

La disciplina della concorrenza e del mercato: parte generale

Data ultimo aggiornamento: febbraio 2020

Sommario:

- 1. Premessa. Le origini del diritto della concorrenza.*
- 2. Le ricette europee e la legge del 10 ottobre 1990, n. 287.*
- 3. Le intese restrittive della concorrenza.*
- 4. L'abuso di posizione dominante.*
- 5. Le concentrazioni.*

1. Premessa. Le origini del diritto della concorrenza.

La normativa antitrust è stata prevista con il fine di garantire un funzionamento del mercato che assicuri alla collettività il massimo benessere perseguibile. La normativa si prefissa quindi di vietare le condotte delle imprese che, dotate di potere di mercato, abusino della loro posizione dominante, o che cooperino tra loro creando cartelli con lo scopo di ostacolare e/o impedire un processo dinamico di rivalità tra le imprese. Le teorie economiche hanno individuato nel modello della concorrenza perfetta un punto di riferimento a cui il legislatore deve aspirare nel prevedere la relativa normativa. Nel campo del diritto della concorrenza, quindi, è necessaria una premessa con una serie di nozioni mutuata dalle teorie economiche che il giurista dovrà necessariamente considerare.

Tra queste, rientra il concetto di concorrenza perfetta, ossia un modello di mercato nel quale l'efficienza è massimizzata ed è caratterizzato da: numero infinito di compratori e venditori, tutti i prodotti sono identici, perfetta informazione sui prodotti da parte del consumatore, nessuna barriera all'ingresso; ciascun venditore non possiede alcun potere di mercato

(market power) tale da poter influenzare il prezzo del prodotto (o del servizio reso) e il prezzo del prodotto è determinato esclusivamente dall'incontro della domanda e dell'offerta (1).

Tuttavia, il modello di concorrenza perfetta è lontano dal riuscire a descrivere il modello di mercato reale. Infatti, maggiormente in settori strategici, la realtà mostra regimi di mercato che comprimono (o opprimono) la libera concorrenza. Inoltre, elementi quali, inter alia, la non omogenea distribuzione delle risorse naturali a livello territoriale, gli ingenti investimenti necessari per l'industria e la poca mobilità della forza lavoro non consentono l'accesso di nuovi operatori al mercato e anzi suggeriscono alle imprese di cooperare anche mediante concentrazioni. Nel caso del settore della produzione industriale di massa le aziende sono infatti poco numerose e la situazione di mercato è sempre più simile al modello oligopolistico ovvero un mercato dove sono presenti poche grandi imprese nel lato dell'offerta.

In realtà, non sempre il funzionamento concorrenziale del mercato costituisce lo strumento migliore e anzi le concentrazioni - quindi la riduzione numerica delle imprese operanti sul mercato - possono costituire un fattore di crescita e sviluppo. L'accrescimento delle dimensioni delle imprese può risultare essenziale per diminuire i costi ed evitare l'eccessiva produzione di prodotti non assorbiti dal mercato.

L'ordinamento italiano introduce la prima normativa sul diritto della concorrenza con la legge 10 ottobre 1990, n. 287 (la legge *antitrust*) sancendo quindi la scelta del legislatore italiano verso l'adozione di principi economici di libero mercato.

Tuttavia, il diritto *antitrust* ha origini molto risalenti nel tempo. Nell'antica Roma la Lex Iulia de Annona nel 18 a.C. puniva l'incetta di derrate alimentari per aumentare artificialmente i prezzi. A seguire, San Tommaso D'Aquino nel XIII Secolo, nell'ambito dei suoi studi sul baratto (studi sulla cupidità dell'abbondanza) affermava che *“usare la frode per vendere una cosa ad un prezzo più alto del giusto è sempre peccato o è ingiusto vendere una cosa per più di quello che vale”* delineando quindi un divieto nell'abuso di una posizione dominante.

