

**ALMA MATER STUDIORUM  
UNIVERSITA' DI BOLOGNA**

**CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN LAW AND  
ECONOMICS  
XX CICLO**

**TESI DI DOTTORATO DI RICERCA**

**IL CRITERIO DI EFFICIENZA E  
L'ATTIVITA' DELLE AUTORITA'  
ANTITRUST**

**SETTORE DISCIPLINARE IUS/05**

**Candidato: Giulio Pedrini**

**Relatore: Chiar.mo Prof. Giulio Ghetti**

**Coordinatore: Chiar.mo Prof. Antonio Carullo**

**Anno accademico 2006-2007**

## INDICE

|   |        |
|---|--------|
| Introduzione e finalità del lavoro..... | Pag. 7 |
|---|--------|

### CAPITOLO 1

#### IL CRITERIO DI EFFICIENZA ECONOMICA

|  |         |
|--|---------|
| 1.1 Premessa.....  | Pag. 15 |
| 1.2 La visione della concorrenza e il criterio di efficienza nell'economia classica.....             | >> 16   |
| 1.3 L'efficienza allocativa (o pareto-efficienza).....   | >> 17   |
| 1.4 L'efficienza tecnica e la sua relazione con l'efficienza allocativa.....                         | >> 22   |
| 1.5 Il ruolo dei contratti e delle istituzioni per il raggiungimento dell'efficienza allocativa..... | >> 28   |
| 1.6 L'efficienza dinamica: la prospettiva dell'innovazione e della crescita del capitale umano.....  | >> 36   |
| 1.7 L'efficienza distributiva: La questione della redistribuzione della ricchezza.....               | >> 41   |
| 1.8 Le misurazioni quantitative dell'efficienza.....   | >> 43   |

### CAPITOLO 2

#### IL CRITERIO DI EFFICIENZA PUBBLICA E LE AUTORITÀ ANTITRUST.

|  |         |
|--|---------|
| 2.1 Questioni sottese alla definizione di efficienza pubblica.....   | Pag. 46 |
| 2.2 Portata della nozione di efficienza degli apparati pubblici.....   | >> 56   |
| 2.3 Il criterio di efficienza nell'ordinamento nazionale. L'art. 97 della Costituzione, il suo significato e il suo recepimento a livello legislativo..... | >> 59   |
| 2.4 I costi dell'intervento pubblico e lo sviluppo delle metodologie di valutazione ispirate al criterio di efficienza.....                                | >> 77   |
| 2.5 L'efficienza degli organismi preposti alla tutela della concorrenza. I requisiti di indipendenza, competenza e "enforceability".....                   | >> 84   |
| 2.6 Una possibile alternativa metodologica: il criterio di efficienza nella cultura cinese.....  | >> 91   |

**CAPITOLO 3**  
**LA NASCITA DELLA NORMATIVA ANTITRUST NEGLI STATI UNITI E**  
**L'EVOLUZIONE DEL RAPPORTO TRA EFFICIENZA E DIRITTO**  
**ANTITRUST. TEORIE A CONFRONTO**

|   |         |
|---|---------|
| 3.1 La concorrenza come istituto da tutelare.....   | Pag. 95 |
| 3.2 Il necessario riferimento all'esperienza statunitense.....  | >> 99   |
| 3.3 Le reazioni all'adozione dello <i>Sherman Act</i> e la prima fase applicativa....   | >> 103  |
| 3.4 La teoria strutturalista. Il concetto di <i>workable competition</i> e il<br>paradigma "Structure-Conduct.- Performance"..... | >> 106  |
| 3.5 La concorrenza come processo dinamico: la teoria evoluzionista e<br>la Scuola Austriaca.....                                  | >> 111  |
| 3.6 L'approccio europeo: la Scuola di Friburgo e gli Ordoliberali.....  | >> 112  |
| 3.7 Le nuove istanze di efficienza e l'ascesa della Scuola di Chicago.....  | >> 116  |
| 3.8 Le teorie "Post-Chicago". La ricerca di una maggiore aderenza<br>alla complessa realtà dei mercati.....                       | >> 122  |
| 3.9 Conclusioni. L'applicazione delle teorie del comportamento<br>irrazionale al diritto <i>antitrust</i> .....                   | >> 127  |

**CAPITOLO 4**  
**LA NORMATIVA COMUNITARIA VIGENTE A TUTELA DELLA**  
**CONCORRENZA E DEL MERCATO.**

|   |          |
|---|----------|
| 4.1 L'introduzione della disciplina <i>antitrust</i> in Europa.....   | Pag. 131 |
| 4.2 La politica della concorrenza della Comunità Economica Europea.....   | >> 133   |
| 4.3 La nascita dell'Unione Europea. L'evoluzione della politica della<br>concorrenza e la protezione del consumatore.....     | >> 138   |
| 4.4 Nozione di impresa ai fini dell'applicazione della disciplina della<br>concorrenza in ambito comunitario.....             | >> 142   |
| 4.5 L'articolo 81 del Trattato CE. Il divieto delle intese restrittive della<br>concorrenza e l'autorizzazione in deroga..... | >> 144   |
| 4.6 L' articolo 82 del Trattato CE. L'abuso di posizione dominante.....   | >> 156   |

|   |        |
|---|--------|
| 4.7 L'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato. Il Regolamento 1/2003<br>e le nuove <i>Guidelines</i> ..... | >> 162 |
| 4.8 Le operazioni di concentrazione come fattispecie a sé stante. I Regolamenti<br>4064/89 e 139/2004.....          | >> 172 |
| 4.9 Conclusioni.....  | >> 179 |

## **CAPITOLO 5**

### **LA LEGISLAZIONE ANTITRUST NAZIONALE DEI PRINCIPALI STATI MEMBRI. ANALOGIE E DIFFERENZE CON LA DISCIPLINA COMUNITARIA.**

|   |          |
|---|----------|
| 5.1 Introduzione.....   | Pag. 185 |
| 5.2 L'articolata disciplina <i>antitrust</i> del Regno Unito e il suo lento<br>adeguamento alla norma comunitaria.....                        | >> 186   |
| 5.3 La normativa <i>antitrust</i> in Francia: dal controllo dei prezzi alla tutela<br>del libero mercato.....                                 | >> 191   |
| 5.4 La tutela della concorrenza in Spagna: l'armonizzazione con il diritto<br>comunitario di un sistema basato sui controlli governativi..... | >> 194   |
| 5.5 Il <i>Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen</i> : la fonte unica della politica<br>della concorrenza tedesca.....                        | >> 197   |
| 5.6 La legge 287/90: il trapianto del diritto comunitario e il riferimento al<br>diritto di iniziativa economica.....                         | >> 200   |
| 5.7 Conclusioni.....  | >> 203   |

## **CAPITOLO 6**

### **L'EFFICIENZA DEI PRINCIPALI ORGANI DEMANDATI AD APPLICARE LA NORMATIVA ANTITRUST NELLA COMUNITA' EUROPEA**

|  |          |
|--|----------|
| 6.1 Introduzione.....  | Pag. 207 |
| 6.2 La Commissione Europea.....  | >> 209   |
| 6.3 L' <i>Office of Fair Trading</i> e le linee evolutive dell'attività <i>antitrust</i><br>nel Regno Unito..... | >> 215   |
| 6.4 Il sistema di tutela della concorrenza spagnolo.....   | >> 220   |
| 6.5 Il <i>Conseil de la Concurrence</i> . Il trapianto del modello liberale nel                                  |          |

|  |        |
|--|--------|
| “paradiso” della regolazione.....  | >> 224 |
| 6.6 Il <i>Bundeskartellamt</i> . Un’ autorità autorevole, ma poco flessibile.....  | >> 229 |
| 6.7 L’ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l’ incertezza<br>causata dal processo di riforma appena avviato..... | >> 232 |
| 6.8 Conclusioni.....   | >> 238 |

## **CAPITOLO 7**

### **L’ APPLICAZIONE DEL CRITERIO DI EFFICIENZA ECONOMICA ALLE FATTISPECIE RILEVANTI AI FINI ANTITRUST**

|   |          |
|---|----------|
| 7.1 Introduzione. Le possibili modalità di applicazione del criterio di<br>efficienza economica.....                                      | Pag. 242 |
| 7.2 Efficienza e intese tra imprese.....  | >> 245   |
| 7.3 Efficienza e abusi di posizione dominante: il criterio<br>dell’ <i>as equal efficient firm</i> .....                                  | >> 261   |
| 7.4 Le valutazioni di efficienza nelle operazioni di concentrazione.....  | >> 283   |
| 7.5 Conclusioni. Il lento accoglimento della valutazione di efficienza<br>nell’ attuazione del diritto comunitario della concorrenza..... | >> 295   |

## **CAPITOLO 8**

### **L’ APPLICAZIONE DEL CRITERIO DI EFFICIENZA ECONOMICA AL SETTORE DEI TRASPORTI**

|  |          |
|--|----------|
| 8.1 Introduzione.....  | Pag. 300 |
| 8.2 La politica europea dei trasporti tra concorrenza e regolazione.....   | >> 301   |
| 8.3. Le questioni di efficienza individuabili nell’ applicazione della<br>normativa <i>antitrust</i> al settore dei trasporti..... | >> 313   |
| 8.4 Le infrastrutture di trasporto e l’ <i>essential facility doctrine</i> .....   | >> 318   |
| 8.5 L’ applicazione della normativa <i>antitrust</i> al settore dei trasporti.....   | >> 322   |
| 8.6 Conclusioni.....   | >> 339   |

**CAPITOLO 9**  
**CONCLUSIONI. GLI SPAZI PER UN MAGGIOR UTILIZZO DEL**  
**CRITERIO DI EFFICIENZA NELL'ATTIVITA' DELLE AUTORITA'**  
**ANTITRUST**

9.1 Valutazione degli aspetti rilevanti ai fini di un pieno utilizzo del criterio  
di efficienza nell'attuazione delle norme *antitrust*..... Pag. 343

9.2 La concorrenza e l'efficienza economica nel settore dei trasporti quali  
fattori critici per lo sviluppo economico..... >> 348

9.3 La rilevanza della questione dell'efficienza dell'intervento *antitrust* alla luce  
dei mutamenti economici e istituzionali indotti dalla globalizzazione..... >> 350

**Bibliografia..... Pag. 356**

## INTRODUZIONE E FINALITA' DEL LAVORO

La concorrenza rappresenta ormai un istituto giuridico unanimemente riconosciuto come uno degli strumenti necessari per garantire il funzionamento del mercato secondo principi ispirati alla libera iniziativa, alla crescita e allo sviluppo economico. Né la mano invisibile del mercato, né l'intervento diretto dello Stato, infatti, hanno dimostrato di essere in grado di adempiere a tale funzione soddisfacentemente: nel primo caso, in assenza di vincoli posti dalla legge, i privati tendono, ove possibile, a porre in essere operazioni distorsive della concorrenza, finalizzate a creare situazioni di potere di mercato che li possano favorire; nel secondo caso è lo Stato che, attraverso il proprio intervento, spiazzata l'iniziativa privata, persegue fini eterogenei e pone in essere i presupposti per un insanabile conflitto, ovvero una pernicioso commistione, di interessi tra politica, funzione amministrativa, operatori economici pubblici e privati .

In Europa e negli Stati Uniti, nonché in un crescente numero di altri Paesi (inclusa dal 2007 anche la Cina) queste convinzioni rendono le normative *antitrust* ormai parte dei principi dell'ordinamento giuridico. Ciò benchè i principi fondamentali di queste normative siano le stesse di oltre un secolo fa quando la disciplina fu introdotta per la prima volta negli Stati Uniti, paese in cui il modello dello Stato regolatore prende piede fin dal diciannovesimo secolo.

Eppure nel frattempo molto è cambiato: alla "immutabilità" dei principi fondamentali delle principali discipline *antitrust* corrisponde, infatti, un contesto economico, giuridico-istituzionale e sociale profondamente diverso, così come si sono evolute le teorie economiche in materia di concorrenza e i principi giuridici di riferimento degli ordinamenti.

Dettati normativi simili sono stati quindi applicati in contesti assai diversi, dando prova di grande flessibilità e adattabilità. Le autorità *antitrust* hanno avuto così la possibilità di adeguarsi alla realtà economica, alle nuove teorie, ai cambiamenti giuridici e istituzionali, eminentemente attraverso la modifica, la sostituzione e l'interpretazione dei criteri di giudizio da utilizzare nelle decisioni applicate alle fattispecie concrete e prescindendo da modifiche della norma.

Si è passati così dall'unica finalità della tutela della libera iniziativa economica, a quella della tutela del consumatore, dal perseguimento di obiettivi di politica industriale a quelli di creazione di un unico mercato, nel caso dell'Europa, fino alla sempre maggiore attenzione verso obiettivi di innovazione, progresso ed efficienza del sistema economico.

Ha acquistato, conseguentemente, particolare rilevanza l'attuazione della norma, che diventa parte integrante del diritto stesso: partendo dall'osservazione delle decisioni e dei casi concreti è infatti possibile individuare le linee di tendenza del cosiddetto "diritto vivente", individuando gli orientamenti interpretativi seguiti dalle autorità *antitrust*, nonché la loro genesi, sulla scorta della teoria economica sottesa a tali interpretazioni.

L'opera di inquadramento degli orientamenti interpretativi delle autorità *antitrust* permette, a sua volta, di individuare dei veri e propri criteri di valutazione utilizzati dalle autorità medesime per stabilire se una determinata condotta, o, nel caso, un'operazione di concentrazione, sia lesiva della concorrenza e debba quindi essere perseguita ai sensi della norma *antitrust* o meno. Criteri, questi sì, che evolvono nel tempo e la cui rilevanza cambia da un ordinamento all'altro in funzione degli obiettivi che la politica della concorrenza si pone.

Come già accaduto in passato, emerge, in questi anni di grandi trasformazioni, l'esigenza di verificare ed eventualmente ridefinire, in termini di validità, i criteri attualmente utilizzati dalle autorità *antitrust* nelle loro decisioni. Si fa riferimento in particolare all'internazionalizzazione e la globalizzazione dei mercati, cui si è assistito negli ultimi anni, con la relativa costante riduzione delle barriere al commercio internazionale e la conseguente espansione dei mercati di sbocco, unita alla crescente velocità dello sviluppo tecnologico.

Ciò ha determinato l'ampliamento delle problematiche poste dalla concreta attuazione del diritto della concorrenza: la conseguente nascita di una domanda globale cui fare fronte e i ritmi tumultuosi dell'innovazione tecnologica di processo e di prodotto hanno infatti creato le premesse di un'azione imprenditoriale su scala più ampia rispetto al passato, e contestualmente modificato le priorità dell'intervento a tutela della concorrenza.

In questo quadro di riferimento lo scrivente ha focalizzato la propria attenzione sulla conseguente necessità di garantire un'efficace applicazione della normativa antitrust, non solo non più limitata al microcosmo dei mercati nazionali, ma neanche al più ampio ambito comunitario. L'evidente interdipendenza tra sviluppo economico, evoluzione tecnologica e struttura istituzionale impone, infatti, alle autorità competenti di acquisire la piena consapevolezza di un contesto ormai caratterizzato dai seguenti aspetti: crescente vastità dei mercati geografici di riferimento; larga scala; perdita del concetto di nazionalità applicabile alle imprese; maggiore difficoltà di perseguire con successo una politica industriale attraverso l'attività *antitrust*, come accaduto in passato.

Da tale esigenza nasce l'intenzione di valutare in un'ottica di efficienza l'evoluzione dei canoni di applicazione della disciplina antitrust, nonché degli organi preposti a tale compito, al fine di stabilire se l'attività di mantenimento e ripristino delle condizioni di base in cui la concorrenza, reale e potenziale, possa operare al riparo degli attacchi provenienti dal potere privato, finalizzati alla ricerca di rendite monopolistiche, e dal potere pubblico, che spesso si pone a difesa dei poteri costituiti, confondendo i loro interessi con quelli della collettività.

Il criterio di efficienza, d'altra parte, costituisce nell'attuale contesto internazionale un vincolo sostanziale cui le autorità devono sottoporsi, pena il rischio, a medio-lungo termine, di declino del sistema economico in cui operano. Il citato allargamento dei mercati avvenuto a seguito della globalizzazione ha portato ormai ad una situazione in cui il presupposto delle condizioni di concorrenza è la capacità di competere, basata in primo luogo sull'efficienza, elemento chiave del successo di un'impresa, e più in generale di un sistema e di un modello economico e istituzionale.

Per questo motivo l'attuazione del diritto della concorrenza deve accogliere definitivamente, tra i suoi costanti principi ispiratori, quello di promuovere la competizione reale e dinamica tra le imprese e ciò deve avvenire recependo l'evoluzione del pensiero economico, nonché i fenomeni economici reali, portando ad una concezione del diritto della concorrenza basata più sugli aspetti sostanziali che formali e in linea con tale impostazione legata a criteri di valutazione di tipo economico, pur nel rispetto della legge e dei vincoli in termini di obiettivi che essa

impone. A ciò si unisce la necessità di costituire ed approntare apparati idonei a svolgere la funzione istituzionale ad essi affidata dal legislatore, ossia giuridicamente efficienti; ciò affinché essi possano agire con prontezza e celerità laddove necessario e affinché siano in grado di utilizzare a pieno gli strumenti di valutazione messi loro a disposizione dalla teoria economica, primo tra tutti il criterio di efficienza.

Stanti queste premesse si è ritenuto utile procedere ad un esame dei criteri attualmente utilizzati nell'intervento *antitrust* sia nell'apprestamento degli organi competenti ad attuare la disciplina posta a tutela della concorrenza sia nell'applicazione della stessa, coscienti che l'impiego dell'efficienza come parametro sul quale basarsi per l'applicazione del diritto a tutela della concorrenza ha acquisito, nel corso degli ultimi anni, una connotazione e un peso sempre più forti, trovando fondamento non solo nella teoria economica consolidata, ma anche nella giurisprudenza statunitense e comunitaria. Si tratta inoltre di valutare, una volta rinvenuta l'efficienza quale canone di giudizio, quali, tra le varie definizioni di efficienza sviluppate dalla teoria economica, hanno maggiore peso nella determinazione delle decisioni finali e quali altri principi giuridici, anche costituzionali, rivestono un ruolo rilevante.

Per quanto concerne l'ambito di riferimento dell'analisi, si è ritenuto di esaminare quanto sta accadendo sulla scena europea sia per l'attualità della riforma in atto avente ad oggetto le modalità e i criteri di applicazione della disciplina, sia per il ritardo con cui le autorità europee stanno rendendosi effettivamente neutre ed indipendenti dai rispettivi Governi, nonché, sia per la parsimonia con cui il criterio di efficienza economica viene utilizzato da tali autorità rispetto a quanto avvenuto negli Stati Uniti.

In Europa, come noto, la disciplina della concorrenza si caratterizza, per il fatto di essere una legislazione che enuncia principi molto generali; inoltre nascendo in un Paese di *common law*, quali gli Stati Uniti, l'applicazione della norma diventa parte integrante del diritto stesso. L'ordinamento comunitario in questo senso si è parzialmente adeguato, se si pensa che le sentenze della Corte di Giustizia costituiscono spesso dei corollari fondamentali delle disposizioni del Trattato e dei Regolamenti. Partendo dall'osservazione delle decisioni e dei casi concreti è pertanto possibile individuare le linee di tendenza del cosiddetto "diritto vivente", costituente

un momento cruciale della politica della concorrenza di un Paese o di un organismo sovranazionale, quale la comunità europea. In questo senso, gli attuali orientamenti interpretativi della disciplina e la sua concreta applicazione costituiscono quindi argomento di primaria rilevanza.

In questo contesto si collocano le importanti evoluzioni normative concernenti le modalità di applicazione della normativa comunitaria in materia di tutela della concorrenza, in particolare a livello europeo.

In primo luogo l'adozione del Reg. CE 1/2003 (entrato in vigore il 1° maggio 2004, contestualmente all'ingresso nell'Unione di 10 nuovi Stati membri, prevalentemente Paesi dell'Europa orientale), che ha profondamente innovato la procedura di applicazione della normativa comunitaria *antitrust*. Due, in particolare, sono le novità intervenute: l'applicazione della disciplina alle intese non può più avvenire *ex ante* ma solo *ex post* rispetto al verificarsi delle intese stesse; in secondo luogo, e questo è l'aspetto più rilevante ai fini del presente lavoro, l'applicazione del diritto comunitario della concorrenza viene decentrato: l' 81 comma 3 del Trattato CE, la norma che consente di esentare un'intesa dal divieto sancito dal primo comma dello stesso articolo, di riferimento per l'applicazione del diritto della concorrenza alle imprese non è più riservata alla Commissione, divenendo decentrata a livello nazionale, riservando al livello comunitario il trattamento dei casi più rilevanti e il coordinamento delle autorità nazionali. Inoltre ai sensi dell'art. 3 del Suddetto regolamento le autorità nazionali devono (e non più semplicemente possono) applicare direttamente gli articoli 81 e 82 del Trattato, secondo le norme di procedura contenute nei rispettivi ordinamenti.

Altra riforma normativa intervenuta recentemente è quella relativa alle operazioni di concentrazione: il Regolamento 139/2004 ha infatti sostituito il precedente Regolamento 4064/89, modificando la disciplina da applicare a tali operazioni; contestualmente le nuove Linee guida, emanate dalla Commissione in parallelo al Regolamento, hanno modificato i canoni di valutazione che devono essere seguiti per autorizzare o meno tali operazioni. Il Regolamento 139/2004 ripropone la tendenza al decentramento e al coordinamento tra le autorità: in base alla nuova disciplina, infatti, la valutazione delle operazioni di concentrazione sono di competenza delle autorità nazionali a meno che non superino una certa

dimensione; inoltre le autorità stesse si coordinano per attribuire la competenza dei casi agli organi meglio posizionati per analizzarli.

La nuova disciplina procedurale pone alcune questioni che investono direttamente il tema dei criteri di valutazione utilizzati dalle autorità competenti. Tra queste vi è innanzitutto quella dell'armonizzazione dei canoni di valutazione delle autorità nazionali, in quanto l'applicazione decentrata della disciplina non deve implicare difformità dei criteri di giudizio, ma non solo: anche l'applicazione delle legislazioni nazionali deve ispirarsi ad alcuni criteri di valutazione comuni poiché, nell'attuare le disposizioni statali, le autorità applicano contestualmente anche gli artt. 81 e 82 del Trattato dell'Unione (art. 3 del Regolamento 1/2003). In aggiunta, l'esigenza di coordinamento a livello comunitario impone, anche ad ordinamenti che spesso hanno trascurato questi aspetti, che la struttura delle autorità risponda a criteri di efficienza pubblica: con la nuova normativa le autorità nazionali possono essere chiamate dalla Commissione a fornire i propri pareri su intese e concentrazioni alla Commissione, e può verificarsi la situazione in cui più autorità si trovino a dover coordinarsi ed intervenire sul medesimo caso (in ogni modo non più di tre); conseguentemente, la loro idoneità ad adempiere efficacemente le proprie funzioni acquista rilevanza per il buon andamento dell'intero sistema antitrust comunitario.

Questo contesto teorico e normativo fornisce l'ambito nel quale operano le autorità competenti a garantire e a vigilare sul funzionamento del mercato e a tutelare la libera concorrenza. Esse sono ovviamente soggette a stimoli diversi di diversa provenienza e i casi non sono mai come la teoria li descrive; si tratta, pertanto, di valutare in che misura e con quali limiti le loro decisioni si ispirano al criterio di efficienza e, in caso negativo, quali sono le altre motivazioni.

Allo stesso modo si pone la questione dell'incisività e della capacità di intervento delle *authorities* nazionali, relativamente di piccole dimensioni, almeno rispetto alle dimensioni europee o statunitensi che siamo abituati a prendere come modello di riferimento, che si trovano spesso a fare i conti con operatori transnazionali e con la loro scarsa rilevanza negli ordinamenti nazionali. Soprattutto nel panorama nostrano, dove le autorità indipendenti sono spesso "catturate" dai soggetti regolati ovvero operano in modo tardivo o parziale.

Una volta definito il contesto istituzionale di riferimento e la sua idoneità a svolgere la funzione affidatagli dall'ordinamento comunitario, nonché da quelli nazionali, si procederà quindi all'analisi delle decisioni adottate da alcune delle principali autorità nazionali europee competenti ad applicare la disciplina della concorrenza dal punto di vista dell'efficienza. Il procedimento adottato per condurre la suddetta analisi si articola in più fasi: nella prima saranno suddivise le varie fattispecie individuate dalla disciplina normativa in base a un criterio economico sostanziale; successivamente si fornirà un inquadramento teorico della fattispecie individuata sotto il profilo dei suoi possibili effetti in termini di efficienza, effetti che spesso sono potenzialmente contrastanti e per questo la loro valutazione impone il ricorso alla *rule of reason*; infine si darà conto dell'evoluzione dell'orientamento delle autorità comunitarie in materia attraverso le decisioni principali da loro adottate in materie, integrandole con alcuni casi esaminati dalle autorità nazionali degli Stati membri.

Al fine di focalizzare la propria analisi ad un ambito più ristretto che consenta di giungere ad una valutazione più esaustiva, tenendo conto della specificità dei diversi settori in cui si articola l'attività economica, si è infine proceduto ad analizzare le decisioni dell'autorità antitrust relative ad uno specifico settore.

La scelta è caduta sul settore dei trasporti in quanto esso presenta alcune problematiche che intrecciano l'esigenza di efficienza con la tutela della concorrenza, nonché per la sua importanza ai fini dello sviluppo economico. Tanto più alla luce del fenomeno della crescente apertura dei mercati che ha enfatizzato la triplice funzione dei trasporti di merci, di livellamento nello spazio dei prezzi di produzione, di redistribuzione nello spazio dell'impiego dei fattori della produzione, e soprattutto di sollecitazione al miglioramento delle tecnologie utilizzate nella produzione stessa in quanto contribuiscono alla divisione territoriale del lavoro e alla specializzazione produttiva. A loro volta, d'altra parte, i miglioramenti tecnici e organizzativi intervenuti nel settore negli ultimi trenta anni hanno reso possibile il fenomeno della globalizzazione nella misura in cui lo conosciamo. Così come le riduzioni di costo e di tempo conseguite nel trasporto di persone hanno consentito massicci spostamenti di lavoratori e più in generale di capitale umano da una parte all'altra del globo, e favorito altresì la spettacolare crescita del settore turistico.

L'opera si chiuderà con l'individuazione delle evidenze e degli elementi emersi dalla trattazione considerati dallo scrivente maggiormente rilevanti nell'ambito dell'attuale dibattito di economia positiva circa le principali problematiche che affiggono l'intervento *antitrust* con particolare riferimento al suo rispetto del criterio di efficienza. Saranno altresì proposte alcune soluzioni a quelle che sono, a parere dello scrivente, le principali carenze dell'attuale configurazione dell'intervento *antitrust* a livello europeo, sempre in una prospettiva di efficienza sia delle autorità competenti sia dei mercati in cui le autorità stesse cercano di mantenere o ripristinare condizioni di concorrenza effettiva.

Tutta l'analisi, infine, sarà condotta in un'ottica di *law and economics*, che, come noto, focalizza la propria attenzione sugli effetti che le strutture giuridiche producono sui comportamenti economici e secondariamente viceversa, utilizzando, nella valutazione degli atti giuridici rilevanti, i criteri elaborati dalla teoria economica, per quanto possibile.

#### **NOTA**

Si precisa che il presente scritto è stato terminato nel mese di dicembre del 2007 e pertanto è da considerarsi aggiornato a tale data.

# CAPITOLO 1

## IL CRITERIO DI EFFICIENZA ECONOMICA

### 1.1 Premessa.

E' necessario innanzitutto definire il principio di efficienza in quanto esso rappresenta il canone di valutazione dell'indagine. Un canone che costituisce, almeno teoricamente, il principio ispiratore di tutta l'attività pubblica finalizzata alla promozione e la tutela la concorrenza, ma il cui contenuto spesso cambia a seconda dell'autorità antitrust presa in esame. Esistono tuttavia diverse accezioni del principio di efficienza di cui è necessario dare conto poichè le varie autorità assumono spesso un contenuto diverso del criterio a seconda del contesto storico, delle teorie prese a riferimento e degli obiettivi perseguiti attraverso le politiche pubbliche. Il momento definitorio, conseguentemente, richiede un inquadramento complessivo della tematica, al fine di fornire tutte le nozioni rilevanti cui le autorità antitrust si ispirano nello svolgimento della loro attività istituzionale.

Partendo dall'aspetto semantico, con il termine "efficienza" si intende generalmente la capacità di un sistema di perseguire gli obiettivi prefissati con le risorse a sua disposizione e nelle condizioni date. Ispirarsi a un principio di efficienza significa pertanto orientare le proprie scelte, in modo da massimizzare tale capacità<sup>1</sup>.

Si tratta evidentemente di un termine che trova ampio utilizzo in molteplici aspetti della vita sociale, tuttavia l'ambito di operatività del concetto di efficienza è in prima istanza tecnico: un sistema (un macchinario, un veicolo, ecc.) saranno più efficienti di un altro se, a parità di utilizzo di fattori (inputs), ottengono un maggiore rendimento in termini di output.

Da questo concetto di partenza, e in parte modificandolo, la teoria microeconomica ha sviluppato più definizioni ognuna delle quali si concentra su certi aspetti del funzionamento del mercato e dei comportamenti degli operatori che in esso si muovono. L'efficienza non si limita, infatti, ad identificare la produttività, concetto a cui spesso è accostata dal senso comune, in quanto, mentre quest'ultimo esprime semplicemente il rendimento dei fattori produttivi, l'efficienza,

---

<sup>1</sup> J. Black, Voce "*efficiency*", in *A Dictionary of Economics*, Oxford University Press, 2002.

esprime un'attitudine di un sistema, costituendo, conseguentemente, una nozione più ampia e pluricomprendiva, suscettibile di essere utilizzata in diverse accezioni, di cui si fornirà, di seguito, una sintetica panoramica.

## **1.2 La visione della concorrenza e il criterio di efficienza nell'economia classica.**

La teoria economica classica, elaborata da Smith e Ricardo, ha notoriamente una visione ottimistica del mercato, che, grazie alla “mano invisibile” smithiana, genera il maggior benessere possibile in tutti i soggetti coinvolti, pur partendo da motivazioni egoistiche dei partecipanti al mercato stesso. La libera concorrenza rappresenta il meccanismo che permette al mercato di produrre questi benefici: da un lato, attraverso il processo di scambio, esso favorisce la divisione e la specializzazione del lavoro e il suo orientamento verso il soddisfacimento dei bisogni dei singoli; dall'altro attraverso l'incentivo del profitto, trasferisce le risorse produttive dai settori dove il loro rendimento è più basso, a quelli dove esso è più elevato. La minimizzazione dei costi ottenuta attraverso la specializzazione del lavoro e l'allocazione ottima delle risorse tra i vari settori, consente ai compratori di pagare prezzi uguali ai costi minimi di produzione a seguito del processo di scambio. La ricerca del profitto stimola altresì le qualità imprenditoriali e di conseguenza l'innovazione di processo e di prodotto, primo motore dello sviluppo economico della società.

Si tratta, come noto, di una visione del mercato idealista, che delega il benessere della società alla “mano invisibile”, e non prevede alcuno spazio per l'intervento pubblico, visto principalmente in un'ottica negativa, in quanto generatore di regolamenti corporativi e di privilegi.

Benchè non sia formalmente individuato, il criterio di efficienza cui l'economia classica fa riferimento è sicuramente di tipo allocativo, così come quello che sarà in seguito rigorosamente definito dalla teoria neoclassica. A differenza della successiva teoria neoclassica, tuttavia, l'economia smithiana opera in un contesto dinamico e non statico. La libera entrata e uscita delle imprese è alla base del processo concorrenziale che modifica le condizioni di mercato nel tempo. La funzione del mercato è pertanto analizzata in una prospettiva di sviluppo economico, che viene favorito dall'innovazione che le motivazioni individualistiche riescono a stimolare.

Una forma di efficienza, così delineata, è raggiungibile solo in un contesto dove sussiste la libera concorrenza, condizione di mercato ritenuta la situazione ideale per lo sviluppo e il progresso economico della società, in particolare per le caratteristiche di libera entrata e uscita delle imprese sul e dal mercato e di assenza di interazione strategica tra quelle già operanti sul mercato stesso<sup>2</sup>.

### **1.3 L'efficienza allocativa (o pareto-efficienza).**

Il concetto di efficienza tradizionalmente adottato in ambito economico è quello elaborato dalla scuola economica neoclassica, qualificabile come efficienza allocativa. L'allocazione delle risorse nel sistema economico è stata, infatti, tradizionalmente oggetto di particolare attenzione e studio da parte della teoria economica, sin dai suoi primi sviluppi: per essere efficiente l'allocazione delle risorse deve permettere la massima soddisfazione dei bisogni umani attraverso la produzione di beni e servizi; questi sono prodotti e scambiati nei limiti della scarsità delle risorse e della tecnologia esistente che costituiscono dati esogeni. Una tale ripartizione delle risorse, sia a livello di singola impresa che di mercati, viene considerata ottima o, appunto, efficiente, e costituisce l'obiettivo di benessere da raggiungere per la società<sup>3</sup>.

Questo concetto di efficienza e la sua qualificazione derivano dalla definizione di Pareto-efficienza e di equilibrio paretiano, pietra angolare della teoria neoclassica, cui si aggiunge il corollario elaborato da Kaldor e da Hicks (c.d. criterio di Kaldor-Hicks). Come noto in base alla definizione fornita da Pareto un mercato si trova in una situazione di massima efficienza se si trova in uno stato di equilibrio, nel rispetto dei vincoli in termini di risorse e di tecnologia, e ogni spostamento da tale situazione comporterebbe un peggioramento in termini di benessere per almeno uno dei soggetti operanti sul mercato stesso, non rilevando l'entità del peggioramento. Integrata con il corollario di Kaldor-Hicks<sup>4</sup> ammette la possibilità di effettuare

---

<sup>2</sup> Adam Smith considerava infatti deleterio per l'efficienza ogni cartello tra imprese volto alla fissazione di un prezzo comune (A. Smith, *An inquiry into the nature e causes of wealth of nations*, 1776).

<sup>3</sup> S. Reiter, voce *Efficient allocation*, in J. Eatwell, M. Milgate and P. Newman (a cura di), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, London, vol. II, p. 107 ss.

<sup>4</sup> J. R. Hicks, *The foundations of welfare economics*, in *Economic Journal*, 49, 1939, p. 696 ss; N. Kaldor, *Welfare proposition in economics and interpersonal comparison of utility*, in *Economic Journal*, 49, 1939 p. 549 ss. Il termine Kaldor-Hicks fu usato per la prima volta nella critica portata da

trasferimenti compensativi, ciò implicando che fintanto che i soggetti interessati possono offrire una compensazione a coloro che subiscono un peggioramento, pur conservando un guadagno, esiste un margine di miglioramento<sup>5</sup>. Conseguentemente, a differenza che nella definizione paretiana, in tale ipotesi non ci si trova in una situazione di efficienza, che invece sarà raggiunta nel momento in cui il trasferimento compensativo diventi maggiore del vantaggio conseguito (Va peraltro rilevato che non sempre tuttavia i trasferimenti compensativi sono realizzabili a costi sostenibili).

Il mezzo per raggiungere la condizione di efficienza è lo scambio, dove il mercato è il luogo ideale in cui tale scambio viene effettuato. Il momento produttivo non è rilevante in quanto esso è considerato efficiente come dato di partenza, stanti i vincoli in termini di risorse e tecnologia. Da qui il termine di efficienza allocativa (o degli scambi), ossia l'altra denominazione utilizzata per definire l'efficienza paretiana.

Il concetto di efficienza paretiana per essere soddisfatto impone che il mercato operi in condizioni di concorrenza perfetta, brevemente riassumibili come segue<sup>6</sup>:

1. atomismo: nessun impresa o consumatore può influenzare con il suo comportamento il prezzo o la quantità del bene presente sul mercato; di conseguenza tutti gli operatori assumono il prezzo di mercato come un dato; ne consegue la simmetria dei rapporti tra agenti economici (concetto di pareto-concorrenza)
2. razionalità: gli individui sono in grado di analizzare le informazioni a loro disposizione e possono processarle in modo da effettuare scelte

---

Arrow nel 1951 (K. Arrow, *Little's critique of welfare economics*, in *American Economic Review*, 1951, 41, p. 923 ss).

<sup>5</sup> Per rendere confrontabili le differenti posizioni in cui i soggetti si trovano in termini di benessere, Hicks propose due test: il primo c.d. delle "variazioni compensative", basato sulla situazione al momento di partenza; il secondo c.d. delle "variazioni equivalenti", che assume invece il livello di benessere finale come lo status quo (J. R. Hicks, *The four consumer surpluses*, in *Review of economic studies*, 1943, 11, p. 31 ss.). Le critiche al criterio di Kaldor-Hicks sono state numerose e di vario tipo. In particolare sulla difficoltà di misurare il livello di benessere di un soggetto e compararlo con quello di un altro senza esprimere giudizi di valore, inevitabilmente soggettivi, si veda la ricostruzione effettuata da R. Zerbo, *Economic efficiency in law and economics*, Cheltenham, 2001, p. 8-11, a seguito della quale l'A. propone l'utilizzo del criterio di Kaldor-Hicks che non tenga conto dell'utilità, in quanto non misurabile, e che al contrario consideri i costi di transazione.

<sup>6</sup> A. Marshall, *Principles of economics*, London, 1920.

massimizzanti in termini di utilità. La razionalità richiede, oltre ad una conoscenza completa, una previsione delle conseguenze che discenderanno da ciascuna scelta;

3. prodotti omogenei: tutte le imprese offrono il medesimo prodotto;
4. ordinabilità delle preferenze (anche se non misurabili in termini di intensità): gli operatori comparano le possibili combinazioni di mercato stabilendo un ordine gerarchico di preferenze;
5. la frontiera di efficienza assunta come data: tutte le imprese utilizzano la tecnica più efficiente tra quelle disponibili<sup>7</sup>;
6. assenza di barriere all'entrata e all'uscita con l'effetto che le risorse si spostano rapidamente da un settore all'altro;
7. assenza di esternalità: l'azione di un soggetto economico non determina dei benefici o dei costi per altri soggetti senza che egli ne riceva un compenso o ne sopporti il costo. Tutti gli effetti economici sono recepiti dal prezzo di mercato;
8. perfetta simmetria informativa: gli operatori presenti sul mercato dispongono di tutte le informazioni necessarie per poter effettuare la scelta ottima in relazione ai loro obiettivi (massimizzazione del profitto ovvero dell'utilità) ovvero le possono ottenere a costi trascurabili.

Se tali ipotesi sono soddisfatte, il mercato genererà una configurazione della produzione e dei consumi ottimale caratterizzata dalla coincidenza tra preferenze e costi di produzione (saggio marginale di sostituzione=saggio marginale di trasformazione tecnica) e dall'adozione della tecnica di produzione più efficiente tra quelle conosciute da parte delle imprese. In tale ambiente competitivo i soggetti cercano esclusivamente la soddisfazione dei propri gusti prendendo per date le condizioni di mercato. Simmetricamente, gli individui non possono modificare delle condizioni del mercato per trarne vantaggio<sup>8</sup>.

La struttura di mercato così definita esercita i suoi benefici attraverso un processo di interazione che porta a una riduzione del potere di mercato delle imprese

---

<sup>7</sup>Ossia soddisfano la condizione di efficienza tecnica, che sarà meglio definita nel prosieguo del capitolo.

<sup>8</sup>Pareto V., *Manuale di Economia Politica*, Padova, 1906, p. 160 ss.

e da ultimo a una maggiore efficienza nell'allocazione delle risorse<sup>9</sup>. La concorrenza porta infatti ad una condizione di equilibrio, in presenza del quale tutte le risorse vengono utilizzate al meglio, dove per utilizzo al meglio si intende che le risorse produttive disponibili, per loro natura scarse, vengono utilizzate in modo da generare il massimo benessere per il sistema economico nel suo complesso costituito da produttori e consumatori<sup>10</sup>. In questa ipotesi il principio di efficienza economica (concetto pareiano di efficienza allocativa) è pienamente soddisfatto, quale che sia la distribuzione del reddito; in tale situazione, infatti, non è possibile incrementare il benessere di un soggetto senza determinare una perdita di benessere per un altro, anche ammettendo trasferimenti compensativi.

Inefficienti sono invece le altre strutture di mercato, in particolare il monopolio, in quanto sono caratterizzate da livelli di produzione inferiori a quelli ottimali. Il comportamento volto alla massimizzazione del profitto non porta più alla massimizzazione dell'output e a prezzi uguali ai costi marginali, come nella concorrenza perfetta, bensì ad un aumento dei prezzi e a una diminuzione dell'output. Vi sarebbe quindi spazio per migliorare la condizione di uno o più soggetti senza peggiorare quella di altri<sup>11</sup>.

Su quest'idea nasce e si sviluppa la politica della concorrenza: in assenza di fallimenti del mercato (che richiedono l'intervento del regolatore), infatti, attraverso una politica pubblica volta a garantire, se non la concorrenza perfetta (di fatto non ottenibile nella realtà), almeno il massimo di concorrenza possibile, il livello di benessere in termini di allocazione delle risorse ottenuto è massimo se comparato a quello ottenibile con forme di mercato alternative. In termini applicativi questo criterio di efficienza si basa sulla valutazione dei livelli di prezzo rispetto ai livelli di costo medio e marginale dell'industria: laddove i prezzi si discostino da quello dei costi ci si troverà in una situazione non ottimale e sarà pertanto necessario

---

<sup>9</sup> La prima analisi del ruolo benefico svolto dall'elevato numero di imprese e quindi dall'assenza di potere di mercato risale a Cournot (*Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Paris, 1838), il quale ha dimostrato che il risultato di un aumento del numero delle imprese è la riduzione dei prezzi.

<sup>10</sup> Per alcuni autori (si veda, ad esempio, Vatiello, M., *Pareto-concorrenza e Pareto-efficienza*, in *Siena memos and papers in law and economics*, Simple 34/05, p. 7 ss.) il concetto di Pareto-concorrenza giunge addirittura a distaccarsi da quello di concorrenza perfetta, in quanto il primo non presupporrebbe una concezione atomistica del sistema economico, ma richiederebbe solamente l'assenza di ogni asimmetria, in termini di privilegi o poteri (nella relazione) tra i soggetti coinvolti.

<sup>11</sup> Edgeworth, *The pure theory of monopoly*, London, 1925; A. P. Lerner, *The concept of monopoly and the measurement of monopoly power*, in *Review of economic studies*, 1934, p. 157-175.

l'intervento dell'autorità. Quest'operazione andrà poi ripetuta su tutti i mercati, affinché attraverso il perseguimento di equilibri parziali si giunga infine ad un equilibrio generale, quale è quello immaginato da Pareto nella sua definizione.

Il concetto di efficienza allocativa e di concorrenza perfetta, tuttavia, presenta dei limiti.

Si tratta in primo luogo di una nozione statica che elimina gli aspetti dinamici del processo concorrenziale come era stato individuato dai classici, il quale metteva in primo piano la rivalità tra imprese operanti in condizioni di incertezza e continuamente in divenire; al contrario la concorrenza nella teoria neoclassica è uno stato di equilibrio che trascurava, o comunque mette in secondo piano, questioni rilevanti che emergono non appena si allunga l'orizzonte temporale, quali l'innovazione tecnologica e l'attività di *rent-seeking* (ossia l'utilizzo improduttivo del profitto d'impresa finalizzato al solo ottenimento di una posizione di rendita monopolistica).

Da questa osservazione si evince un altro limite del concetto allocativo di efficienza: esso trascura la qualità e la varietà dei beni offerti in quanto si ipotizza assente ogni grado di differenziazione tra prodotti simili; la differenziazione costituisce invece un fattore di benessere per la società e può essere maggiormente incentivata attraverso l'esistenza di situazioni di potere di mercato in essere o in potenza, ottenute od ottenibili proprio attraverso la differenziazione stessa che pertanto diviene più desiderabile.

D'altra parte l'efficienza allocativa, come detto, assume che tutte le imprese operino sulla frontiera dell'efficienza tecnica, mentre in realtà, come vedremo, non è così, sia per la presenza di rendimenti crescenti al crescere della dimensione di impresa (economie di scala *in primis*), sia per la presenza di dinamiche interne alla gestione dell'impresa che ne influenzano la capacità di operare in condizioni di efficienza. Il concetto di efficienza allocativa applicato alla singola impresa si limita invece a richiedere che essa minimizzi la spesa per l'acquisto dei fattori produttivi, che devono essere impiegati nella proporzione migliore sulla base dei prezzi (inclinazione della retta degli isocosti) e dell'output prodotto (isoquante).

Un ulteriore problema, peraltro difficilmente risolvibile, è quello della valutazione delle preferenze: il criterio paretiano consente solo una valutazione

ordinale di queste e non ammette alcun meccanismo idoneo a indurre le parti a rivelare o a valutare la loro intensità, ossia le loro preferenze cardinali. Da ciò la scarsa utilità, in molte situazioni, dell'applicazione del criterio paretiano all'analisi economica del diritto<sup>12</sup>.

Vi è infine l'aspetto del trattamento e della trasmissione delle informazioni: l'assunzione neoclassica prevede che tutti i soggetti siano perfettamente informati e che l'acquisizione e la trasmissione delle informazioni non implichi alcun costo. Conseguentemente, in primo luogo non si tiene conto del ruolo dell'informazione né dei possibili comportamenti strategici degli operatori economici, resi possibili dall'esistenza di asimmetrie informative; in secondo luogo si esclude l'esistenza di costi di formazione dei contratti sulla base dei quali si realizzano gli scambi sul mercato. Dal rilassamento di tali ipotesi si svilupperà la teoria dei costi di transazione e dei contratti incompleti, nonché della desiderabilità del coordinamento dell'attività economica, contrapposta alla perfetta indipendenza di comportamenti e alle piccole entità caratterizzanti il modello neoclassico.

#### **1.4 L'efficienza tecnica e la sua relazione con l'efficienza allocativa.**

Come abbiamo visto nel precedente paragrafo, l'efficienza allocativa presuppone che l'impresa operi in condizioni di efficienza tecnica, ossia che essa sia in grado di raggiungere gli obiettivi produttivi con la migliore combinazione di fattori a disposizione. Ci troviamo pertanto in presenza di una seconda accezione di efficienza che deve essere meglio definita.

A livello generale l'efficienza tecnica fa riferimento alla capacità dell'impresa di minimizzare l'input a parità di output ovvero di massimizzare l'output a parità di input<sup>13</sup>. Tradotto in termini matematici, ciò significa che l'impresa tecnicamente efficiente nel primo senso opererà in un qualunque punto dell'isoquante, ossia la curva dei punti che individuano la massima produzione ottenibile con i vari possibili mix di fattori produttivi; viceversa l'efficienza tecnica è massima nel secondo senso se l'impresa si trova ad operare in un punto della c.d. "frontiera produttiva", ossia massimizza la quantità di prodotto ottenuto con una data quantità di fattori produttivi

---

<sup>12</sup> G. Calabresi, *The pointless of Pareto: carrying Coase further*, in *Yale law journal*, 1991, 100, p. 1211 ss.

<sup>13</sup> S. C. Kumbhakar-C.A. Knox Lovell, *Stochastic frontier analysis*, New York, 2000, p. 42 ss.

a disposizione<sup>14</sup>. In presenza di più produzioni l'impresa per essere efficiente (in termini di input) dovrà invece operare in un punto di tangenza tra due isoquanti; in tale punto infatti non è possibile produrre un'unità in più di uno dei due output attraverso una riallocazione degli inputs senza diminuire la quantità prodotta dell'altro.

Questo concetto di efficienza rappresenta quello più vicino a quello letterale del termine, facendo riferimento al rapporto tra il risultato raggiunto e i mezzi impiegati per produrlo, in altri termini dal rapporto tra input e output. Questo perché la definizione di efficienza tecnica non tiene conto della variabile dei prezzi, individuando per l'impresa il momento di specificare il processo produttivo, ossia una precedente a quello in cui, introducendo i prezzi dovrà porsi l'obiettivo della massimizzazione del profitto.

I prezzi, quindi, costituiscono una variabile che viene introdotta in una fase successiva: solo una volta verificata la presenza delle condizioni di efficienza tecnica si può raggiungere un'efficienza di tipo allocativo nell'utilizzo dei fattori produttivi attraverso l'immissione dei prezzi. Quest'ultima, infatti, come ormai sappiamo, sussiste solo nel momento in cui vi sia una perfetta ripartizione delle risorse utilizzate considerato il rapporto tra i loro prezzi.

Si può conseguentemente ipotizzare il caso di un'impresa tecnicamente efficiente e non allocativamente efficiente (si pensi ad un'impresa che produce beni di cui nessuno ha bisogno può comunque essere tecnicamente efficiente, ma non può certo esserlo in senso allocativo), ma non viceversa, poichè le imprese devono essere necessariamente tecnicamente efficienti affinché vi siano condizioni di efficienza allocativa. Ciò in quanto l'efficienza allocativa riguarda l'intero mercato del prodotto, dalla fase di produzione alla formazione dei prezzi al consumo.

La distinzione tra efficienza tecnica e allocativa si può porre anche in altri termini, attraverso le nozioni a queste parallele di efficienza interna ed esterna, laddove per efficienza interna si intende l'efficienza tecnica parametrata però in

---

<sup>14</sup> G. Debreu, *The coefficient of resource utilization*, in *Econometrica*, 3, 1951, p. 273-292. M. J. Farrell, *The measurement of productive efficiency*, in *Journal of the royal statistical society, Serie A, General*, 1957, 3, p. 253-281.

termini di costi monetaria e per efficienza esterna il rapporto tra costi e benefici ossia un modo di esprimere l'efficienza allocativa<sup>15</sup>.

Oltre alla condizione che tutte le imprese operanti sul mercato producano in condizioni di massima efficienza tecnica, affinché sia raggiungibile la condizione di efficienza allocativa la teoria neoclassica assume, come sappiamo, che la tecnologia sia una variabile data (esogena), i fattori produttivi siano sempre disponibili e la dimensione di impianto non rilevi (rendimenti costanti).

In realtà, tuttavia, sul mercato operano imprese le cui funzioni di produzione presentano diverse curve di costo; conseguentemente la funzione di produzione che misura la capacità di un'impresa di essere tecnicamente efficiente non è la stessa per ogni impresa. Ciò è dovuto a vari fattori tra cui la presenza di economie di scala e di diversificazione, la razionalizzazione e specializzazione degli impianti, o del lavoro, e il livello di tecnologia adottata (ovvero creata internamente).

Da questa constatazione introduciamo un concetto più specifico, quello dell'efficienza tecnico-dimensionale, associato alla dimensione ottimale degli impianti nei quali la produzione avviene al costo minimo<sup>16</sup>. Si tratta in altri termini del concetto di efficienza cui si fa riferimento quando si parla in particolare dell'esistenza di economie di scala, vale a dire di quei casi in cui vi è la possibilità per le imprese operanti in un determinato mercato di realizzare economie dimensionali, ossia risparmi di costo tali per cui i costi medi di produzione e/o distribuzione diminuiscono all'aumentare della quantità prodotta.

In questa ipotesi la definizione di efficienza tecnica implica quindi che l'impresa operi nella situazione di massima produttività, situazione possibile solo in corrispondenza della *Most Productive Scale Size* data dall'unico punto di tangenza della funzione di produzione con il raggio uscente dall'origine degli assi.

Il riconoscimento dell'influenza della dimensione dell'impresa sulla sua capacità di operare in condizioni di massima efficienza tecnica ha un forte impatto sulle politiche della concorrenza. Se infatti la dimensione ottima minima dell'impresa è elevata rispetto alla domanda complessiva, ad esempio perchè

---

<sup>15</sup> M.E. Lockheed-E. Hanushek, *Concept of educational efficiency and effectiveness*, in *Human Resources Development and Operation Policy Working paper*, n. 24, 1994, p. 3-5

<sup>16</sup> W. Nicholson, *Microeconomics theory: basic principles and extension*, New York, 1998 p. 611-620; R. S. Pindick e D. Rubinfeld, *Microeconomics*, New York, 1998.

l'assetto tecnologico è caratterizzato da rilevanti economie di scala, allora vi è spazio solo per poche imprese che producono in maniera efficiente e quindi la concentrazione risulta elevata, in quanto è più efficiente che i fattori produttivi siano posseduti da poche imprese<sup>17</sup>.

Vi sono, inoltre, anche altre fonti di efficienza tecnica, correlate da una relazione direttamente proporzionale alla dimensione di impresa, che devono essere debitamente tenute in considerazione<sup>18</sup>. In primo luogo le economie di diversificazione (*economies of scope*), ossia quei risparmi di costo che si possono ottenere quando il costo della produzione congiunta di due o più beni o servizi è inferiore alla somma dei costi di produzione separata degli stessi<sup>19</sup>. In secondo luogo le economie realizzabili grazie alla razionalizzazione e alla specializzazione degli impianti, in quanto il personale e il capitale fortemente specializzato sono generalmente fattori più efficienti rispetto a quelli che devono essere utilizzati, ad esempio in situazioni organizzative multifunzionali. Vi è inoltre la possibilità di eliminare le duplicazioni nell'impiego di risorse, ovvero di conseguire sinergie funzionali, attraverso l'utilizzazione congiunta di impianti, ovvero, ed è l'esempio più tipico, nella fase di ricerca e sviluppo di nuovi prodotti.

In termini di efficienza interna delle imprese, pertanto, la concorrenza perfetta non porta necessariamente ad una condizione di efficienza. Come appena detto, in presenza di economie di scala, o comunque di economie in qualche modo legate alla dimensione, ovvero di infrastrutture essenziali, un più elevato numero di imprese porta alla duplicazione dei costi fissi, mentre poche imprese (o al limite un'unica impresa), sebbene dotate di potere di mercato, producono a costi più bassi grazie alla più efficiente scala di produzione. Allo stesso modo altri fenomeni, quali quelli legati alla razionalizzazione e alla specializzazione del lavoro, producono un effetto positivo in termini di efficienza, spesso inversamente proporzionale al livello di concorrenza sul mercato: da essi derivano le economie di diversificazione, le sinergie e la riduzione dei costi di transazione.

---

<sup>17</sup> Il caso estremo è rappresentato dalla fattispecie del monopolio naturale, in presenza della quale ragioni di efficienza interna prescrivono una sola impresa nel mercato.

<sup>18</sup> A. D. Chandler, *Dimensione e diversificazione*, Bologna, 1994, p. 37 ss.

<sup>19</sup> Uno degli esempi classici sviluppati dalla teoria economica è quello di un'impresa che pratica l'allevamento di pecore insieme alla produzione di mele: non dovrà sostenere i costi di ripulitura del terreno sottostante agli alberi da frutto in quanto tale funzione sarà svolta dalle pecore.

Spesso, di conseguenza, ci troviamo di fronte ad un *trade-off* tra efficienza interna e concorrenza, che deve essere risolto caso per caso mediante il raffronto tra la perdita di benessere determinata dal maggiore potere di mercato detenuto dalle imprese oligopoliste (ovvero monopolista, nel caso di un'unica impresa) e il vantaggio di costo ottenibile grazie alle maggiori dimensioni di impianto. In questo caso non vi sarà spazio per un mercato efficiente e al contempo perfettamente concorrenziale e l'intervento antitrust dovrà essere orientato alla ricerca di soluzioni di *second best*<sup>20</sup>.

Un risparmio di risorse produttive o una riduzione di costo, peraltro, non implicano necessariamente, di per sé un incremento di efficienza rilevante ai fini delle politiche antitrust. Un risparmio quantitativo di risorse produttive ottenuto riducendo il livello o la qualità della produzione oppure provocando un aumento dei costi di selezione, scelta e trasporto del prodotto sostenuto dai clienti rappresenta un guadagno di efficienza solo per la singola impresa, compensato da un maggior costo sostenuto da altri soggetti. Allo stesso modo, non rappresentano guadagni di efficienza rilevanti neanche quei risparmi di costo unitari ottenuti costringendo i fornitori a ridurre i rispettivi margini di profitto.

Simmetricamente è invece possibile ottenere un miglioramento dell'efficienza, questa volta esterna, anche tramite miglioramenti qualitativi, che includono aspetti intangibili, come ad esempio le maggiori informazioni disponibili sul prodotto, le quali, se ottenibili a costi inferiori rispetto a quelli che sosterebbero gli altri operatori sul mercato, facilitano la scelta dei consumatori e accrescono l'utilità da essi attesa, ma anche effetti "tangibili", come la qualità dell'ambiente o sulla salute dei lavoratori; anche questi aspetti, infatti, costituiscono potenziali elementi di costo se debitamente internalizzati dalle imprese.

Ne deriva, in definitiva che la correlazione tra il livello di concorrenza e questa nozione di efficienza non è necessariamente unilaterale ma va analizzata caso per caso: al guadagno di efficienza indotto da un incremento delle dimensioni di impresa, rilevante soprattutto in presenza di rendimenti di scala crescenti, si

---

<sup>20</sup> F.M. Scherer, *Struttura di mercato, condotta delle imprese e performance*, Milano, 1985, p. 24 ss. Le operazioni di concentrazione, come vedremo, rappresentano dei casi tipici in cui si possono avere effetti anticoncorrenziali ma allo stesso tempo suscettibili di portare ad incrementi di efficienza tecnica e si pone pertanto il problema di valutare se gli effetti positivi e negativi dell'operazione si bilancino tra loro o meno.

contrappone infatti la potenziale perdita di efficienza legata a fenomeni di disincentivazione e di *rent-seeking*, appena esaminati con conseguente incertezza in termini di risultato finale.

L'evidenza empirica mostra comunque con una certa significatività che la produttività delle singole imprese è maggiore nei mercati con più concorrenza, se non altro rispetto al monopolio. Uno studio di Nickell<sup>21</sup> ha mostrato come, su un campione di 700 imprese manifatturiere inglesi, all'aumentare della loro quota di mercato si riducevano i livelli di produttività, evidenziando altresì che in assenza di concorrenza, un effetto benefico sulla produttività è esercitato dalle pressioni dei mercati finanziari e dal controllo esterno degli azionisti. Altri studi attribuiscono un forte impatto all'effetto della selezione delle imprese più efficienti operata da un mercato concorrenziale, grazie in particolare al ruolo giocato dai nuovi entranti nel migliorare la produttività<sup>22</sup>, soprattutto in mercati attraversati da fenomeni di deregolazione e elevato tasso di cambiamento tecnologico.

Vi sono però altri studi che mostrano elementi che portano a un maggiore livello di efficienza i mercati che presentano livelli intermedi di concentrazione<sup>23</sup>. La letteratura di oligopolio ha infatti evidenziato come la presenza di rilevanti costi fissi innesca quel meccanismo di *trade-off* tra efficienza tecnica e concorrenza cui abbiamo accennato: non sarà pertanto sempre efficiente una politica antitrust che garantisca a priori un regime di speciale protezione ai nuovi entranti e alle piccole imprese per incentivare l'entrata e impedire artificialmente l'uscita, finendo per difendere i concorrenti invece che la concorrenza<sup>24</sup>. La conseguenza è, come vedremo, l'applicazione del criterio della *rule of reason* e l'importanza cruciale dei criteri applicati dalle autorità antitrust in sede applicativa.

Va infine sottolineato come nella realtà non tutte le imprese riescono ad operare in condizioni di massima efficienza tecnica, o perché non riescono a trovare il mix di fattori produttivi corrispondente ad un punto della curva di isoquante, o in

---

<sup>21</sup> Nickell S., *Competition and corporate performance*, in *Journal of political economy*, 104, 1996, pp. 724-746; Nickell S., Nicolitsas D., Dryden N., *What makes firms perform well?*, in *European economic review*, 1998.

<sup>22</sup> Olley G.S. e Pakes A., *The dynamics of productivity in the telecommunication equipment industry*, in *Econometrica*, 64, 1996, pp. 1263-1297. Gli autori mostrano l'effetto benefico dell'ingresso sul mercato delle telecomunicazioni USA delle cosiddette Baby Bells.

<sup>23</sup> Caves R.E. e Barton D.R., *Efficiency in U.S. manufacturing industries*, Cambridge, 1990.

<sup>24</sup> Motta M., Polo M., *Antitrust-Economia e politica della concorrenza*, Bologna, 2005, p. 56.

quanto, anche se tecnicamente efficienti non minimizzano i costi connessi all'acquisto degli input (inefficienza interna). Ne consegue l'esigenza di coniare definizioni di efficienza non scientifiche che tuttavia si adattino meglio all'evidenza empirica.

Da questa constatazione si potrebbe passare ad esaminare il concetto di efficienza sviluppatosi in ambito aziendalistico per valutare l'effettiva capacità dell'azienda di realizzare sul piano economico le combinazioni operative implicanti l'utilizzazione delle risorse di lavoro e di mezzi richieste dalla perseguita produzione di beni e servizi. L'efficienza diventa così una caratteristica attitudinale dell'impresa nell'ambito di un processo produttivo o di una combinazione di processi, la cui presenza costituisce un essenziale elemento generatore di imprenditorialità, senza il quale l'impresa non soltanto non ha successo, ma rischia di non durare nel tempo per difetto di una delle condizioni di sopravvivenza dell'azienda, l'efficienza appunto<sup>25</sup>.

Benchè questo sia un ulteriore concetto di efficienza, con cui, come vedremo, devono misurarsi anche le amministrazioni pubbliche<sup>26</sup>, esso non costituisce un criterio scientifico di valutazione di tipo economico, in quanto quest'ultimo ambito è delimitato dalle scuole di pensiero su cui si fonda la microeconomia. Tralasciamo pertanto questa ulteriore nozione di efficienza, applicando la quale, in campo economico, si esulerebbe dall'ambito scientifico, limitandoci ad utilizzare esclusivamente le definizioni di efficienza coniate dalla teoria microeconomica.

### **1.5 Il ruolo dei contratti e delle istituzioni per il raggiungimento dell'efficienza allocativa.**

Finora abbiamo analizzato gli effetti statici della concorrenza da una parte e del potere di mercato dall'altra, traendone la conclusione che, sebbene non sempre una maggiore concorrenza produca una maggiore efficienza, la condizione di monopolio genera sempre sia un'inefficienza allocativa, poiché per ogni data tecnologia pratica un prezzo più elevato di quello concorrenziale, sia un'inefficienza

---

<sup>25</sup> G. Ferrero, *Impresa e management*, Milano, 1987, p. 98-101.

<sup>26</sup> L'influenza del concetto di efficienza aziendalistico su quello di efficienza giuridica sarà esaminato nel prossimo capitolo.

tecnica poiché un monopolista può permettersi di non adottare la tecnologia più efficiente tra quelle disponibili.

Tuttavia la teoria neoclassica tradizionale ignora l'esistenza sui mercati di rilevanti asimmetrie informative e sottovaluta che le relazioni economiche si svolgono spesso in situazioni di incertezza a causa delle diverse eventualità che si pongono nelle relazioni tra i vari soggetti operanti sul mercato dovuta alla loro specificità: i rapporti tra produttori e distributori; tra produttori e consumatori; tra imprese concorrenti; le relazioni tra l'imprenditore e i suoi dipendenti.

Inoltre in talune relazioni bilaterali, affinché si realizzi una condizione di efficienza dello scambio, una delle due parti deve investire delle risorse specifiche che possiedono valore solo in quella determinata relazione, o comunque se utilizzate in un'altra situazione perdono gran parte del proprio valore, così che uno dei due soggetti si trova vincolato (*"locked in"*) a proseguire tale relazione a prescindere dalla volontà della controparte di rispettare i termini della transazione.

Queste problematiche si inseriscono in un contesto in cui si riconosce che gli agenti economici non sono perfettamente razionali e non sono in grado di prevedere gli eventi futuri e al contempo tendono a seguire comportamenti opportunistici, qualora ne abbiano la possibilità, con la conseguenza che ci si può aspettare in taluni casi che essi non rispettino gli accordi stipulati o non comunichino tutte le informazioni di cui sono in possesso.

Infine, trattandosi di un concetto statico, la teoria neoclassica non ipotizza che il contesto economico possa essere mutevole e che conseguentemente tali rapporti possano evolversi nel tempo.

Tutte queste variabili possono portare ad inefficienze che la concorrenza perfetta non può eliminare, soprattutto in una prospettiva dinamica: a partire dagli effetti della carenza di informazioni, passando dal tema dei contratti incompleti e dei costi di transazione, per arrivare all'interazione strategica e all'eventuale collusione tra imprese concorrenti.

L'entrata in gioco di questi ulteriori elementi di potenziale inefficienza ha dato origine a nuovi filoni teorici<sup>27</sup> che hanno sottolineato l'importanza di arrivare a

---

<sup>27</sup> Si fa riferimento in questa sede all'approccio dei diritti di proprietà (R. Coase), alla c.d. "economia dell'informazione" o "degli incentivi" (G. Akerlof, M. Spence, J. Stiglitz, J. Mirrlees, W. Vickrey), all' "economia dei contratti incompleti" (O. Hart, J. Tirole, E. Maskin) e all'approccio

forme di coordinamento e cooperazione dei soggetti economici non solo la contrattazione, ma anche meccanismi istituzionali e organizzativi (i diritti di proprietà, l'organizzazione gerarchica), per migliorare l'efficienza economica dei mercati, nonché di adottate meccanismi di incentivi che inducano gli agenti economici ad adottare comportamenti non opportunistici e quindi efficienti, per raggiungere per raggiungere una condizione di efficienza o comunque di *second-best*, laddove i costi della contrattazione e le asimmetrie informative non permettano comunque una perfetta allocazione dei beni<sup>28</sup>.

Passiamo ora ad esaminare brevemente alcune di queste possibili cause di inefficienza e quali sono i possibili strumenti contrattuali e istituzionali che ne possono limitare gli effetti negativi nel tempo.

Per quanto concerne in primo luogo le asimmetrie informative, esse impediscono ad uno o più soggetti attivi sul mercato di disporre di sufficienti informazioni circa le seguenti proprietà del mercato:

- Caratteristiche intrinseche del bene o del servizio scambiato
- La funzione del bene o del servizio
- L'utilità del bene o del servizio
- Numero e caratteristiche delle imprese concorrenti sul mercato di sbocco

La conseguenza è l'impossibilità di raggiungere una situazione di ottimo paretiano poiché la parte meglio informata potrà sfruttare il proprio vantaggio informativo.

La soluzione, ove esistente, consiste in una specifica soluzione contrattuale che porta ad una situazione di *second-best* che minimizzi la perdita di efficienza rispetto al livello di efficienza massima associabile alla situazione di equilibrio paretiano. Da qui, ad esempio, l'elaborazione della c.d. teoria principale-agente in cui una parte (principale) mette a punto strumenti contrattuali idonei a massimizzare

---

“neoistituzionale” (O. Williamson). A queste si aggiunge la teoria dei giochi che riguarda specificatamente l'interazione strategica tra le imprese (J. Nash, O. Morgenstern). Queste teorie talvolta tra loro correlate (teoria dei diritti di proprietà e approccio neoistituzionale), affrontano le carenze della teoria neoclassica, integrandola ovvero introducendo dei correttivi.

<sup>28</sup> Il meccanismo dei prezzi, lo ricordiamo, funziona appropriatamente, portando ad una situazione di equilibrio paretiano solo se tutte le parti coinvolte nello scambio sono perfettamente informate circa tutte le caratteristiche del mercato, i costi di transazione sono nulli, e i soggetti coinvolti operano in assenza di incertezza.

lo sforzo dell'altra<sup>29</sup> e l'introduzione di segnali (garanzie, diplomi) che possano ovviare al problema dell'impossibilità di una parte di ottenere tutte le informazioni necessarie a massimizzare la propria utilità o il proprio profitto.

Questo approccio pone la questione della razionalità dei loro comportamenti e degli obiettivi dei soggetti che operano. Le imprese sono infatti organizzazioni complesse, all'interno delle quali operano più soggetti, alcuni dei quali potrebbero agire con razionalità limitata e altri, pur operando razionalmente, potrebbero porsi obiettivi diversi dalla massimizzazione del profitto. I manager ad esempio potrebbero ragionevolmente seguire gli schemi di comportamento studiati dal modello principale-agente, mentre i dipendenti potrebbero minimizzare il costo da loro sopportato in termini di fatica, così massimizzando la loro funzione di utilità, in presenza di "azzardo morale".

In questa prospettiva si colloca il concetto di "X-efficienza" sviluppato da Leibenstein<sup>30</sup>, affermando che ogni individuo tenderà a perseguire un massimo relativo compatibile con le informazioni di cui dispone e i valori etici cui fa riferimento, laddove cause specifiche dell'inefficienza x sono date dai contratti di lavoro incompleti (a causa di asimmetrie informative), dall'imperfetta specificazione della funzione di produzione e dalla mancanza di motivazioni, mette in evidenza le carenze della teoria tradizionale neoclassica nell'analizzare i meccanismi interni all'impresa, pur rivalutando il ruolo della concorrenza nella promozione dell'efficienza produttiva.

Leibenstein muove dalla constatazione che vi sono imprese caratterizzate dalla stessa dimensione, gli stessi impianti e macchinari e la stessa manodopera, ma operanti con diversi livelli di produttività e quindi diversamente efficienti. In questo modello l'assenza o la diminuzione sostanziale del livello di concorrenza attenua gli incentivi ad innovare e a minimizzare i costi di produzione e incrementa la difficoltà per le imprese di raggiungere livelli efficienti della produzione: le imprese di grandi dimensioni e dotate di significativo potere di mercato infatti saranno più propense a

---

<sup>29</sup> Su questo tema, come per gli altri, la letteratura è vastissima. Si vedano ad esempio O. Hart-B. Holmstrom, *The theory of contracts*, in T. F. Bewley (a cura di), *Advances in economic theory*, Cambridge, 1993; J.J. Laffont and J. Tirole, *A theory of incentives in procurement and regulation*, Cambridge, 1993; G. Akerlof-J. Yellen, *Efficiency wage models of the labor market*, Cambridge, 1986; I. Castrillo-D. Stadler, *An introduction to the economics of information*, Oxford, 1997.

<sup>30</sup> H. Leibenstein, *Efficienza X e sviluppo economico: una teoria generale*, Torino, 1989.

essere inefficienti, mancando gli incentivi a conoscere la curva dei costi dell'impresa e a minimizzarli. Questo disincentivo amplifica i propri effetti nel caso in cui l'impresa presenti al proprio interno un rapporto di agenzia ad informazione asimmetrica quale è quello in cui la gestione dell'impresa è delegata a managers, i quali agiscono secondo il modello principale-agente, perseguendo obiettivi diversi dalla massimizzazione dei profitti: l'assenza del vincolo concorrenziale permette agli agenti di perseguire tali obiettivi senza per questo compromettere l'esistenza dell'impresa; conseguentemente, la loro eventuale negligenza non produrrà necessariamente segnali rilevabili all'esterno dell'impresa stessa.

Viceversa una maggiore concorrenza incentiva gli agenti alla minimizzazione dei costi e riduce l'azzardo morale, dato che in condizioni di concorrenza un'impresa inefficiente può facilmente fallire determinando la perdita del lavoro per il manager e, di conseguenza, il riavvicinamento degli obiettivi tra principale e agente. L'ingresso di nuove imprese sul mercato, pertanto, svolgendo questa funzione incentivante, permetterà un incremento di efficienza produttiva. Questa conclusione non è peraltro sempre valida: Liebenstein non analizza il caso in cui vi sia già competizione tra imprese anche se il mercato non è concorrenziale, come ad esempio in taluni oligopoli; in tali casi l'aumento della concorrenza non porta necessariamente ad un incremento degli sforzi e dell'efficienza produttiva<sup>31</sup>.

Inoltre è altresì vero che la concorrenza stimola le imprese ad incrementare la produttività totale dei fattori di produzione, e quindi la loro efficienza produttiva, grazie alla maggior competizione e al più basso livello di rendite, spingendo così all'uscita dall'industria le imprese meno efficienti. Non tutte le imprese, infatti, operano sulla frontiera dell'efficienza; così, secondo la tesi c.d. "darwiniana", la concorrenza, spingendo i prezzi verso il basso, selezionerà le imprese più efficienti costringendo le altre, che non si trovano sui livelli di frontiera a doverla raggiungere o quantomeno avvicinare, pena l'uscita dal mercato.

Vi è poi la problematica della contrattazione incompleta: i contratti non sempre sono completi e sono spesso oggetto di continue rinegoziazioni. Ciò è dovuto sia a ragioni sostanziali che a ragioni formali: innanzitutto il fatto che in un mondo

---

<sup>31</sup> Schmidt, *Managerial incentives and product market competition*, in *Review of economic studies*, 64, pp. 191-213.; Caves R.E. e Barton D.R., *Efficiency in U.S. manufacturing industries*, Cambridge, 1990.

complesso ed imprevedibile, quale quello reale, è assai difficile che gli individui si preoccupino per eventi futuri molto lontani, ovvero pianifichino sulla base di tutte le possibili evenienze; in secondo luogo potrebbe essere eccessivamente costoso stilare un contratto che condizioni quantità, qualità e prezzo ad eventi futuri; infine, e questo è l'aspetto formale, vi è la scarsa probabilità che le parti formalizzino un accordo facilmente interpretabile da un eventuale autorità esterna, poiché gli agenti esterni hanno generalmente una scarsa conoscenza dell'ambiente nei quali l'impresa opera<sup>32</sup>.

La conseguenza è che i contratti mancano spesso di menzionare aspetti che in futuro potrebbero divenire rilevanti; in particolare i contratti incompleti omettono di disciplinare le azioni conseguenti al verificarsi di talune condizioni ovvero definiscono le obbligazioni delle parti in modo ambiguo o impreciso.

Un caso classico di contratto incompleto si verifica in presenza del fenomeno dell'*hold up*, ossia quando una parte effettua un investimento in una risorsa specifica<sup>33</sup> per soddisfare le particolari esigenze dell'altra parte, divenendo nel tempo "ricattabile" dall'altra, che avrà interesse a rinegoziare il prezzo verso il basso, atteso che quel bene non può essere offerto a nessun altro. In tale caso la configurazione di uno specifico strumento contrattuale che tuteli l'investimento specifico effettuato in anticipo rispetto alla consegna permetterà di raggiungere una condizione di efficienza superiore rispetto a quella ipotizzabile in presenza di un contratto standards.

Altre inefficienze, questa volta generate e non risolte dalla contrattazione sono quelle derivanti dai c.d. costi di transazione. Questi costi esistono sempre e riguardano tutte le fasi di svolgimento dell'attività economica che si concludono con un accordo, un contratto, un'interazione e sono spesso elevati. Da ciò l'inadeguatezza del criterio paretiano, che prescinde dallo *status quo*, a condurre ad una situazione di efficienza ottima: in presenza di costi di transazione, infatti, diversi risultati sono ottenibili in relazione alla scelta di allocazione iniziale, la quale pertanto influisce sul livello di efficienza dell'equilibrio finale<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> O. Hart, *Imprese, contratti e struttura finanziaria*, Milano, 1987, p. 31 ss.

<sup>33</sup> La specificità di una risorsa è inversamente proporzionale al "grado di riutilizzo della risorsa in impieghi alternativi senza che ciò comporti una riduzione del valore della risorsa stessa o costi significativi di adattamento" (A. Nicita-V. Scoppa, *Economia dei contratti*, Bologna, 2005, p. 199).

<sup>34</sup> R. Coase, *The problem of social costs*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, 1, p. 3.

I costi di transazione sono riducibili attraverso l'assegnazione iniziale dei diritti ai soggetti coinvolti nella contrattazione ovvero attraverso la riduzione dei momenti di contrattazione ricorrendo allo strumento gerarchico o alle relazioni di lungo periodo<sup>35</sup>. Così i costi di transazione saranno eliminati nel caso in cui l'impresa operi in più fasi del processo produttivo, ovvero abbia una dimensione particolarmente elevata, in modo da potersi procurare determinati servizi da sola senza l'utilizzo di fornitori o distributori esterni.

Muta quindi la prospettiva in cui si guarda l'impresa: non solo in termini di funzione della produzione, ma anche come organizzazione economica gerarchicamente strutturata<sup>36</sup>, la cui organizzazione rileva ai fini della ricerca di un equilibrio efficiente tra il ricorso al mercato, l'utilizzo della contrattazione di lungo periodo e la proprietà unificata. In tale ricerca l'impresa, per essere efficiente, dovrà tenere conto dell'esistenza di costi di transazione, tanto più alti quanto più sarà lunga la preparazione dell'accordo, la sua salvaguardia e il suo adeguamento nel tempo; variabili che ci riportano alle problematiche del comportamento opportunistico, della razionalità limitata e della specificità delle risorse.

In particolare, come vedremo nel prosieguo del lavoro, i costi di transazione sono suscettibili di essere sensibilmente ridotti nel caso delle concentrazioni e delle intese verticali, ossia accordi tra imprese che operano in fasi successive del processo produttivo: imprese che gestiscono coordinatamente due o più fasi del processo produttivo, ovvero un'unica impresa che controlla più fasi della stessa filiera produttiva, infatti, possono essere in grado di eseguire una determinata gamma di attività più efficientemente rispetto a una serie di imprese che operano in una successione di singole fasi indipendenti<sup>37</sup>. Risparmi dei costi di transazione possono essere ottenuti anche a livello orizzontale: l'impresa risultante dalla concentrazione potrebbe essere in grado di procurarsi determinati servizi da sola, cosicché potrebbe essere in grado di risparmiare sui costi di transazione derivanti dall'utilizzo di fornitori o distributori esterni<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> R. Coase, *The nature of the firm*, in *Economica*, 1937.

<sup>36</sup> O. Williamson, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Milano, 1992, p. 88.

<sup>37</sup> O. Williamson, *Transaction-cost economics: The governance of contractual relations*, in *Journal of law and economics*, 22, 1979, p.143

<sup>38</sup> A. D. Chandler, *op. cit.*, p. 66-68.

Possiamo quindi affermare, in conclusione, come il raggiungimento di una condizione di efficienza è assai più difficoltoso di quanto ipotizzato dalla teoria neoclassica a causa di numerosi fattori che rendono imperfetto il funzionamento del sistema dei prezzi, nonché a causa del mutare nel tempo delle condizioni di mercato.

Da ciò deriva l'introduzione di istituti contrattuali, di meccanismi istituzionali o il naturale sviluppo di comportamenti coordinati degli agenti economici che possono, ciascuno con riferimento a determinate problematiche, incentivare comportamenti efficienti dei soggetti operanti sul mercato; comportamenti che altrimenti tali agenti non adotterebbero.

Le problematiche appena citate, come vedremo<sup>39</sup>, hanno dei significativi effetti nel comportamento concorrenziale delle imprese. La concorrenza può, infatti, essere limitata attraverso questi strumenti e per questo motivo la contrattazione e l'interazione tra imprese costituiscono, in tutti i principali ordinamenti, fattispecie oggetto di divieto in quanto potenzialmente configurabili come "intese restrittive della concorrenza".

D'altra parte, come è stato appena esposto, queste "intese" possono comportare un più efficiente funzionamento delle imprese e dei mercati, ponendo così gli organi deputati ad applicare la disciplina *antitrust* di fronte a un problema di *trade off* tra efficienza e concorrenza. In queste situazioni sarà quindi possibile valutare se e in quale misura tali autorità si ispirano ad un criterio di efficienza nelle loro valutazioni, posto che, ai sensi della normativa comunitaria, l'eventuale idoneità di un'intesa restrittiva della concorrenza ad incrementare l'efficienza del sistema può contribuire a farla esentare dall'applicazione del divieto posto dalla normativa stessa, laddove ricorrano anche altre condizioni<sup>40</sup>.

## **1.6 L'efficienza dinamica: la prospettiva dell'innovazione e della crescita del capitale umano.**

Consideriamo ora la possibilità di spostare nel tempo la frontiera dell'efficienza, introducendo l'opzione di adottare nuovi prodotti sostitutivi o processi di produzione; valendo tale ipotesi, affinché un mercato si trovi in una situazione efficiente in senso dinamico esso dovrà soddisfare un nuovo requisito: la

---

<sup>39</sup> Per una disamina più ampia di questa problematica si rinvia ai capitoli 3 e 7.

<sup>40</sup> Si veda a questo proposito l'esame della disciplina comunitaria effettuato nel quarto capitolo.

capacità di innovare. Conseguentemente definiamo una situazione efficiente in senso dinamico se non è possibile, rispetto ad essa, aumentare l'indicatore di benessere di tutte le generazioni, presenti e future. In questo senso, il concetto di efficienza dinamica altro non è che un'estensione del concetto di Pareto-efficienza, al caso in cui i molteplici soggetti presenti siano generazioni che vivono in periodi successivi.

