. *b*), TFUE); pure in questo caso *rileva* il contratto come mezzo attraverso cui le imprese operano in danno del mercato sebbene in presenza di un altro “accordo” che connota le condotte illecite tra operatori economici e che sta “a monte” dell'abuso escludente di cui all'art. 3, lett. *b*)²². Come anticipato, si tratterà di accertare un eventuale concorso di illeciti se ed in quanto il medesimo soggetto abbia leso la concorrenza coalizzandosi con altri concorrenti²³.

4. Il rilievo del “danno ai consumatori”.

In relazione alle ipotesi “legali” di abuso escludente tracciate dall'art. 3, lett. *b*), l. n. 287/1990, va *interpretato* il riferimento diretto a quello che dovrebbe presentarsi come (ulteriore) requisito di applicazione della norma: il “danno ai consumatori”, assente nelle altre fattispecie di abuso. Esso indurrebbe a pensare che la sanzionabilità dei comportamenti previsti richieda non soltanto la lesività della concorrenza (tra operatori economici), ma anche tale specifico requisito. ulteriore

La conclusione, tuttavia, non è affatto scontata. La peculiarità del “richiamo” è stata interpretata in senso limitativo, cioè quale previsione rivolta ad evitare la sanzionabilità di comportamenti dell'impresa dominante non pregiudizievoli per i consumatori²⁴. Più netta è la posizione assunta dalla giurisprudenza italiana. Nel caso Panini, il Consiglio di Stato ha espressamente affermato quanto segue: «*Perché sia dato ritenere integrati gli estremi dell'abuso di posizione dominante sotto forma di impedimento o*

²¹ Come tale intendendosi ai sensi dell'art. 3, 1° co., lett. *a*), c. cons. (d.lg. n. 206/2005) «*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*».

²² Come osservato correttamente in dottrina: «*il diritto della concorrenza è permeato in maniera pervasiva dall'istituto del contratto. Dei tre istituti che fundamentalmente lo compongono – concentrazioni, intese e monopolizzazioni (o abusi di posizione dominante) i primi due sono evidentemente contermini*» – nel senso che rievocano palesemente figure contrattuali – «*laddove il terzo vi si frappone frequentemente*» (OSTI, *L'obbligo a contrarre: il diritto concorrenziale tra comunicazione privata e comunicazione pubblica*, in *Contratto e antitrust*, a cura di Olivieri e Zoppini, cit., 26 ss.).

²³ Si veda AGCM, provv. 25 novembre 2004, n. 13780, *Lottomatica /Sisal*, *Boll.*, 2004, n. 48, con il quale l'Autorità ha condannato Lottomatica e Sisal per intesa restrittiva della concorrenza nel mercato dei giochi e delle scommesse, diretta a precludere l'accesso al settore a terzi operatori. Per un'applicazione contemporanea degli artt. 101 e 102 del TFUE, cfr. anche AGCM, provv. 11 giugno 2009, n. 19946, *Gargano Corse/Aci*, cit. afferente ad un procedimento avviato dall'Autorità nei confronti di ACI per l'accertamento di una duplice violazione: intesa e abuso di posizione dominante.

²⁴ Così MANGINI e OLIVIERI, *Diritto antitrust*, 2^a ed., Torino, 2005, 67.

*limitazione degli sbocchi o accessi al mercato, è necessaria la prova del danno risentito dai consumatori*²⁵. E, ancora, il T.A.R. Lazio²⁶ ha confermato la necessità del pregiudizio ai consumatori per configurare la violazione del divieto di sfruttamento abusivo di cui all'art. 3, lett. b), l. n. 287/1990, sottolineando, anzi, che il danno ai consumatori è *in re ipsa* nel compimento dell'abuso. Ma anche la stessa Autorità, nel caso 3C/SIP, ha condannato l'operatore telefonico perché, non concedendo le proprie linee a 3C Communications, «ha comportato limitazioni nell'accesso al mercato per la 3C Communications, di cui SIP è potenziale concorrente, in danno non solo di tale società, ma anche degli utilizzatori dei servizi da essa prestati»²⁷. Analogamente, l'Autorità, nel caso Italtroli²⁸, ha affermato che «la condotta dell'impresa che gestisce in regime di monopolio un oleodotto necessario all'effettuazione del rifornimento di carburanti e combustibili nel porto di Civitavecchia, in quanto abbia comportato l'esclusione dal mercato della commercializzazione dei prodotti "bunker" nel porto di Civitavecchia di un operatore già presente determinando per esso ingiustificati svantaggi nella concorrenza con danno anche dei consumatori costituisce abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 3, lett. b) e c), della legge antitrust».

Non è mancato chi ha posto in posizione "neutra" l'interesse dei consumatori, qualora l'attività dell'impresa, benché limitativa, si fondi su valide ragioni economiche²⁹. Tale posizione è basata su quelle che nel mondo anglosassone sono definite le libertà della *quiet life*: risulta, all'evidenza, concretamente difficoltoso imporre obblighi di aumento di produzione o di nuovi investimenti senza incidere sulla libertà d'impresa connaturale al rischio d'impresa. Sicché, seguendo questa linea di pensiero, si è ritenuto che non sarebbe anticompetitiva la decisione di un'impresa, in posizione dominante, di autolimitare la produzione qualora valide ragioni

²⁵ C. St., sez. IV, 17 febbraio 1999, n. 172, *Foro it.*, 2000, III, 25. I Giudici di Palazzo Spada hanno confermato la sentenza del T.A.R. Lazio che, sempre per quanto concerne il presupposto del danno ai consumatori, si era così pronunciata: «In assenza del riscontro (e della prova) di un abuso, suscettivo di determinare un danno ai consumatori mediante un apprezzabile peggioramento delle condizioni di mercato, la (mera) titolarità di una posizione dominante non può ritenersi – di per sé – vietata, a differenza di quanto avviene per le intese previste dall'art. 2 l. n. 287 del 1990» (T.A.R. Roma Lazio, sez. I, 8 gennaio 1998, n. 96, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 539).

²⁶ T.A.R. Lazio, sez. I, 11 dicembre 2000, n. 11485, *Foro it.*, 2001, III, 317, il quale ha evidenziato che la violazione dell'art. 3, l. n. 287/1990 determina una lesione *ex se* degli interessi dei consumatori, sicché nel caso di specie non poteva essere invocata l'assenza di gravità del comportamento per mancato danno ai consumatori, per negare la competenza dell'AGCM ad intervenire.

²⁷ AGCM, provv. 4 marzo 1992, n. 412, *3C Communication/SIP*, *Boll.*, 1992, n. 5.

²⁸ AGCM, provv. 6 giugno 1996, n. 3953, *Soc. Fina it. comp. Italtroli*, *Dir. ind.*, 1997, 39, con nota di CATELLI.

