

IL CASO TRINKO

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, No. 02-682, January 13, 2004 (Decided), *Verizon Communications Inc., Petitioner v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*.

Non si è ancora giunti, sul versante comunitario, all'epilogo della ben nota vicenda di *IMS Health* e della sua "1860 brick structure", è tuttora in corso il dibattito attorno alla controversa *essential facility doctrine* quale via d'accesso alla licenza obbligatoria (*rectius*, all'obbligo a contrarre); e già, sull'altra sponda dell'oceano, si riaccende la tensione attorno alle peculiarità --e agli argini-- del potere monopolistico. Ritornano prepotentemente in esponente temi di bandiera: il rifiuto di contrattare (nella specie non per le private intellettuali, ma per le risorse fisiche), la complessa *liaison* tra regolazione e concorrenza, e il rapporto tra *incumbents* e soggetti che, sprovvisti dell'infrastruttura, ne richiedono l'accesso quale necessario viatico per le loro fortune commerciali.

L'occasione per tornare su questioni tanto cruciali la offre la Corte Suprema degli Stati Uniti, decidendo il caso in epigrafe. La controversia, che certamente solleverà una messe di discussioni (e innescherà effetti cospicui su altri settori sottoposti a regolazione), è quella avviata dall'avvocato Curtis Trinko nei confronti della compagnia telefonica Verizon. Appare pertanto opportuno riassumere la vicenda, sottolineando qual era l'oggetto del contendere e perché si è giunti fino alla Corte Suprema.

Tutto inizia nel 1997 allorché Verizon (all'epoca *Bell Atlantic*, in quanto non ancora fusa con GTE), conformemente al *1996 Telecommunications Act*, concludeva un accordo con la AT&T, al fine di consentire a quest'ultima di disporre dei servizi, delle infrastrutture e di taluni elementi della rete di Verizon per offrire l'erogazione del servizio telefonico ai propri clienti. Il *Telecommunications Act*, infatti, impone agli *incumbent local exchange carrier* (ILECs), come Verizon, l'obbligo d'interconnessione alla rete, garantendo l'affitto (*unbundling*) di alcuni elementi della rete stessa (cfr. 47 U.S.C. §§ 251-252), nonché la fruizione delle strutture tecniche di supporto che consentono alle società concorrenti di soddisfare gli ordini dei propri clienti.

Tuttavia, qualche tempo dopo, nel 1999, la AT&T ed altri *competitive local exchange carriers* (LECs) accusavano Verizon di non rispettare l'obbligo di accesso all'infrastruttura, poiché il sistema necessario per consentire il passaggio da un operatore ad un altro non era in grado di garantire l'interconnessione alla rete. E così i concorrenti, dopo essersi infruttuosamente rivolti a Verizon, si affidavano alle cure dei regolatori: la *Public Service*

Commission (PSC) di New York e la *Federal Communication Commission* (FCC). Al termine dell'istruttoria avviata dalle due agenzie, Verizon concordava un *consent decree* con la FCC, accettando di corrispondere, quale sanzione per i ritardi nell'erogazione del servizio, tre milioni di dollari al Governo degli Stati Uniti e dieci milioni ai concorrenti, compresa AT&T.

Ciononostante, subito dopo la negoziazione di Verizon con la FCC, Curtis Trinko, titolare di uno studio legale stabilito a New York e cliente di AT&T, decideva di avviare una *class action*, in rappresentanza di altri clienti delle società concorrenti di Verizon nello Stato di New York, sostenendo che le violazioni sanzionate potevano essere considerate quali condotte anticoncorrenziali, ai sensi della *section 2* dello Sherman Act. In particolare, Trinko lamentava che i disservizi e i ritardi nell'evadere gli ordini effettuati dai clienti di società telefoniche concorrenti a Verizon, come AT&T, rappresentavano condotte discriminatorie (escludenti). Tali condotte, sosteneva l'attore, rientravano nell'ambito di uno schema anticoncorrenziale teso ad avvantaggiare l'*incumbent* e si proponevano di scoraggiare i clienti a diventare o rimanere clienti di altri operatori telefonici, impedendo di fatto a questi ultimi di competere efficientemente nel mercato dei servizi di telefonia locale.

La Corte distrettuale, nel respingere i rilievi addebitati all'*incumbent*, dichiarava che la disciplina antitrust non impone ad un monopolista l'obbligo di cooperare con i suoi concorrenti e che, nello specifico, la qualità del servizio offerto non poteva costituire condotta illecita da ascrivere alla *section 2* dello Sherman Act. Sennonché, presentato ricorso, la Corte d'appello del Secondo Circuito ribaltava il giudizio di primo grado, stabilendo che il reclamo dei ricorrenti poteva essere accolto, invocando la *essential facility doctrine* o facendo affidamento sul *monopoly leveraging*. In relazione alla prima teoria, sosteneva la Corte, si sarebbe potuto sanzionare l'*incumbent* per non aver provveduto a garantire un "*reasonable access*" alla propria infrastruttura; ovvero, nel ricorrere alla seconda, che l'uso del potere monopolistico detenuto nel mercato all'ingrosso (*wholesale*) veniva esteso al mercato al dettaglio (*retail*) per acquisire un vantaggio concorrenziale nei confronti di soggetti che affittavano la rete per rivendere i propri servizi ai clienti. In entrambi i casi, pertanto, era dato rilevare una responsabilità per Verizon ai sensi della *section 2*.