Tuttavia, parafrasando Von Hajek, la teoria neoclassica tradizionale si occupa in maniera quasi esclusiva dello stato di equilibrio concorrenziale in cui si suppone che i dati dei diversi individui si siano già pienamente aggiustati gli uni agli altri, mentre in realtà "il problema economico della società" è proprio quello "di adattarsi rapidamente ai cambiamenti in particolari circostanze di tempo e di spazio"<sup>41</sup>. Conseguentemente la concorrenza è un processo dinamico le cui caratteristiche essenziali vengono eliminate dalle rigide ipotesi sottostanti all'analisi statica di derivazione neoclassica<sup>42</sup>.

Il concetto di efficienza dinamica fa pertanto riferimento anche all'evoluzione dei mercati nel tempo, nel contesto di una visione ciclica dello sviluppo economico, quale quella elaborata da Schumpeter<sup>43</sup>. La principale differenza rispetto alle altre definizioni consiste nel fatto che le variabili del cambiamento tecnologico e dell'innovazione diventano endogene, essendo direttamente influenzate dall'attività dell'imprenditore, il cui ruolo è pertanto diverso rispetto a quello, più anonimo, assunto nella teoria neoclassica. In particolare Schumpeter individua cinque casi di sviluppo endogeno che portano ad una maggior efficienza del sistema produzione di un nuovo bene; introduzione di un nuovo metodo di produzione; apertura di un nuovo mercato; nuova fonte di approvvigionamento; riorganizzazione dell'industria (creazione/distruzione di un trust).

Diventa altresì endogena la variabile del capitale umano, ossia le abilità fisiche e psichiche dei lavoratori. In un'ottica di lungo periodo, infatti, gli individui così come le imprese possono avere convenienza ad investire per incrementare queste abilità, benchè inizialmente tale investimento non apporti alcun beneficio. Si tratta tipicamente delle attività di formazione e coinvolgimento dei lavoratori, che

---

<sup>41</sup> F.A. Von Hayek, *The use of knowledge in society*, in *American economic review*, 1945, 35, p. 519-530.

<sup>42</sup> F.A. Von Hayek, *Conoscenza, competizione e libertà*, Catanzaro, 1998, p. 20 ss.

<sup>43</sup> J. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, ETAS, 1967.

possono essere poste in essere sia dai lavoratori stessi sia dalle imprese che li hanno assunti, le quali comportano un costo nel breve periodo, ma i cui effetti, nel lungo periodo consistono in una maggiore produttività del lavoro, una maggiore innovazione e una migliore qualità dei prodotti<sup>44</sup>.

Il livello di efficienza economica del sistema conosce così dei miglioramenti grazie a mutamenti discontinui maturati al suo interno. La rottura dell'equilibrio assume connotati positivi in quanto ci troviamo in una visione dinamica che presuppone la possibilità di migliorare le condizioni di efficienza del sistema attraverso l'innovazione e il progresso generato dalle imprese, non più esterno alla loro funzione di produzione: si pensi all'introduzione di nuovi prodotti, al ricorso a tecnologie che risparmiano risorse, al miglioramento della qualità dei prodotti stessi. Di riflesso anche il concetto statico di ottimo paretiano non rappresenta più un obiettivo da perseguire, in quanto sinonimo di stagnazione.

In termini di efficienza dinamica, la concorrenza, agendo in un contesto dinamico ed incerto svolge un continuo ruolo di selezione delle imprese, influenzando la loro capacità di minimizzare i costi e di innovare i prodotti e i processi produttivi. Neanche in questo caso tuttavia vi è univocità degli effetti di una maggiore concorrenza in termini di efficienza. Imprese di grandi dimensioni possono infatti generare una maggiore innovazione sia di processo che di prodotto; inoltre la prospettiva di conseguire un potere di mercato e di poter praticare un prezzo di monopolio incentiva l'impresa a innovare in quanto tale potere consentirebbe all'impresa di beneficiare dei frutti degli sforzi innovativi facendo affidamento sulla rendita monopolistica una volta adottata l'innovazione (meccanismo tra l'altro che giustifica l'esistenza dei brevetti).

In quest'ottica, di conseguenza, il passaggio dal monopolio alla perfetta concorrenza non comporta per forza benefici per tutte le generazioni, presenti e future, ma al contrario solo la generazione presente ne sarà sicuramente beneficiata, in quanto il monopolio consente una più grande crescita dell'economia. In altre parole, la concorrenza perfetta consente che le generazioni presenti stiano meglio

---

<sup>44</sup> La scelta di investire in "capitale umano" può dipendere da vari obiettivi: migliorare la qualità di beni e servizi prodotti; percepire un maggiore reddito; avere maggiori soddisfazioni professionali "non pecuniarie" (F. Machlup, *The economics of information and human capital*, Princeton, 1984, p. 419-421).

rispetto al caso in cui vi è il monopolio, ma le generazioni future potrebbero stare peggio, in quanto l'assenza di margini sui costi marginali impedirebbe la copertura delle spese di ricerca e sviluppo, non stimolando l'innovazione e il miglioramento del livello qualitativo dei beni e dei servizi, limitando così la crescita dell'efficienza nel tempo. Di conseguenza la crescita economica associata a regimi di oligopolio e monopolio potrebbe essere più forte rispetto alla crescita associata a situazioni di concorrenza perfetta.

Illustriamo più precisamente i motivi per i quali Schumpeter ritiene che il monopolio possa garantire una crescita economica più rapida della perfetta concorrenza. Alla base del processo di crescita vi è, nella visione schumpeteriana, l'innovazione, che, per definizione, richiede investimenti rischiosi da parte delle imprese. Il finanziamento degli investimenti in ricerca è costoso e gli intermediari finanziari sono piuttosto restii a finanziare progetti il cui rendimento atteso è soggetto a grande rischio. Per questo motivo, il principale canale di finanziamento degli investimenti in ricerca è l'auto-finanziamento. Ora, poiché le imprese in monopolio conseguono profitti più elevati rispetto al caso della perfetta concorrenza, è ragionevole ritenere che possano impiegare risorse maggiori per finanziare la ricerca, e generino quindi maggiori scoperte e maggiori innovazioni, con ciò garantendo una crescita più veloce. Ma soprattutto, ad avviso di Schumpeter, è proprio la ambizione di potere costruire un monopolio e di godere delle rendite monopolistiche che spinge le imprese a fare ricerca. Se le imprese sapessero che le rendite monopolistiche sono brevi e di entità limitata, non intraprenderebbero gli sforzi in ricerca e sviluppo e non si innescherebbe il processo di crescita. La presenza di monopoli, perciò, è benefica per la crescita di lungo periodo, sia perché spinge le imprese a investire in ricerca, sia perché consente alle imprese di potere contare su adeguate risorse.

Alle idee di Schumpeter si è soliti contrapporre l'opposta visione di Arrow, che, in un celebre scritto del 1962<sup>45</sup>, contestò l'idea che i monopoli possano essere efficienti in senso dinamico e cercò di argomentare che la concorrenza non solo garantisce l'efficienza statica, ma garantisce anche un tasso di crescita economica più elevato rispetto a quello associato a situazioni di monopolio. L'idea di base di Arrow

---

<sup>45</sup> K. Arrow, *Economic welfare and the allocation of research for invention*, Princeton, 1962.

può essere sintetizzata in due semplici proposizioni: chi gode di rendite monopolistiche, non ha incentivo a compiere ricerca e sviluppo (e quindi non genera crescita); inoltre, i monopoli sono tipicamente associati a situazioni nelle quali le informazioni sulla tecnologia sono protette da brevetti e quindi circolano in modo difficoltoso, rallentando il processo di crescita che invece si basa sulla possibilità di usare, conoscere e migliorare le tecnologie delle imprese presenti.

Queste contrastanti posizioni hanno dato vita ad un lungo dibattito (noto come il conflitto “Schumpeter contro Arrow”), nel quale il problema centrale è divenuto quello di stabilire se si effettuino maggiori sforzi in ricerca e sviluppo (cioè si investa di più) in quei settori in cui prevalgono situazioni di monopolio (come riteneva Schumpeter) oppure in quelli dove prevalgono condizioni concorrenziali (come riteneva Arrow).

La contrapposizione risiede in una diversa prospettiva temporale cui i due autori fanno riferimento: in un’ottica *ex ante*, è prioritario salvaguardare gli incentivi delle imprese ad innovare, che sono maggiormente garantiti da una prospettiva di monopolio, o comunque di potere di mercato, nella quale l’impresa potrà beneficiare interamente dei risultati dei suoi investimenti; viceversa, in un’ottica *ex post*, è maggiormente desiderabile garantire che una volta introdotta l’innovazione, tutte le imprese presenti sul mercato avessero accesso alla stessa. L’esempio classico di questo *trade-off* è rappresentato dalla legislazione nazionale in materia di brevetti che deve garantire al titolare diritto di brevetto l’appropriabilità dell’innovazione per periodi non troppo lunghi e senza scoraggiare le altre imprese dall’introdurre novità simili a quella brevettata.

Una valutazione esaustiva delle teorie di Shumpeter e Arrow non può peraltro prescindere dal fatto che entrambi gli autori evidentemente elaborarono il proprio pensiero in un periodo in cui la realtà economica era assai diversa da quello attuale. Gli investimenti non richiedevano gli apporti di capitale che sono necessari al giorno d’oggi per essere innovativi. Inoltre a quelle che per loro erano situazioni di monopolio, attualmente, a seguito dell’allargamento dei mercati correlato alla globalizzazione, corrisponderebbero situazioni quasi-concorrenziali in cui la rendita monopolistica si erode molto più rapidamente a causa della competizione

internazionale; si pensi d esempio alla scarsa effettività dei diritti di brevetto il cui ambito spaziale è spesso marginale rispetto al mercato geografico di riferimento.

Sebbene comunque le dinamiche dell'innovazione e i meccanismi che le generano siano mutati nei loro termini di riferimento, i motivi teorici alla base dell'una e dell'altra posizione sono in entrambi i casi ancora fondati, e quindi dal punto di vista teorico la questione è da considerarsi ancora aperta, il quesito è stato affrontato guardando all'evidenza empirica. Purtroppo, anche sul versante delle evidenze, i risultati non sono univoci: vi sono infatti ricerche che testimoniano un'intensità di investimenti in ricerca maggiori nei settori in cui prevalgono condizioni di monopolio e altri, al contrario, che raggiungono la conclusione opposta, ossia che gli investimenti in ricerca sono maggiori nei settori maggiormente concorrenziali<sup>46</sup>.

La letteratura suggerisce pertanto conclusioni analoghe a quelle raggiunte con riferimento all'efficienza produttiva: una soluzione intermedia, caratterizzata da un livello sufficiente di concorrenza associato ad un significativo potere di mercato delle imprese, sembra essere la più adatta a garantire il perseguimento dell'innovazione e, in particolare, della ricerca tecnologica. In altre parole sussisterebbe una relazione a forma di "U" rovesciata tra concorrenza e innovazione (assunta come *proxy* dell'efficienza dinamica)<sup>47</sup>: in una prima fase mano a mano che aumenta la prima, aumenta anche la seconda, ma meno che proporzionalmente; oltre il punto di massimo la concorrenza diventa troppo intensa, riducendo gli incentivi ad investire ed innovare in misura maggiore di quanto la pressione competitiva determinata dalla concorrenza stessa non costituisca uno stimolo ad innovare.

Così come nel caso dell'efficienza tecnica, sarà quindi necessario ricorrere all'applicazione del criterio della *rule of reason* per valutare, caso per caso e mercato per mercato, quale sia il livello di concorrenza desiderabile in un'ottica dinamica.

Possiamo concludere affermando che il monopolio di sicuro produce un'allocazione inefficiente in senso allocativo (o statico), mentre è questione aperta se esso sia efficiente o inefficiente in senso dinamico. L'obiettivo della politica della concorrenza, in un'ottica di efficienza dinamica, è, quindi, quello di assicurare la

---

<sup>46</sup> F. M. Scherer, *op. cit.*, p. 34-36.

<sup>47</sup> Aghion P., Bloom N., Blundell R., Griffith R. and Howitt P., *Competition and innovation: an inverted U relationship*, Cambridge, Working Paper 9.269, 2002.

piena e libera partecipazione di ogni agente economico, senza tuttavia impedire la formazione di monopoli e oligopoli laddove essi consentano, nel tempo, il raggiungimento di livelli di efficienza tecnologica superiori a quelli raggiungibili in condizioni di piena concorrenza. Questi aspetti dinamici assumono un peso rilevante se non preponderante nelle valutazioni aventi ad oggetto settori nei quali il tasso di innovazione tecnologica è particolarmente elevato.

In termini quantitativi, gli incrementi di efficienza dinamica sono dati da un aumento del tasso annuale di crescita della produttività. Anch'essa deve essere definita ampiamente includendovi anche i costi che i consumatori sostengono per la selezione, la scelta e il trasporto dei prodotti.

### **1.7 L'efficienza distributiva. La questione della redistribuzione della ricchezza.**

L'efficienza distributiva si concentra sul rapporto tra efficienza e redistribuzione del *surplus* generato dal mercato. E' un concetto strettamente legato a quello di efficienza allocativa, con la differenza che quest'ultima non tiene conto della distribuzione del benessere tra consumatori e produttori, mentre in base al criterio dell'efficienza distributiva non conta solo l'ammontare del surplus generato dal mercato, ma anche come esso è distribuito tra produttori e consumatori.

La nozione di efficienza distributiva, pertanto, non considera solo gli incrementi di quantità ma anche i trasferimenti di *surplus* dal produttore al consumatore (incrementi di efficienza) o viceversa (decrementi di efficienza). In questa prospettiva il monopolio e, in generale, la presenza del potere di mercato, è ancora più dannoso: non porta solo all'aumento dei prezzi e alla riduzione dell'output di mercato, ma anche ad un trasferimento di ricchezza dal consumatore al produttore e pertanto a un decremento in termini di efficienza distributiva. L'effetto negativo del monopolio in termini distributivi è pertanto amplificato, come dimostrato dall'esistenza di casi in cui le pratiche monopolistiche, pur non riducendo il benessere sociale, diminuiscono il benessere dei consumatori; il riferimento d'obbligo è alla discriminazione perfetta di prezzo praticata dal monopolista, che massimizza il benessere sociale, azzerando contestualmente il surplus dei consumatori.

Una maggiore concorrenza ha invece sempre effetti positivi in termini distributivi a meno che l'eventuale decremento di efficienza dovuto all'innalzamento della curva dei costi (minore efficienza produttiva) sia maggiore della somma dell'incremento di surplus generato dalla nuova struttura di mercato e del trasferimento di ricchezza dal produttore al consumatore, causata dall'erosione della rendita monopolistica conseguita grazie alla concorrenza.

Il concetto di efficienza distributiva è chiaramente legato alla questione della redistribuzione della ricchezza tra i diversi operatori e, come tale, trova la sua giustificazione anche in valutazioni politiche legate all'equità e alla difesa delle componenti più deboli all'interno del sistema economico.

A questo proposito l'analisi economica del diritto generalmente assegna la priorità alla ricerca del benessere sociale totale, concetto legato al criterio di efficienza allocativa, tendendo a considerare il problema della creazione del *surplus* separatamente dalla determinazione della sua distribuzione, che potrà essere affrontato solo in un secondo momento. Non sarebbe efficiente, infatti, la creazione di un apparato complesso e costoso (quale è la legislazione antitrust e gli organi demandati ad applicarla), il cui scopo consistesse in un semplice trasferimento di ricchezza dai produttori ai consumatori, e in un aumento della stessa<sup>48</sup>. Per perseguire un tale obiettivo esistono mezzi meno costosi e più diretti quali, tipicamente, la legislazione tributaria e i sussidi che il finanziamento proveniente dalla fiscalità generale consente di erogare<sup>49</sup>.

Esistono tuttavia alcuni argomenti economici a favore del criterio di efficienza distributiva, connessi alle esigenze di tutela del consumatore: i consumatori spesso non possono esercitare il loro potere aggregato in quanto gruppo, in quanto l'organizzazione di un'azione comune (quali, ad esempio il rifiuto di acquistare al di sopra di un certo prezzo o la denuncia di pratiche anticoncorrenziali) richiede dei costi che sono sostenuti solo da coloro che esercitano l'azione, mentre i benefici ricadono anche su quei consumatori che non si sono attivati; si innesca così un fenomeno di *free-riding*, che rende difficile l'organizzazione di gruppi di consumatori numerosi, mentre è sicuramente meno complessa un'azione concordata da parte delle imprese, meno numerose. Conseguentemente il riconoscimento di un

---

<sup>48</sup> F. Denozza, *Norme efficienti*, Milano, 2002, p. 16-17.

<sup>49</sup> F. Denozza, *op. cit.*, p. 134-136.

maggior peso al surplus dei consumatori, attraverso l'utilizzo del criterio di efficienza distributiva, sarebbe una forma di bilanciamento dello squilibrio appena descritto.

Va precisato altresì che il termine “consumatore” non deve essere scambiato con quello di “cittadino”: il primo individua tutte le persone che acquistano beni e servizi, il secondo include anche i proprietari delle imprese, categoria che nelle società dove l'azionariato è diffuso, è assai ampia, e quelle persone che avranno bisogno di consumare in futuro, più che al momento preso in considerazione (intergenerazionalità e teoria del reddito vitale).

La definizione di efficienza distributiva, infine, è importante anche dal punto di vista giuridico: si vedrà, infatti, come la questione redistributiva trova una sua rilevanza normativa anche nella politica della concorrenza, specie in alcuni capitoli della legislazione comunitaria.

Pertanto, pur tenendo conto dell'esistenza di tali argomenti a favore della rilevanza di questa nozione di efficienza sotto il profilo antitrust, in ragione della preminenza dell'obiettivo della massimizzazione del livello di surplus totale rispetto a quello del consumatore, di tale nozione non si terrà conto al momento dell'elaborazione dei criteri di efficienza da applicare alle fattispecie giuridiche rilevanti<sup>50</sup> se non incidentalmente.

### **1.8 Le misurazioni quantitative dell'efficienza.**

L'applicazione del criterio di efficienza implica una breve rassegna delle tecniche di stima della stessa, al fine di individuare i principali parametri utilizzati per determinare il livello di efficienza, di un mercato, di un'attività produttiva o di un'impresa.

Per quanto riguarda l'efficienza allocativa, essa, come abbiamo visto, è data dai benefici che gli agenti economici ottengono dagli scambi reciproci. Si tratta di una misura che aggrega il benessere dei due gruppi economici che operano sul mercato: i produttori e i consumatori; ad essi, per una misura più dettagliata, vanno aggiunti anche le esternalità, le tasse pagate, i sussidi ricevuti. In ogni data industria il benessere sociale a sua volta è dato dal surplus totale, ossia la somma del surplus

---

<sup>50</sup> V. infra cap. 5.

dei consumatori e del surplus dei produttori. Il surplus del consumatore è costituito dalla differenza tra la sua valutazione del bene (o la sua disponibilità a pagare per esso) ed il prezzo che effettivamente paga per quel bene; la somma dei surplus di tutti i consumatori che acquistano su un dato mercato costituisce il benessere dei consumatori. Il surplus di un singolo produttore è dato dal profitto che egli ottiene attraverso la vendita del bene o del servizio che offre sul mercato; la somma dei profitti dei singoli produttori rappresenta il benessere dei produttori nel mercato rilevante.

Da queste definizioni consegue che, a parità di tutte le altre condizioni, un incremento del prezzo di vendita del bene riduce il surplus dei consumatori e aumenta quello dei produttori; l'aumento del secondo, tuttavia, non compensa la riduzione del primo, a causa della riduzione della quantità domandata che l'aumento di prezzo comporta: la differenza tra questi due valori individua la perdita netta di benessere sociale (*deadweight loss*) che una condizione di concorrenza imperfetta impone alla società<sup>51</sup>.

Molto più vasta e analizzata la questione della misurazione del livello di efficienza di un processo produttivo. Tale misurazione implica l'individuazione delle variabili che influenzano la funzione di produzione e i costi che caratterizzano l'attività svolta dall'impresa; i valori assunti da tali variabili possono essere poi utilizzati per formulare valutazioni di merito circa l'efficienza delle imprese (ovvero di sistemi di imprese)<sup>52</sup> e una graduatoria delle stesse sulla base di appropriate metodologie comparative. In questo modo si può ad esempio valutare se all'interno dello stesso mercato operano in condizioni di maggiore efficienza le imprese di grandi dimensioni ovvero quelle di dimensioni più ridotte; si può altresì confrontare l'efficienza delle imprese operanti nello stesso settore, ma in diversi mercati

---

<sup>51</sup> A questo proposito alcuni studi empirici (A. Harberger, *Monopoly and resource allocation*, in *American Economic Review*, 44, p. 77 ss.; Kamerschen, *An estimation of welfare losses from monopoly in the American economy*, in *Western economic journal*, 4, p. 221 ss; M. Worchester, *New estimates of the welfare loss to monopoly*, in "Southern economic journal, 40, p. 253 ss.), peraltro ormai datati, hanno provato a stimare l'entità della *deadweight loss* per l'economia americana, giungendo alla conclusione che tale perdita sia quantitativamente trascurabile (tra lo 0,1% e l'1% del prodotto nazionale).

<sup>52</sup> Tali metodi possono essere utilizzati anche per valutazioni di efficienza delle strutture e degli enti pubblici, pur con le dovute cautele del caso, legate alla maggiore numerosità di aspetti da prendere in considerazione (V. infra cap. 2).

geografici, così da individuare empiricamente la forma di mercato che consente le migliori performance in termini di efficienza, a parità delle altre condizioni.

Diverse sono le principali tecniche di comparazione dell'efficienza produttiva proposte dalla letteratura per la formulazione di tali giudizi, che differiscono sotto alcuni aspetti.

Innanzitutto si distingue tra approcci cosiddetti “di frontiera” e approcci “non di frontiera: i primi misurano l'efficienza delle varie unità produttive rispetto a un “riferimento” ottimo, che può essere fornito dalla stima di una frontiera delle possibilità di produzione teorica o dal migliore risultato conseguito nell'ambito del mercato considerato<sup>53</sup>; i secondi valutano l'efficienza in base ai risultati medi rispetto ai risultati medi del mercato<sup>54</sup>.

In secondo luogo la tecnica utilizzata può essere “parametrica”, nel caso in cui sia prevista la stima di una funzione di produzione o di costo, stimata con metodi statistici o econometrici<sup>55</sup>, oppure “non parametrica”, ove tale stima non venga effettuata e ci si limiti ad individuare alcune proprietà che i punti della funzione devono soddisfare<sup>56</sup>. Infine si distingue tra le misure di efficienza stocastiche e deterministiche: le prime incorporano fattori casuali, esterni al produttore, i fattori di misura stocastica, che possono influire sui risultati delle unità produttive<sup>57</sup>; le seconde attribuiscono le cause dell'eventuale deviazione rispetto alla massima efficienza unicamente al produttore<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> R. Fare, Grosskopf e K.C.A. Lovell, *Production frontiers*, Cambridge, 1994.

<sup>54</sup> M. Feldstein, *Economic analysis for health service efficiency: economic studies of the British National health service*, Amsterdam, 1967.

<sup>55</sup> D. J. Aigner e S. F. Chu, *On estimating the industry production function*, in *American Economic Review*, 1968, 4, p. 826-839; D.J. Aigner. C.A.K. Lovell e P.J. Schmidt, *Formulation and estimation of stochastic frontier production function models*, in *Journal of econometrics*, 1977, 1, p. 21-37; W. Meeusen e J. Van den Broeck, *Efficiency estimation from Cobb-Douglas production function with composed errors*, in *International economic Review*, 1977, 18, p. 435-444.

<sup>56</sup> M. J. Farrell, *The measurement of productive efficiency*, in *Journal of the royal statistical society*, Serie A, General, 1957, 3, p. 253-281.

<sup>57</sup> D.J. Aigner. C.A.K. Lovell e P.J. Schmidt, *op. cit.*, p. 21-37.

<sup>58</sup> D. J. Aigner e S. F. Chu, *op. cit.*, p. 826-839.

## CAPITOLO 2

### L'EFFICIENZA DAL PUNTO DI VISTA GIURIDICO: L'EFFICIENZA PUBBLICA NELL'ATTIVITÀ DELLE AUTORITÀ ANTITRUST.

#### 2.1 Questioni sottese alla definizione di efficienza pubblica.

Il ricorso al criterio di efficienza nel campo del diritto pubblico fa uscire il termine dal suo originario *humus* economico e aziendalistico<sup>59</sup> con l'effetto di allargare notevolmente le tematiche e le materie sulle quali la sua definizione va ad incidere. Il concetto giuridico di efficienza, infatti, pur risentendo necessariamente della nozione di efficienza elaborata in ambito aziendalistico, nel momento in cui entra nell'ambito pubblicistico, viene trasformato da valutazioni di ordine politico circa la compatibilità del modello aziendalistico con il sistema democratico, e deve essere coordinato con il rispetto degli altri principi costituzionalmente rilevante, dal principio di eguaglianza a quello di legalità.

Il diverso campo di applicazione ne ha quindi parzialmente modificato il significato e, ancor più che in campo economico (nel quale esso assume connotati in parte ben definiti) la definizione del criterio di efficienza non è univoca e assume contorni più sfumati.

Innanzitutto ciò che rende più complesso definire l'efficienza in ambito pubblicistico, rispetto al tradizionale significato economico ed aziendale del termine, è dato dai particolari obiettivi che lo Stato si pone nello svolgere la propria attività.

In campo economico i soggetti che operano nel mercato, imprese e consumatori, perseguono ciascuno un unico scopo, privatistico e di benessere individuale; in questo ambito l'efficienza viene definita rispetto a tali scopi, tipicamente la massimizzazione dei profitti (ossia la minimizzazione dei costi per un'impresa *price taker*, quale è quella operante in un mercato di concorrenza perfetta) per le imprese e la massimizzazione dell'utilità attesa per i consumatori, esprimendo la capacità di perseguirli con i mezzi a disposizione e nelle condizioni date<sup>60</sup>.

Vi sono, come si è visto, diversi criteri di efficienza economica, a seconda del periodo temporale di riferimento e della categoria di operatori su cui si concentra

---

<sup>59</sup> Questa nozione di efficienza è stata esaminata nel precedente capitolo.

<sup>60</sup> H. Simon, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1958, p. 264 ss.

l'analisi di efficienza; tuttavia il dato di partenza in termini di obiettivi dei soggetti presenti sul mercato non cambia, così come rimane immutata l'unità di misura degli indicatori di efficienza, espressi sempre in valori monetari.

L'attività dello Stato e degli altri enti pubblici è volta, invece, al perseguimento dell'interesse pubblico, sia generico che specifico, laddove il primo costituisce un obiettivo generale ed astratto (interesse collettivo generale) che viene specificato e individuato concretamente di volta in volta dal legislatore attraverso la definizione del secondo (ad esempio la sicurezza, la sanità, o, nel nostro caso, la concorrenza); è questo secondo interesse che costituisce di volta in volta lo specifico obiettivo da raggiungere da parte degli organi dello Stato e degli altri enti pubblici<sup>61</sup>.

A differenza degli obiettivi di massimizzazione economica, tuttavia, gli obiettivi definiti a livello legislativo non sono immutabili, ma variano a seconda delle ideologie e degli indirizzi politici. Inoltre non sempre l'interesse pubblico, una volta definito a livello legislativo, può essere concretizzato senza ulteriori specificazioni; al contrario, in molte situazioni, e in particolare nell'ambito dell'azione pubblica di intervento nell'economia, l'organo competente a dare attuazione alla norma avrà a disposizione un certo margine di discrezionalità per stabilire concretamente come perseguire gli obiettivi individuati dal legislatore.

Gli obiettivi possono altresì cambiare a seconda del luogo o del tempo in cui si agisce<sup>62</sup>: in presenza di competenze decentrate territorialmente, ad esempio, ogni ente locale perseguirà un fine diverso, avrà una diversa percezione della realtà e intraprenderà azioni diverse, cosicché il concetto di efficienza diverrà relativo anche sotto questo aspetto. Accanto a tale interesse primario vi saranno infine altri interessi pubblici secondari che dovranno anch'essi essere perseguiti compatibilmente con il rispetto della finalità preminente. Il tutto nel rispetto dei vincoli posti dai principi essenziali dell'ordinamento, dal principio di legalità a quello di eguaglianza.

Cambia conseguentemente il tipo di "prodotto" atteso dai vari processi di produzione pubblica, quali l'erogazione di prestazioni alla cittadinanza ovvero l'intervento, diretto e indiretto, nell'economia: non più un obiettivo chiaramente determinato e immediatamente concretizzabile quale è il profitto, bensì un obiettivo più generale, il pubblico interesse che può assumere diverse forme concrete. Si pensi

---

<sup>61</sup> A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1980 p. 396.

<sup>62</sup> O. Sepe, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, 1975, p. 51 ss.

soltanto alle molteplici ragioni dell'intervento pubblico nell'economia: dall'obiettivo di raggiungere l'efficienza allocativa in presenza di situazioni di "fallimento del mercato", alla tutela dell'ambiente e della sicurezza, alla redistribuzione del reddito a favore delle fasce sociali più deboli. Ovvero, per rimanere nell'ambito della presente ricerca, si pensi alla dibattuta individuazione degli obiettivi che devono essere perseguiti attraverso la legislazione *antitrust*<sup>63</sup>.

Così come diverso è il ruolo svolto dagli aspetti propriamente giuridici al momento di trasporre il principio di efficienza al settore pubblico: il funzionamento dei pubblici poteri interagisce positivamente con il diritto vigente, il quale individua i principi, le regole e i canoni normativi cui il soggetto pubblico deve attenersi quando interviene nella realtà fattuale. La posizione di autorità in cui si colloca il soggetto pubblico impone più stretti vincoli legali alla sua attività che si estrinsecano, con riferimento alla tematica dell'efficienza pubblica, in due modi.

Da un lato nell'applicazione, in termini di principio o prescrittivi, a seconda delle interpretazioni, dei canoni valutativi di rilievo legislativo che fanno appello direttamente o indirettamente all'efficienza; ciò in quanto la disciplina normativa che ha ad oggetto l'esercizio della funzione pubblica è rigida e, in linea di principio, non derogabile.

Dall'altro nel necessario rispetto del principio di legalità<sup>64</sup> in base al quale l'azione pubblica, in quanto caratterizzata dal fatto che il soggetto pubblico può assumere una posizione di preminenza rispetto ai privati, non solo deve essere esercitata senza violare la legge, vincolo cui è sottoposta anche ogni attività di tipo privatistico, ma può esplicarsi solo sulla base di norme di legge<sup>65</sup>. Norme che regolano anche le procedure e stabiliscono la loro maggiore o minore complessità di modo che i diritti dei cittadini possano essere modificati solo da atti legittimi, ciò comportando, di fatto, che debbono essere soddisfatti determinati requisiti procedurali e formali affinché un atto pubblico sia legittimo e quindi valido<sup>66</sup>.

---

<sup>63</sup> V. *infra* cap. 3 par. 1.

<sup>64</sup> Per una definizione del principio di legalità si veda S. Fois, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 659 ss.

<sup>65</sup> A. M. Sandulli, *op. cit.*, p. 395.

<sup>66</sup> Il principio di legalità si fonda, tra l'altro, su alcuni principi fondamentali dell'ordinamento, quali il principio democratico e quello dello Stato di diritto: il primo conferisce autorità al legislatore, in quanto espressione della sovranità popolare; il secondo limita l'arbitrarietà dell'azione dell'esecutivo, e quindi la potestà regolamentare, nei rapporti tra Stato e cittadini.

L'effetto è, come evidente, una forte differenziazione delle regole e dei principi applicabili all'esercizio del potere di derivazione pubblicistica rispetto alle regole del diritto comune applicabili alle imprese, con inevitabili conseguenze sulla portata della definizione di efficienza nel primo ambito.

L'esistenza di un vincolo legale ha portato spesso in passato al conflitto tra legalità ed efficienza: il rapporto tra questi due principi è stato accentuato in termini di alternatività, valutandosi la legalità come un "costo" che non può essere ridotto o eliminato in nome dell'efficienza dell'attività amministrativa, data la posizione preminente del principio sottostante<sup>67</sup>. Le forme della legalità diventano così predominanti sulla ricerca dell'efficienza, la cui eventuale centralità nella valutazione dell'attività statale viene posta in contraddizione con la preminenza dei principi democratici su cui deve fondarsi una società<sup>68</sup>. Più recentemente, al contrario, l'interpretazione oppositiva tra legalità ed efficienza è stata parzialmente superata<sup>69</sup>: garantire un processo efficiente nell'adozione delle decisioni collettive, può infatti essere sempre considerato una forma di protezione del principio democratico pluralistico in quanto favorisce l'attuazione concreta delle istanze di libertà e di garanzia alla base degli ordinamenti democratici<sup>70</sup>, così come sono i principi liberali dello Stato di diritto a imporre all'amministrazione di concludere un procedimento in tempi ragionevoli, prima ancora che il criterio di efficienza.

In questa visione il criterio di efficienza e il principio di legalità si pongono in posizione di complementarietà, ovvero, in altri termini, viene individuata una correlazione diretta tra illegalità e inefficienza; l'attività amministrativa caratterizzata

---

<sup>67</sup> S. Fois, *Legalità (principio di)*, cit., p. 660-661. Un caso in cui, in Italia, il conflitto apparve in forma palese fu quando le cronache giudiziarie registrarono la difesa di un pubblico amministratore, il Prof. Ippolito, accusato di illecite prassi amministrative, impostata proprio sull'appello al principio di efficienza contro un principio di legalità rinviante ad una normativa incongrua (V. Bachelet, *L'attività tecnica della P.A.*, Milano, 1967, p. 82).

<sup>68</sup> J. March-J. Olsen, *Riscoprire le istituzioni. Le basi organizzative della politica*, Bologna, 1992, p. 168.

<sup>69</sup> L. Mercati, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002, p. 15; G. M. Salerno, *L'efficienza dei pubblici apparati nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2002, p. 19 ss; S. Cognetti, *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, ; L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 299 ss. Per altri questo conflitto persisterebbe: tra questi, per tutti, F. Ledda, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione. Note sul progetto della commissione "Bicamerale"*, in *Foro amm.*, 1997, p. 3303 ss.

<sup>70</sup> G. M. Salerno, *op. cit.*, p.21, laddove si afferma che "le garanzie pluralistiche del nostro ordinamento costituzionale configurano un sistema di libertà che non può non essere protetto mediante la compresenza di un principio operativo di efficienza nel processo di assunzione delle decisioni collettive da parte dei soggetti pubblici".

da ingiustizia, disparità di trattamento, incoerenza o inutilità, ossia classici casi di violazione del principio di legalità, è, infatti, per definizione anche inefficiente.

Una simile tensione la si ritrova anche nel rapporto tra il criterio di efficienza e i principi di partecipazione dei cittadini all'azione dei pubblici poteri<sup>71</sup> e di sussidiarietà verticale<sup>72</sup>. Così come le imprese possono beneficiare delle economie di scala e incrementare la loro efficienza produttiva, gli apparati pubblici possono ridurre i loro costi accentrando le loro strutture amministrative, ma lo stesso accentramento implica, d'altra parte, una minore articolazione organizzativa e ciò contrasta, almeno a prima vista, con il principio di sussidiarietà, imponendo una maggiore separazione, non solo fisica, tra amministratori e amministrati, con la conseguente difficoltà di far partecipare i cittadini alle attività istituzionali della Pubblica Amministrazione.

In alcuni casi, quindi, la partecipazione dei privati può contribuire a rendere più efficiente ed efficace l'azione amministrativa, in particolare laddove la partecipazione porti ad un impegno esplicito dei privati a collaborare con l'amministrazione<sup>73</sup>. In altre situazioni la partecipazione mette in contrasto la collettività con i propri rappresentanti ovvero un gruppo più ristretto con quello più ampio, rallentando e appesantendo l'azione amministrativa. Di questo potenziale contrasto discuteremo ancora al momento di analizzare in maniera più dettagliata i costi e i benefici economici dell'intervento pubblico<sup>74</sup>.

Un'ulteriore questione concerne il destinatario del criterio di efficienza, che può essere il legislatore, la pubblica amministrazione o l'autorità giudiziaria. La

---

<sup>71</sup> Per un inquadramento di questo principio si veda F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; G. Barone, *L'intervento nel privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969. Per una comparazione dell'attuazione del principio di partecipazione negli ordinamenti giuridici francese, britannico e statunitense si veda S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, p. 17-41.

<sup>72</sup> Il principio di sussidiarietà verticale attiene alla distribuzione delle competenze pubbliche tra i diversi livelli territoriali di governo, imponendo l'attribuzione all'ente locale di più piccole dimensioni della competenza esclusiva a svolgere i tutti quei compiti cui esso sia in grado di adempiere, e prevedendo il graduale intervento ausiliario degli enti superiori laddove l'ente minore sia inadeguato alla funzione da svolgere. Su questo tema di vasta portata, solo richiamabile in questa sede, si vedano per tutti A. Moscardini, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, I "vincoli" alla funzione legislativa*, Milano, 1999; S. Cassese, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 10, 1995, p. 373 ss; M. P. Chiti, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, p. 505 ss.

<sup>73</sup> Si pensi, ad esempio, all'istituto degli accordi di programma previsto dall'ordinamento italiano.

<sup>74</sup> V. *infra* par. 4.

scelta del destinatario pone implicitamente un'altra questione: se siano le disposizioni di legge ovvero l'azione della Pubblica Amministrazione ad essere il punto critico per il soddisfacimento del principio di efficienza, e, di conseguenza, chi abbia le maggiori responsabilità nel frequente caso in cui il criterio di efficienza non sia rispettato, nonché nell'implementazione di strumenti di valutazione idonei a misurare lo scostamento dell'azione amministrativa rispetto ai parametri di efficienza.

Nel primo caso, si fa riferimento sia ad un funzionale esercizio del potere legislativo da parte degli organi competenti a determinare l'assetto normativo primario di un ordinamento giuridico, sia alla capacità del legislatore e del regolatore di stimolare l'efficienza degli uffici demandati ad attuare la legge.

Si analizza quindi sia la "produttività normativa" dell'organo legislativo, sia, ed è l'aspetto più importante, la bontà di un canone o di uno standard valutativo di efficienza legislativamente prescritto, cui gli organi amministrativi devono attenersi<sup>75</sup>. Il principio si applica evidentemente anche alla normativa *antitrust* e si pone in termini di attualità a causa dei fenomeni di internazionalizzazione e di globalizzazione dei mercati con la relativa costante riduzione delle barriere al commercio internazionale: essa sarà efficiente nei limiti in cui individui le fattispecie potenzialmente lesive della concorrenza, ponga in essere idonei meccanismi istituzionali e procedurali alla sua applicazione e configuri la possibilità di rapporti con le altre legislazioni tali per cui l'attuazione della disciplina di tutela della concorrenza sia possibile anche nei casi in cui i comportamenti anticoncorrenziali vengono posti in essere da imprese di nazionalità diversa, producendo contemporaneamente effetti in paesi diversi.

Si tratta di un tema, quest'ultimo di particolare attualità a causa dell'allargamento dei mercati geografici, che deriva dalla problematica della palese asimmetria tra la dimensione ormai internazionale dei rapporti economici e dei problemi in termini di concorrenza ad essi legati e la dimensione più ristretta degli organi e delle giurisdizioni competenti a far valere le regole poste a tutela della concorrenza, l'efficienza dei quali ne risulta, di conseguenza, attenuata.

---

<sup>75</sup> G. M. Salerno, *op. cit.*, p. 23.

Se ci si concentra sulla funzione amministrativa, l'efficienza può invece assumere una portata più o meno ampia, a seconda del suo rapporto con il termine di "efficacia", spesso considerato come avente un significato differente, ma in altre interpretazioni di fatto ricompreso in quello di efficienza.

In una prima accezione, più tradizionale, il criterio di efficienza viene rispettato nel momento in cui, dato un obiettivo generale e individuato, di volta in volta dall'amministrazione l'interesse pubblico concreto da realizzare<sup>76</sup>, ove necessario (sussistenza o meno dell'elemento della discrezionalità<sup>77</sup>), viene scelta, tra le alternative per perseguirlo, quella che è in grado di produrre il massimo risultato, sulla base della disponibilità di una data quantità di risorse; ci si concentra, pertanto sulla capacità di funzionamento dell'amministrazione in relazione alle risorse e al rapporto tra ricavi e costi piuttosto che sulla modalità e intensità di perseguimento degli obiettivi, che si ritrova invece nell'efficacia<sup>78</sup>. L'esempio classico è quello della biblioteca pubblica che è efficiente se, compatibilmente con la capacità di spesa, ha i migliori libri a disposizione in relazione alle caratteristiche della sua utenza<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> E. Cannada-Bartoli, voce *Interesse (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XI, pag. 453 ss.

<sup>77</sup> Per quanto concerne la nozione di discrezionalità, essa è assai complessa e non può essere definita esaurientemente in questa sede. Sinteticamente essa rappresenta "l'ambito libero delle potestà amministrative in quanto siano funzionalizzate" (M. S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 263 ss) e sussiste quando l'amministratore è legittimato a compiere una scelta, finalizzata al soddisfacimento dell'interesse pubblico primario, attraverso una valutazione e una comparazione tra interessi secondari, sia pubblici che privati (M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., p. 48 ss). e nel rispetto dei limiti entro i quali può esercitare il proprio potere (si ritiene in proposito che le scelte discrezionali dell'amministrazione siano sindacabili in sede giurisdizionale, sotto il profilo della ragionevolezza, logicità, coerenza, proporzionalità, trasparenza, e, ovviamente per quanto detto sinora, imparzialità e il principio di buon andamento, nei limiti in cui la valutazione non riguardi solo l'opportunità di una scelta comunque logica e congruente rispetto al fine concreto perseguito dall'Amministrazione). Questo tipo di attività amministrativa è detto discrezionale in quanto è espressione di una manifestazione di volontà avente intento finalistico, essendo il fine l'interesse pubblico primario (intento che non troviamo al contrario nell'attività giudiziaria). L'attività discrezionale può esserlo riguardo all'emanazione, al contenuto, ovvero sia riguardo all'emanazione che al contenuto. Peraltro la discrezionalità non deve portare necessariamente alla soluzione più opportuna, regola extragiuridica attinente al merito, ma è sufficiente che tale soluzione sia congrua.

Non tutta l'attività amministrativa possiede il carattere della discrezionalità: talvolta essa è vincolata, dovendo solo verificare l'esistenza dei presupposti di legge. In questi casi, laddove la conoscenza dei fatti richieda l'utilizzo di canoni di valutazione specifici della materia in oggetto, si parla di discrezionalità tecnica, concetto distinto e diverso da quello di discrezionalità finora utilizzato e che viene usualmente qualificato come discrezionalità amministrativa. In presenza di discrezionalità tecnica, l'amministrazione non si limita a certificare l'esistenza dei presupposti, bensì li accerta attraverso l'apprezzamento e la valutazione di fatti e fenomeni secondo condivise e, talvolta complesse, regole tecniche e scientifiche.

<sup>78</sup> L'efficacia riguarda infatti la rispondenza del risultato ottenuto rispetto all'obiettivo perseguito.

<sup>79</sup> H. Simon, *op. cit.*, p. 172 ss.

Un secondo significato avvicina, al contrario, il concetto di “efficienza” a quello, appunto, di “efficacia”: il primo, similmente al secondo, starebbe a significare la capacità di perseguire il risultato voluto. Tornando all’esempio precedente, per essere efficiente la biblioteca pubblica dovrà non solo sfruttare al meglio le risorse a sua disposizione, ma anche soddisfare a pieno le esigenze della sua utenza; ne deriva che un’amministrazione oculata non rende necessariamente la biblioteca efficiente poiché essa potrebbe non essere comunque in grado di conseguire l’obiettivo affidatole<sup>80</sup>.

Questa seconda accezione del criterio di efficienza pubblica è stata in auge alla fine dell’800<sup>81</sup>; successivamente si è passati verso un’interpretazione più legata al rapporto tra ricavi e costi<sup>82</sup>, per poi essere nuovamente accolta, a partire dagli anni ’60 da quella parte della dottrina che attribuisce la qualifica di “efficiente” a quella organizzazione in grado di raggiungere razionalmente i propri fini<sup>83</sup>, allargando così l’ambito di valutazione dalla struttura all’azione amministrativa.

Passando agli effetti concreti dell’applicazione del criterio di efficienza al settore pubblico, forse anche per la maggiore complessità della sua definizione in tale ambito, essi sono stati generalmente piuttosto scarsi: la realtà, soprattutto in Italia, è stata spesso contraddistinta da un’endemica incapacità ad agire delle organizzazioni a carattere non di impresa, e in special modo i soggetti pubblici, secondo alcuno dei diversi criteri di efficienza proposti dalla dottrina<sup>84</sup>. Si è così sviluppato un ampio dibattito circa le cause di una diffusa inefficienza pubblica, che ha portato all’elaborazione teorica di diverse spiegazioni di tale inefficienza.

Le cause dell’inefficienza amministrativa riscontrabili in molti casi concreti sono state spesso imputate alla categoria dei burocrati<sup>85</sup>, accusata di essere un corpo autoreferenziale, volutamente estraneo al resto della società, la cui condotta è stata attentamente studiata dalle scienze economiche e sociali. In particolare la teoria della

---

<sup>80</sup> D. W. Waldo, *The administrative state*, New York, 1948, p. 19 ss.

<sup>81</sup> Definizione di efficienza in “*The Oxford Dictionary*”.

<sup>82</sup> S.H. Slichter, voce *Efficiency*, in *Enciclopedia of Social Sciences*, 5, 437.

<sup>83</sup> R. Bettini, *Il principio di efficienza in scienza dell’amministrazione*, Milano, 1968, p. 31-32.

<sup>84</sup> H. Simon, *op. cit.*, p. 172 ss; D. W. Waldo, *op. cit.*, p. 19 ss; R. Bettini, *op. cit.*, p. 31-32; S.H. Slichter, *op. cit.*, p. 437. V. anche *infra* al paragrafo 2 di questo stesso capitolo

<sup>85</sup> J. O. Freedman, *Crisi and legitimacy. The administrative process and the American government*, Cambridge, 1978, p. 260 ss. W. Niskanen, *Bureacracy and representative government*, London, 1971, p. 13 ss.

“*Public Choice*”, sviluppatasi negli Stati Uniti negli anni ’60<sup>86</sup>, assume che i funzionari pubblici, come tutti gli altri individui, perseguano i loro interessi egoistici, i quali divergono da quelli della collettività di cui lo Stato è chiamato a prendersi carico; gli obiettivi degli amministratori, secondo questa teoria, sarebbero in particolare il loro salario, i *benefits* derivanti dal loro *status* e il prestigio della loro carica: il salario dipende non solo dalla produttività, ma anche dalle maggiori informazioni di cui gli amministratori possono disporre rispetto ai terzi, cittadini e imprese; il prestigio può essere identificato con il *budget* del loro ufficio<sup>87</sup>.

Per massimizzare tali obiettivi gli amministratori potranno essere indotti a non rivelare informazioni ovvero a dissipare risorse, ove la probabilità di essere sanzionati sia sufficientemente bassa, attuando così pratiche inefficienti; si tratta di motivazioni del tutto razionali che, in quanto tali spiegherebbero comportamenti devianti rispetto ai principi stabiliti dal legislatore, incluso quello di efficienza.

Allo stesso modo, peraltro, anche i membri dell’organo legislativo talvolta ricercheranno il consenso dei c.d. elettori marginali ovvero saranno influenzati da gruppi portatori di interessi specifici (c.d. *lobbies*), con l’effetto di introdurre normative non sempre ispirate dall’interesse generale<sup>88</sup>.

Un’ipotesi alternativa delle possibili inefficienze dell’attività amministrativa, anch’essa mutuata dalla teoria economica, fa invece riferimento al fatto che lo Stato opera in un contesto di monopolio, in quanto è l’unico soggetto autorizzato ad esercitare il potere autoritativo<sup>89</sup>. Da ciò discenderebbe, così come nel monopolio, l’assenza di incentivi ad operare in condizioni di efficienza, a causa della mancanza della pressione competitiva e in assenza di norme di legge che le impongano. Questa teoria spiegherebbe, allo stesso modo, l’inefficienza dell’attività normativa, dato che il legislatore, allo stesso modo dell’amministrazione, opera in condizioni di monopolio.

Altri hanno infine evidenziato l’inadeguatezza del modello gerarchico che tradizionalmente caratterizzava l’antica pubblica amministrazione a svolgere i nuovi compiti che la moderna società attribuisce alla funzione amministrativa; compiti che

---

<sup>86</sup> A. Ogus, *Regulation – Legal form and economic theory*, Oxford, 1994, p. 63 ss.

<sup>87</sup> W. Niskanen, *op. cit.*, p. 54 ss.

<sup>88</sup> A. Ogus, *op. cit.*, Oxford, 1994, p. 63 ss.

<sup>89</sup> A. Downs, *Teoria economica della democrazia*, Bologna, 1988, p. 33 ss.

richiedono un'organizzazione snella, le cui competenze siano ripartite su basi orizzontali e non più verticali, affinché essa si configuri secondo un modello rispettoso del criterio di efficienza.

Sempre in chiave storica, limitatamente ai paesi di *civil law*, una ulteriore causa è da ricercarsi nella struttura dei pubblici poteri emersa a seguito della Rivoluzione francese: in tale periodo, a seguito dell'abolizione delle corporazioni (Legge *Le Chapelier* del 1791) e della conseguente illegittimità di una gestione della cosa pubblica fondata sulle persone<sup>90</sup>, le norme di contabilità pubblica hanno imposto agli enti pubblici l'adozione del modello fondazionale che vincola la destinazione del patrimonio ai fini da essi perseguiti, nell'intento di tutelare il patrimonio degli enti da eventuali comportamenti degli amministratori suscettibili di distoglierlo dai propri fini istituzionali. In questo modello gli enti pubblici non avevano sovranità e di conseguenza non dispongono dei poteri necessari per perseguire con successo i propri fini istituzionali.

L'effetto in termini di efficienza di questa impostazione, come è facilmente intuibile, è stato deleterio poiché non attribuiva alcuna responsabilità di gestione al personale, il quale, a sua volta, veniva compensato una sorta di "diritto all'inamovibilità"; né incentivava un utilizzo efficiente delle risorse, bastando che fosse rispettato il vincolo di destinazione delle stesse e, sebbene sia stato nel tempo abbandonato, di esso ancora risentono le strutture amministrative odierne. Ed è invece proprio il principio di responsabilità di chi rappresenta i pubblici poteri che costituisce un necessario presupposto al rispetto del criterio di efficienza nello svolgimento dell'azione pubblica.

Altrettanto importante nel dibattito teorico è, infine, lo sviluppo di affidabili metodologie di valutazione della capacità degli apparati pubblici di attenersi al criterio di efficienza nella prassi: un'efficace misurazione dell'attività amministrativa, o legislativa, infatti, rappresenta la base essenziale per applicare proficuamente il criterio di efficienza ai pubblici poteri, eventualmente innovando, correggendo o adattando le definizioni adottate, se esse si rivelano poco aderenti alla realtà<sup>91</sup>. Le peculiarità insite nei processi di produzione pubblica rendono, d'altra

---

<sup>90</sup> F. Furet-D. Richet, *La rivoluzione francese*, Bari, 1995, I, p.162.

<sup>91</sup> P. Negro, *Economicità delle azioni pubbliche: problemi di valutazione*, Milano, 1992, p. 36 ss. Per un'analisi scientifica dei concetti e metodi utilizzabili per valutare, secondo gli schemi offerti dalla

parte, particolarmente delicato il processo di misurazione dell'efficienza, soprattutto in relazione all'individuazione di adeguati *standards* valutativi: mentre, infatti, nel settore privato, i canoni di riferimento per la valutazione dell'efficienza possono essere abbastanza facilmente ricavati grazie all'univocità degli obiettivi di produzione, massimizzazione del profitto *in primis*, nel settore pubblico essi possono essere fissati solo dopo un'attenta analisi degli specifici obiettivi di produzione<sup>92</sup>, la cui definizione, come si è visto, non è un compito semplice.

Queste questioni meriterebbero ben altro approfondimento. Lasciando aperta la questione dell'efficienza dell'attività del legislatore, nonché il concetto di efficienza pubblica in generale, passiamo a valutare la definizione di efficienza pubblica con cui dobbiamo rapportarci in ambito amministrativo, in quanto quest'ultimo costituisce lo spazio giuridico in cui operano le autorità europee demandate all'applicazione della disciplina *antitrust*.

## **2.2 Portata della nozione di efficienza degli apparati pubblici.**

Per quanto riguarda la portata del termine, la principale problematica concerne, come già accennato, la sua ampiezza in relazione alla nozione economica originaria.

Nel suo significato più ampio l'efficienza in termini giuridici, esprime la capacità dell'ordinamento di soddisfare i bisogni della collettività, secondo le priorità indicate dagli organi competenti (principalmente il legislatore), con le risorse disponibili<sup>93</sup>, dove i bisogni della collettività esprimono gli obiettivi di benessere espressi dai vari gruppi sociali che partecipano alla vita dello Stato; si tratta di fini cangianti, che, come detto, conferiscono relatività al concetto di efficienza. Il diritto tenderà a perseguirla con l'introduzione di discipline, istituti e principi giuridici orientati a garantire che la struttura e l'azione degli apparati pubblici rispondano a tale requisito, sia assicurando un rapporto adeguato tra le risorse e i fini da perseguire, sia favorendo la realizzazione degli interessi collettivi propri

---

teoria economica, l'efficienza delle pubbliche amministrazioni si veda D. Fabbri-R. Fazioli-M. Filippini, *L'intervento pubblico e l'efficienza possibile. Strumenti di analisi e politiche economiche per una burocrazia più efficiente*, Bologna, 1996.

<sup>92</sup> Per apprezzare la specificità di una valutazione di efficienza del sistema sanitario pubblico italiano, si veda ad esempio Goisio-Dell'oro, *Efficacia ed efficienza nel sistema sanitario*, Milano, 1989

<sup>93</sup> G. M. Salerno, *op.cit.*, p.87 ss.

dell'ordinamento, la cui sintesi, nei termini e nelle priorità stabilite dall'ordinamento, costituisce il fine ultimo dell'attività statale. L'efficienza pubblica individuerebbe, di conseguenza, l'idoneità degli organi e degli apparati autoritativi all'adempimento dei compiti che giuridicamente sono loro attribuiti<sup>94</sup>, e sarà massima quanto più vi è rispondenza effettiva rispetto al voluto. In questo senso il concetto di efficienza non viene limitato al rapporto tra mezzi e fini, o alla condizione allocativa dei beni, ma, esprimendo la capacità dell'ordinamento a curare e a tutelare gli interessi aventi rilievo pubblico, include anche quell'aspetto finalistico, che in economia rientra invece nella nozione di efficacia.

Data l'ampiezza di questa definizione alcuni autori hanno effettuato un'ulteriore distinzione tra efficienza interna, o della struttura, ed efficienza esterna, o dell'adempimento<sup>95</sup>: la prima è costituita dal grado di stabilità, produttività ed economicità del sistema complessivo degli apparati pubblici e esprime il grado di ottimizzazione dell'impiego delle risorse a disposizione della collettività nel perseguimento dei (predeterminati) fini pubblici, focalizzando quindi sulle capacità organizzative delle pubbliche amministrazioni che devono essere strutturate in modo da svolgere la loro funzione secondo flessibilità, razionalità, stabilità (che non significa rigidità), diversificazione, economicità; la seconda individua l'attitudine dei poteri pubblici a conseguire gli obiettivi prefissati (efficienza finalistica), concentrandosi sulla capacità di azione degli apparati pubblici, nel rispetto tra gli altri, dei requisiti di coerenza, regolarità, continuità, rapidità, trasparenza, doverosità, completezza, tempestività, minor danno per i destinatari. Questo secondo concetto si sovrappone, come detto, a quello economico di efficacia, in quanto definibile come misura in cui un'organizzazione riesce a realizzare i propri fini e obiettivi prestabiliti.

In termini più ristretti la nozione di efficienza è stata invece considerata con riferimento alla sola struttura degli apparati, che ottempererebbero al criterio di efficienza se organizzate in modo razionale e adeguato ai fini che devono perseguire<sup>96</sup>. L'efficienza farebbe quindi riferimento esclusivamente alla struttura, la quale deve essere predisposta in modo tale da essere potenzialmente in grado di perseguire l'interesse pubblico, nel rispetto dell'efficienza operativa, di derivazione

---

<sup>94</sup> G. M. Salerno, *op.cit.*, p. 137-139.

<sup>95</sup> A. Cimmino, *La programmazione organizzativa*, Milano, 1964, p. 194.

<sup>96</sup> H. Simon, *op. cit.*, p. 264 ss.

strettamente economica, dell'efficacia e della legalità. Si considera invece in termini separati l'efficacia, la quale, in ambito amministrativo farebbe riferimento ad una valutazione attenta dell'utilità concreta di ogni apporto da parte di qualsiasi soggetto interno o esterno all'amministrazione, riferendosi quindi all'opportunità che ogni intervento pubblico sia giustificato sulla base del valore aggiunto che esso poi porta rispetto all'obiettivo finale. In questa seconda accezione di efficienza, è primariamente l'organizzazione degli uffici che rileva al fine della massimizzazione dell'efficienza del sistema degli apparati pubblici: occorrerà valutare, ad esempio, a quali e quanti organi devono essere affidati i vari obiettivi da raggiungere, ovvero se è più funzionale una struttura centralizzata o decentrata. E' stato osservato come questa seconda definizione accosti il concetto di efficienza a quello di elasticità dei pubblici uffici<sup>97</sup>, scindendolo, come detto, da quello di efficacia, poichè non rileva l'effettivo risultato conseguito dagli apparati pubblici, ma l'idoneità della loro struttura e delle regole che la disciplinano, a perseguirli. Si tratta, quest'ultimo, di un concetto di efficienza elaborato negli anni '60 che risente del periodo storico in cui è stato sviluppato; tuttavia resta probabilmente da preferirsi al primo, in quanto più vicino a quello tradizionale di derivazione economica e aziendalistica, da cui bisogna necessariamente partire, esprime l'ottimizzazione del rapporto tra mezzi e fini: non tanto quindi la capacità della pubblica amministrazione a perseguire gli obiettivi prefissati, quanto la predisposizione di una struttura ottima che massimizzi tale capacità in termini potenziali. La parte in cui questa definizione risente del periodo storico in cui è stata elaborata riguarda invece la preminente attenzione dedicata all'organizzazione della Pubblica Amministrazione, intesa in particolare come ottimizzazione dell'impiego del personale. Una nozione più moderna deve invece tenere conto di tutti i vari momenti di gestione dell'attività statale: dalle procedure di funzionamento ai tempi di svolgimento alla capacità di valutazione quantitativa e qualitativa.

L'intervento pubblico è pertanto qualificabile come efficiente quando, razionalmente, configura, ed eventualmente adegua, gli organi e gli uffici in modo che siano idonei (aggettivo da intendersi nel senso di opportunità) ad adottare con tempestività ed economicità i provvedimenti più opportuni per conseguire gli

---

<sup>97</sup> M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 67 ss.

obiettivi che sono stati loro affidati dal legislatore, nel rispetto del principio di legalità, tra le alternative disponibili<sup>98</sup>. Alternative che, come vedremo nel proseguo del capitolo<sup>99</sup>, una volta accertata la loro compatibilità con l'ordinamento vigente e con i suoi principi, sono comparabili tra loro sulla base di metodologie di valutazione d'impatto economico. Una valutazione di efficienza pubblica non implica in ogni caso una valutazione di legittimità, della struttura o dell'azione amministrativa, in quanto l'esame degli aspetti di efficienza costituisce comunque una valutazione in termini di opportunità e, pertanto, di merito.

A livello di diritto internazionale importanti riferimenti al principio di efficienza sono rinvenibili nei principi comunitari stabiliti dal Trattato dell'Unione Europea del 1992, che hanno imposto nuovi doveri alle amministrazioni degli Stati membri, ovvero rafforzato regole già esistenti, sollecitandone l'attuazione concreta. Tra questi, in particolare, i principi di sussidiarietà e di proporzionalità (art. 5 del Trattato delle Comunità Europee), nonché i già presenti principi di responsabilità e unicità dell'amministrazione, di adeguatezza. La disciplina comunitaria ha inoltre incentivato l'efficienza degli apparati pubblici attraverso la prescrizione di alcune linee guida: la tutela della libera concorrenza e delle regole di mercato in molti settori, inclusi quelli caratterizzati dalla presenza di un monopolista pubblico; l'imposizione di più rigide procedure alla pubblica amministrazione, come nelle concessioni dei contratti di servizio pubblico e nei bandi di gara per gli appalti pubblici; l'eliminazione della discrezionalità amministrativa in alcune tipologie di provvedimenti, favorendo, ad esempio, il passaggio dal regime concessorio a quello autorizzatorio in molti settori economici regolamentati.

In questo modo è stata fortemente ridotta l'influenza della politica sull'attività amministrativa, spesso nefasta in una prospettiva di efficienza.

### **2.3 Il criterio di efficienza nell'ordinamento nazionale. L'art. 97 della Costituzione, il suo significato e il suo recepimento a livello legislativo.**

---

<sup>98</sup> Si veda anche la definizione di R. D'Amico in *Manuale di scienza dell'amministrazione*, Roma, 1992. L'A. definisce l'efficienza pubblica come la "capacità di un'organizzazione complessa di raggiungere i propri obiettivi attraverso la combinazione ottimale dei fattori produttivi".

<sup>99</sup> V. *infra* par. 5

Una volta definito il criterio di efficienza pubblica a livello generale, analizziamo l'evoluzione del concetto nell'ordinamento nazionale, benchè esso per la sua specificità non costituisca un esempio estendibile ad ordinamenti.

Punto focale dell'analisi della nozione di efficienza giuridica nel nostro ordinamento è il livello gerarchico più elevato delle fonti del diritto, e quindi la norma costituzionale sul buon andamento della pubblica amministrazione.

L'art. 97 della Costituzione prescrive al primo comma che i pubblici uffici siano organizzati sulla base di norme di legge, in modo tale che l'attività della Pubblica Amministrazione si svolga secondo i principi di buon andamento e imparzialità<sup>100</sup>. Il secondo è individuabile nell'obbligo da parte dell'amministrazione pubblica di ponderare tutti gli interessi legislativamente tutelati secondo criteri di obiettività ed eguaglianza, nella misura in cui non sia applicabile il principio di legalità<sup>101</sup>. Il primo impone all'amministrazione di perseguire la migliore realizzazione dell'interesse pubblico in modo che siano rispettati determinati criteri di opportunità; tali criteri di opportunità, come vedremo, non sono stati omogeneamente individuati dai diversi orientamenti dottrinali e dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, ma tra di essi è incluso almeno in parte il principio di efficienza pubblica.

Limitando la nostra analisi al principio di buon andamento, deve sottolinearsi preliminarmente come il dibattito intorno a tale concetto ha influenzato e continui ad influenzare la nozione di efficienza pubblica, così come emerge dalle principali ricerche sul tema. L'effetto di attribuire rilievo costituzionale al criterio di efficienza è infatti rilevante in termini di valutazione dell'attività pubblica, poiché implica che il canone valutativo basato sull'efficienza contribuisca a dare forma ad un valore costituzionale in sé e quindi a un principio pariordinato e confrontabile con gli altri principi costituzionali.

---

<sup>100</sup> Art. 97 Cost.: "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione". Si tratta, come accennato, di un'originalità della Carta italiana, in quanto, sebbene principi simili si ritrovino anche in altri ordinamenti (Nell'ordinamento inglese troviamo ad esempio la regola di non ingerenza politica nell'azione amministrativa, avente la stessa *ratio* del principio di imparzialità. Così M.S. Giannini in *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, p. 90-91), essi non si presentano nella stessa forma di cui all'art. 97.

<sup>101</sup> C. Pinelli, *Art. 97*, in *La Pubblica Amministrazione - Commentario della Costituzione* fondato da G. Branca, Bologna, 1994, p. 195.

Per comprendere a pieno la relazione tra il concetto di “buon andamento” e quello di efficienza, devono essere individuati la portata e l’ambito di applicazione del principio costituzionale di cui all’art. 97. Questa questione, di carattere generale ha conosciuto nel tempo diverse interpretazioni scientifiche e giurisprudenziali, che hanno definito, sviluppato e consolidato alcuni orientamenti in merito al campo di applicazione e alla valenza giuridica della disposizione in oggetto: se cioè la norma vada intesa come regola generale o norma precettiva; quali siano i suoi destinatari, in primo luogo il legislatore, ma anche l’amministrazione pubblica e gli organi giurisdizionali; quale sia la sua portata, valutando se il suo campo di applicazione sia estendibile all’ordinamento generale; se, con riferimento all’amministrazione, la norma si riferisca solo al momento organizzativo, ovvero essa riguardi anche lo svolgimento dell’attività dei pubblici uffici; infine se nell’ambito degli apparati amministrativi pubblici, essa attenga solo all’amministrazione statale o anche ad enti amministrativi di diversa natura<sup>102</sup>.

In sede di interpretazione scientifica il riferimento all’organizzazione degli uffici e l’assenza di alcuna iniziativa legislativa applicativa ha inizialmente orientato parte della dottrina nel limitare il portato della norma, equiparandola a quello di una regola generale avente ad oggetto i soli pubblici uffici, che imponeva loro un generico onere di buona amministrazione, e priva quindi di carattere prescrittivo<sup>103</sup>. Questa soluzione trovava la sua ragione nelle vicende che portarono all’approvazione dell’art. 97 in Assemblea Costituente: in sede di lavori preparatori, infatti, il contenuto del futuro art. 97 fu analizzato limitatamente alla questione della riserva di legge in materia di organizzazione dello Stato e all’esigenza di limitare l’ingerenza politica nelle amministrazioni pubbliche per garantire i funzionari dall’influenza dei partiti e fornire ai cittadini un’amministrazione obiettiva<sup>104</sup>. A tale esigenza, dovuta alla memoria del periodo della dittatura da poco concluso, si aggiungeva la

---

<sup>102</sup> G. D’Alessio, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona, 1993, p. 16 ss.

<sup>103</sup> M. Cantucci, *La pubblica amministrazione*, in P. Calamandrei-A. Levi, *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, II, Firenze, 1950, pp. 158 ss.

<sup>104</sup> V. Carullo, *Costituzione della Repubblica italiana: lavori preparatori*, Bologna, 1950. Emanuele Piga motivò l’introduzione dei principi di cui all’art. 97 affermando la necessità di limitare l’ingerenza politica nell’amministrazione, senza fare riferimento ad esigenze di efficienza. L’attenzione del costituente era infatti focalizzata sull’imparzialità, alla luce della politicizzazione dell’amministrazione verificatasi durante il regime fascista (U. Allegretti, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1999, p. 133).

precedente tradizione amministrativa, a parte rare eccezioni<sup>105</sup>, che concentrava la sua attenzione sulle questioni di legittimità dell'azione amministrativa, piuttosto che sul merito della stessa<sup>106</sup>. Questa lettura del significato attribuito al principio di buon andamento nella prima fase di vigenza della Costituzione, come detto, è suffragata dal ruolo cruciale attribuito dai costituenti alla legge ordinaria quale strumento necessario per specificare ed attuare la norma di principio enunciata dall'art. 97, quasi a sottolineare la sua incapacità di produrre direttamente un effetto giuridico.

Questa posizione fu presto abbandonata: emerse infatti, a partire dalla fine degli anni '50 un'impostazione che riconduceva il concetto di buon andamento a quello di merito amministrativo, ossia a tutti quegli aspetti nei quali sia lasciata alle autorità amministrative la possibilità di effettuare una valutazione non alla stregua di norme giuridiche<sup>107</sup>, e che contestualmente ampliava la portata del vizio di legittimità dell'eccesso di potere fino a ricomprendere alcuni casi di inosservanza del principio di buona amministrazione (elaborando la figura dello "sviamento di potere"), giungendo addirittura per alcuni a far coincidere il giudizio di legittimità dei provvedimenti con il controllo sulla rispondenza delle scelte amministrative al canone di buon andamento<sup>108</sup>. Proprio la genericità del concetto avrebbe permesso infatti di massimizzarne la prescrittività, adeguandoli di volta in volta alla situazione concreta attraverso l'opera del giudice amministrativo (che peraltro, come vedremo, raramente è intervenuto incisivamente su questo tema). In ragione di tale mutato orientamento, nonché al fine di stimolare una reale applicazione della carta Costituzionale, la dottrina amministrativista ha ammesso in larga maggioranza la portata prescrittiva del dettato costituzionale, chiarendo che non si tratta di un principio meramente programmatico ed extragiuridico, ma precettivo, e non solo mirante ad indirizzare l'attività del legislatore al fine di dare attuazione alla disposizione costituzionale<sup>109</sup>, ma diretta a porre una serie di regole che vincolano il

---

<sup>105</sup> Tra questi spiccano A. Amorth, che nel 1939 scrisse proprio sul merito amministrativo (A. Amorth, *Il merito amministrativo*, Milano, 1939) e Sandulli (A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940).

<sup>106</sup> P. Calandra, *Efficienza e buon andamento della Pubblica Amministrazione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XII, 1988, p. 1.

<sup>107</sup> A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1980, p. 404-405.

<sup>108</sup> G. D'Alessio, *op. cit.*, p. 18.

<sup>109</sup> C. Pinelli, *op. cit.*, p. 192.

legislatore stesso a non sviare rispetto a tali criteri, così come lo impone ad ogni autorità pubblica svolgente funzioni amministrative<sup>110</sup>.

In questo contesto alcuni autori, in particolare il Nigro, hanno ricondotto alla formula del buon andamento l'esigenza di un'organizzazione rispondente nel migliore dei modi all'adempimento dei compiti ad essa assegnati e che dispone di strumenti operativi il più possibile confacenti al raggiungimento di tali fini, muovendo dal principio che la struttura degli apparati pubblici deve poggiare su mezzi giuridici elastici<sup>111</sup> affinché rispetti il criterio di buon andamento-efficienza. Il principio di buon andamento, così come quello di imparzialità, è stato così inteso in funzione della struttura organizzativa, "per ordinare la quale l'intero comma primo dell'art. 97 è scritto"<sup>112</sup> e posto alla base dell'attribuzione del potere di auto-organizzazione all'amministrazione. Conseguentemente, affinché il precetto costituzionale sia rispettato è necessario e sufficiente che l'amministrazione venga strutturata e organizzata, sia con riferimento all'ordinamento interno, sia per quanto concerne l'apprestamento delle attività aventi rilevanza esterna, in modo tale da garantire, almeno potenzialmente, il raggiungimento degli obiettivi posti, anche attraverso una coordinata politica di indirizzo dell'esecutivo. In questa accezione il principio di buon andamento acquisirebbe una forza giuridica che, secondo l'autore, non potrebbe avere nel caso in cui venisse inteso come un generico dovere di buona amministrazione.

In particolare, sempre secondo il pensiero di Nigro<sup>113</sup>, il criterio di efficienza, comprendente *in toto* il principio di buon andamento, e quindi avente rilievo costituzionale, si risolverebbe in un "principio di elasticità, o puntualità, rispetto al voluto"<sup>114</sup>, da intendersi in senso dinamico. In particolare, una valutazione in termini di efficienza/elasticità si svilupperebbe in due direzioni: con riferimento al contenuto delle decisioni, nei limiti dei margini di discrezionalità a disposizione, e con riferimento al modo di farsi, osservando la capacità dell'amministrazione di auto-

---

<sup>110</sup> C. Pinelli, *op. cit.*, p. 173; M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., p. 90-91; A. Andreani, *Il principio costituzionale di buona andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979, p.19.

<sup>111</sup> M. Nigro, *op. cit.*, p. 85-86. Nello stesso senso L. Arcidiacono et al., *Diritto costituzionale*, Milano, 2006, p. 373.

<sup>112</sup> M. Nigro, *op. cit.*, p. 75.

<sup>113</sup> Mario Nigro avrebbe poi presieduto la Commissione incaricata di redigere la proposta di riforma del procedimento amministrativo, da cui scaturirà la legge 241/90.

<sup>114</sup> M. Nigro, *op. cit.*, p. 86.

organizzarsi in termini di adeguatezza rispetto ai risultati che si è posta. Siccome però il primo comma dell'art. 97 è inteso dal Nigro in funzione dell'organizzazione, è questo secondo aspetto del criterio di efficienza che acquisisce particolare rilievo e valenza giuridica. Emerge in questa definizione, focalizzata sulla rilevanza interna all'amministrazione dei principi stabiliti dall'art. 97, l'incidenza determinante del dato strutturale rispetto all'espletamento delle funzioni e dei compiti attribuiti agli apparati pubblici e quindi imprescindibile connessione tra il versante dell'organizzazione e quello dello svolgimento dell'attività amministrativa, ma soprattutto l'accostamento del concetto di efficienza elaborato dalla scienza dell'organizzazione aziendale al principio costituzionale.

Un'altra lettura, più ampia e in grado di ricomprendere i vari significati della locuzione, è quella proposta dal Sandulli, focalizzata sul precetto di opportunità dell'azione amministrativa cui il buon andamento andrebbe ricondotto. Viene rinvenuta, nell'art. 97, sempre una norma di tipo precettivo, avente però, per quanto concerne il buon andamento, un ambito di applicazione esteso a tutto il merito amministrativo, inteso appunto come buona amministrazione<sup>115</sup>, sia per quanto riguarda l'organizzazione che l'azione dei pubblici uffici. In questa lettura la buona amministrazione si estrinsecerebbe da un lato nel confronto ragionato "di tutti gli interessi pubblici compresenti nella vicenda specifica"<sup>116</sup>; dall'altro nella contestuale osservanza delle regole di condotta più idonee a garantire, tra le altre, "la prontezza, la semplicità, l'economicità e la puntuale adeguatezza dell'azione amministrativa"<sup>117</sup>. Acquisisce conseguentemente maggiore rilevanza il contenuto delle decisioni amministrative ed emerge una valutazione di tipo più qualitativo dell'attività amministrativa, cui il criterio di buon andamento conferisce una propria giuridicità<sup>118</sup>. Questa interpretazione si discosta pertanto da quella del Nigro sia per una concezione del buon andamento che comprende sì il riferimento all'efficienza ma non si esaurisce con essa, sia per l'inclusione dell'intera funzione amministrativa,

---

<sup>115</sup> A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989 pp. 58 ss; A. Andreani, *op.cit.*, p. 46 ss.

<sup>116</sup> A. M. Sandulli, *op. cit.*, pp. 585.

<sup>117</sup> A. M. Sandulli, *op. cit.*, pp. 585.

<sup>118</sup> Peraltro è stato anche osservato come la maggiore ampiezza dell'ambito applicativo affievolisca la forza giuridica di tale principio: mentre se fosse riferito alla sola organizzazione, il buon andamento costituirebbe un vero e proprio precetto strutturale, in questa definizione, riferita anche all'azione e al merito, si limita ad essere un criterio valutativo generale, pur mantenendo una valenza giuridica (B. Cavallo, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, Milano, 2005, p. 65-67).

e non solo dell'organizzazione, come ambito di applicazione del principio di buon andamento.

In particolare il rispetto del principio di buon andamento non coincide più solamente con il conformarsi al criterio di efficienza. Il richiamo all'idea dell'efficienza rimane necessario: dentro e dietro la formula del buon andamento c'è sicuramente la visione di un'organizzazione ben strutturata e ben funzionante che presenta un assetto rispondente nel migliore dei modi al perseguimento dei suoi scopi e all'adempimento dei compiti ad essa assegnati, così come impone il criterio di efficienza, comunque esso venga inteso. Tuttavia una valutazione di efficienza, benchè attenga al merito amministrativo, non esaurisce l'esame di opportunità previsto dalla valutazione di merito, in quanto quest'ultima potrebbe essere negativa anche là dove tutte le alternative dell'autorità amministrativa superassero un esame di efficienza. Il criterio di merito, infatti, impone all'amministrazione di adottare la scelta più opportuna tra quelle legittime, nel simultaneo rispetto dei margini di discrezionalità amministrativa ammessa dalla legge, delle regole tecniche (c.d. discrezionalità tecniche) e di altri eventuali precetti<sup>119</sup>, quali l'efficienza, ma non solo. Gli atti amministrativi, pertanto, per rispettare il criterio di buon andamento, non solo devono essere idonei a conseguire gli obiettivi che le sono stati affidati dal legislatore, ma rappresentare anche la soluzione perfettamente adeguata per tempo e mezzi al fine specifico da raggiungere.

Viene introdotto così il raggiungimento del "risultato" come uno dei criteri di rilevanza costituzionale che la pubblica amministrazione deve soddisfare nello svolgimento della sua attività, in contrapposizione a chi, come Nigro, ne mette in luce la natura di canone da seguire nella definizione degli assetti strutturali e nell'assunzione delle scelte operative dell'amministrazione, avviando così quell'evoluzione da "amministrazione per atti" a "amministrazione di risultato"<sup>120</sup> che ha costituito la base teorica delle riforme normative intervenute negli anni '90.

Il criterio di efficienza, infine, secondo alcuni ricomprenderebbe interamente questa nozione di buon andamento, nei limiti in cui la definizione adottata consenta

---

<sup>119</sup> P.M. Vipiana Perpetua, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità e irregolarità*, Padova, 2003, p. 348-349.

<sup>120</sup> A. Romano Tassone, *Sulla formula "Amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di E. Cassetta*, Napoli, 2001.

di definire in termini di efficienza le valutazioni sull'opportunità dell'azione amministrativa<sup>121</sup>; in questo caso il vizio di merito corrisponderebbe al c.d. "vizio di efficienza"<sup>122</sup>. Si ritorna così alla questione interpretativa già esposta in precedenza, che contrappone coloro che reputano che il criterio di efficienza abbia una valenza prevalentemente organizzativa (interpretazione di mezzi, o "strumentale"), e coloro i quali, al contrario, estendono la portata del criterio allo svolgimento dell'attività amministrativa, orientandolo quindi verso una valutazione del risultato conseguito dall'amministrazione oltre che dell'idoneità della struttura a perseguirlo (interpretazione di risultato, o "finalistica").

Con l'accostamento, ma non necessariamente la coincidenza, tra buon andamento e efficienza, si è così introdotto nel diritto pubblico italiano un concetto di derivazione economica e aziendale che, come abbiamo visto in precedenza, indica la relazione tra il fine o i fini perseguiti e i mezzi utilizzati, con riferimento, per una parte della dottrina (Nigro) più tradizionalista, alla sola organizzazione dei pubblici uffici, mentre per altra parte della dottrina (Sandulli) tale definizione deve essere estesa all'azione amministrativa coerentemente con il termine "amministrazione di risultato". Questa nozione di efficienza, peraltro, come si è visto<sup>123</sup>, non è rimasta sempre immutata nel periodo preso in esame, né è unanimemente accettata. La concezione attualmente recepita dall'ordinamento italiano è quella elaborata negli anni Settanta e Ottanta da Nigro, ma soprattutto dal Giannini, i quali hanno sostenuto l'opportunità di introdurre, nel settore pubblico i citati concetti di efficienza e di efficacia elaborati dall'economia aziendale, in base alla quale è l'ottimizzazione del rapporto tra mezzi e risorse impiegate rispetto all'obiettivo perseguito a rappresentare l'attuazione del criterio di efficienza anche in ambito pubblicistico, benchè ovviamente consapevoli dei limiti e delle problematiche legate all'utilizzo nel settore pubblico di tale concetto.

Un ulteriore aspetto del dibattito, peraltro di minor rilevanza ai fini del presente lavoro, ha invece riguardato la relazione del principio di buon andamento con quello di imparzialità. Parte autorevole della dottrina, ne ha privilegiato l'aspetto di legalità e di democraticità attraverso la sua connessione indissolubile con il principio

---

<sup>121</sup> A. Andreani, *op.cit.*, p. 21 ss.

<sup>122</sup> R. Juso, *Il così detto vizio di efficienza dell'azione amministrativa*, in *Riv. Amm.*, 1967, p. 421 ss.

