

Il diritto privato dell'Unione europea

Temi e questioni

a cura di Felice Casucci

**Edizioni
Scientifiche
Italiane**

**Università degli Studi
del Sannio**



**Pubblicazioni
della Facoltà di Economia
e del Dipartimento
di Studi Giuridici, Politici
e Sociali**

**Quaderni
del Centro Studi
di diritto comunitario**

8

CAPITOLO QUARTO

Tutela della concorrenza e mercato

SEZIONE PRIMA

Il diritto della concorrenza nel sistema europeo e americano

Giulia Palma

SOMMARIO: 1. Le origini storiche dell'*antitrust* nell'esperienza statunitense. Ragioni di una disciplina. Analisi delle peculiarità funzionali del diritto *antitrust* americano. Influenza del pensiero economico sulle opzioni legislative in materia di anticoncorrenzialità. Il fondamento della disciplina *antitrust* americana: la Scuola di Chicago e la teoria dell'efficienza economica. Critiche e pensiero post-chicagoano: da una visione «statica» ad una «dinamica» della concorrenza. I primi cartelli: Rockefeller e la Standard Oil Company. Proliferazione di *trusts* e incremento del potere imprenditoriale ed impoverimento della *middle class* conseguenti. - 2. Lo *Sherman Act* del 1890. Profili essenziali. Lo *Sherman Act* e la nascita dell'*antitrust* americano. Divieto di monopolizzazione e tentativo di monopolizzazione: valorizzazione dell'intenzione delle parti tra elasticità di disciplina e incertezza del diritto. Finalità e scopo della legge: disposizioni generali ed interpretazione giurisprudenziale specificativa. Difficoltà interpretative ed applicative. - 3. Il *Clayton Act* del 1914. Normativa di integrazione. Esigenza di una normativa integrativa dello *Sherman Act*. Il *Clayton Act* del 1914: profili essenziali. La *rule of reason* e la *per se rule*: due differenti linee di pensiero. La sentenza Standard Oil come esempio del favore della giurisprudenza americana verso un'applicazione «razionale» della normativa *antitrust*. - 4. Le Agenzie Federali. Il *Federal Trade Commission Act* del 1914 e il *Department of Justice*. Il *Federal Trade Commission Act* del 1914 come legge integrativa dello *Sherman Act*. Struttura, funzioni e poteri della *Federal Trade Commission* e del *Department of Justice*. *Public e private actions*. Le *class actions* e la legittimazione attiva degli Stati federali. Conflitti fra norme e incertezza giuridica. - 5. Diritto *antitrust* comunitario. Comparazione fra sistemi. Il Trattato CEE del 1957. Principali caratteristiche del sistema concorrenziale comunitario. Le intese, le pratiche concordate e l'abuso di posizione dominante. Differenze. Sanzioni ed esenzioni. Analisi delle peculiarità funzionali del diritto *antitrust* comunitario. Divergenze di obiettivi rispetto al sistema statunitense: concorrenza come strumento di integrazione dei mercati nazionali. Reciproche osservazioni fra i due sistemi. Differenza di *ratio* e sue conseguenze: il diverso peso quantitativo delle azioni private nei due sistemi ed il rapporto tra diritto comunitario della concorrenza e disciplina nazionale. Necessità di coordinamento fra normativa *antitrust* statunitense e comunitaria. Attuali obiettivi del sistema comunitario. - 6. La situazione italiana. La legge n. 287 del 1990. Il Codice del 1942 nel quadro dell'ideologia fascista. La politica economica dirigistica e protezionistica del regime e l'irrigidimento del sistema di mercato. La Costituzione e gli articoli 41 e 43 cost.: rifiuto della teoria dell'efficienza economica ed ammissione dell'intervento statale nell'economia a fini sociali. La legge n. 287 del 1990: ritardo italiano nell'adozione di una normativa a tutela della logica competitiva del mercato. Contenuto essenziale della legge: applicazione residuale della normativa; l'istituzione dell'autorità garante della concorrenza e del mercato; ambito di operatività: i comportamenti vietati; le intese; esenzioni; il divieto di abuso di posizione dominante; forme conclamate di abuso; le operazioni di concentrazione; divieti ed autorizzazioni; applicazione della legge alle imprese private e alle imprese pubbliche.

1. Le origini storiche dell'antitrust nell'esperienza statunitense. Ragioni di una disciplina

L'analisi della disciplina *antitrust* in ambito europeo, nonché l'indagine delle ragioni e delle peculiarità funzionali sottese alla complessa normativa, non possono prescindere da una riflessione sull'evoluzione storica della materia, che affonda le proprie radici nel sistema giuridico statunitense. Lo stesso termine *trust*, impiegato genericamente nel linguaggio giuridico-economico internazionale in riferimento alle norme in materia di concorrenza, trae origine da una pratica che si diffuse negli Stati Uniti d'America nel diciannovesimo secolo. Per aggirare il divieto di accordi limitativi della libera concorrenza, le imprese statunitensi impiegarono l'istituto fiduciario, di origini anglosassoni, del *trust* – che consente al testatore o al donante di rimettere ad un dato soggetto, detto *trustee*, la cura dei beni nell'interesse dell'erede o del donatario – al fine di aggregarsi e coalizzarsi, fondendosi in un unico complesso economico a gestione unitaria, con conseguente creazione nel mercato di strutture monopolistiche (G. Vettori, 2005). In sostanza, attraverso la concessione di deleghe di voto e la cessione di azioni, ad ogni impresa era consentito presenziare – e dunque controllare – i consigli di amministrazione delle imprese operanti nel medesimo settore economico, con evidenti reciproci vantaggi in termini di profitto e di stabilità sul mercato. Il termine, in conseguenza, assunse una connotazione prevalentemente economica.