Si giunge così alla Corte Suprema e alla decisione espressa per 'bocca' di Antonin Scalia, la quale, come sarà dato osservare, modifica gli standard di valutazione della *monopolization*. Il ragionamento seguito dai sei giudici nella *majority opinion* ha preso le mosse proprio dal testo antimonopolistico, sovente ricordato come la Magna Carta della

libertà di iniziativa economica. I giudici, infatti, si sono sforzati di sottolineare che lo Sherman Act non interviene per sanzionare il potere monopolistico: nemmeno l'imposizione di prezzi elevati è in grado di costituire condotta illecita (al contrario di quanto si tenta, con poca fortuna, di fare con l'art. 82, lett. *a*, del Trattato UE). Il monopolio è il sale del mercato, che induce la concorrenza potenziale e ne stimola le relative virtù. Pertanto, ribadiscono i giudici, il detenere potere di mercato non è di per sé illecito, a meno che esso non sia associato ad una condotta anticoncorrenziale. Se così non fosse, viene evidenziato, risulterebbe compromesso l'incentivo all'investimento e all'innovazione.

Il *focus*, allora, si sposta sugli standard di valutazione. La domanda a cui dare risposta è la seguente: il rifiuto unilaterale di cooperare con i concorrenti, da parte di un soggetto con enorme potere di mercato --e sottoposto a regolazione--, rappresenta l'elemento in grado di azionare i rimedi previsti dallo Sherman Act?

La Corte si concentra sull'analisi della casistica giurisprudenziale, che deve transitare per precedenti 'storici' come *Aspen Skiing* e *Otter Tail*. Nel sottolineare che l'obbligo a cooperare con i concorrenti può dar corso a fenomeni collusivi, i giudici si soffermano ad individuare le circostanze in cui il rifiuto di cooperare può costituire condotta anticoncorrenziale in violazione della *section 2*. E qui il ragionamento opera due 'distinguo' rispetto alla traccia pregressa, andandosi sostanzialmente ad innervare su un'analisi costi-benefici del rifiuto a contrarre e su una differente individuazione dei soggetti privati del servizio. Quanto al primo punto (*cost-benefit analysis*), la Corte afferma che nei due casi succitati la cessazione da parte di un soggetto di una cooperazione (volontaria) con altri contraenti determinava una perdita economica nel breve periodo e ciò lasciava trasparire l'intento anticoncorrenziale, tale da far rientrare la condotta sotto il vaglio censorio dello Sherman Act. Nel caso in esame, invece, non viene riscontrato, nel rifiuto ad offrire il servizio al prezzo imposto dalla regolazione (prossimo al livello di costo), un qualche indice di *attempt to monopolize*. In altri termini, non poteva sostenersi che Verizon sopportava perdite nel breve periodo, con la ragionevole prospettiva di ottenere rendite maggiori in un intervallo temporale più ampio. Inoltre, in relazione al secondo rilievo, i giudici sottolineano che i servizi in questione non erano offerti direttamente al pubblico, ma rappresentano un mercato separato: infatti, il mercato all'ingrosso dell'affitto di elementi di rete rappresenta un servizio che non viene offerto direttamente ai consumatori, ma ai soggetti che ne sono sprovvisti.

Per tali motivi, i giudici stabiliscono che il rifiuto di cooperare con i concorrenti, al fine di garantir loro la necessaria assistenza per operare l'interconnessione, non può

ascriversi a nessuno dei precedenti e non può, per conseguenza, essere ricondotto alle fattispecie sanzionabili dalla *section 2*.

Non solo. La corte, per corroborare il giudizio, si sofferma sul rapporto *antitrust-regulation*, sostenendo che, qualora un settore sia sottoposto a regolazione, i benefici che possono scaturire dal vaglio delle norme antimonopolistiche tendono ad essere limitati. Ciò per due motivi. Anzitutto perché i costi dello scrutinio antitrust sono particolarmente elevati: i giudici possono sanzionare erroneamente condotte escludenti, che, al contrario, rientrano nel *genus* dei fenomeni di concorrenza legittima. Quanto dire che i complessi e duraturi rapporti tra concorrenti sono difficilmente valutabili con le lenti antitrust, soprattutto in presenza di un apparato regolatorio. Inoltre, e siamo al secondo punto, tale tipologia di intervento mal si adatta a sostituire la regolazione. Scalia, nel sottolineare l'importanza del *consent decree* concluso con la FCC, rileva che il ruolo delle agenzie di regolazione meglio si presta, rispetto a quello antitrust, a censurare condotte anticoncorrenziali e ad imporre le sanzioni nel caso in cui gli obblighi posti a capo dell'*incumbent* --in questo caso di interconnessione-- non vengano adempiuti correttamente.