<sup>123</sup> V. par. 1 e 2.

di imparzialità, riconoscendo peraltro il concetto di efficienza pubblica come un interesse costituzionalmente rilevante in quanto collegato al principio di buon andamento<sup>124</sup>. L'accostamento ha fatto considerare i due valori costituzionali come complementari tra loro, in quanto facenti parte di un'unica "endiadi"<sup>125</sup> e perciò rappresentanti le due facce del medesimo concetto<sup>126</sup>, atte a formare una nozione unitaria di buona amministrazione, avente contenuto precettivo sia per l'amministratore che per il legislatore, che ne sarebbero i destinatari. In quest'ottica il principio di buon andamento-imparzialità sarebbe un tutt'uno e scaturirebbe dal bilanciamento dei due elementi che si sorreggono e giustificano l'uno con l'altro: un'applicazione simultanea di entrambi i principi la si troverebbe, ad esempio, nel criterio che impone all'amministrazione di acquisire il maggior numero di elementi di valutazione per poter decidere in modo rispondente all'interesse pubblico<sup>127</sup>.

Un secondo filone dottrinale, nel tempo divenuto prevalente, ha invece promosso la separazione dei due canoni di imparzialità e buon andamento, e in taluni addirittura la contrapposizione tra il carattere "garantistico" del primo e il carattere "elastico" del secondo<sup>128</sup>, pur nella correlazione logica del comma in cui sono entrambi ricompresi<sup>129</sup>. Secondo questa interpretazione, infatti, l'adeguatezza della funzione agli interessi da soddisfare, base concettuale del principio di buon andamento, non si esaurirebbe, infatti, nel requisito di imparzialità della stessa. Il criterio di buon andamento è stato così analizzato autonomamente. L'effetto è stato quello di avvicinare più decisamente il concetto di buon andamento al principio di efficienza, attraverso l'accostamento, totale o parziale a seconda delle interpretazioni, del buon andamento con l'efficienza, nel nome di un'interpretazione adeguatrice della disposizione all'evoluzione normativa, giurisprudenziale e

---

<sup>124</sup> M. S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 263 ss.

<sup>125</sup> M. S. Giannini, *op. cit.*, p. 90-91.

<sup>126</sup> R. Marrama, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in L. Mazzarolli-G. Pericu-A. Romano-F.A. Roversi Monaco-F.G. Scoca (a cura di), *op. cit.*, p. 426.

<sup>127</sup> Per l'Allegretti il buon andamento addirittura assorbirebbe il principio di imparzialità che ne costituirebbe una specificazione, rappresentando il primo la norma di sostanza e il secondo la norma strumentale (U. Allegretti, *op. cit.*, p. 135). In uno scritto successivo (*L'amministrazione in una prospettiva di revisione costituzionale*, in *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, p. 248 ss) lo stesso A. propone di modificare la locuzione "buon andamento" con il termine "efficienza", introducendo così il criterio di efficienza (che l'A. non rileva come completamente espresso nel principio di buon andamento) nel dettato costituzionale.

<sup>128</sup> C. Pinelli, *op. cit.*, p. 173 riferendosi al Nigro.

<sup>129</sup> P. Calandra, *op. cit.*, pp. 1-2

dottrinale, maturata nel corso dei decenni successivi all'approvazione della Carta costituzionale<sup>130</sup>.

In ogni caso il principio di buon andamento trova sempre dei limiti nei principi costituzionali fondamentali. Giammai infatti il ricorso e l'applicazione in sede amministrativa di un canone o standard valutativo di efficienza può consentire la violazione o la deroga dei principi fondamentali sanciti dalla carta costituzionale, quali ad esempio il rispetto del diritto alla salute, la sicurezza pubblica, la tutela dell'ambiente, ecc. Così come vi sono altri principi di pari rango costituzionale, oltre a quello di imparzialità già richiamato, riguardanti direttamente l'amministrazione pubblica ovvero aventi diverso oggetto, ma comunque interferenti con il principio in esame, che devono convivere con quello di buon andamento, sia nel caso in cui essi siano legati da un rapporto di strumentalità, e quindi la realizzazione dell'uno è necessaria per il raggiungimento dell'altro, sia nel caso di loro contrapposizione, e in tale ipotesi un soddisfacente contemperamento dovrà essere ricercato<sup>131</sup>. Tra questi rientrano il principio di libera iniziativa economica (art. 41 Cost.) e di proporzionalità.

Accanto al dibattito dottrinale si è sviluppata, a partire dagli anni '70, periodo in cui emerge definitivamente la portata precettiva dell'art. 97 primo comma, l'applicazione della nozione di buon andamento da parte della giurisprudenza amministrativa e costituzionale. In precedenza, infatti, le decisioni che utilizzano la norma di cui all'art. 97 per verificare la conformità ad essa di provvedimenti legislativi, o per applicarli alla valutazione di concrete fattispecie di tipo amministrativo sono sporadiche. Era intervenuta solo la Corte Costituzionale per limitare il suo sindacato in materia, valutando che le modalità di applicazione dei principi di cui all'art. 97 rientrassero nel potere discrezionale del legislatore<sup>132</sup>, il quale, di conseguenza, veniva considerato il primo e principale destinatario della

---

<sup>130</sup> O. Sepe, *op. cit.*, p. 51 ss; M. Nigro, *op. cit.*, p. 67 ss; Santoro, *Il vizio di efficienza dell'azione amministrativa*, in *Cons. St.*, 1973, II, p. 1372 ss.

<sup>131</sup> In passato, peraltro, le esigenze di bilanciamento tra i vari principi costituzionali sono state talvolta richiamate per giustificare pratiche organizzative e gestionali di tipo sostanzialmente dissipatorio: l'inefficienza delle ferrovie dello stato è stata ad esempio spiegata con i diversi obiettivi, di rango costituzionale, che l'azienda perseguiva, quali la solidarietà sociale o il raggiungimento di centri geograficamente o economicamente svantaggiati; recentemente, con la stipula di contratti di servizio pubblico aventi un ambito limitato alle attività che ne presentano i requisiti, e con la separazione contabile dalle gestioni puramente commerciali, è invece emerso come tale spiegazione non esimesse le ferrovie dall'applicazione del criterio di efficienza nello svolgimento della sua attività.

<sup>132</sup> Corte Cost., sent.n. 9 del 3 marzo 1959, in *Giur. Cost.*, 1959, p. 237.

norma costituzionale, nel suo compito di disciplinare l'organizzazione degli apparati pubblici.

Negli anni seguenti quest'interpretazione è stata parzialmente superata, e si è registrato un progressivo interesse dei giudici all'argomento, sia sul piano quantitativo delle pronunce che hanno riguardato il buon andamento, sia sul piano dei contenuti del principio, avvertendo l'esigenza di concretare un precetto giuridico generale ed astratto, quale il "buon andamento" in criteri facilmente individuabili dagli organi preposti nello svolgimento della loro attività istituzionale. Oltre a questo mutato atteggiamento, questa seconda fase giurisprudenziale è altresì legata alla sopravvenuta istituzione dei giudici amministrativi regionali considerata la sostanziale contemporaneità dei due eventi<sup>133</sup>.

La produzione giurisprudenziale sul tema ha così acquisito dimensioni sempre più rilevanti sia dal punto di vista quantitativo, sia dal punto di vista dell'affinamento delle decisioni che si sono via via differenziate in diversi orientamenti interpretativi. Da un lato l'evoluzione successiva della giurisprudenza costituzionale ha accolto la separazione dei due canoni previsti dall'art. 97 della Costituzione considerandoli in maniera autonoma uno dall'altro, pur nella loro correlazione logica, in quanto aventi lo stesso oggetto di riferimento (l'azione amministrativa), e accostando piuttosto i concetti di buon andamento e efficienza<sup>134</sup>; dall'altro non ha trovato un orientamento uniforme per quanto concerne la portata oggettiva del principio di buon andamento, diversamente dalla dottrina, che, su questo punto, generalmente attribuisce un peso rilevante alla tematica del merito. Su questo secondo aspetto si è registrata la contrapposizione tra due diverse interpretazioni giurisprudenziali: la prima ha inteso il canone di buon andamento unicamente applicabile all'organizzazione degli uffici, sulla linea del Nigro, e non avente alcun effetto giuridico sull'attività amministrativa, che invece sottosta ad altri principi costituzionali<sup>135</sup>; la seconda ha invece affermato che il principio in questione non si riferisce esclusivamente alla fase organizzativa della pubblica amministrazione, ma ne investe il funzionamento nel suo insieme e

---

<sup>133</sup> G. D'Alessio, *op.cit.*, p. 33.

<sup>134</sup> Corte cost. 24 febbraio 1995, n. 53, in *Giur. Cost.*, 1995, p. 534 ss; Corte Cost. 4 giugno 1993, n. 266, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 1895 ss; Corte Cost. 16 ottobre 1997, n. 309, in *Giur. Cost.*, 1997, p. 2907 ss.

<sup>135</sup> Corte Cost. sent. 16 giugno 1988, n.680; Corte Cost. sent. 10 marzo 1989, n. 269.

che anche l'attività amministrativa di attuazione della legge è vincolata al buon andamento, portandosi così nel campo del merito<sup>136</sup>.

In questo contrasto di posizioni la Corte Costituzionale, nelle sue pronunce, si è inizialmente concentrata quasi esclusivamente sull'organizzazione, e quindi sugli aspetti di efficienza della struttura (o efficienza interna), con particolare riferimento ai meccanismi di accesso all'impiego, alle norme di inquadramento, ai passaggi di posizione e ruolo<sup>137</sup>, ai principi di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza nelle scelte organizzative (spesso per giustificare un diverso regime di trattamento dei dipendenti rispetto ai rapporti privatistici)<sup>138</sup>.

Più recentemente, tuttavia, la Corte ha fornito una lettura del buon andamento più ampia, stabilendo che il principio di buon andamento statuisce l'obbligo della pubblica amministrazione di perseguire la migliore realizzazione dell'interesse pubblico in modo che vi siano "coerenza" e "congruità" tra l'azione amministrativa e il fine che essa deve perseguire, e riguarda "non solo i profili attinenti alla struttura degli apparati ed all'articolazione delle competenze attribuite agli uffici che compongono la pubblica amministrazione", ma anche "i profili attinenti alle funzioni e all'esercizio dei poteri amministrativi"<sup>139</sup>, arricchendo così il contenuto dell'art. 97 della Costituzione. Quest'ultima interpretazione costituisce l'attuale orientamento della giurisprudenza costituzionale in materia<sup>140</sup>.

Un analogo contrasto di posizioni si riscontra nelle pronunce dei giudici amministrativi: alcune sentenze hanno sottolineato che le finalità sia del principio di buon andamento che del principio di imparzialità riguardano principalmente l'attività amministrativa<sup>141</sup>; altre ne hanno limitato l'applicabilità alle norme organizzative ed all'attività di organizzazione degli uffici<sup>142</sup>. Le seconde giudicando potenzialmente

---

<sup>136</sup> Corte Cost., sent. 14 aprile 1980, n. 51; Corte Cost. sent. 27 aprile 1988 n. 977.

<sup>137</sup> Corte Cost. sent. n. 333/1993. La Corte ha stabilito in questa sede che il ricorso abnorme al concorso interno per la progressione in carriera contrasta col principio di buon andamento; Corte Cost. sent. 8/1967: viola il principio di buon andamento una irrazionale distribuzione del personale tra le varie carriere; Corte Cost. sent. n. 14/1962: viola l'art. 97 l'istituzione di uffici senza indicazione delle competenze, rimesse ad una legge successiva.

<sup>138</sup> Corte cost. sent. n. 440/1991; Corte Cost. sent. n. 991/1988; Corte Cost. sent. n. 1130/1988. Più recentemente si veda Corte Cost. 4 marzo 1997, n. 59, in *Giur. Cost.*, 1997, p. 624-5.

<sup>139</sup> Corte cost. 5 marzo 1998 n. 40, in *Giur. Cost.*, 1998, p. 495 ss. Similmente Corte Cost. 28 ottobre 2003, laddove valuta come inefficiente una legge regionale della Regione Campania.

<sup>140</sup> S. Cassese, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2006, p. 12.

<sup>141</sup> TAR Lazio, III, 21 maggio 1979, n. 391; TAR Lazio, III, 9 febbraio 1981 n. 175.

<sup>142</sup> TAR Lazio, I, 31 marzo 1976.

incostituzionali le norme concernenti il sistema organizzativo della Pubblica Amministrazione, se in contrasto con i principi di imparzialità e buon andamento<sup>143</sup>, escludendo invece che a tali principi ci si possa richiamare nel valutare l'esercizio del potere autoritativo<sup>144</sup>. Tra le decisioni che invece allargano la portata del criterio del buon andamento anche all'attività, non solo organizzativa, dell'amministrazione, alcune di esse, in particolare, hanno rinvenuto, fin dai primi anni '80, nel concetto di buona amministrazione la contestuale osservanza delle regole di condotta più idonee a garantire l'efficienza e l'efficacia della pubblica amministrazione, e cioè, tra le altre, "la prontezza, la semplicità, l'economicità e la puntuale adeguatezza dell'azione amministrativa"<sup>145</sup>, per cui dalla norma costituzionale discende un dovere di buona amministrazione il quale a sua volta si risolve nel dovere di scegliere i provvedimenti più opportuni, non riferendosi pertanto solo al criterio di efficienza, ma anche di efficacia.

Anche a livello di giustizia amministrativa, infine, si è posta la questione di stabilire i confini tra legittimità e merito nelle ipotesi in cui sia chiamato in causa il principio di buon andamento, valutando in particolare se e entro quali limiti il principio di buon andamento costituisca un parametro utilizzabile dal giudice amministrativo in sede di giudizio di legittimità, mediante il ricorso alla figura dello sviamento di potere. In alcune sentenze, infatti, si riscontra un'interpretazione secondo cui l'inosservanza dell'art. 97 della Costituzione inteso come rispetto dei criteri di economicità e speditezza dell'azione amministrativa, non dà luogo a violazione di legge né a eccesso di potere se non in quanto tale mancato rispetto possa essere sintomo di digressione dalla propria funzione<sup>146</sup>: il principio costituzionale non sarebbe infatti atto a limitare l'ambito di apprezzamento della pubblica amministrazione, e conseguentemente la sua violazione costituirebbe vizio di merito non invocabile nel corso di un giudizio di legittimità in quanto vi sarebbe una discrezionalità dell'amministrazione stessa nel valutare le proprie esigenze<sup>147</sup>. In altre troviamo invece numerose affermazioni in base alle quali il buon andamento

---

<sup>143</sup> G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, p.39.

<sup>144</sup> TAR Toscana, 7 maggio 1975, n. 265; TAR Lombardia, Brescia 18 aprile 1986, n. 116; TAR Emilia Romagna, Bologna, n. 594.

<sup>145</sup> Cons. di Stato, sez. IV, 6 maggio 1981 n. 725; TAR Sicilia, Catania, 22 gennaio 1980, n. 15.

<sup>146</sup> Cons. di Stato, sez. IV, 6 maggio 1980 n. 504, in *Giur. It.*, 1981, III, p. 221.

<sup>147</sup> TAR Puglia, 30 agosto 1977, n. 616.

deve ispirare ogni momento dell'organizzazione e dell'azione amministrativa, facendo sorgere un vero e proprio interesse legittimo nei soggetti interessati a vedere aumentati il livello di efficienza del servizio, qualora ciò sia attuabile nel rispetto delle norme vigenti<sup>148</sup>; da ciò consegue un dovere della pubblica amministrazione a rettificare gli atti che non siano espressione di buona amministrazione<sup>149</sup> e la possibilità per il giudice amministrativo di dichiarare l'illegittimità di un provvedimento amministrativo contrastante con il principio di buon andamento. La tesi adottata da questa giurisprudenza è pertanto quella secondo cui i principi di imparzialità e buon andamento costituiscono parametri giuridici idonei a consentire al giudice amministrativo la verifica della validità delle scelte operate dalla pubblica amministrazione entro i limiti del giudizio di legittimità<sup>150</sup>.

In relazione a questa problematica, il Consiglio di Stato ha recentemente distinto, con riferimento alle decisioni adottate dalle autorità amministrative indipendenti, tra un controllo giurisdizionale di tipo "forte", nel quale il giudice si spinge fino a sovrapporre la propria valutazione tecnica a quella dell'autorità, pur restando nell'ambito del giudizio di legittimità, e di tipo "debole", in cui il sindacato del giudice amministrativo è teso solo a verificare la ragionevolezza e la coerenza tecnica della decisione dell'autorità, senza entrare nel dettaglio della stessa<sup>151</sup>.

E' comunque nella sua attuazione concreta, che il principio di buon andamento ha trovato, così come quello di efficienza il suo maggior limite, avendo avuto, secondo giudizio praticamente unanime<sup>152</sup>, un ruolo assai modesto nel delineare l'effettivo assetto dei pubblici poteri, l'organizzazione della Pubblica Amministrazione e lo svolgimento della sua attività istituzionale. Esso, infatti, è stato spesso trascurato dal nostro ordinamento, sia in sede normativa che amministrativa, a prescindere dalla rilevanza giuridica e dall'ampiezza della sua nozione. Le valutazioni effettuate da entità esterne quali il Parlamento e la Corte dei Conti, e interne, hanno spesso evidenziato la crisi di efficienza dell'amministrazione sia sotto il profilo statico, cioè nel rispetto di alcuni standard prefissati nell'utilizzo corretto

---

<sup>148</sup> Cons. di Stato, sez. VI, sentenza n. 178 del 4 marzo 1977.

<sup>149</sup> Cons. di Stato, sez. VI, sentenza n. 450 del 29 settembre 1982.

<sup>150</sup> TAR Lazio, I, sentenza n. 824 del 15 giugno 1989.

<sup>151</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Il Foro it.*, p. 500 ss.

<sup>152</sup> Si veda ad es. A. Andreani, *Principi costituzionali ed "europeizzazione dell'amministrazione"*, in *Dir. Amm.* 1997, p. 537 ss.; A. M. Sandulli, *op. cit.*, pp. 586.

dei mezzi, sia sotto il profilo dinamico, ossia nel proporre nuovi e migliori standard di valutazione e nell'adottare le tecnologie in uso nel settore privato. In particolare il *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato* elaborato dal ministro Giannini nel 1979<sup>153</sup> ebbe un forte impatto culturale in ragione della sua critica all'impostazione burocratico-gerarchica della pubblica amministrazione e della proposta di utilizzare i criteri propri delle organizzazioni private, e quindi delle aziende, per valutare e migliorare le strutture e le tecniche di amministrazione. Modesto, tuttavia, fu l'effettivo impatto: il *Rapporto*, così come gli altri sforzi compiuti dagli studiosi e, più tenuamente, dalla giurisprudenza, finalizzati a dare un contenuto concreto alla nozione di buon andamento, non hanno condotto almeno fino alla fine degli anni '80, ad un concreto miglioramento delle norme regolanti l'organizzazione e l'azione amministrative né tanto meno della prassi amministrativa, a differenza di altri settori dell'ordinamento, nei quali i principi costituzionali hanno costituito l'esplicito fondamento di interventi legislativi e regolamentari.

Questi tentativi di porre l'efficienza della pubblica amministrazione al centro del dibattito pubblico hanno trovato invece riscontro da parte del legislatore a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso. Le ragioni di tale mutato atteggiamento sono da ricercarsi sia in fattori interni che esterni: tra i primi la raggiunta consapevolezza che la crescente dimensione e i crescenti costi degli apparati amministrativi non erano più sostenibili da uno Stato che versava in una profonda crisi finanziaria; tra i secondi l'integrazione europea intensificatasi a partire dalla metà degli anni '80 e culminata nel 1992 con l'adozione del Trattato di Maastricht, e la globalizzazione dei mercati, che ha imposto all'amministrazione pubblica nazionale di confrontarsi sempre più frequentemente con gli organi pubblici di Stati esteri e con istituzioni internazionali, la cui organizzazione nei sistemi anglosassoni non era ispirata al principio gerarchico-piramidale che invece come abbiamo visto costituiva il modello di riferimento nei paesi di *civil law*. Ciò ha portato il legislatore italiano ad avviare, a partire dal 1990, un intenso periodo di riforme normative nel tentativo di dare risposta a questa istanza di efficienza proveniente da più parti.

---

<sup>153</sup>M.S. Giannini, *Rapporto al Parlamento sui principali problemi della Pubblica Amministrazione*, Roma, 1979.

Non è questa la sede per dare conto esaurientemente dell'attività normativa che ha caratterizzato tale periodo e delle sue molteplici finalità (attenuazione dei tratti autoritativi dello Stato, miglior funzionamento dei servizi resi dalle pubbliche amministrazioni, decentramento dei poteri), né dei contrastanti risultati che esso ha prodotto; ci limitiamo, invece, a ricordare le novità maggiormente rilevanti contenute nelle nuove normative per quanto concerne il riferimento, esplicito e implicito, al principio di buon andamento e all'efficienza amministrativa che molte di esse contengono; riferimento in precedenza prima assente dalla legislazione ordinaria.

Due leggi in particolare hanno cambiato i principi dell'organizzazione e dell'azione amministrativa: la legge 241/90 (modificata in alcuni suoi punti da interventi normativi successivi, ultimo dei quali la legge 80/2005) in materia di procedimento amministrativo, sul versante dell'attività, e il decreto legislativo 29/1993 (successivamente integrato dai decreti legislativi n. 80/1998 e 165/2001) sulla privatizzazione del pubblico impiego, per quanto riguarda l'organizzazione. Altri interventi normativi rilevanti ai fini dell'efficienza pubblica sono stati la legge 142/90 (riforma delle autonomie locali, ora contenuta nel T.U.E.L.), e il decreto legislativo 286/99 attuativo della legge 59/1997, c.d. "Bassanini 1", (come modificata dalla legge 191/98), sulla semplificazione amministrativa.

La legge 241/90, che sancisce i principi fondamentali in materia di procedimento amministrativo, costituisce, infatti, un'esplicita applicazione legislativa del principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione sia con riferimento all'attività provvedimentale e autoritativa sia con riferimento all'attività di tipo privatistico dell'amministrazione. Le principali norme della l. 241 in applicazione del suddetto principio sono: l'adozione dei criteri di economicità e di efficacia, cui l'attività amministrativa deve informarsi (art. 1 della legge<sup>154</sup>); l'obbligo di concludere il procedimento entro un termine prefissato (art. 2), che impone alle pubbliche amministrazioni di provvedere celermente, sottolineando l'importanza della rapidità dell'azione amministrativa; la figura obbligatoria del

---

<sup>154</sup> L'art. 1 della legge, nella sua attuale versione, contiene il riferimento anche ad altri due principi cui l'attività amministrativa deve informarsi, la pubblicità e la trasparenza. Essi, tuttavia, sono primariamente correlati all'attuazione del principio di imparzialità piuttosto che a quello di buon andamento.

responsabile del procedimento (art. 3); l'istituto della conferenza dei servizi (art. 14), che recepisce le esigenze di coordinamento amministrativo.

Per quanto concerne la relazione con il criterio di efficienza, la legge 241 non contiene un esplicito riferimento a tale nozione, almeno terminologicamente: l'art. 1 fa infatti riferimento all' "economicità" e all' "efficacia", intendendosi la prima non semplicemente come un puro indicatore di costo, ma come un utilizzo proporzionato, adeguato e razionale delle risorse, che devono essere commisurate rispetto ai risultati prefissati, e la seconda, in termini finalistici, come rapporto tra risultati conseguiti e obiettivi individuati dalla legge. Il principio di economicità è quindi rispettato ove vi sia un uso oculato e diligente delle risorse a disposizione della Pubblica Amministrazione, così da conseguire un risparmio economico attraverso metodiche procedurali snelle, attente a conseguire il migliore risultato con i minimi mezzi, e limitando le pratiche dilatorie da parte delle amministrazioni. Malgrado l'assenza del termine "efficienza", si può pertanto affermare, sulla base di quanto detto in precedenza, che il significato del termine "economicità" identifica l'efficienza, mentre il combinato di economicità ed efficacia rappresenta un canone attuativo del principio di buon andamento sancito dall'art. 97 della Costituzione. Ovvero, assumendo il criterio di efficienza in termini più ampi e coincidente con quello di buon andamento, esso deve essere collegato ad entrambi i principi, di economicità ed efficacia, di cui costituirebbe la sintesi. A parere dello scrivente, e come già affermato in precedenza, la prima soluzione interpretativa è da preferirsi.

Per quanto riguarda l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, il decreto legislativo 29/93, successivamente modificato dal decreto 80/1998, e il decreto legislativo 165/2001 che ne ha ampliato l'ambito di applicazione, ha reso il rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti, con l'esclusione di alcune categorie (magistrati, dipendenti delle forze armate e altri), soggetto alle stesse norme applicabili al settore privato. La nuova disciplina del pubblico impiego ha favorito quell'elasticità della funzione organizzativa della Pubblica amministrazione che già era stata individuata come requisito del principio di buon andamento da quella parte della dottrina che aveva indicato nella flessibilità il criterio organizzativo idoneo a perseguire l'efficienza della struttura amministrativa, laddove il carattere di flessibilità dell'organizzazione amministrativa viene conseguito conferendo adeguati

marginari di auto-organizzazione ai soggetti cui spetta un potere di direzione all'interno dell'amministrazione. La flessibilità dell'organizzazione pubblica, infatti, in precedenza era stata fortemente ostacolata, per esigenze garantiste e di imparzialità vere o presunte, dal combinato della disciplina generale fissata dal Testo Unico del 1957 e dalla riserva assoluta di legge stabilita dall'art. 95 comma terzo della Costituzione, nonché dalla regolamentazione e dalla prassi. A seguito della privatizzazione del pubblico impiego e dell'allentamento dei requisiti di legalità e imparzialità richiesti dalla giurisprudenza costituzionale, parte di questi ostacoli è venuta meno.

Un ulteriore elemento di novità è emerso con l'introduzione in via sperimentale nel nostro ordinamento dell'Analisi di Impatto della Regolazione (L. 50/1999), metodologia di valutazione economica dell'intervento pubblico, che sarà sinteticamente definita nel prossimo paragrafo, e con l'intervento di soggetti qualificati dal punto di vista tecnico-scientifico al fine di valutare l'efficienza dell'attività amministrativa. La diffusione di questi sistemi di valutazione ha permesso altresì il rafforzamento dei controlli di merito<sup>155</sup> (D.Lgs 286/1999), c.d. "collaborativi" per distinguerli da quelli "repressivi", esclusivamente di legittimità, che sono stati finalizzati esclusivamente ad ottimizzare la funzione amministrativa secondo il c.d. criterio delle tre "E", efficienza, economicità, efficacia (art. 1 D. Lgs 286/99), assumendo così un carattere più marcatamente gestionale, in linea con quello che rappresenta il modello normale negli altri paesi industrializzati.

I numerosi interventi normativi brevemente descritti hanno profondamente mutato la struttura e i compiti delle amministrazioni pubbliche italiane, la loro articolazione, il loro rapporto con i cittadini, e i vincoli normativi a cui l'azione amministrativa è soggetta. I risultati tuttavia sono contraddittori: se gli obiettivi erano condivisibili le amministrazioni statali svolgenti compiti di natura autoritativa sono

---

<sup>155</sup> I controlli, nella tradizione italiana, sono di legittimità e di merito, e qualificati come amministrativi. Il controllo di merito è sia interno che esterno: quello interno è dato dall'insieme di strutture, procedure, metodiche, politiche del personale e tutte le altre misure idonee a garantire, con ragionevole certezza lo svolgimento delle funzioni in modo regolare, economico, efficiente ed efficace; è svolto da strutture interne dell'amministrazione che dipendono dall'organo di direzione, al quale riferiscono periodicamente. Quello esterno è quello esercitato dalla Corte dei conti, organo di riferimento alle funzioni a questa assegnate, di verifica della legittimità e regolarità delle gestioni, di accertamento della rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge, anche in base all'esito di altri controlli, dei quali è altresì deputata a verificare il funzionamento.

oggi più soggette che in passato ai vincoli dell'efficienza e del buon andamento e sono in generale più *accountable* che in passato; è d'obbligo rilevare, come recentemente riconosciuto dal Governo (e si tratta quindi di una visione ottimistica del problema), che i tempi e i costi della Pubblica Amministrazione, due dei principali determinanti dell'efficienza, non sono ancora comparabili a quelli registrati nei paesi europei più virtuosi<sup>156</sup> e che l'entità dei costi sostenuti da parte dello Stato per i pubblici uffici non è cambiata rispetto ai primi anni '90, periodo di avvio del processo di riforme in esame, essendo questi tornati a crescere negli ultimi anni<sup>157</sup>. Non cessa quindi di essere attuale la tensione tra la realtà dei pubblici uffici e il principio di buon andamento fissato dall'art. 97<sup>158</sup>, così come emergono nuove questioni relative allo svolgimento delle nuove funzioni di regolazione, che in parte analizzeremo nel proseguo del capitolo.

#### **2.4 I costi dell'intervento pubblico e lo sviluppo delle metodologie di valutazione ispirate al criterio di efficienza.**

Altrettanto importante del dibattito teorico è lo sviluppo di affidabili metodologie di valutazione della capacità degli apparati pubblici di attenersi al criterio di efficienza nella prassi: un'efficace misurazione dell'attività amministrativa, o legislativa rappresenta infatti la base essenziale per applicare proficuamente il criterio di efficienza ai pubblici poteri, eventualmente innovando, correggendo o adattando le definizioni adottate, se esse si rivelano poco aderenti alla realtà<sup>159</sup>. Le peculiarità insite nei processi di produzione pubblica rendono, d'altra parte, particolarmente delicato il processo di misurazione dell'efficienza, soprattutto in relazione all'individuazione di adeguati *standards* valutativi: mentre, infatti, nel

---

<sup>156</sup> Ministero dell'Economia e delle Finanze, *Documento di Programmazione Economica e Finanziaria*, 2007-2011, Roma, 2007, p. 92 ss..

<sup>157</sup> Ministero dell'Economia e delle Finanze, *Documento di Programmazione Economica e Finanziaria*, 2007-2011, cit., p. 118.

<sup>158</sup> L'attualità della questione derivante dalla persistente incapacità degli apparati pubblici di operare secondo logiche di efficienza è dimostrata dalla proposizione nel giugno del 2007 di un disegno di legge governativo di riforma della Pubblica Amministrazione proprio finalizzato ad incrementarne l'efficienza e il buon andamento della P.A.; tale disegno di legge è attualmente all'esame del Parlamento.

<sup>159</sup> P. Negro, *Economicità delle azioni pubbliche: problemi di valutazione*, Milano, 1992, p. 36 ss. Per un'analisi scientifica dei concetti e metodi utilizzabili per valutare, secondo gli schemi offerti dalla teoria economica, l'efficienza delle pubbliche amministrazioni si veda D. Fabbri-R. Fazioli-M. Filippini, *L'intervento pubblico e l'efficienza possibile. Strumenti di analisi e politiche economiche per una burocrazia più efficiente*, Bologna, 1996.

settore privato, i canoni di riferimento per la valutazione dell'efficienza possono essere abbastanza facilmente ricavati grazie all'univocità degli obiettivi di produzione, massimizzazione del profitto *in primis*, nel settore pubblico essi possono essere fissati solo dopo un'attenta analisi degli specifici obiettivi di produzione, la cui definizione, come si è visto, non è un compito semplice. Posto comunque che gli obiettivi assegnati alla pubblica amministrazione da parte del legislatore, ovvero dal regolatore, siano delineati con sufficiente precisione, affinché questa operi nel rispetto del criterio di efficienza occorrerà una valutazione dei costi che essa dovrà sostenere (ovvero ha dovuto sostenere, qualora la valutazione sia successiva), sia in termini di applicazione sia in termini di esecuzione degli interventi proposti, in relazione ai benefici che ci si aspetta dal conseguimento di tali obiettivi, e, una volta effettuata tale valutazione, procedere alla loro minimizzazione.

Si tratta quindi di individuare quelli che sono stati definiti i “costi delle regole”, argomento di studio che pre-esiste alla moderna scienza giuridica ed economica ed esiste da almeno quattro secoli: già lo Stato-Leviatano di Hobbes che interviene sulle libertà individuali, divorandole, per garantire la pace e la difesa dei cittadini, impone un costo alla società. Nei secoli successivi, e in particolare nel Novecento, poi, l'analisi dei costi dell'intervento pubblico riveste un ruolo primario, divenendo il comune denominatore di parte del pensiero economico<sup>160</sup>. A fronte di un vivace dibattito livello teorico, tuttavia, sono mancate concrete valutazioni dei costi dell'operato pubblico, e, nel migliore dei casi, esse sono state assai carenti. Ciò avvenne solo a partire dagli anni '60, quando, nei paesi più sensibili al tema come gli Stati Uniti e la Gran Bretagna, ci si rese conto che la regolazione delle attività economiche aveva ecceduto il necessario e portato altresì ad una proliferazione di norme che si erano sovrapposte nel tempo, e risultavano, di conseguenza, eccessivamente numerose e spesso confliggenti, con una conseguente ridondante proliferazione di strutture amministrative. Molti studiosi<sup>161</sup> giunsero alla constatazione empirica che la caratteristica comune alle diverse tipologie di intervento pubblico nell'economia era la loro inefficienza: in alcuni casi l'obiettivo dell'intervento non era chiaro; in altri non era stato di fatto raggiunto; in quasi tutti,

---

<sup>160</sup> H. C. Adams, *Description of industry*.

<sup>161</sup> A. Ogus, *op. cit.*, p.55; Mc Avoy, *The crisis of the regulatory commissions*, 1970; C. Sunstein, *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*, 1988.

infine, esso presentava costi diretti e indiretti molto elevati. Si giunse pertanto a parlare di “fallimento della regolazione”, vennero sviluppate diverse teorie per fornire una spiegazione economica a tale riguardo ed elaborate apposite metodologie di valutazione preventiva degli effetti dei provvedimenti normativi e amministrativi. I due principali strumenti utilizzati a questo fine sono stati l’analisi costi – benefici (cost –benefit analysis - CBA), adottata anche in altri ambiti, e l’analisi di impatto della regolamentazione (AIR), specificatamente elaborata a questo fine, entrambi metodi utilizzati per valutare la convenienza economica di una scelta regolatoria che possono essere utilizzate per valutare a priori, ma eventualmente anche durante e dopo la vigenza di un provvedimento, l’impatto di ciascun intervento normativo avente impatto economico<sup>162</sup>. Oltre a un contributo di tipo conoscitivo, l’adozione di queste metodologie di analisi degli effetti delle scelte pubbliche permette agli organi di controllo di esercitare le proprie funzioni avendo a disposizione maggiori informazioni circa le finalità dell’intervento regolatorio e i suoi costi preventivati. In questo modo si rendono possibili valutazioni di efficienza più puntuali, mediante il loro confronto con quanto contenuto nelle analisi di impatto.

Per quanto concerne l’analisi costi benefici, si tratta di una metodologia che, come detto, è stata elaborata per conseguire obiettivi di massimizzazione del benessere sociale, essendo utilizzabile in generale per scegliere gli strumenti più idonei a servire gli obiettivi di sviluppo del mercato, rispettando un criterio di efficienza allocativa nell’utilizzo delle risorse disponibili. Applicata alle scelte pubbliche l’analisi costi benefici serve a consentire di scegliere gli strumenti più idonei a perseguire l’interesse pubblico, come emergente dalla contemperazione dell’interesse primario con gli altri interessi rilevanti, con il minor aggravio possibile sui bilanci pubblici e sul cittadino, utente o consumatore, secondo il principio per il quale un intervento è desiderabile quando il totale dei costi non supera il totale dei benefici.

---

<sup>162</sup> D. Piacentino, *L’air, l’acb e i processi di decisione pubblica*, in s. Momigliano e F. Nuti, a cura di, *La valutazione dei costi e dei benefici nell’analisi di impatto della regolazione*, Dipartimento della Funzione Pubblica-Progetto Air, Roma, 2001. Diverse sono invece le caratteristiche e le finalità dell’Analisi Tecnico Normativa, che attiene alla verifica del rispetto della forma prevista per gli atti normativi, della correttezza dei rinvii ad altri atti giuridici, dei limiti del potere esercitato (ad esempio la ripartizione delle competenze tra le varie entità).

Nell'analisi costi-benefici si distinguono innanzitutto i costi e i benefici che si verificano *una tantum* da quelli ricorrenti. In secondo luogo si identificano i costi diretti separandoli dai costi indiretti: i primi sono di due specie: costi ingenerati dall'attività di pubbliche amministrazioni che gravano sui bilanci pubblici, c.d. costi amministrativi per i governi (*on – budget costs*) e costi di adeguamento o *compliance costs*. Infine si suddividono i costi e i benefici monetizzabili da quelli privi di una valutazione monetaria per i quali dovranno applicarsi tecniche di calcolo appositamente studiate per questa particolare tipologia di costi. Una volta identificati, tali costi e benefici sono quantificati e scontati secondo un fattore di attualizzazione che permetta di comparare costi e benefici maturati in tempi diversi. L'opzione di intervento suggerita da tale analisi sarà evidentemente quella che a parità di condizioni presenta il valore netto più elevato e che produce, dunque, il maggiore benessere sociale<sup>163</sup>.

Lo sviluppo di un'analisi costi-benefici presuppone di avere a disposizione tutte le informazioni necessarie circa i costi dell'intervento regolatorio proposto e i benefici effettivi che tale intervento è suscettibile di conseguire. Restano comunque esclusi da tali analisi i costi legati alle carenze informative e i costi di transazione in quanto sono spesso mascherati ovvero non possono essere rilevati da un organo della P.A.

L'analisi costi-benefici presenta varie problematiche legate all'espressione in termini monetari di tutti gli elementi in gioco: dalla quantificazione dei benefici derivanti dal conseguimento degli obiettivi, all'attribuzione di un valore monetario a beni la cui valutazione è espressa in unità di misura disomogenee e spesso non monetizzabile (si pensi alla problematica di ritenere ammissibile o meno l'attribuzione di un valore monetario alla vita umana), dall'esigenza di tenere in considerazione un elevato numero di esternalità alla determinazione del tasso di attualizzazione dei costi e benefici futuri che rappresenta una scelta a favore di una generazione piuttosto che di un'altra. La presenza di questi elementi di incertezza e soggettività delle valutazioni permette spesso agli analisti di occultare scelte di politiche dietro la scelta o la quantificazione, apparentemente neutrale di determinati costi e benefici, nonché della loro probabilità.

---

<sup>163</sup> F. Sarpi, *L'applicazione dell'analisi costi-benefici nell'Air*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 1, 2002, p. 90 ss.

L'analisi d'impatto della regolazione è meno ambiziosa, ma più semplice da effettuare, avendo essa la più semplice finalità di essere di ausilio al regolatore nel compiere la propria scelta, mettendogli a disposizione, attraverso i risultati di tale analisi, un'informazione più esauriente e completa. Le analisi dell'impatto della regolazione possono riguardare sia l'impatto delle nuove regole proposte sia l'analisi *ex post* delle regole già esistenti ai fini della loro eventuale modificazione o abrogazione.

L'esame effettuato dall'AIR riguarda nell'ordine: l'opportunità dell'intervento regolatorio e le possibili opzioni alternative; l'adeguatezza degli strumenti amministrativi prescelti; il contesto normativo di riferimento; gli obiettivi e i destinatari dell'atto, gli oneri e i vincoli previsti per l'amministrazione e per i soggetti interessati; la congruità dei mezzi attivabili in rapporto ai risultati attesi; la fattibilità procedurale e organizzativa della disciplina prevista<sup>164</sup>.

L'AIR si articola in due fasi tra loro distinte: quella descrittiva e quella valutativa. Nella prima, insieme all'ambito e agli obiettivi dell'intervento, devono essere individuati i costi della regolazione come prima descritti per l'analisi costi-benefici, suddivisi in base ai loro destinatari: mercato, cittadini, amministrazione pubblica; inoltre, devono essere introdotte le "opzioni alternative", ossia le altre possibili vie per perseguire il medesimo obiettivo pubblico, a partire dall'autoregolazione (c.d. "opzione zero")<sup>165</sup>. Si passa poi ad una fase valutativa che consiste in una semplificata analisi costi-benefici, che guida il regolatore lungo un processo di graduale comparazione delle opzioni di intervento sino alla selezione dell'opzione più efficiente.

Una delle principali caratteristiche metodologiche dell'analisi di impatto della regolamentazione è la consultazione degli eventuali destinatari. Essa può fornire alle autorità, in un momento precedente rispetto alla emanazione dei provvedimenti, gli elementi conoscitivi per effettuare le valutazioni necessarie per colmare le asimmetrie informative esistenti. D'altra parte, tuttavia, la consultazione deve tassativamente avvenire nel rispetto di determinati requisiti di correttezza e parità di

---

<sup>164</sup> Art. 2 Legge della Regione Basilicata n. 19/2001.

<sup>165</sup> D. Ielo, *L'analisi di impatto della regolazione*, in *Amministrare*, 2, 2005, p. 298.299.

accesso, per evitare il rischio della cosiddetta “cattura del regolatore”<sup>166</sup>, suscettibile di verificarsi attraverso i canali di contatto con i destinatari creati teoricamente per la costruzione dell’analisi di impatto; nel caso si verificasse questa ipotesi l’AIR diventerebbe addirittura controproducente.

L’AIR, infine, costituisce un elemento di trasparenza in quanto i risultati dell’analisi preventiva sulle finalità e i costi dei provvedimenti regolatori sono resi pubblici e sottoposti all’ulteriore controllo dei privati interessati. Si tratta di una seconda forma di controllo che può parzialmente sopperire ad un’eventuale carenza dei poteri sanzionatori degli organi di controllo istituzionali.

L’AIR, peraltro, così come un ACB, spesso non supererebbe un AIR (o un ACB): questo gioco di parole serve a spiegare che, visti gli alti costi dell’attività di valutazione dell’impatto regolativo, queste tecniche di valutazione non possono essere effettuate per ogni provvedimento in quanto costituirebbero un inutile dispendio di risorse. Il corollario di tale affermazione è che conviene concentrare le analisi sui provvedimenti più significativi<sup>167</sup>.

Per quanto riguarda altre questioni applicative emerse in relazione all’AIR, il maggiore dei problemi connessi all’introduzione di metodologie di analisi preventiva degli effetti della regolazione è rappresentato dall’elevata interdisciplinarietà del contenuto dell’AIR: oltre all’approccio giuridico, infatti, è necessaria per un verso l’applicazione dell’analisi costi-benefici utilizzata dagli economisti, e per altro verso l’uso di tecniche di rilevazione delle esigenze e delle opinioni dei potenziali destinatari, che richiedono metodologie di ricerca sociologica; l’individuazione degli obiettivi dell’intervento, la costruzione e la comparazione delle opzioni, l’analisi degli effetti diretti e collaterali ricadono poi anche nel campo della sociologia del diritto e dell’analisi delle politiche pubbliche; infine l’AIR deve potersi basare su valutazioni di natura sia micro, sia macroeconomica, che necessitano della disponibilità di

---

<sup>166</sup> la c.d. “cattura del regolatore” avviene quando, attraverso pressioni lecite e illecite di gruppi di interessi privati che possono offrire benefici economici diretti ovvero voto di scambio, lo scopo della regolazione viene deviato dall’iniziale fine pubblico verso la tutela degli interessi dei destinatari dell’intervento (M. A. Bernstein, *Regulating business by independent commissions*, 1955).

<sup>167</sup> per questo motivo nell’esperienza statunitense sono sottoposte ad AIR solo le proposte regolative delle agenzie federali “economicamente più significative”, cioè, secondo quanto disposto dall’Executive Order n. 12866 del 1993, quelle in grado di provocare un effetto annuo sull’economia quantificabile in almeno cento milioni di dollari.

idonee informazioni e basi di dati, espressi in forma tale da consentire elaborazioni statistiche.

Queste metodologie hanno mostrato pregi e difetti rispetto all'obiettivo di efficienza ed efficacia dell'intervento pubblico che si pongono. Sebbene il loro percorso valutativo implichi scelte di carattere soggettivo, esse permettono, grazie all'utilizzo di procedure ormai condivise, di fornire una misurazione dell'efficienza degli apparati preposti all'attuazione dell'intervento regolatorio dello Stato in termini di rapporto dei costi sostenuti per la loro predisposizione e mantenimento rispetto ai benefici che l'attività loro demandata si prefigge di ottenere. Parziale è invece la loro valutazione in termini di idoneità di tali strutture a perseguire gli obiettivi cui sono preposte quando tale idoneità non è misurabile attraverso variabili quantitative e, pur indirettamente, monetizzabili; in questo senso esse tendono a trascurare gli aspetti più propriamente organizzativi inerenti all'efficienza degli apparati amministrativi.

Così come problematico è il rapporto dell'utilizzo di tali metodologie improntate a principi di minimizzazione dei costi con il rispetto dei principi di democraticità delle istituzioni e della libertà dei cittadini. In particolare nel rispetto di quella che è stata autorevolmente definita come libertà attiva, intesa come diritto del cittadino alla partecipazione alle decisioni regolatorie e attuative della pubblica amministrazione<sup>168</sup>; partecipazione che evidentemente, sebbene possa essere benefica in termini di efficacia dell'azione amministrativa, può altresì implicare un aumento dei costi per il regolatore: l'attenuarsi o, nell'ipotesi limite, il venir meno della posizione di superiorità del soggetto pubblico impone infatti un costo decisionale<sup>169</sup> più elevato. D'altra parte, tuttavia, la partecipazione dei cittadini esercita una desiderabile azione di controllo e vincolo nei confronti dei burocrati, i cui obiettivi, come abbiamo visto, possono distorcere l'attività amministrativa. Infine resta incontrovertibile che in una società democratica il "cittadino" sia necessariamente l'interlocutore di riferimento per una buona amministrazione, non solo di erogazione, ma anche di regolazione, che intenda, attraverso la sua azione, interpretare i bisogni della società e soddisfarli<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, p. 64 ss.

<sup>169</sup> Così definito da Buchanan (J. Buchanan, *Il patto costituzionale*, Bologna, 1967, p. 56 ss).

<sup>170</sup> F. Benvenuti, *op. cit.*, p. 91.

## **2.5 L'efficienza degli organismi preposti alla tutela della concorrenza. I requisiti di indipendenza, competenza e *enforceability*.**

Le questioni di efficienza pubblica si pongono con particolare rilevanza con riferimento all'attività di regolazione dell'economia svolta dai soggetti pubblici; in questo campo, infatti, un intervento regolatorio inefficiente nella sua configurazione normativa ovvero nella sua attuazione perderebbe la sua ragione di essere. Tra queste la politica antitrust, così come la regolazione dei monopoli naturali o quella dei mercati finanziari, costituisce uno dei pilastri dell'intervento pubblico nell'economia negli ordinamenti dei principali paesi occidentali. Il grado di efficienza della struttura delle autorità antitrust e l'efficacia della politica antitrust costituiscono pertanto due elementi decisivi per una valutazione globale della capacità di intervento di un ordinamento giuridico nell'economia.

Innanzitutto per la materia *antitrust* si pone ancora più che in altri settori, la problematica di svincolare la fase di applicazione della disciplina dall'influenza diretta del Governo. Per sua natura, infatti, l'attività di tutela della concorrenza, come vedremo meglio tra poco, richiede nella fase investigativa e di giudizio lo scioglimento dai controlli e dai vincoli gerarchici imposti dal governo centrale, organo politico suscettibile di esprimere interessi di parte, la protezione dalle pressioni corporative esercitate dai soggetti regolati, la separazione dalla macchinosità che contraddistingue la burocrazia ministeriale. Ciò tuttavia senza creare una casta di burocrati non legittimata dal punto di vista democratico che, a sua volta, agisca corporativamente.

Per queste ragioni l'applicazione della disciplina *antitrust* viene generalmente svolta da soggetti che non sono diretta emanazione delle autorità governative, ma che hanno un legame più o meno diretto con le istituzioni democraticamente elette. Essi sono solitamente autorità amministrative appositamente costituite ovvero veri e propri organi giurisdizionali, laddove il peso delle prime rispetto alle seconde non è sempre il medesimo, ma cambia a seconda degli ordinamenti. In Europa, ad esempio, l'azione *antitrust* è svolta prevalentemente attraverso provvedimenti amministrativi adottati da autorità amministrative tendenzialmente indipendenti sia rispetto all'esecutivo che agli interessi regolati, sottoposte a loro volta al controllo di organi giurisdizionali (controllo particolarmente incisivo è quello svolto, a livello

comunitario, dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee). Negli Stati Uniti, al contrario, il ruolo delle corti è preponderante, in quanto hanno la competenza di decidere sulle condotte ed eventualmente di sanzionarle, mentre alle autorità indipendenti (FTC) e governative (DOJ) compete l'iniziativa e l'istruttoria dei casi; ciò anche per la rilevanza penale delle sanzioni previste per le violazioni del diritto *antitrust* americano. Il diverso peso delle autorità rispetto agli organi giurisdizionali varia pertanto a seconda dell'ordinamento, con ricadute in termini di efficienza della politica antitrust, anche se, in entrambi i casi si tratta comunque di organi che fanno dell'indipendenza dal Governo una delle loro caratteristiche principali, se non l'elemento stesso della loro esistenza.

Con riferimento alla soluzione di attribuire la competenza di applicare la normativa *antitrust* agli organi giurisdizionali, la fonte di tale ipotesi la si ritrova nelle ampie prerogative che i paesi di *common law* attribuiscono al potere giudiziario, tra cui spicca il potere di creare con una loro decisione relativa ad una fattispecie concreta, un valenza normativa *erga omnes* con riferimento ad altri casi consimili. In tale modello è il privato, o l'amministrazione nelle vesti di parte lesa, a fare ricorso al giudice ordinario, per vedere tutelato un proprio diritto, e, conseguentemente nell'applicazione della norma *antitrust* le autorità amministrative statuali, ovvero il privato, dovranno provare gli effetti anti-concorrenziali di un determinato comportamento posto in essere da una o più imprese di fronte a un giudice indipendente.

Allo stesso modo all'esperienza dei sistemi di *common law* si deve l'esistenza di organi posti al confine tra il potere giudiziario e quello esecutivo<sup>171</sup>, liberi dal controllo governativo, cui il legislatore può affidare ampie competenze nella regolazione<sup>172</sup>, nonché la cura di particolari interessi pubblici, anche di rilevanza costituzionale (pluralismo delle fonti di informazione, libertà di iniziativa

---

<sup>171</sup> Si tratta di organi svolgono la stessa funzione dei giudici pur appartenendo al potere esecutivo (H. Kelsen, *Teoria del diritto e dello Stato*, Milano, 1966, p.279).

<sup>172</sup> Il concetto di regolazione è stato variamente definito dalla più autorevole dottrina nel corso degli anni. La regolazione è stata definita come una "modificazione intenzionale dei comportamenti ammissibili, operata da un'entità non direttamente parte in causa o coinvolta in quella attività" (B. M. Mitnick, *The political economy of regulation*, New York, 1980) oppure come controllo prolungato e focalizzato, esercitato da un'agency pubblica su un'attività cui la comunità attribuisce rilevanza sociale (P. Selznick, *La leadership nelle organizzazioni*, Milano, 1976). Per le finalità del presente lavoro preferiamo riferirci alla definizione di Bernstein, secondo cui la funzione regolativa è quella che dà concreta attuazione e traduzione a valori astratti e generali, quali la "concorrenza" (M. H. Bernstein, *Regulating business by independent commissions*, Princeton, 1955).

economica), la tutela dei quali richiede, o comunque rende preferibile, il loro affidamento a organismi posti in posizione di peculiare terzietà, neutralità e indifferenza, rispetto all'esecutivo, e dunque indipendenti<sup>173</sup>. L'esigenza alla base della loro preferibilità è quella di regolare o tutelare (missione che distingue, come vedremo, le attività di regolazione da quelle di garanzia) particolari settori della vita sociale ed economica, ovvero perseguire determinate finalità stabilite dall'ordinamento, non secondo criteri di ispirazione politica provenienti dall'esecutivo, né secondo gli interessi dei soggetti regolati, bensì seguendo canoni tecnici e specialistici, il cui reale e corretto utilizzo in sede di valutazione dovrebbe essere maggiormente garantito dall'indipendenza e dall'autonomia delle autorità, in un'ottica di lungo periodo, non vincolata da obiettivi di tipo elettorale.

Alla Scuola di Friburgo<sup>174</sup> sviluppatasi in Germania nel secondo dopoguerra, si deve invece la soluzione di affidare ad autorità amministrative indipendenti dall'esecutivo<sup>175</sup>, la competenza di svolgere integralmente l'azione *antitrust*, dalla fase istruttoria a quella sanzionatoria. Il modello delle autorità amministrative indipendenti si è poi ampiamente diffuso nell'Europa continentale a partire dagli anni '70, in forma più o meno intensa, attraverso la spinta esercitata dagli organi comunitari, ed è stato sempre più frequentemente adottato questo sistema per la regolazione e il controllo di particolari settori dell'economia o per lo svolgimento di delicate funzioni di garanzia in modo da delegare a istituzioni non direttamente di emanazione governativa le funzioni regolatorie concernenti numerosi settori e ambiti dell'economia e garantire un'applicazione della legge indipendente, efficiente ed efficace, basata sulla competenza e sulla neutralità. Tra queste funzioni è sempre rientrata, primariamente, quella di tutela della concorrenza, affidata prevalentemente o interamente ad autorità amministrative, almeno funzionalmente indipendenti, in tutti i principali Stati membri dell'Unione Europea, così come parzialmente indipendente, in quanto autonoma dai Governi degli Stati membri (ma sempre

---

<sup>173</sup> Secondo la definizione di Selznick (*Focusing research on regulation*, in R. G. Noll, *Regulatory policy and the social sciences*, Berkeley, 1985) le autorità indipendenti sono organismi preposti allo svolgimento di una determinata attività, dotata di poteri e particolari abilità specialistiche, a cui viene affidata la cura di un settore della vita economica del Paese, su cui il decisore pubblico decide di intervenire per un periodo di tempo che non coincide con il momento della decisione (generalmente legislativa) che istituisce l'organismo, ma si estende in avanti.

<sup>174</sup> Vedasi *infra* cap. 3.

<sup>175</sup> Per una definizione esaustiva di autorità amministrativa indipendente si veda G. Giraudi-M.S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti*, Bari, 2001, p. 36 ss.

organo governativo dell'Unione), è la Commissione Europea, organo competente ad applicare la disciplina *antitrust* a livello comunitario.

In entrambe le soluzioni attualmente adottate dalle democrazie occidentali gli organi competenti svolgono funzioni sia amministrative che giurisdizionali; questa suddivisione delle competenze tra i vari poteri dello Stato nello svolgimento dell'attività *antitrust*, trova la sua prima origine nell'esperienza anglo-americana: i paesi di *common law*, infatti, a differenza che quelli di *civil law*, non hanno mai conosciuto una rigida separazione dei poteri, bensì una distribuzione degli stessi tra i vari organi legislativi, esecutivi e giurisdizionali<sup>176</sup>. Conseguentemente, laddove nello svolgimento delle funzioni pubbliche non è possibile separare la funzione giurisdizionale da quella esecutiva, come nel caso dell'*antitrust*, i sistemi giuridici di *common law* meglio si prestano ad elaborare soluzioni istituzionali idonee a svolgere questa duplice funzione secondo i criteri di efficienza ed efficacia. L'introduzione delle autorità indipendenti nei sistemi giuridici di *civil law* ha invece messo in crisi la coerenza interna di questi ordinamenti<sup>177</sup>, ma hanno permesso di affrontare, se non di risolvere, il problema della funzionalità della regolazione, sorto in seguito al passaggio dalle politiche di intervento diretto nell'economia in cui lo Stato svolgeva un ruolo di attore alle politiche di regolazione che presuppongono al contrario uno Stato arbitro che lascia l'iniziativa economica ai privati, ma ne previene e sanziona i comportamenti illeciti valutando secondo criteri di imparzialità, trasparenza, efficienza ed efficacia. E d'altra parte è stato giustamente osservato come in una realtà in cui le funzioni non sono mai perfettamente separate "la purezza istituzionale è raramente garanzia di successo" e anche numerose istituzioni tradizionali sono esse stesse ibride, nella costituzione o nella funzione<sup>178</sup>.

Provando ad evidenziare, a livello generale, i requisiti necessari ad un'autorità amministrativa *antitrust*, costituita e dotata di poteri *ad hoc*, affinché essa agisca, nella sua attività di regolazione, secondo il principio di efficienza, il primo

---

<sup>176</sup> H. Kelsen, *Teoria del diritto e dello Stato*, Milano, 1966, p.277.

<sup>177</sup> Si pensi, ad esempio, alle difficoltà incontrate nell'ordinamento italiano, sia da parte del legislatore che da parte della dottrina, a giustificare l'esistenza delle autorità amministrative indipendenti ed individuare la natura dei poteri da esse esercitati.

<sup>178</sup> Y. Meny, *Evoluzione dei modelli istituzionali e ruolo delle autorità amministrative indipendenti*, in Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, 1996, p. 279.

elemento rilevante ad emergere, alla luce di quanto appena affermato, è l'indipendenza. Tali autorità devono infatti garantire in primo luogo l'autonomia delle valutazioni, e quindi delle decisioni, anche quando esse contrastino, ed è una possibilità abbastanza frequente, con la volontà dei gruppi di interesse politici ed economici influenti nel governo, se non con la volontà del governo stesso, come nei casi delle decisioni riguardanti imprese controllate dallo Stato, ovvero con gli interessi dei destinatari delle decisioni (evitando il fenomeno della c.d. "cattura" del regolatore")<sup>179</sup>. A tal fine è necessario che alle autorità non sia attribuito solo l'esercizio di funzioni di natura esecutiva o strumentale, ma anche la competenza a definire l'indirizzo delle politiche antitrust<sup>180</sup> nei limiti previsti dalla normativa vigente. Tale aspetto, per quanto essenziale, non deve tuttavia essere portato alle estreme conseguenze: non può infatti significare né oggettività delle decisioni, né "totale impermeabilità alle richieste provenienti dai settori regolati o dal circuito politico"; impermeabilità che, ove esistesse, configurerebbe, tra l'altro, anche un problema di legittimità democratica delle autorità stesse<sup>181</sup>.

A ciò si aggiunge l'esigenza di disporre di poteri di iniziativa e di intervento autonomi e discrezionali al fine di intervenire nell'economia in tempi sufficientemente veloci ad evitare che la limitazione alla concorrenza si compia nel periodo di valutazione della fattispecie concreta, rendendo vano, o comunque più costoso, un intervento *ex post*; una tempestività che l'amministrazione governativa, tipicamente di erogazione, solitamente non presenta.

All'indipendenza funzionale, che si estrinseca negli elementi sopra individuati, deve accompagnarsi l'indipendenza strutturale, da intendersi sotto un duplice profilo<sup>182</sup>: innanzitutto come garanzia dell'autonomia delle persone che la compongono, che devono essere neutrali rispetto al potere esecutivo, e più in generale non essere sottoposti al controllo e all'influenza dei partiti politici; inoltre ad esse deve essere attribuito il potere di fissare le regole organizzative dell'autorità (potere di autorganizzazione); al contempo, infine, le autorità devono godere di

---

<sup>179</sup> Acquista così concretezza quell'indissolubile correlazione tra imparzialità e buon andamento individuata precedentemente con riferimento all'ordinamento italiano.

<sup>180</sup> Corte di Giustizia CE, Sentenza del 31 maggio 2005, C-53/2005, *Epitropi Antagonismou*. Secondo la Corte il fatto che l'Autorità nazionale ellenica di tutela della concorrenza sia sottoposta alla "tutela" del Ministro per lo Sviluppo, mina il requisito di indipendenza di cui tale organo dovrebbe godere.

<sup>181</sup> A. La Spina-G. Majone, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000, p. 62.

<sup>182</sup> G. Giraudi-M.S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 6-7.

autonomia finanziaria; autonomia che non è garantita, tipicamente, in un sistema in cui le fonti di finanziamento per le autorità indipendenti derivano dalle scelte del Governo.

Quando si parla di neutralità rispetto al potere esecutivo vi sono peraltro due possibili accezioni della stessa<sup>183</sup>. In una prima interpretazione le autorità indipendenti sono viste come organi “tecnici”, estranei, non solo semanticamente, alle logiche politiche e al contesto partitico, e in particolare considerati “altro” rispetto alla generalità degli organi del potere esecutivo sottoposti al controllo o, comunque, all’influenza della maggioranza al governo. In una seconda interpretazione la neutralità è invece intesa come “bilanciamento” del controllo e dell’influenza legittimamente esercitate dal potere politico sugli indirizzi di intervento dello Stato nell’economia; in quest’ottica l’autorità indipendente deve mediare tra la pluralità di valori di cui sono portatori sia i partiti politici che gli interessi regolati; dal punto di vista strutturale conseguentemente non l’autorità non deve essere propriamente indipendente, bensì rappresentativa di tutti gli interessi in gioco. Tra le due soluzioni, a parere dello scrivente, la prima è quella che meglio risponde al requisito di indipendenza precedentemente definito, mentre la seconda permette di garantire la legittimità democratica di queste istituzioni; ne deriva l’esigenza di coniugare l’indipendenza, che deve costituire l’elemento prevalente, con la rappresentatività, che può essere garantita attraverso verifiche periodiche da parte degli organi politici, che possono avvenire in varie modalità, al di fuori delle quali questi non possono esercitare alcuna influenza.

Un ulteriore beneficio derivante dal requisito di indipendenza, consiste infine, in un effetto positivo di lungo periodo: a lungo andare, infatti, l’indipendenza e l’autonomia di valutazione generano una reputazione di autorevolezza dell’autorità presso gli organi dello Stato e presso i soggetti regolati che genera fiducia nell’istituzione, mutuo riconoscimento e, in definitiva una maggiore *enforceability* delle decisioni prese dall’autorità.

Un secondo requisito è quello delle competenze tecniche che i membri e dipendenti delle autorità devono possedere per poter ricoprirne il ruolo: gli uffici di un organo, la cui competenza è limitata ad un unico settore ovvero, come nel caso

---

<sup>183</sup> G. Giraudi-M.S. Righettini, *op. cit.*, p. 8.

dell'*antitrust*, ad una specifica finalità, spesso caratterizzata da elevata complessità, e le cui valutazioni devono essere per definizione ispirate a criteri di scelta tecnici, devono evidentemente avvalersi dell'intervento decisivo di esperti della materia, in grado di utilizzare appropriatamente tali criteri. La competenza tecnica assicura la chiarezza e la coerenza delle decisioni, con conseguente maggiore possibilità per i soggetti regolati di prevedere le stesse; per la stessa ragione il monitoraggio della loro attività da parte degli organi di controllo potrà avvenire senza un minimizzando il dispendio di risorse. Questa caratteristica è generalmente imposta anche dalle normative di riferimento.

L'efficienza di un'autorità indipendente dipende, infine, dall'attribuzione di poteri regolativi e amministrativi incisivi e mirati. Tra i primi troviamo ad esempio il potere di adottare norme generali di condotta destinate ai soggetti regolati in modo da adattare la disciplina normativa all'evoluzione teorica e alle circostanze pratiche. Tra i secondi rientrano i poteri di indagine di cui le autorità devono essere dotate al fine di ottenere tutte le informazioni loro necessarie autonomamente: l'attribuzione di tali poteri impone l'approntamento di una struttura in grado di svolgere tali indagini in maniera completa, coordinata con le forze di pubblica sicurezza se necessario, e nel rispetto delle garanzie a tutela dei soggetti interessati dalle indagini stesse; anche per questo una parte della dottrina, sulla scia di quanto scritto dal Kelsen, ha classificato le autorità amministrative indipendenti come organi "quasi-giurisdizionali"<sup>184</sup>. Alla capacità di indagine deve accompagnarsi il potere di erogare sanzioni, nel caso in cui dalle indagini emerga una violazione di legge da parte dei soggetti regolati; potere che, peraltro, non va al di là della possibilità di erogare sanzioni amministrative, le quali, per quanto elevate, spesso non svolgono quell'effetto deterrente che invece sono in grado di determinare, per le infrazioni più gravi, le sanzioni penali.

Tutti i requisiti finora individuati sono tra loro compatibili e possono essere contemporaneamente posseduti da un'autorità indipendente. Vi sono invece altre caratteristiche che invece, pur favorendo l'efficienza del sistema si pongono in una condizione di *trade-off* rispetto al requisito di indipendenza; tra questi la capacità delle autorità pubbliche di essere flessibili adeguando la propria missione istituzionale alla presenza di altri interessi pubblici in gioco e, più in generale

---

<sup>184</sup> M. Clarich, *Autorità indipendenti*, Roma, 2005, p. 110 ss.

all'evoluzione dell'interesse pubblico primario nel tempo. Si può, ad esempio, verificare la situazione in cui il perseguimento della tutela della concorrenza si ponga in contrasto con il conseguimento di qualche altro interesse pubblico con una conseguente sovrapposizione di competenze in capo all'organo preposto alla tutela della concorrenza; in questa ipotesi, è necessaria la definizione di un indirizzo politico che permetta di stabilire una gerarchia degli obiettivi in gioco; si tratta evidentemente di un'attività non certamente propria di un'autorità indipendente svolgente funzioni di garanzia. Al contrario, in tali situazioni è auspicabile l'intervento di un organo "politico", quale il Governo, affinché esso possa assegnare eventualmente alla tutela della concorrenza una posizione subordinata rispetto al perseguimento di altri obiettivi di interesse pubblico.

Una volta definiti gli indicatori di efficienza utilizzabili nella valutazione della struttura e del funzionamento delle autorità antitrust, si pone la questione di accertare in quale misura le autorità esistenti rispondano effettivamente a tali criteri. Prima di passare ad una tale analisi più dettagliata è tuttavia necessario un approfondimento circa l'evoluzione storica della teoria e della prassi antitrust, la normativa applicabile a livello comunitario, nonché il contesto istituzionale nel quale queste autorità si collocano; soprattutto per la peculiarità giuridica delle istituzioni comunitarie, che costituiscono la principale fonte delle decisioni antitrust che saranno analizzate. Si rinvia a tal fine al successivo capitolo quinto, collocato in un momento posteriore ad un generale inquadramento della materia.

## **2.6 Una possibile alternativa metodologica: il criterio di efficienza nella cultura orientale**

Vale la pena al termine di questa prima parte del presente lavoro, interrogarsi brevemente circa lo schema interpretativo nel quale ci muoviamo affrontando la questione definitoria del criterio di efficienza, ponendolo in relazione con l'unico modello alternativo esistente, quello sviluppatosi nella cultura cinese. Non certo per elaborare un'applicazione in "salsa cinese" del criterio di efficienza alla tutela della concorrenza, compito al quale lo scrivente non sarebbe in grado di ottemperare, bensì, più semplicemente per dare conto di un diverso approccio alla questione che il

futuro ruolo di superpotenza economica della Cina imporrà di prendere in considerazione.

Quanto finora detto circa il criterio di efficienza, seppure nella diversità degli orientamenti espressi dalla dottrina, si fonda, infatti, su una nozione terminologica che deriva da una tendenza alla modellizzazione della realtà tipica della cultura occidentale, tendenza che trova a sua volta la propria origine nel pensiero filosofico sviluppatosi nell'antica Grecia: esso ci ha trasmesso un approccio alla realtà nelle sue molteplici situazioni basata su modelli teorici, che porta a valutare i comportamenti e l'azione umana sulla base della loro capacità a conseguire obiettivi e fini predeterminati. Da ciò ne deriva una nozione di efficienza (e di efficacia) concepita in funzione del rapporto mezzi – fine: una volta determinato il modello, ossia il fine, si devono individuare i mezzi più economici, tra quelli disponibili, che conducano a tale fine (efficienza) e, una volta che tali mezzi vengono acquisiti, occorrerà agire al meglio per realizzare lo scopo predeterminato (efficacia). Il processo di conseguimento del fine avverrà, con tutta probabilità, attraverso la modifica della situazione (inefficiente) di partenza, affinché essa si conformi al modello elaborato; questo perché nel pensiero occidentale l'applicazione alla realtà di una costruzione teorica implica sempre un certo grado di forzatura della stessa<sup>185</sup>.

Presupposto di una tale impostazione è che l'uomo abbia il diritto di plasmare le cose eventualmente anche contro la loro natura, mettendole al servizio dei suoi obiettivi. Ed infatti questo diritto è stato storicamente riconosciuto dal pensiero occidentale, filosofico e religioso: il cristianesimo, fin dalla Genesi attribuisce all'uomo il potere di modificare lo stato delle cose, e successivamente, nei Vangeli, incarna Dio in un essere umano, Cristo, il quale è da questa condizione che agisce sulla realtà, modificandola repentinamente attraverso la crocifissione.

Profondamente diversa è la concezione sviluppata dalla cultura cinese per esprimere l'efficacia e l'efficienza dei comportamenti umani. Diversamente da quello occidentale, infatti, il pensiero filosofico e religioso cinese, ma non solo (il Sud-est asiatico presenta una cultura simile, in quanto fondata sul buddismo), si fonda sul principio dell'armonia: nell'universo, che costituisce il macrocosmo; nell'uomo, interiormente; nella società umana, che rappresenta il soggetto

---

<sup>185</sup> F. Julien, *Trattato sull'efficacia*, Torino, 1998, p. 39 ss.

intermediario tra il cosmo e l'uomo<sup>186</sup>. Si tratta quindi di un processo di adeguamento dell'uomo al macrocosmo mediante la società.

Nel Tao in particolare troviamo l'idea di un mondo regolato dalle alternanze coordinate di Yin (Vuoto) e Yang (Pienezza), i due principi, tra loro contrari, alla base dell'universo; da questi due concetti-base nasce la Forma, che costituisce a sua volta l'adeguarsi di Vuoto e Pienezza alla realtà; l'esempio è l'acqua che prende la forma del letto del ruscello. La cultura cinese non ha pertanto sviluppato il pensiero di un modello ideale, che presuppone una potenziale alterazione del cosmo, non elaborando nemmeno la nozione di un mezzo che possa condurre a esso, ma si è invece concentrata sul concetto di interesse e di vantaggio, i quali si ottengono sfruttando al meglio la situazione esistente, assecondando il potenziale che essa esprime.

Si abbandona così il binomio mezzo-fine passando alla relazione condizione-conseguenza, nella cui ottica l'efficacia non rappresenta più la capacità di azione di un soggetto o di un organo, bensì la sua idoneità a condizionare e trasformare una situazione a proprio favore ottenendo una conseguenza "vantaggiosa" rispetto al potenziale che la situazione iniziale esprimeva. Non più quindi predeterminazione dei fini, individuazione dei mezzi idonei a conseguirli, azione ed eventuale forzatura della realtà volta alla massimizzazione del suddetto obiettivo quali indicatori di efficienza ed efficacia; al contrario, nel pensiero cinese una condotta efficace sussisterà in presenza di un pieno sfruttamento delle condizioni esistenti che ne permetta di coglierne a pieno il potenziale che la situazione esprime; potenziale che si esprimerà come naturale conseguenza della situazione di partenza, senza che occorran di forzature.

L'efficienza perde l'elemento di capacità di "innesco", ossia la predisposizione dei mezzi necessari a conseguire il fine desiderato, e diventa invece massima in presenza di "fluidità e continuità del processo", poiché essa rappresenta l'immanenza sottostante alla situazione in cui si agisce, esprime a sua volta la condizione di trasformazione continua nella quale il soggetto o l'organo dovrà saper far emergere la conseguenza a lui più vantaggiosa. L'azione non può invece essere

---

<sup>186</sup> R. Girault, *Le religioni orientali*, Vicenza, 1997, p. 203.

efficace poiché è isolata ed esterna alla realtà delle cose; conseguentemente non potrà mai essere in linea con questa<sup>187</sup>.

Allo stesso modo la questione dell'inquadramento delle autorità competenti ad applicare la disciplina antitrust e di quale configurazione istituzionale sia più efficiente ai fini del perseguimento dell'interesse pubblico troverà probabilmente in Cina nuove ed originali soluzioni. Valga a supporto di questa affermazione la constatazione che il modello statale cinese non prevede la tripartizione dei poteri di derivazione liberale; in Cina, infatti, i poteri sono cinque: oltre ai tre poteri tradizionali viene individuato un potere di controllo e uno di reclutamento del personale (i mandarini). Evidentemente, sebbene la legge *antitrust* cinese recentemente approvata e in procinto di entrare in vigore<sup>188</sup> ricalchi nei suoi contenuti il modello occidentale e in particolare statunitense, la sua effettiva applicazione da parte dell'Autorità Anti-Monopolio e i rapporti tra questa e il governo risentiranno di questo diverso approccio alla questione.

L'interessante definizione di efficienza fornita dalla cultura cinese, unita alla diversa ripartizione dei poteri all'interno dello Stato è, in conclusione, potenzialmente gravida di implicazioni. Viviamo infatti in un tempo in cui la Cina sta evolvendo sempre più da soggetto passivo propenso a recepire la cultura occidentale con il suo portato teorico in ambito economico e giuridico a soggetto "esportatore" di cultura e di pensiero, non solo di merci, con la conseguenza che in un prossimo futuro i nostri criteri interpretativi della realtà economica e giuridica, quale quello di efficienza potrebbero subire profondi mutamenti per l'influenza della diversa concezione del termine elaborata dal pensiero cinese.

---

<sup>187</sup> F. Julien, *op. cit.*, p.141 ss.

<sup>188</sup> La "Legge anti-monopolio della Repubblica Popolare Cinese" è stata definitivamente approvata dal Congresso Nazionale del Popolo il 30 agosto 2007 ed entrerà in vigore l'1 agosto 2008.

**CAPITOLO 3**  
**LA NASCITA DELLA NORMATIVA ANTITRUST NEGLI STATI UNITI E**  
**L'EVOLUZIONE DEL RAPPORTO TRA EFFICIENZA E DIRITTO**  
**ANTITRUST. TEORIE A CONFRONTO**

**3.1 La concorrenza come istituto da tutelare**

Il verbo latino “concurrere”, ossia “correre insieme”, da cui deriva l’italiano concorrere aveva due significati opposti: poteva essere utilizzato sia riferendosi all’idea di gara o di lotta sia per fare riferimento ad una dimensione cooperativa e allora significava incontrarsi, unirsi per qualche obiettivo. Era quindi la finalità da raggiungere che determinava il significato del verbo in una o nell’altra direzione e il “concurrere” diventava strumentale al raggiungimento di uno scopo per il quale o si combatteva o si collaborava. In italiano il significato è rimasto praticamente invariato, assumendo uno dei due significati a seconda del contesto in cui viene utilizzato: un individuo, un impresa, un paese può concorrere “contro” altri individui, imprese paesi, che costituiscono un ostacolo, al fine di conseguire un risultato, ovvero può concorrere, nel senso di cooperare con essi per raggiungere un obiettivo comune<sup>189</sup>.

In campo economico il significato prevalente è di gran lunga il primo: il concetto di concorrenza è infatti associato a una situazione di rivalità tra due soggetti (individui, imprese, Stati) che si mettono razionalmente in gara per l’ottenimento di un risultato che non tutti possono conseguire nella stessa misura; e d’altra parte il termine inglese “*competition*” deriva dal termine “competere” che significa “mirare a un posto in concorrenza con altri”. La concorrenza richiede quindi la presenza di almeno due soggetti e la scarsità del bene, inteso in senso ampio ed avvicicabile al concetto di remunerazione, oggetto del confronto; se si persegue un dato obiettivo da soli ovvero se tale obiettivo può essere conseguito da tutti mancano i presupposti della rivalità e, conseguentemente, della competizione<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> V. Pepe, *Il processo di istituzionalizzazione delle autorità indipendenti: l’antitrust*, Milano, 2005, p. 37

<sup>190</sup> C. Bentivogli-S. Trento, *Economia e politica della concorrenza*, Roma, 2005, pp. 21.

Se si analizza questo significato più nel dettaglio emerge come la nozione di concorrenza nella scienza economica non sia, come già accennato<sup>191</sup>, sempre la stessa: nella tradizione classica la concorrenza è legata soprattutto alla “gara” tra imprese indotta dalla mobilità del capitale e del lavoro tra i vari settori produttivi; nell’economia neoclassica il modello di riferimento è quello della concorrenza perfetta, dove le imprese competono sui prezzi, che non possono essere fissati al di sopra del costo marginale, pena l’uscita dal mercato; nella visione schumpeteriana la concorrenza prende il suo significato più letterale ed è intesa come competizione tra imprese rivali per acquisire posizioni di monopolio.

In tutte queste definizioni, seppure con diverso peso, l’importanza della concorrenza, così definita, risiede innanzitutto nel suo ruolo incentivante del comportamento degli operatori verso il massimo risultato ottenibile, e di selezione di quelli più efficienti<sup>192</sup>. Tutelando la concorrenza si garantisce la libertà economica dei partecipanti al mercato, intesa nel senso di non-interferenza dei terzi nelle proprie scelte<sup>193</sup>, impedendo che le forze spontanee del mercato possano limitare tale libertà attraverso l’apposizione di ostacoli al meccanismo concorrenziale, ma la tutela di tale libertà non è finalizzata alla difesa delle singole imprese bensì alla difesa delle dinamiche di mercato: il fatto che il confronto competitivo porta con sé un certo numero di vittime, ossia le imprese meno efficienti, con costi di produzione più elevati o con prodotti di qualità inferiore, rappresenta, infatti, uno degli aspetti principali del meccanismo che si intende tutelare. Questa finalità diviene prevalente nella teoria evuzionista, legata al precedentemente definito concetto di efficienza dinamica, la quale privilegia la condizione di concorrenza intesa come libertà di ingresso delle imprese sul mercato, in presenza della quale la condizione di massima efficienza economica sarà raggiunta attraverso la libera contrattazione tra agenti economici razionali.

In secondo luogo la concorrenza permette di assicurare, o comunque favorire, l’efficienza dei mercati: una struttura di mercato perfettamente concorrenziale garantisce sia l’efficienza produttiva (minimizzazione dei costi medi di produzione)

---

<sup>191</sup> V. supra cap. 1.

<sup>192</sup> C. Bentivogli-S. Trento, *op. cit.*, 52-53.

<sup>193</sup> Concetto riferibile alla definizione di libertà negativa sviluppata da I. Berlin (I. Berlin, *Due concetti di libertà*, Milano, 2000).

sia l'efficienza allocativa (prezzi che uguagliano i costi marginali). Posto tuttavia che le numerose ipotesi del modello di concorrenza perfetta costituiscono parametri ideali, inesistenti nella realtà dei fatti, non vi è sempre una correlazione positiva tra grado di concorrenza e efficienza del mercato, e come vedremo, l'andamento dell'efficienza produttiva perde spesso la sua correlazione con il grado di concorrenza che caratterizza la struttura di mercato. La finalità deve essere in questo senso la ricerca di soluzioni di ottimo del secondo ordine, ossia di minimizzazione della perdita netta di benessere sociale rispetto alla situazione teorica ottimale (concetto di *workable competition*).

La nozione di concorrenza presenta inoltre un aspetto etico, nel senso che la concorrenza conferisce a tutti gli operatori la possibilità di accedere al mercato, realizzando in questo modo le loro differenti potenzialità, che sono costituite, ad esempio nella capacità di direzione, nell'attitudine al rischio, nella capacità di organizzazione, e quindi, innanzitutto il diritto di vendere di ciascun produttore o commerciante, per piccolo che sia, ma anche, in termini complementari, la libertà dei consumatori di scegliere tra prodotti e prezzi diversi. La concorrenza è intesa in questo senso come l'uguaglianza delle possibilità di azione economica, cui consegue una limitata influenza dei singoli sulle variabili di mercato. A tale nozione è abbinato lo scopo principale della politica antitrust nella sua prima fase di esistenza: la dispersione del potere economico sia nei mercati che nelle istituzioni contrastando, di conseguenza, la concentrazione del potere di mercato in pochi operatori, percepita come una minaccia al corretto funzionamento del sistema economico e, agli estremi, come un pericolo per la democraticità della società<sup>194</sup>. Attualmente, peraltro, è ormai opinione comune che le piccole imprese non devono essere favorite dalla politica antitrust, ma piuttosto essere oggetto di politiche di supporto *ad hoc*.

Una volta identificato l'istituto da tutelare è agevole definire la tutela della concorrenza, o *antitrust*, come un sistema di norme giuridiche finalizzate ad impedire a chi opera sul mercato comportamenti che la ostacolano. Le caratteristiche di queste norme e il loro utilizzo da parte del soggetto pubblico costituiscono il più ampio concetto di politica *antitrust*, riferibile all'ordinamento che pone in essere e applica una disciplina normativa finalizzata a tutela della concorrenza. Tale politica farà

---

<sup>194</sup> C. Bentivogli-S. Trento, *op. cit.*, p. 50ss.

propri uno o più degli obiettivi sopra delineati connessi alla tutela della concorrenza, attribuendo ad essi un diverso peso a seconda dell'evoluzione della dottrina giuridica ed economica, nonché degli orientamenti politici della società, sia nel loro rapporto interno che esterno, e cioè in relazione rispettivamente agli altri potenziali obiettivi della politica *antitrust* ovvero rispetto agli altri obiettivi di politica economica. Ritorna qui la distinzione tra l'interesse pubblico primario, l'obiettivo preminente individuato dal decisore politico che dovrà essere concretizzato dal regolatore, e gli interessi secondari, anch'essi pubblici da perseguire nei limiti in cui tale perseguimento non devii dallo scopo principale. La molteplicità degli obiettivi e la loro diversa rilevanza a loro riconosciuta nel tempo deve essere sempre tenuta presente poiché spesso costituisce una delle ragioni preminenti dell'andamento contrastato e non sempre lineare dell'attività *antitrust*.