Prima di affrontare la trattazione delle linee essenziali che caratterizzano e differenziano le discipline *antitrust* americana e comunitaria, occorre specificare in via preliminare che la legislazione concorrenziale risente significativamente dell'influenza del pensiero economico dominante territorialmente in un dato contesto economico-culturale (R. Van den Bergh, 1993), ragione per cui la comprensione delle *rationes* che sottendono le disposizioni normative unitariamente considerate e delle molteplici implicazioni derivanti dalla scelta del sistema giuridico di regolamentazione del mercato richiede obbligatoriamente un'attenta valutazione delle teorie politiche ed economiche prevalenti, le quali determinano le opzioni legislative in un senso piuttosto che in un altro. Il fondamento della regolamentazione statunitense dell'*antitrust* (ancora in vigore, sebbene con le inevitabili modificazioni dettate dai mutati orientamenti del substrato politico, economico e sociale) può rinvenirsi nel pensiero economico del-

la Scuola di Chicago che già dagli anni Trenta del secolo scorso oppose una critica serrata ad un incisivo intervento pubblico nel campo dell'economia (*contra* R. Van den Bergh, 1993), fino a giungere, agli inizi degli anni Settanta, a teorizzare e perseguire la c.d. efficienza economica (V. Meli, 2003). In sostanza, gli economisti di Chicago ritenevano che la concorrenza andasse considerata quale valore in sé (G. Vettori, 2005), capace di produrre risultati efficienti in modo del tutto autonomo. L'obiettivo finale della normativa *antitrust* veniva ravvisato nell'efficienza allocativa (V. Meli, 2003) e nell'aumento e nell'ottimizzazione del benessere collettivo, a scapito, ove necessario secondo le concrete circostanze, degli interessi dei singoli consumatori o delle piccole imprese. Di conseguenza, non potevano considerarsi illeciti e dunque vietati i comportamenti che, pur traducendosi in una diminuzione di ricchezza per i consumatori, comportassero un corrispondente aumento di benessere per le imprese.

Espressione di una politica commerciale improntata a principi liberali ed individualistici ed indifferente a questioni distributive, tale concezione teorica prospettava dunque la coesistenza di una pluralità di imprese e l'assenza di barriere come fattori in grado *ex se* di produrre efficienza economica e di fronteggiare le distorsioni allocative, consentendo al mercato di raggiungere spontaneamente posizioni di equilibrio concorrenziale (V. Meli, 2003).

Il modello chicogoano, sebbene abbia avuto riconosciuto il merito di aver sollecitato e favorito un'applicazione rigorosa e non acritica della normativa *antitrust*, è stato valutato severamente ed accusato di condurre, potenzialmente e concretamente, a soluzioni intrise di economicismo esasperato. In particolare, nella fase post-chicagoana della politica economica statunitense si sono sollevati dubbi in merito alla possibilità che il libero mercato contenga in sé gli strumenti e le strutture in grado di contrastare le inefficienze e di impedire il verificarsi di situazioni di anticoncorrenzialità, censurando al contempo la mancanza, nella teorica, di un'adeguata coscienza della complessità del mercato, in continua evoluzione, la cui prerogativa e peculiarità è piuttosto una situazione di costante squilibrio fra gli operatori economici (G. Vettori, 2005). Alla visione «statica» della concorrenza quale risultato di una naturale condizione di equilibrio del mercato libero, si è sostituita una concezione «dinamica», che ravvisa nel processo contraddistinto dall'antagonismo e dalla competizione tra operatori economici il mezzo per il raggiungimento di un reale sviluppo economico (V. Meli, 2003). La rivalità tra imprese stimola l'innovazione produttiva e migliora il rapporto

qualità-prezzo, favorendo la crescita economica e l'aumento del benessere del consumatore.

La Scuola di Chicago ha avuto in ogni caso un'incidenza profonda sull'*antitrust* statunitense: nel periodo di massimo rigore applicativo, in cui l'intervento statale nell'economia era ridotto al minimo, si rendeva attuale il rischio del dilagare di abusi e di coalizioni di imprese in grandi gruppi dominanti, con inevitabile restrizione dell'accesso al mercato e della libera iniziativa imprenditoriale (G. Amato, 1998).

Nella seconda metà del diciannovesimo secolo tale rischio, da potenziale, divenne concreto. L'industriale newyorkese Rockefeller diede vita, fondendo insieme più aziende esistenti, ad una compagnia petrolifera, la Standard Oil Company, che arrivò in breve tempo a controllare la raffinazione della quasi totalità del greggio prodotto negli Stati Uniti d'America, monopolizzando decisamente il mercato petrolifero. Sulla scorta di questa prima forma di cartello, molte altre imprese, operanti in diversi ed eterogenei settori del mercato statunitense, si organizzarono in *trusts*, incrementando sensibilmente i propri profitti attraverso una politica di razionamento dell'offerta e di controllo dei prezzi. La configurazione monopolistica del mercato che ne risultò accrebbe smodatamente il potere – economico, ma anche politico – dei maggiorenti dell'industria, e contestualmente segnò il progressivo indebolimento del peso dei piccoli e medi imprenditori, i quali, tuttavia, continuavano a rappresentare un segmento percentualmente significativo dell'elettorato nazionale, che la classe dirigente non poteva ignorare.

2. Lo Sherman Act del 1890. Profili essenziali

In risposta, dunque, alla proliferazione di esperienze analoghe a quella della Standard Oil Company, e di concentrazioni, sia orizzontali (tra imprese collocate nella medesima fase del processo produttivo) sia verticali (tra imprese operanti in rapporto di integrazione e reciproca strumentalità), fu emanata, nel 1890, la prima legge a tutela del mercato, tuttora vigente: lo *Sherman Act*, dal nome del Senatore John Sherman, uno dei candidati alla presidenza degli Stati Uniti d'America nel 1884. Nella prima sezione dell'Atto sono stati dichiarati illegali «gli accordi, le combinazioni e le cospirazioni» che abbiano per effetto una restrizione o una distorsione della concorrenza e del commercio tra gli Stati federali, nonché, nella se-

conda sezione, i comportamenti degli operatori economici volti a monopolizzare o a tentare di monopolizzare il mercato. Ciò importa ed evidenzia un primo, significativo elemento di differenziazione rispetto alla disciplina *antitrust* comunitaria (di settant'anni successiva rispetto a quella americana): diversamente da quanto disposto all'art. 82 del Trattato CE, lo *Sherman Act* vieta non solo l'effettivo conseguimento di una posizione monopolistica, ma anche la mera intenzione di acquisire un potere economico tale da permettere la gestione accentrata di una quota di mercato. Se una simile valutazione del profilo oggettivo e soggettivo dei comportamenti abusivi delle imprese da un lato si traduce in una maggiore malleabilità della disciplina statunitense rispetto a quella comunitaria, con conseguenti più intense aperture sul piano della possibilità di azione e di intervento rimediale dello Stato, dall'altro essa potrebbe implicare tangibili compromissioni sul versante della certezza del diritto (V. Amendola e P.L. Parcu, 2003).