²⁹ Questa è la posizione di FRIGNANI, *Diritto antitrust italiano*, Bologna, 1997, 380, secondo il quale, in presenza di valide ragioni economiche non esisterebbe l'abuso anche se i consumatori dovessero subirne un danno. In tal senso, anche FIORE, *Abuso di posizione dominante*, in *La concorrenza*, a cura di Cendon, I, Torino, 2005, 278.

economiche lo impongano, anche se ciò possa determinare un conseguente ed immediato pregiudizio per i consumatori³⁰.

Sul rilievo dell'impatto della condotta escludente sui consumatori è intervenuta la Commissione europea, adottando una comunicazione sull'applicazione dell'art. art. 82 Trattato CE, ora art. 102 del TFUE, ai c.d. abusi escludenti³¹.

In tale comunicazione, la illegittimità della condotta dell'impresa dominante è fondata su due condizioni:

a) *preclusione*: la condotta dell'impresa dominante ostacola o impedisce l'efficace accesso dei concorrenti, reali o potenziali, alle forniture o ai mercati;

b) *impatto anticoncorrenziale*: come conseguenza della condotta escludente è probabile che l'impresa dominante sia in grado di aumentare profittevolmente i prezzi³².

Sembrerebbe pertanto che per configurare un abuso di posizione dominante di tipo escludente non sia sufficiente una condotta che danneggi i *competitors*, ma occorra anche che dalla stessa condotta ne derivi un probabile pregiudizio per i consumatori³³. I comportamenti che la Commissione vuole escludere sono quelli pregiudizievoli in termini di prezzi più elevati o in altra forma (*anticompetitive foreclosure* o preclusione anticoncorrenziale).

Il peggioramento delle condizioni dei consumatori assurgerebbe a presupposto necessario per la sanzionabilità di una condotta escludente dell'impresa dominante³⁴ in concomitanza di un'offerta meno interessante lato prezzi, innovazione, possibilità di scelta, qualità. Con l'avvertenza che la posizione soggettiva del concorrente escluso, se anche *irrilevante* a fini

³⁰ Così la C. Giust. CE, 5 ottobre 1988, 53/87, *Consorzio Italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli Maxicar SpA/Régie nazionale des usines Renault*, Racc., 1988, 6039 e C. Giust. CE, 5 ottobre 1988, 238/87, *AB Volvo/Erik veng (Uk) Ltd*, Racc., 1988, 6211.

³¹ Comunicazione della Commissione, *Orientamenti*, cit.

³² Il danno al consumatore è identificato sinteticamente negli *Orientamenti* con la nozione di "aumento dei prezzi". Il significato di tale nozione è contenuta nel punto 11 del documento della Commissione, dove si fa riferimento alla capacità dell'impresa dominante di influenzare i parametri della concorrenza quali prezzi, produzione, innovazione, varietà o qualità di beni o servizi a discapito dei consumatori.

³³ Per una approfondita analisi dei nuovi *Orientamenti* della Commissione CE, si veda BRUZZONE, *Abuso di posizione dominante: gli orientamenti comunitari sulla condotta escludente*, in *Note e studi Assonime*, n. 2/2009, 7, nt. 1.

³⁴ Negli *Orientamenti* la Commissione si dichiara attenta «a non perdere di vista» la vera finalità della norma, che è la tutela di un efficace processo concorrenziale e non la semplice protezione dei concorrenti, riprendendo in ciò le indicazioni dell'avvocato generale nel caso Oscar Bronner, che già nel 1998 sottolineavano come il fine principale dell'art. 102 sia «prevenire distorsioni della concorrenza – e in particolare tutelare gli interessi dei consumatori – piuttosto che proteggere la posizione di singoli concorrenti». Cfr., Giust. CE, 26 novembre 1998, C-7/97, *Bronner c. Mediaprint*, conclusioni dell'Avvocato del 28 maggio 1998, punto 58.

antitrust, troverebbe comunque tutela nelle disposizioni codicistiche (cfr. art. 2598, n. 3, c.c.)³⁵.

Gli *Orientamenti*, pur non avendo carattere “coercitivo”, preannunciano le modalità di attuazione della normativa comunitaria da parte della Commissione. Ed è rilevante che costituiscono la prima comunicazione della Commissione in tema di abuso di posizione dominante³⁶.

Negli *Orientamenti*, poi, è espressamente contenuta anche la nozione di consumatore, nonché la specificazione degli elementi per accertarne il probabile pregiudizio³⁷. In particolare per meglio delimitare le sfere di influenza delle differenti normative di tutela settoriale, si evidenzia come la nozione di consumatore in questo contesto «*comprende tutti gli utilizzatori, diretti o indiretti, dei prodotti interessati dal comportamento, compresi i produttori intermedi che utilizzano i prodotti come fattore di produzione, nonché i distributori e i consumatori finali del prodotto direttamente interessato che di quelli forniti dai produttori intermedi*». Si tratta, quindi, di una nozione diversa e più ampia rispetto a quella del nostro Codice del Consumo, che non comprende, come è noto, i professionisti³⁸.

Così ad esempio, se l'art. 3, lett. b), l. n. 287/1990, non opera rispetto alla negoziazione di massa, il consumatore non è con ciò privato di un'arma che, in quanto agganciata alla tutela del bene concorrenza nel mercato, finirebbe per incidere solo indirettamente sulla propria sfera personale. In questi frangenti egli gode di una tutela dedicata che trova nel Codice del consumo di cui al d.lgs. n. 206/2005 la massima espressione. Laddove, invece, ai fini antitrust, il *consumatore* è il destinatario di una tutela interposta, termine di raffronto per valutare gli effetti pregiudizievoli (in termini di *anticompetitive foreclosure* – prezzi più elevati, produzione, innovazione, varietà o qualità di beni o servizi a discapito dei consumatori) delle condotte escludenti. L'impatto della condotta sarà analizzato, a seconda delle

³⁵ Anche qualora i divieti dell'antitrust non siano operativi, per l'assenza di alcuno dei requisiti previsti dall'art. 3, l. n. 287/1990 o dall'art. 102 del TFUE, la pratica può integrare un illecito concorrenziale, ex art. 2598, n. 3, c.c., in quanto contraria ai principi della correttezza professionale. In particolare per un'applicazione del canone della correttezza professionale alle c.d. *vendite sottocosto* si veda Cass., sez. I, 21 aprile 1983, n. 2743, *Foro it.*, 1983, I, 1864: «La fornitura sottocosto di servizi, quando non sia giustificata dalle condizioni obiettive della produzione, ma si risolve in un'artificiosa manipolazione del mercato con pericolo di sviamento della clientela, costituisce atto di concorrenza sleale ex art. 2598 n. 3 c.c.». L'orientamento espresso è stato confermato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, si veda Cass., S.U., 22 maggio 1991, n. 5787, *Foro it.*, 1992, I, 2204.