Attualmente, in considerazione dell'evoluzione di pensiero giuridico ed economico, le prime due funzioni della concorrenza sono ormai considerate quelle fondamentali, nonché le più strettamente legate agli aspetti di efficienza. Più complessa risulta invece la natura del loro rapporto, che oscilla tra la complementarietà, prevalente, e la più rara contrapposizione, e l'attribuzione del peso relativo di una funzione rispetto all'altra in sede di ponderazione degli obiettivi da conseguire. A questo riguardo, lo sforzo di sintesi di queste due funzioni ha portato autorevole dottrina ad individuare la nozione di concorrenza ritenuta meritevole di tutela giuridica, quella che è stata definita come "concorrenza dinamica" ossia "un flusso continuo di proposte innovative (in termini di contenuti tecnologici, di prezzi, di modalità contrattuali ed organizzative ecc.) ed un'efficace azione selettiva di tali proposte ad opera di un serie di decisioni di consumatori sufficientemente informati"<sup>195</sup>. Questa definizione, sebbene non unanimemente accettata, è, a parere dello scrivente, la felice sintesi di alcune evidenze empiriche adeguatamente supportate dalle più recenti acquisizioni teoriche: da un lato, infatti, mette in luce le forzature che una visione economica statica, volta a tutelare l'equilibrio economico anziché lo sviluppo, può portare alla naturale evoluzione dei mercati; dall'altra incarna la consapevolezza che la tutela dei concorrenti per favorire la piccola impresa secondo una logica democratica non può giungere a

---

<sup>195</sup>M. Libertini, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2002, I, p. 434 ss.

livelli tali da ostacolare la realtà di un mondo globalizzato dove la grande dimensione permette di conseguire economie (di scala, di scopo, di rete) un tempo impensabili; infine evidenzia la questione informativa come punto focale dell'esigenza di tutela del consumatore, superando la tradizionale visione statica, incentrata sulla massimizzazione del surplus del consumatore, considerato il principale, se non l'unico, metro di valutazione. Questa concezione di concorrenza, come vedremo, costituisce la nozione che più di altri va considerata come quella normativamente rilevante.

### **3.2 Il necessario riferimento all'esperienza statunitense.**

Quando si parla di analisi economica della concorrenza e delle modalità di tutela della stessa il riferimento di partenza obbligato per una rassegna del pensiero economico in materia è costituito dalle principali teorie sviluppatesi negli Stati Uniti, a partire dalla fine del XIX secolo. In questo Paese, infatti, l'istanza di garantire il funzionamento dei meccanismi concorrenziali, in quanto considerati benefici ai fini dello sviluppo economico e sociale, e le conseguenti problematiche legate alle modalità di tutela della concorrenza, prendono direzioni diverse rispetto all'Europa, l'altra area di origine del moderno sistema economico su base capitalistica, dove permanevano politiche economiche interne di derivazione mercantilistica e l'esistenza di istituzioni di *ancien regime* che non si conciliavano con il concetto di libera impresa.

Nella sua formulazione europea, infatti, l'esigenza di dare impulso alla libera iniziativa d'impresa e di favorire l'esplicitarsi di meccanismi concorrenziali si tradusse in primo luogo in un rigetto dei controlli statali sull'attività economica, che venivano individuati come il principale vincolo all'affermazione della libera concorrenza nella sua accezione Smithiana. In questo senso le imprese private non erano viste come una possibile fonte di distorsione della concorrenza, poiché le stesse forze del mercato avrebbero provveduto ad azionare i meccanismi di auto-correzione enfatizzati dalla teoria economica classica (la c.d. "mano invisibile").

Solo in Inghilterra, dove, prevaleva una politica di liberoscambismo, venne elaborata la teoria della *restraint of trade*, che individuava il potenziale effetto negativo, e quindi l'indesiderabilità, degli accordi tra imprese che avessero come

scopo la limitazione della concorrenza; la discriminante di validità di tali accordi secondo la *common law* inglese risiedeva nella rilevanza dell'intesa restrittiva all'interno dell'accordo principale: una pattuizione di rilevanza secondaria (*ancillary restraint of trade*) all'interno di contratti il cui oggetto principale era diverso era considerata legale in quanto ragionevole<sup>196</sup>; laddove, viceversa, la restrizione costituisse lo scopo primario dell'accordo esso veniva vietato.

Negli Stati Uniti, al contrario, il potere federale non aveva inizialmente l'autorità né la capacità di mettere in atto una politica economica mercantilistica: la giovane età dello Stato, la vastità del territorio amministrato, l'esistenza di forti poteri locali facevano sì che i poteri pubblici non costituissero una fonte di rischio per il rispetto dei principi di libertà di impresa e, in generale, di iniziativa individuale, che informavano la società americana.

I pericoli a queste libertà venivano piuttosto dai grandi complessi industriali e commerciali, sia in forma monopolistica che oligopolistica, che vennero creati per offrire su larga scala alcuni dei principali beni economici: risorse naturali, servizi ferroviari, credito bancario. Se inizialmente la crescita dei grandi gruppi industriali venne favorita attraverso l'adozione di una politica protezionistica affinché queste imprese fossero in grado di competere con l'ormai affermata industria dei paesi europei che avevano già conosciuto la rivoluzione industriale, Gran Bretagna *in primis*, con il passare del tempo il loro crescente potere (il bilancio di un'unica corporation superava quello di venti Stati dell'Unione messi insieme<sup>197</sup>) divenne fonte di critiche e preoccupazioni nell'ambito dei principali partiti e dell'opinione pubblica.

Maturò così una vasta avversione sia nei riguardi delle grandi compagnie che monopolizzavano il mercato, sia verso quelle combinazioni o accordi, assunti generalmente la forma giuridica dei *trusts*, che avessero come finalità la limitazione della concorrenza proveniente da piccole e medie imprese<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> G. Bernini, *Un secolo di filosofia antitrust*, Bologna, 1991, p. 35-36: generalmente accordi di limitazione della concorrenza rientravano all'interno di un contratto principale avente come oggetto la cessione di attività commerciali o professionali (vedasi per esempio *Nordenfelt v. Maxim, Nordenfelt Guns & Ammunition Co.*, 1894, dove la Corte sosteneva che “..restraint of trade..may be justified..if the restriction is reasonable”.

<sup>197</sup> AA VV, *Economia e società negli Stati Uniti tra Ottocento e Novecento*, Firenze, 1976.

<sup>198</sup> G. Bernini, *op. cit.*, p. 18 ss.

Per questi motivi, nonchè, per ragioni legate all'ideale di democrazia espresso dal legislatore americano, nel 1890 nasce la disciplina antitrust americana con l'approvazione della prima legge antitrust federale, e cioè lo Sherman Act, tuttora in vigore. Questo primo intervento normativo introduceva in particolare il divieto per accordi (*contracts*), intese (*associations*) e cospirazioni (*conspiracies*) tra imprese che restringono il commercio (Section 1), e per la monopolizzazione vera e propria, compresi i tentativi volti alla monopolizzazione (Section 2), punendoli con sanzioni monetarie e penali, giungendo fino allo smantellamento dell'impresa colpevole di monopolizzare il mercato.

Alla base dell'adozione dello Sherman Act vi furono, quindi, più ordini di obiettivi: eliminare o comunque ridurre il costo sociale del monopolio; tutelare la piccola impresa; difendere il sistema politico dal potere eccessivo dei grandi gruppi privati. La convinzione dominante che stava maturando negli Stati Uniti era infatti quella che i monopoli industriali costituissero un ostacolo insuperabile per l'esplicazione della libera impresa individuale e per quel principio di "uguaglianza delle opportunità", profondamente radicato nella società, per il quale il successo economico doveva essere basato sul merito del singolo individuo.

Successivamente l'ingresso della teoria economica nel dibattito sulla materia ha portato ad ampliare l'obiettivo della disciplina antitrust: non più la sola libertà di impresa del singolo, bensì il più ampio concetto di benessere sociale, così come elaborato dalla teoria neoclassica e considerare così oggetto di tutela la struttura concorrenziale del mercato in senso oggettivo, che doveva essere difesa in quanto presupposto per il raggiungimento dell'efficienza allocativa, e quindi, mediamente, del benessere sociale.

In questo senso la generalità delle disposizioni dello Sherman Act, nonché del successivo Clayton Act, e l'esistenza di un sistema di common law hanno sempre permesso a chi ha attuato ed interpretato la norma, di introdurre considerazioni di carattere economico, modificando eventualmente anche il contenuto attribuito allo stesso concetto di concorrenza, nonché di perseguire eterogenei obiettivi di politica industriale e nazionale, senza che ciò implicasse una modifica legislativa. Evidenza di ciò e dell'evoluzione interpretativa che queste norme hanno permesso, è costituita dall'elaborazione, a partire dagli anni '80 di apposite linee guida (c.d. *guidelines*),

elaborate dal Governo statunitense, finalizzate a definire i criteri valutativi cui le autorità amministrative devono attenersi nello svolgimento della loro attività istituzionale; linee guida che, per l'appunto, sono state modificate più volte nel corso degli anni per recepire i nuovi orientamenti della dottrina economica e giuridica<sup>199</sup>, nonché della giurisprudenza.

Allo Sherman Act sono poi seguiti altri testi legislativi, i quali, aggiungendo, nel tempo, nuove fattispecie e nuovi strumenti di intervento, sono andati a costituire, insieme al primo, il *corpus* normativo di riferimento del modello antitrust americano: il Clayton Act del 1914 ha esteso la legislazione antitrust anche a quei casi di fusione in grado di ridurre la concorrenza sul mercato dopo che lo stesso Sherman Act aveva indirettamente provocato un aumento del numero di operazioni di fusione e di acquisizione; il Federal Trade Commission Act anch'esso del 1914, ha creato l'omonima agenzia indipendente, che condivide con il Dipartimento di Giustizia (DOJ) la responsabilità di applicare la disciplina antitrust<sup>200</sup>; il Robinson-Patman act del 1936 emendò le disposizioni relative ai casi di discriminazioni di prezzo; il Celler-Kefauver act del 1950 permise di applicare il Clayton Act anche alle fusioni verticali e conglomerali. Tali interventi non hanno peraltro modificato il nucleo della normativa originaria, continuando lo Sherman Act a costituire fondamento della disciplina antitrust.

Il modello normativo statunitense ha costituito per oltre cinquant'anni un *unicum* nel panorama degli Stati ad economia capitalistica; è stato pertanto in relazione all'esperienza americana che si sono poste le questioni economiche di fondo legate all'applicazione della normativa, sia in sede giurisdizionale da parte della magistratura della Corte suprema e delle corti di appello statunitensi, sia in sede di dibattito dottrinale da parte di giuristi ed economisti di svariate nazionalità<sup>201</sup>. Si è creato, conseguentemente, uno sfasamento temporale rispetto all'Europa, non solo a livello normativo e applicativo, ma anche a livello di analisi economica, che in parte permane tuttora. L'analisi della concorrenza negli Stati Uniti, infatti, solo inizialmente ha sofferto una carenza in termini di teorie economiche sottostanti alle

---

<sup>199</sup> Le Merger Guidelines, ad esempio, sono state elaborate nel 1982 per poi essere modificate ben tre volte: nel 1984, nel 1992 e nel 1997.

<sup>200</sup> Al modello della FTC si è ispirato il legislatore italiano del 1990 per creare l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato.

<sup>201</sup> G. Bernini, *op. cit.*, p. 147 ss.

argomentazioni, favorevoli o contrarie, circa l'illegalità di una determinata condotta posta in essere da parte di una o più imprese, mentre, a partire dagli anni '30, ha significativamente contribuito all'affinamento dei criteri di valutazione applicabili alle fattispecie rilevanti ai fini *antitrust*.

Per quanto appena esposto, un'analisi sulle principali teorie economiche che hanno contribuito a formare gli orientamenti della politica della concorrenza e le interpretazioni della disciplina che sono state date in sede applicativa, deve, a parere dello scrivente, prendere a riferimento l'evoluzione del pensiero economico avvenuta negli Stati Uniti a partire dal 1890 e come essa si è riflessa nelle principali decisioni della giurisprudenza di questo paese.

### **3.3 Le reazioni all'adozione dello Sherman Act e la prima fase applicativa.**

La maggior parte degli economisti vissuti a cavallo tra Ottocento e Novecento non fu affatto entusiasta dello Sherman Act<sup>202</sup>. Nel migliore dei casi le disposizioni in esso contenute erano considerate una misura incapace di contrastare l'irresistibile tendenza alla crescita dimensionale delle imprese e alla loro diversificazione settoriale. Nel caso peggiore l'intervento legislativo era giudicato un impedimento al conseguimento da parte delle imprese degli incrementi di efficienza che le nuove forme di organizzazione industriale lasciavano intravedere<sup>203</sup>.

Inoltre, non trovando argomentazioni teoriche che spiegassero come un'impresa concorrenziale potesse coprire i costi fissi in presenza di basse quantità domandate, e in mancanza di un adeguato supporto teorico esplicativo dei fallimenti del mercato, in particolare dei monopoli naturali, nonchè in assenza di regolazioni settoriali, veniva osservato come un'eccessiva concorrenza potesse avere effetti rovinosi in settori caratterizzati da elevati costi fissi e bassi costi marginali, quali il trasporto ferroviario e le c.d. *utilities*<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> G. J. Stigler, *The economist as preacher and other essays*, Chicago, 1982, p. 41 ss.

<sup>203</sup> W. E. Kovacic and C. Shapiro, *Antitrust policy: a century of economic and legal thinking*, in *Journal of economic perspectives*, 2000, 14, p. 45-46

<sup>204</sup> J. B. Clark, H. C. Adams e A. T. Hadley furono i principali economisti che supportarono questa teoria. Schumpeter nel ricostruire il dibattito dottrinale sviluppatosi nel periodo 1870-1914, lo richiama esplicitamente come avente ad oggetto non l'antitrust bensì "railroads, public utilities, trusts and cartels" (J. Schumpeter, *History of economic analysis*, New York, 1954).

Altri, anticipando Pigou<sup>205</sup>, difesero le pratiche discriminatorie di prezzo nei limiti in cui permettevano alle imprese di coprire i costi fissi. Marshall riconobbe i vantaggi della cooperazione verticale tra imprese che vendono prodotti complementari. Pochi economisti lo accolsero con favore considerandolo uno strumento utile per controllare e limitare le condotte anticoncorrenziali poste in essere da parte delle imprese<sup>206</sup>.

Pur nella brevità di questa rassegna, interessa qui mettere in luce, come, sebbene poste in termini semplicistici, molte di queste questioni sollevate dal dibattito sviluppatosi a seguito dell'adozione dello Sherman Act hanno poi costituito il substrato fondamentale dei temi successivamente proposti dalle analisi economiche che si sono susseguite fino ai giorni nostri aventi ad oggetto il ruolo dell'efficienza nell'applicazione della disciplina a tutela della concorrenza; analisi economiche che hanno infatti riproposto in termini più complessi e sofisticati, il problema del possibile *trade-off* tra condotte formalmente anticoncorrenziali e gli incrementi di efficienza e della collocazione all'interno della politica della concorrenza degli obiettivi di tutela del consumatore rispetto a quelli di efficienza, nelle sue componenti allocativa, produttiva e dinamica.

Diverso fu l'orientamento della giurisprudenza, in sede di prima applicazione dello Sherman Act: dopo un'iniziale cautela<sup>207</sup>, la percezione di una limitazione della libertà di impresa causata dalle grandi *corporations* non trovò più ostacoli e, nel 1904, con la sentenza che impedì la fusione di Northern Pacific e Great Northern Railroads<sup>208</sup> ebbe inizio una fase di forte contrasto dei grandi monopoli e dei *trusts* operanti nei principali settori, culminata con la sentenza *Dr Miles v. Park Sons* (1911) in cui la Corte Suprema ha applicato per la prima volta la disciplina antitrust alle intese verticali, e con il caso-simbolo di questa fase, costituito dalla sentenza *Standard Oil*<sup>209</sup>, con la quale la medesima Corte sanzionò la posizione di monopolio della Standard Oil, che deteneva una quota di mercato del 90% del mercato rilevante,

---

<sup>205</sup> A. C. Pigou, *The economic of welfare*, London, 1920.

<sup>206</sup> F. M. Scherer, *Efficiency fairness and the early contributions of economists to antitrust debate*, in *Washburn Law Review*, 1989, 29, p. 243 ss.

<sup>207</sup> Nel 1895 la Corte Suprema tollerò la creazione di un pressochè totale monopolio della raffinazione dello zucchero (oltre il 98% della capacità di raffinazione del paese) da parte del *trust* a quel tempo attivo nel settore (*United States v. E.C. Knight Co.*, 156, U.S. 1, 1895).

<sup>208</sup> *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S.197, 1904

<sup>209</sup> *Standard Oil Co. v. United States*, 221, U.S. 1, 1911. Similmente la Corte Suprema si esprime in *United States v. Terminal Railroad association*, 224, U.S. 383, 1912

smembrandola in 34 parti. Questo caso contiene alcune delle principali linee guida elaborate dalla giurisprudenza nel periodo iniziale di applicazione del diritto antitrust: utilizzo delle quote di mercato come *proxies* del potere monopolistico; assunzione della regola della ragionevolezza (*rule of reason*), consistente nella valutazione caso per caso (*case by case*) come metodo di base dell'analisi a fini antitrust; la classificazione di alcune condotte, quali i prezzi predatori, come potenzialmente anticoncorrenziali; lo smembramento come possibile sanzione nel caso di violazione dell'art. 2 dello Sherman Act.

Tali linee guida, sebbene collegate ad una decisione in senso anti-monopolistico permisero da quel momento, attraverso l'ingresso ufficiale del criterio della *rule of reason*, una notevole flessibilità di giudizio da parte delle corti, dando inizio ad un periodo di valutazioni tra loro diverse nell'esito, solitamente comunque piuttosto tolleranti nei confronti delle imprese.

Questo cambiamento di rotta in parte origina dal fatto che la *rule of reason* ha, tra i suoi effetti, quello di rendere più difficile l'onere della prova e più facilmente giustificabili accordi e pratiche anticoncorrenziali, imputando la decisione di non sanzionarli alla specificità del caso. Soprattutto però esso trova origine negli eventi politico-economici che si verificarono nel periodo in questione: l'esperienza della pianificazione produttiva richiesta dall'intervento militare nella prima guerra mondiale portò ad una stretta collaborazione tra il Governo e gli imprenditori, da un lato, e tra imprenditori dall'altro; una collaborazione che venne proseguita anche in tempi di pace, attraverso l'ascesa del c.d. "associazionalismo", una visione delle relazioni industriali basata non più sulla concorrenza, bensì sul coordinamento tra Governo e gruppi industriali<sup>210</sup>.

La crisi del 1929 rafforzò la tendenza "associazionalista": l'esigenza di ridurre la produzione industriale favoriva gli accordi tra imprese rivali aventi per scopo, appunto, la restrizione dell'output di mercato; è in tale clima che maturò la sentenza *Appalachian Coals*<sup>211</sup>, che non condannava un accordo stipulato tra un vasto numero di produttori di carbone che non solo aveva lo scopo di ripartire la

---

<sup>210</sup> Tra le decisioni più rappresentative di questa fase dell'antitrust americano troviamo *Board of Trade of the city of Chicago v. United States* (1918), che premise la limitazione delle trattative commerciali al di fuori degli orari previsti e *United States v. Colgate & Co.* (1919), nel quale la Corte Suprema non sanzionò il rifiuto a contrarre praticato dai produttori coinvolti.

<sup>211</sup> *Appalachian Coals Inc. v. United States*, 288, U.S., 344, 1933.

produzione tra le imprese aderenti, ma fissava anche un prezzo di riferimento, la più grave delle possibili violazioni del diritto antitrust; la decisione fu in seguito considerata come un'aberrazione indotta dalla Grande Depressione<sup>212</sup>.

Questo orientamento giurisprudenziale non costituisce tuttavia il portato di un'evoluzione del pensiero e della ricerca in campo teorico che giustificasse un tale approccio per ragioni di efficienza. Non gli studi sulla nozione di discriminazione di prezzo efficiente (c.d. *Ramsey pricing*), né gli scritti di Pigou ancora in materia di discriminazione di prezzo, ossia le principali ricerche svolte nel periodo in questione che individuavano potenziali elementi di efficienza nell'intraprendere tali tipologie di pratiche a determinate condizioni, hanno avuto un ruolo nella formazione delle decisioni antitrust di questo periodo, i cui principi ispiratori devono piuttosto essere ricercati, come detto, nella situazione politica ed economica<sup>213</sup>.

La fase appena descritta si fa terminare convenzionalmente nella seconda metà degli anni '30 con l'emergere del pensiero economico "strutturalista" elaborato dalla c.d. Scuola di Harvard.

### **3.4 La teoria strutturalista. Il concetto di "workable competition" e il paradigma Structure-Conduct-Performance.**

La ragione della mancata applicazione delle teorie economiche neoclassiche nel primo dopoguerra da parte della giurisprudenza risiedeva probabilmente anche nell'inadeguatezza delle teorie stesse: il modello della concorrenza perfetta non era applicabile alla realtà economica; anche in quei settori che venivano definiti come "concorrenziali" le deviazioni rispetto alle ipotesi formulate dalla scuola neoclassica erano significative.

Né perseguire una tale struttura di mercato sembrava desiderabile: le grandi imprese, dotate di elevato potere di mercato, che la teoria neoclassica della concorrenza permetteva non ammetteva, erano state il motore dello sviluppo economico statunitense, in particolare nei settori caratterizzati da un elevato tasso di innovazione

---

<sup>212</sup> W. E. Kovacic and C. Shapiro, *op. cit.*, p. 47. Questa decisione può infatti essere compresa solo se considerata nella prospettiva storica della Grande Depressione. Essa, infatti, aveva avuto pesanti conseguenze su molte industrie, ed una di quelle che avevano maggiormente sofferto della crisi era l'industria mineraria del carbone: di fronte ad una consistente riduzione della domanda e per evitare ulteriori perdite, 137 produttori localizzati nella regione dei monti Appalachi formarono una società per praticare il migliore prezzo e allocare la produzione tra i suoi membri.

<sup>213</sup> W. E. Kovacic and C. Shapiro, *op. cit.*, p. 47.

tenologica e da rilevanti economie di scala (si pensi al settore dell'acciaio e al comparto automobilistico) dominati da poche grandi entità, spesso vicine al potere politico. La dimensione delle imprese così come la loro concentrazione era costantemente cresciuta tra il 1870 e il 1930, in particolare nei due periodi in cui fusioni e incorporazioni furono più intense, il primo tra il 1896 e il 1901, il secondo durante gli anni '20, delineando così un sistema economico americano basato sulle grandi società per azioni, molte delle quali costituiscono ancora oggi delle vere e proprie istituzioni<sup>214</sup>.

Si comprendeva così che di tali entità l'economia americana non poteva fare a meno, ma, al contempo si criticava il *laissez-faire* del primo dopoguerra che non aveva impedito il verificarsi della crisi del 1929, né attenuato le sue conseguenze sull'economia, anzi rivelandosi impotente di fronte alle enormi questioni sollevate dalla Grande Depressione. Con il New Deal Rooseveltiano e con il ritorno in auge delle ragioni dell'intervento pubblico dell'economia, si creò nuovo spazio anche per una nuova stagione di intervento *antitrust*, il quale tuttavia, per quanto appena detto non poteva più basarsi sul tradizionale modello della concorrenza perfetta. Si rendeva necessario, pertanto, elaborare un obiettivo più realistico cui collegare una nuova fase di attuazione del diritto antitrust.

In questo contesto si colloca l'elaborazione della teoria strutturalista o costruttivista. Essa si sviluppa a partire dalla metà degli anni '30, nota anche come "Scuola di Harvard", i cui principali esponenti furono Chamberlin, Robinson, Bain e Clark.

I primi due svilupparono modelli di mercati competitivi applicati in situazioni di concorrenza non perfetta (oligopolio e concorrenza monopolistica), maggiormente orientati, quindi, verso situazioni di mercato più vicine alla realtà pratica<sup>215</sup> continuando tuttavia ad assumere come obiettivo della politica della concorrenza il raggiungimento o, quantomeno l'avvicinamento, ad una condizione di concorrenza perfetta.

Clark aveva invece un'avversione per i modelli matematici basati su equilibri statici, e, influenzato da Schumpeter, affermò che la dinamica descritta dalla

---

<sup>214</sup> V. Valli, *Il sistema economico Americano 1945/1977*, Milano, 1979, p. 38-40.

<sup>215</sup> J. Robinson, *The economics of imperfect competition*, London, 1933; E. H. Chamberlin, *The theory of monopolistic competition*, Cambridge, 1969.

concorrenza perfetta non poteva esistere; conseguentemente tale modello non può costituire un punto di arrivo e non tutte le imperfezioni del mercato possono e devono essere eliminate dall'applicazione del diritto antitrust; in particolare devono essere mantenute quelle imperfezioni che possono annullarsi tra loro (per esempio l'informazione imperfetta può prevenire la collusione in mercati oligopolistici). La politica della concorrenza, pertanto, deve perseguire non il raggiungimento di condizioni concorrenziali ideali, bensì formulare criteri per il mantenimento o il ripristino di una situazione di c.d. *workable competition*<sup>216</sup>. Per la determinazione di tali criteri la Scuola di Harvard sviluppò una filosofia interpretativa che individuava nella struttura del mercato la variabile determinante sugli effetti, positivi o negativi, in termini di efficienza del mercato.

Con il termine struttura ci si riferisce innanzitutto al maggiore o minore grado di concentrazione, espresso in termini di numerosità e dimensione delle imprese operanti sul mercato preso in considerazione ai fini dell'analisi concorrenziale; devono essere poi considerati gli aspetti legati al ciclo di vita del prodotto e alle caratteristiche della domanda. In generale le variabili che definiscono la struttura del mercato sono identificabili: nel numero di produttori e di acquirenti; nel grado di differenziazione dei prodotti; nelle barriere all'entrata; nella struttura dei costi; nell'integrazione verticale; nel grado di differenziazione produttiva delle singole imprese<sup>217</sup>.

La struttura del mercato, così intesa, influisce, secondo una relazione causa-effetto, sulla profittabilità delle imprese e sulla probabilità di comportamenti collusivi. A determinate forme della struttura dei mercati vengono quindi automaticamente associate presunzioni di comportamenti suscettibili di produrre restrizioni sostanziali e durature della concorrenza: strutture di mercato concentrate, presentanti elevate barriere all'entrata, a bassa differenziazione, con le imprese operanti che sostengono costi tra loro simili favoriscono la collusione e la monopolizzazione, portando a livelli di prezzo più elevati di quelli concorrenziali; viceversa caratteristiche opposte diminuiscono la possibilità di creare e mantenere comportamenti collusivi ovvero di detenere posizioni dominanti.

---

<sup>216</sup> J. M. Clark, *Towards a concept of workable competition*, in *American Economic Review*, 30, 1940, p. 241ss.

<sup>217</sup> F.M. Scherer, *op. cit.*, p. 65 ss.

L'analisi del mercato a fini antitrust viene così formalizzata sulla base del noto paradigma S-C-P (*Structure-Conduct-Performance*): i citati elementi strutturali di un mercato, attraverso la loro influenza sulla condotta (politiche di prezzo, investimenti, ecc.) determinano la performance del mercato stesso, che a loro volta si traduce nel risultato (Performance) in termini di output e prezzo. La struttura di mercato costituisce quindi la leva principale su cui agire per ottenere i risultati di efficienza tipici dei mercati concorrenziali.

Nell'ottica strutturalista la concorrenza, nei limiti della sua *workability*, deve essere garantita sempre e comunque in modo che le condizioni di mercato minime, necessarie per il raggiungimento dell'ottimo economico relativo siano soddisfatte. Conseguentemente la politica *antitrust* deve essere tesa a favorire il più possibile l'esistenza e la permanenza di strutture di mercato caratterizzate da un elevato numero di attori, ostacolando le pratiche di monopolizzazione e la creazione di barriere all'entrata, smembrando se necessario le imprese esistenti, qualora esse costituissero la prima causa di strutture di mercato eccessivamente concentrate. Ciò, a sua volta, implica perseguire "un'interazione senza vincoli delle forze concorrenziali" in quanto in grado di generare sempre "la migliore allocazione delle risorse economiche, i prezzi più bassi e il massimo sviluppo economico, allo stesso tempo assicurando un ambiente favorevole alla tutela delle istituzioni politiche e sociali",<sup>218</sup>

L'implicazione di tale impostazione consiste nella valutazione negativa del potere di mercato in quanto tale, che porta a ritenere alcuni accordi e pratiche pericolose di per sé (*per se rule*) poiché, a prescindere dal loro effetto concreto, è il loro intento ad essere inevitabilmente anticoncorrenziale; essi pertanto devono essere considerati illeciti, a prescindere dai loro effetti legati alla fattispecie concreta presa in esame. In un'ottica di monopolizzazione la condanna *per se* può riguardare fenomeni di gigantismo aziendale e di concentrazione tra imprese detenenti entrambe elevate quote di mercato, sanzionabili in quanto tali. Per quanto riguarda gli accordi vietati, lo sono *per se*, ad esempio quelli aventi per oggetto la fissazione di prezzi comuni, la fissazione dei prezzi di rivendita e la limitazione della quantità prodotta.

---

<sup>218</sup>Corte Suprema USA, *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 1950

Nonostante il riconoscimento del valore dell'efficienza, di tipo allocativo, come uno dei principali obiettivi dell'applicazione del diritto *antitrust*, l'approccio Harvardiano include anche obiettivi di tipo non economico, tra cui la prescrizione di regole di condotta per una *fair competition* e la limitazione alla crescita dimensionale delle imprese al fine di mantenere un elevato numero di operatori sul mercato<sup>219</sup>. Il concetto di *fair competition* peraltro può assumere più significati: può voler dire un trattamento simile per le imprese nelle medesime circostanze ovvero limitare l'uso (e l'abuso) del potere di mercato da parte delle imprese in posizione dominante in modo che esse conseguano profitti non eccessivi. L'attuazione concreta dell'approccio harvardiano ha sposato la seconda interpretazione portando i giudici a focalizzarsi sul contenimento del potere delle grandi imprese.

L'influenza dell'approccio Harvardiano in sede applicativa è stata significativa negli Stati Uniti come in Europa. Negli Stati Uniti tale influsso è stato dominante in particolare negli anni '50 e '60 e fino ai primi anni '70. La decisione *International Salt* (1947) stabilì uno standard di proibizione *per se* per le vendite abbinate, ossia quelle situazioni in cui un produttore vende un dato bene (o servizio) solo se il consumatore ne acquista un altro (pratica abusiva c.d. di *tying*). Nel caso *Alcoa*<sup>220</sup> il "Circuit Court of Appeals" ritenne Alcoa colpevole della monopolizzazione del mercato dei lingotti di alluminio sebbene non vi fosse evidenza di propositi in tal senso, la prova essendo costituita dal fatto che l'impresa detenesse il 90% di mercato e intraprendesse azioni per aumentare la propria capacità produttiva e quindi in prospettiva incrementando tale quota di mercato. Nel caso *Brown Shoe*<sup>221</sup> la Corte Suprema annullò una fusione che avrebbe conferito alle parti interessate una quota di mercato del 5% ed effetti verticali di chiusura del mercato inferiori al 2%, stabilendo che tra gli obiettivi della legislazione antitrust rientra anche la protezione delle piccole imprese, anche se ciò, occasionalmente, può dare luogo a maggiori costi e prezzi più elevati.

E' altresì vero che gli organi giudicanti mancavano del background che permettesse loro di riconoscere l'esistenza di guadagni di efficienza diversi derivanti

---

<sup>219</sup>C. Kaysen and D. F. Turner, *Antitrust policy, an economic and legal analysis*, Boston, 1959.

<sup>220</sup>*United States v. Aluminium Co. of America*, 148, F 2d 416, 1945

<sup>221</sup>*Brown shoe Co. V. United States*, 370, 294, 1962.

da fusioni e integrazioni dalle economie di scala<sup>222</sup>: la capacità di generare economie di rete (*network effects*) o di densità, ovvero la capacità di risolvere i problemi informativi dei *tying arrangements*, non venivano infatti prese in considerazione dalle corti: le pratiche di *tying*, ad esempio venivano condannati *per se* in quanto “difficilmente hanno uno scopo diverso da quello dell’eliminazione della concorrenza”<sup>223</sup>; in altri casi le potenziali ragioni di efficienza alla base degli accordi di distribuzione esclusiva su determinati territori non venne preso in considerazione<sup>224</sup>.

### **3.5 La concorrenza come processo dinamico: la teoria evoluzionista e la “Scuola Austriaca”.**

A partire dal secondo dopoguerra le teorie sullo sviluppo economico introducono un ulteriore determinante, autonomo rispetto all’elemento demografico e alla dotazione di capitale fisso: la tecnologia e il suo miglioramento attraverso l’innovazione, ossia la creazione di nuova conoscenza e la sua applicazione alla realizzazione di nuovi prodotti e processi produttivi. Solow<sup>225</sup>, che si muove nell’alveo della teoria neoclassica, e Shumpeter<sup>226</sup>, fondatore della teoria evoluzionista, supportati *ex post* dall’evidenza empirica dei dati macroeconomici relativi al periodo che va approssimativamente dal 1950 al 1973<sup>227</sup> mostrandoci il maggior tasso di crescita finora conosciuto dalle economie capitaliste avanzate, e legato, secondo giudizio unanime al progresso tecnologico<sup>228</sup>, innalzano l’innovazione allo *status* di primo motore dello sviluppo economico. Restando negli Stati Uniti, basti pensare che buona parte dello sviluppo economico del paese nel secondo dopoguerra fu legata all’espansione delle grandi imprese, ormai divenute multinazionali, operanti nei nuovi settori dell’industria.

Il progresso tecnologico diviene così, come continua ad essere, un fattore fondamentale per assicurare alla società uno sviluppo di lungo periodo che garantisca

---

<sup>222</sup> *United States v. Philadelphia National Bank*, 1963.

<sup>223</sup> *Standard Oil Co. of California v. United States*, 337 U.S. 293, 305 (1949).

<sup>224</sup> *United States v. Arnold Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967)

<sup>225</sup> R. M. Solow, *La teoria della crescita: un’esposizione*, Milano, 1973.

<sup>226</sup> J. Shumpeter, *Teoria dello sviluppo economico*, Firenze, 1977.

<sup>227</sup> V. Valli, *op. cit.*, p. 94-95. L’Autore mostra il tasso di crescita del PIL e degli investimenti nel periodo in esame.

<sup>228</sup> La crescita economica di questo periodo è infatti trainata da nuovi settori produttivi: la chimica, l’elettronica, la meccanica di precisione, l’aerospaziale.

quindi alla società un duraturo miglioramento in termini di benessere generale, e pertanto, come tale, deve essere primariamente favorito dalle politiche pubbliche, inclusa quella a tutela della concorrenza.

L'effetto in ambito *antitrust* è costituito dallo sviluppo della teoria evoluzionista, già parzialmente esposta in precedenza<sup>229</sup>, fondata sul lavoro di Schumpeter. Secondo Schumpeter il meccanismo concorrenziale è considerato un processo dinamico: le imprese “pioniere” introducono nuovi processi produttivi e prodotti, aprendo così nuovi mercati; il loro dinamismo conferisce inizialmente loro una posizione di temporaneo monopolio che sarà poi rotto dalle imprese imitatrici, le quali, a loro volta, ricreeranno condizioni di concorrenza. Ciò che garantisce il ripristino di queste condizioni è la libertà di ingresso delle imprese sul mercato, già requisito primario della concezione classica di concorrenza; diversamente dalla concezione classica, invece, la differenziazione produttiva è vista come un elemento di progresso e la mancanza di trasparenza viene considerata in alcuni casi come necessaria per favorire l'innovazione.

La teoria evoluzionista, che vede in Schumpeter il suo principale esponente, pone quindi in evidenza l'insufficienza dell'aspetto strutturale del mercato come unico criterio di valutazione ai fini di un'analisi antitrust quando entra in gioco l'elemento del progresso tecnologico, non considerato più come un fattore esogeno al mercato, bensì endogeno a questo. In quest'ottica un mercato concentrato può avere effetti positivi in termini dinamici, favorendo l'innovazione, anche se in termini allocativi si tratta di una soluzione inefficiente. Peraltro, come abbiamo già visto, vi è anche un effetto disincentivante del monopolio in termini di investimenti, come evidenziato da Arrow.

La visione dinamica della concorrenza è stata portata ai suoi estremi dalla Scuola Austriaca, nata nell'800 con Carl Menger, ma sviluppatasi nella sua forma più recente negli Stati Uniti e in Inghilterra dove, negli anni '40, emigrarono i suoi principali esponenti, von Mises e von Hayek<sup>230</sup>. Questi due autori non erano particolarmente interessati all'equilibrio di mercato in quanto in un'ottica dinamica un equilibrio stabile non può mai essere raggiunto, bensì alla continua interazione tra

---

<sup>229</sup> Vedi *supra* cap. 1

<sup>230</sup> Von Hayek in particolare, con la sua lezione sul “significato della concorrenza” del 1946, effettua per la prima volta la distinzione tra concorrenza perfetta e concorrenza dinamica.

l'imprenditore e l'ambiente economico: è infatti l'imprenditore, grazie al suo potere di mercato, che lo influenza e lo coordina<sup>231</sup>. Inoltre i costi, i prezzi e le performance del mercato si rivelano attraverso il processo concorrenziale che svolge, attraverso il sistema dei prezzi, una funzione di acquisizione e trasmissione di conoscenza, aggregando tutta una serie di informazioni disperse ed imperfette: le imprese non conoscono ad esempio il valore del costo minimo di produzione (ogni impresa sostiene un costo differente), ma lo possono desumere grazie all'evidenza del mercato sul quale rileveranno la migliore offerta dei concorrenti<sup>232</sup>.

Il contributo della concorrenza all'efficienza è pertanto legato alla trasmissione delle informazioni, altrimenti disperse tra i vari operatori, in quanto permette di utilizzarle al meglio; proprio perchè gli operatori detengono le informazioni rilevanti in forma estremamente disaggregata e decentrata, peraltro, esse non possono neanche essere determinate in via alternativa da simulazioni di mercato condotte da giudici o amministratori a livello centrale<sup>233</sup>.

Per queste ragioni Hayek e Mises rigettano sia il divieto di intese e cartelli, sia il controllo sulle condotte tenute dalle imprese detenenti posizione dominante, a causa dei suoi effetti negativi sul sistema degli incentivi generato dal processo di concorrenza dinamica<sup>234</sup>. Le restrizioni e le limitazioni alla concorrenza poste in essere dalle imprese sono fortemente ridimensionate grazie al ruolo che la teoria evoluzionista affida alla concorrenza potenziale: l'analisi della concorrenza tradizionale si basa sulla concorrenza effettiva presente sul mercato, mentre la concorrenza può esistere anche in forma latente o potenziale, la quale impedisce lo sfruttamento di posizioni monopolistiche, almeno nel lungo periodo<sup>235</sup>. Il rilievo dato da Schumpeter e dalla scuola Austriaca alla competizione potenziale ha trovato poi supporto nella formalizzazione nella teoria dei mercati contestabili, collegata peraltro alla Scuola di Chicago<sup>236</sup>.

---

<sup>231</sup> L. Von Mises, *L'azione umana: trattato di economia*, Torino, 1959, p. 259 ss.

<sup>232</sup> F.A. Von Hayek, *Conoscenza, competizione e libertà*, Catanzaro, 1998, p. 86ss; F. A. Von Hayek, *The constitution of liberty*, New York, 1960.

<sup>233</sup> F.A. Von Hayek, *Conoscenza, competizione e libertà*, cit. , p. 93 ss.

<sup>234</sup> R. Van Den Bergh and P. Camesasca, *European competition law and economics*, Intersentia, Antwerpen 2001, p. 38-39.

<sup>235</sup> D. W. Reekie, *Industry prices and market*, 1979.

<sup>236</sup> W. Baumol, *Contestable markets and the theory of industry structure*, Harcourt Brace Jovanovich , 1982.

Meno drastica la posizione di Hoppman, appartenente alla scuola tedesca: egli, come gli Austriaci, non riconosce al dato strutturale del mercato, la capacità di determinarne le performance. Non pone la stessa enfasi, però sulla competizione potenziale, ritenendo che gli accordi e le condotte che portino le imprese a detenere un eccessivo potere di mercato dovrebbero essere proibite secondo la regola del *per se*<sup>237</sup>.

Il concetto di efficienza richiamato dalla Scuola austriaca, così come quello utilizzato dalla teoria evoluzionista, corrisponde evidentemente a quello di efficienza dinamica definito in precedenza<sup>238</sup>, che fa riferimento all'evoluzione dei mercati nel tempo, nel contesto di una visione ciclica dello sviluppo economico. La peculiarità di tale nozione, consiste, lo ricordiamo nel considerare le variabili del cambiamento tecnologico e dell'innovazione endogene, essendo direttamente influenzate dall'attività dell'imprenditore, il cui ruolo è pertanto decisivo nello stimolare l'efficienza di un sistema economico. Conseguentemente l'attività antitrust deve essere diretta ad incentivare l'azione innovatrice dell'imprenditore, limitando il proprio intervento ai casi di mancata diffusione delle informazioni tra gli operatori economici a causa del comportamento delle imprese.

### **3.6 L'approccio europeo: la Scuola di Friburgo e gli Ordoliberali.**

Contestualmente anche in Europa l'attenzione verso le problematiche *antitrust* comincia ad essere avvertita. Il ritorno alla democrazia in Germania permette in particolare alla Scuola di Friburgo, detta anche degli Ordoliberali<sup>239</sup>, i cui principali rappresentanti furono l'economista Eucken e il giurista Bohm, di assumere un ruolo assai rilevante nello sviluppo della prima legislazione antitrust europea, quella tedesca, e successivamente della disciplina comunitaria a tutela della concorrenza.

A livello generale l'idea degli Ordoliberali si distingue per la sua ricerca di un modello alternativo a quello fondato esclusivamente sul mercato, ipotizzando che sia il diritto a guidare l'economia e non viceversa, senza tuttavia avvicinarsi a quello

---

<sup>237</sup> R. Van Den Bergh and P. Camesasca, *op. cit.*, p. 39.

<sup>238</sup> Vedasi *supra* cap. 1 par. 5.

<sup>239</sup> Con il termine "Ordo" venne denominata la rivista fondata da Eucken e Bohm, e fa riferimento al concetto di "ordine naturale" coniato dalla filosofia scolastica, che avrebbe dovuto coniugarsi con il liberalismo.

pianificato di ispirazione comunista; anzi, funzionalizzando il diritto dell'economia alla promozione di un ideale egualitario e al contempo libertario. In particolare assumono rilievo primario i principi di giustizia sociale e libertà individuale, che devono essere protetti sia dalle ingerenze governative, sia dal potere economico dei privati, attraverso uno schema di norme che stabiliscano i principi che la politica economica deve seguire, perseguendo gli obiettivi di una libera concorrenza non soggetta a distorsioni e di un'equa distribuzione dei benefici generati dal mercato.

L' "ordine concorrenziale" rappresenta quindi un bene pubblico da conservare attraverso un'appropriata azione dello Stato; tuttavia tale obiettivo deve essere tuttavia perseguito minimizzando l'intervento diretto del potere esecutivo, verso cui gli Ordoliberali nutrivano una profonda sfiducia; entrano così in gioco le autorità indipendenti, organi indipendenti dal Governo, cui andrebbe delegato il compito di intervenire nell'economia applicando i principi fissati dalle leggi.

In questa costruzione un ruolo centrale è svolto dalle norme *antitrust*: gli Ordoliberali sostengono che maggiore è la concorrenza sul mercato, migliore è il funzionamento dell'economia, poichè lo stato ideale, definito di "completa concorrenza"<sup>240</sup> enfatizza due delle assunzioni dell'ideale di concorrenza neoclassico: l'impossibilità per alcuna impresa di influenzare la condotta delle concorrenti e il libero accesso al mercato da parte di potenziali nuovi entranti. A differenza del paradigma neoclassico, tuttavia, la concorrenza non costituisce solo lo strumento più efficace per accrescere l'efficienza della produzione, nell'assegnazione delle risorse e nella distribuzione dei beni e dei servizi, nonché un'importante metodo per produrre innovazione, bensì è intesa come un mezzo per garantire ai cittadini la loro libertà economica; conseguentemente, è valutata come un valore a sè stante della democrazia, al di là delle sue implicazioni in termini di efficienza economica. Conseguenza di tale approccio è che i monopoli, così come i cartelli, di per se stessi sono considerati una minaccia per il sistema concorrenziale e come tali devono essere sempre vietati dal diritto *antitrust*.

La visione Ordolibérale fu decisiva nell'introduzione della legislazione tedesca a tutela della concorrenza e nell'istituzione dell'Ufficio Federale dei cartelli (*BundesKartellamt*), come autorità federale autonoma, e, come vedremo, attraverso

---

<sup>240</sup> La locuzione è di Gerber (D.J. Gerber, *Constitutionalizing the economy: German neo-liberalism, competition law and the "new" Europe*, in *American Journal of Competition Law*, 25, 1994, p. 42 ss).

la decisiva influenza dei rappresentanti tedeschi, costituisce uno dei fondamenti teorici cui si è ispirata la Comunità Europea nell'iserire le norme a tutela della concorrenza nel Trattato di Roma. Inoltre essa rappresenta il primo approccio teorico che, attraverso il principio dell'autodeterminazione economica dei singoli, introduce indirettamente le istanze di protezione del consumatore nella politica della concorrenza; istanza che in seguito l'Unione Europea assumerà come una delle esplicite finalità perseguite dalle norme a tutela della concorrenza.

### **3.7 Le nuove istanze di efficienza e l'ascesa della Scuola di Chicago**

Negli Stati Uniti né la Scuola austriaca né tantomeno le teorie Ordoliberali ebbero conseguenze significative sugli orientamenti applicativi dello Sherman Act adottati dai giudici, restando questi sostanzialmente legati al paradigma strutturalista fino a tutti gli anni '60. In questo periodo si registra invece lo sviluppo di un nuovo orientamento che avrà grande influsso sulla giurisprudenza americana a partire dal decennio successivo, e in seguito anche sull'azione *antitrust* europea, che trova le sue ragioni sia nell'evoluzione del pensiero economico e giuridico, sia nel mutamento della realtà delle imprese statunitensi e dei mercati internazionali in cui operano.

E' necessario infatti tenere conto innanzitutto del fatto che, a partire dalla fine degli anni '60, le imprese statunitensi comincino a perdere terreno in campo internazionale, e, contestualmente di come la progressiva estensione dei mercati al di fuori dei confini dei singoli Stati nazionali con il conseguente allargamento della concorrenza attuale e potenziale modifichi i parametri di riferimento su cui si concentra la teoria strutturalista. Questa espansione dei mercati geografici ha l'effetto di determinare l'innalzamento della soglia dimensionale delle imprese che possono competere con successo sul mercato e, contemporaneamente, nuove tecniche dell'organizzazione industriale e il rapido sviluppo delle tecnologie rendono possibili miglioramenti qualitativi, innovazioni e risparmi di costo attraverso forme di concentrazione e di integrazione che, nell'ottica strutturalista, andavano contrastate. Cresce conseguentemente l'attenzione verso le considerazioni di efficienza legate sia nei confronti dell'attività economica privata che dell'intervento regolatorio pubblico, inclusa l'applicazione della normativa antitrust.

In questo mutato contesto si innesta la nascita l'analisi economica del diritto e la sua applicazione al diritto antitrust, sviluppata in particolare dalla Scuola di Chicago, fondata da Aaron, le cui tesi segnano un'importante svolta nella scelta delle finalità e dei criteri di attuazione della legislazione a tutela della concorrenza<sup>241</sup>.

L'approccio *Chicagoan* affronta i problemi della concorrenza partendo dalla teoria dei prezzi neoclassica, arricchita dell'evoluzione teorica, sempre basata sulla teoria dei prezzi, avvenuta in materia di teoria dell'impresa (rendimenti crescenti, costi di transazione) e fallimenti del mercato (comportamenti opportunistici, asimmetrie informative). L'impresa neoclassica, nella sua stilizzata semplicità, infatti, non era che “una caricatura dell'impresa moderna”<sup>242</sup>, non essendo rappresentative delle scelte allocative e produttive che l'imprenditore deve effettuare, anche alla luce dell'esistenza dei costi di transazione, la cui introduzione si deve al celebre opera di R. Coase<sup>243</sup>, che costituisce il fondamento teorico di tutto il movimento di analisi noto come “*Law and economics*”.

A porre per primo in relazione l'idea di efficienza elaborata da Coase e il diritto antitrust fu per primo Williamson con l'articolo *Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs*<sup>244</sup>, il quale partendo dal modello coasiano evidenziò come l'integrazione verticale e gli accordi tra imprese produttrici e distributrici avessero potenziali effetti positivi in termini di riduzione dei costi di transazione e controllo dei comportamenti opportunistici. Il modello dei costi di transazione offre infatti una teoria di incentivi alternativa, o meglio integrativa, a quella tradizionale che si limitava a considerare solamente gli effetti anticoncorrenziali di tali fattispecie in termini di chiusura del mercato e innalzamento di barriere all'entrata: la decisione da parte di due imprese, legate da rapporti di fornitura/clientela frequenti e quantitativamente rilevanti, di dare vita ad una fusione può invece essere motivata dall'esigenza di ridurre i significativi costi di transazione associati a tali rapporti piuttosto che a eliminare un concorrente. Così come, similmente, una restrizione

---

<sup>241</sup> In particolare, nel corso degli anni '60, diversi autori appartenenti alla Scuola di Chicago, tra cui Robert Bork e Richard Posner, criticarono i criteri applicativi adottati dalle corti, fortemente influenzati non erano riNaspramente la politica adottata dalle autorità antitrust e dalle corti, sottolineando l'importanza di tenere conto dei guadagni di efficienza nelle valutazioni antitrust.

<sup>242</sup> D. Kreps, *Corso di microeconomia*, Bologna, 1993, p. 841.

<sup>243</sup> R. Coase, *The nature of the firm*, in *Economica*, 1937, 4, p. 386 ss; R. Coase, *The problem of social costs*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, 1, p. 3.

<sup>244</sup> O. E. Williamson, *Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs*, in *American Economic Review*, 1968, 18, p. 58 ss.

verticale può essere finalizzata ad avvicinare le motivazioni e gli interessi delle parti coinvolte (in particolare nel caso dei contratti di distribuzione esclusiva), eliminando i fenomeni di *free-riding* e di altri comportamenti opportunistici, piuttosto che per impedire ad un rivale l'accesso a uno o più consumatori ovvero ad uno o più fattori della produzione. Williamson successivamente individuò tre fattori critici, la cui intensità è direttamente proporzionale ai guadagni di efficienza ottenibili attraverso intese restrittive nelle relazioni verticali, che possono far fronte all'inevitabile incompletezza dei contratti: l'incertezza; la frequenza con cui la transazione ricorre, l'ammontare degli investimenti in beni durevoli specifici che una parte deve effettuare per poter entrare in relazione con l'altra<sup>245</sup>.

Questo peraltro non è l'unico fondamento dell'approccio *chicagoan*. Come detto la teoria dei prezzi assume l'ipotesi della completa razionalità dei comportamenti e, conseguentemente, che le imprese si comportino razionalmente perseguendo la massimizzazione dei profitti; la scuola di Chicago aggiunge a questa ipotesi quella che la massimizzazione dei profitti deve essere considerata favorevolmente ai fini della promozione della concorrenza poiché, in linea di principio, i mercati mettono in atto meccanismi autocorrettivi delle eventuali imperfezioni. Vi è quindi una fiducia quasi incondizionata nelle capacità della concorrenza, intesa come libero operare delle forze del mercato, di produrre sempre e comunque un risultato efficiente, in contrapposizione all'intervento pubblico, valutato come intrinsecamente inefficiente<sup>246</sup>. Sulla base di questa impostazione vengono formulate due linee guida per la politica antitrust<sup>247</sup>:

---

<sup>245</sup> O. Williamson, *Transaction-cost economics: The governance of contractual relations*, in *Journal of law and economics*, 22, 1979, p.143; questo aspetto sarà esaminato più approfonditamente in seguito (V. capitolo 5).

<sup>246</sup> Tale visione, oltre che da argomentazioni teoriche era supportata dalla constatazione che l'intervento dello Stato portava un'effettiva incongruenza tra risultati perseguiti e obiettivi raggiunti che alcuni economisti avevano avuto modo di evidenziare a partire dagli anni '60, quando, in molti paesi industriali, ci si rese conto che la regolazione delle attività economiche aveva ecceduto il necessario e portato altresì ad una proliferazione di norme che si erano sovrapposte nel tempo, e risultavano, di conseguenza, eccessivamente numerose e spesso confliggenti. Si giunse pertanto a parlare di "fallimento della regolazione" e vennero sviluppate diverse teorie per fornire una spiegazione economica a tale riguardo. Contestualmente vennero ricercate nuove forme di autoregolamentazione, in talune circostanze possibili, che, se in linea con gli interessi collettivi potevano rendere superflue, se non nocive, le ingerenze "dall'esterno".

<sup>247</sup> Per una trattazione completa della *ratio* del diritto antitrust secondo gli esponenti della Scuola di Chicago si veda, per tutti R. A. Posner, *Antitrust law: an economic perspective*, Chicago, 1976.

- le condotte finalizzate alla massimizzazione del profitto non devono essere vietate, salvo prova contraria;
- lo scopo delle norme antitrust è quello di tutelare e perseguire l'efficienza dei mercati, sia allocativa che produttiva, con la conseguenza che le valutazioni delle operazioni potenzialmente restrittive o distorsive della concorrenza devono essere basate sulla base di tale criterio.

In termini applicativi, ciò implica innanzitutto che non vi è una necessaria correlazione positiva tra struttura di mercato e potere di mercato, posto che una struttura concentrata può essere motivata da una maggiore efficienza di alcune imprese rispetto ad altre, operanti all'interno della medesima industria. E' pertanto questa maggiore efficienza che determina, grazie ad una più elevata profittabilità, un incremento della quota di mercato e quindi del grado di concentrazione dello stesso. La politica antitrust non dovrebbe quindi impedire una tale maggiore concentrazione in quanto essa rappresenta la conseguenza del pieno funzionamento della dinamica concorrenziale da cui emerge una configurazione di mercato più efficiente.

In termini di criteri di valutazione, tale approccio sposa la metodologia di analisi basata sul criterio di efficienza e sul welfare trade-off, che confronta l'ampiezza degli effetti positivi con quelli negativi in un'ottica di efficienza, sapendo che può esistere un trade-off tra effetti negativi dell'operazione in termini anticoncorrenziali e effetti positivi in termini di incremento di efficienza; in questa ipotesi se i benefici attribuibili alla maggiore efficienza compensano i potenziali effetti anticoncorrenziali dell'operazione in esame, le autorità antitrust devono astenersi dall'intervenire.

Per quanto riguarda la metodologia da adottare in sede di giudizio antitrust, la scuola di Chicago è coerentemente favorevole all'approccio caso per caso (*rule of reason*), per il quale, come detto, le imprese sono tenute a provare che i comportamenti loro contestati trovano una giustificazione in termini di razionalità economica mentre le autorità antitrust sono vincolate a dimostrarne l'anticoncorrenzialità indipendentemente dalle caratteristiche legali delle pratiche contestate.

Un altro caposaldo della Scuola di Chicago è la rilevanza attribuita al concetto di efficienza produttiva e, in parte, dinamica accanto a quella allocativa; in

particolare l'efficienza produttiva, e non la presenza di accordi collusivi e pratiche abusive, spiegherebbe in molti casi l'esistenza di mercati concentrati, con poche grandi imprese che detengano elevate quote di mercato.

Come già accennato l'efficienza produttiva si concretizza spesso in aspetti tecnico-dimensionali, associati cioè alla dimensione ottimale degli impianti per la quale la produzione avviene ad un costo minimo. La presenza di rendimenti crescenti di scala influenza evidentemente il livello di concentrazione del mercato: se, infatti, la dimensione minima dell'impresa è elevata rispetto alla domanda complessiva, allora vi è spazio per poche imprese che producono e quindi la concentrazione risulta elevata. Per questo motivo le operazioni di concentrazione rappresentano dei tipici casi in cui l'approccio *chicagoan*, che ha enfatizzato la rilevanza dei guadagni in termini di efficienza produttiva, sviluppando la c.d. teoria dell'*efficiency-defense*. Una significativa differenza in termini di curve di costo intercorrente tra le funzioni di produzione delle imprese più e meno efficienti giustificerebbe infatti anche la creazione di situazioni in cui la nuova impresa dispone di un sostanziale potere di mercato.

Strettamente collegato alla lezione della Scuola di Chicago è lo sviluppo della teoria dei mercati contestabili elaborata da Baumol all'inizio degli anni '80<sup>248</sup>. Essa sposta l'attenzione sull'importanza della competizione potenziale in mercati monopolistici e oligopolistici caratterizzati da basse barriere all'entrata e all'uscita, nei quali la possibilità che nuove imprese entrino almeno temporaneamente sul mercato attratte dalla sua profittabilità, spiazzando così le imprese già operanti, condiziona i comportamenti di queste ultime limitandone il potere di mercato. Questo risultato è di grande impatto sulla politica della concorrenza in quanto al limite anche una struttura di mercato caratterizzata dalla presenza di un'unica impresa monopolista potrebbe non implicare alcuna perdita di benessere dato che il monopolista dovrebbe tener conto che se imponesse prezzi monopolistici vedrebbe erosi i propri profitti dalle imprese nuove entranti. Le autorità antitrust in un tale contesto sarebbero inutili; ovviamente però la restrittività delle ipotesi sottese a questa teoria fa sì che esse difficilmente siano verificate, soprattutto quella della completa recuperabilità dei costi fissi relativi all'investimento iniziale.

---

<sup>248</sup> V. *supra* nota 79.

Le implicazioni di questo nuovo approccio hanno modificato profondamente gli orientamenti dell'autorità governativa antitrust e della giurisprudenza statunitense le quali hanno assunto, a partire dalla metà degli anni '70, un atteggiamento più tollerante verso varie tipologie di operazioni, di accordi e di pratiche che prima venivano considerate illegali non in base ai loro effetti reali o potenziali, ma in quanto assumevano determinate caratteristiche formali. In particolare questo nuovo orientamento ha riguardato gli accordi verticali e le concentrazioni (sia orizzontali che verticali), nonché le pratiche leganti e le discriminazioni di prezzo, ora considerate più favorevolmente che in passato.

La sentenza che segna la svolta interpretativa della giurisprudenza americana in questo senso è la decisione della Corte Suprema nel caso *Sylvania*<sup>249</sup>, che, citando ampiamente le posizioni della Scuola di Chicago, ha ritenuto che tutte le restrizioni verticali non di prezzo devono essere valutate secondo il criterio della *rule of reason*. Ad essa seguì il periodo "reaganiano", in cui le corti adottarono un approccio non interventista, nella convinzione che il mercato fosse in grado di porre in essere meccanismi di auto-correzione e nell'assunzione che i comportamenti razionali delle imprese volti a massimizzare il profitto non perseguissero scopi anticoncorrenziali, salvo prova contraria<sup>250</sup>.

Anche l'evoluzione delle linee guida elaborate dal Dipartimento di Giustizia USA e dalla Federal Trade Commission ha risentito delle conclusioni raggiunte dalla Scuola di Chicago: considerazioni di efficienza di derivazione *chicagoan* sono rinvenibili sia nelle *Guidelines* del 2000 aventi ad oggetto la collaborazione e gli accordi tra concorrenti (Horizontal guidelines: punto 3.36), sia, soprattutto, in quelle del 1997, che succedono a quelle del 1982 e del 1984, concernenti le concentrazioni, le quali esplicitano che quando tali operazioni sono effettuate in mercati caratterizzati dall'assenza di barriere all'entrata, non creano situazioni rischiose a fini antitrust e che la valutazione deve determinare i guadagni di efficienza ottenibili attraverso

---

<sup>249</sup> *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433, U.S. 36, 1977.

<sup>250</sup> In *Matsuhita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corporation* (475, US 574, 1986) la Corte Suprema stabilì che le pratiche di prezzi predatori sono, in linea di principio irrazionali, quindi non sanzionabili, poiché l'impresa predatrice ha poche possibilità di beneficiare in futuro di una fase di monopolio sufficientemente lunga da recuperare le perdite sofferte durante il periodo di vendite sottocosto; vi sarebbero pertanto altre giustificazioni razionali a monte della decisione di praticare prezzi inferiori al costo variabile di produzione.

l'operazione in quanto possono essere utilizzati a difesa della stessa da parte delle imprese coinvolte.

### **3.8 Le teorie “Post-Chicago”: la ricerca di una maggiore aderenza alla complessa realtà dei mercati.**

La Scuola di Chicago, come abbiamo visto, enfatizza la capacità del mercato di giungere autonomamente ad una condizione di concorrenza, autocorreggendo le situazioni apparentemente pericolose, assumendo, inoltre, che per avere un effettiva situazione di concorrenza è spesso sufficiente un numero molto minore di imprese di quanto fosse stato teorizzato in precedenza, grazie alla contendibilità dei mercati. L'intervento pubblico è invece considerato inutile, se non dannoso: le decisioni di condanna vanno spesso a vantaggio dei concorrenti, magari inefficienti, piuttosto che migliorare il grado di concorrenza sul mercato. Conseguentemente la politica della concorrenza suggerita dall'approccio *chicagoan* è una politica caratterizzata da un basso grado di intervento, limitato alle condotte più gravi, quali i cartelli di prezzi e la ripartizione dei mercati.

La realtà, tuttavia, dimostra che spesso i mercati non si comportano così elegantemente come la Scuola di Chicago ipotizza: i costi di acquisizione delle informazioni possono essere significativi; le barriere all'entrata o all'uscita possono essere molto elevate; prodotti simili possono rimanere differenziati e non sostituibili tra loro anche nel lungo periodo. Entra inoltre in crisi la visione dell'integrazione verticale come elemento-chiave di efficienza produttiva dell'impresa: le nuove strutture organizzative snelle basate sull'esternalizzazione a terzi di varie fasi della produzione e la delocalizzazione geografica di altre mettono in crisi il modello di impresa gerarchica descritto da Williamson, con la conseguenza che i guadagni di efficienza derivanti dall'integrazione verticale possono essere più facilmente messi in discussione<sup>251</sup>.

Anche a livello macroeconomico la situazione si modifica: il mercato statunitense conosce in questo periodo il fenomeno della globalizzazione e della contestuale deindustrializzazione all'interno del territorio nazionale: le dimensioni medie d'impresa aumentano; parte degli stabilimenti industriali vengono trasferiti

---

<sup>251</sup> Y. Svetiev, *Antitrust governance: the new wave of antitrust*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, Spring 2007, p. 621.

all'estero e, contestualmente, assume maggior peso il settore dei servizi. Le imprese per mantenersi competitive perdono il loro legame con il territorio nazionale e si diversificano aprendo ai nuovi comparti dell'informatica e delle telecomunicazioni.

La conseguenza di tali mutamenti in termini antitrust è data innanzitutto dalla nuova esigenza di applicare la disciplina anche all'estero in presenza di multinazionali delocalizzate, affinché la politica *antitrust* sia efficace. In secondo luogo le nuove attività, caratterizzate da beni immateriali contenenti conoscenza si prestano più di altre alla monopolizzazione (si pensi a Microsoft) piuttosto che all'oligopolio e contestualmente rendono profittevole per le imprese dominanti inibire la capacità innovativa dei concorrenti attuali e potenziali<sup>252</sup>. Infine l'evoluzione dimensionale e spaziale delle nuove multinazionali mette in dubbio i risultati ottenuti dalla scuola di Chicago relativamente ai benefici che le imprese possono conseguire attraverso la crescita dimensionale dei soli impianti.

Questa maggiore complessità, sia riferita ai mercati che all'impresa, unita agli sviluppi teorici dell'economia industriale (in particolare la teoria dei giochi), riapre così la casistica delle possibili pratiche anticoncorrenziali, soprattutto nei nuovi mercati, quali quelli legati alle tecnologie informatiche, dove le opportunità di collusione e i comportamenti strategici da parte delle imprese in posizione dominante possono essere significativi e alcune pratiche, che la Scuola di Chicago liquidava come irrazionali, divenire profittevoli e quindi razionali, almeno nel lungo periodo.

Le teorie c.d. *post-Chicago* recepiscono, almeno parzialmente, tali problematiche cercando di aderire maggiormente alla realtà dei mercati, molto più articolata di quanto assunto dalla scuola di Chicago, e alla diversa struttura organizzativa assunta dalle imprese moderne. Anche se a scapito dell'eleganza formale dei modelli teorici, tali teorie prendono atto di questa aumentata complessità dei mercati, sviluppando a tal fine appositi modelli di mercato relativi ai principali settori industriali da utilizzare per l'elaborazione di simulazioni di collusione e di concentrazione nei mercati stessi<sup>253</sup>, e dell'esistenza di nuove fattispecie di

---

<sup>252</sup> R. Pitofsky, *Antitrust and intellectual property: unresolved issues at the heart of the new economy*, in *Berkeley tech. law journal*, 2001, p. 535 ss.

<sup>253</sup> S. Berry, J. Levinsohn and A. Pakes, *Automobile prices in market equilibrium*, in *Econometrica*, 1995, 63, p. 841-850; J. Baker, *Identifying cartel policy under uncertainty: the U.S. steel industry*, in *Journal of law and economics*, 1989, 32, p. 547-576; F. Gasmi, J. Laffont and Q. Vuong, *Econometric*

comportamenti anticoncorrenziali, riponendo meno fiducia nei meccanismi del mercato e sottolineando il rischio posto in essere dai comportamenti strategici delle imprese dominanti, come evidenziato dalla teoria dei giochi, soprattutto in presenza di asimmetrie informative, con l'effetto di suggerire decisioni diverse per pratiche analoghe, se poste in essere in contesti diversi<sup>254</sup>.

La letteratura post-Chicago ha in particolare dimostrato che determinate strutture di mercato e alcune forme di cooperazione tra imprese presentano, intrinseci, potenziali effetti anticoncorrenziali, mettendo in luce aspetti che i modelli precedenti non rilevavano. Tra le strutture di mercato è stato dimostrato che, in presenza di esternalità di rete, quali quelle esistenti nei mercati dei sistemi operativi per personal computers e della telefonia, le imprese esistenti detengono vantaggi strategici che possono sfruttare a scapito dei concorrenti, anche se questi ultimi dispongono di tecnologie superiori e più efficienti<sup>255</sup>. Le novità più significative hanno comunque riguardato l'interazione strategica tra le imprese<sup>256</sup>, e quindi, i comportamenti di queste che possono influenzare, a determinate condizioni, sia la struttura che la performance di mercato, rovesciando così il paradigma di Harvard che vedeva la struttura di mercato come la determinante dei comportamenti delle imprese, e, da ultimo, della performance del mercato.

Le condotte che più hanno risentito di questo nuovo approccio sono tutta una serie di pratiche e di intese, interpretate come anticoncorrenziali in quanto miranti ad incrementare i costi dei concorrenti (convenzionalmente individuate dall'acronimo "RRC"-*Raising Rival Costs*) e non più ad escluderli dal mercato: l'obiettivo

---

*analysis of collusive behavior in a soft drink market*, in *Journal of economic and management strategy*, 1992, 1, p. 277-311.

<sup>254</sup> H. Hovenkapp, *The reckoning of post-Chicago antitrust*, New York, 2001, p. 3 ss.

<sup>255</sup> H. Hovenkapp, *op. cit.*, p. 14 ss in relazione al caso *Microsoft*.

<sup>256</sup> L'interazione strategica si verifica quando due o più imprese interagiscono in modo tale che la condotta di ciascuna dipende da quella che essa si aspetta dall'altra. Lo strumento interpretativo per stabilire in quali ipotesi il comportamento strategico causa una perdita di efficienza è costituito dalla teoria dei giochi, nella quale l'equilibrio di mercato è determinato non dalla struttura dello stesso, bensì dai comportamenti degli operatori in esso presenti: tutte le combinazioni dei livelli di output per la quale nessun impresa può incrementare i propri profitti attraverso una modifica di tali livelli, date le quantità prodotte dai concorrenti, costituiscono delle situazioni di equilibrio che identificano determinati livelli di quantità e prezzo. Pertanto le condotte sottostanti a tali situazioni di equilibrio devono essere considerate razionali e, in un'ottica di efficienza, il diritto antitrust le deve proibire e sanzionare laddove portino ad una situazione di equilibrio sub-ottimale. (G. Norman and M. La Manna, *The new industrial economics*, Cambridge, 1992; D. Fudenberg and J. Tirole, *Game theory*, London, 1991. La teoria dei giochi è utilizzata soprattutto per analizzare le strategie delle imprese nei mercati oligoplistici).

dell'esclusione, infatti, nella maggior parte dei casi costituisce una strategia irrazionale, e come tale la Scuola di Chicago considera le conseguenti pratiche esclusive dovute ad altre motivazioni e pertanto non perseguibili dal diritto *antitrust*; viceversa, limitando l'obiettivo di tali condotte alla semplice acquisizione di un vantaggio nei confronti delle imprese rivali, emerge la loro razionalità. In particolare i comportamenti strategici di prezzo e di quantità possono generare vantaggi maggiori soprattutto in presenza di mercati caratterizzati da impianti altamente specializzati e rilevanti economie di scala.

Le fattispecie che hanno ricevuto più attenzione in questo senso sono le pratiche leganti e gli accordi verticali, nel caso, per esempio, in cui la proporzione degli input può essere modificata. Altre pratiche che sono state oggetto di specifici studi sono le pratiche predatorie, considerate razionali, a certe condizioni, nonché l'opportunismo in presenza di reti installate (*lock-in effect*) nel mercato dei servizi post-vendita. Infine, tra le concentrazioni orizzontali è stato approfondito l'effetto in termini di prezzo nel caso di fusione tra imprese operanti su mercati oligopolistici caratterizzati da prodotti differenziati (c.d. effetto unilaterale delle fusioni).

Non muta invece, rispetto alla Scuola di Chicago il concetto di efficienza utilizzato che rimane sostanzialmente il medesimo, se si eccettua una maggiore attenzione agli effetti dinamici correlati all'utilizzo della teoria dei giochi e dell'interazione strategica.

Questi sviluppi teorici trovano però un ostacolo nell'effettiva possibilità di essere applicati dalle autorità antitrust competenti. Le risultanze di queste analisi presentano concordanza con la teoria, ma spesso non possono escludere altre spiegazioni. Ovviamente, questo diventa un limite ancora più evidente e spesso insostenibile in un procedimento antitrust laddove i mercati rilevanti presentano caratteristiche meno nette di quelli selezionati dagli economisti: queste nuove teorie, infatti, ammettono un'ampia varietà di comportamenti anticoncorrenziali, ma la maggior parte di essi si possono verificare solo in presenza di specifiche circostanze; circostanze che nella realtà dei casi antitrust sono difficili da rinvenire, con l'effetto di rendere più probabile l'esistenza di una spiegazione alternativa, rendendo così una condotta non sanzionabile, ed incrementando altresì i costi per le imprese e per gli organi amministrativi e giudiziari.

Inoltre le autorità antitrust non sempre hanno gli strumenti e le competenze necessarie per giungere a dei risultati che possano escludere con ragionevole certezza tali alternative, anche laddove ciò sia possibile: quelli post-chicago sono modelli più accurati, ma contestualmente più complessi, e che presentano un più elevato margine di errore; ciò impone alle autorità antitrust non solo il rispetto del criterio di efficienza della struttura, anzi in tal senso la maggiore complessità dei procedimenti potrebbe rappresentare un positivo incentivo in questo senso, ma anche di porre in essere un'attività valutativa particolarmente onerosa in termini di dispendio di tempo e risorse che spesso non supererebbe un'analisi costi-benefici.

Un procedimento nel quale si è presentata questa problematica è stato il caso *Kodak*<sup>257</sup>, avente per oggetto il mercato dei pezzi di ricambio delle fotocopiatrici, dove Kodak praticava prezzi monopolistici. La Corte Suprema rigettò il principio, di matrice *chicagoan*, secondo il quale i clienti che acquistano una fotocopiatrice, essendo perfettamente informati, incorporerebbero il prezzo delle parti di ricambio di cui avranno bisogno in futuro nel costo sostenuto inizialmente per le fotocopiatrici, nel cui mercato rilevante Kodak non deteneva sufficiente potere di mercato, ritenendo, al contrario, che una parte significativa di clientela non fosse in grado di tenere conto di tutti i costi di lungo periodo, includenti quelli dei ricambi, al momento dell'acquisto della fotocopiatrice. Di conseguenza un prezzo di monopolio nel mercato post-vendita venne considerato come praticabile da Kodak secondo la strategia definita di "opportunismo base installata", attuabile secondo la teoria dell'effetto di *lock-in*, così definita poiché i consumatori, una volta acquistato il bene principale sono ad esso vincolati nell'acquisto dei servizi post-vendita.

Questa sentenza, sebbene validamente supportata da argomentazioni teoriche, non ha tuttavia escluso le altre classiche possibili spiegazioni della condotta di Kodak fornite dalla Scuola di Chicago: dalla limitazione del *free-riding* da parte dei riparatori indipendenti alla massimizzazione dei profitti congiunti fotocopiatrici-parti di ricambio, con conseguente abbassamento del prezzo del prodotto principale seguito da un incremento del prezzo dei ricambi, alla riduzione dei costi di transazione che sarebbero preponderanti nel caso in cui, con prezzi dei ricambi bassi, i loro acquisti fossero più frequenti. L'effetto fu la generazione di una lunga e

---

<sup>257</sup> *Eastman Kodak Co. v. Image Technical services inc.*, 504, U.S., 451, 1992

costosa lite giudiziaria, conclusasi con una condanna che ha sollevato numerose critiche<sup>258</sup>.

Di più facile applicazione si sono rivelate invece le teorie post-Chicago che analizzano le strategie finalizzate ad incrementare i costi sopportati dai concorrenti (*RRC*) attraverso la stipula di accordi verticali (accordi che, al contrario, la Scuola di Chicago valutava positivamente a priori)<sup>259</sup>, nonché gli sviluppi nel campo dell'analisi delle concentrazioni orizzontali (c.d. "effetti unilaterali").

Le teorie Post-Chicago non mettono invece in nessun modo in discussione il principio della *rule of reason*; al contrario, la crescente articolazione della casistica e le diverse soluzioni proposte a seconda dei mercati per le medesime fattispecie accrescono la sua importanza quale criterio richiesto in via preliminare per poter valutare la condotta delle imprese secondo il principio di efficienza. Prova ne è la recentissima decisione della Corte Suprema di superare l'ormai secolare divieto *per se* degli accordi verticali di fissazione dei prezzi di rivendita<sup>260</sup>, applicando praticamente per la prima volta il criterio della *rule of reason* anche per questa fattispecie<sup>261</sup>.

### **3.9 Conclusioni. L'applicazione delle teorie del comportamento irrazionale al diritto antitrust.**

Nel presente capitolo abbiamo dato conto dell'evoluzione del pensiero economico con riferimento alla sua applicazione al diritto antitrust, focalizzando la nostra attenzione su quanto avvenuto negli Stati Uniti, paese nel quale sono nati sia l'istituto giuridico della tutela della concorrenza sia l'analisi economica del diritto. Tale evoluzione ha portato attualmente ad attribuire una crescente rilevanza agli aspetti dinamici e al principio della *rule of reason*, secondo il quale non è efficiente vietare in linea di principio una determinata fattispecie, ma bisogna verificarne i prevedibili effetti nel caso concreto. Ciò in quanto la molteplicità e la bidirezionalità degli effetti delle fattispecie rilevanti in termini di efficienza allocativa e dinamica,

---

<sup>258</sup> H. Hovenkapp, *op. cit.*, p. 7 ss.

<sup>259</sup> *Toys 'R' U.S. inc. v. FTC*, 221, F 3<sup>rd</sup>, 2000.

<sup>260</sup> Il principio del *per se* nella valutazione di tale condotta era stato fissato dalla decisione del 1911 relativa al caso *Dr Miles (Dr Miles Medical Co. V. John D. Park & Sons, cit.)*.

<sup>261</sup> *Leegin Creative Leather Product, Inc. v. Psks inc. & al.*, 551, U.S., 07.

unita alla crescente varietà e la complessità dei mercati, impediscono la fissazione di regole inderogabili cui le autorità *antitrust* possano attenersi nelle loro valutazioni.

In conclusione di questa ricostruzione dottrinale è opportuno, a parere dello scrivente, dare conto delle nuove tendenze dell'analisi economica del diritto, benchè esse non abbiano ancora ricevuto applicazione al diritto *antitrust*. Chi scrive ritiene infatti che queste teorie avranno ricadute anche in questa materia poiché essa costituisce uno dei principali ambiti applicativi della *law and economics*.

Una di queste tendenze, espressa dalla c.d. scuola funzionale, fornisce una alternativa alla massimizzazione della ricchezza, identificando le scelte individuali e le preferenze rilevate come i fondamentali criteri di valutazione, dando altresì atto che l'azione umana è determinata non solo da vincoli economici, ma anche da quelli psicologici e fisici: le conoscenze, le capacità, le doti presenti nel caso concreto<sup>262</sup>.

Dal punto di vista giuridico questo approccio comporta la produzione di norme che incoraggino libere scelte individuali mediante l'eliminazione degli impedimenti strategici e transattivi alla rivelazione delle preferenze reali; preferenze che però non sono più determinabili attraverso l'utilizzo dei modelli di scelta razionale, bensì con l'incorporazione di componenti psicologiche irrazionali che permettano di comprendere come gli uomini effettivamente reagiscano alle regole giuridiche e alle relative sanzioni.

Questa nuova tendenza, ancora in fase embrionale, analizza quindi il rapporto tra economia e diritto assumendo che il comportamento umano non sia razionale (non solo limitatamente razionale come sosteneva H. Simon), da cui deriva l'introduzione dell'elemento psicologico nei modelli economici utilizzati per la produzione di norme giuridiche e per la loro applicazione. L'effetto è la rimodellazione degli strumenti della teoria economica e, in prospettiva, il raggiungimento di nuovi risultati anche nel campo dell'analisi economica del diritto<sup>263</sup>.

Benchè in campo *antitrust* questo nuovo approccio non abbia ancora prodotto risultati, esso è suscettibile, a parere di chi scrive, di trovare future applicazioni.

---

<sup>262</sup> V. Smith, *Papers in experimental economics*, Cambridge, 1991, p. 5 ss. L'autore nel 2002 ha vinto il Premio Nobel per l'economia per il suo contributo all'economia comportamentale e sperimentale.

<sup>263</sup> F. Parisi, *Scuole e metodologie dell'analisi economica del diritto*, in *Riv. critica di diritto privato*, 2005, p. 394-396.

Alcune scelte delle imprese, quali quelle di entrare (o uscire) dal mercato ovvero di effettuare determinati investimenti, infatti, non sono sempre ispirate a un comportamento razionale<sup>264</sup>: alcuni individui eccedono in ottimismo, avviando imprese laddove altre con le medesime caratteristiche hanno fallito; altri investono ingenti somme in ricerca e sviluppo in mercati che per le loro caratteristiche non offrono adeguate opportunità di remunerare l'investimento iniziale; altri ancora perseguono obiettivi che trascendono la logica del profitto<sup>265</sup>.

Questi comportamenti non razionali influiscono evidentemente sull'efficienza dinamica dei mercati, generando condizioni che, nei limiti in cui tali scelte non sono motivate da una semplice carenza o insufficienza di informazioni, sfuggono alle ipotesi formulate dalle tradizionali teorie economiche applicate al diritto *antitrust*, la teoria strutturalista e la Scuola di Chicago, che fondano le proprie assunzioni su un comportamento perfettamente (o limitatamente) razionale degli agenti economici, nonché dalla teoria dei giochi, che assume che il coordinamento strategico tra le imprese oligopoliste avvenga sulla base di una condotta razionale degli operatori economici presenti sul mercato.