Le sanzioni applicabili per il caso di violazione sono costituite da un'azione civile e un'azione penale, per le quali legittimato è lo Stato federale, ed un'azione privata (introdotta nel 1914), promossa dal cittadino che possa dimostrare di aver subito un danno in conseguenza dell'attuazione dei comportamenti vietati, volta ad ottenere il triplo del danno medesimo.

Lo *Sherman Act*, dunque, fu promulgato nella cornice storica dei grandi *trusts* e delle concentrazioni economiche, allo scopo dichiarato di porre un freno al controllo oligopolista della produzione e del commercio e al fine di ripristinare il libero scambio e la libera iniziativa economica, compressi dal crescente aumento di potere della nuova "nobiltà finanziaria".

Per includere tutte le singolari e complesse dinamiche economiche riscontrabili in concreto nella prassi commerciale, le Sezioni di cui si compone la legge *Sherman* sono costituite da disposizioni di carattere generale: una disciplina dettagliata e specifica si sarebbe infatti potuta rivelare inadeguata alle molteplici sfaccettature che può assumere la materia dell'*antitrust* ed al dinamismo vertiginoso dell'economia. Il compito di chiarire e precisare i termini ed i confini delle norme concorrenziali spetta, pertanto, alla giurisprudenza ed agli interpreti del diritto. La genericità e la portata ampia ed indistinta della disposizione legislativa, per il vero, hanno creato, sin dalle prime applicazioni, notevoli incertezze e difficoltà attuative, sottolineate ed acuite dal dibattito sorto a cagione delle pungenti critiche sollevate da più parti in ordine al carattere asseritamente retrivo e refrattario ad ogni innovazione della normativa *antitrust*.

3. Il Clayton Act del 1914. Normativa di integrazione

L'indeterminatezza delle utilità della disciplina *antitrust* e in particolare l'acceso dibattito in ordine ai suoi connotati (secondo taluni) squisitamente politici hanno determinato consistenti dubbi interpretativi, rendendo diffusamente avvertita la necessità di provvedimenti di integrazione della normativa (G. Amato, 1998).

A tal fine, nel 1914 fu promulgato il *Clayton Act* (dal nome del deputato Henry De Lamar Clayton), il quale rafforza la disciplina *antitrust* sancendo, tra gli altri, il divieto, per i membri di un'industria, di svolgere attività analoghe a quelle di propria competenza in altre imprese concorrenti, nonché il divieto per l'impresa di imporre alla controparte, al fine di addivenire alla stipulazione di un dato contratto, l'acquisto dei propri prodotti.

Nella settima Sezione della legge, è stabilito il divieto di fusioni tra imprese mediante l'acquisto di azioni o di beni, qualora le concentrazioni che ne derivano determinino un indebolimento delle potenzialità concorrenziali del mercato, o configurino un'ipotesi di monopolio. In concomitanza con la normativa in argomento, in un clima di razionalizzazione della disciplina del diritto della concorrenza, trovarono strada le teorie della *rule of reason* e della *per se rule*. In base alla prima teoria, ogni forma di restrizione della competitività sul mercato deve essere sottoposta ad un giudizio che può definirsi di «ragionevolezza», funzionalizzato alla determinazione ed alla valutazione degli effetti che si potrebbero determinare sul piano fattuale. Di conseguenza, potrebbero non essere ritenuti illegali quei comportamenti che, in considerazione delle particolari condizioni di mercato in un dato momento storico, non rappresentino un reale pericolo per la libertà degli scambi commerciali, ed anzi risultino proficui in termini di aumento dell'efficienza economica, pur presentando caratteristiche ritenute contrastanti con la normativa *antitrust*. Seguendo una simile linea di pensiero, possono valorizzarsi le peculiarità del singolo caso concreto, evitando al contempo una rigidità inopportuna in assenza di alterazioni rilevanti dell'equilibrio della libertà economica.

In senso diametralmente opposto a siffatta regola, improntata alla «ragionevole» considerazione delle singolarità dei comportamenti attuabili in concreto, la *per se rule* reputa senz'altro illegali taluni accordi, ritenuti particolarmente pericolosi per la libera concorrenza. A fondamento di detta presunzione di illegalità si pone l'esigenza di arginare la discrezionalità

sottesa alla *rule of reason* (G. Vettori, 2005), sebbene nella pratica la giurisprudenza americana abbia spesso modificato, ampliandoli o restringendoli, secondo le necessità contingenti, i confini degli accordi "in sé" vietati, mostrando una decisa propensione all'applicazione della prima delle regole prospettate. Per il vero, già la sentenza *Standard Oil*, del 1911, si era dimostrata favorevole ad una interpretazione «flessibile» delle norme *antitrust*, ammettendone la compatibilità con la crescita delle grandi imprese (per un maggiore approfondimento delle due teorie, v. *infra*, Sez. II, § 6).