³⁶ Sul valore degli *Orientamenti*, cfr. BRUZZONE, *op. cit.*, nt 12, il quale ha ben sottolineato come «le comunicazioni della Commissione sono uno strumento atipico la cui legittimità è riconosciuta dai giudici comunitari. Esse svolgono la duplice funzione di sintesi della giurisprudenza comunitaria, che per definizione riguarda casi singoli, inserendola in una visione sistematica, e di enunciazione da parte della Commissione dei criteri sostanziali con cui intende applicare le norme».

³⁷ Sul punto, si rinvia a BRUZZONE, *op. cit.*, 16 ss.

³⁸ Per la nozione di consumatore nel Codice del consumo si veda nota 21 in questo capitolo.

circostanze concrete, sugli *acquirenti intermedi* o sui *consumatori finali*, e laddove opportuno, a entrambi i livelli.

5. *Le categorie dell'abuso escludente.*

L'osservazione dei fenomeni anticoncorrenziali ha consentito di individuare – come già chiarito – delle *categorie di riferimento* all'interno delle quali è possibile poi riportare la variegata “esplicitazione” che si rinviene nelle clausole ritenute anti-giuridiche (cfr. par. 6). Una panoramica delle prime gioverà all'approfondimento delle seconde.

La *limitazione o l'impedimento dell'accesso* ad un mercato costituisce il più frequente tra i comportamenti di esclusione. Ciò che fa scattare la tutela normativa è l'accertamento di una condotta volta a “blindare” la propria posizione di supremazia sul mercato, condizionando le politiche commerciali altrui. Il contratto individua – come rilevato – il mezzo attraverso cui l'impresa monopolista opera normalmente in danno del mercato. La fattispecie descritta dall'art. 102 del TFUE e dall'art. 3, l. n. 287/1990 consiste non di rado, nell'imposizione di clausole idonee a tradurre in concreto l'intento escludente. Trattasi di “precetti” che in sé considerati, sarebbero validi dal punto di vista civilistico. Essi si colorano d'illiceità se ed in quanto utilizzati dall'*incumbent* al fine di sfruttare la propria forza di mercato a danno dei concorrenti, ovvero dei consumatori finali. L'accertamento della fattispecie anticoncorrenziale avrà pertanto effetti anche sul *contratto-strumento* o su alcune sue clausole³⁹.

Gli esempi che possono trarsi dalla *pratica* sono numerosi e vanno dalla *eccessiva durata dei contratti con clausole di esclusiva* alle *penali per la risoluzione anticipata del rapporto*; dalle c.d. *clausole inglesi* agli *sconti fidelizzanti*.

In tutti questi casi il diritto antitrust interviene nei rapporti sottostanti con finalità ripristinatoria-repressiva. Si rinvergono nella giurisprudenza casi

³⁹ Per la nullità dei contratti o delle clausole che realizzino un abuso di posizione dominante la dottrina maggioritaria parla di nullità *virtuale* evidenziando come nella specie la invalidità, diversamente da quanto previsto per le intese non sia prevista espressamente dalla legge, ma si ricavi applicando al comportamento abusivo (o più esattamente alla clausola attraverso la quale esso si realizza), la regola generale contenuta nell'art. 1418 c.c., che sancisce la nullità dei contratti contrari a norme imperative (così MANGINI e OLIVIERI, *op. cit.*, 141; SELVAGGI, *Abuso di posizione dominante*, *Giur. it.*, 1992, IV, 134). Giunge alla nullità argomentando però a partire dall'art. 2, l. n. 287/1990, anche MELI, *L'abuso di posizione dominante attraverso comportamenti aventi carattere negoziale, il caso Telepiù*, *Giur. comm.*, 2002, 230. Altra parte della dottrina, pur ritenendo invalido il contratto, sembra più orientata all'annullabilità dello stesso per vizio del consenso (SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, *Riv. dir. priv.*, 1997, III, 217; di quarto vizio del consenso parla anche BRECCIA, *Il contratto: nuovi itinerari di ricerca. Prospettive nel diritto dei contratti*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 161). Infine non è mancato chi ha qualificato l'abuso di posizione dominante anche come violazione della buona fede *in contrahendo*, e in quest'ottica è giunto a ritenere applicabile alla fattispecie non l'art. 1418 c.c., bensì l'art. 1337 c.c. (così D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 56).

nei quali l'AGCM "impone" il recupero di una situazione di legalità. Essa avrà ad oggetto l'eliminazione dell'elemento contrattuale "asimmetrico" (ad esempio, la riduzione del termine di *esclusiva*). Nel contempo viene applicata la sanzione pecuniaria, con funzione propriamente "repressiva"⁴⁰.

In un solo frangente la disciplina antitrust interviene nella sfera contrattuale per imporre un obbligo "espresso" di *facere*: ciò avviene quando è sanzionato un *rifiuto di contrarre*.

Tale circostanza può verificarsi sia allorchè il rifiuto sia concertato (ma in questo caso oggetto del giudizio di anticoncorrenzialità è l'accordo diretto al rifiuto, più che il rifiuto in sé), sia quando questo sia unilateralmente opposto da un'impresa in posizione dominante (*unilateral refusal to deal*). In particolare il caso più evidente di abuso di posizione dominante posto in essere mediante rifiuto a contrarre si iscrive nel solco della c.d. *essential facilities doctrine*: teoria elaborata nell'ambito del diritto antitrust statunitense e ormai recepita in ambito comunitario⁴¹, nonché dall'AGCM, che ne ha seguito i criteri informativi in alcuni provvedimenti di applicazione dell'art. 3, l. n. 287/1990⁴². Secondo tale teoria, un'impresa,

⁴⁰ Nel caso Telepiù (AGCM, provv. 14 giugno 2000, n. 8386, *Stream/Telepiù*, *Boll.*, 2000, n. 23), l'Autorità ha ritenuto che i contratti in esclusiva di durata pluriennale stipulati da Telepiù con le principali squadre di calcio per l'acquisizione di diritti *premium* fossero in violazione delle norme di concorrenza. L'effetto escludente è stato ravvisato nel fatto che le esclusive risultavano eccessive in considerazione del potere di mercato delle imprese interessate e dell'effetto cumulativo dei vari rapporti di esclusiva, così impedendo ai concorrenti di affermarsi sul mercato. In base a tali considerazioni, l'Autorità ha condannato Telepiù a *rimuovere* le infrazioni accertate. Analogamente nel caso Telecom (cfr. AGCM, provv. 16 novembre 2004, n. 13752, *Comportamenti abusivi Telecom*, cit.) sul quale torneremo dettagliatamente più avanti, l'Autorità, oltre a condannare Telecom Italia al pagamento di una sanzione pecuniaria pari a 152 milioni di euro (ridotta dal Consiglio di Stato a 115 milioni, sempre di Euro), nell'accertare la natura abusiva delle clausole di scontistica fidelizzante, di esclusiva, di penalizzazione in caso di mancato raggiungimento di determinate soglie di consumo, di adeguamento a migliori condizioni fatte da altre operatori imposte dalla stessa Telecom ai propri clienti, ha altresì condannato Telecom Italia ad adottare *ogni misura idonea a rimuovere* le violazioni riscontrate. Per un intervento che ordina un *facere* ripristinatorio della concorrenza, si veda anche AGCM, provv. 15 febbraio 2006, n. 15174, *Eni - Trans Tunisian Pipeline*, *Boll.*, 2006, n. 5.