Gli effetti del comportamento irrazionale possono alterare evidentemente il livello di concorrenzialità in grado di condurre ad una condizione di efficienza del mercato. Non è più quindi solo la crescente complessità dei mercati a giustificare diverse forme e metodi di intervento *antitrust*, così come suggerito dalle teorie *post-chicagoan*, ma anche la consapevolezza della specificità delle esperienze imprenditoriali e delle motivazioni ad esse sottese.

Non è questa la sede per approfondire una questione così ampia e dalle molteplici implicazioni. Certo è che un'applicazione delle norme *antitrust* che tenga conto delle condizioni in cui operano le singole imprese oggetto di valutazione può contribuire ad una più realistica previsione circa gli effetti del comportamento o dall'operazione oggetto di valutazione sul mercato rilevante e sul livello di efficienza delle imprese in questione. Si ridurrebbe così l'inevitabile approssimazione di cui le

---

<sup>264</sup> G. La Blanc-J.J. Rachlinsky, *In praise of investor irrationality*, in F. Parisi-V. Smith, *The law and economics of irrational behaviour*, Stanford, 2005, p. 542 ss.

<sup>265</sup> Due o più imprese, ad esempio, si possono coordinare con altre imprese non solo per massimizzare il loro profitto, ma per garantirsi un reddito più stabile continuo nel tempo, anche se inferiore.

autorità risentono quando effettuano valutazioni prospettive ottenendo, in definitiva, una maggiore aderenza al criterio di efficienza delle loro decisioni.

## CAPITOLO 4

### LA NORMATIVA COMUNITARIA VIGENTE A TUTELA DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO: LE FATTISPECIE RILEVANTI

#### 4.1 L'introduzione della disciplina antitrust in Europa.

Come detto il punto di partenza per lo studio dei problemi giuridici ed economici in tema di concorrenza è costituito necessariamente dalla legislazione antitrust degli Stati Uniti<sup>266</sup> dove l'esigenza di tutela della concorrenza viene avvertita già nel diciannovesimo secolo e dove le prime norme antitrust vengono adottate più di un secolo fa, nel 1890, con lo Sherman Act. L'esperienza antitrust statunitense, per il peso politico ed economico di quello Stato, nonché per le questioni teoriche di ampio respiro che il dibattito dottrinale e interpretativo ivi sviluppatosi ha sollevato, e che si ricollegano alle più delicate questioni legate al sistema economico capitalistico, ha infatti fortemente influenzato la nascita e lo sviluppo della disciplina comunitaria, nella sua storia relativamente breve, pur nella peculiarità e novità della struttura e delle funzioni della Comunità, costituendo ancora oggi un punto di riferimento per l'elaborazione di spunti di analisi e criteri di valutazione.

In Europa la disciplina antitrust giunge con oltre mezzo secolo di ritardo rispetto agli Stati Uniti. Il punto di partenza risale al 1951, anno in cui viene stipulato il Trattato di Parigi che istituì la Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio: il Trattato proibiva le barriere al commercio, oltre che tutte le pratiche discriminatorie e restrittive, capaci di falsare il gioco competitivo tra i sei paesi, Italia, Germania, Francia e Benelux, che più tardi istituiranno anche la Comunità Economica Europea. In particolare l'art. 65 del Trattato, che sarà ripreso dall'attuale art. 81 del Trattato della Comunità Europea, proibiva gli accordi e le pratiche concertate tra imprese o associazioni di imprese che aspirino direttamente o indirettamente ad impedire, restringere o distorcere la normale concorrenza all'interno del Mercato Comune, mentre l'art. 66 riguardava le concentrazioni, la cui messa in atto era subordinata al consenso dell'Alta Autorità della Comunità, all'interno del quale veniva individuata altresì la fattispecie dell'abuso di posizione dominante (art. 66 n.7).

---

<sup>266</sup> Vedi *supra* cap. 3.

Le ragioni dell'introduzione di norme a tutela della concorrenza nel Trattato CECA erano sostanzialmente due: la prima era legata al desiderio di limitare il rinascente potere economico della Germania, rendendo disponibili agli altri paesi europei quelli che allora erano gli input essenziali, ossia il carbone e l'acciaio; la seconda era il crescente apprezzamento della libera concorrenza, soprattutto in Germania con la citata scuola degli "Ordoliberali" di Friburgo che enfatizzava l'importanza della libertà economica e quindi di competere con gli altri operatori sul mercato, considerata il migliore modo disponibile per permettere un efficiente funzionamento dei mercati, alla luce anche del successo dell'economia statunitense, che storicamente si era servita di politiche antitrust.

Anche il Trattato CE, fin dalla sua stipula, a Roma nel 1957, si occupa della tutela della concorrenza dedicandovi gli articoli che vanno dall'85 al 94 (rinumerati dall'81 all'89 nel Trattato di Amsterdam), compresi nell'attuale versione del titolo VI, presente come titolo V, fin dal Trattato di Roma, che si occupa specificatamente della tutela della concorrenza: l'attuale art. 81 vieta quei comportamenti anticoncorrenziali che costituiscono il risultato di un concorso di volontà tra due o più imprese; l'art. 86 vieta lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sia da parte di una singola impresa che da parte di un gruppo di imprese tra loro indipendenti (c.d. "abuso di posizione dominante collettiva")<sup>267</sup>.

Nella Comunità Europea le finalità sono però parzialmente diverse rispetto a quelle della CECA. L'esperienza della CECA, nonché della Germania, unico Stato dell'Europa continentale ad avere una completa legislazione *antitrust*, costituiscono un punto di partenza di cui è necessario tenere conto, soprattutto per quanto concerne i criteri applicativi inizialmente adottati dalle autorità comunitarie. Ed invero l'obiettivo di integrare l'Europa sulla base di una costituzione economica ispirata alla concorrenza e al mercato ben si coniugava con l'idea Ordoliberal del diritto che

---

<sup>267</sup> V. Mangini-G. Olivieri, *Diritto Antitrust*, Torino, 2000, p. 87 ss. Tra gli altri testi di riferimento per una disamina dettagliata della disciplina della concorrenza comunitaria ricordiamo F.Munari.G.M. Roberti, *La disciplina della concorrenza in Trattato di diritto privato* diretto da M.Bessone, Torino, 2000, S. Bastianon, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano, 2005, I. Van Bael-F.Basis, *Competition law of the European Community*, Den Hague, 2004, A. Frignani-M. Waelbroeck, *La disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996; A. Pappalardo, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2007; R. Whish, *Competition Law*, London, 2001; S. Bishop-M. Walker, *The economics of EC Competition Law*, London, 2002.

indirizza l'economia senza attribuire potere ai Governi nazionali<sup>268</sup>. Tuttavia il vasto ambito di applicazione del Trattato di Roma, le ambizioni di integrazione dei rappresentanti degli Stati fondatori, le esigenze dell'industria europea nel suo complesso, non solo quella del carbone e dell'acciaio, hanno integrato e superato le iniziali ragioni alla base delle norme a tutela della concorrenza funzionalizzandole a nuovi obiettivi, divenuti preminenti, poiché intrinsecamente connessi alla costruzione europea: l'integrazione dei mercati nazionali finalizzata alla creazione del mercato unico e la competitività del sistema economico europeo rispetto a quello statunitense e all'emergente industria giapponese finalizzata ad incrementare il livello di ricchezza e prosperità all'interno della Comunità.

#### **4.2 La politica della concorrenza della Comunità Economica Europea.**

Occorre innanzitutto inquadrare a quale nozione di concorrenza gli artt. 81 e 82 del Trattato fanno riferimento; come si è visto<sup>269</sup>, infatti, la nozione di concorrenza economica può essere concepita in diversi modi. Con particolare riferimento alla teoria economica, la Comunità ha preso in considerazione, soprattutto inizialmente, la nozione di concorrenza ispirata al modello "atomistico", seguendo il modello elaborato dalla Scuola di Friburgo, nel quale esiste sia dal lato dell'offerta che della domanda un numero considerevole di operatori indipendenti tale che nessuno di loro sia in grado di prevedere il comportamento che adotteranno gli altri né di esercitare un'influenza sul funzionamento del mercato. Successivamente si è sviluppata alla nozione di concorrenza efficace (*workable competition*) di ispirazione Harvardiana che ammette l'esistenza di situazioni in cui il requisito della concorrenzialità del mercato è comunque soddisfatto anche in presenza di mercati imperfetti quale, tipicamente, l'oligopolio, intendendo tuttavia il principio della concorrenza effettiva in senso dinamico e non statico come prevede invece l'originale paradigma della Scuola di Harvard.

Quest'ultima visione della concorrenza è unanimemente quella che emerge sia dall'interpretazione del Trattato fornita da parte delle istituzioni comunitarie, laddove la disposizione a supporto di tale giustificazione è costituita dall'art. 81 (3) nella parte in cui prevede tra le condizioni di esenzione di un'intesa dall'applicazione

---

<sup>268</sup> K. J. Cseres, *Competition law and consumer protection*, Den Hague, 2005, p. 92-93.

<sup>269</sup> Vedasi *supra* cap. 3.

del divieto di cui al primo comma quella che l'accordo beneficiante dell'esenzione non comporti l'eliminazione della concorrenza per una parte sostanziale del mercato del prodotto rilevante. Le istituzioni comunitarie in forza di tale disposizione hanno infatti stabilito che, affinché siano rispettate le esigenze del Trattato, deve essere verificata la sussistenza di una sufficiente attività concorrenziale, ritenendo di conseguenza non necessario e non desiderabile, ai fini del conseguimento degli obiettivi posti dal Trattato, il perseguimento di un modello di concorrenza perfetta<sup>270</sup>.

La concorrenza, inoltre, come detto, non viene concepita dal diritto comunitario in una prospettiva statica, finalizzata al conseguimento di una situazione di equilibrio di mercato, bensì in una visione dinamica, ossia quale mezzo per raggiungere l'obiettivo del progresso economico e sociale, laddove il fondamento normativo di tale interpretazione è costituito dall'art. 2 del Trattato che colloca appunto il progresso economico e sociale tra gli obiettivi primari dell'Unione. Ed è un dato acquisito che il progresso economico e sociale passi sempre più attraverso l'innovazione tecnologica<sup>271</sup>.

Quello del progresso economico e sociale non è peraltro l'unico né il primario obiettivo cui la protezione della concorrenza è funzionalizzata.

La concorrenza infatti è espressamente dichiarata strumentale agli scopi della Comunità (art. 3 lett. g del Trattato CE, originariamente art. 3 lett.f), e quindi anche la creazione del mercato unico e il riavvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, laddove la creazione del mercato unico consiste nella formazione di uno spazio economico comune agli Stati membri, "ove gli scambi si effettuino alle stesse condizioni di quelle vigenti in un mercato interno"<sup>272</sup>. La funzionalità della regolamentazione anti-concorrenziale all'integrazione europea, d'altra parte, è ribadita agli attuali articoli 81 e 82, che vietano le intese restrittive e gli abusi di posizione dominante "in quanto incompatibili con il mercato comune" e nei limiti in cui sussista la possibilità di un "pregiudizio al commercio tra Stati membri". La Commissione Europea, l'autorità competente ad applicare il Trattato in materia di concorrenza, ha, conseguentemente, usato la politica della concorrenza perseguendo

---

<sup>270</sup> Su tutte la sentenza *Metro/SABA* della Corte di Giustizia del 25 ottobre 1977, ma anche, in precedenza, la sentenza *Ufficio vendita del carbone della Ruhr* del 18 maggio 1962.

<sup>271</sup> R. Natoli *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004.

<sup>272</sup> A. Frignani-M. Waelbroeck, *La disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, p. 5-6.

in primo luogo l'obiettivo di integrazione del mercato comune, concentrando la propria attività sanzionatoria sugli accordi che ostacolavano il commercio parallelo tra Stati membri, le intese tra concorrenti per ripartirsi il mercato su base nazionale, la discriminazione di prezzo tra paesi, pratiche il cui divieto a priori non trova giustificazione economica poichè il loro impatto può essere sia positivo che negativo in termini di efficienza<sup>273</sup>. Le autorità europee ritenevano che ciò non contrastasse con una politica industriale volta a creare imprese efficienti in grado di competere sui mercati mondiali poiché il mercato interno, al momento della nascita della Comunità, era sufficientemente ampio da permettere l'esistenza di un elevato numero di imprese di grandi dimensioni. L'obiettivo del mercato comune, d'altra parte, veniva posto in un periodo in cui il sistema produttivo era ancora definito su base nazionale, così come la grande maggioranza dei mercati geografici rilevanti e in cui, agli ostacoli derivanti dall'esistenza di sistemi economici nazionali, si aggiungeva un contesto politico internazionale caratterizzato dalla divisione dell'Europa in due blocchi, che conferiva alla creazione di un mercato comune una precisa valenza politica, in termini di contrapposizione al COMECON, il mercato comune instaurato nei paesi dell'Europa dell'est; un unico mercato comune costituiva quindi già di per sé un notevole allargamento dei mercati rispetto alla loro tradizionale dimensione nazionale.

In questo contesto la creazione del mercato unico europeo assorbiva il grosso degli sforzi delle istituzioni comunitarie nell'attuazione del diritto comunitario e pertanto anche la disciplina della concorrenza venne intesa in funzione del suo sviluppo e consolidamento<sup>274</sup>.

Altra finalità, desumibile in particolare dagli attuali art. 85 e 86 del Trattato aventi ad oggetto il riconoscimento alle imprese di diritti speciali o esclusivi da parte degli Stati membri e la concessione di aiuti alle stesse sotto qualsiasi forma, e correlata alla situazione economica esistente al momento della costituzione della

---

<sup>273</sup> S. Bastianon, *op.cit.*, p. 109 ss. Per valutare l'effetto di una discriminazione di prezzo tra paesi, ad esempio, occorrerà comparare i tre aspetti rilevanti in termini di surplus nelle due alternative, quella discriminatoria, in cui il monopolista fissa due prezzi differenti nelle due aree geografiche e quella non discriminatoria, in cui egli pratica un unico prezzo: il surplus dei consumatori dell'area A, quello dei consumatori dell'area B e quello del monopolista; l'esito di questa comparazione permette di stabilire quale sia l'alternativa più desiderabile secondo un criterio di efficienza. In altri casi, ad esempio nel caso dei contratti di distribuzione esclusiva, vi possono essere ragioni economiche legate al contrasto del fenomeno del *free riding* (Vedasi cap. 3 e 5).

<sup>274</sup> P. Bianchi, *Le politiche industriali dell'Unione Europea*, Bologna, 1995, p. 49 ss.

Comunità, era quella di limitare il rilevante intervento degli Stati membri nell'economia, che spesso avveniva, e in parte ancora avviene, in un'ottica protezionistica, attraverso la creazione e il rafforzamento dei monopoli, pubblici e privati, e l'erogazione di sussidi alle grandi imprese nazionali. Il criterio di valutazione nel perseguimento di questo obiettivo è stato, tuttavia, spesso influenzato anche da considerazioni di politica industriale e sociale. La politica industriale crea di per se stessa una tensione con l'obiettivo della tutela della concorrenza in quanto cerca di influenzare il processo economico orientandolo verso alcune attività e pertanto è potenzialmente in grado di ostacolare il libero gioco concorrenziale; a ciò si aggiunga il fatto che nella prima parte di vita della Comunità essa era ancora ritenuta di competenza nazionale e gli stati nazionali la intendevano generalmente come sostegno alla produzione nazionale, o nella forma di aiuti alle imprese locali ritenute non in grado di sostenere la concorrenza esterna, o in funzione della creazione e protezione dei propri "campioni", pubblici e privati. Per questa ragione sono stati spesso esentati dal divieto gli aiuti alle grandi imprese in crisi, nonché i cartelli tra queste che impedissero il fallimento delle principali industrie nazionali. Similmente sono state prese decisioni analoghe per ragioni sociali, assoggettando le scelte di politica della concorrenza a valutazioni di equità e di tutela della pace sociale; nello specifico alcune intese e accordi, anche di prezzo, stipulati tra imprese a rischio di bancarotta, sono stati talvolta tollerati dalla Commissione Europea.

Inoltre la politica della concorrenza ha risentito e tuttora risente del principio comunitario secondo il quale lo sviluppo economico non deve produrre squilibri nelle diverse parti della Comunità, così come nei diversi settori economici come stabilito dall'art. 2 del Trattato. In ossequio a tale principio sono stati spesso favoriti accordi tra imprese che prevedevano investimenti in aree meno sviluppate della Comunità (un noto caso, anche piuttosto recente, fu l'autorizzazione della Commissione all'avvio di una produzione comune da parte di Ford e Volkswagen, i due principali produttori di automobili in Europa, con apertura di uno stabilimento in Portogallo<sup>275</sup>). Questo principio ha anche un altro corollario: favorire lo sviluppo del

---

<sup>275</sup> Nella decisione *de quo*, risalente al 1992 la Commissione affermò che il progetto avrebbe contribuito "alla promozione di uno sviluppo armonioso della Comunità ed alla riduzione delle disparità regionali, che è una delle aspirazioni di base del Trattato" nel caso di specie "legando più strettamente il Portogallo alla Comunità attraverso una delle sue industrie più importanti" (decisione *Ford/Volkswagen* par. 36).

mercato comune e la competizione tra imprese non significa aprire il mercato alle imprese extracomunitarie sempre e comunque, se ciò significa mettere a rischio la sopravvivenza di “campioni nazionali”, con devastanti effetti in vaste aree della Comunità. L’effetto, ancora oggi riscontrabile, è che le istituzioni comunitarie sono più prudenti quando per tutelare la concorrenza si va a sanzionare un’impresa europea, magari favorendo il rafforzamento sul mercato di un suo concorrente extracomunitario; viceversa se un’impresa extracomunitaria è indiziata di porre in essere pratiche anticoncorrenziali, la Comunità si dimostra generalmente meno restia ad attivare gli strumenti sanzionatori previsti dal Trattato, senza concedere deroghe e riconoscere eventuali guadagni di efficienza. L’intervento a tutela della concorrenza, infatti, le permette, in via subordinata, di proteggere il mercato interno senza essere accusata di protezionismo<sup>276</sup>.

Un altro obiettivo economico talvolta perseguito attraverso la politica della concorrenza è la protezione delle piccole e medie imprese, obiettivo anche questo rientrante nella politica economica e sociale della Comunità, spesso impropriamente assolto attraverso il ricorso alle regole della concorrenza<sup>277</sup>. In particolare il raggiungimento di tale obiettivo è stato ricercato attraverso due modalità tra loro alternative: sanzionando pratiche poste in essere da imprese in posizione dominante tendenti a danneggiare i rivali di piccole dimensioni ovvero favorendo la cooperazione e la concentrazione tra piccole imprese. In questo senso il criterio di efficienza non è indifferente all’adozione di una metodologia piuttosto che un’altra, essendo preferibile la seconda modalità di azione nei limiti in cui essa favorisce la capacità delle piccole e medie imprese di competere sul mercato rispetto alla prima che tende a penalizzare le grandi imprese, anche nel caso in cui siano più efficienti delle altre.

Emerge chiaramente da quanto appena esposto come ci troviamo in presenza di una politica della concorrenza comunitaria avente finalità eterogenee, tra le quali quella integrazionista è la preminente, sostanzialmente diverse rispetto a quelle perseguite negli Stati Uniti. Questi diversi obiettivi, a parere dello scrivente, non

---

<sup>276</sup> Si vedano a questo proposito i casi *GE/Honewell* e *Microsoft* che saranno peraltro analizzati nel proseguo della trattazione.

<sup>277</sup> Commissione Europea, *IX Report on competition policy*, Brussels, 2000.

hanno favorito un'effettiva e coerente applicazione del criterio di efficienza, in qualsivoglia accezione lo si consideri, da parte degli organi competenti ad applicare la normativa antitrust comunitaria, sia a livello di Comunità sia a livello dei singoli Stati membri in quanto chiamati a conformarsi agli orientamenti elaborati a livello comunitario in questa materia.

#### **4.3 La nascita dell'Unione Europea. L'evoluzione della politica della concorrenza e la protezione del consumatore.**

Gli obiettivi assunti inizialmente dalla Comunità Europea quali finalità della politica della concorrenza sono stati ridisegnati a seguito dell'Atto Unico del 1986 e con il Trattato di Maastricht del 1992 che sancisce la nascita dell'Unione Europea. Conseguito l'obiettivo iniziale di abbattere le barriere doganali tariffarie, ed essendo raddoppiato il numero degli Stati membri, si è posta infatti la necessità di rilanciare le politiche comunitarie in forma più articolata e penetrante per accrescere la coesione economica e monetaria, introducendo altresì procedure più idonee per la loro attuazione attraverso la rimozione della regola dell'unanimità per l'approvazione delle direttive finalizzate all'armonizzazione normativa. Viene inoltre esplicitamente introdotta la tutela del consumatore come finalità autonoma delle politiche comunitarie: il Libro Bianco del 1985, finalizzato al completamento del mercato interno, apre infatti la strada alla realizzazione di diversi progetti diretti ad interventi normativi espressamente finalizzati alla protezione dei consumatori, quali sono state ad esempio le Direttive 374 e 577 del 1985, la prima riguardante la responsabilità del danno per prodotti difettosi, la seconda relativa ai contratti tra imprese e consumatori.

Date queste premesse nasce nel 1992 l'Unione Europea, un nuovo organismo internazionale avente finalità politiche generali più ampie rispetto a quelle economiche della Comunità, che costituisce comunque il primo e principale "pilastro dell'Unione", cui si accompagna l'introduzione dell'Unione Monetaria. L'Unione si propone infatti di "rispettare e sviluppare tutte le norme che compongono l'ordinamento comunitario", di promuovere il progresso economico e sociale equilibrato e durevole, di affermare l'identità europea sulla scena internazionale, di rafforzare la protezione dello *status* di cittadinanza europea, di conservare e

sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali (ampliando il riconoscimento già attribuito ai diritti dell'uomo)<sup>278</sup>.

Per quanto concerne l'aspetto più specificamente economico, i due Trattati hanno rimosso le residue barriere non-tariffarie, dando contestualmente inizio allo sviluppo di un'ampia serie di iniziative comuni (su tutta la moneta unica) che hanno portato, anche per sopravvenuti elementi esterni, globalizzazione *in primis*, ad una completa integrazione economica. A ciò si è accompagnato l'avvio di nuove politiche industriali comuni che hanno in parte superato le precedenti politiche nazionali, mettendo altresì in discussione il ruolo degli Stati membri su molte questioni<sup>279</sup>.

Grazie a questa accelerazione anche le politiche di tutela della concorrenza hanno acquistato maggiore autonomia e respiro, formalizzati dall'art. 157 del Trattato, nella parte in cui prevede che le misure a favore della competitività dell'industria non possono costituire “una base per l'introduzione da parte della Comunità di qualsivoglia misura che possa generare distorsioni di concorrenza”. La politica della concorrenza ha così svolto ancor più le veci della politica industriale degli Stati membri, ormai indebolita dalle insoddisfacenti *performance* economiche dei paesi-guida dell'Unione. Altri fattori che hanno influenzato la nuova politica della concorrenza, e non estranei alla stessa crisi delle politiche industriali nazionali, sono stati l'effetto combinato dell'avvenuta integrazione dei vari mercati nazionali in un unico mercato comune e dell'allargamento dei mercati geografici rilevanti, spesso ormai extraeuropei, se non mondiali, a seguito della globalizzazione<sup>280</sup>. Accrescere la competitività delle imprese europee diviene pertanto un obiettivo prioritario dell'Unione, da perseguire anche attraverso la cooperazione e la concentrazione tra imprese, pena la loro scomparsa.

Il portato di tale effetto è a sua volta una maggiore rilevanza degli obiettivi di efficienza nelle valutazioni effettuate dalle autorità competenti; obiettivi che si sono posti in posizione di complementarietà, e non più di subordinarietà rispetto alla creazione del mercato unico e in posizione di supremazia, almeno teorica, rispetto

---

<sup>278</sup> T. Ballarino, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2004, p. 34-35.

<sup>279</sup> P. R. Willis, *Introduction to EU competition Law*, London, 2005, p. 12 ss. .

<sup>280</sup> G. Amato, *Politica industriale e politica della concorrenza nell'Europa unita*, in F. Mosconi (a cura di), *Le nuove politiche industriali nell'Europa allargata*, Parma, 2005, p. 119-121.

alle altre finalità perseguite attraverso la politica della concorrenza. Come recentemente affermato dalla Commissione, infatti, “il primo obiettivo della politica della concorrenza è il mantenimento di mercati competitivi. La politica della concorrenza è un mezzo per stimolare l’efficienza industriale, l’allocazione ottima delle risorse, il progresso tecnico e la flessibilità nell’adeguarsi ai cambiamenti ambientali...Il secondo obiettivo è quello del mercato unico. L’esistenza di un mercato interno è una condizione essenziale per lo sviluppo di un’industria efficiente e competitiva”<sup>281</sup>; ad essi va tuttavia aggiunta, come vedremo tra poco, la tutela del consumatore.

L’Unione si propone pertanto di perseguire, attraverso la politica della concorrenza, l’integrazione economica nei limiti in cui essa consenta l’efficienza dei processi economici e dei mercati, così come il perseguimento dell’efficienza non deve ostacolare la creazione e il mantenimento del mercato unico; il tutto in un’ottica di lungo periodo. A tale evoluzione di orientamenti, peraltro, non si è accompagnata alcuna modifica a livello normativo: la disciplina europea della concorrenza continua a contemplare esplicitamente il criterio di efficienza solo con riferimento alla valutazione delle intese (art. 81 (3) del Trattato CE).

L’evoluzione della politica della concorrenza ha altresì seguito il rafforzarsi di altri obiettivi all’interno delle politiche comunitarie, che precedentemente erano perseguiti con minore intensità rispetto ad ora, con un conseguente ed ulteriore elemento di novità nella definizione dei criteri di applicazione della normativa antitrust.

Innanzitutto la definitiva introduzione della protezione del consumatore quale politica autonoma dell’Unione, come esplicitamente stabilito dal Titolo XIV dell’attuale versione del Trattato CE<sup>282</sup>, ha avuto un forte impatto sull’azione antitrust degli organi comunitari. Non solo, infatti, sono state adottate specifiche direttive di attuazione di tale politica, le più incisive delle quali, emanate nei primi anni ’90, hanno riguardato la disciplina dei contratti che vedevano coinvolti i

---

<sup>281</sup> Commissione Europea, *Report on competition policy 1999*, Brussels, 2000.

<sup>282</sup> Art. 153 (1) Trattato CE (ex art. 129): “Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all’informazione, all’educazione e all’organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi”.

consumatori finali<sup>283</sup>. Anche in ambito *antitrust* questa nuova e ulteriore finalità delle politiche comunitarie ha assunto progressivamente maggior rilevanza<sup>284</sup>, tanto che, e siamo ai giorni nostri, secondo la Commissione la tutela della concorrenza sul mercato costituisce innanzitutto uno strumento per “migliorare il benessere dei consumatori e per garantire la ripartizione efficiente delle risorse”<sup>285</sup>. Conseguentemente sia il legislatore comunitario<sup>286</sup> che la Commissione tengono ora maggiormente conto degli aspetti di efficienza distributiva, con la conseguenza che non considerano equivalenti uguali variazioni del surplus del produttore e del surplus del consumatore, reputando le seconde più meritevoli di tutela.

In secondo luogo l’Unione Europea ha aumentato la propria attenzione alle materie ambientali, attraverso l’introduzione di sempre più stringenti misure di standardizzazione in materia di inquinamento e di tutela del territorio. La politica della concorrenza ha recepito tale evoluzione, adottando un atteggiamento più tollerante nei confronti di quegli accordi e quelle pratiche che hanno per oggetto o per effetto il miglioramento della qualità ambientale; si può parlare in questo senso di un ulteriore criterio di “efficienza ambientale” applicato alle decisioni antitrust della Commissione Europea<sup>287</sup>.

Anche in Europa, infine, la politica di tutela della concorrenza ha sempre risentito, e tuttora risente, inevitabilmente, delle scelte degli esecutivi in materia di politica industriale, nonché delle pressioni esercitate dalle grandi imprese residenti nell’Unione.

---

<sup>283</sup> Su tutte la direttiva CEE n. 59/92 sulla sicurezza generale dei prodotti e la direttiva CEE n. 13/93 sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori.

<sup>284</sup> K.J. Cseres, *Competition law and consumer protection*, The Hague, 2005, p. 198 ss.

<sup>285</sup> Estratto del discorso del Commissario per la Concorrenza N.Kroes tenuto a Londra il 15 settembre 2005 in occasione dell’European Consumer and Competition Day. Si noti come per la prima volta il mercato unico non è esplicitamente citato tra gli obiettivi della politica della concorrenza.

<sup>286</sup> A livello legislativo, al disposto di cui all’art. 81 (3) TCE che impone il passaggio di almeno una parte dei benefici in termini di efficienza al consumatore, nel 1989 è stata aggiunta la previsione di cui all’art. 2 del Reg. CE 4064/1989, che prescriveva che nella valutazione di un’operazione di concentrazione gli aspetti di progresso tecnico ed economico erano rilevanti solo se era rispettato il vincolo della presenza di un beneficio per il consumatore ottenibile da tale progresso;

<sup>287</sup> Nel 2000, ad esempio, la Commissione ha autorizzato un accordo tra produttori europei di lavatrici per abbandonare la produzione delle lavatrici più inquinanti (decisione *CECED* citata in M. Martinez-Lopez, *Commission approves an agreement to improve efficiency of washing machines*, in *Competition policy newsletter*, 1, 2000, p. 13-14).

#### **4.4 Nozione di impresa ai fini dell'applicazione della disciplina della concorrenza in ambito comunitario.**

Destinatari delle norme a tutela della concorrenza sono le imprese, alle quali fa espresso riferimento sia la sezione del Trattato Ce che include gli articoli che vanno dall'81 all'86 sia il Regolamento 139/2004 avente ad oggetto per l'appunto le concentrazioni tra imprese. Questione preliminare relativa all'applicazione delle disposizioni di diritto comunitario in materia di concorrenza è pertanto quello di definire la nozione di impresa, e pertanto l'ambito di applicazione soggettivo della disciplina.

Diversamente dai Trattati CECA e Euratom, che forniscono una definizione di impresa finalizzata all'applicazione delle regole fissate nei rispettivi settori di applicazione<sup>288</sup>, il Trattato CE non contiene alcuna definizione di impresa, benché numerose norme<sup>289</sup>, non solo quelle sulla concorrenza, vi facciano riferimento. In assenza di indicazioni legislative la nozione di impresa è stata progressivamente definita dalla prassi della Commissione e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia: gli organi comunitari hanno inizialmente attinto dalle nozioni di impresa sviluppate nei vari ordinamenti nazionali applicandole alle fattispecie concrete sulle quali erano chiamati a dover giudicare, seguendo un approccio di tipo pragmatico: la presenza, nel caso *de quo*, di uno o più elementi considerati come requisiti essenziali dagli ordinamenti interni, consentiva di definire tale fattispecie come impresa e pertanto soggetta alle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza.

In Italia, ad esempio, la norma di riferimento è l'art. 2082 del codice civile che definisce l'imprenditore<sup>290</sup>, e che ha dato luogo a diversi problemi di inquadramento sistematico della nozione di impresa che da essa deriva; ciò in quanto la numerosità e la diversità degli aspetti giuridici connessi all'impresa, nonché il costante mutamento del fenomeno economico "impresa" ne ha reso difficile il riferimento ad uno schema giuridico esclusivo. Presupposto di tale complessità è la definizione di impresa fornita dal codice civile, che fa riferimento sia ad un soggetto,

---

<sup>288</sup> Si tratta rispettivamente dell'articolo 80 del Trattato CECA e dell'articolo 196 del Trattato Euratom.

<sup>289</sup> Tra questi ricordiamo l'art. 43 sul diritto di stabilimento, l'art. 76 sugli aiuti di stato nel settore dei trasporti, gli artt. 86-88, relativi agli aiuti di stato alle imprese in generale.

<sup>290</sup> Ai sensi dell'art. 2082 cod. civ. l'imprenditore è colui che "esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi".

l'imprenditore, che ad un fenomeno, l'attività economica. Da ciò la contrapposizione dottrinale tra un modello della disciplina "a soggetto", e un modello "ad attività": la prima accezione ha focalizzato la propria attenzione sul lavoratore autonomo facendo rientrare nella categoria di imprenditore anche tutti quei soggetti che "non andando a padrone con umilissima attrezzatura e con le proprie mani, per misera mercede spesso elargita dalla controparte creano beni di poco conto e offrono servizi non qualificati"<sup>291</sup> individuando conseguentemente l'impresa come l'attività, anche non organizzata e non necessariamente secondo criteri di economicità da essi esercitata; la seconda visione prende invece le mosse dal concetto di attività, di produzione per lo scambio di beni e servizi, destinati quindi al mercato<sup>292</sup>, attuata sia secondo criteri di economicità, intesa come attitudine a coprire i costi con i ricavi, sia con professionalità, da intendersi invece come non occasionalità dell'attività svolta. Ciò senza implicare, peraltro, che lo svolgimento dell'attività sopra descritta seguendo tali criteri significhi necessariamente perseguire uno scopo lucrativo<sup>293</sup>.

La varietà delle definizioni di impresa individuate dagli ordinamenti nazionali e talora anche all'interno dello stesso ordinamento, come nel caso italiano, ha portato, nel tempo, allo sviluppo a livello comunitario di una formula molto ampia tale da essere omnicomprensiva: l'attuale nozione di impresa adottata in ambito comunitario, applicabile a tutto il contesto del diritto della concorrenza, include infatti "qualsiasi entità che eserciti un'attività economica..a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di funzionamento"<sup>294</sup>. L'ampiezza della definizione ha i suoi presupposti dalla genericità delle due nozioni utilizzate per delimitarla, genericità che permette di ricomprendere in esse una molteplicità di fattispecie giuridiche e di fenomeni economici. Per entità, infatti, gli organi comunitari intendono una qualunque organizzazione di "elementi personali, materiali e immateriali"<sup>295</sup> ovvero persone fittizie, esercitino un'attività economica

---

<sup>291</sup> E. Zanelli, citato da F. Galgano, *L'imprenditore*, Bologna, 1970, p.17.

<sup>292</sup> P. Ferro-Luzzi, *L'impresa*, Roma, 1985, p. 31.

<sup>293</sup> G. Olivieri et al. (a cura di), *Il diritto delle società*, Bologna, 2000, p. 38-39. Sulla specifica questione della natura di impresa degli enti *non profit* si veda F. Galgano, *Associazioni non riconosciute e comitati*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca (art. 36-42)*, Bologna, 1976, p. 74 ss.

<sup>294</sup> Corte di giustizia, sentenza del 28 giugno 1991, *Hofner and Elser/Macroton Gmb*, C-41/90.

<sup>295</sup> Decisione della Commissione Europea del 18 giugno 1969, *Christiani & Nielsen*, p. 13.

*autonomamente*<sup>296</sup>, mentre per attività economica è stata costantemente intesa “qualsiasi attività che consista nell’offrire beni o servizi in un determinato mercato”<sup>297</sup>.

L’effetto dell’adozione di una tale definizione da parte degli organi comunitari è stato ovviamente un ulteriore ampliamento dell’ambito soggettivo di applicazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza con la conseguenza che sono state ritenute “imprese”, e quindi soggetti potenzialmente destinatari degli artt. 81 e 82 del Trattato CE, non solo gli imprenditori individuali, le società di persone e di capitali, le cooperative agricole e commerciali, i consorzi esterni, ma anche: i consorzi interni; gli accordi intra-gruppo, laddove la società controllata non sia in grado di decidere in maniera autonoma i propri comportamenti sul mercato<sup>298</sup>; gli enti assicurativi solidaristici non aventi scopo di lucro<sup>299</sup>; le fondazioni esercenti attività economiche<sup>300</sup>; i fondi previdenziali complementari<sup>301</sup>; gli esercenti le professioni liberali<sup>302</sup>; i titolari di brevetto, qualora lo concedano in licenza; gli artisti<sup>303</sup>.

Da questa ampia nozione di attività economica gli organi comunitari hanno invece escluso, in linea generale, le entità che svolgono attività sociali e quelle che esercitano prerogative statali. Sul primo punto, la Comunità ha ad esempio escluso dall’applicazione delle regole della concorrenza “le casse malattia e gli enti che

---

<sup>296</sup> In pratica vengono esclusi da questa definizione i lavoratori subordinati, gli agenti e i rappresentanti commerciali (A.Pappalardo, *op. cit.*, p. 57).

<sup>297</sup> Si veda ad esempio Corte di Giustizia, sentenza del 12 settembre 2000, *Paavlov*.

<sup>298</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 24 ottobre 1996, *Viho*, C-73/95.

<sup>299</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Wirtschaftsvereinigung Stahl*; sul tema dell’applicabilità della disciplina comunitaria della concorrenza agli enti *non profit* si veda C. Golino, *Enti non profit, attività di impresa e concorrenza*, in *Riv. trim. di diritto pubblico*, 2006, 3, p. 817 ss.

<sup>300</sup> Corte di giustizia Europea, sentenza del 10 gennaio 2006, *Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato* causa C-222/04, in relazione all’applicabilità degli artt. 87 e 88 TCE. Il giudice comunitario si è espresso nel senso di considerare le fondazioni bancarie come enti suscettibili di avere natura di impresa, almeno nel periodo antecedente all’entrata in vigore del D. Lgs 153/99, non esprimendosi sulla questione circa la natura non imprenditoriale delle fondazioni bancarie nel contesto delle regole attuali, riconoscendo tuttavia al D. Lgs 153/99 la capacità di rendere effettivo il processo di separazione tra fondazioni e società bancarie.

<sup>301</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 16 novembre 1995, *Federation Française des Sociétés d’Assurance*, C- 244/94.

<sup>302</sup> Tra le altre su questa specifica categoria di persone fisiche si veda la già citata sentenza *Paavlov*, riferita a un medico specialista, o anche Corte di Giustizia, sentenza del 19 febbraio 2002, *Wouters*, relativa a un avvocato.

<sup>303</sup> Commissione Europea decisione *RAI/UNITEL*, relativa a cantanti che sfruttavano commercialmente la propria voce.

concorrono alla gestione del pubblico servizio della previdenza sociale”<sup>304</sup>, “i contratti di concessione conclusi dai comuni nella loro veste di pubblica autorità, con imprese incaricate dell’esecuzione di un pubblico servizio”<sup>305</sup> e, recentemente, l’organizzazione europea per la sicurezza della navigazione aerea<sup>306</sup>.

#### **4.5 L’articolo 81 del Trattato CE. Il divieto delle intese restrittive della concorrenza e l’autorizzazione in deroga.**

L’articolo 81 proibisce le *intese* restrittive della concorrenza, ove per intese si intendono gli accordi tra imprese, le decisioni e le pratiche concordate che possono pregiudicare il commercio tra gli Stati membri o impedire, restringere o falsare la concorrenza all’interno del mercato unico.

E’ da notare innanzitutto come questa norma risenta, come già accennato, e d’altra parte inevitabilmente, dell’obiettivo primario che si ponevano i fondatori della Comunità: superare le barriere doganali e creare un unico mercato che favorisse l’espansione economica degli Stati membri senza che si generassero nuovi conflitti tra nazioni.

Per quanto concerne il termine “accordo”, esso si riferisce principalmente (ancorché non esclusivamente) alla presenza di un contratto giuridicamente vincolante fra le parti, ossia a manifestazioni di volontà che pongono in essere obbligazioni giuridiche. Affinché vi sia un accordo è sufficiente che le imprese in questione abbiano espresso la volontà di comportarsi in un determinato modo, limitando reciprocamente la propria libertà di azione sul mercato, sia nel caso di un vero e proprio vincolo contrattuale sia nel caso in cui tra le parti vi sia una costrizione od un qualche vincolo economico o morale circa i rispettivi comportamenti da tenere sul mercato. Tra i vincoli di natura economica, particolare rilevanza assumono i legami tra imprese atti a portare, anche indipendentemente dalla volontà delle parti, al coordinamento dei loro comportamenti; per ciò che riguarda invece gli accordi assunti per il tramite di un impegno moralmente vincolante, l’esempio che viene proposto più di frequente è quello del *gentlemen's agreement*, in cui l’esistenza di un accordo può in tal caso dedursi da circostanze di

---

<sup>304</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 17 febbraio 1993, causa C-159-61/94, *Poucet e Pistre*.

<sup>305</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 4 maggio 1988, *Bodson*.

<sup>306</sup> Corte di giustizia, sentenza del 25 marzo 2007, *Eurocontrol*.

fatto e può consistere anche nella persistenza di relazioni e legami commerciali fra le parti<sup>307</sup>.

Da un punto di vista sostanziale questa categoria di intese non sempre è facilmente distinguibile dai comportamenti posti in essere da un'impresa nei confronti di altre, cui l'art. 81 non è applicabile ricadendo invece nel potenziale campo di applicazione del successivo art. 82. Vi sono infatti casi in cui un'impresa "impone" alle altre una determinata condotta in forza della dipendenza economica delle seconde verso la prima, come spesso accade nei rapporti tra produttori e distributori in cui i primi vincolano i secondi a determinate strategie di prezzo (tipicamente vietando loro di praticare sconti) senza che vi sia la volontà dei rivenditori di aderire a tale strategia<sup>308</sup>.

Anche le decisioni delle associazioni di imprese sono ricondotte espressamente nella categoria delle intese. La ragione della loro esplicita inclusione fra gli atti suscettibili di restringere la concorrenza risiede principalmente nella constatazione che l'obiettivo del coordinamento fra imprese indipendenti può essere raggiunto anche attraverso la "copertura" delle associazioni di categoria<sup>309</sup>.

La figura della pratica concordata, terza e ultima casistica, assume quindi la portata di una nozione generale e residuale, comprensiva di tutte le ipotesi nelle quali, pur mancando una formalizzazione del consenso (accordi palesi), ovvero una decisione di associazione di imprese, si è comunque in presenza di una concertazione relativa alle condotte di due o più imprese. La giurisprudenza comunitaria ha affermato a questo proposito che la nozione di pratica concordata corrisponde a "una forma di coordinamento dell'attività delle imprese che, senza spingersi fino all'attuazione di un accordo, costituisce una consapevole collaborazione fra le imprese stesse a danno della concorrenza"<sup>310</sup>. In altri termini, si consuma una pratica concordata qualora i comportamenti delle imprese difettino di autonomia; tuttavia la presenza di un mero comportamento parallelo non è condizione sufficiente a dimostrare l'esistenza di una pratica concordata. Se invece le imprese, che si suppone

---

<sup>307</sup> I. Van Bael e F. Basis, *op.cit.*, p. 154 ss.

<sup>308</sup> Sentenza della Corte di Giustizia C-74/04 del 13 luglio 2006, *Volkswagen II*.

<sup>309</sup> A. Frignani-M. Waelbroeck, *op. cit.*, p. 89 ss.

<sup>310</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 14 luglio 1972, *Ici*; nel caso di specie, pur non esistendo evidenza diretta di un accordo esplicito, le due imprese (Solvay e ICI) continuavano intenzionalmente a ripartirsi il mercato, ciascuna non entrando nel mercato dell'altra per evitare ritorsioni sul proprio, configurando così una forma di collusione tacita.

essere agenti razionali, assumono comportamenti che sarebbero difficilmente spiegabili nel contesto di mercato in cui operano, ipotizzando una situazione di competizione, si può pensare che le parti abbiano consapevolmente scelto di non competere, comunque sicure di ottenere un guadagno dalla loro concertazione e pertanto applicare la norma di cui all'art. 81.

Per dimostrare l'esistenza di una pratica concordata è stato invece ritenuto sufficiente provare "un qualsiasi contatto diretto o indiretto avente lo scopo di influire sul comportamento tenuto sul mercato da un concorrente attuale o potenziale, ovvero di rivelare ad un concorrente il comportamento che l'interessato ha deciso, o prevede, di tenere egli stesso sul mercato"<sup>311</sup>

L'approccio della Comunità tende comunque a ridurre al minimo gli aspetti formali della fattispecie rilevante, concentrandosi invece su quelli sostanziali; in questo senso gli organi comunitari hanno spesso ritenuto di non dovere esaminare con particolare rigore a quale categoria ricondurre l'atto anticompetitivo, tant'è che in numerose decisioni viene affermato che la cooperazione fra imprese «costituisce un accordo o quanto meno una pratica concertata», ammettendo quindi che le due forme di cooperazione possano coesistere, senza che sia necessario ricondurre la fattispecie ad una categoria piuttosto che all'altra<sup>312</sup>. La distinzione rilevante è infatti fra comportamento collusivo e comportamento non collusivo e quindi tra applicabilità o meno della norma, mentre la classificazione di un'intesa nell'una piuttosto che nell'altra figura non riveste importanza pratica, qualora venga comunque dimostrata la violazione del divieto di intese.

### ***Il divieto di intese***

Ai sensi dell'art. 81 le intese, per essere vietate, devono avere come oggetto od effetto l'impedimento o la restrizione del gioco della concorrenza all'interno del mercato comune.

Il disposto di tale norma impone una valutazione articolata in due fasi: innanzitutto deve essere esaminato, attraverso una valutazione obiettiva, l'oggetto

---

<sup>311</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 16-12-1975, *Sunkor Unie*; il caso riguardava un caso di collusione tra varie imprese europee operanti nel settore della produzione saccarifera per limitare la produzione destinata ai mercati italiano, tedesco e olandese.

<sup>312</sup> La prima decisione che esplicita questa lettura della norma si riferisce al caso *Polipropilene* (decisione della Commissione del 23 aprile 1986).

dell'accordo: se l'evidente causa di un'intesa è quella di restringere o falsare la concorrenza, significa che il suo oggetto è restrittivo ai fini dell'applicazione della disciplina; rilevando quindi un eventuale diversa intenzione delle parti al momento della stipula dell'accordo, ovvero l'esistenza di altre finalità in capo all'accordo stesso. In seconda istanza, qualora l'oggetto di un accordo non risulti palesemente anticompetitivo, è necessario verificare i suoi effetti, onde stabilirne la liceità sotto il profilo concorrenziale; chiaramente tali effetti devono essere giudicati con riferimento alla situazione concorrenziale che vi sarebbe (o vi sarebbe stata) in assenza dell'accordo in questione<sup>313</sup>. Dal punto di vista dell'efficienza, peraltro, la distinzione tra oggetto ed effetto dell'accordo ha scarsa rilevanza in quanto una valutazione di efficienza deve considerare la capacità reale della fattispecie concreta di imporre una restrizione o una distorsione della concorrenza effettiva e potenziale, a prescindere dalla sua natura formale di accordo esplicito ovvero di pratica concordata.

Il significato di restrizione o distorsione della concorrenza, a sua volta discende dalla nozione di concorrenza accolta dalle autorità preposte alla tutela della stessa. In linea teorica, e come esposto precedentemente<sup>314</sup>, se si facesse riferimento ad un modello di concorrenza perfetta di stampo neoclassico bisognerebbe concludere che ogni intesa tra due parti, in quanto limitante la loro libertà d'azione e atta a modificare, direttamente o indirettamente, la posizione dei terzi, è di per sé idonea a restringere il gioco della concorrenza sul mercato. Come già evidenziato non è possibile, né desiderabile tutelare un tale tipo di concorrenza; si deve invece fare riferimento al modello di concorrenza efficace o effettiva (*workable*). Vi sarà pertanto un intervento sanzionatorio solamente nel caso in cui, per effetto delle condotte delle imprese, il tenore concorrenziale di un mercato rischi di deteriorarsi in modo sostanziale. La nozione di efficienza utilizzata in questa fase della valutazione è pertanto di tipo allocativo, mentre nella fase di eventuale concessione dell'esenzione saranno tenuti in considerazione gli aspetti di efficienza produttiva e dinamica dell'intesa qualora siano positivi.

Sono suscettibili di divieto tanto gli accordi orizzontali, ossia quelli che limitano direttamente la libertà di azione tra due o più imprese che operano al

---

<sup>313</sup> A. Pappalardo, *op. cit.*, p. 95 ss.

<sup>314</sup> V. supra cap. 1 e 3.

medesimo stadio della catena produttiva, quanto quelli verticali, cioè le intese che legano soggetti operanti a diversi stadi di fabbricazione di un determinato prodotto, quanto infine quelli che comunque incidono sulla libertà dei terzi (come avviene, tipicamente, nel caso di accordi che coinvolgono prodotti funzionalmente connessi o complementari). Le intese orizzontali, riguardando una sola parte della filiera produttiva, hanno esclusivamente effetti sulla concorrenza tra i diversi produttori (c.d. *inter-brand* competition); viceversa gli effetti delle intese verticali, nel caso intervengano nelle relazioni produttore-distributore possono riguardare sia la concorrenza tra i diversi produttori, sia la concorrenza tra i distributori per offrire beni dello stesso produttore (*intra-brand* competition). Tutte le categorie di intese possono avere effetti restrittivi sia sulla concorrenza dal lato del prezzo sia sulla concorrenza dal lato della qualità del prodotto o dei servizi accessori (pre/post vendita)<sup>315</sup>.

In termini di efficienza la distinzione tra intese verticali ed orizzontali ha maggior rilievo rispetto a quella tra oggetto ed effetto dell'intesa in quanto implica una diversa analisi economica degli effetti della fattispecie concreta, come vedremo meglio nel proseguo della trattazione.

L'analisi delle intese, infine, deve tenere conto non solo della concorrenza attualmente esistente, che verrebbe ristretta a seguito della stipulazione di un accordo, ma anche della concorrenza potenziale, ossia la concorrenza che potrebbe derivare da un soggetto che, pur non essendo presente sul mercato rilevante, abbia la possibilità di entrarvi

### ***Le liste esemplificative di restrizioni della concorrenza***

Il primo paragrafo dell'art. 81 del Trattato, stabilito in generale il divieto di intese restrittive della concorrenza, dispone che sono incompatibili con il mercato comune e quindi vietati:

a) gli accordi consistenti nella fissazione dei prezzi di acquisto e di vendita o di altre condizioni di transazione;

b) gli accordi che tendono a limitare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;

---

<sup>315</sup> T. Ballarino, *op.cit.*, p. 378-380.

- c) le intese di ripartizione dei mercati o delle fonti di approvvigionamento;
- d) le condotte volte ad applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti;
- e) le pratiche che subordinano la conclusione dei contratti all'accettazione di prestazioni supplementari slegate dall'oggetto del contratto stesso.

Si ritiene unanimemente che questo elenco debba considerarsi esemplificativo e non esaustivo<sup>316</sup>. Come si è visto, infatti, dalla prassi e dalla giurisprudenza comunitaria è emersa una nozione di intesa ricomprendente una vasta gamma di relazioni industriali e commerciali aventi in comune la volontà delle parti, o comunque la loro collaborazione consapevole, di tenere un determinato comportamento sul mercato. Pertanto, possono essere soggette a divieto anche condotte non espressamente citate, quali lo scambio di informazioni su dati rilevanti sotto il profilo competitivo, nel caso in cui permettano di ridurre il grado di incertezza sui futuri comportamenti, facilitando un'eventuale collusione, ovvero un accordo per svolgere in modo congiunto parti del processo produttivo che induca le imprese coinvolte, che hanno effettuato notevoli investimenti congiunti e cooperano attivamente nella fase produttiva, a non competere in modo aggressivo.

Allo stesso modo, il semplice fatto che un accordo abbia come oggetto o per effetto una delle condotte anticompetitive previste in modo esplicito dall'articolo non significa che esso sia automaticamente vietato in quanto è sempre necessario esaminare la consistenza della restrizione e se essa riguarda una parte sostanziale del mercato unico.

### ***L'autorizzazione in deroga al divieto di intese***

Gli accordi e le intese che ricadono nell'ambito di applicazione del divieto possono, a certe condizioni, beneficiare di un'esenzione in deroga al divieto stesso ed essere pertanto validamente attuati. Tale nullità, invece, colpisce *ex tunc* tutti gli accordi vietati per i quali l'esenzione non sia stata richiesta e rilasciata.

In particolare l'articolo 81 comma 3 prevede, in deroga ai commi precedenti, l'inapplicabilità del divieto a quelle intese che, contemporaneamente:

---

<sup>316</sup> G. Bernini, *op. cit.*, p. 170 ss.

1. contribuiscano al progresso tecnico ed economico, nonché a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti;
2. riservino agli utilizzatori (o ai consumatori) una congrua parte dei benefici che producono;
3. non impongano restrizioni della concorrenza che non siano indispensabili per raggiungere gli obiettivi di cui sopra (principio di proporzionalità)
4. non comportino l'eliminazione della concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti oggetto dell'intesa.

Viene pertanto riconosciuta la rilevanza dell'efficienza (punto 1) e della tutela del consumatore (punto 2) nella valutazione dell'applicabilità del divieto.

Il primo requisito svolge nella pratica il ruolo di guida nella ponderazione degli aspetti positivi e negativi dell'intesa: la sua sussistenza costituisce infatti il primo presupposto dell'esenzione e la base di partenza per la verifica delle altre condizioni, come confermato dalle Linee Guida della Commissione aventi ad oggetto i criteri di applicazione dell'articolo 81 paragrafo 3 del Trattato<sup>317</sup>. Alla verifica della sussistenza di questa condizione è usualmente ricondotta la valutazione di efficienza in materia di intese; da questo punto di vista è necessario valutare se la restrizione della concorrenza che l'intesa impone (ammesso che tale restrizione vi sia) abbia solo effetti negativi ovvero la incrementi anche. In linea generale gli incrementi di efficienza possono riguardare: l'aumento della quantità prodotta e distribuita; l'aumento della produttività; la razionalizzazione dell'attività produttiva o distributiva; la riduzione dei costi di produzione, approvvigionamento, magazzino, distribuzione<sup>318</sup>; l'offerta di una più ampia gamma di prodotti<sup>319</sup>; lo sviluppo di un nuovo prodotto<sup>320</sup> o di una procedura per la sua produzione e distribuzione, e più in

---

<sup>317</sup> Commissione Europea, *Linee Diretrici sull'applicazione dell'articolo 81 paragrafo 3 del Trattato*, C101/2004, par. 50.

<sup>318</sup> Un caso che rientra in questa ipotesi "tradizionale" è costituito dalla decisione *Pasteur Mérieux/Merck* (decisione della Commissione del 6 ottobre 1994), con la quale la Commissione ha riconosciuto meritevole di esenzione un accordo che permetteva una migliore distribuzione dei vaccini.

<sup>319</sup> Si veda ad esempio il caso *Rockwell/Iveco*, dove la creazione di un'impresa comune per la produzione di assali per veicoli industriali avrebbe consentito l'offerta sul mercato di una nuova gamma di assali.

<sup>320</sup> Si veda ad esempio il caso *Continental/Michelin* (decisione della Commissione del 11 ottobre 1988), avente ad oggetto le attività di ricerca e sviluppo inerenti alla produzione di un nuovo tipo di pneumatico.

generale il progresso tecnico<sup>321</sup>; il miglioramento dei servizi offerti alla clientela<sup>322</sup>; l'accesso ad un nuovo mercato;. Requisito essenziale è che tali miglioramenti siano effettivi e legati da un nesso causale e diretto all'attività economica che costituisce l'oggetto dell'intesa. Non rilevano inoltre le riduzioni di costo ottenute grazie al puro esercizio del potere di mercato delle parti, in quanto sono compensati da una eguale perdita di benessere delle altre parti contraenti.

La norma quindi ammette l'applicazione di un criterio di efficienza economica piuttosto ampio<sup>323</sup> che include le due diverse accezioni di efficienza tecnica e dinamica<sup>324</sup>, ma non li considera alla stessa stregua: gli incrementi di efficienza cui primariamente le Linee Guida fanno riferimento sono infatti quelli legati al miglioramento qualitativo del prodotto o del servizio offerto sul mercato in esame ossia le efficienze che presentano una componente di natura dinamica, e non le mere riduzioni di costo<sup>325</sup>.

Alla vasta casistica di possibili incrementi di efficienza fa da contrappeso un onere della prova a carico delle imprese alquanto complesso: ai sensi delle nuove Linee Guida della Commissione, infatti, per provare l'esistenza del nesso causale le imprese sono tenute a “calcolare o stimare con la massima accuratezza ragionevolmente possibile, il valore degli incrementi di efficienza e descrivere dettagliatamente le modalità di calcolo di tale importo”, in modo da accertare “come e quando i singoli incrementi saranno realizzati”<sup>326</sup>

---

<sup>321</sup> Il riferimento al “progresso tecnico” ricorre ad esempio nel caso *GEAE/P&W* (decisione della Commissione del 14 settembre 1999), in cui la Commissione ha ammesso un accordo tra produttori di motori per aerei in quanto “permetterà alle parti di sviluppare un motore meno costoso in termini di manutenzione, con un costo medio per passeggero e per miglia percorse più basso, nonché livelli di emissione inferiori rispetto ai livelli esistenti dei motori delle parti”.

<sup>322</sup> Nella decisione *REIMS II* (decisione della Commissione del 15 settembre 1999) è stato ad esempio esentato un accordo tra operatori postali che consentiva una migliore qualità del servizio postale transfrontaliero.

<sup>323</sup> Van den Bergh-Camesasca, *op. cit.*, p. 203-205.

<sup>324</sup> L'argomento sarà ripreso nel cap. 5 specificatamente dedicato all'applicazione del criterio di efficienza.

<sup>325</sup> Commissione Europea, *Linee Diretrici sull'applicazione dell'articolo 81 paragrafo 3 del Trattato*, cit., par. 69-70. In esse si afferma infatti che “..In diversi casi, i principali incrementi di efficienza che un accordo può determinare non sono riduzioni di costi, ma miglioramenti della qualità ed altri incrementi di efficienza di carattere qualitativo. A seconda dei singoli casi tali incrementi di efficienza possono dunque avere un'importanza uguale o maggiore (ma non minore, *N.d.A.*)rispetto a quelli relativi ai costi”. E successivamente si afferma che “i progressi tecnici e tecnologici rappresentano una componente essenziale e dinamica dell'attività economica in quanto generano significativi benefici sotto forma di prodotti e servizi nuovi o migliori”.

<sup>326</sup> Commissione Europea, *Linee Diretrici sull'applicazione dell'articolo 81 paragrafo 3 del Trattato*, cit., par. 56.

Passando alla seconda condizione positiva, affinché un accordo sia esentato è necessario che una congrua parte dei benefici da questo prodotti sia traslata ai consumatori. Come il termine «utilizzatori» (usato in sede comunitaria in luogo di consumatori) lascia intendere, un'intesa soddisfa la seconda condizione anche quando tali vantaggi sono appannaggio non dei consumatori propriamente detti, ma degli acquirenti diretti, indiretti ed intermedi del prodotto oggetto dell'accordo. Alla nozione di consumatori, pertanto, non si deve attribuire un significato specialistico, atto ad escludere dal novero dei potenziali beneficiari dei vantaggi indotti dall'accordo i soggetti che acquistino il prodotto a fini commerciali. D'altra parte, proprio il criterio con cui si individuano i benefici implicati da un'intesa porterebbe ad identificare con i consumatori tutti gli operatori diversi dalle parti dell'intesa; al fine di ottenere l'esenzione, infatti, alle imprese aderenti all'intesa non è sufficiente evocare e dimostrare un qualche beneficio in termini di offerta, bensì è necessario che nella ponderazione tra effetti positivi e negativi dell'accordo, prevalgano i primi. In altre parole, le imprese che vogliono usufruire dell'autorizzazione in deroga al divieto, devono non solo dimostrare che l'intesa migliora l'offerta anche a vantaggio dei consumatori, ma altresì devono provare che detti benefici sono tali da più che compensare gli svantaggi dovuti alle restrizioni concorrenziali.

In terzo luogo, affinché l'esenzione sia concessa le parti devono dimostrare che i benefici attesi a vantaggio dell'offerta e dei consumatori si pongano in un rapporto di causa-effetto con le limitazioni della concorrenza derivanti dall'accordo, in ossequio ad un generale principio di proporzionalità. Ciò impone alle parti di dimostrare che non esistono alternative di minore impatto concorrenziale in grado di produrre gli stessi benefici ottenibili grazie all'accordo in questione.

Circa la quarta e ultima condizione, essa impone che l'accordo non comporti l'eliminazione della concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti oggetto del mercato rilevante. Tale requisito serve, in ambito comunitario, a porre un argine contro possibili valutazioni di efficienza condotte ai sensi della prima condizione di esenzione che autorizzino intese il cui oggetto od effetto sia eccessivamente anticoncorrenziale, contrastando quindi con la *ratio* dell'art. 81. Nella sua attuazione pratica questo ultimo criterio svolge la sua funzione nei casi di forte concentrazione del mercato rilevante, mentre non viene richiamato qualora una forma di *workable*

*competition* esista e permanga, ovvero quando si esclude che l'intesa crei barriere all'ingresso sul mercato. La quarta condizione, inoltre, favorisce le piccole e medie imprese ed i nuovi entranti, rispetto alle imprese detenenti elevate quote di mercato.

Le esenzioni possono essere individuali o per categoria: le prime sono concesse per singoli accordi qualora questi soddisfino le condizioni, positive e negative, esplicitamente indicate al comma 3; le seconde valgono automaticamente per tutte le intese di una determinata categoria che verificano le condizioni giuridiche ed economiche previste nei c.d. regolamenti di esenzione in blocco (*block exemption*).

In sede di analisi economica la più significativa delle esenzioni di blocco, in quanto diretta conseguenza delle teorie elaborate dalla Scuola di Chicago, è sicuramente costituita dall'esenzione di blocco concessa dal Regolamento 2790/99, il quale, riconoscendo la notevole differenza in termini di effetti economici tra intese orizzontali e verticali, introduce per le seconde un'esenzione di cui beneficiano tutti gli accordi che non prevedano la fissazione del prezzo di rivendita (fatta salva l'imposizione di un prezzo massimo) né restrizioni territoriali (con alcune eccezioni) e in cui il produttore detenga una quota di mercato non superiore al 30%<sup>327</sup>. Il regolamento di esenzione delle intese verticali, per quanto la sua *ratio* trovi giustificazione in termini di efficienza, crea però delle discriminazioni rispetto ad altre fattispecie aventi lo stesso effetto: si pensi al rifiuto a contrarre, che viene considerata una potenziale pratica abusiva se condotta unilateralmente da un'impresa dominante (che potrebbe, in teoria detenere anche una quota di mercato inferiore al 30%), mentre un contratto di distribuzione esclusiva con lo stesso effetto beneficerebbe dell'esenzione di cui al suddetto Regolamento. Lo stesso vale per le concentrazioni verticali, le quali devono essere sempre notificate, benché abbiano gli stessi effetti delle intese verticali di lungo periodo.

Le esenzioni di blocco risultano valide anche qualora l'accordo coperto dal regolamento produca effetti non compatibili con le quattro condizioni di cui all'art. 81(3). Tuttavia, in tale circostanza i regolamenti del Consiglio prevedono che in tale

---

<sup>327</sup> Altre tipologie di intese verticali neanche rientrano nel divieto di cui all'art. 81(1), in quanto generalmente non idonee a restringere in misura apprezzabile la concorrenza o a pregiudicare significativamente gli scambi intracomunitari.

ipotesi la Commissione ritiri il beneficio derivante dall'applicazione del regolamento revocando l'esenzione o sottoponendo il mantenimento della stessa all'imposizione di condizioni ed oneri a carico delle imprese<sup>328</sup>. L'eventuale revoca, però, non produce effetti retroattivi: fino a che la Commissione non sia intervenuta con decisione, l'intesa conforme al regolamento beneficia integralmente dell'esenzione.

**Incrementi di efficienza esplicitamente riconosciuti da parte della Commissione nel periodo 1999-2004.**

|   | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 |
|---|------|------|------|------|------|
| <b>Esenzioni individuali ex art. 81 (3) concesse dal 1999 al 2004<sup>329</sup></b> | 18   | 3    | 17   | 4    | 27   |
| <b>Totale casi trattati con procedura formale</b>                                   | 62   | 31   | 46   | 28   | 51   |

**Incrementi di efficienza suscettibili di essere stati implicitamente riconosciuti da parte della Commissione nel periodo 1999-2004.**

|  | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 |
|--|------|------|------|------|------|
| <b>Lettere di archiviazione ex art. 81 (3) e art. 82</b> | 36   | 29   | 45   | 20   | 16   |
| <b>Totale casi trattati con procedura informale</b>      | 514  | 343  | 324  | 330  | 295  |

***Fattori metaconcorrenziali nell'applicazione dell'articolo 81***

Nell'applicazione della normativa, come detto, intervengono spesso elementi di valutazione esterni. Pur evitando di esercitare il potere discrezionale implicito nell'art. 81(3) al fine di esentare accordi che non verificassero contemporaneamente le quattro condizioni per la concessione dell'autorizzazione, la Commissione, soprattutto, ha di fatto disapplicato la norma per alcuni accordi idonei a favorire: la protezione dell'ambiente; lo sviluppo di tecnologie che assecondano il risparmio

<sup>328</sup> Art. 29 del Reg. 1/2003.

<sup>329</sup> I dati sono desunti dai Relazioni Annuali sulla Concorrenza pubblicati dalla Commissione Europea. Dal 2004 in poi questi dati non sono più evidenziati.

delle risorse energetiche<sup>330</sup>; l'acquisizione di un vantaggio competitivo ai danni di un Paese non comunitario<sup>331</sup>; la tutela delle piccole e medie imprese<sup>332</sup>, con l'introduzione della soglia del *de minimis*; la creazione di nuovi posti di lavoro in aree depresse della Comunità<sup>333</sup>.

#### **4.6 L'articolo 82 del Trattato CE. L'abuso di posizione dominante.**

L'articolo 82 del Trattato CE proibisce lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese detentrici di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di esso, specificando alcuni casi di pratiche abusive, peraltro non esaurienti il campo di applicazione della disposizione. Attraverso il divieto imposto a tali pratiche la Comunità intende tutelare la concorrenza sul mercato come strumento "per accrescere il benessere dei consumatori e per garantire l'efficiente allocazione delle risorse"<sup>334</sup> e non i concorrenti dell'impresa dominante.

Vi è pertanto una sostanziale comunanza di obiettivi con l'art. 81: sia per quanto concerne la tutela del consumatore, peraltro innalzata di rango rispetto all'applicazione della disciplina delle intese in ragione della maggiore estrazione potenziale della rendita del consumatore che un'impresa con elevato potere di mercato può ottenere; sia per quanto riguarda l'individuazione dell'efficienza allocativa quale primo criterio di valutazione per stabilire la desiderabilità economica di una determinata condotta.

Manca invece il riferimento alla concorrenza effettiva in quanto l'esistenza di una posizione dominante presuppone che le condizioni di concorrenza siano già significativamente alterate; così come manca, nella norma e nella sua lettura da parte della Commissione alcun riferimento esplicito al progresso tecnico<sup>335</sup> e, per quanto ci riguarda ad incrementi di efficienza produttiva e dinamica, quali possibili elementi di valutazione, pur restando valida l'attenzione che la politica comunitaria della concorrenza assegna all'innovazione.

---

<sup>330</sup> Commissione Europea, decisione *CECED*, cit..

<sup>331</sup> J. Gual, *The three common policies: an economic analysis*, in P. Buigues et al. (a cura di), *European policies on competition, trade and industry: conflict and complementarities*, Elgar, 1995, p. 3 ss.

<sup>332</sup> Commissione europea, *Bollettino di politica della concorrenza*, Brussels, 1996, p. 34.

<sup>333</sup> Decisione *Ford/Volkswagen*, cit., par. 36).

<sup>334</sup> DG Competition, *Discussion paper on the application of art. 82 to exclusionary abuses*, Bruxelles, 2005, par. 17.

<sup>335</sup> A. Pappalardo, *op. cit.*, p. 401 ss.

Dal punto di vista formale l'abuso di posizione dominante, va quasi da sé, consiste nel comportamento dell'impresa che approfitta del suo potere di mercato per porre in essere pratiche anticoncorrenziali. Presupposto dell'abuso è innanzitutto l'esistenza di una posizione dominante, ciò rendendo l'articolo 82 una norma asimmetrica, ossia non applicabile a tutte le imprese, in quanto, ponendo il requisito della posizione dominante, l'art. 82 vieta solo all'impresa in posizione dominante comportamenti che sono invece permessi alle imprese prive di potere di mercato. In capo all'impresa in posizione dominante viene posta una "speciale responsabilità" che, da un lato, le impedisce di adottare comportamenti generalmente consentiti in un regime di libero mercato, dall'altro le impone scelte atte a non ostacolare lo sviluppo di una concorrenza limitata o, al limite, inesistente. La creazione di una posizione dominante in sé non è però vietata, poiché si vuole garantire alle imprese la possibilità di godere dei propri sforzi innovativi e di promozione dell'efficienza produttiva, finalizzati alla crescita interna.

Da un punto di vista legalistico per posizione dominante si intende "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 rilevante ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti ed, in definitiva, dei consumatori"<sup>336</sup>. Si individua quindi nella capacità dell'impresa di decidere le proprie strategie commerciali senza subire condizionamenti esterni e nella sua possibilità di porre in essere pratiche abusive (prezzi sopracompetitivi e quant'altro) senza temere una reazione da parte degli altri operatori di mercato tale da neutralizzarne gli effetti il duplice requisito per poter individuare la fattispecie *de qua*<sup>337</sup>.

Dal punto di vista economico si tende invece a focalizzare sul primo elemento della definizione fornita dalla Corte di Giustizia: la capacità di ostacolare la concorrenza effettiva<sup>338</sup>: la concorrenza può dirsi effettiva se nessuna impresa detiene un significativo potere di mercato, dove tale potere viene prevalentemente

---

<sup>336</sup> Corte di Giustizia Europea, Sentenza del 13 febbraio 1979, caso *Hoffmann La Roche*. Il caso riguardava un'impresa in posizione dominante nel mercato delle vitamine che praticava sconti-fedeltà ai clienti, ossia una forma di discriminazione di prezzo del secondo tipo

<sup>337</sup> R. Whish, *Competition Law*, London, 2001, p. 152-153.

<sup>338</sup> S. Bishop and M. Walker, *The economics of EC Competition Law*, London, 2002, p. 125 ss; D. Gerardin et al., *The concept of Dominance*, in GCLC Research papers on article 82 EC, July 2005, p. 6 ss.

valutato con riferimento alla capacità dell'impresa presa in considerazione di incrementare sostanzialmente i prezzi (attraverso una riduzione dell'output) sopra il livello concorrenziale, traendone un profitto<sup>339</sup>. L'incremento dei prezzi generalmente ritenuto significativo, ai fini dell'esistenza di un significativo potere di mercato, è del 5-10% rispetto al livello concorrenziale: se un'impresa supera il c.d. SSNIP test (Small but Significant and Not transitory Increment of Price), utilizzato anche per determinare il mercato rilevante, viene ritenuta, in quest'ottica, in posizione di dominanza.

Questo criterio non è immune da critiche: innanzitutto l'indicatore del prezzo sottostima aspetti quali la qualità, l'innovazione e i servizi accessori, fattori di cui si dovrebbe comunque tenere conto al momento di definire il mercato del prodotto rilevante; in secondo luogo il livello del prezzo concorrenziale è spesso difficile da stabilire.

Ciò ha suggerito agli economisti un metodo di misurazione alternativa del potere di mercato, basato sulla capacità dell'impresa di ridurre sensibilmente l'output di mercato traendone un profitto, o, complementariamente, sulla sua capacità di incrementare i costi sostenuti dai concorrenti attuali e potenziali (*raising rival costs*), forzandoli a ridurre la produzione ovvero, al limite, ad uscire dal mercato, permettendo, di conseguenza, all'impresa in questione di incrementare i prezzi (c.d. potere escludente).

Altri economisti invece hanno recentemente rovesciato il processo logico, suggerendo un test di dominanza che parta dagli effetti dei comportamenti restrittivi, sulla base dei quali valutare se l'impresa che li ha posti in essere debba necessariamente detenere una posizione dominante sul mercato o meno<sup>340</sup>; questo approccio, per quanto assai diverso da quello attualmente seguito dagli organi comunitari, potrebbe essere in futuro adottato dalla Commissione in quanto elaborato da un gruppo di economisti interpellati dal medesimo organo comunitario.

Il secondo elemento della definizione fornita dalla Corte di Giustizia ("tenere comportamenti alquanto indipendenti") è stato invece messo in discussione dalla

---

<sup>339</sup> Questa definizione è tra l'altro adottata dall'OFT inglese.

<sup>340</sup> AA. VV., *Report by the economic advisory group for competition policy on "An economic approach to article 82"* (ossia il documento della Commissione sull'applicazione dell'art. 82 del trattato alle pratiche escludenti) - *DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses* -, in <http://europa.eu.int/comm/competition/index.it>.

teoria economica: esso può essere infatti verificato per imprese non in posizione dominante, rispetto ai consumatori, ma non esserlo per imprese in posizione dominante, nel loro rapporto con i concorrenti<sup>341</sup>.

La posizione dominante può inoltre essere detenuta da un'unica impresa o da più imprese congiuntamente (posizione dominante collettiva). Tralasciando il complesso e articolato dibattito dottrinale in merito alla definizione di posizione dominante collettiva, non rilevante ai fini del presente lavoro, recepiamo in questa sede i requisiti individuati dalla giurisprudenza comunitaria<sup>342</sup> per provare la sussistenza di tale fattispecie: le imprese in questione devono essere legate da vincoli tali da presentarsi come un'unica entità coesa che adotta una linea d'azione comune sul mercato agendo indipendentemente dagli agenti attivi sul mercato stesso.

Le imprese che godono di una posizione dominante individuale o collettiva possono sfruttarla impropriamente mettendo in atto comportamenti potenzialmente abusivi; l'articolo 82 ci fornisce quattro esempi di pratiche abusive:

1. l'imposizione di prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni di transazione non eque;
2. la limitazione della produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico a danno dei consumatori;
3. l'applicazione di condizioni dissimili a transazioni equivalenti con altri contraenti, ponendoli in una situazione di svantaggio competitivo;
4. il subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

Dal punto di vista economico, tuttavia, la suddivisione generalmente adottata è diversa; le condotte potenzialmente abusive generalmente vengono suddivise in due categorie: le pratiche di sfruttamento e le pratiche escludenti.

Le prime si riferiscono a comportamenti con cui l'impresa dominante sfrutta il proprio potere di mercato direttamente a danno dei propri contraenti al fine di estrarre profitti sopracompetitivi. Rientrano in questa categoria:

---

<sup>341</sup> S. Bishop and M. Walker, *op. cit.*, p. 125 ss.

<sup>342</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 16 marzo 2000, *Compagnie Belge Transport SA e altri*; Tribunale di Primo Grado, sentenza del 10 marzo 1992, *Società Italiana Vetro e altri*, casi T 68-77-78/89.

- l'imposizione di prezzi o altre condizioni contrattuali eccessivamente gravose;
- pratiche discriminatorie (discriminazioni di prezzo del primo e del terzo tipo);
- Sfruttamento del potere di mercato dei beni e servizi secondari (c.d. *tying* negli *aftermarkets*<sup>343</sup>;
- la segmentazione artificiale dei mercati<sup>344</sup>.

Le seconde sono invece finalizzate ad escludere i propri concorrenti, aumentandone i costi ovvero precludendo loro gli sbocchi e/o gli approvvigionamenti, per poter continuare a praticare prezzi sopracompetitivi o innalzarli ulteriormente. Tra queste condotte le principali sono:

- il rifiuto a contrarre, in particolare il diniego di mettere a disposizione infrastrutture essenziali, le c.d. *essential facilities*, quali le infrastrutture di trasporto, le telecomunicazioni il cui accesso deve essere garantito allo stesso prezzo<sup>345</sup>. I requisiti individuati per imporre l'obbligo di fornire un prodotto o un servizio a un concorrente sono:
  1. L'impresa in posizione dominante fornisce un bene o un servizio essenziale per produrre il bene o servizio nel mercato a valle; ovvero tale bene o servizio si colloca tra il mercato e i consumatori finali;
  2. Le imprese operanti nel mercato di sbocco non possono autoprodurre il bene o il servizio efficientemente;
  3. I concorrenti non possono operare sul mercato a valle senza accesso al bene o al servizio
  4. l'impresa è in posizione dominante su entrambi i mercati
  5. Non ci sono ragioni oggettive per rifiutare di fornire i concorrenti

---

<sup>343</sup> Nel caso capostipite *Hugin* (sentenza della Corte di Giustizia C-22/78) un produttore di registratori di cassa, ritenuto in posizione dominante benchè detenesse appena il 13% del mercato rilevante, rifiutava di fornire parti di ricambio agli operatori che offrivano servizi di riparazione e assistenza, "legando" in questo modo l'acquisto di parti di ricambio alla fornitura del servizio di manutenzione e assistenza).

<sup>344</sup> Uno dei casi più famosi di questa tipologia di abuso di posizione dominante fu il caso *United Brands* (sentenza della Corte di Giustizia C-23/76), nel quale fu accertato che l'impresa, in posizione dominante nel mercato delle banane praticava prezzi eccessivi, nonché una discriminazione di prezzo del terzo tipo, attraverso la creazione artificiale di più submercati geografici nei quali praticava diversi livelli di prezzo a fronte di medesimi costi.

<sup>345</sup> Sentenza della Corte di Giustizia C-7/97, caso *Oscar Bronner*. Sul rifiuto a contrarre in termini generali si veda la Sentenza della Corte di Giustizia C-7/73, *Commercial Solvents*.

- pratiche discriminatorie (le discriminazioni di prezzo del secondo tipo e del terzo tipo);
- le pratiche predatorie, consistenti nel praticare prezzi troppo bassi (sottocosto) per indurre le imprese concorrenti ad uscire dal mercato (ovvero scoraggiare l'entrata di nuove imprese) in modo da poter fissare prezzi di monopolio in un momento successivo. Un prezzo può infatti essere "non equo" ai sensi dell'art. 82 del Trattato anche se fissato ad un livello eccessivamente basso al fine di eliminare un concorrente<sup>346</sup>;
- l'adozione di comportamenti strategici (generalmente le decisioni di investimento) finalizzati a innalzare barriere all'entrata (ossia fattori che impediscono o scoraggiano l'entrata di nuove imprese in mercati caratterizzati dalla presenza di extraprofitti, quali la sovraccapacità produttiva) o a mettere fuori mercato i concorrenti di piccole dimensioni.
- imporre ai compratori l'acquisto di un altro prodotto o servizio economicamente separabile dal primo che costituisce il solo oggetto di acquisto (c.d. vendite legate o *tying*)<sup>347</sup>.

Alcune di queste pratiche, quali ad esempio le pratiche di discriminazioni di prezzo e il c.d. *tying*, possono evidentemente essere sia di tipo escludente che di sfruttamento, a seconda delle situazioni e delle finalità con cui vengono poste in essere<sup>348</sup>. L'approccio economico al diritto *antitrust*, alla base di questa suddivisione, infatti, non distingue le fattispecie in base alla forma contrattuale che assumono, bensì agli effetti anti-concorrenziali che esse impongono.

L'art. 82, a differenza dell'art. 81, non prevede il beneficio delle esenzioni per quelle pratiche suscettibili di conseguire obiettivi ritenuti meritevoli di tutela giuridica, quali l'efficienza, il benessere dei consumatori, il progresso tecnico; manca pertanto una disposizione normativa analoga all'art. 81(3) che giustifichi una valutazione delle autorità comunitarie che tenga conto di altri effetti oltre a quello

---

<sup>346</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 11 aprile 1989, C-66/86, *Ahmed saeed*; Sentenza della Corte di Giustizia del 3 luglio 1991, C-62/86, *AKZO*.

<sup>347</sup> Alcuni dei principali casi in cui tale pratica è stata sanzionata li ritroviamo nella sentenza della Corte di Giustizia C-30/89 (caso *Hilti*) e del Tribunale di Primo Grado T-83/91 (caso *Tetra-Pak II*).

<sup>348</sup> Rientrano sicuramente nella categoria delle pratiche controverse, le condotte poste in essere dalla multinazionale Microsoft che hanno dato luogo al caso antitrust più dibattuto degli ultimi anni che, come vedremo tocca molte delle problematiche legate all'efficienza, e che la Commissione, dopo cinque anni di indagini, ha sanzionato con 497 milioni di euro, oltre a misure correttive.

anti-concorrenziale. Tuttavia questa carenza normativa non impedisce l'introduzione di un'analisi delle efficienze generabili dalla condotta e la loro considerazione ai fini della valutazione della stessa, laddove i guadagni di efficienza conseguiti portino ad un vantaggio anche per i consumatori, così come peraltro si desume dall'esame della casistica comunitaria<sup>349</sup> e come suggerito da una parte della dottrina<sup>350</sup>.