4. Le agenzie federali. Il Federal Trade Commission Act del 1914 e il Department of Justice

Ancora in un'ottica di integrazione della generale legge *Sherman*, parallelamente al *Clayton Act*, nel 1914 fu emanato il *Federal Commission Trade Act*, con il quale venne creata la F.T.C. (*Federal Trade Commission*, appunto), ovvero una commissione federale indipendente – con funzioni e prerogative simili, per lo più, a quelle delle Autorità indipendenti nazionali – avente lo scopo precipuo di vigilare sulla corretta applicazione della normativa *antitrust* e di identificare ogni comportamento restrittivo della concorrenza. Per il perseguimento dei propri fini, la Commissione si avvale, com'è agevole intuire, di ampi poteri istruttori, di indagine e di controllo, che esercita attraverso una rete di agenzie dislocate territorialmente (in numero di dieci).

La Commissione è composta da cinque membri (i Commissari), che durano in carica per un periodo di sette anni. La composizione dei membri rispecchia il rapporto tra maggioranza e opposizione; tuttavia, i membri di maggioranza possono essere al massimo tre.

L'agenzia federale con competenza concorrente rispetto alla F.T.C. operante già anteriormente al 1914, è l'*Antitrust Division* del *Department of Justice* (D.O.J.). Il Dipartimento conta circa 350 unità (in numero variabile secondo i finanziamenti attribuiti all'agenzia), e si avvale di sette uffici locali. La divisione competente per l'applicazione delle disposizioni *antitrust* è diretta da un *Attorney General Assistant*, ed ha essa sola, oltre alla medesima competenze funzionali della F.T.C., la legittimazione alle azioni penali.

Le due agenzie operano in rapporto di assoluta collaborazione e complementarietà, comunicandosi reciprocamente l'avvio di procedure istruttorie, transattive o investigative e coordinandosi attraverso la partecipazione a periodiche riunioni.

La F.T.C., in particolare, oltre a svolgere attività di indagine nei confronti di sospette o possibili violazioni anticoncorrenziali, esercita, per il tramite dei cinque Commissari, anche la funzione decisoria, il risultato della quale è soggetto ad impugnativa innanzi alle Corti d'Appello Federali.

Le violazioni della normativa a tutela della concorrenza possono essere perseguite dal governo degli Stati Uniti (in quanto acquirente di beni e servizi), per mezzo delle due agenzie federali alle quali spetta di fatto la legittimazione all'azione (*public actions*), o dagli stessi privati, qualora concorrano particolari circostanze (*private actions*).

L'agenzia ha inoltre il potere di tentare una risoluzione stragiudiziale del conflitto fra l'organismo pubblico e l'impresa in posizione di anticoncorrenzialità, cercando un accordo (*consent decree*, o decreto concordato, la cui procedura è stata fissata dal *Tunney Act* del 1974) che indichi le modalità di eliminazione del comportamento illecito e delle conseguenze che ne siano derivate e fissi l'ammontare dell'eventuale risarcimento da corrispondere, evitando in tal modo il contenzioso pubblico. L'accordo transattivo è soggetto a controlli periodici effettuati dalla stessa agenzia, nonché alle osservazioni dei consumatori e delle imprese concorrenti. I primi hanno lo scopo di verificarne l'attuale rispondenza alle esigenze e agli interessi pubblici, mentre le seconde esprimono le opinioni degli operatori economici in merito agli effetti che l'accordo produce sulla concorrenzialità nel settore di competenza dell'impresa indagata.

L'azione pubblica non è soggetta ad alcun termine di prescrizione.

Accanto alle *public actions*, ovvero alle procedure intentate dal governo degli Stati Uniti per il tramite delle agenzie federali nei confronti di imprese ritenute colpevoli di violazioni delle norme in materia di concorrenza, il sistema *antitrust* statunitense disciplina le c.d. *private actions*, ovvero le azioni intraprese da soggetti privati che abbiano subito un danno a causa di comportamenti commerciali anticoncorrenziali. La Sezione Quarta del *Clayton Act* accorda ai privati cittadini, la cui attività d'impresa o i cui beni siano stati compromessi dalla violazione di una disposizione *antitrust*, un risarcimento in misura pari al triplo del danno patito (*private treble damage action*). All'attore spetterà la prova del danno, dell'illecito perpetrato e del nesso di causalità. Peraltro, il sistema americano concede un'attenuazione dell'onere probatorio per il caso in cui sia stato emanato un provvedimento accertativo dell'avvenuta violazione delle disposizioni *antitrust* da parte dell'impresa contro la quale agisce il privato.

In tal caso, il detto provvedimento costituisce prova "legale" (*prima facie*) delle responsabilità del convenuto nel giudizio conseguente all'esperimento della *private action*.

Le azioni private rappresentano, rispetto alle pubbliche, il metodo di repressione di pratiche restrittive della concorrenza più diffuso nel sistema statunitense. I casi di *private actions* intentate da privati sono numericamente superiori rispetto a quelli di *public actions*, di regola limitati alle ipotesi di macroscopiche violazioni, perpetrate da grandi imprese o concentrazioni ed immediatamente e concretamente rilevanti a livello interstatuale.

L'azione risarcitoria può essere intentata anche da gruppi di consumatori, per il tramite di associazioni di categoria (dando in tal modo vita alle c.d. *class actions*) o, in base alle disposizioni dell'*Antitrust Improvement Act* del 1976, degli *State Attorney General* (i procuratori generali) degli Stati federali. In tale ultima ipotesi, può rappresentarsi il problema della concorrente applicazione delle norme federali *antitrust* con quelle dei singoli Stati, ove esse siano confliggenti. Poiché non vi è alcuna disposizione normativa che disciplini le ipotesi di conflitto fra regole (se non in taluni casi limitati e per specifiche materie), si pone evidente un problema di certezza del diritto, con conseguenti preoccupanti disomogeneità applicative.