⁴¹ *Leading case* in materia è la sentenza della C. Giust. CE, 26 novembre 1998, C-7/97, *Bronner c. Mediaprint*, *Racc.*, 1998, I-7791.

⁴² A partire dal 1995, l'AGCM ha applicato di frequente la dottrina delle *essential facilities* nell'ambito di settori in via di liberalizzazione. La titolarità in capo ai precedenti monopolisti di infrastrutture indispensabili allo svolgimento delle attività liberalizzate rischiava infatti di ostacolare la creazione di mercati concorrenziali. Sicché in più occasioni è apparso necessario garantire ai terzi l'accesso alle infrastrutture, a condizione eque e non discriminatorie. Per un interessante applicazione di tale pratica decisionale, si veda AGCM, provv. 28 maggio 2003, *Aviapartner*, cit., relativo al settore dei servizi di *handling* aeroportuale, oggetto di una specifica direttiva comunitaria di liberalizzazione. Ed ancora, AGCM, provv. 21 novembre 2002, n. 11421, *Blugas/Snam*, cit., nel quale l'Autorità, dopo aver considerato che l'intera rete di gasdotti di Snam per il trasporto di gas naturale sul territorio nazionale era una infrastruttura essenziale per svolgere l'attività di distribuzione di gas, riconobbe che la stessa Snam aveva abusato, con diverse modalità, della propria posizione dominante, rifiutando tra l'altro di concedere l'accesso alla rete nazionale di gasdotti di sua proprietà ai produttori privati – suoi concorrenti sul mercato a valle della

che gestisce una infrastruttura essenziale, il cui accesso da parte di imprese terze è necessario per lo svolgimento di attività economiche in un mercato *a valle* commette abuso di posizione dominante se rifiuta in maniera ingiustificata di concedere ai propri concorrenti l'accesso alla risorsa essenziale, ovvero lo concede imponendo però condizioni talmente sfavorevoli da tradursi, nei fatti, in un diniego.

Le Autorità di settore, interne e comunitarie, hanno tuttavia delineato una serie di requisiti *necessari* affinché una data risorsa possa essere considerata "essenziale" e soltanto la loro sussistenza trasforma il diniego di rifiuto nei confronti di un concorrente in un abuso. La scelta è comprensibile se si considera come la fattispecie in esame pone un delicato problema di contemperamento tra il principio generale della *autonomia privata e contrattuale*, il cui corollario comporta che ciascuna impresa è libera di scegliere la controparte commerciale che preferisce, e il principio di *tutela della concorrenza*, che può risultare pregiudicata dalle modalità di esercizio della libertà contrattuale dell'impresa, laddove questa disponga di un significativo potere di mercato.

Ricapitolando, perché ricorra il "rifiuto" di una *infrastruttura essenziale*:

i) innanzitutto è necessaria l'esistenza di una *facilities* controllata in via esclusiva da un'impresa dal cui accesso dipende la possibilità di svolgere un'attività economica a valle da parte di altra impresa. È questo il requisito dell'unicità, nel senso che l'abuso non si determina qualora sia in concreto possibile per l'impresa concorrente ricorrere ad una infrastruttura alternativa;

ii) l'infrastruttura, poi, deve essere effettivamente essenziale, ossia non riproducibile, almeno economicamente, cioè con tempi e costi proibitivi. In genere, presentano tali caratteristiche le infrastrutture a rete (ferrovie, porti, aeroporti, ma anche la rete telefonica e quella di trasporto dell'energia elettrica e del gas)⁴³;

iii) occorre, inoltre, il rifiuto dell'impresa in posizione dominante di consentire l'accesso all'infrastruttura all'impresa concorrente che opera nel mercato a valle ovvero il consenso all'accesso a condizioni inique. In genere, l'abuso si manifesta mediante l'applicazione di condizioni discriminatorie tali da penalizzare i concorrenti a vantaggio di proprie imprese controllate operanti nei mercati dipendenti dall'accesso all'infrastruttura⁴⁴;

distribuzione primaria – per consentire loro il vettoriamento di gas naturale per usi diversi da quelli previsti dall'art. 12, l. n. 9/1991.

⁴³ È stato ben evidenziato sul punto da FATTORI e TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004., 157, che il carattere di non duplicabilità è più facilmente provato in presenza di opere realizzate con sussidi pubblici e comunque di proprietà pubblica in concessione esclusiva ad un operatore privato. Per converso, occorre maggiore cautela nella verifica della riproducibilità laddove la infrastruttura sia il frutto di investimenti privati, per evitare che la dottrina della *essential facility* finisca per deprimere l'attività di impresa, disincentivando gli investimenti.

⁴⁴ Cfr. AGCM, provv. 24 febbraio 2000, *Cesare Fremura Assologica/Ferrovie dello Stato*, *Boll.*, 2000, n. 8, dove FS aveva praticato condizioni contrattuali discriminatorie nei

iv) il diniego, infine, deve risultare privo di una legittima ed obiettiva giustificazione⁴⁵.

La *ratio* ispiratrice della dottrina della *essential facility*, e più in generale quella del rifiuto a contrarre, è stata peraltro di recente estesa anche alle ipotesi in cui la titolarità dell'esclusiva riguardi un *bene immateriale* indispensabile per la produzione di un prodotto o anche per la prestazione di un servizio specifico. È il caso in cui l'impresa sia titolare di un diritto di brevetto o di altri diritti di proprietà intellettuale o industriale. Pure in questa ipotesi, come nella precedente, si fa stridente l'esigenza di effettuare un delicato contemperamento fra l'*interesse del titolare del diritto allo sfruttamento esclusivo* e quello della *libertà di concorrenza*.

Tuttavia la giurisprudenza ha ritenuto che, in casi eccezionali, anche le prerogative insite nel diritto di brevetto debbano essere temperate alla luce del principio di speciale responsabilità, soprattutto per non intralciare lo sviluppo dell'innovazione. Ciò si verifica quando il rifiuto impedisce l'emergere di un "prodotto nuovo". Si tratta per intenderci di una delle ipotesi più prossime a quelle prese in considerazione dall'art. 3, lett. b), l. n. 287/1990 sotto la dizione limitazione dello "*sviluppo tecnico*"⁴⁶.

La *limitazione della produzione* si riferisce a quelle fattispecie nelle quali un'impresa dominante decida di interrompere o limitare fortemente la

confronti degli acquirenti dei servizi di trazione ferroviaria per favorire l'estensione della sua posizione dominante sul mercato a valle del trasporto intermodale di *container*, per il tramite della sua controllata Intercontainer, e sul mercato del trasporto bimodale di casse mobili, per il tramite della sua partecipata Cemmat.