Questa carenza a livello normativo ha comunque precluso in molti casi il ricorso al criterio di efficienza nella valutazione delle condotte unilaterali, tanto che la Commissione nel 2005 ha avvertito l'esigenza di ammetterlo esplicitamente tra i parametri suggeriti dal *Discussion Paper* relativo agli abusi escludenti<sup>351</sup>, documento che costituisce la premessa della futura adozione di Linee Guida in materia da parte dell'autotità *antitrust* comunitaria.

Va rilevato, infine, come, nella prassi, ai fini della valutazione delle condotte poste in essere da imprese in posizione dominante, ancor più che per le intese, è frequente che la Commissione tenga conto di ulteriori esigenze quali la tutela delle piccole e medie imprese, o comunque dei concorrenti più deboli, la tutela dell'interesse del consumatore, la volontà di favorire lo sviluppo di un mercato comune immune da posizione di dominanza economica.

#### **4.7 L'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato. Il Regolamento 1/2003 e le nuove *Guidelines***

A differenza degli Stati Uniti l'applicazione della normativa a livello comunitario è in prima sede amministrativa, da parte della Commissione e, come vedremo, delle autorità nazionali degli Stati membri, e non giurisprudenziale.

Questa diversità, come già accennato, è dovuta ai due diversi sistemi giuridici adottati, di *common law* gli Stati Uniti, di *civil law* i paesi dell'Europa continentale, che costituiscono il nucleo fondatore della Comunità. Da ciò deriva il maggior peso attribuito agli organi giurisdizionali negli Stati Uniti, con la conseguenza che si è

---

<sup>349</sup> Sentenza del Tribunale di Primo Grado nella causa T-228/97, *Irish Sugar*, laddove il Tribunale stabilisce che per essere legittima l'azione di mercato dell'impresa dominante debba "quanto meno fondarsi su criteri di efficienza economica e presentare un interesse per i consumatori" (par. 189).

<sup>350</sup> Si veda ad esempio C. Osti, *Diritto della concorrenza*, Bologna, 2007, p. 155-156. L'A. suggerisce l'introduzione di condizioni analoghe a quelle previste dall'art. 81(3) per l'esenzione dall'applicazione dell'art. 82.

<sup>351</sup> DG Competition, *Discussion paper on the application of art. 82 to exclusionary abuses*, Bruxelles, 2005, par. 84.

formata nel tempo una classe di giudici specializzati in materia *antitrust*, in grado di discernere su complicate questioni economiche al fine di poter applicare efficacemente quella *rule of reason* che, come abbiamo visto, rappresenta l'approccio ormai unanimemente adottato dalle varie autorità.

Nell'Unione Europea, al contrario, i giudici intervengono solamente in sede di ricorso di una delle parti; competente dei ricorsi opposti alle decisioni della Commissione è il Tribunale di primo grado, mentre la Corte di Giustizia lo è per i ricorsi in appello. Allo stesso modo per i ricorsi avverso le decisioni delle autorità nazionali sono competenti le giurisdizioni nazionali individuate, ovvero giudici *ad hoc*, appositamente costituiti dalla legislazione antitrust degli Stati membri.

Questa distinzione, per quanto necessaria, è tuttavia meno netta di quanto possa sembrare: data, infatti, l'influenza del modello statunitense nella costruzione dell'*antitrust* comunitario, nonché la generalità delle disposizioni del Trattato, la giurisprudenza, soprattutto quella comunitaria, ha svolto e svolge un ruolo cruciale nella formazione delle definizioni delle fattispecie rilevanti e nell'elaborazione delle tendenze applicative, spesso fatte poi proprie dalla Commissione stessa<sup>352</sup>.

L'applicazione delle regole di concorrenza comunitaria e la ripartizione dei casi, è stabilita da appositi Regolamenti che fissano la disciplina procedurale e dalle Comunicazioni elaborate (*Guidelines*) dalla Commissione, che costituiscono i documenti interpretativi delle norme di cui agli artt. 81 e 82, finalizzati alla valutazione dei casi concreti, e sono pertanto di estrema importanza per conoscere i criteri che ispirano la Commissione nell'applicazione della normativa.

Sotto il profilo procedurale le regole di applicazione della normativa comunitaria sono state recentemente innovate dall'adozione del Regolamento 1/2003 che, contestualmente all'allargamento dell'Unione a 25 Stati<sup>353</sup> avvenuta l'1 maggio 2004, ha sostituito il precedente Regolamento 17/62, introducendo, rispetto a quest'ultimo alcune importanti novità. Tali novità normative rappresentano in parte

---

<sup>352</sup> In alcuni Stati membri, tra cui l'Italia, l'intervento giurisdizionale in ambito *antitrust* si limita spesso a una valutazione di legittimità, non possedendo i giudici né i poteri né le conoscenze per poter valutare la fattispecie concreta nel merito.

<sup>353</sup> Il percorso che ha condotto all'approvazione del nuovo regolamento peraltro comincia ben prima del processo di allargamento dell'Unione, essendo frutto di un ventennale dibattito avente ad oggetto l'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato. Tale percorso è poi iniziato formalmente nel 1999 con l'adozione e la pubblicazione del Libro Bianco sulla modernizzazione del diritto della concorrenza comunitario e sviluppatosi attorno alla successiva Proposta di Regolamento della Commissione. Peraltro l'approssimarsi dell'allargamento a 25 Stati rendeva la riforma non più differibile.

l'approdo di un processo evolutivo sviluppatosi negli anni '90 attraverso la prassi applicativa della disciplina, in parte costituiscono un vero e proprio cambiamento rispetto alla situazione precedente.

La prima novità costituisce nell'introduzione di un sistema di valutazione *ex post* delle intese ex art. 81 del Trattato: ai sensi del nuovo regolamento, le intese sono infatti sempre valutate successivamente alla loro attuazione, uniformando così le modalità applicative dell'art. 81 a quelle previste per l'art. 82<sup>354</sup>. Al contrario di quanto avveniva in precedenza, con il Regolamento 17/62, che aveva istituito un regime autorizzatorio delle intese, in base al quale la valutazione dell'intesa era effettuata *ex ante*, previa notifica alla Commissione, che poteva, in via esclusiva, autorizzare l'intesa ai sensi del comma 3 dell'art. 81, ove ne sussistessero i requisiti, con la nuova disciplina le intese di cui all'articolo 81, qualora soddisfino le condizioni previste dal comma 3, sono lecite e valide da subito senza la necessità di una previa decisione in tal senso da parte della Commissione Europea. Sta quindi prima di tutto alle imprese effettuare una "auto-valutazione" sulla natura lecita o illecita delle intese<sup>355</sup> e, successivamente alle autorità competenti applicare l'art. 81 nella sua interezza e non in due fasi distinte, una prima volta a vietare la fattispecie in oggetto e successivamente, eventualmente, ad esentarla.

Questa innovazione procedurale costituisce il portato delle numerose critiche sollevate al sistema configurato dal Regolamento 17/62, il quale da un lato imponeva elevati oneri alle imprese, sia in termini di costi monetari che in termini di incertezza e sfasamento temporale tra la stipula dell'accordo e la sua attuazione, mentre dall'altro si era rilevato inefficiente nel tutelare la concorrenza, dato che in 35 anni aveva generato "tonnellate di notifiche di accordi tra imprese"<sup>356</sup> di cui solo 9 sono state vietate seguendo questa procedura<sup>357</sup>.

---

<sup>354</sup> Art. 2 del Regolamento 1/2003: "*In any national or Community proceeding for the application of Article 81 and 82 of the Treaty, the burden of proving an infringement of art. 81(1) or of Article 82 of the Treaty shall rest on the party or the Authority alleging the infringement...*"

<sup>355</sup> Art. 2 del Regolamento 1/2003: "...The undertaking or association claiming the benefit of Article 81(3) of the Treaty shall bear the burden of proving that the condition of the paragraph are fulfilled".

<sup>356</sup> I Le parole sono dell'ex commissario Monti (intervista al Sole 24 ore del 28 settembre 2000) e si riferivano al fatto che il 58% del lavoro della Commissione in materia di intese derivava da procedure di notifica (Commissione Europea, *Libro Bianco sulla Modernizzazione delle regole applicative degli articoli 85 e 86 del Trattato CE*, 1999, par. 44). Dal 1963 al 1998 le notifiche sono state più di 34.000 (A. Riley, *EC Antitrust modernisation*, in *European Competition Law Review*, 2003, p. 613).

<sup>357</sup> Commissione Europea, *Libro Bianco sulla Modernizzazione delle regole applicative degli articoli 85 e 86 del Trattato CE*, cit., nota 17 al par. 77.

L'introduzione di un sistema di valutazione *ex post*, d'altra parte per essere efficiente impone alle autorità competenti una maggiore capacità di acquisire informazioni sui mercati, aggiornandole regolarmente in relazione alla nascita di nuovi settori e alla continua evoluzione di quelli esistenti. L'abbandono del sistema di notifica preventiva ha richiesto conseguentemente un rafforzamento dei poteri istruttori e sanzionatori della Commissione: il Regolamento 1/2003 ha parzialmente recepito questa esigenza, introducendo una serie di misure volte ad attribuire maggiori poteri alla Commissione. Tra le principali novità in questo senso rientrano:

- l'attribuzione alle autorità del potere di effettuare accertamenti ispettivi presso i domicili privati di amministratori, direttori e altri membri del personale delle imprese oggetto di indagine, previa autorizzazione del giudice nazionale (art. 21);
- l'istituzione del potere di adottare rimedi strutturali in ipotesi di violazioni delle norme di concorrenza (art.7). Questa disposizione costituisce un'innovazione significativa in quanto permette alla Commissione di imporre condizioni particolarmente invasive, quali la cessione di partecipazioni e la separazione di rami societari, alle imprese, l'ambito di applicazione di tale norma è tuttavia limitato, sussistendo il presupposto della reiterazione dell'infrazione, ovvero del rischio di reiterazione della stessa;
- l'attribuzione del potere di accettare gli impegni assunti da parte delle imprese coinvolte in un'infrazione idonei a farne cessare gli effetti (art. 9): Si tratta di un potere mutuato dal consent order previsto dall'ordinamento statunitense che ha la funzione di favorire la conclusione dei procedimenti in via transattiva.

Da un punto di vista dell'efficienza economica, invece, l'approccio *ex post* implica, a parità di altre condizioni, un maggiore costo a carico dell'organo comunitario per colmare l'asimmetria informativa esistente tra il regolatore e il soggetto privato<sup>358</sup>.

---

<sup>358</sup> Per una valutazione di efficienza sistematica circa il grado di effettività della legge in generale, si veda S. Shavell, *The optimal structure of law enforcement*, in *Journal of Law and economics*, 1993, p. 255 ss.

Per ridurre tali costi e permettere alla Commissione di concentrare i propri sforzi sui casi più rilevanti il Regolamento 1/2003 ha esteso alle autorità e i giudici nazionali la competenza ad esaminare la sussistenza delle condizioni di esenzione previste dal paragrafo 3 dell'art. 81 per la non applicabilità del divieto di cui al secondo comma, potere in precedenza attribuito alla sola Commissione, e, ove non ritengano sussistenti tali condizioni, porre fine all'infrazione, ossia sancire l'invalidità dell'intesa. Il combinato della precedente disciplina, che attribuiva alla Commissione il monopolio in materia, con l'interpretazione formalistica dell'art. 81 (1) sviluppata da parte della Commissione, che porta a considerare quasi ogni restrizione formale dell'autonomia delle parti come restrittiva e quindi autorizzabile aveva di fatto imposto lo strumento della notifica quale principale strumento a disposizione delle imprese per tutelarsi sia contro la comminazione di eventuali sanzioni da parte della Commissione sia in sede giurisdizionale (la notifica rappresentava un valido argomento di difesa per sostenere che l'intesa era in ogni caso esentabile). L'effetto era stato un completo accentramento delle funzioni nell'applicazione concreta dell'art. 81<sup>359</sup> con la conseguenza che la Commissione usava troppe risorse per esaminare notifiche irrilevanti invece che perseguire le pratiche concordate (ed ovviamente non notificate) e gli abusi di posizione dominante e non disponeva delle informazioni che invece le autorità nazionali avrebbero in molti casi ottenuto più facilmente.

La ragione economica di questa seconda novità introdotta dal nuovo Regolamento si combina con la motivazione giuridica sottesa a questa disposizione: con essa, infatti, viene data applicazione al principio di sussidiarietà sancito dal Trattato di Maastricht anche per quanto concerne il diritto di esentare le intese dall'applicazione del divieto di cui all'art. 81 (1); la precedente disciplina applicativa, di impronta centralistica contrastava, infatti, con il principio di sussidiarietà, peraltro richiamabile solo a partire dagli anni '90 con il completamento della rete di autorità antitrust nazionali fortemente incentivata dalla Commissione.

---

<sup>359</sup> Si pensi che il *Bundeskartellamt*, la storica autorità nazionale tedesca, dal 1958 al 1999 aveva applicato gli articoli 81 e 82 del Trattato solo 21 volte, mentre altre autorità non avevano mai attuato in sede decentrata la disciplina comunitaria della concorrenza. Nello stesso senso si veda A. Pera, *La modernizzazione del diritto comunitario della concorrenza: rivoluzione o evoluzione*, Atti del Convegno "Le nuove regole della concorrenza", Roma, 3 luglio 2003.

Il decentramento dell'applicazione della normativa antitrust comunitaria porta altresì con sé l'esigenza di una piena armonizzazione interpretativa della disciplina: le autorità nazionali di concorrenza ed i giudici nazionali, nell'applicare la propria normativa nazionale antitrust, devono obbligatoriamente applicare anche gli artt. 81 ed 82 del Trattato, perseguendo un obiettivo di armonizzazione delle discipline legislative e delle prassi applicative degli Stati membri (art. 3 del Regolamento). Con riferimento alle intese la norma afferma altresì la supremazia della norma comunitaria su quella nazionale: nel caso in cui le autorità e i giudici nazionali applichino la legislazione nazionale a fattispecie che rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario, infatti, l'art. 3 del Regolamento impone a tali organi non solo di applicare anche l'articolo 81 del Trattato, ma anche di disapplicare eventuali disposizioni di diritto interno più severe di quelle comunitarie, peraltro con riferimento alle sole intese (per le condotte unilaterali è invece possibile l'applicazione di norme nazionali più severe), ponendo un vero e proprio vincolo di convergenza<sup>360</sup>.

Per assicurare l'uniformità di applicazione delle norme comunitarie la Commissione svolge compiti di vigilanza sulla loro uniforme attuazione da parte dei giudici e delle autorità nazionali. In questo senso gli orientamenti della Commissione assumono un ruolo preminente rispetto a quelli dei giudici e delle autorità nazionali: i giudici non possono adottare decisioni in conflitto con quelle già assunte, o in procinto di essere assunte, dalla Commissione; in questo senso la Commissione è già intervenuta, affermando che, nell'ambito dell'applicazione dell'art. 81, "la valutazione comparata degli effetti anticoncorrenziali e degli effetti favorevoli alla concorrenza è effettuata esclusivamente nell'ambito dell'articolo 81 paragrafo 3"<sup>361</sup>, imponendo così un limite alla discrezionalità delle autorità nazionali. Le autorità

---

<sup>360</sup> Il sistema precedentemente in vigore prevedeva al contrario il sistema della c.d. doppia barriera, che comportava la legalità delle sole intese che erano in grado di superare il doppio test di liceità, quello comunitario e quello nazionale. Tale sistema comportava la prevalenza della norma più severa: se la norma più severa era contenuta nell'ordinamento comunitario l'intesa era illecita e non poteva essere autorizzata dal diritto nazionale (questa regola è quella rimasta in vigore); se, viceversa, la norma più severa era contenuta nella legge nazionale, l'intesa, sebbene valida a livello comunitario, poteva essere vietata dalle autorità nazionali (F. Denozza, *Problemi applicativi del nuovo regime*, intervento al Convegno su "Le nuove regole della concorrenza", Milano, 19-20 aprile 2004).

<sup>361</sup> Commissione Europea, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 del Trattato*, Brussels, 2004, par. 11.

nazionali, inoltre, hanno l'obbligo di sospendere un procedimento nel caso in cui la Commissione stia valutando la stessa fattispecie.

Al fine di rispondere a questa rinnovata ed accresciuta esigenza di armonizzazione il nuovo Regolamento inoltre introdotta la Rete Europea della Concorrenza (*European Competition Network - ECN*), volta a rafforzare sia la cooperazione verticale (tra la Commissione e le autorità) che quella orizzontale (tra le diverse autorità). Nell'ambito del *network* le autorità:

- hanno l'obbligo di tenere la Commissione debitamente informata sui procedimenti in corso;
- possono essere chiamate dalla Commissione e dalle altre autorità nazionali a svolgere indagini sul territorio per loro conto;
- possono scambiarsi tra loro informazioni, pur nell'ambito della medesima fattispecie;
- possono rigettare denunce riguardanti casi già trattati da altre autorità.

Vengono previsti, infine, appositi meccanismi e strumenti di coordinamento volti ad evitare, per quanto possibile, la duplicazione di procedimenti e decisioni, nonché per prevenire eventuali situazioni di conflitto.

Per quanto riguarda l'allocazione dei casi, essi sono ripartiti in base al centro di gravità dell'infrazione, chiaramente ispirato al principio di sussidiarietà. In base a tale principio ciascuna autorità è ritenuta meglio titolata ad accertare le infrazioni di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato se si verificano le seguenti condizioni:

1. l'infrazione genera un impatto sulla concorrenza nel territorio nazionale di tale autorità e sia posta in essere, ovvero origini, dal territorio nazionale della stessa
2. l'autorità nazionale in questione disponga di poteri adeguati per porre termine all'infrazione e sanzionarla in maniera adeguata;
3. l'autorità stessa sia nella migliore posizione per acquisire gli elementi necessari ai fini della prova dell'infrazione, eventualmente anche con l'assistenza delle altre autorità.

Vi è poi la possibilità per le autorità nazionali di intervenire congiuntamente, attraverso un'azione coordinata, per istruire casi che coinvolgono fino a tre paesi dell'Unione. Per le fattispecie che coinvolgono almeno quattro paesi la competenza

passa alla Commissione. Essa può inoltre intervenire per trattare fattispecie suscettibili di violare un interesse comunitario o per casi in cui, per la novità della fattispecie, emerga l'esigenza di adottare decisioni di valenza generale, o ancora per assicurare l'applicazione effettiva delle norme comunitarie, e, da ultimo in casi relativi a settori in cui la Commissione detiene competenze esclusive. Infine la Commissione può avocare a sé il procedimento nel caso in cui si verifichi una delle seguenti situazioni:

- i. il rischio di decisioni contrastanti, assunte da parte di diverse autorità nazionali, in relazione alla medesima fattispecie
- ii. il rischio di una decisione in conflitto con i principi consolidati della giurisprudenza e della prassi comunitaria
- iii. un ritardo ingiustificato nella trattazione del caso
- iv. l'esigenza di assumere una decisione di valenza generale suscettibile di avere un impatto anche negli altri paesi dell'Unione.

Il nuovo sistema di applicazione delle regole della concorrenza si fonda quindi su di una maggiore partecipazione da parte delle autorità e dei giudici nazionali e sul potenziamento del loro coordinamento, attraverso il *network*, in modo da affrontare in maniera più efficiente ed efficace la maggiore complessità economica, giuridica e tecnologica del mondo globalizzato. Nei propositi della Comunità, infatti, il *network* deve costituire un foro di discussione e cooperazione in materia di applicazione e vigilanza sul rispetto della politica comunitaria della concorrenza, garantendo un'uniforme prassi applicativa ispirata ai criteri indicati dalla Commissione, cui spetta una funzione armonizzatrice. In questo senso, come dimostrato dalla teoria dei giochi ripetuti, i meccanismi di reputazione costituirebbero una garanzia contro il *free-riding* da parte delle autorità nazionali, poiché "comportamenti non consonanti con il resto della rete", in particolare quelli finalizzati a perseguire obiettivi di politica industriale nazionale, "sarebbero sanzionati con l'emarginazione e la perdita di prestigio"<sup>362</sup> a livello comunitario. Lo stesso *network*, inoltre, dovrebbe garantire, sempre secondo le intenzioni della Comunità, un'efficiente ripartizione dei casi, in base al principio secondo il quale

---

<sup>362</sup> V. Pepe, *op. cit.*, p. 124

ciascun caso dovrà essere attribuito all'autorità meglio posizionata in termini di costo di acquisizione delle informazioni.

Il nuovo Regolamento, in definitiva, mira a conseguire i seguenti obiettivi:

1. consentire alla Commissione di dedicare maggiori sforzi e risorse alla trattazione dei casi più rilevanti;
2. favorire l'applicazione decentrata delle regole comunitarie di concorrenza da parte dei giudici e delle autorità nazionali, permettendone un più puntuale controllo a tutti i livelli, contestualmente favorendo l'armonizzazione dei criteri valutativi secondo i principi dettati dagli organi comunitari;
3. semplificare, a vantaggio delle imprese, il sistema di applicazione delle regole comunitarie di concorrenza, rimuovendo l'obbligo di notifica preventiva delle intese, riducendo i loro costi,

In una prospettiva di efficienza, il perseguimento di questi obiettivi deve essere valutato positivamente, tuttavia, come è stato fatto notare<sup>363</sup>, tali innovazioni procedurali pongono nuove problematiche che sono state solo parzialmente affrontate con misure correttive.

Tra queste vi è innanzitutto quella dell'armonizzazione dei canoni di valutazione delle autorità nazionali, in quanto l'applicazione decentrata della disciplina non deve implicare difformità dei criteri di giudizio, ma non solo: anche l'applicazione delle legislazioni nazionali deve ispirarsi ad alcuni criteri di valutazione comuni poichè, come abbiamo visto, nell'attuare le disposizioni statali, le autorità applicano contestualmente anche gli artt. 81 e 82 del Trattato dell'Unione (art. 3 del Regolamento 1/2003).

Vi è inoltre la già accennata questione dell'acquisizione delle informazioni necessarie a valutare i comportamenti delle imprese: in un'ottica *ex post*, infatti, il l'autorità antitrust può intervenire solo se possiede informazioni sufficienti per valutare e quantificare gli effetti di una data condotta e in carenza di queste deve avere i poteri e le risorse per acquisirle tempestivamente.

---

<sup>363</sup> G. Di Federico-P. Manzini, *A law and economics approach to the new antitrust enforcing rules*, in *Erasmus Law and economics review*, Giugno 2004, p. 143 ss.; M. Pirrung, *EU enlargement towards a cartel paradise? An economic analysis of the reform of European competition law*, in *Erasmus Law and economics review*, Febbraio 2004, p. 77 ss.

L'assenza di una notifica preventiva implica altresì un aumento l'incertezza nello svolgimento delle loro attività, dato che le autorità potranno sempre intervenire per sancire la nullità di un'intesa, anche dopo anni dalla stipula della stessa<sup>364</sup>.

Una volta che un'intesa o una condotta unilaterale sono dichiarate abusive, si giunge al momento sanzionatorio, laddove l'entità della sanzione ottima, ossia quella che moltiplicata alla probabilità per coloro che violano la norma di essere puniti è marginalmente maggiore del beneficio derivante dalla violazione della legge stessa, dipende anche dalla fase in cui avviene la verifica della liceità della fattispecie<sup>365</sup>. In questo senso il mantenimento dell'entità della sanzione massima al 10% del fatturato delle imprese coinvolte assume che l'intervento *ex post* implichi la medesima probabilità per coloro che violano la norma di essere puniti rispetto al controllo *ex ante*, un'ipotesi che difficilmente si verifica.

Da un punto di vista organizzativo, infine l'esigenza di coordinamento a livello comunitario impone, anche ad ordinamenti che spesso hanno trascurato questi aspetti, che la struttura delle autorità risponda a criteri di efficienza pubblica: con la nuova normativa le autorità nazionali possono essere chiamate dalla Commissione a fornire i propri pareri su intese e concentrazioni alla Commissione, e può verificarsi la situazione in cui più autorità si trovino a dover coordinarsi ed intervenire sul medesimo caso (in ogni modo non più di tre); conseguentemente, la loro idoneità ad adempiere efficacemente le proprie funzioni acquista rilevanza per il buon andamento dell'intero sistema antitrust comunitario.

L'applicazione concreta della normativa comunitaria si basa poi sulle Comunicazioni elaborate dalla Commissione, documenti che riprendono il modello delle *Guidelines* statunitensi, in parte avvicinandosene anche per quanto riguarda il contenuto.

Questi documenti costituiscono, come detto, l'esplicitazione formale dell'orientamento interpretativo della Commissione nei confronti di certune tipologie di restrizioni della concorrenza ovvero su aspetti rilevanti dell'applicazione della

---

<sup>364</sup> W. P.J. Wils, *The optimal enforcement of EC antitrust law*, L'Aia, 2002, p. 12 ss.

<sup>365</sup> Su questo tema si fa riferimento a A. M. Polinsky-S. Shavell, *Public enforcement of law in Enciclopedia of Law and economics*, Volume V, Cheltenham, 2000; su questa problematica si fa riferimento a S. Maillons, *Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence*, Bibliotheque de droit international et Communautaire, 2002, Tome 118, pp. 369 ss..

disciplina comunitaria antitrust. Pur avendo solo valore indicativo, non vincolando la Commissione nella valutazione del caso specifico, esse sono generalmente seguite e forniscono alle autorità competenti, alle imprese e, in genere ai soggetti interessati, un elenco dettagliato dei fattori da tenere in considerazione nella valutazione dei casi concreti e i criteri indicativi per un'applicazione sistematica delle regole della concorrenza alle varie fattispecie rilevanti ai fini antitrust. Inoltre, qualora la Commissione decida di discostarsene, ne deve giustificare le ragioni all'interno della decisione, di modo che l'eventuale scostamento possa essere eventualmente preso in considerazione in sede di giudizio di fronte al Tribunale di primo grado o alla Corte di giustizia.

Attualmente le principali linee guida elaborate dalla Commissione hanno ad oggetto le autorizzazioni in deroga alle intese (2004), le intese verticali (2000), le intese orizzontali (2001), gli accordi di importanza minore (2001), le concentrazioni (2004), la definizione di mercato rilevante (1997). Il fatto stesso della loro introduzione, nonché il loro contenuto, evidenziano un crescente utilizzo di indici economici e, in parte, di efficienza, nello stabilire la liceità o meno di intese e concentrazioni. Manca, ed è una carenza che la Commissione sta cercando di colmare con una consultazione attualmente in corso, un documento interpretativo per l'applicazione dell'art. 82 del Trattato.

#### **4.8 Le operazioni di concentrazione come fattispecie a sé stante. I Regolamenti 4064/89 e 139/2004.**

Nell'ambito del diritto antitrust, con il termine di "concentrazione" si è soliti designare ogni transazione che comporti una modifica duratura nel controllo di una o più imprese o parti di imprese. Non si tratta infatti di una fattispecie giuridica qualificabile in forma autonoma, bensì di una nozione economica, nella quale sono raggruppate alcune distinte figure giuridiche, e il cui elemento chiave è costituito dall'elemento del controllo che, a seguito dell'operazione, un'impresa o un gruppo di imprese esercita su un'altra impresa precedentemente autonoma o di nuova creazione.

Le principali forme giuridiche che individuano un'operazione di concentrazione sono principalmente:

- la fusione tra due società autonome, per incorporazione dell'una da parte dell'altra, ovvero attraverso la creazione di una terza società;
- l'acquisizione del controllo di una o più imprese da parte di una o più altre imprese, attraverso l'acquisto della maggioranza delle quote o delle partecipazioni azionarie;
- la messa in opera di una gestione concertata di due o più imprese, tra loro indipendenti, da parte delle stesse persone che muovono le leve di comando nelle suddette imprese, assumendo la veste di amministratori, o comunque esercitando un'influenza determinante sulla gestione;
- l'acquisizione del controllo di una o più imprese mediante strumenti di natura contrattuale, quali i patti parasociali e i contratti tra imprese che creano una dipendenza generale e istituzionalizzata di una o più imprese da una o più altre imprese;
- l'acquisizione del controllo mediante la cessione dei beni aziendali sia materiali che immateriali, la costituzione di diritti reali o personali su una o più imprese autonome a beneficio di una o più altre imprese;
- Le *joint-ventures* c.d. di tipo concentrativo, ossia che svolgano su base stabile tutte le funzioni di un'entità economica autonoma e non coordinino il proprio comportamento concorrenziale con quello delle società fondatrici, né tale coordinamento può sussistere tra le società fondatrici stesse.

Nell'operazione concentrativa, pertanto, a differenza dell'intesa, le imprese che divengono controllate perdono la loro indipendenza economica e, talvolta anche quella giuridica. Di qui la tendenziale irreversibilità di una concentrazione e la necessità, come vedremo, di prevedere un meccanismo di autorizzazione preventiva.

L'effetto di un'operazione concentrativa da un punto di vista economico porta un'impresa a incrementare il proprio potere di mercato, non più attraverso la crescita interna, ma attingendo a economie di imprese terze. Mentre la crescita interna caratterizza le fasi di maggiore crescita della domanda e di innovazione tecnologica, la crescita esterna è tipica della fase di maturità dei mercati, dove è più conveniente acquisire il controllo di un concorrente che tentare di sottrargli quote di mercato attraverso costose battaglie concorrenziali che richiedono ingenti investimenti e ribassi di prezzo.

In quanto suscettibile di incrementare il potere di mercato dell'impresa o delle imprese coinvolte, tale tipologia di operazioni assume rilevanza a fini antitrust: esse sono suscettibili di alterare in modo duraturo e tendenzialmente irreversibile l'assetto concorrenziale del mercato, assetto che quindi viene modificato nella sua struttura, mentre nelle intese viene solo influenzato dal comportamento concertato delle imprese aderenti all'intesa stessa.

Così come le intese esse possono avere effetti orizzontali, verticali o conglomerati: i primi consistono in una sovrapposizione delle quote di mercato delle parti interessate se e nella misura in cui esse operano nello stesso mercato rilevante (la cui definizione rappresenta spesso il passaggio cruciale nella valutazione di un'operazione), i secondi si riferiscono a integrazioni a monte o a valle di un'impresa attraverso l'acquisizione di una sua fornitrice o cliente, anche solo parziale o potenziale, ovvero fondendosi con essa; i terzi, di carattere residuale, sono rilevanti a fini antitrust solo se generano effetti di gamma, ossia portano l'impresa uscente dall'operazione a coprire un'intera gamma di prodotti, pur mancando una sovrapposizione di quote di mercato, con il rischio di costituire una barriera all'entrata per nuovi potenziali entranti sui mercati coinvolti.

### ***La disciplina applicabile alle concentrazioni: il Regolamento 139/2004***

Il tema della regolamentazione delle operazioni di concentrazione tra imprese, non espressamente previsto dal Trattato, ha acquisito a livello comunitario, un'importanza sempre maggiore fino a divenire una priorità.

La questione sorse inizialmente negli anni '60: a quell'epoca vennero creati due gruppi di lavoro, incaricati di esaminare l'applicabilità degli attuali artt. 81 e 82 alle concentrazioni e alle fusioni tra imprese; in assenza di una specifica disposizione in materia di concentrazioni, infatti, la Commissione poteva solamente intervenire *ex post* utilizzando gli artt. 81 e 82. Con riferimento all'art. 81, la Commissione, contrariamente all'opinione espressa da uno dei gruppi di lavoro, ritenne che non si applicasse alle concentrazioni<sup>366</sup>. Questa posizione appariva motivata più da ragioni di politica industriale che di tutela della concorrenza, poiché si valutava da più parti come l'industria europea fosse scarsamente concentrata e, di conseguenza, tali

---

<sup>366</sup> Commissione Europea, *Memorandum sulla politica industriale della Comunità*, Bruxelles, 1970

operazioni andassero favorite. Restava lo strumento dell'art. 86, unica norma che la Commissione poteva utilizzare per effettuare gli interventi di controllo sulle concentrazioni, nel caso in cui esse dessero vita ad un'impresa in posizione dominante, come confermato dalla Corte di Giustizia nel caso *Continental Can*<sup>367</sup>. Si trattava, tuttavia, di una procedura che presentava elementi di inefficienza: all'incertezza propria di tutti i processi regolatori, gravante su operazioni la cui attuazione imponeva alle imprese coinvolte di ristrutturare e riorganizzare profondamente le loro attività produttive, distributive, di ricerca, si aggiungeva il rischio di un divieto ex post che imponesse di ritornare alla situazione di partenza pre-fusione.

Successivamente, negli anni '80, venne riconosciuta e criticata, anche dagli Stati membri, e segnatamente da Gran Bretagna, Germania Federale e Francia, la discriminazione sia legislativa che giurisprudenziale che si stava affermando a favore delle operazioni di concentrazione rispetto alla fattispecie delle intese, spesso meno dannose in termini di effetti anticoncorrenziali. La Commissione recepì questo mutato indirizzo modificando il suo orientamento a favore di una diretta applicabilità dell'art. 81 alle concentrazioni, e sostenendo contestualmente l'adozione di un regolamento *ad hoc* che disciplinasse l'applicazione delle norme del Trattato sulla concorrenza alle concentrazioni. Per sostenere e ribadire la legittimità di questo nuovo orientamento la Commissione si è impropriamente servita, citandola nelle sue decisioni, della sentenza *Philip Morris-Rothman*<sup>368</sup>, con la quale la Corte di Giustizia aveva confermato l'applicabilità dell'ex art. 85 all'acquisto di una partecipazione azionaria di minoranza di un'impresa concorrente, operazione evidentemente non classificabile come concentrazione.

La scelta della Commissione di applicare l'art. 85 alle concentrazioni ha contribuito però a stimolare il raggiungimento di un compromesso sulla proposta di Regolamento sul controllo delle concentrazioni che ha portato all'emanazione da parte del Consiglio del Regolamento 4064/89. Tale Regolamento, sulla base del presupposto per il quale i principi ispiratori del Trattato si applicassero alle concentrazioni, vietava le operazioni di concentrazione tra imprese comunitarie,

---

<sup>367</sup> Corte di Giustizia, sentenza C-6/72.

<sup>368</sup> Sentenza della Corte di Giustizia dell'8 dicembre 1987 nelle cause riunite C-142/84 e C-156/84, *British American Tobacco Company Ltd e Reynold Industries Inc.*

poste al di sopra di determinate soglie di fatturato, nonché extracomunitarie (ossia che abbiano il loro quartier generale al di fuori della comunità), poste al di sopra di una diversa soglia di fatturato, determinata a livello mondiale, che creassero o rafforzassero una posizione dominante, tale per cui risultasse che “una concorrenza effettiva” fosse “ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso” (art. 2).

Nell’effettuare la propria valutazione circa la sussistenza e la pericolosità della posizione dominante che si sarebbe creata o rafforzata a seguito della concentrazione, la Commissione doveva in particolare tenere conto della posizione sul mercato delle imprese, della possibilità di scelta dei fornitori e utilizzatori, delle barriere all’entrata, dell’andamento della domanda e dell’offerta, degli interessi dei consumatori intermedi e finali, dell’evoluzione del progresso tecnico economico (c.d. “test di dominanza” sulla base dei criteri individuati dall’art. 2 par. 1 del Regolamento), laddove quest’ultimo aspetto costituiva l’unico riferimento che il legislatore comunitario riconosceva al criterio di efficienza, riprendendolo evidentemente dal contenuto dell’art. 81(3) del Trattato, in correlazione con il quale deve essere interpretato.

La valutazione di compatibilità della concentrazione con il mercato comune avveniva *ex ante*, previa notifica da parte delle imprese, con la Commissione che deteneva la competenza esclusiva in materia di poteri decisionali e sanzionatori previsti dal Regolamento, pur con i limiti previsti dagli artt. 9 e 21 del Regolamento, ai sensi dei quali la competenza poteva passare agli Stati membri nel caso in cui i requisiti di cui all’art. 3 (che definiva la fattispecie della “concentrazione” individuando quindi l’ambito soggettivo di applicazione del Regolamento) si manifestassero in un mercato, all’interno di uno Stato membro, che presentasse tutte le caratteristiche di un mercato distinto (art. 9) ovvero nel caso in cui entrassero in gioco interessi legittimi individuati nella pubblica sicurezza, nella pluralità dei mezzi di informazione, nelle misure cautelari (art. 21).

L’applicazione concreta del Regolamento 4064 ha fatto emergere da un lato la validità dello strumento dell’autorizzazione preventiva, dall’altra l’esigenza di un suo affinamento alla luce dell’esperienza acquisita nel corso degli anni, prima tra

tutte la necessità di alleggerire il lavoro della Commissione<sup>369</sup>. Di qui l'avvio di un processo di revisione avviato nel luglio del 2000 che ha portato, il 20 gennaio 2004, all'adozione del Regolamento 139/2004, che sostituisce il Regolamento 4064/89, integrando il titolo VI (il precedente Titolo V) del Trattato relativamente alle operazioni di concentrazione al di sopra di una certa soglia dimensionale, espressa in termini di fatturato, ovvero che abbiano rilevanti effetti transfrontalieri (al di sotto si applicano invece le discipline nazionali).

Il nuovo Regolamento, pur valutando positivamente le concentrazioni in quanto suscettibili di promuovere “la concorrenza dinamica e la competitività dell'industria europea”<sup>370</sup>, vieta tutte le operazioni di concentrazione che ostacolino in modo significativo la concorrenza nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, con particolare riferimento a quei casi in cui, a seguito dell'operazione, si venga a creare o si rafforzi una posizione dominante sul mercato rilevante (art. 2 comma 3).

Diversamente dal Regolamento 4064 per il quale, come si è visto, la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante costituiva un requisito essenziale per poter sanzionare una concentrazione, così che il procedimento di valutazione doveva essere a due fasi, una prima di accertamento dell'esistenza attuale o potenziale di una posizione dominante e una seconda per verificare gli effetti sulla concorrenza, con la nuova disposizione il criterio fondamentale adottato nella valutazione delle fattispecie afferisce direttamente agli effetti sulla concorrenza: la posizione dominante viene infatti richiamata solo come un importante esempio che non esaurisce i casi cui la normativa si applica.

Le disposizioni del nuovo Regolamento ampliano, pertanto, il campo di applicazione della legislazione in materia di concentrazioni, che permette ora alla Commissione di sanzionare anche situazioni di riduzione della concorrenza che non ricadono nella creazione o nel rafforzamento di una posizione dominante.

Le norme comunitarie si sono avvicinate, anche in questo campo, a quelle vigenti negli Stati Uniti, dove il criterio di valutazione è quello generale della

---

<sup>369</sup> La tendenza alle concentrazioni, come principale meccanismo per il raggiungimento di una maggiore efficienza produttiva aveva portato ad un sensibile incremento delle notifiche, passate dalle 12 del 1990 alle 110 del 1995, alle 292 del 1999 (V. Pepe, *op. cit.*, p. 166).

<sup>370</sup> Quarto considerando del Regolamento 139/2004.

“sostanziale riduzione della concorrenza” (*Substantial Lessening of Competition*) che può derivare da un’operazione di concentrazione; nella definizione dei criteri di valutazione adottati nella prassi, peraltro, il criterio della “sostanziale riduzione della concorrenza” nella versione europea denominato “sostanziale impedimento effettivo alla concorrenza” è stato recepito in posizione di residualità rispetto al test di “dominanza” che, nelle concentrazioni orizzontali rimane sempre il primo ad essere applicato<sup>371</sup>.

Ai fini della valutazione degli effetti delle concentrazioni il Regolamento stabilisce che la Commissione Europea tenga conto degli stessi fattori previsti dal Regolamento 4064 (art. 2 comma 1 lett. b), tra cui rientra l’evoluzione del progresso tecnico ed economico purchè vada a vantaggio dei consumatori e non costituisca impedimento alla concorrenza. Anche nell’attuale disciplina delle concentrazioni si richiama pertanto la finalità del progresso tecnico ed economico che a livello applicativo si traduce nel ricorso al criterio di efficienza, sia tecnica che dinamica, subordinandolo tuttavia, così come per le intese, al contestuale soddisfacimento dell’esigenza di tutela del consumatore e al mantenimento di un sufficiente livello di concorrenza.

La disposizione rimane quindi immutata rispetto al precedente regime, ponendo quindi le stesse ristrettezze interpretative. E’ stato tuttavia correttamente sottolineato come essa assuma “nuovo e inedito rilievo”<sup>372</sup> se interpretata in correlazione con il preambolo del regolamento, nella parte in cui si ammette la possibilità che “l’incremento di efficienza prodotto dalla concentrazione compensi gli effetti sulla concorrenza, e in particolare il pregiudizio potenziale per i consumatori che questa avrebbe potuto altrimenti produrre, e che di conseguenza la concentrazione stessa non ostacoli in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune”<sup>373</sup>. Viene quindi espressamente prevista la possibilità che, in sede di applicazione del Regolamento, si ricorra al criterio dell’*efficiency defence* che esamineremo nel dettaglio nel prosieguo del presente lavoro<sup>374</sup>.

---

<sup>371</sup> Venticinquesimo considerando del Reg. n. 139/2004; Commissione europea, *Linee direttrici sulle operazioni di concentrazione orizzontale*, Brussels, 2004, Par. 4.

<sup>372</sup> L. Arnaudo, *L’efficienza nel nuovo controllo comunitario delle concentrazioni*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2005, 1, p. 64.

<sup>373</sup> Ventinovesimo considerando del Reg. CE n. 139/2004, n. 29.

<sup>374</sup> V. *infra* cap. 7.

Per quanto riguarda la parte procedurale, il nuovo Regolamento ha in parte ripreso l'impostazione precedente, introducendo tuttavia innovazioni sostanziali per l'individuazione dell'Autorità competente a valutare le concentrazioni, mantenendo il meccanismo della notifica preliminare da parte delle imprese coinvolte, cui la Commissione deve far seguire una decisione di autorizzazione, divieto o di autorizzazione vincolata a determinati obblighi assunti dalle parti, entro rigide scadenze.

Il sistema di autorizzazione preventiva risponde, come detto, a una logica di efficienza: le imprese hanno infatti necessità di conoscere il prima possibile se la loro fusione sarà autorizzata o meno.

Diversa è invece la ripartizione delle competenze: così come il Regolamento 1/2003 per gli articoli 81 e 82, il Regolamento 139 applica in maggiore misura il decentramento delle competenze nei confronti degli Stati membri, alle cui autorità può essere attribuita la competenza su richiesta delle parti, nei casi in cui la concentrazione incide in misura significativa in un mercato all'interno di uno Stato membro che presenta tutte le caratteristiche di un mercato distinto (art. 4), favorendo così il decentramento dell'azione di controllo in ossequio al principio di sussidiarietà.

#### **4.9 Conclusioni**

Al termine di questa disanima della disciplina comunitaria *antitrust* emerge come l'Unione Europea si proponga attraverso la sua applicazione, soprattutto in materia di intese, di perseguire fini eterogenei, sia economici che non economici, tra loro diversi e non di rado contrastanti.

Tra questi obiettivi rientra sicuramente l'efficienza dei mercati, il cui peso è attualmente crescente, ma essa, soprattutto in passato è stata subordinata alla creazione del mercato unico, scopo verso il quale gli sforzi della Comunità Europea si sono inizialmente concentrati. Altri obiettivi, tra i quali quello della tutela del consumatore, si sono aggiunti durante i cinquant'anni di vita dell'ordinamento comunitario in parallelo con l'evoluzione delle istituzioni europee e con la trasformazione dell'economia mondiale.

A dispetto di questa evoluzione, il contenuto degli articoli 81 e 82 del Trattato che, integrati dal Regolamento 139/2004, costituiscono tuttora il *corpus* normativo di riferimento, è rimasto immutato. Similmente a quanto avvenuto negli

Stati Uniti con lo Sherman Act, la genericità delle due disposizioni del Trattato ha permesso infatti di adattare alle esigenze della Comunità senza che fossero necessari interventi modificativi, grazie al fatto che i due articoli in questione individuano due fattispecie rilevanti ai fini *antitrust* assai ampie sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo. I mutamenti della politica della concorrenza sono così avvenuti attraverso l'evoluzione degli orientamenti della Commissione e della Corte di Giustizia, ossia gli organi demandati ad applicare le norme del Trattato in materia di concorrenza. E' pertanto attraverso l'analisi delle decisioni di questi organi che deve essere il ruolo del criterio nella politica della concorrenza dell'Unione Europea<sup>375</sup>.

Restando per il momento al dato normativo, esso giustifica esplicitamente il ricorso al criterio di efficienza solo nella valutazione delle intese. Abbiamo visto, infatti, come il comma 3 dell'art. 81 del Trattato includa tra i requisiti di una possibile esenzione dall'applicazione del divieto per le intese qualificate come restrittive della concorrenza, la possibilità di ottenere incrementi di efficienza tecnica e/o dinamica attraverso l'implementazione delle intese in questione.

Tuttavia la previsione da parte dello stesso art. 81 (3) di altri requisiti che devono contemporaneamente essere soddisfatti affinché un'intesa restrittiva della concorrenza possa beneficiare dell'esenzione, nonché la possibile diversa interpretazione della locuzione "progresso tecnico ed economico", impone, o comunque ammette, il perseguimento di altri obiettivi, contestualmente a quello dell'efficienza, giustificando così quell'eterogeneità dei fini che contraddistingue la politica della concorrenza dell'Unione Europea.

Ci riferiamo in primo luogo alla tutela del consumatore che viene imposta attraverso la previsione della condizione che gli utilizzatori finali beneficino dei guadagni di efficienza ottenibili grazie all'intesa; un obiettivo che ha acquistato sempre maggior peso nel corso dell'evoluzione della Comunità prima e dell'Unione Europea poi.

In secondo luogo è ammessa la protezione dei concorrenti attraverso il vincolo per le intese di non comportare l'eliminazione della concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti oggetto delle stesse. Tale previsione, subordinando il ricorso al criterio di efficienza all'esistenza di un livello minimo di concorrenza sul

---

<sup>375</sup> Un'analisi che sarà svolta diffusamente nei successivi capitoli.

mercato, consente di perseguire l'obiettivo della difesa dei concorrenti (spesso di piccole dimensioni) delle imprese aderenti all'intesa, anche se meno efficienti, laddove il mercato presenti elevate barriere all'entrata (assenza di concorrenti potenziali).

E' infine possibile un'interpretazione più ampia del concetto di "progresso tecnico ed economico" che trascenda il concetto di efficienza, giungendo a considerare aspetti quali la difesa dell'ambiente ovvero lo sviluppo economico di aree ad caratterizzate da un elevato livello di disoccupazione, come elementi di progresso economico suscettibili di essere valutati ai fini dell'applicazione dell'art. 81(3) del Trattato.

Mentre la disciplina delle intese aiuta a comprendere il ruolo del criterio di efficienza nell'applicazione dei precetti *antitrust* da parte degli organi comunitari, l'art. 82 del Trattato non contiene alcun riferimento alla possibilità di utilizzare il criterio di efficienza nella valutazione delle condotte unilaterali poste in essere da imprese in posizione dominante sul mercato rilevante.

Ciò tuttavia non impedisce l'applicazione del criterio di efficienza alle fattispecie in esame, come dimostrato dai contenuti della consultazione recentemente avviata dalla Commissione Europea finalizzata all'elaborazione di Linee Guida che definiscano i criteri di interpretazione che l'organo comunitario dovrà seguire nella valutazione dei comportamenti unilaterali. Nel corso della consultazione, infatti, è emerso chiaramente come l'utilizzo del criterio dell'*as equal efficient firm*<sup>376</sup> sarà probabilmente adottato dalla Commissione nell'applicazione dell'art. 82 alle pratiche escludenti, qualora venissero recepite le indicazioni del gruppo di studio che ha svolto attività di consulenza per la Commissione su questo tema<sup>377</sup>.

A parere dello scrivente, anzi, l'assenza di un preciso schema cui subordinare la possibilità di ricorrere al criterio di efficienza nella valutazione della fattispecie, attribuisce alle autorità competenti un più ampio margine di discrezionalità nell'utilizzo del suddetto criterio poiché manca il vincolo della contestuale sussistenza delle altre condizioni di cui all'art. 81(3).

Peraltro nel caso delle condotte unilaterali poste in essere da parte di imprese detentrici una posizione dominante sul mercato, l'applicazione del criterio di

---

<sup>376</sup> Criterio che sarà meglio definito al cap. 7.

<sup>377</sup> Commissione Europea, *Discussion paper*, cit; D. Gerardin et al., *The concept of Dominance*, cit..

efficienza difficilmente contrasta con le istanze di tutela del consumatore, almeno nel lungo periodo, in quanto il principio di efficienza, come sappiamo, prevede imprescindibilmente la limitazione delle posizioni di rendita dei soggetti che godono di un rilevante potere di mercato; limitazione che va evidentemente a favore dei consumatori in primo luogo. Più frequente è invece la possibilità di un *trade off* tra una maggiore efficienza e la difesa degli altri concorrenti, obiettivo che l'art. 82 non contempla.

Per quanto concerne infine la disciplina delle concentrazioni, essa, come abbiamo visto, prevede un riferimento ai possibili incrementi di efficienza (tecnica e dinamica) derivanti da operazioni di fusione, utilizzando la nozione utilizzata per le intese, così come nel precedente Regolamento 4064/89.

Tuttavia, a parere dello scrivente, questa previsione è insufficiente. La recente formazione del nuovo Regolamento in materia di concentrazioni avrebbe infatti potuto costituire l'occasione per recepire nella disciplina comunitaria l'attribuzione della facoltà di ricorrere all'*efficiency defense* in presenza di una fattispecie, quella della fusione tra imprese, suscettibile più di altre di essere valutata secondo il criterio di efficienza, anzichè limitarsi a riprendere la medesima locuzione presente nell'art. 81(3).

Ciò tanto più se si pensa alle caratteristiche che distinguono le concentrazioni rispetto alle intese, in particolare dal punto di vista dell'efficienza tecnica, i cui incrementi sono generalmente maggiori in presenza di una concentrazione piuttosto che di un accordo, così come implicitamente riconosciuto nel preambolo al Regolamento 139/2004.

A dispetto di questo vincolo, che sembra limitare lo spazio per la c.d. *efficiency defense* in materia di concentrazioni, peraltro, le Linee Guida della Commissione contemplano espressamente questa possibilità, riconoscendo così ufficialmente un ruolo al criterio di efficienza anche nella valutazione dei casi di concentrazione. Conseguentemente la fattispecie delle concentrazioni è quella in cui la prassi applicativa tende, come vedremo, a costituire il primo ambito di applicazione del criterio di efficienza al diritto antitrust, se non sotto il profilo qualitativo, sicuramente dal punto di vista quantitativo.

L'istanza di efficienza su cui il legislatore comunitario si è soffermato in tempi recenti ha riguardato invece il meccanismo di applicazione della norma antitrust piuttosto che il contenuto della norma stessa; un meccanismo che così come era delineato dal Regolamento 7/62 non era più in grado di assicurare macchina amministrativa comunitaria.

Sotto questo profilo l'innovazione apportata dal Regolamento 1/2003 permette, a parere dello scrivente, un'attribuzione più razionale della competenza nella valutazione dei casi tra la Commissione e le autorità nazionali degli Stati membri; tuttavia pone alcune questioni che investono direttamente il tema dei criteri di valutazione utilizzati dalle autorità competenti.

Tra queste vi è innanzitutto la questione dell'armonizzazione dei canoni di valutazione delle autorità nazionali, in quanto l'applicazione decentrata della disciplina non deve implicare difformità dei criteri di giudizi. In questo senso un'armonizzazione che prenda come riferimento le autorità più propense ad applicare il criterio di efficienza, come pare stia accadendo, avrebbe evidentemente delle implicazioni positive sull'efficienza del sistema comunitario antitrust nel suo complesso.

In aggiunta, l'esigenza di coordinamento a livello comunitario impone, anche ad ordinamenti che spesso hanno trascurato questi aspetti, che la struttura delle autorità risponda a criteri di efficienza pubblica: con la nuova normativa le autorità nazionali possono essere chiamate dalla Commissione a fornire i propri pareri su intese e concentrazioni alla Commissione, e può verificarsi la situazione in cui più autorità si trovino a dover coordinarsi ed intervenire sul medesimo caso (in ogni modo non più di tre); conseguentemente, la loro idoneità ad adempiere efficacemente le proprie funzioni acquista rilevanza per il buon andamento dell'intero sistema antitrust comunitario. Da questo punto di vista, come vedremo, il modello proposto dalla Commissione si presta ad essere criticato, benchè abbia sicuramente stimolato nelle altre autorità un maggior livello di *expertise*, con effetti sicuramente positivi sul loro grado di efficienza.

Infine il nuovo meccanismo applicativo pone la questione se sia più efficiente l'intervento *ex post* piuttosto che *ex ante*, in particolare in materia di intese<sup>378</sup>, e quale debba essere il grado ottimo di collaborazione tra autorità antitrust e soggetti regolati.

La prima problematica non è risolvibile in senso definitivo essendovi aspetti positivi e negativi in entrambe le soluzioni. Certo è, tuttavia, che l'intervento *ex post* rende più difficile l'individuazione e la sanzione del comportamento anticoncorrenziale da parte delle imprese, anche se permette di concentrarsi sui casi più importanti, perseguendoli spesso con successo.

La seconda, invece, è una procedura apprezzabile sotto diversi aspetti, non ultima la maggiore probabilità di rendere effettiva la sanzione qualora essa sia condivisa dal soggetto destinatario. D'altra parte la concertazione delle decisioni e delle eventuali sanzioni rischia di generare nell'impresa regolata il pensiero che essa non sarà comunque pesantemente sanzionata, anche qualora ponga in essere comportamenti manifestamente illeciti, riducendo così la capacità deterrente della sanzione. Inoltre le procedure concordate spesso sono troppo lunghe e impediscono un rapido intervento dell'autorità che metta fine al comportamento illecito prima che le distorsioni della concorrenza da esso causate diventino irreversibili. Infine una tale procedura, se generalizzata, espone l'autorità al noto rischio della "cattura"; un rischio sempre più attuale alla luce del crescente numero di soggetti regolati di dimensioni transnazionali il cui volume di affari è spesso superiore al bilancio di un piccolo Stato.

---

<sup>378</sup> Posto che per le condotte unilaterali la soluzione *ex post* è spesso l'unica praticabile, così come per le concentrazioni è di gran lunga più efficiente l'intervento *ex ante*.

**CAPITOLO 5**  
**LA LEGISLAZIONE ANTITRUST NAZIONALE DEI PRINCIPALI**  
**STATI MEMBRI. ANALOGIE E DIFFERENZE CON LA DISCIPLINA**  
**COMUNITARIA.**

**5.1 Introduzione**

Così come in molti altri ambiti in cui l'ordinamento comunitario si trova in posizione sovraordinata rispetto a quello degli Stati membri, anche nel diritto della concorrenza il modello comunitario ha esercitato una formidabile forza attrattiva e una notevole influenza sugli ordinamenti degli Stati membri. Tale influenza si è inizialmente manifestata innescando un fenomeno di graduale introduzione di normative nazionali *antitrust* basate sul modello comunitario laddove esse erano assenti; successivamente, una volta introdotte tali discipline pressoché in tutti gli Stati, è stato avviato un processo di armonizzazione delle stesse al fine di rendere possibile il decentramento delle competenze poi realizzato con il Regolamento 1/2003.

L'armonizzazione è avvenuta sia a livello normativo, con la convergenza delle varie discipline nazionali che hanno codificato il principio inizialmente elaborato dalla giurisprudenza<sup>379</sup> in base al quale “i procedimenti dinnanzi alle autorità nazionali non possono pregiudicare la piena ed uniforme applicazione del diritto comunitario né l'efficacia degli atti adottati in attuazione di questo”<sup>380</sup>, sia a livello di prassi, mediante l'influenza esercitata dalle decisioni della Commissione, sia, infine, a livello di giurisprudenza, attraverso gli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia, quali quello appena citato.

Ciò tuttavia non ha impedito che in molti casi le diverse logiche sottostanti alla costruzione dei sistemi nazionali a tutela della concorrenza mantenessero in vita rilevanti differenze sia sotto l'aspetto di definizione delle fattispecie sia, soprattutto, sotto il profilo delle modalità e degli strumenti di applicazione della disciplina. Tali specificità si traducono in un diverso grado di efficienza ed efficacia operativa dei

---

<sup>379</sup> Corte di Giustizia CE, sentenza del 13 febbraio 1969, C-14/68, *Walth Wilthelm*; e più recentemente le sentenze della Corte di Giustizia CE, 14 dicembre 2000, C 344/98 e 28 febbraio 1991, *Delimitis*, C-234/89.

<sup>380</sup> A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, p. 38-39.

vari sistemi nazionali di tutela della concorrenza, pur in un quadro generale di armonizzazione e convergenza.

Per questa ragione si ritiene necessario fornire una breve descrizione delle legislazioni nazionali *antitrust* vigenti nei principali paesi membri dell'Unione Europea per completare la panoramica normativa in materia di tutela della concorrenza, prima di effettuare, nel successivo capitolo, una valutazione di efficienza generale di alcune delle principali autorità europee mandate ad applicare la disciplina antitrust comunitaria, prima tra queste, ovviamente, la Commissione Europea.

## **5.2 L'articolata disciplina *antitrust* del Regno Unito e il suo lento adeguamento alla norma comunitaria.**

Per ragioni storiche e culturali, il Regno Unito è più vicino agli Stati Uniti che non al resto d'Europa per quanto riguarda la concezione di libertà e di democrazia economica e per il valore attribuito alla concorrenza. Partendo da questo presupposto non deve stupire che nel Regno Unito la preoccupazione che un'eccessiva concentrazione del potere economico potesse arrecare danni al sistema economico sorga già all'inizio del XX secolo. Ciò tuttavia non portò all'adozione di nessuna iniziativa concreta fino al 1944, anno in cui il Governo pubblica "Libro Bianco sulla politica per l'occupazione", nel quale esprime per la prima volta il sospetto che la presenza di monopoli e la concentrazione del potere economico nelle mani di poche grandi imprese potesse rendere vane le politiche espansive intraprese dal Governo stesso. A questo documento seguì nel 1948 il *Monopolies and Restricted Practices Act* che proibiva quegli accordi restrittivi della concorrenza e quelle pratiche monopolistiche che fossero contrari all'interesse pubblico, interpretato quest'ultimo nel senso di grado di competitività delle imprese, e quindi non rilevando direttamente se fossero o meno lesivi della concorrenza. Organo competente ad indagare sui mercati era la "*Monopolies and Mergers Commission*", ma erano poi gli organi governativi a dover agire adeguatamente per tutelare l'interesse pubblico così individuato.

La concorrenza fra imprese diviene un bene oggetto di tutela autonoma a partire dagli anni '70 a seguito della spinta ideologica favorevole alle liberalizzazioni

che porta nel 1979 alla costituzione del governo Thatcher. In questo periodo il *Fair Trading Act* del 1973, il *Restricted Practices Act* del 1976 e il *Resale Price Act* del 1977 ridisegnano l'intero apparato delle norme e dei poteri attribuiti ai vari organi istituzionali in materia di condotte anti-concorrenziali, istituendo in particolare due nuovi organi, il *Merger Panel* e l'*Office of Fair Trading* (OFT), il cui direttore denominato *Director General of Fair Trading* (DGFT) godeva di ampi poteri investigativi, competenti a vigilare sulle concentrazioni tra imprese ed indagare su eventuali situazioni di monopolio, ed introducendo la tutela del consumatore quale bene di interesse pubblico.

I poteri di controllo del DGFT vennero ulteriormente ampliati dal *Competition Act* del 1980; tuttavia, essendo l'OFT un dipartimento del Ministero per l'Industria e il Commercio e rimanendo oggetto di tutela l'interesse pubblico, ossia un concetto assai più sfumato di quello di concorrenza e il cui perseguimento implica necessariamente una scelta politica, i criteri utilizzati nell'applicazione delle norme erano piuttosto benevoli<sup>381</sup>. In particolare veniva spesso messa al primo posto l'esigenza di accrescere la competitività dell'industria nazionale a prescindere dagli effetti concorrenziali dei comportamenti oggetto di valutazione. Soprattutto, però, in tutto l'impianto normativo mancava la previsione di illiceità per le condotte abusive e la conseguente sanzione: qualora la *Monopolies and Mergers Commission* e l'*Office of Fair Trading* ritenessero che una determinata condotta contrastasse con l'interesse pubblico potevano solo intimarne la cessazione al termine dell'istruttoria senza infliggere alcuna sanzione, né i terzi danneggiati potevano chiedere alcun risarcimento. Di questa situazione ebbe a lamentarsi la stessa *Monopolies Commission* nel 1990<sup>382</sup>.

Nel 1998 il *Competition Act* viene radicalmente modificato per adeguarsi alla normativa comunitaria e contestualmente vengono abrogati il *Restricted Practices Act* e il *Resale Price Act*. L'attuale versione del *Competition Act* è pertanto modellata sugli articoli 81 e 82 del Trattato CE. Il *Chapter I* si applica agli accordi sia formali che informali che abbiano effetto sul commercio interno del Regno Unito ovvero abbiano come scopo o effetto la prevenzione, la restrizione o la distorsione della

---

<sup>381</sup> G. Palmerio, *Alcune riflessioni sul sistema delle autorità indipendenti e prospettive di riforma*, in G. Palmerio et al., *Il sistema delle autorità indipendenti*, Bari, 2006, p. 30-31.

<sup>382</sup> *Monopolies Commission Report in Highland Scotland Omnibuses*, Cm 1990, par. 7.35.

concorrenza all'interno del paese, fornendo il medesimo elenco esemplificativo contenuto nell'art. 81 (1) del Trattato CE e prevedendo i medesimi requisiti per la concessione dell'esenzione. Vi è però una rilevante differenza rispetto alla normativa comunitaria: le proibizioni del *Chapter I* si applicano solo nei casi in cui l'intesa abbia un effetto restrittivo apprezzabile della concorrenza; per questa ragione la prassi dell'OFT prevede che solo se la quota cumulata fra le imprese che partecipano all'accordo è pari o superiore al 25%, sussistono i presupposti per un intervento in applicazione del *Chapter I*. Il *Chapter II* proibisce invece gli abusi posti in essere da una o più imprese aventi una posizione dominante sul mercato britannico o su una parte di esso che influenzino il commercio all'interno del Regno Unito<sup>383</sup>, laddove la posizione dominante viene determinata seguendo i criteri stabiliti dagli organi comunitari, ed incentrati sulla quota di mercato. L'OFT ha così stabilito che se non vi sono altri fattori che provino l'esistenza di un elevato potere di mercato la dominanza risulta improbabile se la quota detenuta dall'impresa è inferiore al 40%.

Per quanto concerne la definizione di impresa ai fini dell'applicabilità del *Competition Act*, essa è intesa in senso ampio, così come a livello comunitario: si include, infatti, in questa definizione, qualsiasi persona fisica o giuridica, indipendentemente dal suo stato giuridico, in grado di svolgere un'attività economica che abbia a che fare con la produzione o commercializzazione di beni o servizi e che goda di indipendenza economica<sup>384</sup>.

Il *Competition Act* ha altresì introdotto una serie di sanzioni in cui possono incorrere le imprese che violino le norme poste a tutela della concorrenza, includendo oltre alle pene pecuniarie la possibilità per i soggetti terzi di chiedere il risarcimento dei danni eventualmente subiti. Infine la *Monopolies and Mergers Commission* è stata rinominata *Competition Commission*.

La riforma attuata con il *Competition Act* del 1998 non era tuttavia definitiva: l'attuale assetto normativo, infatti, è quello delineato dall'*Enterprise Act* del 2002, il quale ha integrato il *Competition Act*, pur non alterandone la filosofia. In particolare l'*Enterprise Act* ha eliminato la figura del Direttore Generale, trasferendone i compiti

---

<sup>383</sup> Si noti l'assenza del requisito della rilevanza, presente invece a livello comunitario, riferita alla parte di mercato nazionale coinvolta nella fattispecie. Per effetto di questa deliberata mancanza anche situazioni di monopolio locale possono essere oggetto di indagine da parte dell'OFT.

<sup>384</sup> G. Palmerio, *op. cit.*, p. 36-37.

all'OFT ed ha trasferito all'OFT le competenze relative alla fase istruttoria in materia di concentrazioni abolendo anche in questa materia il principio dell'interesse pubblico. Soprattutto l'*Enterprise Act* ha avvicinato il sistema britannico a quello statunitense per quanto riguarda le sanzioni a carico delle imprese: sono state infatti introdotte sanzioni penali, fino a cinque anni di reclusione, per i rappresentanti delle imprese che partecipano in mala fede a cartelli giudicati particolarmente dannosi quali la fissazione dei prezzi, la fissazione delle quote di mercato o la limitazione della produzione. Inoltre l'*Enterprise Act* ha attribuito ai rappresentanti dei consumatori il diritto di presentare all'OFT o agli altri regolatori particolari tipologie di ricorsi (c.d. "*Supercomplaints*") a seguito dei quali gli uffici competenti possono avviare una procedura istruttoria sulla materia del ricorso.

In materia di monopoli l'*Enterprise Act* ha invece mantenuto in vigore le previsioni del *Fair Trading Act* del 1973, stabilendo che nel caso in cui vi sia il sospetto di una situazione di monopolio che danneggi l'interesse pubblico la *Competition Commission* può intervenire su segnalazione, effettuando indagini approfondite e proponendo gli opportuni rimedi che dovranno poi essere adottati dal Ministero dell'Industria. I monopoli sono classificati in base a una valutazione economica e distinti tra monopoli "di scala" e monopoli "complessi": qualora almeno un quarto dei beni o dei servizi sono venduti o prestati dalla medesima impresa si parla di "*scale monopolies*", mentre nell'ipotesi in cui almeno un quarto dei beni o dei servizi sono venduti o prestati da due o più soggetti con lo scopo o l'effetto di impedire o falsare la concorrenza si parla di "*complex monopolies*". Vi sono poi i monopoli di "esportazione" che riguardano le *performances* delle imprese britanniche all'estero, ma ad esse la normativa nazionale risulta inapplicabile, essendo la fattispecie di competenza comunitaria. La fattispecie è peraltro parzialmente superata dall'introduzione nell'ordinamento britannico del concetto di abuso di posizione dominante, di ispirazione comunitaria, che in gran parte la ricomprende

L'*Enterprise Act* disciplina altresì il trattamento delle concentrazioni che possano avere effetti dannosi per la concorrenza. Competente in materia è ancora l'OFT (e non più il Ministero dell'Industria) che ha l'obbligo di indagare su quelle fusioni già effettuate, in via di svolgimento ovvero solo annunciate, suscettibili di

essere lesive della concorrenza. Nello svolgimento dell'indagine l'OFT si può avvalere della *Competition Commission* per ulteriori indagini, al termine delle quali quest'ultima potrà richiedere alle parti di adottare le misure necessarie ad attenuare gli effetti anticoncorrenziali dell'operazione, quali la vendita di una parte dell'attività svolta, ovvero la limitazione del proprio potere di voto, fino a giungere alla proibizione dell'operazione. Unica eccezione a questa procedura è quella in cui una fusione coinvolga questioni di interesse pubblico; in tal caso il Ministro può impedire la fusione o affidare all'OFT il compito di verificare se è possibile autorizzare l'operazione imponendo alle imprese comportamenti vincolanti che neutralizzano gli effetti restrittivi dell'operazione.

L'*Enterprise Act* ha infine istituito il *Competition Appeals Tribunal* (CAT), in sostituzione del precedente *Competition Commission Appeals Tribunal*. Il CAT è un tribunale indipendente competente a ricevere i ricorsi avverso tutte le decisioni delle autorità *antitrust* in relazione alle quali può sindacarne la legittimità. Nell'adozione delle sue decisioni il CAT è supportato dal *Commission Service*, un organo tecnico dipendente dal tribunale.

Il sistema legislativo britannico a tutela della concorrenza è in definitiva piuttosto complesso formato da un gran numero di leggi, procedure e istituzioni; tale complessità è dovuta principalmente al fatto che si tratta di un sistema sviluppatosi in maniera non lineare seguendo un approccio pragmatico e non un modello teorico generale. Esso, inoltre, ha mantenuto per lungo tempo le sue peculiarità, recependo in ritardo rispetto agli altri Stati membri dell'Unione Europea l'impianto normativo comunitario, innestando così quest'ultimo in un quadro legislativo e istituzionale già complesso ed articolato.

Le fattispecie normative attualmente individuate dal *Competition Act* non si discostano comunque, se non per aspetti secondari, da quelle previste a livello comunitario così come i (pochi) riferimenti all'efficienza. Diverso è invece l'approccio applicativo e i criteri utilizzati nella valutazione dei casi concreti da parte degli organi competenti, come vedremo nel prosieguo della trattazione.

Costituisce infine una peculiarità della legislazione britannica la presenza di normative e istituzioni di settore che derogano alla disciplina generale. In questi settori, quali le telecomunicazioni, l'energia elettrica, i trasporti aerei e ferroviari,

caratterizzati dalla presenza di una specifica regolazione e di specifiche autorità di settore, le competenze in materia di concorrenza sono spesso attribuite alle rispettive *authorities* di settore (ad esempio in materia di comunicazioni l'autorità competente ad indagare ed eventualmente a sanzionare presunte violazioni delle norme poste a tutela della concorrenza è l'OFCOM).

### **5.3 La normativa *antitrust* in Francia: dal controllo dei prezzi alla tutela del libero mercato.**

In Francia la legislazione *antitrust*, così come in altri settori della regolazione, è stata introdotta e sviluppata nel quadro di un'economia caratterizzata da un ruolo predominante della Pubblica Amministrazione, che portava avanti una politica economica basata sul controllo dei prezzi e sulla carenza di vigilanza sulle concentrazioni. Né è presente nel *bloc de constitutionalité*<sup>385</sup> francese alcun riferimento esplicito alla concorrenza ovvero al mercato sebbene la promozione e la tutela della libera concorrenza possano essere indirettamente rinvenute all'interno del principio della libertà del commercio e dell'industria. Sarà quindi solo attraverso la pressione del diritto comunitario e successivamente anche attraverso le decisioni del *Conseil de la concurrence* che la libera concorrenza si affermerà come principio autonomo nell'ordinamento francese<sup>386</sup>.

In questo contesto di riferimento la prima normativa francese in materia di concorrenza fu assai timida: il primo atto in materia, l'Ordinanza 45-1483 emanata nel 1945, svolgeva infatti solo una funzione di ausilio all'amministrazione controllata dei prezzi istituita allo scopo di favorire l'industrializzazione del paese e tutelare il consumatore, senza prevedere alcuna proibizione generale a livello legislativo.

Questo primo embrione legislativo viene riformato una prima volta nel 1967 con l'ordinanza 67-835 che introduce la possibilità di vietare le intese tra imprese anche per ragioni diverse dalla loro influenza negativa sui prezzi; questa modifica costituisce "il primo passo verso un'autonomia del diritto della concorrenza rispetto

---

<sup>385</sup> Le fonti di grado costituzionale francesi sono costituite dalla Costituzione del 1958 e dal relativo preambolo, dalla Dichiarazione dei diritti del 1789, dal preambolo della Costituzione del 1946, dai principi riconosciuti dalle leggi della Repubblica.

<sup>386</sup> O. Raymundie, *La protezione del principio di libera concorrenza in Francia*, in L. Mezzetti, *Costituzione economica e libertà di concorrenza. Modelli europei a confronto*, Torino, 1997, p. 137 ss.

all'originario settore del controllo dei prezzi<sup>387</sup>, nonché la prima applicazione delle norme *antitrust* a settori in precedenza esentati.

Successivamente con la legge del 1977 la sfera di applicabilità del diritto della concorrenza autonomamente considerato viene ulteriormente ampliata attribuendo contestualmente nuovi poteri sanzionatori al Ministro dell'Economia ed estendendo le funzioni consultive dell'organo indipendente allora denominato *Commission de la Concurrence*.

L'attuale sistemazione è stata invece delineata con l'Ordinanza n. 1243 del 1986, che definisce l'assetto definitivo del sistema francese di tutela della concorrenza<sup>388</sup>. In particolare l'Ordinanza 1243 individua le attività anti-concorrenziali sulla base di quanto stabilito a livello comunitario e istituisce il *Conseil de la Concurrence*, organo indipendente dotato, a partire dal 1986, come vedremo, di sostanziali poteri sia sotto il profilo strutturale che sotto il profilo procedurale.

Per quanto concerne le fattispecie previste dalla legge francese esse riprendono le definizioni elaborate dalla disciplina comunitaria seppure con alcune differenze. Le intese, ai sensi dell'art. 7 dell'ordinanza del 1986, possono consistere in “azioni concertate, convenzioni, accordi espliciti e taciti o convenzioni” che abbiano come oggetto o possano avere come effetto la restrizione o l'alterazione della concorrenza”. Questa qualificazione delle intese tende evidentemente a privilegiare l'aspetto formale rispetto a quello economico, creando un ostacolo all'applicazione del criterio di efficienza; così come non risponde ad un criterio di efficienza la peculiarità del diritto francese di considerare punibile anche la c.d. *intention anticoncurrentielle* a prescindere dai suoi effetti.

Anche in materia di condotte unilaterali il diritto *antitrust* francese presenta alcune differenze rispetto all'approccio della maggior parte dei paesi europei: l'art. 8 dell'ordinanza del 1986 distingue tra l'abuso di posizione dominante, categoria assimilabile a quella individuata a livello comunitario e negli altri paesi europei, e lo

---

<sup>387</sup> D. Brault, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, Paris, 2004, p. 40.

<sup>388</sup> L'Ordinanza è stata recentemente codificata e inserita nel codice di commercio nel 2000 (in particolare gli articoli 7 e 8 dell'Ordinanza sono stati recepiti dall'art. 420 commi primo e secondo), evidenziando l'accresciuta rilevanza del tema della concorrenza nell'ordinamento e consentendo una più rapida e facile consultazione della disciplina da parte dei soggetti economici; un processo di codificazione che sicuramente faciliterebbe un'efficiente applicazione del diritto antitrust se fosse avviato anche negli altri paesi europei.

sfruttamento abusivo delle situazioni di dipendenza di mercato, concetto introdotto per ricomprendere tra le condotte abusive quelle situazioni in cui una o più imprese si trovino ad essere *partner* obbligatori di un'impresa dominante e si vedano quindi imporre condizioni contrattuali inique. Tale previsione, peraltro, data l'ampiezza del concetto di abuso elaborato a livello comunitario che senz'altro può includere anche i casi di abuso di dipendenza economica, costituisce una peculiarità più formale che sostanziale.

Di carattere sostanziale, invece, è ciò che distingue il sistema di esenzioni previsto dall'art. 10 dell'Ordinanza 1243 rispetto al diritto comunitario. In primo luogo è prevista un'esenzione per quelle intese e condotte che trovano la loro ragione d'essere in una norma legislativa o in un relativo regolamento attuativo (art. 10 c. 1), laddove, al contrario, il diritto comunitario stabilisce in tali casi l'illegittimità della norma statale ai sensi dell'art. 90 del Trattato, ovvero ai sensi del combinato disposto dagli articoli 3 (g), 10 e, rispettivamente, 81 o 82; per questa ragione peraltro, questa norma è di difficile applicazione vista la superiorità del diritto comunitario su quello nazionale degli Stati membri<sup>389</sup>. Lo stesso articolo prevede inoltre la possibilità di concessione di un'esenzione modellata sul contenuto dell'art. 81 (3) del Trattato CE non solo alle intese, ma anche alle condotte unilaterali, permettendo a entrambe di essere esentate in presenza dell'opportunità di conseguire un effettivo progresso economico attraverso il comportamento anticoncorrenziale, e quindi un incremento di efficienza dinamica, di cui i consumatori traggano beneficio e senza eliminare la concorrenza in una parte sostanziale del mercato rilevante.

Si ammette così anche normativamente il ricorso all'*efficiency defence* in caso di condotte unilaterali anticoncorrenziali, anche se in pratica la concessione di un'esenzione individuale nei confronti di comportamenti abusivi posti in essere da imprese dominanti è stata sistematicamente rifiutata dal *Conseil de la concurrence*<sup>390</sup>.

---

<sup>389</sup> Nel 1994, ad esempio la Corte di Appello di Parigi ha considerato inapplicabile l'applicazione dell'art. 10 c.1 dell'Ordinanza 1243 invocata da Telecom France in relazione alle norme previste dal codice delle poste e delle telecomunicazioni poiché incompatibile con il diritto comunitario (Corte di Appello di Parigi, sentenza del 7 febbraio 1994).

<sup>390</sup> N. Dutilh (a cura di), *Dealing with dominance: the experience of the national competition authorities*, The Hague, 2004, p. 40-42. L'A. porta a supporto di questa tesi la decisione del Conseil n° 97-D-71 del 7 ottobre 1997 relativa al caso *Adidas/LNF*.

Diversa rispetto al diritto comunitario è anche la definizione di concentrazione che per il diritto francese è più ampia, includendo anche tutte le forme di preponderante influenza di un'impresa nei confronti di un'altra tra le ipotesi di concentrazione. Il controllo delle concentrazioni, inoltre, non è affidato al *Conseil*, bensì al Ministero dell'economia che detiene il potere di avviare il procedimento di controllo ed eventualmente vietare l'operazione; il *Conseil* viene coinvolto solo in funzione consultiva, dovendo fornire un parere non vincolante al Ministero sull'opportunità di vietare o meno la concentrazione.

Assai ampio, infine, è l'ambito soggettivo di applicazione: la legge francese si applica, infatti, a tutte le attività economiche a prescindere dalla natura dell'impresa e dalla forma giuridica con cui le stesse operano; sono esenti le sole imprese che erogano servizi di interesse economico generale.

#### **5.4 La tutela della concorrenza in Spagna: l'armonizzazione con il diritto comunitario di un sistema basato sui controlli governativi.**

Il primo tentativo di realizzare un sistema di tutela della concorrenza in Spagna risale alla *Ley de Represion de Practicas Restrictivas de la Competencia* (LRPRC) del 1963 con la quale il legislatore rispondeva alle pressanti richieste internazionali per una liberalizzazione dell'economia spagnola, in quel periodo sottoposta al regime interventista del governo franchista, permettendo che l'ordinamento spagnolo fosse equiparabile, almeno formalmente, a quello dei principali paesi europei sotto questo profilo.

Il sistema di tutela previsto dalla LRPRC proibiva di porre in essere pratiche restrittive della concorrenza e di sfruttamento abusivo della posizione dominante, con la possibilità di derogare al divieto qualora le pratiche restrittive della concorrenza consentissero un miglioramento della produzione o della distribuzione di beni o servizi o la promozione del progresso tecnico o economico, e i consumatori potessero trarne un significativo vantaggio. Veniva quindi trapiantata nell'ordinamento spagnolo la disciplina comunitaria, anche perché non vi era alcun precedente a livello nazionale cui prendere spunto.

La LRPRC istituiva inoltre gli organi tuttora competenti ad esercitare la funzione *antitrust*: il *Tribunal de Defensa de la Competencia*, funzionalmente, ma

non strutturalmente separato dall'amministrazione, cui era attribuito il potere decisionale circa la dichiarazione di esistenza o meno dei comportamenti vietati e l'eventuale concessione delle autorizzazioni in deroga, nonché i poteri sanzionatori nei confronti di chi metteva in atto comportamenti illeciti; il *Servicio de Defensa de la Competencia* (SDC), organo amministrativo inserito nella struttura gerarchica del Ministero del Commercio avente funzioni di supporto e di vigilanza sulle decisioni del TDC.

L'incidenza nei fatti della LRPRC è stata peraltro nulla: il sistema economico fortemente interventista e corporativo estraneo ad ogni forma di liberalizzazione del mercato impediva la realizzazione di un sistema a tutela della concorrenza, malgrado l'esistenza di una legge allineata agli *standards* europei più avanzati. Prova la ridotta attività svolta dal TDC nel periodo che va dal 1965 al 1985 (solamente 14 risoluzioni adottate in media all'anno contro le 66 adottate nel solo 1990), ma soprattutto il fatto che le prime sanzioni economiche sono state imposte dal TDC solo nel 1988<sup>391</sup>.

L'approvazione della Costituzione del 1978, che sancisce il principio della libertà d'impresa al fine di costruire un'economia di mercato in cui fosse garantita la libera concorrenza, apre una nuova fase che porta tra l'altro alla dichiarazione di incostituzionalità della LRPRC a causa del mancato riconoscimento del ricorso giurisdizionale nei confronti delle decisioni del TDC. A ciò si aggiunge l'approvazione della legge 47/1985 che vincolava il Governo ad adeguare l'ordinamento spagnolo a quello comunitario in vista dell'adesione alla Comunità, avvenuta l'anno successivo. Si perviene così all'attuale sistema di tutela della concorrenza, fondato sulla legge 16 del 1989, denominata *Ley de Defensa de la Competencia* (LDC), con la quale il legislatore spagnolo si è posto l'obiettivo di "garantire l'esistenza di un sufficiente grado di concorrenza e di tutelarla nei confronti di ogni attacco contrario all'interesse pubblico.." <sup>392</sup>.