Ma vi è di più. Secondo i giudici, il compito di rilevare e sanzionare condotte anticoncorrenziali, che derivano da imposizioni regolamentari, risulta oltremodo complesso per l'autorità giudiziaria. Quest'ultima, spiega la Corte, non sembra sufficientemente attrezzata allo scopo, non essendo dotata delle strutture necessarie per operare *ex post* il vaglio sulle condotte dell'*incumbent*, sui prezzi, sulle quantità e sui termini del rapporto tra concorrenti, compiti per i quali le agenzie di regolazione sono solitamente preposte.

Sulla base di tali rilievi, i giudici stabiliscono che la decisione d'appello va rigettata e che non si ravvisano gli estremi per sanzionare la condotta ai sensi dello Sherman Act. È appena il caso di aggiungere che gli altri tre giudici della Corte, nella *concurring opinion*, rigettano anch'essi la decisione d'appello, ma con diversa argomentazione. Piuttosto che scendere nel merito della questione, essi affermano che i *competitive* LECs si trovavano in una posizione più favorevole per richiedere l'intervento ai sensi della *section 2* dello Sherman Act: i concorrenti avevano subito in modo diretto le conseguenze della condotta di Verizon e pertanto, nella prospettiva di tutelare l'interesse pubblico, avevano *antitrust standing* rispetto agli utenti finali, i quali al contrario sopportavano il danno solo indirettamente.

In conclusione, alcune telegrafiche riflessioni. Anzitutto, la decisione della Corte Suprema pone su un piedistallo la libertà di contrattare, limitando fortemente le eccezioni al suo pieno dispiegarsi. Queste ultime sembrano potersi giustificare solamente se il rifiuto a

trattare comporta un sacrificio economico temporaneo volto a guadagnare nel lungo periodo una rendita monopolistica. In altri termini, si è effettuato un ragionamento analogo a quello seguito dalla giurisprudenza nord-americana per sanzionare i prezzi predatori: oltre alla differenza tra prezzi e costi, si deve dimostrare che l'autore della condotta abbia la ragionevole prospettiva di recuperare la perdita. Similmente, sembra che il nuovo standard di valutazione del rifiuto a contrarre imponga un test di questo tipo per poter far scattare i rimedi dello Sherman Act. Insomma, le maglie dell'antitrust appaiono più larghe.

La seconda chiosa può essere mutuata dal ragionamento dell'American Antitrust Institute (AAI) e dall'*amicus brief* presentato in supporto dell'attore. Più esattamente, se i rimedi del 1996 *Telecommunications Act* sono efficaci per sanzionare condotte anticoncorrenziali, e i prezzi sono contingentati, perché il Congresso ha deciso di inserire nel testo di legge la *antitrust saving clause* (la quale prevede che "(...) nothing in this Act or the amendments made by this Act shall be construed to modify, impair, or supersede the applicability of any of the antitrust laws", Sherman Act compreso, evidentemente)? Difficile fornire una risposta.

E allora si può solamente aggiungere che la decisione della Corte Suprema sembra aver eretto argini più elevati attorno al diritto di proprietà, con l'obiettivo di salvaguardare il cuore del sistema economico a stelle e strisce, vale a dire l'incentivo all'investimento, l'innovazione e la crescita che da essi deriva. Solo il tempo, tuttavia, dirà (o meglio, l'applicazione operata dalle Corti testimonierà) se lo standard individuato da Scalia sia effettivamente pro-competitivo o se, al contrario, sia necessario un qualche intervento di ortopedia legislativa da parte del Congresso.

Nota bibliografica

In relazione all'obbligo a contrarre e alla tutela della concorrenza si rinvia in particolare a C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Torino, 2003; V. MELI, *Rifiuto di contrattare e tutela della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Torino, 2003. L. Sanfilippo, *Abuse of Freedom of Conduct: Neighbouring Markets and Application of Article 86*, in «6 European Business Law Review 71», 1995; R. Whish, *Competition Law*, Butterworths Law, 2002, p. 653 ss. Per ciò che attiene alla recente dottrina nord-americana, conviene far riferimento a E. Elhauge, *Defining Better Monopolization Standards*, in «56 Stanford Law Review 253», 2003; D. Cross, *What's Up with Section 2?*, in «18 Antitrust ABA 8», 2003; M. Patterson, *The Sacrifice of Profits in Non-price Predation*, in «18 Antitrust ABA 37», 2003; G. Wrobel, *New Clothes for the Emperor? Tailoring Section 2 Standards for Predatory and Exclusionary conduct*, in «18 Antitrust ABA 26», 2003. F. Easterbrook, *When I It Worthwhile to Use Courts to Search for Exclusionary Conduct?*, in «Columbia Business

Law Review 345», 2003. Per ciò che attiene ai contributi più risalenti si segnalano T. Krattenmaker - S. Salop, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs To Achieve Power over Price*, in «96 Yale Law Journal 209», 1986; J. Ordoover - R. Willig, *An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation*, in «91 Yale Law Journal 8», 1981.

[ANDREA GIANNACCARI]