⁴⁵ L'orientamento comunitario è molto più restrittivo di quello nordamericano che legittima il rifiuto a contrarre qualora sia sorretto da una valida giustificazione economica, anche se tale condotta finisca per limitare la concorrenza. In Europa, invece, il minor rilievo attribuito alle giustificazioni di tipo efficientistico, in nome della speciale responsabilità gravante in capo all'impresa in posizione dominante, ha determinato un intervento più rigido con la censura di rifiuti di accesso alle risorse essenziali «anche solo in assenza di una legittima giustificazione al diniego e senza che fosse provata l'idoneità della condotta a realizzare una qualche forma di monopolizzazione». Così FATTORI e TODINO, *op. cit.*, 159 ss., i quali individuano schematicamente le categorie di giustificazioni al rifiuto di accesso alle *essential facilities*. Per il nuovo rilievo delle *efficiency defense*, si rimanda a quanto già osservato sub nt. 20 in merito ai recenti *Orientamenti* della Commissione europea cit.

⁴⁶ Così, nel caso *IMS* (cfr. C. Giust. CE, 29 aprile 2004, C-418/01, *IMS Health GmbH/NDC Health GmbH*), la Corte di Giustizia europea nel definire le circostanze che determinano la indispensabilità di una risorsa per lo svolgimento di una attività economica, ha ritenuto che il rifiuto, da parte di un'impresa titolare di un diritto di privativa, di dare accesso ad un prodotto o ad un servizio indispensabile per garantire l'operatività su un determinato mercato, deve considerarsi abusivo ogni volta: *i*) ostacoli l'ingresso nel mercato di un nuovo prodotto per il quale vi è una potenziale domanda da parte di consumatori; *ii*) sia privo di valide giustificazioni; *iii*) sia tale da determinare l'esclusione totale della concorrenza sul mercato derivato. In ambito nazionale, e con riferimento sempre alle limitazioni dello sviluppo del progresso tecnologico, un impedimento è stato individuato dall'AGCM nel rifiuto di quest'ultima di mettere a disposizione le proprie linee telefoniche, con conseguente limitazione nell'accesso al mercato per 3C Communications (cfr. AGCM, provv. 4 marzo 1992, n. 412, *3C Communication*, cit.). Peraltro vale osservare che dette ipotesi spesso si accompagnano ad altre forme di abuso, come nel caso *British Telecommunications* del 26 marzo 1996 (C-392/93).

produzione di un determinato prodotto. Così, nel caso Renault⁴⁷ e Volvo⁴⁸, la Corte di Giustizia europea ha indicato che viola la normativa comunitaria l'impresa che decida di non produrre più pezzi di ricambio per un certo modello quando numerose vetture di quel modello sono ancora in circolazione⁴⁹. Il divieto si estende anche alle pratiche di restrizione della produzione di terzi, quali fornitori o licenziatari, attraverso clausole contrattuali.

In ogni caso, la semplice lettura della norma pone non pochi dubbi esegetici. A parte i problemi già affrontati con riguardo al “danno ai consumatori”, è di difficile individuazione anche la linea di confine dalle altre forme di abuso, in particolare da quelle c.d. “per sfruttamento”, vale a dire di «*comportamenti con cui l'impresa dominante si limita a sfruttare il proprio potere di mercato nei confronti dei propri contraenti, al fine di estrarre profitti sopraconcorrentivi*»⁵⁰. Spesso, infatti, una stessa condotta risulta “trasversale”, ricadendo in entrambi i campi di intervento: così la *interruzione di fornitura* potrebbe costituire una pratica escludente (se attuata al fine di eliminare un concorrente dal mercato), ma anche un abuso per sfruttamento (se diretta ad estorcere un prezzo più elevato al cliente)⁵¹. Non di rado, anzi, l'attività svolta da un'impresa determina un intreccio di “abusi”, in quanto finalizzata ad escludere un concorrente proprio per fruire dei vantaggi che conseguono all'esclusione⁵².

⁴⁷ C. Giust. CE, 5 ottobre 1988, C-238/87, *Consorzio Italiano / Renault*, cit., 6039.

⁴⁸ C. Giust. CE, 5 ottobre 1988, C-53/87, *AB Volvo/Erik*, cit., 6211

⁴⁹ Occorre precisare però che deve trattarsi, in primo luogo, di pezzi di ricambio per i quali sia stato ottenuto un valido brevetto, in modo da precludere ai produttori indipendenti di entrare in quel mercato e, in secondo luogo, di un bene economicamente di media o lunga durata.

⁵⁰ La definizione è di FATTORI e TODINO, *op. cit.*, 139 s.

⁵¹ Si veda, sul punto, PROSPERETTI, SIRAGUSA, BERETTA e MERINI, *op. cit.*, 220 ss., ove si evidenzia che «l'esclusione dei concorrenti ha normalmente proprio il fine di permettere all'impresa dominante di sfruttare più liberamente i propri fornitori e clienti, una volta eliminate le pressioni concorrenziali che la limitano».

⁵² Siamo in presenza di una plurioffensività dell'illecito che, ai fini dell'irrogazione della sanzione, dà luogo ad una ipotesi di cumulo regolata dai principi generali sanciti per le sanzioni amministrative dalla l. 24 novembre 1981, n. 689. In particolare l'art. 8 prevede, per la figura del *concorso formale* di illeciti, un regime sanzionatorio non dissimile da quello previsto in campo penalistico e stabilisce che la plurima commissione di illeciti integrata con un'unica condotta è punita con il regime più benevolo del cumulo giuridico, che comporta l'applicabilità di una sola sanzione, ossia quella prevista per la violazione più grave aumentata fino al triplo. In merito al *concorso materiale* di illeciti amministrativi, che si configura quando, con una pluralità di azioni o omissioni, si violino più volte le stesse disposizioni di legge o più disposizioni di legge, si ravviva, invece, una disarmonia tra il regime penalistico e il regime sanzionatorio amministrativistico. Mentre nel campo penale si è scelta la strada del cumulo materiale (*tot crimina tot poenae*), tuttavia temperato dalla previsione di limiti massimi di pena, nel campo amministrativo è stato stabilito il regime del cumulo materiale, ma senza temperamenti.

In applicazione dei surrichiamati principi, il Consiglio di Stato con riferimento al caso *Telecom* citato, riformando sul punto la sentenza del T.A.R. Lazio, ha ritenuto legittima la comminazione da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato di due distinte sanzioni pecuniarie alla Telecom Italia S.p.A., per violazione della l. n. 287/1990.

