

LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI
GUIDO CARLI

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED ECONOMIA
XXIII Ciclo

- 1. Convergence of Rules and Standards due to Courts' learning effect – A theoretical model**
- 2. From theory to empirical practice: do Courts really experience learning effect in applying law? Evidence from Tort Law**
- 3. Refusal to supply an IPR: L'approccio antitrust comunitario tra passato, presente e futuro**

Tutor
Prof. Roberto Pardolesi

Candidato
Salvatore Cardillo

Summary

Questo lavoro rappresenta la conclusione di un percorso di ricerca effettuato nell'ambito del Dottorato di Ricerca in Diritto ed Economia, svolto presso la LUISS, e di un anno accademico di studio presso le università di Rotterdam e Amburgo.

La presente tesi si compone di tre distinti articoli, focalizzati su diversi argomenti. Essi condividono un approccio metodologico di fondo e un comune obiettivo, che consiste nell'analizzare, attraverso le lenti della *Law and Economics*, la struttura di alcuni ambiti degli apparati normativi moderni e la loro efficienza dal punto di vista economico.

L'approccio metodologico utilizzato in ciascuno dei tre blocchi che compone il presente lavoro è molto diverso, ma a ben vedere complementare.

Il primo paper, infatti, adotta una prospettiva analitica prettamente di stampo teorico, che, a partire da alcuni assiomi di base della analisi economica del diritto, cerca di definire un approccio ottimale per le autorità legislative e giurisdizionali preposte in senso lato al processo di formazione delle norme di legge (*rulemaking*) e alla loro applicazione (*enforcement*).

Partendo dall'analisi qui condotta, il secondo paper ne rappresenta la naturale continuazione. Esso infatti racchiude un tentativo di validazione empirica del costrutto teorico lì posto in essere, attraverso l'analisi concreta di casi giurisprudenziali appartenenti a diversi sistemi normativi, sia di *civil law* che di *common law*, in uno specifico ambito del vasto settore della c.d. *Tort Law*.

Il terzo paper, infine, capovolge la logica di analisi "top-down" adottata nei primi due blocchi e, partendo dall'analisi dei casi giurisprudenziali in materia, ricostruisce e analizza l'approccio fatto proprio dalle autorità comunitarie, Commissione Europea in testa, nel trattamento delle fattispecie di *refusal to license*.

1. Convergence of Rules and Standards due to Courts' learning effect – A theoretical model

Il processo di formazione e applicazione delle norme di legge è un quadro complesso, composto da diversi momenti e caratterizzato dall'interazione di diversi soggetti. All'interno di questo sistema di relazioni, tuttavia è possibile individuare idealmente tre distinti momenti, ciascuno che coinvolge una specifica categoria di agenti:

1. La creazione delle norme di legge (*rulemaking*)
2. Il comportamento e le azioni private intraprese dai singoli individui
3. *Enforcement* delle regole, che rappresenta l'applicazione in sede giurisprudenziale delle norme di legge nei casi di violazione delle stesse

Queste tre fasi non rappresentano compartimenti stagni, al contrario danno vita a una complessa rete di relazioni e reciproche influenze che impattano in maniera significativa sull'applicazione ottimale delle regole nella società e in ultima analisi sulla massimizzazione del benessere collettivo.

Il paper focalizza l'attenzione sulla prima delle tre fasi elencate in precedenza e sull'impatto che essa ha in termini di efficiente *enforcement* delle norme. In generale, le regole di legge possono essere strutturate sotto forma di prescrizioni puntuali e ben definite, che delineano chiaramente il confine tra ciò che è ammesso e ciò che non lo è: si parla in questo caso di *rules*. Alternativamente, il legislatore può dare vita a un dettato normativo che non prescrive ex-ante confini chiaramente definiti, bensì si limita a dettare dei principi di carattere generale, più simili a *guidelines*, delegando a valle – i.e. alle autorità giurisdizionali – l'analisi della conformità, caso per caso, dei comportamenti privati alle norme prescritte: si parla in questo caso di *standards*.

Nella realtà, non esiste un puro dualismo tra *rules* e *standards*, piuttosto è possibile immaginare un continuum tra i due estremi: ciascun punto all'interno di questo continuum di forme normative rappresenta un differente grado di differenziazione delle regole di legge e racchiude uno specifico set di costi e benefici per la società, in particolare al momento del loro *enforcement*.

L'obiettivo del lavoro è quello di determinare se sia possibile definire un livello ottimo di differenziazione delle norme di legge, tra i due estremi di *rules* e *standards*, tale da minimizzare i costi di *enforcement* delle norme stesse. L'analisi è condotta in una prospettiva statica, con

l'ausilio di un modello economico di stampo qualitativo, che minimizza una funzione di (dis)utilità rappresentativa dei costi sociali della fase di enforcement della legge: il punto di minimo di questa funzione rappresenta, come si vedrà, il grado ottimale di differenziazione delle norme.

2. *From theory to empirical practice: do Courts really experience learning effect in applying law? Evidence from Tort Law*

L'analisi condotta nel paper precedente conduce al risultato, di matrice prettamente teorica, secondo cui sia possibile individuare un livello ottimo di differenziazione delle norme di legge, che minimizza il costo sociale del processo di *enforcement* delle stesse.