Le prime legislazioni moderne a tutela della libera concorrenza risalgono invece alla fine del XX Secolo negli Stati Uniti d'America con l'introduzione dello Sherman Antitrust Act (1890) con il quale il legislatore statunitense reagisce ai problemi economici e sociali sollevati dal processo di ristrutturazione del sistema economico americano. In particolare, lo Sherman Act stabilisce: *“Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal”* e *“Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony”*. La norma vietava a livello federale in modo sistematico gli accordi, le pratiche e le combinazioni che comprimano il libero mercato e i tentativi di monopolizzare il mercato e prevedeva un importante sistema sanzionatorio civile e penale. Le lacune dello *Sherman Act* furono colmate da un intervento della Corte Federale (2) e dal *Clayton Antitrust Act* del 1914 con il quale furono vietate le operazioni di concentrazione tali da ridurre in modo significativo la libera concorrenza.

2. Le ricette europee e la legge del 10 ottobre 1990, n. 287.

Dopo la Seconda Guerra Mondiale, la reazione degli Stati europei ai comportamenti anticoncorrenziali delle imprese private e pubbliche è stata in direzione opposta rispetto che a quella statunitense. L'obiettivo che si prefiggevano le autorità politiche europee era quello di governare cartelli e consorzi industriali (e non di eliminarli) prevedendo una pianificazione delle aggregazioni industriali quali fattori essenziali di stabilizzazione dei cicli economici, condizionando quindi il potere economico alle decisioni politiche.

Con il Trattato istitutivo della Comunità Europea, è stato previsto che *“la Comunità ha il compito di promuovere nell'insieme della Comunità, mediante l'introduzione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni (...), uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, (...) un alto grado di competitività e convergenza dei risultati economici, (...)”*. L'obiettivo del Trattato era posto all'art. 3, lett. g), ai sensi del quale l'azione della Comunità doveva tendere a creare un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno.

La normativa *antitrust* europea odierna è fissata in poche norme generali quali gli artt. 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (il TFUE) (in tema di divieto delle intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante) e il Regolamento CE n. 139/2004 (in tema di controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese). A completamento della disciplina, deve essere compreso anche la norma in tema di aiuti di Stato posta dall'art. 107 del predetto Trattato (stabilendo l'incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune).

Con la legge 10 ottobre 1990, n. 287 (la legge *antitrust*) (alla quale si affianca l'emanazione di una legge finalizzata a rimuovere gli ostacoli normativi e amministrativi alla libera concorrenza, nonché allo sviluppo di questa) il legislatore italiano introduce una disciplina di portata generale sulla tutela della concorrenza e del libero mercato.

Il legislatore italiano sostanzialmente ripropone le norme comunitarie:

a) gli artt. 2 e 4 legge antitrust sono la traduzione in italiano dell'art. 101 TFUE in materia di intese restrittive della concorrenza;

b) l'art. 3 legge antitrust riprende l'art. 102 TFUE in materia di divieto di abuso di posizione dominante;

c) gli artt. 5, 6 e 7 legge antitrust prevedono le definizioni di controllo e concentrazione e il principio del divieto delle operazioni che comportano la costituzione di una posizione dominante, riproponendo la normativa del Regolamento CE n. 139/2004; e

d) l'art. 8 traspone l'art. 106 TFUE in tema di parità di trattamento tra impresa pubblica e privata.

L'autorità garante per la concorrenza ed il mercato (la c.d. AGCM) sarà tenuta nell'interpretazione della legge *antitrust* a seguire i principi dettati dalla Corte di Giustizia Europea. Tale scelta legislativa è probabilmente stata dettata dal fatto che l'ordinamento italiano non ha conosciuto una normativa *antitrust* fino all'introduzione della legge antitrust e pertanto, non poteva godere di principi giurisprudenziali affermati.

3. Le intese restrittive della concorrenza.

L'art. 101 TFUE e l'art. 2 legge *antitrust* dichiarano incompatibili con il mercato e vietate tutte le intese tra imprese che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno (ad esempio mediante accordi di fissazione dei prezzi o di spartizione geografica del mercato).