Accanto alle previsioni normative, da considerarsi meramente esemplificative, si rinvencono nella giurisprudenza diverse “manifestazioni” di *pratiche escludenti*. Si pensi agli *sconti fidelizzanti*, che mirano, mediante la concessione di un vantaggio finanziario, a dissuadere la clientela dal rifornirsi presso i concorrenti dell’impresa dominante. Se viene applicato lo sconto fedeltà, due controparti commerciali che hanno acquistato la stessa quantità, si vedranno applicare prezzi netti differenti, sulla base del fatto che uno si rifornisce esclusivamente presso l’impresa dominante, mentre l’altro diversifica i propri fornitori⁵³.

6. *Abuso escludente mediante contratto: la nozione di “clausola abusiva” e la rassegna delle clausole tipiche.*

La dichiarazione di abusività di una pratica contrattuale, oltre che la dominanza dell’impresa che se ne avvale, presuppone la valutazione di tutte le circostanze del caso concreto. E’ quindi necessario individuare i criteri e le modalità di applicazione della clausola, accertando se la stessa miri, mediante un vantaggio non basato su alcuna prestazione economica che la giustifichi, a sopprimere o limitare la possibilità dell’acquirente di scegliere la fonte di rifornimento, a chiudere l’accesso del mercato ai concorrenti, ad applicare a controparti commerciali condizioni dissimili per prestazioni equivalenti o a rafforzare la posizione dominante mediante una *concorrenza falsata*⁵⁴.

Tale fattispecie ricorre quando il vantaggio finanziario concesso dall’impresa in posizione dominante non si fonda, ad esempio, su una controprestazione economicamente giustificata, ma tende esclusivamente ad impedire l’approvvigionamento dei clienti dell’impresa dominante presso i *competitors*⁵⁵.

⁵³ La Corte, nel caso *Hoffman La Roche*, ha sentenziato che gli sconti fidelizzanti costituiscono una pratica commerciale escludente (cfr. C. Giust. CE, 13 febbraio 1979, 85/76, *Hoffman - La Roche*, *Racc.*, 461 ss). Anche per quanto riguarda gli sconti fedeltà, la prassi dell’AGCM è in linea con l’esperienza comunitaria: così nel provv. 19 ottobre 1994, *Pozzuoli Ferries/Gruppo Lauro*, *Boll.*, 1994, n. 42, l’AGCM ha condannato il comportamento di quattro società le quali avevano inviato alle agenzie di viaggio loro clienti alcune lettere con le quali si impegnavano a praticare condizioni di prezzo favorevoli sempre che le agenzie avessero mantenuto l’esclusiva nell’acquisto dei servizi venduti dalle predette società. Nel caso di specie, l’Autorità, in linea con la giurisprudenza comunitaria, ha affermato che «l’applicazione da parte di un’impresa in posizione dominante di sconti o premi di fedeltà, comportanti l’imposizione di condizioni di approvvigionamento esclusivo, costituisce uno sfruttamento abusivo della medesima posizione dominante, in quanto riduce per le imprese acquirenti la possibilità di scelta delle fonti di approvvigionamento, precludendo, nel contempo, l’accesso al mercato ad altri produttori».

⁵⁴ Si veda C. Giust. CE, 13 febbraio 1979, 85/76, *Hoffman La Roche*, cit., punto 90, con riferimento alla pratica della concessione di sconti; T. I g. CE, 7 novembre 1999, T-228/97, *Irish Sugar c. Commissione*, punto 114.

⁵⁵ Così C. St., sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, cit., la quale si è pronunciata sul caso Telecom Italia, sul quale torneremo in seguito.

Pertanto, interessano il perimetro d'azione dell'art. 3, lett. b), l. n. 287/1990 e art. 102, lett. b), TFUE, le clausole applicate da imprese in posizione dominante espressamente *di esclusiva*, ovvero quelle attuate mediante la *scontistica fidelizzante*, le previsioni di *penalizzazioni del cliente in caso di passaggio ad altro fornitore*, nonché le c.d. *clausole inglesi*.

A) *Clausola di esclusiva*.

È la clausola con la quale l'impresa dominante "impone" all'interlocutore di contrattare con essa soltanto. Essa mira ad impedire l'entrata sul mercato di nuove imprese o di escluderne dal mercato altre che già vi operano.

Allorché se ne avvale un'impresa in posizione dominante, l'accordo diventa abusivo e viene, conseguentemente, sanzionato. Così, nel caso *Van den Bergh Foods*⁵⁶ (già *HB Ice Cream Ltd*, controllata al 100% dal gruppo Unilever), principale produttore di gelati in Irlanda, il quale forniva ai dettaglianti di gelati frigocongelatori, "a titolo gratuito", a condizione che essi fossero utilizzati esclusivamente per conservare i gelati della HB (clausola di esclusiva).

L'esclusiva "escludente" può essere anche implicita, ossia si può annidare in clausole contrattuali favorevoli per la clientela ma subordinate a subdoli obblighi "leganti", in grado di dirigere la scelta del consumatore verso un determinato fornitore dominante. Una tipica clausola contrattuale mirante a produrre gli effetti dell'esclusiva è quella della "scontistica fidelizzante", che costituisce una ipotesi di abuso escludente realizzato mediante una politica di prezzo.

Si consideri, ad esempio, il comportamento di Telecom Italia ("TI"), sanzionato dall'AGCM⁵⁷ con decisione confermata dal Consiglio di Stato⁵⁸, la quale inseriva nei contratti con la GCA (Grande Clientela Affari) la scontistica fidelizzante, che, secondo la decisione dell'AGCM, si risolveva

⁵⁶ T. I g. CE, 23 ottobre 2003, T 65/98, *Van den Bergh Foods*, *Racc.*, 2003, II-4653. Per un'applicazione a livello nazionale, dei principi in tema di clausole di esclusiva, si veda AGCM, provv. 27 novembre 2003, n. 12634, *Enel Trade/Clienti Idonei*, *Boll.*, 2003, n. 48, nel quale l'Autorità ha accertato che le clausole di esclusiva, i divieti di approvvigionamento presso altri fornitori, il sistema delle maggiorazioni di prezzo e la concessione di *bonus* di fine anno, attuato da ENEL Energia, nell'ultimo trimestre del 2001, rappresentavano tutti elementi di una politica commerciale che si configurava come idonea: *i*) a legare a sé una parte significativa dei clienti idonei contrattualizzati; *ii*) a rendere più difficoltoso o precludere del tutto, sin dall'atto dell'offerta dei contratti di fornitura per il 2002, la possibilità ad alcuni operatori concorrenti di ENEL Energia di offrire forniture di energia elettrica, anche solo per una parte del fabbisogno dei clienti idonei di ENEL Energia, Tenuto altresì conto dell'importanza dei flussi commerciali nel settore elettrico tra l'Italia e i diversi altri paesi europei, in particolare, alla luce della maggiore competitività dell'energia elettrica di origine estera rispetto a quella nazionale, l'Autorità ha quindi ritenuto che la condotta commerciale di ENEL Energia integrava, per queste ragioni, un ostacolo agli scambi tra paesi membri dell'UE e, pertanto, una violazione dell'art. 102 del TFUE.