Da un punto di vista operativo, tale livello ottimo può essere raggiunto attraverso due vie alternative. In primo luogo, i *rulemakers* potrebbero individuare ex-ante la forma ottimale delle regole. Alternativamente, potrebbero essere gli organi giurisprudenziali – i.e. le Corti – a sviluppare nel corso del tempo regole ottimali, intraprendendo una sorta di processo di *learning by doing* che consiste nella correzione delle eventuali “distorsioni normative” presenti nei sistemi legislativi di riferimento e connesse alla particolare strutturazione delle singole norme come *rules* o come *standards*. Tale correzione avverrebbe nel corso del tempo, attraverso la ripetuta applicazione delle norme a diversi casi concreti e la definizione di criteri interpretativi, eccezioni, regole di comportamento che, appunto, “rettificano” il dettato originale della legge e generano un processo di convergenza delle due forme estreme verso quello che è stato definito l'ottimo grado di differenziazione della legge.

In altre parole, lo strumento della giurisprudenza potrebbe configurarsi quale “legislatore di seconda istanza” che, nella concreta applicazione delle norme di legge, ne individua eventuali falle e le corregge, dando in tal modo vita a un processo di “*judicial rulemaking*” il cui risultato finale consiste nella creazione, dal basso, di norme di legge ottimali.

L'obiettivo del presente lavoro è quello di capire se nella realtà dei sistemi normativi moderni tale processo di *judicial rulemaking* si realizzi in concreto. L'analisi prende in considerazione l'applicazione nel corso del tempo, da parte di tre distinti sistemi giuridici, di una pura *rule* e di un puro *standard*, nell'ambito della *Tort Law* (responsabilità civile), riguardanti entrambi la questione della sicurezza sul posto di lavoro.

Sul versante della convergenza delle *rules* verso l'ottimo, viene preso in considerazione l'operato della Corte Suprema dello Stato del New Jersey (USA) e della Corte di Cassazione italiana con riferimento alla materia dell'infortunio in itinere.

Sul versante della convergenza degli *standards*, è stata analizzata la giurisprudenza delle corti britanniche con riferimento all'obbligo esistente in capo ai datori di lavoro di assicurare la sicurezza degli ambienti lavorativi.

L'analisi mostrerà come, se dal lato delle *rules* una convergenza verso una regola ottima ha avuto luogo, sul versante opposto tale processo sembra al contrario esser mancato.

3. Refusal to supply an IPR: L'approccio antitrust comunitario tra passato, presente e futuro

Normativa antitrust, tutela dei diritti di proprietà intellettuale e regolamentazione.

Queste sono le tre categorie di norme attraverso cui gli ordinamenti giuridici ed economici che fanno propri gli insegnamenti dell'economia di mercato hanno utilizzato ed utilizzano per perseguire l'obiettivo della creazione di un sistema di perfetta concorrenza e del raggiungimento delle condizioni che da esso derivano in termini di efficienza tecnica ed allocativa.

Gli strumenti normativi utilizzati dai vari ordinamenti nell'ambito della tutela della concorrenza sono diversi, così come diversi sono i criteri interpretativi ed i meccanismi operativi che ne costituiscono l'ossatura. Diverso infine è il percorso seguito dalle categorie di norme individuate in precedenza le quali, pur nella ricerca del medesimo obiettivo di fondo, possono tuttavia cozzare e porsi su piani antitetici nell'ambito del loro rispettivo esplicarsi.

È il caso delle c.d. pratiche di *refusal to license*, ovvero delle condotte poste in essere da alcune imprese, consistenti nel rifiuto di fornire accesso a un bene in loro possesso, tutelato da diritti di proprietà intellettuale. Qualora il rifiuto venga perpetrato da un'impresa dominante, l'autorità antitrust – come accaduto in diversi casi e in diversi ordinamenti giuridici – può imporre, qualora ricorrano determinate condizioni, in capo all'impresa dominante l'obbligo di fornire accesso al bene oggetto del rifiuto. A ben vedere, in tal modo si configura di fatto un conflitto tra due categorie di norme, antitrust e IPR appunto, dal momento che la prima andrebbe a colpire proprio l'oggetto della tutela della seconda, ovvero l'esclusività di sfruttamento economico di un bene, attraverso la quale, secondo i critici degli IPR, si porrebbero le basi per la creazione in via

artificiale di un monopolio del mercato del bene oggetto di protezione, con tutte le conseguenze del caso in termini di efficienza allocativa e benessere collettivo.

Nel diritto della concorrenza comunitario, numerosi sono stati i casi di intervento della Commissione Europea aventi ad oggetto una pratica di *refusal to license*, e in diverse circostanze l'esito di tali interventi è stato sanzionatorio nei confronti delle imprese dominanti. Nel corso dello sviluppo della giurisprudenza in materia, la Commissione Europea ha gradualmente elaborato un approccio interpretativo ed operativo. Obiettivo del presente lavoro è la ricostruzione e l'analisi di tale approccio, al fine di individuare le chiavi interpretative utilizzate dall'autorità comunitaria. L'analisi descritta sarà condotta effettuando una disamina della giurisprudenza in materia, a partire dai primi casi, come il caso Volvo e Magill, fino ad arrivare al più recente e decisamente più rilevante caso Microsoft e, da ultimo, alla pubblicazione, nel 2008, del c.d. "Guidance Paper".

A completamento dell'analisi, verrà lanciato uno sguardo oltreoceano, ai criteri interpretativi adottati in materia dalle corti statunitensi, al fine di delineare un confronto tra l'approccio della Commissione Europea e quello delineato dal suo principale "competitor" e verranno fatti alcuni cenni a un approccio alternativo al rapporto tra diritto antitrust e protezione dell'innovazione, fondato sulla prospettiva della Predatory Innovation.

La conclusione è quella che, pur all'interno di un principio di fondo potenzialmente condivisibile, fondato sulla possibilità di limitare lo sfruttamento degli IPR qualora ricorrano delle circostanze eccezionali, le autorità europee abbiano effettuato una deviazione vigorosa dall'impostazione teorica iniziale attraverso la definizione di criteri operativi a volte eccessivamente restrittivi.