5. Diritto antitrust comunitario. Comparazione fra sistemi

La normativa *antitrust* sorta in ambito comunitario risale all'approvazione del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea del 1957. La disciplina della concorrenza comunitaria è contenuta prevalentemente nei Trattati CE e CECA e nelle successive integrazioni ed amplificazioni, effettuate attraverso l'emanazione di regolamenti, interpretate dalla Corte di Giustizia in numerosissime occasioni. In particolare, gli articoli 81 e 82 (*ex* articoli 85 e 86) del Trattato CE vietano le intese, le pratiche concordate e gli abusi di posizione dominante che abbiano per effetto una collusione distorsiva del libero gioco del mercato. Per le intese e le pratiche concordate vige una presunzione *iuris et de iure* di illegalità, per cui le medesime sono vietate in considerazione del danno potenziale che dalla loro attuazione potrebbe derivare alla libertà di concorrenza; la posizione dominante, invece, non è vietata in sé, bensì solamente nell'ipotesi particolare in cui di essa si commetta un abuso che in concreto comporti un deterioramento delle condizioni di mercato. In tal caso, pertanto, occorrerà una

valutazione opportuna del potenziale distorsivo del comportamento dell'impresa in posizione dominante, con riferimento al mercato rilevante, ovvero allo specifico settore economico in cui gli effetti restrittivi della fattispecie si esplicano: in caso di esito positivo del giudizio, il comportamento medesimo sarà vietato.

Le fattispecie vietate sono soggette a nullità, e possono conseguirne sanzioni pecuniarie ed amministrative. Il sistema comunitario non prevede invece sanzioni penali (la cui richiesta, nell'ordinamento statunitense, spetta in via esclusiva, per le violazioni più gravi, al D.O.J.).

L'abuso di posizione dominante, vietato a séguito di un controllo specifico mirato a rilevare il grado di pericolosità del comportamento dell'impresa, non è soggetto ad esenzione, mentre le intese e le pratiche concordate possono andare esenti da divieti là dove se ne ravvisi un'utilità in termini di aumento dello sviluppo economico e tecnologico e di miglioramento della distribuzione o produzione dei beni, a beneficio dei consumatori.

Il Trattato CEE del 1957 venne successivamente completato e perfezionato dal Regolamento n. 4064 del 12 dicembre 1989, concernente le concentrazioni. Sino ad allora, infatti, non vi era alcuna previsione normativa specifica per tale fattispecie (cui faceva richiamo solo l'art. 66 del Trattato CECA). Secondo taluno, l'assenza di una disciplina *ad hoc* rispondeva a ragioni di politica economica: mentre infatti le intese e gli abusi di posizione dominante venivano valutati negativamente, quali pratiche restrittive del mercato, le concentrazioni, inizialmente, furono percepite come operazioni finalizzate al consolidamento dell'impresa europea, e dunque conformi agli obiettivi di unificazione economica del Trattato (V. Donativi, 1993). Tuttavia, la lacuna di disciplina, cui supplivano, con non pochi problemi a livello applicativo, gli indicati articoli 81 e 82, rappresentava un problema al quale presto occorre porre rimedio.

La disciplina comunitaria della concorrenza, com'è intuibile, ha avuto nell'esperienza statunitense un importante termine di raffronto, dal quale ha mutuato strutture e procedimenti, seppure adattandoli al differente contesto storico-economico. Per il vero, è opinione accreditata in dottrina quella che ritiene preponderante, a livello comunitario, l'ascendenza esercitata dal sistema *antitrust* tedesco, elaborato nel 1958 ed incentrato, prevalentemente, sul controllo dei cartelli (G. Alpa e M. Andenas, 2005). Tuttavia, benché i modelli occidentali si siano senza dubbio ispirati all'esempio del legislatore germanico, non può negarsi che la storia dell'*antitrust* ameri-

cano e la radicata dimestichezza delle autorità giurisdizionali statunitensi con i meccanismi concorrenziali ed i rimedi alle distorsioni della competitività abbiano impresso un segno alle evoluzioni della disciplina della concorrenza comunitaria.

Proprio il distinto ambito applicativo e le peculiari ragioni storiche che hanno condotto al perfezionamento dei sistemi americano e comunitario ne spiegano le ineguaglianze e la diversità di *ratio*.

Se infatti la legislazione concorrenziale americana è nata in un contesto di raggiunta e piena integrazione dei mercati federali in uno spazio economico unitario, allo scopo di realizzare processi concorrenziali in grado di contenere il «potere del mercato» (R. Van den Bergh, 1993), la Comunità Europea, alla fine degli anni '50, era assai lontana (come in verità, per taluni aspetti, lo è ancora oggi) dal raggiungimento pieno e definitivo dell'obiettivo primario della creazione del mercato unico europeo. Mentre negli Stati Uniti d'America, dunque, l'*antitrust*, come si è visto, sin dalle origini ha inteso porre un rimedio efficace alle pratiche diffuse degli accordi limitativi della concorrenza in settori fondamentali dell'economia, nel vecchio continente è strumento di realizzazione della piena integrazione fra Stati, sia economica sia politica (G. Alpa e M. Andenas, 2005), mediante la formazione di una *res publica* comunitaria, di un mercato che sia realmente unico e privo di barriere (sia interne sia esterne), e non la mera sommatoria dei singoli mercati nazionali (A. Pace, 2005).

Si comprende, in quest'ottica, come le divergenze di obiettivi del diritto *antitrust* europeo ed americano abbiano determinato un differente modo di intendere il controllo della concorrenza e delle grandi concentrazioni fra imprese. Nella cultura statunitense, come si è visto, per l'influenza delle dottrine chicaoane si è arrivati ad ammettere e giustificare l'impresa di grandi dimensioni, là dove la sua presenza sia traducibile in un vantaggio per l'economia nel suo complesso.

In ambito europeo, al contrario, ogni forma di monopolio e di controllo di porzioni rilevanti del mercato, in qualunque settore, è avvertita come pericoloso ostacolo all'abbattimento delle barriere e dunque, in ultima analisi, contraria alle finalità ultime delle istituzioni comunitarie.