La LDC vieta "ogni accordo, decisione, raccomandazione collettiva o pratica concertata o consapevolmente parallela che abbia ad oggetto produca o possa

---

<sup>391</sup> L. Ammannati, *La tutela della concorrenza in Spagna. Un sistema tra predominanza dell'amministrazione e adeguamento al diritto comunitario*, in L. Ammannati (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1998, p. 220-221.

<sup>392</sup> Affermazione estratta dall'*Exposicion de motivos* che precede la legge 16/89.

produrre l'effetto di precludere, restringere o falsare la concorrenza su tutto o una parte del mercato nazionale" (art. 1.1), riprendendo evidentemente l'art. 81 del Trattato Ce con l'esplicita inclusione del comportamento "consapevolmente parallelo", locuzione mutuata dalla giurisprudenza comunitaria e con la medesima differenza riscontrata nella norma francese, in base alla quale anche porre in essere una pratica concertata dai potenziali effetti anticoncorrenziali costituisce un illecito. Le intese che tuttavia rispettino le condizioni di cui all'art. 1.2, che a loro volta sostanzialmente riprendono il contenuto dell'art. 81(3) del Trattato CE, possono beneficiare dell'esenzione dal divieto e conseguentemente non essere sanzionati.

Sono inoltre vietati gli abusi di posizione dominante e gli abusi di dipendenza economica, considerati due fattispecie tra loro distinte dall'art. 6 della LDC. La seconda fattispecie, non prevista a livello comunitario ed introdotta dal legislatore spagnolo nel 1999, rappresenta probabilmente, così come nel diritto francese, un'aggiunta superflua in ragione del necessario presupposto della posizione dominante affinché sussista una situazione di dipendenza economica. Prova ne è l'assenza, al 2005, di decisioni del TDC riferite a tale fattispecie<sup>393</sup>.

L'art. 7 della LDC prevede infine l'illiceità degli atti di concorrenza sleale che "alterando sensibilmente sulla concorrenza incidono sull'interesse pubblico", quali la denigrazione dei concorrenti, l'imitazione di iniziative imprenditoriali altrui o lo sfruttamento di vantaggi ottenuti mediante l'inganno, attribuendo al TDC la competenza a sanzionare eventuali atti classificabili come tali, sulla base degli elementi acquisiti dall'SDC nel procedimento istruttorio. Alle fattispecie *antitrust* viene così affiancata una norma avente la finalità di tutelare la *fair competition* e non la concorrenza in quanto tale.

Diversa è invece la disciplina delle concentrazioni prevista dalla LDC: essa si fonda sull'idea che sia necessario un controllo governativo su quelle operazioni che per importanza e possibili effetti sono suscettibili di alterare la struttura del mercato in modo contrario all'interesse pubblico. Competente alla decisione, che fa seguito ad una notifica volontaria o all'avvio di un procedimento d'ufficio da parte dell'SDC, è infatti il Ministero dell'Economia, che dopo aver acquisito il parere non vincolante del TDC, può non opporsi all'operazione, vietarla ovvero subordinarla a

---

<sup>393</sup> N. Dutilh (a cura di), *op. cit.*, p. 55.

determinate condizioni che compensino eventuali effetti restrittivi. Esaminando questa procedura di valutazione si rileva, pertanto, come, a differenza che per le intese e per le condotte unilaterali, nella valutazione delle concentrazioni l'autorità *antitrust* svolge un ruolo marginale.

Malgrado le innovazioni apportate dalla nuova legge, invero, permane in essa l'idea, sottesa all'impianto complessivo della legge stessa, secondo cui la tutela della concorrenza rappresenta una funzione di interesse pubblico; non stupisce, conseguentemente, che venga mantenuto l'impianto della struttura pre-esistente, a carattere prevalente amministrativo, incardinato sul TDC e sull'SDC.

### **5.5 Il *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*: la fonte unica della politica della concorrenza tedesca.**

Il sistema *antitrust* tedesco, sorto nel 1950 sulla spinta del pensiero "ordoliberal" elaborato dalla Scuola di Friburgo<sup>394</sup>, è l'unico tra quelli presi in esame in questa sede, a non essere stato radicalmente riformato per armonizzarlo al diritto comunitario; il *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB) del 1957 resta infatti, seppure significativamente modificato, la fonte unica dell'intera politica tedesca volta alla tutela della concorrenza.

Le ragioni di questa longevità sono essenzialmente due: da un lato la completezza del suddetto atto normativo, composto da oltre 100 articoli, se confrontato alle prime versioni delle altre discipline nazionali, e criticato anzi per l'eccessivo dettaglio con cui sono disciplinate le varie casistiche lasciando poco margine all'autorità competente ad applicarlo<sup>395</sup>; dall'altro il favore del legislatore tedesco, influenzato dai precetti della Scuola di Friburgo<sup>396</sup>, di cui il primo ministro dell'Economia della Repubblica Federale Tedesca era un eminente esponente, nei confronti della libera concorrenza, che rende il GWB una delle leggi fondamentali

---

<sup>394</sup> V. *supra* cap. 3.

<sup>395</sup> D. Meliciani, *Le autorità amministrative indipendenti deputate alla tutela della concorrenza in Francia, Germania e Italia*, in G. Palmerio et al., *op. cit.*, p. 96.

<sup>396</sup> L. Ammannati, *Il sistema tedesco di tutela della concorrenza. Un modello consolidato alla prova dei tempi*, in L. Ammannati (a cura di), *op. cit.*, p. 76-78. Come sappiamo secondo il pensiero "ordoliberal" l'ordine concorrenziale rappresenta un bene pubblico da conservare attraverso un'appropriata azione dello Stato.

dell'economia tedesca<sup>397</sup>. Un favore che contrasta con la diffidenza più o meno esplicita verso il principio concorrenziale malamente dissimulata da altre legislazioni emanate nello stesso periodo storico, in particolare quella francese e spagnola, che nelle loro prime versioni intendevano piuttosto la disciplina della concorrenza come uno strumento di politica industriale.

Il GWB, sin dalla sua versione originale, copre una vasta gamma di fattispecie, dai cartelli agli accordi verticali all'abuso di posizione dominante, suddividendole tuttavia diversamente rispetto alle norme contenute nel Trattato CE. In particolare gli accordi verticali costituiscono una fattispecie separata rispetto ai cartelli, i primi essendo in linea di principio tollerati, mentre i secondi essendo esplicitamente vietati. Ai sensi dell'articolo 15 del GWB, infatti sono esplicitamente vietati solo quegli accordi verticali che abbiano per oggetto la fissazione dei prezzi, mentre le altre forme di accordi verticali sono ritenute legali meno che non intervenga una decisione di nullità da parte delle autorità. Viceversa i cartelli orizzontali sono previsti e dall'articolo 1 che sancisce un principio generale di divieto per questa fattispecie. Questo diverso inquadramento giuridico, contrariamente al diritto comunitario che le include entrambe con il termine "intese", tiene pertanto conto delle differenze che contraddistinguono queste fattispecie sotto il profilo dei loro effetti economici, a dispetto delle analogie formali.

Similmente le pratiche discriminatorie e l'apposizione di ostacoli sleali nei confronti dei concorrenti di cui all'articolo 20 vengono proibite separatamente dall'abuso di posizione dominante singola o collettiva previsto dall'articolo 19, statuendo così una proibizione specifica per le pratiche escludenti con l'effetto di rendere la norma tedesca più "protettiva" nei confronti dei concorrenti rispetto alla disciplina comunitaria e, conseguentemente, più difficoltoso l'utilizzo del criterio di efficienza nella loro valutazione (l'unica possibile causa di esenzione per tali pratiche è costituita dalla presenza di un'oggettiva giustificazione).

La legge tedesca si caratterizza inoltre per la minuziosa regolazione di ogni fattispecie e per la previsione di specifiche esenzioni, il più possibile tipizzate. Si riconosce separatamente, ad esempio, un'esenzione per i cartelli "di razionalizzazione" volti a promuovere l'efficienza produttiva, e un'esenzione, del

---

<sup>397</sup> U. M. Gassner, *L'europeizzazione del Kartellrecht tedesco*, in *Rivista delle società*, 1999, II, p. 1199.

tutto simile, relativa ai cartelli volti a promuovere l'efficienza delle piccole e medie imprese (la più utilizzata con oltre 100 autorizzazioni concesse dal 1958 al 2002<sup>398</sup>). Vi sono poi una serie di settori esclusi dall'ambito di applicazione della legge, quali i trasporti, le comunicazioni, l'energia e il gas, in quanto disciplinati da specifiche normative.

Il GWB non si fonda pertanto su clausole di divieto generale in deroga del quale possono essere riconosciute esenzioni sulla base di condizioni generali rispettate dalla fattispecie concreta, che consentono l'applicazione della *rule of reason* da parte delle autorità competenti; al contrario la legge tedesca prevede una serie di indicazioni dettagliate riguardanti le possibili cause di esenzione con l'effetto di creare una disciplina complessa e poco flessibile. Ciò rende, a parere dello scrivente, il diritto *antitrust* tedesco attualmente inadeguato a disciplinare i fenomeni economici emergenti e ad assecondare l'evoluzione del pensiero economico in materia.

Competente ad applicare la GWB è il *Bundeskartellamt*, un'autorità federale che sebbene rientri formalmente nelle dipendenze del Ministero Federale dell'Economia, è un organismo che agisce in completa indipendenza<sup>399</sup>. Il *Bundeskartellamt* è l'unica autorità competente a livello federale ad applicare la norma antitrust a tutti i comportamenti che possano comportare una lesione dei principi della concorrenza, con l'unica limitata eccezione delle concentrazioni, relativamente alle quali le decisioni dell'autorità federali sono modificabili, in via eccezionale e nei soli casi previsti dalla legge, dal Ministro dell'economia<sup>400</sup>. Accanto al *Bundeskartellamt* sono previsti Uffici di cartello nei singoli Lander, con competenza sugli accordi e pratiche restrittive che hanno rilevanza nella sola economia locale.

Le sanzioni comminabili dal *Bundeskartellamt* sono piuttosto elevate, giungendo ad esempio fino al triplo dell'ammontare dei profitti ottenibili per effetto delle pratiche abusive<sup>401</sup>, e rispecchiano la propensione del legislatore tedesco a considerare il bene "concorrenza" di interesse pubblico. Avverso le decisioni

---

<sup>398</sup> G. Giraudi-M.S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti*, cit. , p. 174.

<sup>399</sup> Il funzionamento dell'autorità sarà descritto più dettagliatamente nel capitolo successivo.

<sup>400</sup> Peraltro, solo in sei casi è stata concessa l'autorizzazione a concentrazioni vietate dal *Bundeskartellamt* (L. Ammannati, *ult.op. cit.*, in L. Ammannati (a cura di), *op. cit.*, p. 81).

<sup>401</sup> L. Ammannati, *ult. op. cit.*, in L. Ammannati (a cura di), *op. cit.*, p. 79-80

infliggenti sanzioni alle imprese è peraltro possibile ricorrere presso la Corte d'Appello del distretto in cui ha sede l'autorità; conseguentemente nel caso delle decisioni adottate dal *Bundeskartellamt*, la Corte d'Appello competente sarà quella di Berlino. Il giudice così individuato può arrivare anche a modificare le decisioni dell'autorità, purchè ne esponga le ragioni.

Emerge da questa breve descrizione la spiccata specificità della disciplina *antitrust* tedesca rispetto alle altre finora analizzate; ciò in quanto quello tedesco costituisce l'unico modello europeo di tutela della concorrenza avente, almeno inizialmente, uno schema quasi del tutto indipendente a quello statunitense. Una specificità ancora adesso evidente, pur nel quadro di un progressivo avvicinamento della *GWB* al diritto comunitario.

Queste differenze non costituiscono tuttavia un punto di forza della normativa tedesca con riferimento alla sua capacità di garantire una concorrenza efficiente. La ridondanza di regole con cui sono definite le singole fattispecie, individuate in prevalenza secondo criteri formali e non sostanziali, e stabiliti i requisiti per la concessione di possibili esenzioni, con il conseguente limitato margine di discrezionalità concesso alle autorità competenti nella valutazione dei casi concreti, impediscono infatti una moderna ed efficiente prassi applicativa alle autorità competenti. Da ciò l'esigenza di una ulteriore riforma del sistema che consenta l'applicazione della *rule of reason* anche in Germania.

### **5.6 La legge 287/90: il trapianto del diritto comunitario e il riferimento al diritto di iniziativa economica.**

In Italia l'introduzione di una legge nazionale a tutela della concorrenza avviene nel 1990, in significativo ritardo rispetto agli altri principali paesi della Comunità. Le ragioni di tale ritardo sono sostanzialmente due: la prima, endogena, costituita dall'esigenza di rinnovare un sistema economico ancora caratterizzato da un forte intervento pubblico diretto e da mercati fortemente regolamentati; la seconda, giuridica e nettamente predominante, rappresentata invece dal vincolo esterno costituito dall'imminente adesione al Trattato dell'Unione Europea, stipulato come noto nel 1992, che imponeva un adeguamento dell'ordinamento nazionale a

quello comunitario<sup>402</sup>, così come esplicitato nell'art. 1 comma 4 della legge 287 del 1990, il quale impone il criterio interpretativo comunitario alle norme contenute nella legge italiana.

D'altra parte la finalità armonizzatrice della legge 287 traspare ancor più nettamente dai contenuti della stessa, costituendo essi un trapianto delle norme contenute negli articoli 81 e 82 del Trattato CE. L'articolo 81 viene sostanzialmente ripreso dal combinato degli articoli 2 e 4 della legge nazionale, che stabiliscono il divieto generale di porre in essere intese restrittive della concorrenza e dettano le medesime condizioni di esentabilità delle stesse previste dall'articolo 81 (3) del Trattato. Allo stesso modo il contenuto dell'articolo 82 è ripreso dall'articolo 3 della legge, mentre l'articolo 6, peraltro non ancora adeguato alla nuova normativa, si rifà al contenuto del Regolamento 4064/89 in materia di concentrazioni, sancendo il divieto di compiere operazioni di acquisizione e fusione che comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante.

Accanto al riferimento formale e sostanziale ai principi e ai contenuti del diritto comunitario, il legislatore italiano ha inserito all'articolo 1 l'esplicito richiamo all'articolo 41 della Costituzione, ossia al principio di libertà di iniziativa economica, in applicazione del quale la normativa *antitrust* italiana viene istituita. Nell'ordinamento italiano, pertanto, garantire la concorrenza significa innanzitutto assicurare le condizioni per esercitare il diritto di iniziativa economica e quindi della libertà di impresa, con la conseguenza che è l'accesso al mercato piuttosto che l'efficienza dello stesso a costituire la prima finalità della disciplina introdotta dalla legge 287.

A supporto di questa interpretazione si rileva come il richiamo alla libertà di iniziativa economica di cui all'articolo 1 abbia portato i primi esponenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ad ampliare ulteriormente i compiti da essi attribuiti alla disciplina *antitrust*, individuando tra i suoi obiettivi anche l'applicazione della disposizione dell'articolo 3 della Costituzione che sancisce il principio di eguaglianza, il che si tradurrebbe nella garanzia di un trattamento paritario a tutte le imprese e nella contestuale proibizione ad alcune di esse a porsi in

---

<sup>402</sup> F. Gobbo, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 1997, p. 306.

posizione di supremazia rispetto alle altre<sup>403</sup>. Il richiamo a questi principi nell'applicazione della legge *antitrust*, infatti, se da un lato è condivisibile, dall'altro conduce a un potenziale contrasto con il criterio di efficienza economica nelle situazioni in cui l'efficienza produttiva e dinamica può essere meglio raggiunta attraverso imprese di grandi dimensioni e relazioni industriali asimmetriche<sup>404</sup>.

Per quanto riguarda il suo ambito di applicazione la legge italiana *antitrust*, così come quella comunitaria si applica alle imprese e a tutti i settori dell'economia con l'unica esclusione di quelle imprese che erogano servizi di interesse economico generale ovvero operanti in regime di monopolio legale sul mercato.

La legge 287 ha altresì istituito l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), avente il compito precipuo di vigilare sulle intese, sulle condotte unilaterali delle imprese detenenti una posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione, e dotata conseguentemente di poteri istruttori e deliberativi in materia.

In particolare, il compito dell'AGCM nella fase di riscontro delle intese (articolo 2) e degli abusi di posizione dominante (articolo 3) è quello di accertare l'esistenza dei presupposti delle fattispecie previste dai suddetti articoli, in presenza dei quali sorgono dei diritti soggettivi in capo ai soggetti controinteressati che devono essere tutelati limitando l'autonomia di altri soggetti. Viceversa nei casi di cui agli artt. 4 (autorizzazione in deroga) e 6 (concentrazioni), l'autorità adotta provvedimenti amministrativi che accertano l'esistenza o meno dei presupposti per autorizzare o vietare fattispecie che altrimenti sarebbero per legge vietate (le intese restrittive), ovvero lecite (le concentrazioni): in presenza di intese, l'autorizzazione scaturisce da una ponderazione degli interessi in gioco, la concorrenza e la libera iniziativa economica da un lato, gli obiettivi del progresso tecnico ed economico, sia in termini qualitativi che quantitativi, e l'incremento del benessere dei consumatori dall'altro; nel caso delle concentrazioni, è la tutela della concorrenza a porsi come interesse generale di fronte al diritto delle imprese a unirsi e a acquisire società terze, e, in casi eccezionali, sono i "rilevanti interessi generali dell'economia nazionale

---

<sup>403</sup> A.Pera, *Il pensiero sulla concorrenza di Francesco Saja*, in Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Roma, 1996, p. 9.

<sup>404</sup> Vedasi *supra* capitoli 1 e 3.

nell'ambito dell'integrazione europea” (su intervento del Consiglio dei Ministri<sup>405</sup>) a giustificare un'ulteriore deroga<sup>406</sup>.

Avverso le decisioni dell'AGCM adottate ai sensi degli articoli 2, 3, 4 e 6 della legge 287 è ammesso ricorso in via giurisdizionale al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, e in seconda istanza al Consiglio di Stato.

Le competenze dell'AGCM e l'individuazione del giudice competente a valutarne la legittimità delle decisioni, peraltro, sono attualmente oggetto di riforma; all'inizio del 2007 è stato infatti presentato in Parlamento un disegno di legge che, se approvato, modificherebbe sostanzialmente l'attuale sistema *antitrust* italiano. L'incertezza circa l'esito di tale proposta di riforma suggerisce conseguentemente di non approfondire ulteriormente l'argomento con riferimento all'ordinamento italiano, poiché si corre il rischio che tale approfondimento sia già superato al momento di terminare il presente lavoro.

## 5.7 Conclusioni

Da questa ricognizione delle discipline nazionali antitrust dei principali paesi membri dell'Unione Europea emerge come l'efficienza, in qualsiasi accezione venga intesa, non sia considerata in nessuno di questi ordinamenti come il preminente obiettivo della politica della concorrenza.

A parte infatti il marginale caso della Norvegia, e cioè di un piccolo Stato neanche appartenente all'Unione, la cui norma *antitrust* si prefigge come obiettivo un “utilizzo efficiente delle risorse”<sup>407</sup>, gli altri Stati, e in particolare quelli che abbiamo esaminato, tutelano la concorrenza prevalentemente in quanto strumento di protezione della libertà di iniziativa economica e della libertà di accesso al mercato piuttosto che come un mezzo per incrementare il livello di efficienza del sistema economico.

Questa assenza è l'effetto di un modello fondato su culture giuridiche che, se si eccettua il caso tedesco, diffidano della concorrenza come mezzo di selezione e che sono restie ad aprire al mercato alle grandi imprese quando, come sempre più spesso accade, sono di proprietà straniera. Prova ne è la frequente attribuzione del

---

<sup>405</sup> Articolo 25 primo comma legge 287/90.

<sup>406</sup> P.Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Roma, 2001, p. 99 ss.

<sup>407</sup> Art. 1 legge n. 65 dell'11 giugno 1993.

controllo delle concentrazioni ad organi governativi al fine di includere nei criteri valutativi di questa tipologia di operazioni anche considerazioni di ordine politico, tali organi assumendo istituzionalmente un più ampio concetto di interesse pubblico.

Né l'influenza del diritto comunitario ha favorito il diffondersi del criterio di efficienza a livello di disposizioni normative poiché, come è emerso dal precedente capitolo, gli obiettivi che l'Unione Europea intende primariamente conseguire attraverso la concorrenza ai sensi del Trattato CE sono il completamento del mercato unico e la tutela del consumatore. Così a livello comunitario la ricerca dell'efficienza è un obiettivo che si è recentemente affermato solo a livello interpretativo: la Commissione e la Corte di Giustizia, infatti, disponendo di un significativo margine di discrezionalità grazie alla genericità dei contenuti degli articoli 81 e 82 del Trattato, stanno attribuendo in questi ultimi anni un sempre maggior peso a questi aspetti in ragione dell'ormai raggiunto obiettivo dell'integrazione tra i mercati e alla diffusione anche in Europa delle più recenti teorie economiche in materia di *antitrust*. E peraltro si tratta di obiettivi suscettibili di essere modificati nel momento in cui gli organi comunitari individuino nell'applicazione generalizzata del criterio di efficienza un pericolo per la sopravvivenza delle imprese europee.

Rispetto al diritto comunitario, anzi, sono proprio le norme nazionali, svincolate dall'ulteriore obiettivo del mercato comune, talvolta a mostrarsi più vicine alle istanze di efficienza economica. In questo senso spicca il diritto *antitrust* tedesco, che sebbene afflitto dal difetto della rigidità, presenta alcune previsioni normative che recepiscono principi di efficienza economica; si pensi ad esempio al trattamento nettamente più favorevole che il *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* riserva agli accordi verticali rispetto ai cartelli ovvero all'esplicita previsione della dominanza collettiva.

Anche a livello nazionale, inoltre, se si esclude il caso tedesco che, come detto, presenta una disciplina assai minuziosa in ossequio al suo modello costituzionale socialdemocratico ad alto tasso di legislazione, la genericità delle fattispecie individuate dalle norme *antitrust* non esclude l'applicazione del criterio di efficienza da parte delle autorità competenti. Così come a livello comunitario, pertanto, le autorità nazionali *antitrust* assumono un ruolo centrale nell'evoluzione

dei criteri di valutazione delle varie fattispecie alla luce anche delle mutevoli caratteristiche che esse assumono nel corso del tempo.

Per poter assumere un ruolo di questo tipo, tuttavia, esse devono evidentemente essere dotate dei poteri e dell'autonomia necessarie e, in definitiva essere efficienti nel senso precedentemente attribuito a tale termine<sup>408</sup>. Le legislazioni nazionali da noi esaminate sollevano in questo senso alcune questioni relative alla ripartizione delle competenze e dei poteri tra i vari organi dello Stato. Al di là infatti degli obiettivi che il legislatore si propone di conseguire attraverso le leggi *antitrust* e delle fattispecie espressamente individuate, rileva ai fini dell'efficienza generale del sistema, la capacità di queste autorità di svolgere i propri compiti istituzionali beneficiando di un sufficiente margine di discrezionalità nell'utilizzo dei criteri di valutazione applicabili alle fattispecie rilevanti e di garantire altresì l'effettività della norma attraverso il potere di adottare tutte le misure necessarie ad implementare le proprie decisioni e a vigilare sulla *compliance* delle imprese destinatarie delle decisioni stesse.

Dalla breve analisi svolta in questo capitolo emerge come, benché tutte le legislazioni nazionali prevedano l'esistenza di autorità appositamente costituite per lo svolgimento della funzione di tutela della concorrenza, le loro attribuzioni sono spesso limitate e si sovrappongono talvolta a quelle degli altri organi governativi e giurisdizionali coinvolti nell'applicazione delle norme, con la conseguenza in particolare che il loro rapporto con i primi è spesso confuso e potenzialmente foriero di conflitti. La ragione di questa sovrapposizione è facilmente intuibile: si intende conferire al potere esecutivo la possibilità di valutare talune fattispecie considerando aspetti che non riguardino esclusivamente il livello di concorrenza sul mercato, ma anche aspetti più propriamente politici, quali tipicamente la tutela delle imprese nazionali e il mantenimento del controllo diretto o indiretto del governo su quei settori dell'economia considerati strategici<sup>409</sup>. Questa problematica sarà affrontata più diffusamente nel prossimo capitolo all'interno del quale saranno analizzati i principali sistemi *antitrust* europei, a partire da quello comunitario, includendo in

---

<sup>408</sup> Vedasi *supra* cap. 2

<sup>409</sup> Emblematica la recente fusione tra *Suez* e *Gaz de France*, in relazione alla quale il Ministero dell'Economia francese non ha sollevato problematiche concorrenziali in quanto l'operazione è fortemente voluta dal governo.

tale analisi i rapporti di diritto e di fatto stabilirsi tra governi e autorità *antitrust*, e valutandone l'efficienza ovvero sottolineandone le inefficienze.

Sorge già ora, infine, una questione più generale che ritornerà anche in sede conclusiva. L'applicazione del diritto *antitrust* a livello nazionale pone il problema del limitato ambito territoriale su cui queste autorità esercitano i loro poteri; nell'attuale economia globalizzata, infatti, i mercati rilevanti aventi dimensione geografica nazionale sono sempre meno frequenti e spesso, nei casi in cui tale limitata dimensione viene rinvenuta ciò è dovuto all'esistenza di barriere legali, che rendono difficile una valutazione a fini *antitrust* in quanto il gioco concorrenziale è già falsato in partenza dall'intervento del regolatore. Per questa ragione la disciplina nazionale *antitrust* degli Stati europei di piccole dimensioni trova ormai applicazione solo in particolari circostanze, quali gli accordi tra produttori e distributori aventi gioco forza ambito geografico limitato, tanto che ci si può chiedere se non sia più efficiente ridurre l'ambito di applicazione di queste discipline a ben delimitate fattispecie. E similmente negli Stati maggiori si pone spesso la questione se si debbano applicare le norme nazionali ovvero quelle comunitarie, stante l'incertezza circa le dimensioni dei mercati geografici rilevanti, laddove la tendenza è evidentemente quella di una sempre più frequente applicazione del diritto comunitario.

Ne deriva l'esigenza di proseguire ulteriormente nell'armonizzazione delle normative nazionali rispetto a quella comunitaria, benchè quest'ultima presenti le carenze sopra ricordate. La dimensione comunitaria è infatti quella che meglio risponde al fenomeno della crescente dimensione dei mercati rilevanti: sarà pertanto con una sua riforma, e non attraverso la concorrenza tra legislazioni nazionali nella realtà sempre meno applicate, che potranno essere eventualmente introdotti espliciti riferimenti al criterio di efficienza.

Questa strada sembra l'unica percorribile anche in considerazione del decentramento nell'applicazione del diritto comunitario sancito dal Regolamento 1/2003. Con questo strumento è infatti possibile garantire il rispetto del principio di sussidiarietà meglio che con l'esistenza di ventisette diverse discipline nazionali, la cui potenziale applicazione simultanea genererebbe in prospettiva futura sempre più conflitti di attribuzione, impedendo un'effettiva implementazione delle norme stesse.

## CAPITOLO 6

### L'EFFICIENZA DEI PRINCIPALI ORGANI DEMANDATI AD APPLICARE LA NORMATIVA ANTITRUST NELLA COMUNITA' EUROPEA

#### 6.1 Introduzione

L'esame della normativa *antitrust* comunitaria e dei principali Stati membri effettuata nei precedenti capitoli ci ha consentito di individuare le ragioni alla base dell'adozione e dell'evoluzione delle suddette normative, il loro contenuto e i soggetti competenti ad applicarle, ossia la Commissione Europea e le autorità nazionali dei paesi membri, le cui decisioni sono soggette al sindacato giurisdizionale attribuito agli organi di volta in volta individuati dalle singole normative.

Da tale analisi è emerso come, a seguito del decentramento delle competenze ad applicare il diritto *antitrust* comunitario attuato dai Regolamenti 1/2003 e 139/2004, le autorità nazionali hanno acquisito maggiori poteri nella valutazione delle fattispecie previste dal diritto comunitario, lavorando così sempre più a fianco della Commissione per vigilare sul rispetto delle norme del Trattato in materia di concorrenza. A dispetto del fatto che l'applicazione dei diritti nazionali è resa sempre più difficoltosa dall'allargamento dei mercati geografici rilevanti, quindi, il ruolo delle autorità nazionali non ha subito un ridimensionamento, bensì una trasformazione.

Malgrado questa trasformazione, tuttavia, la struttura e le funzioni delle principali autorità nazionali, non sono ancora state del tutto armonizzate. Mentre infatti, dal punto di vista delle fattispecie rilevanti, l'armonizzazione dei vari diritti nazionali *antitrust* è stata praticamente completata, essendo essi tutti incentrati sul controllo delle tre medesime fattispecie previste dalla normativa comunitaria, intese, abusi di posizione dominante e concentrazioni, così non è per quanto concerne il numero, le caratteristiche istituzionali degli organi che devono applicare tali norme e la ripartizione delle competenze tra questi. Sussistono ancora, infatti, significative differenze i sistemi *antitrust* dei paesi membri, pur nell'alveo del comune modello delle autorità indipendenti, e tra questi e il sistema comunitario. Ciò, peraltro, non è dovuto solo all'inerzia o all'attaccamento delle proprie prerogative dei legislatori

nazionali, ma anche alla non trapiantabilità del modello comunitario a livello nazionale, considerata la specificità e la non riproducibilità del prototipo istituzionale costituito dalla Commissione Europea.

E' vero che l'incidenza del diritto comunitario sulle regole, le procedure e gli strumenti previsti dai diritti nazionali per tutelare e promuovere la concorrenza è stata notevole, in virtù sia della pressione normativa che della *moral suasion* esercitata da parte della Commissione, entrambe finalizzate a configurare in ogni Stato membro sistemi *antitrust* incentrati su autorità amministrative indipendenti.

In questo senso l'Unione Europea offre da sempre supporto giuridico alla creazione di autorità indipendenti: dalle direttive 89/665 e 92/13<sup>410</sup>, al Libro Verde sui mercati pubblici del 1996, dove venne sviluppata l'idea di ricorrere ad autorità indipendenti per aprire alla concorrenza i mercati regolamentati, dall'ormai noto Regolamento 1/2003, che pone le autorità indipendenti degli Stati membri al centro dell'attività di tutela della concorrenza, al Libro Bianco della Commissione del 2004 che ribadisce che il rispetto dei principi comunitari nei servizi pubblici "implica generalmente la presenza di autorità di regolazione indipendenti con mansioni e poteri ben definiti"<sup>411</sup>. Questa valutazione positiva del modello delle autorità indipendenti trova la sua prima ragione d'essere nell'esigenza di garantire trasparenza, celerità ed economicità al processo di attuazione delle politiche di regolazione e di tutela della concorrenza. Ma anche nella volontà della Commissione Europea di ridurre l'influenza dei governi nazionali sui più delicati settori dell'economia e sulle materie di competenza comunitaria, e divenire essa stessa il punto di riferimento di queste istituzioni.

Nella stessa direzione è andato il fenomeno di "integrazione orizzontale", conseguente al trapianto di alcune istituzioni presenti nell'ordinamento di uno Stato membro, in un altro Stato membro, come nel caso dell'AGCM italiana, istituita sul modello del *Bundeskartellamt* tedesco. Ciò primariamente al fine di ottenere un rapporto di integrazione tra gli ordinamenti, favorendo così l'applicazione della

---

<sup>410</sup> Sono le c.d. direttive "ricorso" che prevedono l'istituzione di mezzi di ricorso rapidi ed efficaci in grado di fornire uno standard uniforme di tutela a livello comunitario in materia di appalti pubblici.

<sup>411</sup> Commissione delle Comunità Europee, *Libro Bianco sui servizi di interesse generale*, Bruxelles, 2004, p. 374, par. 3.5.

disciplina *antitrust* comunitaria attraverso una rete di autorità operanti in base a principi comuni e in stretta collaborazione .

Ciò nonostante permangono, come detto, rilevanti differenze di impostazione tra il sistema *antitrust* comunitario e quelli dei diversi Stati membri, nonché tra questi ultimi. Tali differenze trovano la loro origine nelle diversità culturali, di tradizioni giuridiche e istituzionali che contraddistinguono i vari ordinamenti nazionali, e si riverberano sul livello di efficienza delle autorità da essi individuate, laddove per efficienza si intende, lo ricordiamo, l' idoneità degli organi pubblici presi in esame ad adottare con tempestività ed economicità i provvedimenti più opportuni per conseguire gli obiettivi che sono stati loro affidati dal legislatore, nel rispetto del principio di legalità, tra le alternative disponibili<sup>412</sup>. Tale idoneità è particolarmente rilevante ai fini dello svolgimento dell'attività *antitrust* svolta dalle autorità preposte alla tutela della concorrenza in quanto, per la generalità delle norme a tutela della concorrenza e per la varietà delle fattispecie concrete, le autorità preposte a tale scopo, nel far rispettare le norme, beneficiano di un'ampia discrezionalità nello svolgimento della loro funzione<sup>413</sup>.

Riteniamo pertanto utile esaminare nel presente capitolo la struttura, i poteri e le competenze delle autorità *antitrust* comunitarie e dei principali Stati membri al fine di valutare se e in quali termini esse rispondano al criterio di efficienza pubblica.

## **6.2 La Commissione Europea.**

Come si è visto nel precedente capitolo, l'applicazione del diritto comunitario *antitrust* è primariamente attribuita alla Commissione Europea, istituzione cui spetta tra l'altro il compito di sorvegliare sulla corretta applicazione del diritto comunitario (articolo 212 del Trattato CE). Ad essa, infatti, è attribuita la competenza esclusiva in materia di valutazione delle concentrazioni di dimensione comunitaria, sia pure con le eccezioni sopra menzionate<sup>414</sup>, e competenza concorrente con quella delle autorità nazionali in materia di intese e abusi di posizione dominante, laddove, tuttavia, lo ricordiamo, le decisioni delle seconde in applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE non possono contrastare con quelle della Commissione.

---

<sup>412</sup> Vedi *supra* cap. 2.

<sup>413</sup> A. Cassese, *I garanti delle regole*, Bologna, 1999, p. 210 ss.

<sup>414</sup> Vedi *supra* cap. 4.

Questo sistema di applicazione del diritto comunitario è il frutto della recente evoluzione, esaminata nel capitolo precedente, concretizzatasi nell'adozione dei Regolamenti 1/2003 e 139/2004, a seguito della quale è stata attenuata la sua impostazione centralistica al fine di rendere possibile l'applicazione del principio di sussidiarietà, cui l'Unione Europea si ispira anche in questo ambito. E' così venuto meno il monopolio della Commissione del potere di accordare esenzioni ai sensi dell'art. 81 (3) del Trattato CE, ed è stato stabilito un nuovo criterio di allocazione delle decisioni in materia di concentrazioni che vede la partecipazione delle autorità nazionali, i cui effetti sono tangibili anche dal punto di vista quantitativo<sup>415</sup>.

Si è realizzata così una nuova ripartizione delle competenze, ora attribuite ad una rete di autorità *antitrust* nazionali, ciascuna delle quali ha la competenza potenziale a valutare le fattispecie i cui effetti si manifestano sul proprio territorio. . Al centro di tale rete, in posizione di supremazia sta comunque la Commissione, che diviene così il centro di direzione e coordinamento di tutta l'attività *antitrust* comunitaria<sup>416</sup>.

Tale nuova ripartizione che è suscettibile di favorire l'efficienza nei limiti in cui permetta alla Commissione di concentrare le proprie risorse sui casi più rilevanti, di concludere le istruttorie più celermente<sup>417</sup> e di mantenere a livelli sostenibili l'aumento dei costi di ottenimento delle informazioni necessarie connesso all'assenza di notifica da parte delle imprese.

All'interno della Commissione la competenza in materia *antitrust* è attribuita alla Direzione Generale della Concorrenza (DG IV) che svolge tali compiti sotto la responsabilità del Commissario specialmente responsabile per materia, a sua volta soggetto al coordinamento della Commissione collegialmente intesa. All'interno della Direzione un gruppo più ristretto e indipendente esamina esclusivamente le operazioni di concentrazione. Sulla base di tale configurazione gerarchica le decisioni in materia di antitrust seguono la seguente procedura: i funzionari della

---

<sup>415</sup> Con l'entrata in vigore del reg. 1/2003 i nuovi casi esaminati dalla Commissione in attuazione degli articoli 81-82 e 86 del Trattato CE si sono ridotti da 262 procedimenti avviati nel 2003 (ultimo anno di vigenza del Reg. 17/62) a 158 nel 2004, a 105 nel 2005 (Commissione Europea, *Relazione sulla politica della concorrenza*, 2005, p. 90).

<sup>416</sup> G. Falcon, *Tendenze del diritto amministrativo e dei diritti amministrativi*, in G. Falcon (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Milano, 2005, p. 9.

<sup>417</sup> Conseguenza effettivamente verificatasi con una riduzione dei casi pendenti innanzi alla Commissione dai 760 del 2003 ai 473 del 2004, ai 337 del 2005 (Commissione Europea, *Relazione sulla politica della concorrenza*, cit., p. 92).

Commissione predispongono una proposta di decisione, la sottopongono al Commissario per l'approvazione, il quale a sua volta la trasmette alla Commissione per l'adozione finale. Le decisioni così adottate dalla Commissione sono sindacabili in sede giurisdizionale dal Tribunale di Primo Grado e dalla Corte di Giustizia, organi che hanno acquistato nel tempo una notevole autorevolezza, in quanto hanno spesso sindacato l'intero spettro delle decisioni dell'Autorità, formando una giurisprudenza costante in materia.

Benchè la Commissione, in quanto esecutivo dell'Unione<sup>418</sup>, svolga anche funzioni di indirizzo politico (funzione condivisa con il Consiglio Europeo) e normativo (funzione condivisa con il Consiglio dell'Unione e con il Parlamento), e conseguentemente non sia qualificabile come un organo amministrativo autonomo in senso proprio, la sua struttura presenta alcune risponderenze con il modello dell'autorità indipendente ipotizzato per garantire il rispetto di alcuni requisiti per un'applicazione efficiente della disciplina *antitrust*, e precisamente:

- essa si caratterizza per un elevato livello di competenza e specializzazione tecnica dei suoi funzionari finalizzato ad una trattazione dei problemi di competenza comunitaria ispirata da criteri di valutazione di tenore specialistico;
- non vi è controllo politico diretto da parte dei Governi degli Stati membri sui Commissari poiché questi, una volta nominati, non rappresentano gli Stati da cui provengono. Inoltre, le decisioni generalmente vengono assunte dal servizio della Direzione, che finisce per diventare un vero e proprio apparato amministrativo con rilevanza esterna, senza il coinvolgimento dei commissari e quindi autonomo rispetto a questi ultimi<sup>419</sup>;

---

<sup>418</sup> La configurabilità della Commissione come organo esecutivo comunitario in senso proprio non è pacifica data la peculiarità del modello comunitario che si caratterizza per la mancanza di una precisa separazione dei poteri e per la molteplicità di funzioni attribuite alla Commissione. Per un inquadramento generale di questa problematica si veda M. P. Chiti, *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, in E. Chiti (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, p. 423 ss.

<sup>419</sup> C. Franchini, *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. Trim. di diritto pubblico*, 2002, p. 659.

- è un'istituzione solo parzialmente orientata alla cattura del consenso elettorale<sup>420</sup>, in quanto la composizione dell'organo proposta dal Consiglio dell'Unione Europea (ossia dagli Stati membri) non può decadere durante i cinque anni del proprio mandato, sebbene i singoli Commissari possano essere sfiduciati dal Parlamento<sup>421</sup>;

Peraltro l'esistenza di un collegio di commissari aventi funzioni politiche non è immune da effetti. Situazioni di potenziale "cattura" (in taluni casi effettivamente verificatasi) della Commissione sono infatti possibili e si presentano in particolare quando sono coinvolte le grandi imprese di Stati aventi maggiore potere politico (i c.d. "campioni nazionali"). In tali casi l'eventuale pressione dello Stato coinvolto volta a tutelare le imprese coinvolte può indurre la Commissione a mantenere una posizione più tollerante. Allo stesso modo, è possibile che gli stessi Stati esercitino pressioni sulla Commissione affinché essa sanzioni imprese extracomunitarie per la concorrenza che esse portano alle imprese comunitarie, determinando così un'applicazione della legge opposta a quello che è lo spirito della disciplina *antitrust*.

Ed invero il lato "politico" della Commissione tende ad acquisire sempre maggior peso: la crescente natura politica dell'Unione Europea e, conseguentemente il dilatarsi del numero di decisioni di competenza della Commissione il cui contenuto è il frutto di un compromesso tra i rappresentanti degli Stati membri e non di una valutazione tecnica, nonché l'ingresso di nuovi paesi membri, rendono sempre più difficile un'applicazione efficiente del diritto comunitario della concorrenza. Proprio per affrontare questa prevedibile problematica già dieci anni fa venne suggerito di separare le competenze *antitrust* da quelle proprie della Commissione che permettano all'Unione Europea di essere ancora più efficace in questo campo<sup>422</sup>, creando una vera e propria autorità indipendente come ad esempio il Mediatore Europeo previsto dall'articolo 138E del Trattato CE.

Per quanto concerne invece l'entità e l'adeguatezza dei poteri attribuiti alla Commissione, data la sua natura di organo esercitante il potere esecutivo, non si pone

---

<sup>420</sup> Questo aspetto è per altri versi criticabile in quanto crea un *deficit* di democrazia all'interno della Comunità (G. Giraudi-M.S. Righettini, *op. cit.*, p. 205 ss).

<sup>421</sup> Il peso del Parlamento Europeo nel processo di nomina della Commissione è tuttavia crescente, e suscettibile di portare ad una trasformazione della natura di questa istituzione.

<sup>422</sup> D. Wolf, *Autorità amministrative indipendenti e attuazione della politica antitrust*, in Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *op. cit.*, p. 287-288.

il rischio che i poteri ad essa attribuita siano insufficienti a svolgere le necessarie indagini e valutazioni ovvero a sanzionare adeguatamente i comportamenti illeciti. La Commissione detiene infatti ampi poteri regolatori e di indagine, questi ultimi ulteriormente accresciuti a seguito della riforma del diritto comunitario introdotta dal Regolamento 1/2003, il quale, prevedendo un controllo *ex post* delle intese, e quindi di tipo repressivo, ha richiesto l'attribuzione di poteri istruttori più penetranti<sup>423</sup>. Così, ad esempio, le ispezioni possono ora essere effettuate anche nel domicilio delle persone legate da rapporti organici e di rappresentanza con l'impresa indagata; possono essere raccolte e utilizzate dichiarazioni (art. 17 del Regolamento 1/2003); inoltre possono essere svolte indagini di tipo conoscitivo per settore economico e per tipo di accordo. Viene così incrementata la probabilità di sanzionare effettivamente comportamenti illeciti posti in essere dalle imprese, con un effetto positivo in termini di *enforceability* e, in definitiva di efficienza.

Le sanzioni comminabili dalla Commissione, invece, sono solo amministrative, poiché la Comunità non può irrogare sanzioni penali. Questa carenza unita al passaggio dal controllo *ex ante* previsto dal vecchio Regolamento 17/62, a quello *ex post*, introdotto dal Regolamento 1/2003, rende insufficiente l'attuale potere sanzionatorio della Commissione nei confronti delle imprese coinvolte in fattispecie illecite: poiché, infatti, il controllo *ex post* abbassa la probabilità per le imprese di essere sanzionate, la sanzione monetaria avrebbero dovuto teoricamente essere aumentate affinché si mantenesse invariata la sanzione attesa<sup>424</sup>. Al contrario esse sono rimaste sostanzialmente invariate, ammontando, così come in precedenza, ad un massimo del 10% del fatturato.

Un altro aspetto riguarda, infine, l'ampiezza dell'elemento territoriale sul quale la Commissione esercita la propria autorità; essa permette all'organo comunitario di sfruttare maggiori economie di scala nello svolgimento della propria attività rispetto ad un'autorità nazionale, nonché di esercitare una sufficiente pressione sulle imprese aventi la loro principale o unico sede al di fuori dell'Unione Europea ad adeguarsi alla normativa *antitrust* comunitaria, poiché in carenza di tale

---

<sup>423</sup> M. Macchia, *L'attività ispettiva dell'amministrazione europea in materia di concorrenza*, in *Riv. Trimestrale di diritto pubblico*, 2006, p. 174 ss.

<sup>424</sup> G. Di Federico-P. Manzini, *A law and economics approach to the new european antitrust enforcing rules*, in *Erasmus law and economics review*, 2, 2004, p. 151-152.

adeguamento esse devono rinunciare ad operare su tutto il mercato europeo, strategico per tutte le principali imprese transnazionali. Si ricorda infatti che la Commissione ha sposato la c.d. “dottrina degli effetti” in base alla quale sono sanzionabili tutti quei comportamenti i cui effetti sul mercato europeo sono valutabili come restrittivi o lesivi della concorrenza, non rilevando se vengono poste in essere all’interno o all’esterno dell’Unione Europea<sup>425</sup>.

Nell’epoca in cui viviamo, caratterizzata da un’accentuata internazionalizzazione dei mercati, e in cui le imprese dominanti sui mercati sono spesso di natura transnazionale, quest’ultima opzione conferisce effettività all’applicazione della norma *antitrust* da parte della Commissione, ma la espone al rischio di distorcere la finalità di promuovere e tutelare la concorrenza con quella di proteggere le imprese europee dalla concorrenza e dall’innovazione proveniente dagli Stati Uniti e dai paesi emergenti dell’area asiatica, tradendo così la missione affidatale dal Trattato<sup>426</sup>.

La Commissione, pertanto, pur non essendo un’autorità indipendente, soddisfa alcuni dei requisiti che abbiamo precedentemente individuato come suscettibili di migliorare l’efficienza delle autorità preposte alla tutela della concorrenza: è autonoma e indipendente sia istituzionalmente che funzionalmente e gode di poteri sufficienti a rendere effettive le sue decisioni. Nelle sue valutazioni, tuttavia, essa risente del fatto di essere organo politico e spesso tende, pertanto, a perseguire altri obiettivi delle politiche comunitarie attraverso la politica della concorrenza. Una contraddizione destinata ad ampliarsi in futuro, di pari passo con l’attribuzione alla Commissione di sempre maggiori competenze politiche (si pensi alla politica estera) e in ragione dell’accresciuta diversità di istanze provenienti dagli ormai numerosi Stati membri in materia di politica industriale che rischia di mandare in stallo la politica della concorrenza comunitaria.

Nel complesso comunque, pur rilevando i pericoli insiti nella natura di questa istituzione, ad oggi concordiamo con quella dottrina che considera un successo la capacità della Commissione di implementare la politica della concorrenza

---

<sup>425</sup> Decisione della Commissione del 24 luglio 1969, *Materie Coloranti*; decisione della Commissione del 19 dicembre 1984, *Pasta per carta I*.

<sup>426</sup> Una decisione della Commissione criticata sotto questo profilo è stata quella relativa alla proposta concentrazione tra le imprese statunitensi *GE* e *Honeywell*, che sarà analizzata nel merito nel prossimo capitolo.

comunitaria<sup>427</sup> e sottolinea la sua “capacità a far valere i propri richiami”<sup>428</sup> in ragione dell’autorevolezza e della credibilità acquistata dall’istituzione comunitaria nel corso degli anni, nonché per l’indiscutibile importanza che le sue decisioni hanno unanimemente assunto per lo studio della materia.

### **6.3 L’*Office of Fair Trading* e le linee evolutive dell’attività antitrust nel Regno Unito.**

Nell’analisi dei principali sistemi *antitrust* degli Stati membri dell’Unione, la scelta di iniziare tale esame partendo dall’esperienza inglese non è casuale. Tradizionalmente, infatti, nel Regno Unito, patria del pragmatismo, l’attenzione all’efficienza è assai maggiore che negli altri Paesi europei. Per converso, il Regno Unito è anche il paese in cui la commistione tra politica della concorrenza e politica industriale è maggiore, sia per la natura di autorità solo in parte indipendente dell’OFT, sia perché, come abbiamo visto in precedenza, la tutela della concorrenza è stata a lungo concepita in funzione dell’interesse generale.

Il sistema attuale si fonda su due organi, il già citato *Office of Fair Trading* (OFT) e la *Competition Commission* (CC), entrambi organi statali indipendenti (Non-ministerial Government Department), i cui membri sono tuttavia nominati dal Ministro dell’Industria e del Commercio per una durata da lui stabilita e possono altresì essere rimossi in caso di loro incapacità o condotta scorretta. L’OFT è la principale autorità *antitrust* e ad esso è attribuito in prima istanza il compito di applicare la disciplina *antitrust* e di tutelare i consumatori. La *Competition Commission*, che ha sostituito la *Monopolies and Mergers Commission* ha invece il compito, qualora l’OFT le abbia segnalato il caso, di studiare le fusioni tra imprese e stabilire i rimedi da adottare per ripristinare un sufficiente livello di concorrenza nel caso in cui esse abbiano effetti lesivi della stessa.

Competente ad adottare le decisioni relative alle fattispecie rilevanti ai fini *antitrust*, quindi, è principalmente l’OFT che istruisce e adotta le decisioni finali per quanto concerne le intese, gli abusi di posizione dominante e altri comportamenti anticoncorrenziali, mentre interviene solo parzialmente nei procedimenti relativi alle operazioni di concentrazione con l’adozione della decisione finale. In materia di

---

<sup>427</sup> V. Pepe, *op. cit.*, p. 124-125.

<sup>428</sup> Editoriale di M. Clarich ne “*Il sole 24 ore*” del 10 ottobre 2000.

fusioni, infatti, la competenza è ripartita tra l'OFT e la *Competition Commission*: al primo, come detto, è attribuito il potere di adottare la decisione finale alla seconda spetta invece di individuare e descrivere i mercati interessati dall'operazione, valutare gli effetti della concentrazione proposta e fornire le raccomandazioni sugli eventuali rimedi da adottare nel caso in cui l'esito della valutazione sia negativo.

Per individuare dei criteri oggettivi di applicazione della normativa l'OFT, così come la Commissione, ha predisposto delle Linee Guida esplicative dell'approccio degli uffici alle varie fattispecie nella prassi applicativa. In particolare con questi documenti l'OFT ha creato una sorta di presunzione di liceità per quelle concentrazioni che coinvolgono imprese la cui quota di mercato è inferiore al 10%<sup>429</sup>, per le intese in cui le imprese partecipanti non detengono una quota di mercato superiore al 25% e per quelle condotte unilaterali poste in essere da imprese aventi una quota di mercato inferiore al 40%, limitando così il suo intervento ai soli casi più rilevanti.

Sempre predisposta al fine di concentrare le risorse dell'OFT sui casi più importanti, ma ancora più interessante dal punto di vista dell'efficienza pubblica, è la regola secondo cui l'OFT non è obbligato a indagare su tutti i comportamenti potenzialmente anticoncorrenziali: la legislazione britannica stabilisce infatti che le risorse limitate a disposizione dell'OFT devono essere utilizzate nel modo più efficiente possibile; conseguentemente gli uffici dell'OFT possono decidere di archiviare un caso qualora i benefici derivanti da una sua conclusione positiva siano inferiori ai costi necessari per effettuare una completa istruttoria.

In un recente caso<sup>430</sup>, ad esempio, benché la fattispecie concreta oggetto dell'indagine fosse suscettibile di essere sanzionata, l'OFT ha ritenuto di non perseguirla e dedicarsi ad altre priorità per i seguenti motivi:

- la presunta infrazione era stata conclusa dall'impresa nel momento in cui l'OFT ha avviato l'istruttoria;
- l'indagine ha evidenziato che nel periodo successivo all'avvio dell'istruttoria i prezzi mostravano una maggiore variabilità rispetto a quella rilevata nel periodo precedente;

---

<sup>429</sup> M. Furse, *Competition law of the UK and EC*, London, 2004, p. 231 ss.

<sup>430</sup> Ci si riferisce al caso *Oakley Limited-Haouser of Fraser*, archiviato nel febbraio 2007, riguardante un accordo tra le due imprese volto alla fissazione di prezzi comuni.

- affinché il caso potesse essere concluso con una sanzione alle imprese coinvolte l'OFT avrebbe dovuto sostenere ulteriori ingenti costi.

Per tali ragioni l'OFT ha ritenuto doveroso investire le proprie risorse su casi più prioritari per il perseguimento degli obiettivi istituzionali dell'ufficio.

Questo atteggiamento dell'OFT è anche dovuto alla tendenza alla cooperazione tra le istituzioni pubbliche e le imprese interessate vigente in Gran Bretagna; l'OFT valuta, infatti, positivamente, l'eventualità di non adottare una decisione ufficiale in presenza della disponibilità delle imprese a cooperare in modo da ridurre le restrizioni a livelli accettabili. Questa prassi, peraltro, ha effetti positivi solo fino al momento in cui non diviene il normale metodo di lavoro di un'autorità; in questa eventualità, rischia infatti, di divenire controproducente in quanto riduce l'effetto deterrente rappresentato dalla possibilità per le imprese di essere sanzionate alla fine di un'istruttoria<sup>431</sup>.

L'OFT dispone inoltre di altri compiti. Innanzitutto, per effetto dell'espansione dei poteri ottenuta con l'introduzione dell'*Enterprise Act*, a partire dal 2002 l'OFT ha anche il compito di analizzare il funzionamento dei diversi mercati, singolarmente ovvero unitamente, al fine di stimolarli ad operare in maniera efficiente. I risultati di queste analisi sono pubblicati e forniscono all'OFT utili indicazioni sulle azioni eventualmente da intraprendere per tutelare la concorrenza e i consumatori.

In un'ottica di efficienza quest'attività è estremamente utile in quanto permette all'OFT di acquisire le informazioni necessarie per valutare le condizioni presenti sui vari mercati, presupposto necessario per poter valutare le eventuali inefficienze, ma anche le possibili efficienze, correlate alla presenza di situazioni restrittive della concorrenza. Inoltre l'esplicito compito di analizzare il funzionamento dei mercati stimola l'autorità a compiere valutazioni economiche alle condotte e alle operazioni esaminate.

Un ulteriore aspetto positivo ai fini dell'efficienza è dato dal fatto che l'OFT non agisce isolatamente, bensì persegue i propri obiettivi avvalendosi della collaborazione di altri enti pubblici, generalmente impegnati nella regolazione di

---

<sup>431</sup> Su questo punto si rinvia al dibattito sorto in relazione alla recente evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato riportato nel proseguo di questo capitolo.

specifici settori, quali il Financial Service Authority (competente in materia di servizi finanziari) e l'OFCOM (competente in materia di telecomunicazioni).

Dal punto di vista organizzativo, come abbiamo accennato, l'OFT e la *Competition Commission* sono autonomi dal governo. Il primo si suddivide in due sezioni: una adibita alla protezione dei consumatori, l'altra alla regolazione della concorrenza; entrambe le sezioni sono suddivise per settori economici e supportate da un ufficio economico, uno legale e uno politico, aventi funzione consultiva. La *Competition Commission* è invece di dimensioni più ridotte essendo funzionalizzata all'unico specifico compito di analizzare le concentrazioni più rilevanti. Nessuna delle due istituzioni dispone invece di autonomia finanziaria, dipendendo da questo punto di vista dal Ministero dell'Industria.

Per quanto riguarda i poteri ispettivi e sanzionatori attribuiti all'OFT essi sono analoghi a quelli attribuiti alla Commissione Europea, ma ad essi si aggiunge la possibilità di infliggere in taluni casi sanzioni penali. L'OFT, infatti, oltre a poter acquisire informazioni, ordinare ispezioni ed infliggere sanzioni pecuniarie fino al 10% del fatturato dell'impresa sanzionata può infliggere sanzioni penali ai funzionari delle imprese che non accettino le ispezioni disposte dall'OFT e a coloro che entrano in malafede a far parte di cartelli particolarmente dannosi. Inoltre l'OFT, al termine di un'indagine su un mercato che evidenzia come la concorrenza su di esso sia limitata o distorta a causa della sua struttura ovvero dei comportamenti degli operatori, può intervenire anche in assenza di una fattispecie che abbia violato il *Competition Act*. L'intervento in questo caso avverrà attraverso una segnalazione alla *Competition Commission* che, nel caso in cui sia dimostrato un danno per i consumatori in ragione delle condizioni di mercato, potrà eventualmente agire, imponendo gli opportuni rimedi alle imprese operanti sul mercato stesso e intraprendendo le azioni necessarie.

L'OFT, inoltre, dispone del potere di commissionare o supportare ricerche al fine di acquisire le informazioni necessarie per adottare decisioni consapevoli.

La *Competition Commission*, al contrario, pur essendo dotata di poteri di indagine, non dispone di alcun potere di intervento diretto per attuare le proprie decisioni e le proposte che essa formula alle altre autorità non hanno carattere vincolante. Ciò determina un rischio potenziale di inefficacia dell'organo, anche se nella prassi il Ministero e l'OFT raramente si sono discostati dalle sue

raccomandazioni grazie alla sua reputazione fondata sulla credibilità tecnica e sull'imparzialità<sup>432</sup>.

Esaminando dal punto di vista del contenuto alcune decisioni dell'OFT e dei pareri della *Competition Commission* emerge, infine, come essi considerino il principio di efficienza economica come un vincolo da soddisfare. Come vedremo meglio nel proseguo della trattazione, infatti, accanto agli aspetti più prettamente legali, sono infatti spesso valutati gli effetti economici e le ripercussioni sul mercato dei comportamenti e delle operazioni prese in esame<sup>433</sup>. Così come per le autorità comunitarie, emerge tuttavia il perseguimento di altri obiettivi oltre a quello dell'efficienza e a quello, istituzionale, della tutela dei consumatori; in particolare in alcuni casi di condotte unilaterali e concentrazioni giudicate dall'OFT e dalla *Competition Commission* come potenzialmente restrittivi della concorrenza emerge infatti la volontà di tutelare le piccole e medie imprese concorrenti dell'impresa sanzionata<sup>434</sup>.

Concludendo si può affermare che il sistema britannico non è caratterizzato da una piena indipendenza degli organi preposti alla tutela della concorrenza rispetto all'esecutivo, a causa dei meccanismi di nomina e della mancanza di autonomia finanziaria. Ciò ne limita la potenziale idoneità ad agire come organo di garanzia e conseguentemente l'efficienza; così come la carenza di poteri sanzionatori attribuita alla *Competition Commission* limita l'effettività delle sue raccomandazioni. La prassi britannica tuttavia limita questo *deficit* in quanto le nomine ministeriali hanno generalmente portato ai vertici dell'OFT e della *Competition Commission* soggetti dotati di elevata professionalità e accentuata qualificazione tecnica rendendoli nel concreto indipendenti dal potere politico e al contempo ascoltati dallo stesso<sup>435</sup>.

Emerge inoltre dall'analisi dei casi il rifiuto di un approccio ideologico che permette di adeguare con maggiore flessibilità le valutazioni dell'ufficio alla sempre

---

<sup>432</sup> G. Giraudi-M.S. Righettini, *op. cit.*, p. 166-167.

<sup>433</sup> Sono state esaminate le operazioni di concentrazione *Pan Fish Asa/Marine Harvest NV* (2006), *DS Smith/Linpac* (2005), il provvedimento di archiviazione dell'OFTEL (prima che venisse sostituita dall'OFCEM) relativo alla condotta tenuta da *Avaya* nei confronti dei suoi clienti (2001), la decisione dell'OFT di sanzionare *Aberdeen Journals* per prezzi predatori (2002), la valutazione dell'intesa tra *Hasbro UK, Argos e Littlewoods* sulla fissazione del prezzo di rivendita al dettaglio di giocattoli e videogames, sanzionata dall'OFT nel 2001.

<sup>434</sup> Si veda ad esempio il parere elaborato dalla *Competition Commission* in relazione all'acquisizione di *Morrison Supermarket* da parte di *Somerfield* nel settembre 2005.

<sup>435</sup> E. Orgami, *La disciplina della concorrenza in Gran Bretagna: pragmatismo, conservazione e innovazione*, in L. Ammannati (a cura di), *op. cit.*, p. 142-143.

diversa realtà dei mercati, permettendosi eventualmente di non procedere nei confronti di fattispecie anche particolarmente gravi dal punto di vista teorico nel caso in cui concretamente non diano luogo ad effetti negativi tali da giustificare i costi dell'intervento pubblico.

#### **6.4 Il sistema di tutela della concorrenza spagnolo.**

Come abbiamo descritto nel capitolo precedente, il sistema di tutela della concorrenza spagnolo si incentra su tre organi, il *Servicio de defensa de la competencia* (SDC), cui sono attribuite le funzioni di istruttoria nei vari procedimenti *antitrust* e il *Tribunal de defensa de la Competencia* (TDC), che esercita poteri decisionali in materia di accordi e pratiche restrittive della concorrenza, concedendo altresì eventuali autorizzazioni in deroga per comportamenti altrimenti illeciti, e il Ministero dell'Economia, che decide in materia di concentrazioni previo parere non vincolante del TDC.

Iniziando la nostra analisi dal SDC, si rileva come esso sia un organo amministrativo costituito all'interno del Ministero dell'Economia, cui sono attribuite in le funzioni di istruttoria nei procedimenti che si concludono di fronte al TDC e di vigilanza sull'applicazione delle decisioni di quest'ultimo, nonché l'istruttoria nei procedimenti in materia di concentrazioni. Il SDC, inoltre, è l'organo che si occupa dei rapporti di cooperazione con organismi stranieri e istituzioni internazionali in materia di concorrenza e, in concreto, della collaborazione con la Commissione Europea per l'applicazione delle regole comunitarie in Spagna. Infine il SDC svolge funzioni di studio, ricerca ed investigazione in materia di tutela della concorrenza.

Per poter svolgere efficacemente queste funzioni al SDC sono attribuiti rilevanti poteri di investigazione e di ispezione disciplinati nel dettaglio dagli articoli 33 e 34 della LDC con un evidente parallelismo in termini di contenuto con i poteri in passato attribuiti dall'ordinamento comunitario alla Commissione ai sensi del Regolamento 17/62<sup>436</sup>. Al termine della fase istruttoria il SDC può trasmettere il caso al TDC che adotterà la decisione in merito ovvero sospendere il procedimento dichiarando il non luogo a procedere.

---

<sup>436</sup> J. M. Beneyto Perez-J. M. Gonzalez Orus, *Tratado de derecho de la competencia: Union Europea y Espana*, Madrid, 2005, p. 74 ss.

Il TDC è invece un organo funzionalmente indipendente, anche se dal punto di vista istituzionale mantiene un rapporto organico con il Ministero dell'Economia. La nomina dei suoi nove membri avviene infatti su proposta del Ministro dell'Economia con un ampio margine discrezionale a disposizione di quest'ultimo. La durata del mandato è di sei anni, un anno in più della legislatura, non rinnovabile e il governo non ha potere di revoca dello stesso; viene così allentato il legame dei membri del TDC con il governo che li ha nominati. Il TDC dispone inoltre del potere di autorganizzazione attraverso l'elaborazione di un regolamento interno nel quale l'organo delinea il suo funzionamento amministrativo e l'organizzazione dei servizi interni.

Si tratta conseguentemente di un'autorità tendenzialmente indipendente il cui legame con il governo, estrinsecantesi al momento della nomina, è tuttavia significativo, con l'effetto che la sua autonomia è in parte affidata al senso di correttezza e di autolimitazione per un verso del governo e per l'altro dei membri del TDC<sup>437</sup>. Tale condizione non è peraltro casuale, ma coerente con l'obiettivo del legislatore di mantenere l'applicazione della legge nella sfera dell'amministrazione governativa sia pure dotando l'organo competente di una indipendenza funzionale.

Il TDC interviene nel procedimento al termine della fase istruttoria svolta dal SDC. Qualora il TDC ritenga l'istruttoria svolta dal SDC "ammissibile", si svolge il giudizio innanzi ad esso mediante contraddittorio tra le parti, a conclusione del quale il TDC fa conoscere la sua decisione che dichiara l'esistenza o meno di accordi e pratiche vietate ovvero la sussistenza di un abuso di posizione dominante. In caso affermativo il TDC oltre a poter imporre sanzioni pecuniarie, la cui entità è commisurata alla gravità della violazione, può diffidare i soggetti interessati dal persistere nei comportamenti vietati e obbligarli a rimuovere i loro effetti; in caso di persistente inadempienza il TDC può altresì imporre le c.d. "multe coercitive" ripetute ad intervalli di tempo. Spetta invece al SDC vigilare sull'esecuzione delle decisioni del Tribunale.

Il Ministro dell'Economia detiene invece il potere di autorizzare, con o senza condizioni, ovvero di vietare, le operazioni di concentrazione tra imprese, anche successivamente al compimento delle stesse (ma non oltre cinque anni). Il

---

<sup>437</sup> G. Giraudi-M.S. Righettini, *op. cit.*, p. 183-185.

procedimento relativo a tali fattispecie si apre in seguito all'istruttoria avviata e svolta dal SDC d'ufficio ovvero a seguito di notificazione volontaria delle parti, ma l'istruttoria vera e propria viene avviata con la trasmissione della pratica al TDC per l'adozione del parere circa la liceità dell'operazione. Una volta espresso il parere da parte del TDC, il Ministro adotta la decisione finale, autorizzando l'operazione, con o senza condizioni, ovvero vietandola.

Il sistema di valutazione delle concentrazioni è, conseguentemente, più che negli altri paesi comunitari, fondato sul controllo del governo nei confronti del quale gli altri organi di tutela della concorrenza hanno un ruolo marginale; ciò in ragione dell'idea, recepita dal legislatore spagnolo che tali operazioni possano avere effetti di interesse pubblico oltre che sul livello di concorrenzialità del mercato<sup>438</sup>.

In una prospettiva di efficienza il sistema spagnolo di difesa della concorrenza presenta quindi non poche problematiche. La principale è la mancanza di una completa indipendenza degli organi deputati alla tutela della concorrenza: il SDC è una struttura organicamente dipendente dal Ministero dell'Economia e lo stesso TDC, benché i suoi componenti siano indipendenti dal Ministro, è strutturalmente legato al governo da un "rapporto organico"<sup>439</sup>, che può determinare ingerenze politiche nel caso in cui siano coinvolti settori ritenuti dal governo strategici per l'economia nazionale, benché i suoi membri siano chiamati ad agire in maniera indipendente. Questa caratteristica è accentuata da un'altra peculiarità del sistema spagnolo, ossia l'affidamento al SDC delle funzioni di controllo sull'esecuzione delle decisioni del TDC, la cui effettività dipende quindi dai comportamenti di un organo dell'amministrazione governativa; funzioni che sono state ulteriormente ampliate dal Regio Decreto n. 52/1999 sollevando voci critiche le quali, al contrario, propongono l'attribuzione degli attuali compiti del SDC al Tribunale<sup>440</sup>. Ne deriva uno sminuimento della funzione del TDC, che finisce per essere più un'istituzione volta a garantire la correttezza dei processi decisionali, in particolare nei confronti delle decisioni di archiviazione del SDC avverso le quali

---

<sup>438</sup> L. Ammannati, *La tutela della concorrenza in Spagna. Un sistema tra predominanza dell'amministrazione e adeguamento al diritto comunitario*, cit., p.235-236.

<sup>439</sup> L. Ammannati, *La tutela della concorrenza in Spagna. Un sistema tra predominanza dell'amministrazione e adeguamento al diritto comunitario*, cit., p.240.

<sup>440</sup> N. Dutilh, *op. cit.*, p. 55-57.

può essere proposto ricorso, che non a svolgere un'autonoma politica della concorrenza attraverso i suoi interventi<sup>441</sup>.

E' stata inoltre rilevata la macchinosità di questo sistema che presenta un iter procedurale avente una serie di interventi incrociati tra i vari organi e pertanto con un numero potenzialmente assai elevato di "stazioni", la cui durata è peraltro rigorosamente fissata<sup>442</sup>, che influisce negativamente sull'efficienza del sistema stesso, introducendo più momenti di tutela di singoli interessi con il rischio di perdere di vista l'interesse pubblico, mantenendo nell'incertezza i destinatari circa l'esito del procedimento e non permettendo la minimizzazione degli eventuali effetti negativi che possono perdurare a causa del moltiplicarsi delle fasi del procedimento. Inoltre il suddetto *iter* è caratterizzato da un eccessivo controllo del governo, controllo che determina un aggravio dei costi dell'attività antitrust.

La procedura di controllo sulle operazioni di concentrazione, infine, è criticabile non solo sotto il profilo della natura governativa dell'organo competente, ma anche per il fatto che esso può essere esercitato anche successivamente all'operazione, ossia *ex post*, con il rischio di agire in un momento in cui gli effetti della fusione sono ormai irreversibili, se non a costi assai elevati per le imprese coinvolte. La conseguenza è che il governo difficilmente decide di vietare un'operazione *ex post*, anche se i suoi effetti sono negativi.

Per risolvere tali difetti nel 2005 è stato predisposto dal Ministero dell'Economia il *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*, il quale ha aperto un processo di consultazione pubblica per una revisione totale del sistema, volta alla razionalizzazione ed allo snellimento procedimentale e alla creazione di migliori strumenti e di una migliore struttura per proteggere la concorrenza dei mercati con una particolare attenzione al benessere sociale ed alla allocazione efficiente delle risorse. La consultazione ha portato alla presentazione di un disegno di legge nel 2006 per la modifica sostanziale del sistema di tutela della concorrenza attraverso l'istituzione di un'autorità unica con maggiore indipendenza e maggiori poteri, soprattutto decisionali e sanzionatori. La situazione

---

<sup>441</sup> J. M. Beneyto Perez-J. M. Gonzalez Orus, *op. cit.*, p. 283 ss.

<sup>442</sup> L. Ammannati, *La tutela della concorrenza in Spagna. Un sistema tra predominanza dell'amministrazione e adeguamento al diritto comunitario*, cit., p.241.

spagnola è pertanto in evoluzione e al momento della conclusione del presente lavoro potrebbe essere già stata istituita la nuova autorità.

Per quanto concerne invece il contenuto delle decisioni adottate dal TDC e dal Ministero dell'Economia, si rileva la tendenza ad effettuare valutazioni di efficienza soprattutto in relazione ad accordi e a concentrazioni verticali, le fattispecie più propense a generare incrementi di efficienza<sup>443</sup>; al contrario le autorità si sono rivelate più restie a riconoscere eventuali efficienze derivanti da condotte unilaterali<sup>444</sup>. Per una valutazione più approfondita di alcune di queste decisioni si rimanda comunque al capitolo successivo.

### **6.5 Il *Conseil de la Concurrence*. Il trapianto del modello liberale nel “paradiso” della regolazione.**

Il sistema di tutela della concorrenza francese presenta caratteri di originalità e interesse, sia per le soluzioni tecniche ed istituzionali adottate, sia per il contesto di forte intervento pubblico nell'economia che caratterizza la Francia, legato al tradizionale ruolo portante attribuito all'apparato statale nello sviluppo economico del paese, che lo rende un caso emblematico delle difficoltà che trovano gli ordinamenti caratterizzati da una forte presenza del diritto amministrativo ad introdurre istituti giuridici di ispirazione liberale<sup>445</sup>.

Il *Conseil de la concurrence*, nato nel 1986 in sostituzione della *Commission de la concurrence*, è un'autorità indipendente con funzioni di garanzia della libera concorrenza, che ha poteri decisori in materia di intese e pratiche anticoncorrenziali: dispone a tal fine di poteri istruttori, che può svolgere sia autonomamente sia avvalendosi dell'apposita struttura istituita presso il Ministero dell'Economia (la *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*), peraltro preponderante in termini di organico. Lo svolgimento di tali compiti deve avvenire nel rispetto del principio del contraddittorio con le parti e nella

---

<sup>443</sup> Tribunal de defensa de la competencia, n. 581/04, *Cerafruit/Bayer*; Ministero de Economia y Hacienda, n. 94/05, *Endesa/Gas Natural*, in *Boletín Oficial Económico* n. 30 del 4 febbraio 2006. Tuttavia nel caso della concentrazione analizzata, la valutazione del Ministero, in contrasto con il parere del TDC, è stata presumibilmente dettata anche da ragioni di politica industriale, riguardando essa due dei maggiori operatori energetici spagnoli, *Endesa* e *Gas Natural*.

<sup>444</sup> Ci si riferisce alla decisione del TDC n. 584/04 coinvolgente la *Sociedad Esatatal de Correos y Telegrafos* ed avente ad oggetto una pratica di prezzi discriminatori.

<sup>445</sup> D. Almirante, *Le autorità di tutela della concorrenza in Francia. Profili organizzativi*, in L. Ammannati, *op. cit.*, p. 61 ss.

separazione della funzione istruttoria da quella decisoria; condizioni che avvicinano il *Conseil*, ancor più di altre autorità *antitrust* europee, ad essere un organo giurisdizionale piuttosto che amministrativo, benché l'Ordinanza 1243 lo qualifichi come "autorità amministrativa indipendente"<sup>446</sup>.

Il *Conseil* dispone inoltre di poteri di ingiunzione e sanzionatori di tipo amministrativo (le ammende possono arrivare al 5% del giro di affari dell'azienda multata) e può avviare un procedimento penale, ove ne ricorrano i presupposti, trasmettendo la pratica alla giurisdizione competente (art. 17 dell'Ordinanza 1243/86). Anche nel caso in cui il Governo intenda esentare un accordo o una pratica dall'applicazione della disciplina *antitrust* ai sensi dell'art. 10 dell'Ordinanza 1243 del 1986, tale esenzione deve avvenire previo parere conforme e vincolante del *Conseil*.

Così come nel sistema spagnolo, risultano invece meno incisivi i poteri dell'autorità *antitrust* in materia di concentrazioni: in relazione a tali fattispecie, infatti, al *Conseil* è attribuito il solo compito di esprimere pareri non vincolanti al Ministro dell'Economia, organo competente a decidere avvalendosi del supporto della *Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* (DGCCRF), qualora il Ministro intenda vietare l'operazione ovvero subordinare l'approvazione al soddisfacimento di determinate condizioni imposte alle imprese. Nel caso invece in cui il Ministro intenda acconsentire all'operazione, egli ha solo la facoltà, e non l'obbligo, di rivolgersi al *Conseil* per un parere sulla concentrazione. Ne consegue che nel meccanismo di applicazione della normativa *antitrust* previsto dall'Ordinanza 1243/86, pertanto, residua al *Conseil* una funzione consultiva tecnica, estrinsecantesi nell'adozione di un eventuale parere sull'operazione, che lo pone in una posizione evidentemente subordinata rispetto all'autorità politica<sup>447</sup>. E peraltro il *Conseil* è stato chiamato a fornire il proprio parere ad operazioni di concentrazioni in un numero assai limitato di occasioni con un effetto negativo in termini di apoliticità della valutazione, benché ciò consenta una maggiore rapidità nell'adozione della decisione finale.

---

<sup>446</sup> B. Lasserre, *L'age des projets*, in *20ème anniversaire du Conseil de la Concurrence-Quel statut et quels moyens pour les autorités de contrôle de la concurrence*, p. 2. L'A. è l'attuale presidente del *Conseil de la concurrence*.

<sup>447</sup> D. Brault, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, Paris, 2004, p. 65.

L'effetto di questa ripartizione delle competenze ancor più che nel sistema spagnolo, è stato quello di creare una separazione delle competenze e dei criteri di valutazione poiché ciascuna autorità si è specializzata nel proprio ambito sviluppando diversi criteri di valutazione per fattispecie dai potenziali effetti economici simili, se non analoghi, le concentrazioni e intese<sup>448</sup>.

Dal punto di vista funzionale e strutturale il *Conseil* presenta aspetti ambivalenti per quanto riguarda il grado di indipendenza di questa istituzione. I suoi membri sono 17, tutti nominati su proposta del Ministro dell'Economia tra personalità dotate di determinati requisiti professionali, ed hanno un mandato di sei anni rinnovabile, durante il quale agiscono in maniera indipendente dal governo e non possono essere rimossi. La loro nomina è quindi di competenza governativa, il che non depone a favore dell'autonomia e dell'indipendenza dell'autorità nello svolgimento della sua missione istituzionale. La lunghezza dell'incarico e la presenza di precisi requisiti professionali costituiscono tuttavia una parziale garanzia ad uno svolgimento del loro compito ispirato all'autonomia di giudizio. Anche altri aspetti, peraltro, ne limitano l'indipendenza: in particolare, oltre all'appartenenza governativa dell'organo competente alla nomina, stona con il requisito di indipendenza anche la rinnovabilità del mandato che rende di fatto i membri del *Conseil* potenzialmente accondiscendenti nei confronti del governo in carica al momento della scadenza del primo mandato.

Anche sotto il profilo organizzativo ed economico il *Conseil* si trova in una situazione di relativa indipendenza: tra il *Conseil* e il governo non esiste alcun rapporto organico né di controllo del secondo sul primo; i suoi uffici sono organizzati in base ad un regolamento interno, secondo il principio dell'autonomia normativa; il suo Presidente ha piena autonomia decisionale sulla destinazione dei fondi attribuiti al *Conseil*. Questi finanziamenti, peraltro, sono iscritti nel bilancio del Ministro dell'Economia che potrà inoltre esercitare la propria influenza attraverso l'azione di supporto svolta dalla DGCCRF.

Alla questione se il *Conseil* sia un'autorità sufficientemente indipendente rispetto all'autorità governativa non vi è pertanto una risposta univoca: alla qualifica

---

<sup>448</sup> B. Lasserre, *op. cit.*, p. 2.

di autorità amministrativa indipendente<sup>449</sup> si contrappone, infatti un parziale legame con il governo sia per quanto concerne lo *status* dei suoi membri sia per quanto riguarda il grado di autonomia organizzativa e finanziaria di cui gode.

D'altra parte queste istituzioni non acquisiscono l'indipendenza solo con le norme che la disciplinano, ma anche con la capacità dei singoli che la rappresentano e vi lavorano di svolgere i propri compiti autonomamente rispetto alle inevitabili pressioni provenienti dalle autorità politica e dai soggetti regolati. A queste capacità è probabilmente dovuto il rapporto di reciproca collaborazione tra il *Conseil* e la DGCCRF sviluppatosi nel tempo, organi che avrebbero potenzialmente potuto frequentemente entrare in conflitto in ragione delle potenziali situazioni di contrapposizione in cui queste due autorità si potrebbero trovare alla luce della normativa vigente (in particolare nei casi di concessione di esenzioni e nella valutazione delle operazioni di concentrazione), con detrimento della capacità complessiva del sistema istituzionale francese di applicare la disciplina *antitrust*.

Per quanto concerne invece le competenze tecniche che troviamo all'interno del *Conseil*, esse sono prevalentemente di tipo giuridico in quanto le qualifiche più rilevanti sono ricoperte da magistrati, cui sono generalmente affidati gli incarichi di relatore, figura significativa poiché responsabile dell'attività istruttoria<sup>450</sup>. In una valutazione di efficienza di questo organo, questa prevalenza di competenze giuridiche pone evidentemente il rischio di privilegiare maggiormente gli aspetti formali delle decisioni lasciando in secondo piano gli effetti economici delle fattispecie analizzate. Questa peculiarità accentua la già osservata tendenza del *Conseil* ad assumere le caratteristiche di organo para-giurisdizionale

Nello svolgere la propria missione istituzionale, inoltre, il *Conseil*, secondo parte della dottrina<sup>451</sup>, non ha interpretato correttamente la concezione della norma *antitrust* di cui l'Ordinanza 1243 sarebbe portatrice, ossia una concezione minimalista, volta "a limitare l'intervento dello Stato nella vita del mercato a quanto è strettamente necessario per assicurarne la fluidità"<sup>452</sup> e, con particolare riferimento

---

<sup>449</sup> Come ribadito dal *Conseil* nella decisione n. 87-D-49 del 10 novembre 1987 e più recentemente nella decisione n. 03-D-66 del 23 dicembre 2003.

<sup>450</sup> D. Meliciani, *op.cit.*, p. 102-103.

<sup>451</sup> D. Brault, *Droit de la concurrence comparé*, Paris, 1995 p. 70 ss. La stessa questione viene riproposta dall'A. in *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, cit. p. 454 ss.