Per "impresa" la giurisprudenza europea ha evitato riferimenti di natura formale e ha affermato che *"nel contesto del diritto della concorrenza la qualifica di impresa si applica a qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento"* (Corte di Giustizia Europea, caso n. 41/90, Hoefner e Elser/Macrotron) e per "attività economica" la giurisprudenza europea ha inteso come *"un'offerta di beni e servizi che sia rivolta a un mercato"* (Corte di Giustizia Europea, caso n. 180-184/98, Pavlov).

Non rileva neppure la natura degli assetti proprietari, ovvero se l'impresa è controllata da un soggetto pubblico o privato.

Pertanto, anche gli enti statali e le imprese pubbliche che operano sul mercato offrendo i propri beni e/o servizi sono da ritenersi quali imprese per la disciplina antitrust. Infatti, *"il fine del soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, che è proprio degli organismi di diritto pubblico, non implica che il soggetto debba essere incaricato unicamente di soddisfare bisogni di tal tipo potendo, invece, esercitare anche altre attività di tipo privatistico"* (Consiglio di Stato, 12 febbraio 2007, n. 550, caso Cassa Depositi e Prestiti).

La fattispecie incriminata quindi prevede la presenza di imprese come precedentemente definite, ma soprattutto la presenza di un accordo (ovvero l'intesa). Esiste l'accordo tra imprese quando vi sia un consenso circa le linee di condotta attive od omissive da tenersi sul mercato. È sufficiente che le imprese abbiano manifestato la volontà congiunta di comportarsi in un modo che inevitabilmente limita la propria libertà d'azione sul mercato (Commissione, 29 novembre 1974, Intesa franco-giapponese per i cuscinetti a sfera).

Ogni contratto giuridicamente vincolante rientra nel concetto di intesa (comprendendo anche contratti preliminari e gli accordi quadro, nonché gli accordi di scambio di informazioni confidenziali). Qualsiasi tipologia di accordo può essere oggetto di verifica delle autorità antitrust in quanto non si esclude la *"illiceità antitrust di un'intesa, che assuma la forma di tale contratto (tipico o non), dovendo essere verificato in concreto il suo utilizzo a fini"*

anticoncorrenziali” (Consiglio di Stato, 8 febbraio 2007, n. 515, caso Conglomerati bituminosi). Rientrano negli accordi anche i contratti verbali, fino quindi ai c.d. *gentlemen agreements* (ovvero una semplice stretta di mano con cui gli amministratori di due società concorrenti si accordino su come comportarsi sul mercato).

Oltre che agli accordi, il legislatore fa rientrare le “pratiche concordate” nell’ambito di tale disciplina. Per pratica concordata si intende una casistica ampia e si tratta di forme di coordinamento dell’attività delle imprese che, senza tuttavia sottoscrivere alcun accordo, configurino una collaborazione a danno della concorrenza (Corte di Giustizia Europea, caso n. 8/08, T-Mobile Netherlands).

Presupposto essenziale perché possa essere imposto un qualsiasi divieto è che l’intesa debba avere come effetto ed oggetto l’impedimento o la restrizione della concorrenza e che tale impedimento o restrizione debba avere un impatto concorrenziale sensibile. Per tale valutazione, gli operatori *antitrust* ricorrono all’analisi economica che traduce in termini quantitativi e qualitativi il concetto di impatto concorrenziale sensibile.

Alla violazione del divieto ne consegue la nullità dell’intesa ad ogni effetto e di pieno diritto e una sanzione particolarmente sensibile ovvero una sanzione amministrativa calcolata sulla base di una percentuale del fatturato delle imprese interessate.

4. L’abuso di posizione dominante.

L’art. 3 legge antitrust e l’art. 102 TFUE vietano, rispettivamente, l’abuso e lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante e prevedono, come la normativa in tema di intese restrittive, una indicazione esemplificativa di comportamenti ritenuti ricadere nell’ambito del divieto.

La fattispecie prevede che l’impresa detenga una posizione qualificata come dominante su un determinato mercato e che il comportamento tenuto da essa dipenda da uno sfruttamento abusivo di tale posizione dominante.