Sino ad oggi, le modalità eterogenee di applicazione del diritto della concorrenza hanno determinato reciproche osservazioni e critiche ai due sistemi. L'America ha tacciato la Comunità Europea di scarsa elasticità e di eccessivo dirigismo, in considerazione della diffidenza mostrata nei

confronti di operazioni di concentrazione e di imprese di grandi dimensioni, le quali vengono percepite come intralcio e impedimento alla compiuta liberalizzazione dei mercati, senza un'adeguata operazione di bilanciamento degli effetti pro e anticoncorrenziali. Ha inoltre ritenuto che l'obiettivo europeo di realizzazione di uno spazio di mercato unico, sollevato dalle ristrettezze di barriere sia esterne sia interne non collimi con le esigenze «sociali» di tutela dei destinatari dei beni e dei servizi economici, che richiedono, per la loro soddisfazione, un sistema giuridico complesso e penetrante (G. Alpa e M. Andenas, 2005). Per contro l'Europa ha manifestato perplessità in relazione alla centralità della teoria dell'efficienza economica (R. Van den Bergh, 1993), stimando potenzialmente inadatto e insufficiente al perseguimento di un'effettiva tutela dei consumatori un sistema incline a ritenere che determinate operazioni economiche, sebbene allarmanti e critiche, debbano essere valutate positivamente ove arrechino miglioramenti in termini di efficiente allocazione delle risorse.

Ancora sul piano delle differenze caratterizzanti i due sistemi, si consideri la diversa portata delle azioni intentate dai privati rispetto a quelle pubbliche. Mentre negli Stati Uniti la mole delle procedure originate dall'intervento di soggetti privati, come si è detto, è di gran lunga superiore al contenzioso pubblico, nell'Europa comunitaria sono preminenti le azioni intraprese per attività delle autorità, e particolarmente della Corte di giustizia. Peraltro, le istituzioni comunitarie svolgono attività sia istruttoria, sia di indagine e sia decisoria, e ciò ha raccolto la disapprovazione dei giuristi statunitensi, i quali ritengono che la carenza di un organo decisorio indipendente rispetto a quello investigativo possa rappresentare un elemento di inefficienza, e possa tradursi in una assenza di trasparenza, nonché in una diminuzione del sistema di garanzie per le imprese oggetto di indagine (C. Osti, 2002; R. Padolesì, 2002).

Altro elemento di divergenza del sistema *antitrust* europeo rispetto a quello statunitense risiede nel rapporto intercorrente fra il diritto concorrenziale comunitario, e il diritto dei singoli Stati. Si è detto che negli Stati Uniti d'America non sussiste un preciso coordinamento fra la normativa *antitrust* federale e quella dei singoli Stati dell'Unione, con conseguenti sovrapposizioni di disciplina ed apprezzabili ripercussioni sul piano della certezza del diritto. In Europa, perlomeno sotto specifici profili e punti di vista, i modelli nazionali *antitrust* dei singoli Stati membri, che pure conservano ciascuno le proprie peculiarità, divergono sotto molti aspetti (per

il profilo procedurale, per quello dei rimedi e delle misure correttive adottabili a fronte di una possibile compressione della concorrenza, per quello delle modalità di controllo del rispetto del libero gioco di mercato) (G. Alpa e M. Andenas, 2005), si inseriscono nel quadro di regole uniformi nell'intero territorio comunitario. La diffusione graduale della disciplina della concorrenza in Europa (R. Van den Bergh, 1993), che ha avuto il merito di attenuare inutili quanto dannose difformità attuative e di rafforzare un *idem sentire* fra le Autorità preposte al controllo dell'applicazione della normativa *antitrust*, ha limitato, talora fortemente, il ruolo dei diritti nazionali, consentendo un'omogeneità che negli Stati Uniti in numerose circostanze è mancata. Da più parti, tuttavia, si auspica una redistribuzione delle competenze e degli interventi fra diritto comunitario e diritti nazionali che conceda maggiori spazi operativi a questi ultimi (V. Meli, 2003).

Il diverso contesto culturale che ha dato origine ai sistemi concorrenziali nei due continenti, determinando i punti di differenza che si sono descritti, si è riflesso nelle soluzioni opposte che le Autorità comunitarie e statunitensi hanno apportato con riferimento alle medesime problematiche. In considerazione del processo di globalizzazione e dell'internazionalizzazione dei commerci e degli scambi in corso, cui conseguono rapporti transnazionali in costante crescita, è necessaria una congrua attività di collaborazione e di coordinamento tra la disciplina *antitrust* americana e quella comunitaria, sì da non ingenerare discrasie nella risoluzione di contenziosi che coinvolgano imprese operanti su ambedue i territori.

Per altro verso, la crescente importanza del mercato dei servizi, venuto in rilievo assai più lentamente rispetto a quello dei beni, la sentita esigenza di ridurre l'eccessivo burocratismo delle istituzioni comunitarie e di rimuovere ogni residuo di segmentazione del mercato unico (alla piena realizzazione del quale ancora oggi ostano, a titolo d'esempio, le c.dd. «barriere tecniche», rappresentate dalle difformità legislative e regolamentari e le differenti politiche fiscali dei singoli Paesi membri rendono avvertiti dei passi che occorre ancora compiere sulla strada dell'unificazione dei mercati e della crescita e dello sviluppo economico, a totale beneficio della collettività. In particolare, è necessario che gli Stati membri si astengano dall'adozione di tendenze politico-economiche e di scelte legislative personalistiche, dissonanti rispetto al disegno unitario e agli obiettivi perseguiti dalle istituzioni comunitarie) (V. Donativi, 1993).

6. La situazione italiana. La legge n. 287 del 1990

L'Italia si è dotata di una normativa antimonopolistica con grande ritardo rispetto ad altri ordinamenti europei. Sino alla promulgazione della legge 10 ottobre 1990, n. 287, infatti, la concorrenza nel nostro ordinamento era disciplinata, prevalentemente, dalle norme contenute nel codice civile. Il codice del 1942 si colloca all'interno del quadro ideologico del regime fascista, caratterizzato, sotto il profilo della politica economica, da un penetrante controllo dello Stato sull'iniziativa economica privata, in linea con le tendenze autarchiche e dirigiste del sistema totalitario. La libertà di accesso al mercato, nel ventennio fascista, venne pressoché integralmente compressa: ogni nuova attività di impresa richiedeva la previa autorizzazione dell'autorità di governo. In coerenza con la concezione di uno Stato corporativo, l'ordinamento totalitarista promosse una politica economica di favore nei confronti dei cartelli industriali e dei consorzi fra imprese, sottoponendoli entrambi alla rigida vigilanza delle istituzioni pubbliche, onde guidarne ed indirizzarne l'attività ed armonizzarne la presenza con gli obiettivi di politica economica generale (V. Donativi, 1993).