⁵⁷ Ci si sofferma sul caso per la sua natura di *leading case* all'interno del contesto nazionale.

⁵⁸ C. St, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, cit.

in vincoli di esclusiva violativi del diritto della concorrenza in quanto applicati da un'impresa in posizione dominante.

L'AGCM aveva accertato la previsione di sconti condizionati implicitamente ed esplicitamente all'obbligo di acquisto esclusivo da TI. In particolare, tali sconti erano legati ad un obbligo da parte del cliente di soddisfare il suo intero fabbisogno di servizi di telecomunicazioni avvalendosi unicamente di TI. Le clausole, dunque, disincentivano il cliente a diversificare i fornitori, equivalendo per la loro struttura «a sconti condizionati ad obblighi di esclusiva o quasi esclusiva» secondo la terminologia dell'Antitrust. Inoltre, la contrattualistica utilizzata da TI prevedeva durate anomale (due o tre anni o anche di più, a seguito di rinnovi e proroghe) rispetto alla prassi del mercato telefonico. Anche nei casi di durata annuale, i contratti contenevano peraltro numerose clausole facilitanti il rinnovo⁵⁹.

Le contestazioni sono state confermate dal Consiglio di Stato, il quale si è allineato alla giurisprudenza comunitaria che considera clausole di esclusiva implicita l'applicazione di sconti connessa al rispetto da parte del cliente di obiettivi prefissati di consumo.

Analogamente, nel caso *European Sugar Industry*⁶⁰, la Corte di Giustizia ha affermato che la concessione di uno sconto non su un volume di acquisto, bensì soltanto su un'esclusiva di fornitura a favore dell'impresa dominante, limitando la libertà degli acquirenti, determina una diminuzione degli sbocchi sul mercato per i *competitors* dell'impresa dominante.

E nel caso *Deutsche Post*, assimilabile a quello Telecom, la Commissione europea⁶¹ ha confermato la natura escludente delle formule contrattuali consistenti nell'applicazione di sconti commisurati a predeterminati volumi di traffico, non soltanto nell'ipotesi che lo sconto fosse condizionato ad un obbligo di acquisto esclusivo, ma anche allorché gli sconti fossero legati a determinati quantitativi di acquisto, stabiliti non in maniera oggettiva, bensì sulla base di stime della capacità di acquisto del cliente.

Tali esclusive di fatto, già di per sé abusive quando poste in essere da un'impresa in posizione dominante, sono rafforzate dalla previsione della durata ultrannuale dei contratti: «*il carattere fidelizzante di un sistema di riduzioni calcolati sulla totalità del fatturato realizzato aumenta proporzionalmente alla lunghezza del periodo di riferimento*»⁶².

⁵⁹ Ad esempio, l'impegno dei contraenti ad incontrarsi alla scadenza per rinegoziare l'accordo ovvero la clausola contenente un bonus del 5% sul totale dell'obiettivo di traffico programmato in caso di rinnovo del contratto.

⁶⁰ C. Giust. CE, 16 dicembre 1975, cause riunite 40/73 e altre, *Suikes Unie e a. c. Commissione*.

⁶¹ Comm. CE, 5 maggio 2001, *GUCE* L 125/27, punto 41.

⁶² T. I g. CE, 30 settembre 2003, T-203/01, *Manufacture française pneumatiques Michelin/ Commissione Ce*.

Inoltre, secondo il Consiglio di Stato⁶³, «*affinché un'impresa in posizione dominante su un mercato commetta un abuso non è necessario che essa imponga un obbligo giuridico in forza del quale il cliente è tenuto a rifornirsi esclusivamente presso l'impresa in questione, essendo sufficiente che le condizioni di vendita del fornitore dominante siano tali da indurre il cliente ad approvvigionarsi esclusivamente o prevalentemente presso di lui, ed è invece ininfluyente quali mezzi siano utilizzati per raggiungere tale risultato*». L'autorità giudiziaria italiana, dunque, fa propria la definizione di clausola esclusiva *implicita* data dalla giurisprudenza europea⁶⁴.

Anche l'orientamento giurisprudenziale nazionale è ormai orientato nel considerare le clausole di scontistica fidelizzante uno strumento diretto ad escludere i concorrenti dal mercato. Così, nel caso *Coca Cola*, il Consiglio di Stato⁶⁵ ha affermato: «*Gli sconti target o "sconti obiettivo" costituiscono un abuso di posizione dominante, quando siano idonei a fidelizzare i soggetti destinatari, sottraendoli di fatto ai concorrenti e riducendo il residuo grado di concorrenza conseguente alla presenza dell'impresa dominante*».

B) Penalità contrattuali.

In applicazione del principio statuito dalla Corte di Giustizia CE, secondo la quale «*un'impresa in posizione dominante non può concedere sconti o incentivi volti ad incoraggiare la fedeltà del cliente e ad impedire, mediante la concessione di vantaggi tecnici o finanziari, che vengano effettuati acquisti presso concorrenti del fornitore dominante*»⁶⁶, sono da considerarsi abusive tutte le clausole che equivalgono negli effetti ad una sanzione per il cambio di fornitore.

Così è per le penalità imposte alla clientela in caso di non corrispondenza fra consumi programmati nell'accordo contrattuale e consumi poi consumati. Se viene stipulato un contratto per la fornitura di servizi nel quale le parti programmano un certo consumo da parte del cliente, prevedendo una penalità se costui non raggiunge la soglia pattuita, il cliente sarà indotto difatti a raggiungere la soglia di consumo imposta, e tendenzialmente non si rivolgerà ad imprese concorrenti.

Ancor più esplicito è l'abuso dell'impresa dominante che imponga alla controparte nelle condizioni la facoltà di recesso unilaterale esclusivamente in capo all'impresa in caso di significativa riduzione dei volumi di consumo.

Queste previsioni contrattuali, come evidenziato dal Consiglio di Stato nel caso *Telecom*⁶⁷, «*precludono de jure o disincentivano de facto i clienti dell'operatore dominante dal rivolgersi ad operatori alternativi per*

⁶³ C. St, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, cit.

⁶⁴ Si veda C. Giust. CE, 3 luglio 1991, C-62/86, *Akzo Chemie BV/Commissione Ce*; Comm. CE, dec. 19 dicembre 1990, IV/33.133 D, *Carbonato di Sodio-ICI*, poi annullata, ma per questioni meramente procedurali, da C. Giust. CE, 6 aprile 2000, C-286/95.

⁶⁵ C. St., sez. VI, 19 luglio 2002, n. 4001, *Foro amm. C. St.*, 2002, 1808.

⁶⁶ C. Giust. CE, 13 febbraio 1979, 85/76, *Hoffmann La Roche*, cit. In tal senso, anche C. Giust. CE, 9 novembre 1983, 322/81, *N. V. Nederlandsche Banden-Industrie Michelin/Commissione Ce*.

