

**LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI GUIDO
CARLI**

**FACOLTÀ DI ECONOMIA
DOTTORATO IN DIRITTO ED ECONOMIA – XXIV CICLO**

RIASSUNTO

- 1. Considering *Ex Ante* Disincentives in Compulsory Licensing: How to Solve the Tradeoff between Obligations to Deal and the Scope of Intellectual Property Protection**
- 2. *Wanadoo*: Between ‘Old’ Antitrust and Enforcement Priorities**
- 3. Dal dovere alla logica premiale: una misura della pressione dinamica e altre forme di tutela degli incentivi ad investire in R&S**

Supervisor:

Chiar.mo Prof. Cristoforo Osti

Candidata:

Clara Beatrice Calini

Sembrerebbe che il destino del diritto *antitrust* sia giunto a un bivio inevitabile, da molti preannunciato anni or sono. La decisione da prendere é questa: affidarsi (senza reticenza) all'analisi economica o continuare a guardarla con quel timore reverenziale che cela, in sé, una sostanziale diffidenza.

È ben noto che, a partire dalla Scuola di Chicago, molti si sono fatti fautori dell'approccio economico nell'applicazione del diritto della concorrenza, ottenendo vittorie in sporadiche battaglie della più ampia guerra sull'elaborazione giuridica in materia *antitrust*. Altri, tra cui spesso l'*enforcer*, hanno opposto vibrante resistenza, sostenendo la necessità di rimanere ancorati al canone della “regola” giuridica, al riparo, a loro dire, da non meglio identificate soluzioni ottimali del caso concreto.

Questa tesi si incastona in quella difficile dialettica e, nel prendere posizione a favore del primo orientamento, mette in luce alcuni paradossi a cui conduce l'approccio tradizionale incentrato sulla valutazione formale della condotta e su una valutazione approssimativa della posizione dominante. Nel prendere spunto da alcuni recenti sviluppi a livello comunitario, la tesi apre poi a una più ampia riflessione circa l'opportunità di soluzioni presuntive (le cd. violazioni *per se*), di cui, a differenza di quella oltreoceano, è ancor oggi intrisa la giurisprudenza nostrana. Si illustrerà infatti come nel caso *Wanadoo* in tema di prezzi predatori – il tema di cui si occupa il secondo *paper* – la Corte di giustizia UE sia rimasta ferma all'idoneità escludente del comportamento contestato, senza pretendere la prova di un reale effetto di esclusione, ignorando per di più una serie di circostanze economiche di senso contrario: i prezzi praticati da France Télécom, sebbene inferiori ai costi, erano infatti allineati a quelli dei principali concorrenti, la manovra definita predatoria non aveva in realtà determinato un aumento della quota di mercato dell'*incumbent*, non esistevano barriere all'entrata né era stato ritenuto necessario verificare la reale possibilità del futuro recupero delle perdite (componente invece ormai essenziale negli Stati Uniti per qualificare un prezzo come predatorio). È bastato invece ricondurre quella condotta al novero della “speciale responsabilità” dell'impresa dominante, e presentare documenti comprovanti che i prezzi furono adottati con l'intento di eliminare la concorrenza. Si dice che, in questo come in molti altri casi, i giuristi hanno prevalso sull'analisi degli economisti.

Al contrario, verrà illustrato che, soprattutto nei mercati caratterizzati da una forte concorrenza dinamica, l'effetto anticompetitivo deve essere concretamente provato per non colpire quei comportamenti concorrenziali che devono essere invece promossi, come ben insegna la dottrina sulla dimensione premiale del diritto. Di questo si occupa, più in particolare, il primo *paper* in materia di incentivi ad investire in R&S il quale, nel ripercorrere la dottrina economica rilevante e analizzare gli esiti della giurisprudenza comunitaria sul rifiuto a contrarre, illustra come la metodologia economica giustifichi soluzioni più dinamiche ed efficaci. Il terzo *paper* si pone in linea di sostanziale continuità, per poi individuare modalità di impiego degli indicatori di *R&D intensity* nell'analisi *antitrust* di breve periodo. La soluzione proposta è quella di ricostruire la concorrenza (*rectius*, pressione) dinamica in termini di vincolo competitivo di breve periodo. Mentre l'effetto tipico dell'alternanza nella gara all'innovazione é infatti chiaramente osservabile solo nel lungo periodo, non può negarsi che la concorrenza dinamica si manifesti nel breve periodo sotto forma di pressione ad investire, che ridimensiona fortemente il potere di mercato delle imprese che vi sono soggette. Ne consegue che l'assenza da vincoli "statici" non assicura necessariamente un margine di indipendenza all'impresa operante in un mercato dinamico, il cui raggio di azione potrebbe ben essere circoscritto sul piano dinamico.