Le norme del codice civile del 1942 in materia di concorrenza, dunque, hanno risentito degli influssi del corporativismo fascista, e, sebbene siano passibili di interpretazioni «evolutive», alla luce dei mutamenti operati dall'intervento della Carta Costituzionale prima, e del Trattato CE poi, denotano la tendenza dell'epoca a conservare, in prospettiva statica, posizioni di potere economico acquisite (e soggette al governo delle autorità), piuttosto che a favorire situazioni di concorrenzialità all'interno del mercato (V. Donativi, 1993).

La Costituzione del 1948 ha portato, nell'indicato orientamento economico, elementi di novità significativi. «Se la libertà di concorrenza è valore implicito nella libertà di iniziativa, quale libertà per tutti, non si può pensare che il Costituente abbia nei confronti della concorrenza una assoluta neutralità» (P. Perlingieri, 2003).

L'art. 41, comma 1, cost. sancisce la piena libertà di iniziativa economica, delineando una visione complessiva dell'economia nazionale improntata alla libertà di accesso al mercato ed alla libera competitività. Il secondo ed il terzo comma di tale disposizione e l'art. 43 cost. concorrono, inoltre, ad individuare i limiti alla libera partecipazione al commercio, ammettendo forme di intervento dell'autorità statale all'interno dell'iniziativa impen-

ditoriale privata là dove sia necessario perseguire le finalità di «utilità sociale» e di rispetto del valore della persona umana (P. Perlingieri, 2005).

Gli artt. 41 e 43 cost., complessivamente, possono intendersi come espressioni di un rifiuto della convinzione, di matrice statunitense e specificamente chicagoana, che la concorrenza, da sé, lasciata libera di svolgersi autonomamente, crei situazioni di equilibrio nel mercato, consentendo un'ottimizzazione nell'allocazione delle risorse e garantendo il massimo benessere collettivo. La Costituzione opta per un regime di economia mista, che ammette l'intervento dello Stato anche limitativo della concorrenza, ove ciò serva al perseguimento degli obiettivi di utilità sociale e di preminente interesse generale (V. Donativi, 1993). «Intese e concentrazioni sono pur esercizio della libertà economica, ma non si possono tradurre in effetti distorsivi della concorrenza e del mercato che siano in contrasto con l'utilità sociale e i diritti inviolabili dell'uomo; essi sarebbero non meritevoli di tutela giuridica; sarebbero in contrasto con l'ordine pubblico costituzionale e quindi nulli. [...] La libertà economica e la concorrenza, anche sul piano strettamente economico, sono non un fine ma un mezzo, una regola, per realizzare l'utilità sociale, l'effettiva partecipazione di tutti all'organizzazione economica e sociale del Paese e il pieno sviluppo della persona (art. 3, comma 2, cost.)» (P. Perlingieri, 2003).

La legge del 1990, n. 287, «come è noto, rappresentò una novità nel panorama nazionale che [...] era imperniato sulla logica codicistica della concorrenza sleale, e dunque sulla tutela dell'imprenditore dalla attività scorretta del concorrente. Infatti benché anche la tutela suddetta si sia evoluta nella interpretazione della dottrina e dei giudici facendo sì che si attenuasse fortemente l'originaria impronta deontologica e corporativa e si prendesse atto della nozione costituzionale del mercato come luogo della libertà di impresa che attribuisce un rilievo pubblico anche al conflitto interindividuale (Cass., n. 11859/97), essa conserva il carattere fondamentale di strumento di tutela del corretto rapporto di concorrenza. [...] La novità del Trattato CE è stata l'introduzione della tutela della struttura e della logica competitiva del mercato. Questo, in quanto luogo nel quale si esplicita la pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio della impresa, è perciò stesso luogo della competizione, cosicché ogni comportamento di mercato che riduce tale competitività perché diminuisce la possibilità per chiunque di esercitare liberamente la propria pretesa di autoaffermazione, è illecito. In particolare, poiché l'eser-

cizio della concorrenza presuppone l'autonomia delle imprese concorrenti nell'esercizio delle rispettive scelte di mercato, è illecito ogni fatto che porta a ridurre questa autonomia, assimilando o avvicinando i comportamenti di mercato all'esecuzione di accordi antecedenti ovvero comunque conformandoli oggettivamente ad un certo grado di collaborazione che sostituisce o riduce la competizione. [...] La legge *antitrust* non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque vi abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere» (Cass., Sez.un., 4 febbraio 2005, n. 2207).

La «illuminante premessa “inquadrativa” contenuta nell'art. 1 (“Le disposizioni della presente legge in attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, si applicano alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese[...]”)» pare delineare «la prospettiva privilegiata della “impresa” quale termine comunque principale del dinamismo del “mercato”», tendente «ad assicurare le condizioni per il più pieno e libero esprimersi della “concorrenza”, considerata – in un modello che faccia conto, comunque, dei principi del “liberismo” – come il fattore imprescindibile per l'esprimersi delle potenzialità e delle capacità del “mercato”. È in questa luce che si iscrivono – altresì – gli stessi divieti di cui all'art. 2, i quali assumono essi stessi la prospettiva privilegiata del modello della “impresa” e della concorrenza quali fattori – appunto – da preservare rispetto a tutta una serie di eventi perturbativi, quali le possibili intese ed i possibili accordi fra singole imprese, aventi la capacità di alterare il gioco delle condizioni per il formarsi della domanda e dell'offerta, e per il permanere o per l'ingresso delle singole imprese nel mercato» (Cass., Sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827).