⁶⁷ C. St, sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, cit.

soddisfare, in tutto o in parte, i loro bisogni di servizi di telecomunicazioni»⁶⁸.

In altri termini, la previsione di clausole contrattuali penalizzanti che legano il cliente, influenzandone le scelte, traducendosi di fatto in un impedimento alla diversificazione dei fornitori, sono da considerarsi clausole escludenti quando inserite nei contratti stipulati con la clientela da un'impresa in posizione dominante. Esse, invero, distorcono la concorrenza, impedendo agli operatori concorrenti di accrescere la propria quota di mercato, in quanto le loro offerte, benché competitive, risultano frustrate dalle penalizzazioni contrattuali imposte dall'impresa dominante alla clientela.

C) *Clausola inglese.*

La clausola inglese, o clausola contrattuale di adeguamento alla migliore offerta, è la clausola con la quale l'impresa dominante impone alla propria clientela di informarla di un'eventuale offerta a prezzi migliori ricevuta da un'impresa concorrente per la fornitura dello stesso servizio, con conseguente opzione di sostituirsi all'altro interlocutore contrattuale.

A maggior chiarimento, valgano le argomentazioni della Corte di Giustizia CE nel caso *Hoffmann-La Roche*⁶⁹: «*il fatto che un'impresa in posizione dominante esiga ed ottenga per contratto dai suoi clienti l'impegno a renderle note le offerte della concorrenza, mentre gli stessi clienti possono avere un evidente interesse commerciale a non comunicarle, è atto ad aggravare il carattere abusivo dello sfruttamento della posizione dominante; infine con il sistema della clausola inglese spetta (al fornitore dominante) decidere se, allineando o no i propri prezzi, dare adito al gioco della concorrenza; esso può così diversificare, grazie agli elementi di informazione forniti (...) dai clienti la propria politica di mercato nei loro confronti e nei confronti dei concorrenti*».

Nella stessa sentenza, la Corte enuclea i presupposti che concorrono a qualificare come escludente la previsione contrattuale della *clausola inglese*, richiedendo:

a) la dimostrazione della effettiva competitività dell'offerta di un'impresa concorrente, che deve prevedere condizioni più favorevoli per il cliente;

b) la possibilità dell'impresa dominante di identificare il contenuto e la provenienza dell'offerta concorrente;

⁶⁸ Siccome le stime di fatturato della clientela erano calcolate sul loro fabbisogno storico dei servizi di telecomunicazioni, tali clienti non potevano sviluppare traffico con altri operatori (*Other Licensed Operators* – di seguito, per brevità, “OLO”), pena l'applicazione di condizioni contrattuali molto più onerose o il recesso unilaterale da parte di TI. In tal modo, prevedendo penalità o il recesso unilaterale per il caso in cui il cliente non avesse raggiunto le soglie di consumo dei servizi – calcolate sul suo fabbisogno storico – TI saturava il mercato delle telecomunicazioni, impedendo ai *competitors* di poter formulare offerte competitive sul mercato. Tale situazione, inoltre, era aggravata dal carattere di ex monopolista rivestito da TI prima della liberalizzazione dei servizi di telecomunicazioni.

⁶⁹ C. Giust. CE, 13 febbraio 1979, 85/76, *Hoffman La Roche*, cit.

c) la previsione di un diritto di prelazione in capo all'impresa dominante, con la conseguenza che soltanto se questa si rifiuta di allinearsi alla offerta avversaria il cliente ha diritto ad accettare la nuova proposta.

Sempre nel caso Telecom Italia, l'impresa ex monopolista ricorreva a formule contrattuali che, da un lato, erano volte a garantire l'allineamento con periodicità trimestrale dei prezzi applicati alle migliori offerte reperibili sul mercato e, dall'altro, impegnavano la clientela ad utilizzare unicamente TI come gestore telefonico.

L'obbligo per i clienti di comunicazione delle offerte migliorative degli altri operatori sterilizza il tentativo di questi ultimi di entrare nel mercato o di aumentare la propria quota. I clienti, infatti, hanno interesse a comunicare all'impresa dominante le eventuali proposte più vantaggiose ricevute; per contro, gli altri operatori sono disincentivati a formulare offerte migliorative di quelle dell'*incumbent*, poiché lo sforzo commerciale potrebbe rivelarsi inutile per via della "prelazione".

Aggiungasi che l'obbligo "informativo" di comunicazione delle offerte più convenienti consente all'impresa dominante «di ottenere informazioni sulla situazione di mercato, nonché sulle iniziative dei suoi concorrenti, particolarmente preziose per la determinazione della propria politica commerciale, che altrimenti le sarebbero indisponibili»⁷⁰.

In un mercato altamente concentrato, quale quelli nazionali della telefonia e della fornitura di energia elettrica, su cui già opera un'impresa in posizione dominante – mercato che, di conseguenza, ha di per sé una struttura concorrenziale indebolita – la "trasparenza artificiale" generata dalla clausola inglese è elemento distorsivo della concorrenza.

Così, nel caso *Unapace/Enel*, l'AGCM⁷¹ ha avviato l'istruttoria, ai sensi dell'art. 14, l. n. 287/1990 nei confronti della società Enel Spa, per accertare l'esistenza di violazioni dell'art. 106 TFUE, contestando, in particolare l'esistenza nel contratto di fornitura di energia ad Unapace di accordi che prevedevano, da un lato, che le parti potessero rinegoziare il contratto di fornitura, qualora nel periodo della sua vigenza fossero intervenute modifiche rilevanti nel funzionamento del mercato della fornitura di energia elettrica (rappresentate, secondo le considerazioni dell'Autorità, dalla possibilità di approvvigionamento alternativo a condizioni più favorevoli determinate dal recepimento della direttiva 96/92/CE); e dall'altro lato che ove si fosse concretizzata una offerta alternativa il cliente avrebbe potuto recedere dal contratto di fornitura di energia elettrica solo dimostrando la minore convenienza economica della fornitura di Enel.

Si trattava, quindi, di una clausola di "prelazione" a favore di Enel, che restringeva nei fatti la libertà di scelta di forniture alternative da parte del cliente, da cui la conclusione dell'AGCM «che il diritto di prelazione, a parità di offerte, di cui gode Enel, disincentivando la formulazione di offerte più vantaggiose di quelle di Enel, è in grado di scoraggiare ulteriormente

⁷⁰ C. St., Sez. VI, 10 marzo 2006, n. 1271, cit.

⁷¹ AGCM, provv. 12 novembre 1998, n. 6539, *Unapace/Enel*, *Boll.*, 1998, n. 46.

l'ingresso di nuovi entranti sul mercato nazionale della fornitura di energia elettrica, ostacolando il processo di apertura e realizzando in tal modo la compartimentazione del mercato nazionale. Ciò soprattutto in quanto consente all'operatore in posizione dominante di determinare la dimensione e la numerosità dei concorrenti a cui verrà lasciata l'opportunità di entrare sul mercato».