In primo luogo, rileva l’individuazione del concetto di mercato rilevante rispetto al quale può dirsi sussistente una posizione dominante. Per l’individuazione di mercato rilevante si tiene conto dei connotati merceologici in virtù dei quali un prodotto risulta sostituibile da un altro. In secondo luogo, è necessario individuare le caratteristiche della situazione di dominio che rende applicabile la normativa in esame. La verifica è di natura economica e deve attestare se l’impresa sia in grado di ostacolare la concorrenza e di adottare comportamenti indipendenti verso gli altri operatori.

La verifica del presupposto della posizione dominante è condizione necessaria e sufficiente a qualificare come abusivi i comportamenti che altrimenti sarebbero considerati leciti o comunque tollerati dall’ordinamento. La giurisprudenza europea ha definito la posizione dominante come una “*posizione di potenza economica grazie alla quale l’impresa che la detiene è in grado di ostacolare la presenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione ed ha la*

possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti ed, in definitiva, dei consumatori” (Corte di Giustizia Europea, caso 27/76, United Brands).

Più di recente la Commissione europea, nel documento sugli abusi escludenti (Comunicazione 2009/C del 9 febbraio 2009) ha precisato che un'impresa è ritenuta in una posizione dominante quando ad esempio può aumentare i prezzi al di sopra del livello concorrenziale senza dover fronteggiare la risposta concorrenziale dei propri concorrenti. A livello sanzionatorio, sono previsti gli stessi poteri di quelli riconosciuti alle autorità antitrust in materia di intese restrittive.

5. Le concentrazioni.

Le concentrazioni tra imprese sono vietate ai sensi dell'art. 6 legge antitrust quando “comportino 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” ed in quanto “ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante” (art. 2 Regolamento CE n. 139/2004).

L'ordinamento europeo ed italiano prevede dei livelli quantitativi, aventi come base soglie di fatturato delle imprese coinvolte, al di là dei quali l'operazione di concentrazione assume rilievo, comportando di conseguenza l'obbligo in capo alle imprese interessate di comunicare preventivamente la concentrazione all'AGCM o alla Commissione europea (a seconda che la concentrazione sia di rilievo nazionale o europeo).

La “concentrazione” è definita nei modi più ampi dalla normativa antitrust e, oltre all'operazione di fusione, sono compresi gli acquisti di imprese o di quote / pacchetti azionari che garantiscano il controllo. Per la definizione di “controllo” l'art. 7 legge antitrust fa generico riferimento a “*diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono, da soli o congiuntamente, e tenuto conto delle circostanze di fatto e di diritto, la possibilità di esercitare un'influenza determinante sulle attività di un'impresa*”.

L'apparato sanzionatorio prevede sia l'applicazione di sanzioni pecuniarie, sia la previsione ai sensi dell'art. 18, 3° comma, legge antitrust, di “*misure necessarie a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva, eliminando gli effetti distorsivi*”, ovvero prevedendo la dissoluzione della concentrazione mediante la separazione delle imprese. Tuttavia, l'AGCM può operare deroghe alla normativa, ammettendo la concentrazione di imprese che comporterebbe il raggiungimento di una posizione dominante idonea a limitare la concorrenza, seppure tali deroghe debbano basarsi su criteri determinati preventivamente dal Governo ed individuati “*per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea*” (art. 25 legge antitrust).

(1) All'opposto della concorrenza perfetta risiede un sistema di mercato monopolistico, caratterizzato dalla presenza di un unico operatore (o venditore). Le cause della creazione di un monopolio possono essere molteplici: la presenza di barriere all'ingresso che non consentono a potenziali imprese concorrenti di fare il loro ingresso nel mercato, la presenza di un monopolio naturale (i.e. un'unica miniera di proprietà di una sola impresa) o un monopolio legale (la legge prevede che in un determinato mercato possa operare una sola impresa). L'effetto che comporta un sistema monopolistico, non regolato, è di rendere il prezzo as high as possible: di conseguenza il prezzo monopolistico è più alto del prezzo concorrenziale.

(2) Con il provvedimento "Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911)", la Corte Federale operò lo smembramento della holding in oltre trenta imprese distinte (da qui nacquero le grandi imprese del settore energetico quali Exxon, Mobil, Chevron, ...).