La legge *antitrust* è di applicazione residuale rispetto alla competenza esclusiva delle istituzioni comunitarie in materia di restrizioni e distorsioni del meccanismo concorrenziale. L'art. 1 della legge in argomento stabilisce infatti che le disposizioni in essa contenute si applicano «alle intese, agli abusi di posizione dominante e alle concentrazioni di imprese che non ricadono nell'ambito di applicazione degli articoli 65 e 66 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, degli articoli 85 e 86 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE), dei regolamenti della CEE o di atti comunitari con efficacia normativa

equiparata» (art. 1, comma 1). La legge, all'art. 10, ha previsto anche l'istituzione di un'autorità garante per la tutela della concorrenza e del mercato, con ampi poteri di indagine, istruttori, sanzionatori e consultivi (artt. 12 ss. e 21 ss.). Qualora l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ritenga che una fattispecie sottoposta alla sua attenzione non rientri nella sfera applicativa della legge n. 287 del 1990, ne informa la Commissione europea, alla quale trasmette tutte le informazioni in suo possesso (art. 1, comma 2). Se per una fattispecie penda una procedura innanzi alla Commissione europea, l'Autorità sospende l'istruttoria, fatti salvi gli aspetti di rilevanza nazionale (art. 1, comma 3).

La legge antimonopolistica si applica agli accordi e alle intese restrittive della concorrenza (art. 2, comma 2), agli abusi di posizione dominante (art. 3, comma 1) ed alle concentrazioni (art. 6) atti ad impedire, restringere o falsare sensibilmente il libero gioco della concorrenza nel mercato nazionale od in una sua parte rilevante. «Oggetto della tutela» della legge antimonopolistica, infatti, è «la struttura concorrenziale del mercato di riferimento, la quale ragionevolmente non viene messa in discussione da un comportamento che, per quanto ontologicamente rispondente alla fattispecie di cui si tratta, per la sua dimensione, non incide significativamente sull'assetto che trova» (Cass., Sez.un., 4 febbraio 2005, n. 2207).

L'art. 2, comma 1, «chiарisce che "sono considerati intese" una serie di comportamenti, come gli accordi, le pratiche concordate ed addirittura le deliberazioni di consorzi ed associazioni di imprese» (Cass., Sez.un., 4 febbraio 2005, n. 2207). Al comma 2 della medesima disposizione si effettua un'elencazione esemplificativa di comportamenti anticompetitivi e, perciò, vietati, «da cui funzione è di sostituire all'esercizio individuale e perciò stesso libero del potere d'impresa, un potere esercitato collettivamente, estraneo alle forme societarie nelle quali si esercita l'impresa collettiva ed esente dai controlli che la legge in proposito prevede. Tali pratiche rafforzano la posizione dei loro autori riducendo l'efficacia della concorrenza da parte degli esclusi ed eliminando quella tra i partecipi» (Cass., Sez.un., 4 febbraio 2005, n. 2207).

Le intese vietate sono nulle (art. 2, comma 3), salve le deroghe previste all'art. 4, il quale ammette per un periodo limitato, previa autorizzazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, concessa dietro apposita richiesta, intese o categorie di intese vietate, qualora consentano miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato tali da comportare un

sostanziale beneficio per i consumatori, ovvero importino l'aumento della produzione o della qualità di essa, o favoriscano lo sviluppo tecnico e tecnologico. L'autorizzazione dell'Autorità non può comunque consentire restrizioni non strettamente necessarie al raggiungimento delle finalità predette, né che risulti eliminata la concorrenza da una parte sostanziale del mercato.

All'art. 3 è fatto divieto alle imprese di abusare della posizione dominante eventualmente raggiunta in un settore del mercato, a detrimento della concorrenza. La posizione dominante (della quale la legge non spiega il significato, né il contenuto) non è vietata: illecito ne è l'abuso, realizzato mediante comportamenti che consentono all'impresa di controllare le modalità di svolgimento della concorrenza, influenzando significativamente sulle stesse (P. Perlingieri, 2005). Il secondo comma della disposizione in argomento esplicita talune forme di abuso conclamato, a titolo esemplificativo: l'imposizione diretta o indiretta di prezzi di acquisto o di vendita, nonché di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose; limitazioni o impedimenti alla produzione, allo sbocco, all'accesso al mercato, allo sviluppo tecnico o al progresso tecnologico, in danno dei consumatori; applicazioni in diversi rapporti commerciali di condizioni oggettivamente differenti per prestazioni sostanzialmente equivalenti; subordinazione della conclusione dei contratti all'accettazione di prestazioni supplementari che non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi.

L'art. 5 della legge in esame definisce inoltre l'operazione di concentrazione. Essa si realizza quando due o più imprese procedono a fusione; quando uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa ovvero una o più imprese acquisiscono direttamente o indirettamente (con l'acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, ovvero con il contratto o qualsiasi altro mezzo) il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese; quando due o più imprese procedono alla costituzione di un'impresa comune, attraverso la costituzione di una nuova società. «Le operazioni aventi ad oggetto o effetto principale il coordinamento del comportamento di imprese indipendenti non danno luogo a concentrazione» (art. 5, comma 3). Le operazioni descritte sono vietate se comportano «la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza» (art. 6, comma 1). L'Autorità può anche autorizzare le concentrazioni, prescrivendo le misure necessarie ad evitare tali conseguenze (art. 6, comma 2) ed effettuando una valutazione dell'operazione che tenga

conto «delle possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori, della posizione sul mercato delle imprese interessate, del loro accesso alle fonti di approvvigionamento o agli sbocchi di mercato, della struttura dei mercati, della situazione competitiva dell'industria nazionale, delle barriere all'entrata sul mercato di imprese concorrenti, nonché dell'andamento della domanda e dell'offerta dei prodotti o servizi in questione» (art. 6, comma 1).

Le disposizioni sin qui considerate si applicano, ai sensi dell'art. 8, comma 1, della legge antimonopolistica, sia alle imprese private, sia alle imprese pubbliche o a prevalente partecipazione statale; non si applicano, invece, «alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale, ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati» (art. 8, comma 2).