L'unico modo per ricostruire la forza di un operatore attivo su un mercato dinamico é correggere l'analisi statica con una stima della pressione ad investire. Il che, altrimenti detto, significa che presunzioni di dominanza basate sulle quote di mercato non dovrebbero trovare cittadinanza nei mercati dinamici, in considerazione del fatto che le quote di mercato descrivono uno scenario di soggezione di un'impresa a pressioni tipicamente statiche, in mercati in cui la concorrenza si gioca sul prezzo.

Allo stesso tempo, la tesi si sofferma sulla dimensione premiale dell'investimento in R&S e sulla necessità di recuperare la funzione promozionale del diritto anche in materia *antitrust*, incentivando comportamenti "socialmente vantaggiosi" quale quello dell'investitore che investe in R&S ma che, al contempo, cerca un legittimo ritorno sull'investimento. Nei mercati in cui la concorrenza si gioca sull'innovazione, la presenza di un margine di prezzo oltre il costo marginale (si pensi, quale parametro di riferimento, al tradizionale indice di Lerner per descrivere il sovrapprezzo del monopolista in un mercato

statico) non dimostra infatti alcunché se non che l'impresa sta per l'appunto recuperando l'investimento in R&S.

L'analisi degli effetti di una determinata condotta sui consumatori diventa dunque essenziale per evitare che l'autorità censuri il comportamento di un operatore con l'intento di stimolare la concorrenza statica per il benessere degli utenti finali, ma con il risultato pratico di rallentare la concorrenza dinamica a discapito dei consumatori. Il rischio é molto attuale laddove si consideri che, oltre alle varie dichiarazioni di intenti, la prassi europea é intrisa di un formalismo ben lontano dall'ottica della verifica del danno effettivo al consumatore -- si pensi anche solo ai casi *British Airways* e *Microsoft*.

È vero che l'archetipo del danno al consumatore, nonché l'indagine relativa agli effetti della concorrenza dinamica sul potere di mercato, portano con sé un'analisi di tipo casistico, a dispetto della certezza del diritto. Ma é altresì vero che entrambi rappresentano non “uno strumento operativo, quanto una finalità tendenziale, in funzione della quale vanno “tarate” le regole operazionali da applicare al caso concreto”¹, così come rimane un modello di analisi quello di concorrenza perfetta nel mercato.

Peraltro, l'approccio economico non é un surrogato della regola giuridica bensì un utensile per interpretare e validare una certa ricostruzione della realtà, che consente “di indicare quali elementi fattuali ricercare per verificare se un'interpretazione (pro o anticompetitiva) è compatibile con il caso in oggetto. (...) Questo approccio – prosegue Michele Polo – può tradursi agevolmente in una codificazione *ex-ante* di un insieme di indicatori da considerare, tipizzando per questa via le diverse *consistent stories* potenzialmente rilevanti quando di osservi una determinata pratica”², come, ad esempio, il terzo *paper* propone di fare facendo riferimento, nella prassi *antitrust*, agli indicatori di *R&D intensity*.

Verrà dunque suggerita cautela, per non cadere nella rete dei falsi positivi. E ciò vale ancora di più, per ritornare al secondo *paper*, alle soglie della nuova era del *private*

¹ PARDOLESI, P., “Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?”, (2007) 1 *Mercato Concorrenza Regole* 119.

² POLO, M., “A favore di un approccio economico nell'applicazione del diritto antitrust”, (2007) 1 *Mercato Concorrenza Regole* 129.

enforcement in Europa (ma lo stesso valga per il sistema giudiziario americano, che affida le valutazioni sul fatto a giurie popolari, e ne fa scaturire, per di più, i cd. *treble damages*).

Restano comunque alcuni interrogativi, tutt'altro che di facile soluzione: siamo in grado di innestare (senza soluzioni di rigetto) l'analisi economica nel diritto *antitrust* e, in caso di risposta affermativa, offrendo soluzioni che assicurino un sufficiente grado di certezza circa la possibilità di individuare le condotte abusive? È alla prassi applicativa che spetterà rispondere, eventualmente affinando le soluzioni proposte sulla base dell'esperienza, proprio per essere in grado di colpire reali effetti anticoncorrenziali e non invece violazioni in ogni caso presunte in comportamenti che rispondono a tipologie prefissate, di cui avvertiamo ormai tutta l'inadeguatezza.