<sup>452</sup> D. Brault, *op.cit.*, p. 71..

al diritto *antitrust*, finalizzata a limitare l'intervento dell'Autorità solo ai casi particolarmente importanti o per affrontare nuove questioni di diritto, lasciando i casi di routine ai giudici o alla struttura amministrativa (*Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*) e prevedendo conseguentemente per il *Conseil* una struttura leggera e minimale. La prassi si sarebbe invece orientata in un altro senso: da un lato ampliando significativamente il campo di applicazione dell'ordinanza dell'86 secondo un'interpretazione estensiva della stessa; dall'altro occupandosi di tutte le fattispecie concrete indipendentemente dalla loro rilevanza con l'effetto di creare un sovraccarico di lavoro per l'autorità a seguito dell'incremento quantitativo dei suoi interventi concreti.

Una discrasia tra *ratio* della norma e prassi probabilmente dovuta a una cultura giuridica che, come detto, fino a poco tempo fa si fondava più che da altre parti sul diritto amministrativo e l'intervento pubblico diretto a favore dell'impresa, il cui effetto in termini di efficienza è evidentemente negativo, comportando uno spreco di risorse da parte del *Conseil* e conseguentemente un apporto minore da parte dell'autorità alla risoluzione dei principali problemi del diritto *antitrust*. Un'autorità efficiente al contrario deve concentrare la propria attività su quelle fattispecie il cui controllo viene considerato prioritario ai fini della salvaguardia della concorrenza, non intervenendo in tutti quei casi in cui i costi dell'intervento stesso lo giustificano, così come accade, ad esempio in Gran Bretagna.

Passando infine al contenuto e alle finalità dell'attività *antitrust* condotta dal *Conseil*, si rileva una certa propensione e un'attenzione verso il criterio di efficienza economica sviluppatasi precocemente rispetto ad altre autorità europee, inclusa la Commissione. Già nel 1995 autorevoli suoi membri sostenevano che "lo scopo della legge antitrust è di promuovere l'efficienza economica, è solo quando la concorrenza conduce a maggiore efficienza che deve essere promossa"<sup>453</sup>. Non sorprende quindi che le decisioni mostrano spesso il ricorso dell'analisi economica<sup>454</sup> ed un frequente esplicito riferimento all'efficienza economica quale criterio di valutazione

---

<sup>453</sup> F. Jenny, *Autorità indipendenti e tutela della concorrenza: l'esperienza del Conseil de la Concurrence*, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *op. cit.*, p. 272. L'A. in quel periodo era vicepresidente del *Conseil*.

<sup>454</sup> Si veda ad esempio la Decisione del *Conseil* n° 07-D-09 du 14 mars 2007, avente ad oggetto una pratica di prezzi predatori posta in essere da *GlaxoSmithKline France*

adottato<sup>455</sup>, anche se talvolta, benchè meno frequentemente rispetto alla prassi e alla giurisprudenza comunitaria, esso si colloca in posizione talvolta subordinata rispetto ad altre finalità<sup>456</sup>. Per l'analisi di alcune decisioni delle autorità francesi sotto il profilo economico si rinvia peraltro al capitolo successivo.

### **6.6 Il *Bundeskartellamt*: un'autorità autorevole, ma poco flessibile.**

La Germania, come abbiamo visto, presenta una normativa *antitrust* assai articolata fin dalla sua introduzione in ragione del fatto che tale disciplina era considerata uno degli elementi fondanti del nuovo disegno dell'economia sociale di mercato che era venuto maturando grazie agli influssi della scuola ordoliberal. Allo stesso modo agli ordoliberali, che diffidavano dell'autorità governativa, si deve l'affidamento delle funzioni di tutela della concorrenza ad un'autorità indipendente, quale è di fatto il *Bundeskartellamt*, nonché la minimizzazione degli spazi di discrezionalità di cui il *Bundeskartellamt* beneficia nell'applicazione della legge attraverso una dettagliata enumerazione delle fattispecie anticompetitive nel corpo stesso della legge.

Lo scopo di questa configurazione era, come noto, quello di stabilire la preminenza della legge, e quindi della *rule of law*, sugli organi competenti ad applicarla, conferendo al sistema *antitrust* tedesco un'impostazione opposta rispetto a quella statunitense che ha spesso fatto della *rule of reason*, ossia l'applicazione della norma fondata sulla discrezionalità dell'autorità competente, un elemento distintivo del diritto *antitrust*<sup>457</sup>. Nelle intenzioni del legislatore tedesco, pertanto, la neutralità politica dell'autorità *antitrust* era ottenuta, non solo e non tanto attraverso l'indipendenza dagli organi governativi, come è avvenuto in Italia, ma anche

---

<sup>455</sup> Sono state analizzate le seguenti decisioni del *Conseil de la concurrence*: la decisione n. 05-D-59 del 7 novembre 2005 in relazione alle pratiche messe in opera da *France Telecom* nella fornitura del servizio di connessione ad Internet ad alta velocità; le decisioni n. 96-D-51, *Helix-Inter* e 96-D-80, *EDF*, relativi all'accesso ad infrastrutture essenziali; la decisione n. 89-D-21, *Index ADCC Lamy*, riguardante un accordo di specializzazione tra due imprese concorrenti che avrebbe incrementato la loro efficienza produttiva.

<sup>456</sup> Si veda ad esempio l'avis n. 94-A-26 del 15 novembre 1994 relativo ad una concentrazione (*CLT/Fun Radio*) i cui effetti sull'occupazione destavano la preoccupazione del *Conseil*, nonché quanto sostenuto da B. Lasserre, presidente del *Conseil* in *PME et pratiques prohibées en deça du seul de la dominance*, in *Concurrences*, 2, 2007, p. 67, con riferimento alla tutela delle piccole e medie imprese.

<sup>457</sup> Vedasi *supra* cap. 3.

attraverso una sua stretta soggezione alle disposizioni di legge, il cui contenuto, per questa ragione, era assai dettagliato.

Risponde a questa concezione lo *status* giuridico del *Bundeskartellamt*, un'autorità federale indipendente che, pur essendo funzionalmente indipendente dipende strutturalmente dal Ministero dell'Economia può ricevere direttive da parte di questo; ciò in quanto per principio costituzionale non è possibile istituire apparati amministrativi che non ricadano sotto la responsabilità ministeriale<sup>458</sup>. Di fatto, tuttavia, essendo soggetta principalmente alle dettagliate disposizioni del GWB, ed ispirandosi a criteri tecnici e non politici, esso svolge la propria attività in sostanziale autonomia dal Ministro dell'Economia. Tale indipendenza, inoltre, si consolida nella prassi dei rapporti istituzionali, che registrano una crescente autorevolezza del *Bundeskartellamt*, rafforzata oltre che dalle competenze specialistiche sviluppatesi al suo interno nel corso degli anni, anche dalla previsione normativa che il mandato dei Presidenti è a tempo illimitato (dal 1957 al 1998 si sono avuti solo tre Presidenti<sup>459</sup>).

Le competenze del *Bundeskartellamt* riguardano, lo ricordiamo, tutte le fattispecie individuate dal GWB come potenzialmente lesive della concorrenza; conseguentemente esso è responsabile, tra gli altri:

- dell'applicazione del divieto di porre in essere accordi che provocano una restrizione della concorrenza, e dei cartelli volti alla fissazione dei prezzi e alla ripartizione dei mercati;
- del riconoscimento di eventuali ragioni di esenzione all'applicazione del divieto dei cartelli
- del controllo delle pratiche concordate, quali quelle volte all'eliminazione dei possibili concorrenti
- dell'applicazione del divieto di intraprendere pratiche abusive e discriminatorie
- del controllo delle concentrazioni.

---

<sup>458</sup> In Germania solo la banca centrale federale, ossia la *Bundesbank* gode di uno statuto di indipendenza per espressa previsione costituzionale.

<sup>459</sup> L. Ammannati, *Il sistema tedesco di tutela della concorrenza. Un sistema consolidato alla prova dei tempi*, cit., p. 29.

Per poter indagare ed eventualmente sanzionare tali pratiche e operazioni, il *Bundeskartellamt* dispone di rilevanti poteri investigativi, potendo anche richiedere all'autorità giudiziaria un vero e proprio mandato di perquisizione volto all'acquisizione di tutti gli elementi utili a definire la sussistenza e la natura del comportamento in atto. Una volta sancita l'illiceità di una pratica o di un'operazione, il *Bundeskartellamt* può adottare le decisioni necessarie a far cessare l'infrazione, e, come detto, può imporre sanzioni amministrative assai elevate, fino al triplo dei profitti accumulati grazie all'operazione.

L'unico ambito in cui il *Bundeskartellamt* non dispone di una competenza esclusiva è il controllo delle concentrazioni, nel quale, seppure in forma più limitata che negli altri Stati membri finora analizzati, l'autorità governativa detiene un potere in materia. Nel caso tedesco il Ministro dell'Economia ha il potere di autorizzare per motivi di pubblico interesse, qualora evidentemente ritenga che ne sussistano, le condizioni operazioni di concentrazioni vietate dall'Autorità federale assumendo la concorrenza quale unico bene da tutelare. Si tratta peraltro di una facoltà esercitata in un numero assai limitati di occasioni<sup>460</sup>.

Ai poteri istruttori, decisorii e sanzionatori si affianca una funzione informativa del *Bundeskartellamt* che si estrinseca nell'elaborazione ogni due anni di una relazione della propria attività, all'interno del quale si possono trovare indicazioni sulla quantità e sulla qualità degli ostacoli che si frappongono al conseguimento dell'obiettivo affidatogli dal legislatore, nonché, più in generale, sull'evoluzione dei mercati.

Per quanto concerne lo *status* del Presidente del *Bundeskartellamt* e degli altri membri, essi sono di nomina governativa, ma la durata illimitata del mandato e l'autolimitazione dei Ministri che si sono succeduti negli anni, ne hanno garantito nel tempo l'autonomia e l'autorganizzazione interna. Malgrado tale autonomia *de facto*, recentemente sono stati predisposti alcuni tentativi di riforma destinati a incrementare l'indipendenza anche formale dell'autorità.

Il *Bundeskartellamt* è pertanto un'autorità che, pur godendo di un sufficiente livello di indipendenza e di autonomia nel prendere le proprie decisioni, nonché dei poteri necessari a rendere effettive le proprie decisioni, e rispettando pertanto le

---

<sup>460</sup> L. Ammannati, *Il sistema tedesco di tutela della concorrenza. Un sistema consolidato alla prova dei tempi*, cit., p. 35.

principali condizioni di efficienza precedentemente individuate, presenta una limitata capacità di adeguare le proprie decisioni alla mutevole realtà economica a causa del fatto che la gran parte delle fattispecie è minuziosamente descritta dalle norme di legge.

Ne consegue un basso livello di efficienza di questa struttura, ancora ingessata negli schemi previsti dagli ordoliberali, che necessita quindi, con le previste riforme, di ricevere un'iniezione di flessibilità che le permetta di dare una risposta efficiente alle nuove e diverse questioni poste dall'odierno diritto *antitrust*.

Dal punto di vista, infine, del contenuto delle sue decisioni, il *Bundeskartellamt*, attenendosi alla *ratio* della GWB, ne ha dato un'interpretazione assai permissiva in materia di intese verticali, mentre si è dimostrata più severa nella valutazione dei cartelli, i cui potenziali benefici in termini di guadagni di efficienza e di vantaggi per i consumatori tendono ad essere minimizzati<sup>461</sup>, e delle condotte unilaterali, ponendo particolare enfasi sull'esistenza e sulla consistenza delle barriere all'entrata<sup>462</sup>. E' infatti la garanzia del libero accesso al mercato il primo obiettivo della GWB coerentemente con il paradigma elaborato dalla Scuola di Friburgo, così come dimostrato dalla previsione di un divieto specifico per quei comportamenti che ostacolano le possibilità di competere dei concorrenti, attuali o potenziali.

In questo senso la stabilità nel tempo dell'istituzione ha favorito anche una sua certa chiusura verso le novità provenienti dalla teoria economica, a partire dalla Scuola di Chicago, che ha rallentato l'evoluzione degli orientamenti applicativi dell'autorità, come dimostrato anche da una recente operazione di concentrazione vietata dal *Bundeskartellamt*, benché essa fosse suscettibile di produrre effetti positivi in termini di efficienza<sup>463</sup>.

## **6.7 L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e l'incertezza causata dal processo di riforma appena avviato.**

---

<sup>461</sup> L. Ammannati, *Il sistema tedesco di tutela della concorrenza. Un sistema consolidato alla prova dei tempi*, cit., p. 43-44. A suffragio di questa opinione, si veda ad esempio la decisione del *Bundeskartellamt* n. 2092 del 17 ottobre 1983, *Metro-Eintrittsvergütung*.

<sup>462</sup> G. Giraudi-M.S. Righettini, *op. cit.*, p. 178-180.

<sup>463</sup> Ufficio Federale dei cartelli, decisione del 19 gennaio 2006, *Axel Springer AG/Probien Sat1Media AG*.

L'ordinamento italiano, come abbiamo visto, è stato l'ultimo a recepire l'istituto giuridico dell'*antitrust* rispetto agli altri principali Stati della Comunità. Questo ritardo era dovuto sia alle resistenze politiche, in quanto nessuno dei principali partiti di governo era per ragioni culturali propenso a riconoscere i benefici derivanti dalla libera concorrenza tra imprese, sia alle caratteristiche dell'economia italiana, fondata, almeno fino agli anni '70, su grandi imprese monopoliste, spesso di proprietà pubblica, da un lato e da piccole e medie imprese dall'altro.

Solo nel 1990, sulla spinta dell'imminente stipula del Trattato dell'Unione Europea, con l'approvazione della legge 287/90 e l'istituzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) nasce un vero e proprio diritto *antitrust* nazionale con un *corpus* di norme disciplinanti i comportamenti delle imprese suscettibili di limitare o distorcere la libera concorrenza e con un organo espressamente preposto alla loro applicazione, l'AGCM appunto.

Un'analisi dell'attuale configurazione e dei poteri attribuiti all'AGCM per stabilire la sua rispondenza o meno al principio di efficienza precedentemente definito<sup>464</sup> non sembra tuttavia di particolare interesse. L'AGCM, infatti, così come le altre *authorities* italiane è infatti attualmente interessata da un progetto di riforma recentemente presentato in Parlamento che, se approvato ne ridisegnerebbe poteri e competenze.

Tutto l'attuale sistema delle *authorities* italiane conosce attualmente una fase di crisi, dopo un primo periodo di euforia che ha portato negli anni '90 ad una proliferazione di autorità indipendenti o semi-indipendenti in molti settori dell'economia e non, sino a giungere alla proposta di riforma costituzionale elaborata nel 1997 dalla Commissione Bicamerale che prevedeva la costituzionalizzazione delle stesse<sup>465</sup>. Da qualche anno, infatti, queste autorità sono entrate in una fase di riflusso, dovuto a vari fattori, che ne hanno in taluni casi compromesso l'efficienza; tra queste cause di inefficienza spiccano in particolare: la talvolta eccessiva volontà di regolazione manifestata dalle autorità che ha snaturato le finalità per cui erano

---

<sup>464</sup> Vedasi *supra* cap. 2.

<sup>465</sup> L'art. 109 stabiliva infatti che tali autorità potessero essere istituite per l'esercizio di funzioni di garanzia o di vigilanza in materia di diritti e libertà previsti dalla Costituzione (M. Clarich, *op. cit.*, p. 21).

state costituite<sup>466</sup>; la loro parziale “cattura” da parte dei soggetti regolati<sup>467</sup>; il loro crescente costo di funzionamento<sup>468</sup> che probabilmente porterebbe un’analisi costi-benefici a non giustificare l’esistenza di alcune autorità.

Per queste ragioni è in corso un tentativo di riordinare la materia che investe in anche l’AGCM, la cui esistenza non è messa in discussione, ma i cui compiti e le cui attribuzioni saranno comunque riscritti. Considerata tuttavia la condizione di incertezza che caratterizza l’attuale fase politica, lo scrivente non è in grado di valutare l’evoluzione e gli sviluppi che avrà questo progetto: quando questo lavoro sarà terminato, infatti, con la medesima probabilità potrebbe essere già in vigore la nuova disciplina così come il suddetto progetto di riforma potrebbe essere stato abbandonato ovvero essere stato oggetto di significative modifiche nel corso del suo *iter* parlamentare. Conseguentemente sarebbe di scarso interesse un’analisi delle funzioni e dei poteri attualmente attribuiti all’AGCM così come del contenuto del disegno di legge attualmente in Parlamento.

Vi sono tuttavia alcuni elementi intervenuti recentemente che è utile esaminare poiché attengono non solo alle norme che regolano l’autorità, ma anche al metodo con cui essa interviene sulle fattispecie.

L’Autorità, infatti, reinterpretando il suo ruolo, sta sempre più sostituendo il suo tradizionale strumento di intervento *ex-post* di tipo sanzionatorio, con un intervento *ex ante* di tipo regolatorio, volto a stabilire preventivamente quali condotte sono lecite ai fini della tutela della concorrenza, reso possibile sia da una maggiore capacità di intervento nel dibattito di politica economica della nuova presidenza sia dai nuovi poteri attribuiti all’antitrust dagli interventi legislativi degli ultimi due anni e dalle proposte di legge di iniziativa governativa attualmente all’esame del Parlamento.

In particolare, per quanto concerne la crescente influenza dell’AGCM sulle decisioni del Governo, essa si è esplicitata nelle recenti riforme legislative (Legge 248/2006 e Legge 40/2007) promosse dal Governo al fine di incrementare il livello

---

<sup>466</sup> S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, p. 271 ss.

<sup>467</sup> Si pensi al marginale ruolo finora svolto dall’Autorità per l’Energia Elettrica e il Gas (AEEG) in un settore particolarmente delicato per l’economia nazionale e alla sua incapacità di prevenire i black out elettrici del 2003.

<sup>468</sup> Si vedano a questo proposito le dichiarazioni di Franco Bassanini su *Il Sole 24 Ore* del 13 gennaio 1998.

della concorrenza e la tutela dei consumatori in vari settori dell'economia, le quali riprendono gran parte delle segnalazioni effettuate dall'Autorità *antitrust* nel corso degli ultimi anni<sup>469</sup>.

Con riferimento, invece, ai nuovi poteri attribuiti all'AGCM, le disposizioni contenute nella Legge 248/06 di conversione del D.L.223/2006 (c.d. decreto "Bersani"), hanno esteso la possibilità di accettare impegni dalle parti ai casi di intese e abuso di posizione dominante senza preventivamente accertare l'infrazione<sup>470</sup>, mentre un disegno di legge, attualmente in corso di approvazione al Senato<sup>471</sup>, prevede l'introduzione dell'obbligo per il Parlamento di procedere all'esame annuale di una "legge sulla concorrenza", finalizzata a recepire le indicazioni dell'AGCM e delle altre autorità di settore in materia, attribuendo così alle autorità indipendenti il potere di partecipare al potere di iniziativa legislativa detenuto dal governo.

Contestualmente a tali novità a livello legislativo il Consiglio di Stato ha stabilito che i provvedimenti regolatori delle Autorità indipendenti devono essere sottoposti alla consultazione preventiva dei soggetti regolati affinché sia rispettato il principio di partecipazione dei privati al procedimento amministrativo<sup>472</sup>, imponendo così un maggior coinvolgimento delle imprese ai processi di formazione degli atti di tali Autorità. Conseguentemente, nel momento in cui l'AGCM intervenga con una regolazione *ex-ante*, tale intervento dovrà avvenire secondo l'istituto della "regolazione negoziata".

Dagli effetti combinati di questi eventi deriva un profondo cambiamento del ruolo dell'AGCM che pone una questione di efficienza circa i nuovi strumenti di intervento attribuiti, o in corso di attribuzione, all'Autorità e i vincoli cui essi sono sottoposti, rispetto alla precedente situazione in cui essa svolgeva principalmente la funzione di giudice dei comportamenti delle imprese. Una questione che ripropone in

---

<sup>469</sup> L'Autorità ha rivendicato la paternità di questi interventi normativi nella Relazione Annuale sull'attività svolta nel 2006 pubblicata il 30 aprile del 2007.

<sup>470</sup> L'AGCM ha già utilizzato tale potere in due delle tre intese esaminate nel 2007: *Ordine dei medici veterinari di Torino* e *Accertamento Diffusione Stampa-Audipress*. Per una critica alla nuova norma si veda l'editoriale di M. Polo sul *Sole 24 ore* del 7 febbraio 2007.

<sup>471</sup> Disegno di legge n. 1644.

<sup>472</sup> Sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 7972/06: "...ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi ed amministrativi generali".

parte il tema più in generale dei vantaggi e degli svantaggi dell'intervento *ex ante* rispetto a quello *ex post* in questa prospettiva, già in precedenza richiamato<sup>473</sup>.

Da un lato l'estensivo ricorso alla procedura concordata con le imprese può consentire un risparmio in termini di tempi (l'impegno interviene prima e in maniera più tempestiva) e di costi connessi alla fase di *enforcement* delle sanzioni, laddove le imprese rispettino gli impegni assunti. E allo stesso modo la consultazione preventiva delle imprese nei procedimenti regolatori può portare alla condivisione del provvedimento finale e ad una sua migliore applicazione, in particolare laddove l'ammissione dei soggetti regolati alla fase procedimentale sia accompagnata dall'obbligo per gli stessi di "fare la loro parte", attraverso l'esplicita accettazione degli impegni a loro carico contenuti nell'atto finale secondo il principio dell'affidamento. Si tratterebbe dello stesso meccanismo sottostante all'istituto degli accordi di programma; un istituto previsto da numerose normative, ma scarsamente attuato.

Dall'altra parte un uso estensivo della concertazione con le imprese rende la regola, e non l'eccezione, una procedura di valutazione non pubblica e ristretta alle parti, suscettibile di dare luogo al noto fenomeno della "cattura del regolatore"; un pericolo peraltro limitabile attraverso la pubblicazione degli impegni assunti da parte delle imprese coinvolte.

Inoltre la concertazione con i soggetti regolati riduce nel lungo periodo la capacità dell'intervento antitrust di svolgere la sua funzione generale di dissuasione: se violano la norma *antitrust*, infatti, le imprese sapranno che anche nel caso in cui saranno scoperte potranno evitare il pagamento della sanzione assumendosi l'impegno con l'autorità a non proseguire nel comportamento illecito, godendo dei maggiori profitti ottenuti fino a quel momento grazie alla pratica illecita.

Infine il nuovo ruolo di regolatore distoglie risorse dallo svolgimento della primaria funzione dell'AGCM, ossia quella di indagare ed eventualmente sanzionare le condotte anticoncorrenziali poste in essere dalle imprese. In questo senso pare

---

<sup>473</sup> Vedasi *supra* cap. 4.

significativo il fatto che in tutto il 2006 sono state valutate solamente quattro intese e cinque condotte unilaterali<sup>474</sup>.

Si tratta evidentemente di una variante del dibattito sui vantaggi e gli svantaggi dell'intervento *ex ante* ed *ex post* già esaminato in precedenza che non offre una soluzione univoca, ma che sottolinea al contrario l'esigenza di trovare il giusto *mix* tra le due tipologie di intervento, secondo quelle che sono le caratteristiche dei mercati su cui l'autorità interviene e i poteri di cui l'autorità dispone. In particolare l'applicazione del modello della regolazione negoziata alle fattispecie *antitrust*, attraverso la stipula di accordi con le imprese è efficiente quanto più il numero di imprese operanti sul mercato è ristretto e quanto più essa permette all'autorità di superare le proprie asimmetrie informative e promuovere "un'attuazione più rapida e fedele delle regole senza contestazioni in sede giurisdizionali"<sup>475</sup> grazie al coinvolgimento delle imprese

Il collegamento con il governo, infine, comporta che l'Autorità non svolge più un ruolo neutrale di vigilanza, bensì di politica industriale. Tale diverso ruolo si può riflettere nei suoi rapporti con i soggetti regolati con il rischio che in cambio della concessione di nuovi poteri e strumenti regolatori, le grandi imprese chiedano e ottengano la tutela delle loro posizioni di rendita con evidenti effetti negativi in termini di efficienza<sup>476</sup>.

La prossima introduzione dell'obbligo per il Parlamento di approvare con cadenza annuale una "legge sulla concorrenza" che recepisca le indicazioni e le segnalazioni dell'AGCM, infine, introduce una forma di contiguità di questa autorità di garanzia al governo che accentuerebbe il suo nuovo carattere di soggetto deputato anche a delineare le norme regolatrici dell'economia, e non più solo ad applicarla in veste di arbitro, mettendo così in crisi quel principio di neutralità nello svolgimento della loro missione istituzionale che costituisce uno dei fondamenti della loro istituzione e che, per quanto ci riguarda, rappresenta uno dei requisiti

---

<sup>474</sup> AGCM, *Relazione Annuale sull'attività svolta nel 2006, 2007*, p. 26. Dodici delle sedici intese esaminate si sono infatti concluse con una dichiarazione di incompetenza o di inapplicabilità della legge.

<sup>475</sup> M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in *Il Procedimento davanti alle autorità indipendenti, Quaderni del Consiglio di Stato*, 5, 1999, p. 19.

<sup>476</sup> L. Saltari, *Stato e mercato nel decreto "Bersani-bis"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8, 2007, p. 819-820.

precedentemente indicati per garantire un efficiente svolgimento dell'attività antitrust da parte dei pubblici poteri<sup>477</sup>,

Anche per quanto riguarda il contenuto delle decisioni dell'AGCM, infine, non è ancora possibile fornire una valutazione dei provvedimenti adottati seguendo questo nuovo approccio basato sulla concertazione delle decisioni e delle eventuali sanzioni con le imprese interessate<sup>478</sup>. Con riferimento alla presidenza precedente si rileva invece un maggiore utilizzo dell'analisi economica e quindi del criterio di efficienza nelle decisioni più recenti<sup>479</sup>, diversamente dal periodo iniziale caratterizzato da una certa semplificazione degli effetti delle fattispecie esaminate.

## 6.8 Conclusioni

La sintetica panoramica sulle principali autorità *antitrust* europee fornita in questo capitolo ci consente di delinearne le principali caratteristiche, evidenziando gli aspetti che possono influenzarne l'efficienza.

Preliminarmente si osserva la difficoltà dei paesi di *civil law* a inquadrare le autorità indipendenti all'interno di un modello, quello appunto di *civil law*, ispirato a una rigida tripartizione dei poteri. Da ciò la difficile collocazione di queste autorità che, al contrario, costituiscono un potere "ibrido" che esercita una funzione di vigilanza e garanzia non attribuibile integralmente né al potere esecutivo né a quello giurisdizionale. Ne consegue all'atto pratico l'adozione di diverse soluzioni da parte di questi ordinamenti: in alcuni casi, come in Germania e in Spagna, una contiguità più o meno stretta al governo dal punto di vista strutturale cui si affianca la previsione di indipendenza funzionale, peraltro non sufficiente a garantire in linea teorica a tali autorità l'autonomia di valutazione; in altri, come in Francia, vi è una piena indipendenza cui tuttavia si affianca una limitata attribuzione di funzioni, soprattutto in materia di concentrazioni.

Così l'esigenza di garantire a queste autorità una piena autonomia di valutazione e la neutralità nell'esercizio delle loro funzioni ai fini non solo dell'imparzialità, ma anche dell'efficienza del sistema, è stata talvolta risolta non

---

<sup>477</sup> Vedasi *infra* cap. 2.

<sup>478</sup> Nel corso del 2006 non è stata concessa alcuna autorizzazione in deroga ai sensi dell'articolo 4 della l. 287 e dell'articolo 81 (3) del Trattato CE.

<sup>479</sup> Si fa riferimento in particolare al provvedimento A 267 del 17 aprile 2002 *Diano/Tourist Ferry Boat* Caronte, che sarà esaminato più dettagliatamente nel prossimo capitolo.

attraverso le norme, vincolate ai principi costituzionali, bensì attraverso la prassi. In Germania, ad esempio, come abbiamo sottolineato, il Ministro dell'Economia di fatto non usa mai i poteri di indirizzo collegati alla sua responsabilità ministeriale, che diviene così solo teorica, e conseguentemente il *Bundeskartellamt* può considerarsi un'autorità pienamente indipendente. Resta tuttavia più soddisfacente la soluzione proposta dalla dottrina statunitense, la quale esclude che fosse nell'intenzione dei costituenti americani l'intenzione di creare un sistema rigido di tripartizione dei poteri, e non ritiene conseguentemente una violazione del principio democratico l'esistenza di organi, quali le autorità indipendenti, non attribuibili in via esclusiva a nessuno dei tre poteri, ma ben giustificabili nell'ottica di un sistema di *checks and balances*.

Si rileva inoltre una certa sovrapposizione delle competenze e dei poteri tra autorità *antitrust* e organi ministeriali, in particolare nel campo delle concentrazioni che ingenera un rischio di confusione e bassa efficienza del sistema. Mantenendo, infatti, un parziale controllo politico si rischia, oltre all'introduzione di criteri di valutazione politica che prescindono dagli effetti delle fattispecie concrete sul livello di concorrenza ed efficienza del mercato, anche di dare luogo a conflitti tra le diverse autorità del sistema che impediscano l'adozione e l'implementazione di decisioni definitive, incrementando altresì il costo dell'intervento pubblico. In questo senso il sistema italiano è quello che mette maggiormente al riparo da questa possibile confusione, essendo le competenze in materia di *antitrust* ormai quasi completamente attribuite all'AGCM, benchè recentemente forte proprio dei suoi ampi poteri, l'AGCM abbia parzialmente snaturato la propria missione giungendo a svolgere una funzione, quella di regolatore che poco si addice al suo ruolo.

Merita una valutazione a parte, infine, la Commissione Europea, istituzione avente caratteristiche e poteri peculiari. Da un lato l'assenza di vincolo di mandato dei Commissari e l'elevata preparazione tecnica dei funzionari costituiscono aspetti che avvicinano la Commissione al modello dell'autorità indipendenti, e l'ampiezza dei poteri in capo ad essa le permette di operare efficientemente grazie anche alla possibilità di valersi dell'assistenza delle autorità nazionali.

Dall'altra parte, tuttavia la Commissione si caratterizza sempre di più come un organo politico svolgente funzioni esecutive, di indirizzo e di coordinamento che

possono influenzare gli obiettivi che essa persegue attraverso l'attività *antitrust*, deviandola dal rispetto del criterio di efficienza. Si pensi, ad esempio, all'applicazione applica sempre più frequente dell'art. 133 del Trattato che rende la Commissione eccezionalmente competente a stipulare accordi commerciali con Paesi terzi per conto della Comunità; si tratta di attribuzioni che possono influenzare e nel peggiore dei casi distorcere l'attività di tutela della concorrenza svolta dalla Commissione, come nel caso del recente accordo c.d. "*open skies agreement*" stipulato dalla Commissione con gli Stati Uniti in materia di trasporto aereo di persone, nella cui fase di preparazione dell'accordo, fortemente voluto dalla Comunità, le competenze in materia di *antitrust* della Commissione sono state forse utilizzate al fine di rendere più appetibile per le compagnie statunitensi la vigenza di un accordo tra la Comunità e gli Stati Uniti al posto dei preesistenti accordi bilaterali stipulati<sup>480</sup>.

Sotto il profilo del contenuto, invece, le diverse autorità nazionali, così come la Commissione, mostrano tutte una crescente propensione a tendere conto dell'efficienza nella valutazione dei casi, soprattutto con riferimento agli accordi verticali e alle concentrazioni, sulla scia della prassi comunitaria. Più innovativa nell'applicazione del criterio di efficienza economica così come nella ricerca di uso ottimale delle risorse si è finora dimostrato l'OFT, come vedremo anche nel prossimo capitolo. Al contrario sembra più lenta l'evoluzione in questo senso dell'Ufficio dei Cartelli tedesco sia a causa delle già citate caratteristiche della legge *antitrust* tedesca, sia a causa del persistente principio ordoliberalo della prevalenza del criterio della *rule of law* sulla *rule of reason*.

Peraltro, anche nei casi in cui le Autorità siano propense ad utilizzare il criterio di efficienza nelle loro valutazioni, esse si limitano generalmente ad un'analisi teorica dell'esistenza di pre-condizioni che consentano alle imprese in questione di ottenere guadagni di efficienza. La sussistenza di tali pre-condizioni viene infatti rilevata sulla base della capacità potenziale della condotta dell'impresa

---

<sup>480</sup> I preesistenti accordi bilaterali tra gli Stati membri e gli Stati Uniti imponevano forti limitazioni all'accesso ad alcuni aeroporti della Comunità (ad es. Heathrow). La Commissione, imponendo condizioni onerose a quelle compagnie statunitensi che traevano beneficio da questi accordi nel momento in cui esse stipulavano intese ovvero ponevano in essere operazioni di fusione, le ha rese probabilmente più propense ad accettare che il governo degli Stati Uniti stipulasse un accordo con la Comunità, rappresentata dalla Commissione stessa.

(o delle imprese) di avere un effetto positivo in termini di efficienza, nonché sulla base delle caratteristiche del mercato rilevante. Raramente, invece, si tiene conto della capacità reale dei soggetti che pongono in essere la pratica suscettibile di essere restrittiva della concorrenza di cogliere effettivamente queste opportunità, ovvero se la struttura e l'organizzazione interna dell'impresa (o delle imprese) non è in grado di mettere in pratica ciò che la teoria suggerisce a causa di sue carenze interne<sup>481</sup> o comunque in ragione delle strategie che persegue.

Per quanto riguarda il grado di utilizzo del criterio di efficienza economica da parte delle autorità nelle loro decisioni concrete si rinvia comunque a quanto si dirà nel prossimo capitolo.

---

<sup>481</sup> Si fa riferimento al concetto di efficienza "x" precedentemente definito (Vedasi *supra* cap. 1)

## CAPITOLO 7

### L'APPLICAZIONE DEL CRITERIO DI EFFICIENZA ECONOMICA ALLE FATTISPECIE RILEVANTI AI FINI ANTITRUST

#### **7.1 Introduzione. Le possibili modalità di applicazione del criterio di efficienza economica.**

Dopo avere esaminato nei precedenti capitoli la nozione di efficienza in termini generali, fornito un primo inquadramento circa l'evoluzione che ha caratterizzato nel tempo il rapporto tra il criterio di efficienza e l'obiettivo della tutela della concorrenza, e illustrata infine l'evoluzione e i contenuti della legislazione *antitrust* europea, con particolare attenzione all'uso del parametro "efficienza" nei testi normativi e alla rilevanza ad esso attribuita dalle istituzioni competenti ad applicarla, analizziamo ora le modalità di applicazione di tale criterio alle fattispecie rilevanti così come definite dalla normativa vigente.

Bisognerà quindi valutare gli effetti economici delle principali tipologie di operazioni e condotte sottoposte al controllo delle autorità *antitrust* in termini di efficienza economica, considerata nelle sue diverse accezioni, allocativa, produttiva e dinamica, descritte nel primo capitolo, ed individuando in particolare quelle situazioni in cui tali operazioni producono non solo, o non tanto, effetti anticompetitivi, ma anche incrementi di efficienza.

In questo senso possiamo effettuare una prima distinzione di situazioni tipiche in cui il criterio di efficienza nelle sue varie accezioni è suscettibile di essere applicato. Una prima categoria è riconducibile ad operazioni, che, sebbene restrittive della concorrenza, e in definitiva inefficienti, sotto alcuni profili (ad esempio in termini allocativi) possono in realtà portare ad un incremento della concorrenza stessa sotto altri punti di vista (ad esempio in termini dinamici); si pensi al caso di due concorrenti di piccole dimensioni che stipulano un accordo finalizzato a consentire loro di competere più efficacemente con le imprese di dimensioni maggiori; ovvero ad un accordo di ricerca e sviluppo posto in essere tra due o più imprese per introdurre un nuovo prodotto che ciascuna di esse, isolatamente, non avrebbe le capacità o gli incentivi per collocarlo sul mercato.

Altre fattispecie, invece, benchè restrittive della concorrenza, permettono al tempo stesso un incremento di efficienza produttiva: è il caso tipicamente di due concorrenti attuali o potenziali che danno vita ad una concentrazione per conseguire economie di scala, di scopo o di altro genere nella produzione o nella distribuzione dei beni e dei servizi da loro prodotti; ovvero delle intese verticali che permettono di rendere più efficiente la filiera produttiva o la fase distributiva dei prodotti, benchè limitino la possibilità di competere degli operatori coinvolti nell'intesa stessa.

Vi sono infine le situazioni solo apparentemente restrittive della concorrenza, in quanto hanno come effetto quello di escludere un concorrente attuale o potenziale dal mercato, ma che in realtà riflettono una condizione di maggiore efficienza di un'impresa rispetto ad un'altra. Si pensi ad un'impresa che offre sconti ai consumatori in dipendenza della quantità acquistata dai consumatori poiché la sua curva dei costi presenta una lunga fase discendente; oppure ad un'impresa che impone ai consumatori di acquistare due prodotti congiuntamente la cui combinazione consente di incrementare il loro benessere e, in definitiva, l'efficienza allocativa del mercato. La conseguente esclusione di altri concorrenti dal mercato, e quindi la diminuzione del livello di concorrenza sullo stesso, sarà, nel caso di specie, un effetto della concorrenza e non una sua restrizione.

Da un punto di vista giuridico si possono invece distinguere fondamentalmente tre modalità principali di impiego del criterio di efficienza. La prima soluzione consiste nell'introdurre alcune presunzioni di efficienza, sulla base del criterio del *per se*, a favore di quelle fattispecie ritenute suscettibili, in linea generale, di produrre incrementi di efficienza<sup>482</sup> superiori ai possibili effetti anti-concorrenziali, ove presenti. Lo strumento utilizzato dal diritto comunitario, nell'ambito di questa prima soluzione, è quello dell'individuazione di alcuni "porti sicuri" (*safe harbours*) attraverso l'adozione di norme che presumono applicabile il comma 3 dell'art. 81 del Trattato alle intese che rispettano determinati requisiti, pur mantenendo la possibilità di revocare l'esenzione nel caso in cui l'ipotesi assunta in

---

<sup>482</sup> Ad esempio, nel caso delle intese orizzontali la normativa comunitaria, come abbiamo visto, prevede l'applicazione del criterio di efficienza nella forma delle esenzioni di blocco concesse per talune tipologie di accordi ovvero delle esenzioni specifiche riconosciute a singole intese, così come per le intese verticali invece il Reg. 2790/99 garantisce un "porto sicuro" per tutti quegli accordi non di prezzo che coinvolgono imprese operanti sul mercato a monte che detengono quote di mercato inferiori al 30%.

partenza non si verifichi. In questo modo vengono di fatto escluse dal controllo delle autorità *antitrust* comunitarie la maggior parte delle intese, attraverso la clausola c.d. “de minimis” e l’ampia esenzione concessa alle intese verticali<sup>483</sup>.

Questa tecnica è sicuramente la più semplice e meno dispendiosa in termini di risorse, ma è anche quella che può portare a maggiori incongruenze:

- nel caso di errata delimitazione dei *safe harbours*, che spesso richiede necessariamente l’utilizzo di criteri giuridici mentre la valutazione di efficienza presuppone un approccio economico<sup>484</sup>;
- nell’ipotesi di errori diffusi nel collocare erroneamente determinate fattispecie all’interno o all’esterno del “porto sicuro”;
- nel caso in cui le imprese individuino fattispecie alternative, legalmente non ancora disciplinate e vietate, per perseguire obiettivi anti-concorrenziali analoghi a quelli ottenibili attraverso i comportamenti vietati, continuando così a beneficiare del “porto sicuro”.

La seconda modalità di applicazione del criterio di efficienza, la più importante ai fini del presente lavoro, è quella “caso per caso”, espressione dell’approccio c.d. della *rule of reason*. Questo modello di valutazione integra quanto previsto dall’ordinamento giuridico e consiste nel ponderare gli effetti positivi e negativi della fattispecie concreta in termini di efficienza per valutare quale dei due sia prevalente e in definitiva se tale fattispecie debba essere vietata o meno, rappresentando, *naturaliter*, l’approccio che meglio permette l’utilizzo dell’analisi economica nell’applicazione del diritto *antitrust*. Esso, infatti, permette all’autorità competente di accertare l’eventuale effetto anti-competitivo e gli incrementi/decrementi di efficienza, sulla base un’indagine basata sull’evidenza fattuale e sulla teoria economica, limitando, inoltre, grazie al riferimento alla teoria economica, i rischi di arbitrarietà dell’autorità competente nell’interpretazione del dato reale, e permettendole altresì di motivare adeguatamente la decisione finale.

In relazione a tale metodo applicativo la questione focale consiste evidentemente nella quantificazione e nel confronto degli effetti della fattispecie

---

<sup>483</sup> V. *supra* cap.4.

<sup>484</sup> Si pensi al Regolamento di esenzione relativo ai contratti di *franchising* (Reg. 4087/88), ora non più in vigore, che aveva come effetto di incentivare il ricorso a questa tipologia di accordi, rispetto ad altri, di fatto analoghi.

concreta nell'ipotesi tipica in cui essa presenti un *trade-off* tra effetti positivi e negativi al fine di valutare quale dei due sia prevalente. In questi casi ciascun effetto preso in esame dovrà essere valutato separatamente secondo un'analisi basata sull'applicazione dei modelli formali alla fattispecie concreta per poi riunire l'insieme degli effetti individuati e stabilire l'effettiva prevalenza di problematiche concorrenziali ovvero la sussistenza di un guadagno di efficienza conseguibile attraverso la fattispecie oggetto di valutazione tale da compensare le prime. L'autorità competente, nell'effettuare la sua analisi, inoltre, dovrà accordare all'impresa (o alle imprese) coinvolta l'opportunità di fornire la sua valutazione difensiva, privilegiando, tra le argomentazioni da questa sostenute, quelle basate sulla teoria economica e supportate dall'evidenza fattuale.

La terza e ultima modalità consiste infine in una procedura basata su due fasi: una prima, che si svolge *ex ante*, con la quale una fattispecie, benchè potenzialmente lesiva della concorrenza, viene autorizzata a determinate condizioni, spesso concordate con le imprese coinvolte, in quanto suscettibile di produrre guadagni di efficienza; una seconda, che avviene invece *ex post*, nella quale si verifica se gli asseriti incrementi di efficienza si siano effettivamente prodotti nella realtà o meno. Questa modalità, di fatto applicata solamente alle concentrazioni e alle condotte unilaterali, permette di coniugare la libertà delle scelte di impresa con le esigenze di tutela della concorrenza; essa, tuttavia, incorre nel rischio di rendere costoso, sia per l'amministrazione che per le imprese, tardivo e talvolta addirittura inutile, l'eventuale intervento *ex post*, poiché si tratterà di andare a modificare una situazione ormai consolidata.

## **7.2 Efficienza e intese tra imprese.**

Fin dalla nascita dell'economia politica gli accordi tra imprese sono stati considerati il principale mezzo di distorsione del gioco concorrenziale. Gli accordi (espliciti e taciti) tra imprese possono infatti limitare la concorrenza, in particolare se intervengono tra imprese operanti sullo stesso mercato (accordi orizzontali) che, tramite il coordinamento delle loro strategie di prezzo o di produzione, riproducono collettivamente il comportamento del monopolista, massimizzando i profitti congiunti.

La stessa disciplina antitrust, come si è visto<sup>485</sup>, nasce originariamente in USA nel 1890 per fronteggiare il problema dei cartelli sorti nei principali mercati (siderurgia, prodotti petroliferi, servizi ferroviari) tra le principali *corporations* formatisi mediante la nomina di comitati centrali partecipati dai membri dei rispettivi consigli di amministrazione delle società aderenti con l'utilizzo dello strumento giuridico del *trust*.

Le intese, come definite dalla disciplina comunitaria, possono assumere diverse forme (la principale distinzione è tra intese esplicite o tacite) ed avere diverso oggetto od effetto: dalla fissazione di prezzi comuni alla limitazione delle quantità prodotte alla ripartizione dei mercati, tanto per citare i più pericolosi dal punto di vista della concorrenza. In una prospettiva economica, tuttavia, non rileva tanto la forma dell'intesa né il suo oggetto, quanto il suo effetto: quando si analizza un'intesa secondo un criterio di efficienza è necessario, infatti, concentrarsi sugli effetti economici della stessa, valutando in particolare se la restrizione della concorrenza che l'intesa impone, ove tale restrizione effettivamente vi sia, abbia solo effetti negativi ovvero anche positivi. Nel primo caso essa deve essere vietata, a condizione, ovviamente, che l'intesa venga debitamente provata; nel secondo ulteriori valutazioni devono essere effettuate.

Particolarmente significativa in questo senso è la distinzione tra intese orizzontali e verticali, gli effetti delle prime essendo assai più pericolosi di quelli delle seconde, soprattutto in termini di efficienza allocativa<sup>486</sup>, così come riconosciuto anche dal legislatore comunitario che, come abbiamo visto ha introdotto una presunzione di efficienza per tutte le intese verticali non di prezzo che coinvolgono operatori al di sotto di una certa soglia in termini di quote di mercato<sup>487</sup>.

### ***Le intese orizzontali***

Le intese orizzontali, quali tipicamente quelle aventi ad oggetto la fissazione di prezzi comuni o la ripartizione dei mercati sono, in generale, difficilmente difendibili in un'ottica di efficienza: gli accordi e le pratiche concordate poste in

---

<sup>485</sup> V. supra cap. 3.

<sup>486</sup> Meno meritevole di attenzione, invece, la categoria degli accordi conglomerati, in quanto di scarsa rilevanza a fini *antitrust*.

<sup>487</sup> Vedasi *supra* cap. 4.

essere da imprese in diretta concorrenza tra loro sono infatti capaci, mediante il coordinamento dei comportamenti dei soggetti che vi partecipano, di procurare effetti distorsivi del mercato analoghi a quelli riscontrabili in una situazione di oligopolio o addirittura di monopolio.

Il coordinamento può riguardare, tra gli altri, la fissazione di un prezzo comune, la determinazione degli sconti massimi da concedere ai clienti, la ripartizione dei mercati, la limitazione della produzione, la ripartizione dei clienti, il boicottaggio collettivo, gli scambi di informazioni rilevanti, l'elaborazione di codici di condotta, la statuizione di *standard* produttivi comuni. Tra queste i cartelli di prezzo rappresentano le fattispecie più pericolose, poiché limitano la concorrenza sulla prima e più importante variabile di mercato, si tratti della fissazione di un prezzo comune, della definizione di un prezzo "raccomandato" per tutti gli aderenti, della determinazione di incrementi di prezzo uniformi, della proibizione di praticare sconti. Lo stesso ragionamento vale per gli accordi aventi per effetto la riduzione dell'output, fattispecie nella quale rientrano anche le intese di ripartizione dei mercati geografici: i primi provocano artificialmente uno sbilanciamento tra offerta e domanda con conseguenti incrementi di prezzo; i secondi un incremento del potere di mercato delle imprese aderenti e, in definitiva, dei loro prezzi.

In tutte queste ipotesi l'effetto negativo in termini di efficienza allocativa sarà difficilmente compensabile. Vi sono tuttavia delle eccezioni: una di queste è ad esempio costituita dalla presenza di settori caratterizzati da forti eccessi di capacità produttiva non modificabile nel breve periodo e contemporaneamente da una domanda fortemente instabile (ad es. il trasporto marittimo di linea), con la conseguenza che una forte concorrenza sui prezzi può portare le imprese a non coprire i costi fissi<sup>488</sup>. Un'altra ipotesi è quella riguardante la pratica di concordare un prezzo "consigliato" e reso pubblico da parte delle imprese; tale pratica generalmente facilita il coordinamento dei prezzi da parte delle imprese aderenti all'intesa, ma in particolari condizioni di mercato, quali la prassi da parte delle imprese di negoziare il prezzo individualmente con i propri clienti, in cui può avere un effetto positivo favorendo l'acquisizione di informazioni da parte dei consumatori, come in un caso recentemente verificatosi in Gran Bretagna in cui la

---

<sup>488</sup> W. Sjostrom, *Antitrust immunity for shipping conferences: an empty core approach*, in *Antitrust Bulletin*, Summer 1993, p. 35 ss.

*Competition Commission* ha riconosciuto l'assenza di un automatismo che porti all'indesiderabilità *per se* di una tale pratica<sup>489</sup>.

Le istituzioni comunitarie si sono invece conformate a una presunzione di dannosità delle intese orizzontali, considerando illegali *per se* gli accordi e le intese di prezzo e quantità<sup>490</sup> (anche quelle di mera comunicazione reciproca dei prezzi<sup>491</sup>), con una particolare attenzione alla ripartizione dei mercati che si poneva in diretto contrasto con gli obiettivi primari della Comunità<sup>492</sup>. Le uniche esenzioni sono state concesse a fronte di specifici regolamenti di esenzione relativi a determinati settori<sup>493</sup>. Allo stesso modo le autorità nazionali si sono generalmente conformate a questo orientamento<sup>494</sup>, pur con la rilevante eccezione della Gran Bretagna.

Spesso comunque nel caso dei cartelli di prezzo, l'applicazione del criterio di efficienza riguarda piuttosto la selezione dei casi e l'esigenza di fornire prove sufficienti dell'esistenza di un cartello, in quanto le imprese ricorrono spesso a pratiche concordate o facilitanti per non incorrere nel divieto, piuttosto che il potenziale ottenimento di guadagni di efficienza attraverso l'implementazione del cartello stesso. Per quanto riguarda la scelta dei casi da contrastare le autorità dovranno concentrarsi su quei casi per i quali il cartello rappresenta effettivamente una soluzione stabile e profittevole per le imprese nel lungo periodo, focalizzando pertanto la loro attenzione su quelle "condotte e pratiche che la teoria economica segnala come fortemente correlate all'implementazione di accordi collusivi"<sup>495</sup>, astenendosi invece dall'intervenire nel caso di intese intrinsecamente instabili in quanto le imprese che vi partecipano hanno interesse a non rispettarlo, deviando dall'esito sopra descritto. Con riferimento, invece, al sostenimento dell'onere probatorio le autorità antitrust dovranno selezionare quelle fattispecie concrete per le

---

<sup>489</sup> Competition Commission, *A report on the completed acquisition of Linpac Containers Ltd by Ds Smith Pls*, 2004, par. 5.

<sup>490</sup> Tra i molti casi, si ricordano la sentenza della Corte di Giustizia del 14.7.1972 (caso *Materie coloranti*), nella quale viene statuita la proibizione *per se* degli accordi volti alla fissazione del prezzo, la decisione della Commissione del 16 luglio 1969, *Intesa internazionale del chinino*, e più recentemente la decisione dell'11 dicembre 2001, *Fosfato di zinco*.

<sup>491</sup> Decisione della Commissione dell'8 settembre 1977, *COBELPA-VNP*.

<sup>492</sup> Decisione della Commissione del 30 novembre 1994, *Cemento*.

<sup>493</sup> Il più noto è il Regolamento 4056/86, ancora in vigore, che ammette l'esistenza delle *Conferences marittime* (per un'analisi più ampia del regolamento vedasi *infra* cap. 6).

<sup>494</sup> Con riferimento alle autorità nazionali spagnole si veda ad esempio la decisione del TDC n. 553/03 relativa al caso *Pfizer/Fedifar* relativa ad una decisione di boicottaggio di Pfizer da parte della federazione dei distributori all'ingrosso di prodotti farmaceutici.

<sup>495</sup> M. Motta-M. Polo, *op. cit.*, p. 150

quali ritengano di essere in grado di acquisire prove sufficienti per dimostrare la collusione in sede giudiziale, senza ledere i principi del nostro diritto. Ci si riferisce in questo caso ad una categoria di efficienza più di tipo giuridico che non economico.

In altri casi, tuttavia, la questione si presenta in forma più complessa: in un contesto oligopolistico non è sempre vero che in assenza di coordinamento le imprese si porrebbero necessariamente in concorrenza tra loro, in quanto si può venire a determinare un equilibrio tacitamente collusivo dalle medesime caratteristiche di quello emergente in presenza di intese o pratiche concordate. L'impresa oligopolista, infatti, valuta se intraprendere una strategia collusiva confrontando il guadagno immediato che essa trarrà dal non adeguarsi ai comportamenti dei rivali con la perdita che subirà a seguito della loro reazione concorrenziale. La convenienza di tale scelta dipenderà da più fattori:

- la durata temporale del periodo preso a riferimento, ossia per quante volte si ripete il gioco, laddove evidentemente la perdita sarà tanto maggiore quanto più le imprese si conoscono, così che si accorcerà il loro tempo di reazione ai comportamenti delle altre, e quanto più il gioco si protrarrà nel tempo;
- le condizioni strutturali di mercato, quali la concentrazione, la simmetria dimensionale, la presenza di barriere all'entrata, la stabilità della domanda, il potere degli acquirenti, l'omogeneità del prodotto, che si pongono in relazione di proporzionalità diretta con i profitti derivanti dal coordinamento dei comportamenti;
- le pratiche delle imprese sul mercato, quali le clausole contrattuali imposte ai clienti ovvero le tipologie di contratti di distribuzione stipulati con i rivenditori.

Conseguentemente l'intervento sanzionatorio nei confronti dell'intesa, peraltro spesso giuridicamente più agevole attraverso il ricorso alla fattispecie dell'abuso di posizione dominante collettiva piuttosto che a quella delle intese restrittive, rischia di non essere in grado di ripristinare una reale condizione di concorrenza.

In questi casi, a seconda dell'entità della perdita associata alla condizione di oligopolio esistente sotto il profilo dell'efficienza sia allocativa che dinamica, desumibile, ove possibile, mediante l'utilizzo della teoria dei giochi, nonché dell'effettiva possibilità di rimuovere i fattori strutturali e di condotta facilitanti il raggiungimento di equilibri collusivi, l'alternativa sarà, pertanto, tra il non

intervento, in presenza di un costo della regolazione superiore al guadagno di efficienza ottenibile, e un intervento di tipo articolato, sia sanzionatorio che regolatorio, teso a creare un contesto di incentivi o ulteriori sanzioni, che, modificando i fattori strutturali e le pratiche adottate dalle imprese (ad esempio facilitando l'ingresso di nuove imprese sul mercato, ovvero imponendo rigide regole di trasparenza<sup>496</sup>, o ancora vietando l'utilizzo di determinate clausole contrattuali), sia in grado di creare condizioni di mercato non collusive compatibili con un nuovo equilibrio di Nash parzialmente superiore al precedente. Tale compatibilità sarà a sua volta da verificare anche attraverso un'adeguata valutazione dei costi di spostamento (c.d. *switching costs*), tipologia di costi assimilabile ai costi di transazione, che le imprese devono sostenere per convergere verso il nuovo punto di equilibrio, in modo che la loro presenza non vanifichi lo sforzo del regolatore<sup>497</sup>.

Si tratterà, in definitiva, di restringere, attraverso tale intervento, il *range* di strategie di condotta a disposizione delle imprese, orientandolo verso quelle che rendono più probabile il raggiungimento di soluzioni di *second-best*, attraverso l'inevitabile interazione strategica tra le imprese stesse.

Frequenti sono invece le situazioni di *trade-off* tra incremento di efficienza e aumento del potere di mercato osservabili nelle c.d. *joint ventures*, entità ibride collocabili tra i cartelli e le fusioni, che, nel caso coinvolgano solo alcune specifiche funzioni ricadono nel campo di applicazione dell'art. 81 (c.d. *joint ventures cooperative*)<sup>498</sup>. Questa tipologia di *joint-ventures* può essere un mezzo per generare

---

<sup>496</sup> Peraltro la trasparenza applicata ai prezzi deve essere sempre vincolante rispetto ai prezzi effettivamente praticati nei confronti dei consumatori e può avere effetti controproducenti, in quanto, in determinati contesti di mercato, gli annunci di prezzi permettono alle imprese di far conoscere ai rivali le loro politiche di prezzo, permettendo ad essi di adeguarsi, facilitando così la collusione (Motta-Polo, *op. cit.*, p. 131 ss.). Si veda a questo proposito il caso americano *Ethyl* in cui quattro imprese produttrici di additivi antidetonanti per la benzina furono sanzionate dalla Federal Trade Commission per aver annunciato attraverso la stampa gli aumenti di prezzo al fine di far conoscere le proprie intenzioni ai concorrenti in modo che questi ultimi potessero adeguarsi.

<sup>497</sup> In particolare l'esistenza di costi di spostamento può portare ad una persistenza della condizione di equilibrio di partenza ovvero ad un continuo disequilibrio non convergente, nel caso in cui l'ordine delle preferenze, tenuto conto di tali costi, implichi un percorso di tipo circolare (M. Vatiere, *Valutazione economica degli atti dell'AGCM: una proposta dalla teoria dei giochi*, in Siena memos papers in law and economics, 36, 2005, p. 6-8).

<sup>498</sup> Altrimenti, nel caso in cui vi sia un controllo congiunto a livello di governance ovvero quando le *joint-ventures* vadano a costituire delle entità economicamente indipendenti in una prospettiva di lungo periodo, esse sono equiparate alle concentrazioni (c.d. *joint ventures concentrative*).

guadagni di efficienza, senza dover ricorrere a uno strumento ancora più restrittivo, quale è la fusione<sup>499</sup>.

Gli accordi cooperativi, a differenza dei cartelli, riguardano solo parti del processo produttivo e sono in grado di generare, almeno potenzialmente, dei guadagni di efficienza per le imprese che vi prendono parte. Gli incrementi di efficienza più frequenti in questo ambito riguardano la sostenibilità dei costi dell'innovazione ottenibili mediante la costituzione di *joint-ventures* nello svolgimento dell'attività di ricerca e sviluppo (benefici riconosciuti dalla Comunità Europea attraverso l'esenzione concessa a tale tipologia di accordi dal Reg. n. 2659/2000, purchè le imprese partner possano comportarsi in modo indipendente sul mercato di sbocco), che consentono di distribuire i rischi e i costi della ricerca, ottenere sinergie e eliminare duplicazioni<sup>500</sup>. Per contro esse possono imporre tempi più lunghi per l'introduzione del prodotto e ridurre le possibilità di scelta agli acquirenti<sup>501</sup>, e soprattutto avere effetti disincentivanti sulla ricerca: se, infatti, ipoteticamente tutte le principali imprese di un settore prendessero parte ad un accordo per lo sviluppo di progetti in comune, l'incentivo ad innovare deriverebbe solo dalle possibili riduzioni di costo, e non anche da un'eventuale differenziazione di prodotto di cui tutti i concorrenti si approprierebbero.

Intese cooperative aventi effetti positivi in termini di efficienza possono altresì riguardare l'utilizzo in comune degli impianti in mercati caratterizzati da eccesso di capacità produttiva e/o elevata dimensione ottima di impresa (ad es. l'industria siderurgica) ovvero coinvolgere imprese multi-prodotto che si accordano per specializzare le rispettive attività di produzione; in questa seconda ipotesi ciascuna produce una parte della linea di prodotto e rifornisce l'altra impresa, in modo tale che entrambe si specializzano, ottimizzando l'uso di risorse e migliorando la qualità tecnica del prodotto; rientrano in questa fattispecie anche le *joint-ventures* per conseguire economie di scala nella costituzione di centrali di acquisto comune ovvero nella fase di distribuzione. Sempre nell'ambito di imprese multiprodotto, la

---

<sup>499</sup> I. Van Bael e F. Basis, *Competition law of the European Community*, Den Hague, 2004, p.463 ss.

<sup>500</sup> Così come riconosciuto dalla Commissione Europea anche precedente all'adozione del Regolamento 2659 nei casi *Asahi/St Gobain* (1994) e *Philips/Osram* (1994), nonché con particolare riferimento al settore delle telecomunicazioni i casi *BT/MCI* (1995), *Olivetti/Digital* (1994) e *Unisource* (1997).

<sup>501</sup> D. Leahvy e J.P. Neary, *Public policy towards R&D in oligopolistic industries*, in *American economic review*, 87, 1997, p. 642-662.

cooperazione tra imprese svolgenti attività tra loro complementari può consentire il raggiungimento di economie di diversificazione. Effetti positivi in termini di efficienza derivanti da intese orizzontali riguardano, infine, la ripartizione delle esternalità negative legate alle attività di tutela dell'ambiente, e i c.d. *network effects* ottenibili dalla fissazione di standards produttivi comuni.

In tutti questi casi rimane comunque valido il principio di proporzionalità per il quale l'incremento di efficienza deve essere ottenuto attraverso la forma di intesa che minimizzi gli effetti restrittivi e distorsivi della concorrenza.

In sede applicativa l'atteggiamento delle autorità *antitrust* verso questa tipologia di imprese tende, pertanto, a essere significativamente più benevolo: i guadagni di efficienza e l'assenza di coordinamento sulle variabili fondamentali esterni sono ormai un elemento esplicitamente riconosciuto e positivamente valutato dalle autorità comunitarie<sup>502</sup>; un atteggiamento ormai esplicitamente recepito dalla Comunicazione sulle intese orizzontali del 2001<sup>503</sup>, che ha portato la Commissione a non sanzionare intese appartenenti a questa categoria negli ultimi anni. Similmente si sono comportate le autorità nazionali, orientandosi progressivamente sulla stessa lunghezza d'onda della Comunità<sup>504</sup>.

### ***Le intese verticali***

Le intese verticali comprendono tutti gli accordi e le clausole contrattuali che coinvolgono imprese operanti a stadi adiacenti della stessa filiera produttiva: dai contratti a lungo termine di approvvigionamento della materia prima fino alle relazioni tra il produttore dei beni di consumo finali e i rivenditori che li distribuiscono. Esse costituiscono il caso più frequente di restrizioni concorrenziali che generano contestualmente guadagni di efficienza; il che, unito al fatto che, intrinsecamente, rappresentano una minaccia meno grave per la concorrenza,

---

<sup>502</sup> Si vedano ad esempio i casi *Eurovision* (2000), *Fiat/Hitachi* (1993) e *Exxon/Mobil* (1994), nonché il già citato caso *Ford/Volkswagen* (1994).

<sup>503</sup> Commissione Europea, *Guidelines on the applicability of article 81 of the Treaty to horizontal cooperation agreements*, 2001.

<sup>504</sup> Si vedano ad es. la decisione del *Conseil de la concurrence* n. 89-D-21, *Index ADCC Lamy* riguardante un accordo di specializzazione tra due imprese concorrenti che avrebbe incrementato la loro efficienza produttiva e più recentemente la decisione dell'OFT *LINK Interchange Network Ltd* del 16 ottobre 2001. Più restrittivo è stato invece l'atteggiamento sempre dell'OFT nel caso *Mastercard Interchange Fees* (2003) nella valutazione del quale i guadagni di efficienza non sono stati sufficienti a compensare gli effetti anticoncorrenziali dell'accordo.

permette a questa categoria di intese di beneficiare di un atteggiamento più benevolo, come riconosciuto anche dal diritto comunitario con l'adozione del già esaminato Regolamento 2790/99<sup>505</sup>.

In termini di effetti economici le intese verticali sono innanzitutto distinguibili in due categorie: le restrizioni *interbrand* e quelle *intra-brand*. Alle prime appartengono quelle forme di coordinamento che limitano la vendita di un determinato prodotto da parte dei soggetti posti sul mercato a monte a quelli operanti sul mercato a valle. Le seconde invece intercorrono necessariamente negli accordi tra produttori e distributori, anche se non esauriscono le possibili intese tra queste categorie di soggetti, e impediscono ai secondi di acquistare e commercializzare liberamente prodotti da altri fornitori ostacolando così la concorrenza con riferimento al mercato a valle. Tanto le prime quanto le seconde possono incidere negativamente sulla concorrenza, tuttavia le restrizioni *interbrand* devono essere considerate le più dannose in quanto limitano la sul mercato a monte e cioè, nel caso degli accordi di distribuzione, la concorrenza tra marche. Viceversa le restrizioni *intra-brand* riducono la concorrenza tra diversi rivenditori relativamente alla commercializzazione di prodotti della medesima marca, non influenzando direttamente sull'efficienza del mercato del prodotto, ma solo sul livello di efficienza nella fase di distribuzione dello stesso; per questa ragione esse sono considerate più favorevolmente nei limiti in cui non producano anche effetti indiretti in termini di concorrenza *interbrand*, attraverso la facilitazione di fenomeni di collusione orizzontale ovvero di comportamenti strategici posti in essere dalle imprese operanti nei mercati a monte, qualora tali mercati presentino una configurazione oligopolistica<sup>506</sup>. Questa differenziazione è stata riconosciuta dalla Commissione Europea, la quale ha statuito il principio generale della diversità di trattamento di queste due tipologie di intese verticali all'interno delle *Guidelines* dedicate alle restrizioni verticali<sup>507</sup>, recependo così,

---

<sup>505</sup> V. supra cap. 4 par. 3.

<sup>506</sup> P. Rey-J. Stiglitz, *The role of exclusive territories in producer's competition*, in *The Rand Journal of economics*, 1991, p. 431-451.

<sup>507</sup> Comunicazione della Commissione del 13 ottobre 2000, *Linee direttrici sulle restrizioni verticali*, par. 1.3; in precedenza erano in vigore regolamenti di esenzione di cui beneficiavano specifiche tipologie di accordi tra produttori e rivenditori, ovvero accordava esenzioni a determinati settori.

seppure con un certo ritardo<sup>508</sup>, l'evoluzione della teoria economica e della giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>509</sup>.

Per la varietà degli effetti da esse prodotte, potendo esse produrre sia effetti *interbrand* che *intra-brand*, nonché per la loro rilevanza quantitativa, tra le restrizioni verticali le intese tra produttori e distributori costituiscono senza dubbio la categoria di restrizioni verticali più studiata dalla dottrina giuridica ed economica e che presenta la maggiore applicazione concreta in sede di casistica sia amministrativa che giurisprudenziale.

Passando ad analizzare più nel dettaglio i principali effetti di benessere sociale delle intese verticali, cominciando da quelle *intra-brand*, è necessario preliminarmente individuare le possibili finalità che può avere la stipula di tale tipologia di accordi con riguardo ai produttori, i cui interessi apparentemente sono quelli di favorire l'esistenza di un sistema distributivo concorrenziale: la contrazione dei margini conseguiti dai rivenditori va, infatti, a ridurre il prezzo di vendita, determinando così un aumento delle vendite. Due sono le ragioni che sono state evidenziate a questo proposito, aventi conseguenze opposte da un punto di vista *antitrust*: il perseguimento di una maggiore efficienza della filiera distributiva da un lato, da considerarsi lecito; la ricerca di un sostenibile equilibrio collusivo nel mercato a monte, nei limiti in cui esso sia suscettibile di essere facilitato dall'assenza di politiche commerciali aggressive da parte dei rivenditori e dal coinvolgimento dei rivenditori stessi quale tramite tra le imprese produttrici, dall'altro, e che, al contrario deve essere sanzionato dalle autorità.

Per quanto riguarda specificatamente gli aspetti di efficienza, le intese *intra-brand* possono contribuire, tipicamente:

- a fronteggiare il fenomeno dei comportamenti opportunistici, riconducibile all'esistenza di un rapporto del tipo principale-agente;

---

<sup>508</sup> In precedenza infatti era stato a lungo adottato un criterio prevalentemente formalistico, sulla scia dell'approccio seguito nel noto caso *Consten & Grundig* (Decisione della Commissione del 23 settembre 1964, caso IV-A/4-3344, confermato dalla Corte di Giustizia con sentenza del 13 luglio 1966, C-56 e C58/64), nel quale un'impresa produttrice aveva concesso ad un distributore francese il diritto esclusivo di distribuire i prodotti in Francia, nonché una licenza del proprio marchio, consentendogli così di opporsi all'importazione di beni della medesima marca provenienti da altri paesi attraverso la normativa a tutela della proprietà intellettuale.

<sup>509</sup> Tra gli altri, Corte di Giustizia, 25 ottobre 1977, C-26/76, caso *Metro*, dove veniva riconosciuto che le reti di rivenditori che, oltre a soddisfare determinati requisiti di carattere qualitativo, fossero disposti ad assumere impegni supplementari di carattere promozionale, erano suscettibili di beneficiare di un'esenzione ai sensi dell'art. 81 par. 3.

- a ridurre i costi di transazione, con riferimento alla contrattazione tra produttore e distributore;
- a impedire la doppia monopolizzazione (secondo il principio in base al quale è più efficiente una situazione in cui vi è un unico monopolista).

Il fenomeno dell'opportunismo, definito anche *free-riding*, emerge quando un produttore effettua investimenti diretti ad incrementare le proprie vendite, ma non ne può godere a pieno i benefici a causa del comportamento opportunistico dei rivenditori, che li possono destinare alla vendita di altri prodotti ovvero nel caso in cui altri rivenditori si possano appropriare dei benefici derivanti da tali investimenti<sup>510</sup>. Per limitare tale fenomeno il produttore avrà interesse a stipulare determinate clausole contrattuali che inducano i distributori a non vanificare i suoi investimenti e ad impegnarsi maggiormente nella commercializzazione dei suoi prodotti, fornendo servizi accessori sia pre-vendita che post-vendita, proteggendoli altresì dall'opportunismo degli altri rivenditori. Le principali clausole utilizzate a tal fine hanno per oggetto l'obbligo per il distributore di non trattare prodotti della concorrenza, imponendo quindi un'esclusiva di vendita o di acquisto (c.d. distribuzione selettiva), e il riparto dei distributori su base territoriale (c.d. clausole di esclusiva), che impone un unico distributore a commercializzare la marca del produttore in una specifica area geografica<sup>511</sup>. Consideriamo ad esempio la distribuzione selettiva: essa può trovare giustificazione nelle politiche di differenziazione dei rivenditori perseguite attraverso il ricorso alla certificazione di qualità e ad altre forme di distinzione agli occhi dei consumatori. Tali politiche comportano, infatti, alcuni costi, quali, ad esempio, la disponibilità di personale specializzato, ovvero le spese legate ad una particolare presentazione del prodotto ai clienti; il rischio, anche in questo caso è che altri negozi ne beneficino, secondo il fenomeno del *free-riding*. La forma di restrizione verticale più appropriata in questa

---

<sup>510</sup> Supponendo infatti che per il consumatore non sia eccessivamente costoso, rispetto al valore del bene effettuare una ricerca prima di procedere all'acquisto, egli potrebbe beneficiare dei servizi di assistenza del rivenditore che li offre, effettuando poi l'acquisto presso un altro distributore che pratica un prezzo inferiore grazie al fatto che non offre alcun servizio accessorio, benchè quest'ultimo generi un'utilità netta positiva e quindi incrementi l'efficienza del mercato; di conseguenza che anche il primo rivenditore cesserebbe di offrire tali servizi per poter competere sul livello di prezzo..

<sup>511</sup> Uno di questi casi lo ritroviamo ad esempio nella decisione n. 581/04 del TDC relativa al caso *Cerafruit/Bayer*, laddove *Bayer* aveva stipulato un accordo di distribuzione esclusiva per la commercializzazione di una sostanza chimica, la cui commercializzazione richiedeva ingenti investimenti

ipotesi è appunto la distribuzione selettiva, attraverso la quale il produttore che intende rivolgersi a tale categoria di distributori impone dei requisiti che i rivenditori devono soddisfare per poter rifornirsi presso di lui (ad esempio essere posizionati lungo le principali vie del centro cittadino ovvero impiegare solo personale specializzato).

Allo stesso modo il *free-riding* può sorgere al livello dei produttori: essi potrebbero avere interesse a fornire supporto ai distributori in varie forme, quali la formazione del personale, l'allestimento dei locali, il finanziamento a tassi agevolati; tuttavia, nella misura in cui tali attività di supporto non favoriscono direttamente la marca del produttore, ma il punto vendita in generale, di esse beneficeranno anche gli altri produttori innescando un fenomeno di disincentivazione.

Per quanto concerne invece i costi di transazione, le intese verticali permettono di ridurli, riproducendo, in scala limitata, i guadagni ottenibili attraverso un'integrazione verticale vera e propria, e consentendo, ad esempio, di incrementare l'efficienza logistica nella fase distributiva. Inoltre, sia i produttori che i distributori, prima di poter entrare in relazioni commerciali tra loro devono creare le condizioni tecniche e giuridiche affinché si possano realizzare, effettuando pertanto degli investimenti specifici di durata pluriennale, conseguentemente essi avranno interesse a stipulare contratti di esclusiva a lungo termine, ponendo quindi in essere una restrizione verticale, in modo da garantire un ritorno economico a tali investimenti. In particolare, con riferimento a quest'ultimo punto, la fissazione di clausole restrittive nelle relazioni verticali permette di garantire le parti dall'opportunità post-contrattuale definito anche "estorsione post-contrattuale" (*hold up*), un rischio che sorge quando uno dei contraenti si indebolisce in seguito ad investimenti in beni tangibili o intangibili, "personalizzati" rispetto alle esigenze della controparte. Si tratta del concetto di *asset specificity* elaborato da Williamson: il bene oggetto dell'investimento non può essere utilizzato in altre relazioni contrattuali se non a costi di riconversione (*switching costs*) molto elevati, se non proibitivi<sup>512</sup>. Tali investimenti spesso permettono di conseguire innovazioni ed efficienze produttive, ma espongono il fornitore al rischio di essere soggetti ad una svantaggiosa rinegoziazione del contratto imposta loro dal cliente, il quale è

---

<sup>512</sup> O. Williamson, *Transaction-cost economics: the governance of contractual relations*, in *Journal of Law and Economics*, 22, 1979, p. 143 ss..

consapevole che la controparte non potrà rivolgersi ad altri. L'esempio fornito dalla letteratura è quello del contratto relativo a servizi di tipografia stipulato tra due imprenditori: il proprietario della macchina tipografica, una volta acquistate le macchine per la stampa sarà esposto alla volontà dell'editore di rinegoziare il contratto a condizioni più vantaggiose, volontà cui difficilmente potrà opporsi posto che egli sosterebbe dei costi di riconversione molto elevati qualora l'editore cessasse di acquistare da lui il servizio tipografico<sup>513</sup>. La parte che deve effettuare l'investimento chiederà allora, come "assicurazione", un contratto di durata sufficientemente lunga da ammortizzare nel tempo il costo dell'investimento stesso, che darà vita ad una sorta di monopolio bilaterale, restringendo quindi la concorrenza, ma d'altra parte fornendo il necessario incentivo alla parte "debole" ad investire.

I fenomeni di doppia monopolizzazione si verificano infine nell'ipotesi in cui sia il produttore che il distributore agiscono come monopolisti nel loro rispettivo mercato di riferimento. Entrambe le imprese praticeranno un prezzo di monopolio, con la conseguenza che il consumatore finale sopporterà una doppia marginalizzazione del prezzo, cui sarà associato un prezzo superiore e una quantità inferiore rispetto a quanto praticato da un ipotetica impresa integrata verticalmente, che fisserebbe un unico *mark-up* anziché due. Se l'integrazione verticale non è realizzabile ovvero presenta anche aspetti distorsivi della concorrenza, possono essere utilizzate diverse tipologie di restrizioni verticali che minimizzino l'effetto anticoncorrenziale: innanzitutto la fissazione coordinata del prezzo di vendita (minimo o massimo) che permette al produttore di fissare un unico prezzo, in corrispondenza del quale il suo profitto sarà massimizzato con conseguente riduzione del prezzo finale per il consumatore; in alternativa al distributore potrebbe essere imposta una quantità minima che lo obbligherebbe ad abbassare i prezzi per aumentare le vendite fino al livello ottimale per l'ipotetica struttura integrata. La seconda opzione, in linea generale, è da preferirsi in quanto meno pericolosa per la concorrenza: la fissazione del prezzo di rivendita, infatti, disincentiva le riduzioni di prezzo a livello di produzione e facilita la collusione tra distributori; tuttavia essa crea altresì un incentivo al distributore ad incrementare il valore aggiunto del

---

<sup>513</sup> R. Natoli, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004, p.67 ss.

prodotto al fine di differenziarsi rispetto agli altri distributori. Conseguentemente una valutazione in termini comparativi dovrà comunque essere effettuata per verificare la significatività di tale effetto incentivante rispetto al primo.

Una parte delle intese *intra-brand* produce altresì effetti *inter-brand*, così come ci sono altre restrizioni verticali, non a livello distributivo, che producono esclusivamente conseguenze sulla competizione tra marche diverse. Questa categoria di effetti implica problematiche anti-concorrenziali più marcate, in quanto, come, detto riguardano il mercato del prodotto e non la sua fase distributiva, e, come tali, suscitano maggiore attenzione nelle autorità *antitrust*, in particolare nel caso in cui le intese coinvolgano imprese con un elevato potere di mercato.

Tra gli effetti anticoncorrenziali *inter-brand* delle intese verticali, la teoria economica ha posto l'attenzione in particolare sul rischio che esse contribuiscano all'innalzamento di barriere all'entrata (*foreclosure effect*) ovvero che esse facilitino il comportamento strategico, creando così le condizioni ideali per una collusione tacita nel mercato a monte qualora le imprese in esso operanti detengano un sufficiente potere di mercato.

Con riferimento ai potenziali effetti di chiusura del mercato, essi sono la tipica conseguenza di presenza di accordi di distribuzione esclusiva; tali accordi hanno un effetto escludente nei confronti dei produttori concorrenti cui viene limitato l'accesso ai canali distributivi, o comunque ai possibili sbocchi sul mercato; effetto escludente che non deve necessariamente tradursi nell'eliminazione dei concorrenti, ma più plausibilmente in un innalzamento dei loro costi (*raising rival costs*, da cui l'acronimo "RRC"), attraverso l'imposizione di ostacoli al conseguimento di economie di scala ovvero la preclusione all'accesso a canali commerciali più efficienti così come concludono alcuni modelli Post-Chicago<sup>514</sup>. Ma per ottenere il consenso del distributore ad una tale politica, il produttore sarà probabilmente costretto a ridurre i prezzi all'ingrosso praticati nei suoi confronti, incrementando così il benessere sociale<sup>515</sup>, beneficio che si aggiunge a quelli già esaminati relativi alla riduzione dei costi di transazione e agli effetti incentivanti nei confronti dei

---

<sup>514</sup> W.S. Comanor e H. E. Frech, *The competitive effect of vertical agreements*, in *American economic review*, June 1985, p. 539-546; in senso opposto M. Schwartz, *The competitive effect of vertical agreements: comment*, in *American economic review*, December 1987, 1063 ss.

<sup>515</sup> G.F. Mathewson-R.A. Winter, *The competitive effect of vertical agreements: comment*, in *American economic review*, December 1987, 1057-1062.

distributori. Dalla ponderazione di tali effetti deriverà la decisione *antitrust* da adottare secondo il criterio di efficienza.

Per quanto concerne gli effetti strategici delle intese verticali, essi sono possibili in presenza di quelle intese che creano un incentivo nel rivenditore a praticare prezzi elevati sul mercato di sbocco, quali, nuovamente, i contratti di distribuzione esclusiva: esse costituiscono una sorta di delega della strategia di prezzo dal produttore al distributore che, se osservata dai concorrenti del primo, assumerà le sembianze di una promessa credibile del produttore ai suoi rivali di tenere i prezzi elevati, così che questi avranno convenienza a non ridurre i prezzi<sup>516</sup>; si innescherà conseguentemente un potenziale meccanismo di collusione tacita. Vi sono altresì intese verticali che facilitano la creazione di veri e propri cartelli tra imprese produttrici: la fissazione del prezzo di rivendita, ad esempio, migliora l'osservabilità dei prezzi; così come la scelta di rivendere i propri prodotti per il tramite di un rappresentante comune che agisca in esclusiva, induce il rivenditore comune a massimizzare i profitti nel mercato geografico in cui opera con il medesimo effetto che si verificherebbe in presenza di un cartello tra le imprese produttrici.

Un'analisi a sé stante meritano infine le clausole imposte dai produttori ai rivenditori che vietano a questi ultimi di importare il bene da Stati limitrofi dove i prezzi praticati dai medesimi produttori sono più bassi (divieto di effettuare importazioni parallele); tali clausole sono infatti molto frequenti in ambito europeo, in quanto, impedendo l'arbitraggio tra i diversi mercati, svolgono un'indispensabile funzione ausiliaria a pratiche di discriminazione di prezzo su base geografica ovvero ad accordi di distribuzione esclusiva, i quali, nel caso si accompagnino ad una tale forma di divieto, creano sistemi di distribuzione "chiusi". Da un punto di vista economico, i divieti imposti ai distributori di rivendere i prodotti al di fuori del proprio paese limitano la sola concorrenza *intra-brand*, non incidendo su quella *inter-brand*, cui si aggiunge l'effetto di sfruttamento dei consumatori, assai rilevante nel caso in cui l'impresa produttrice detenga una posizione dominante<sup>517</sup>. Tali

---

<sup>516</sup>M. Motta-N. Polo, *op. cit.*, p. 225-227

<sup>517</sup>Lo stesso effetto lo si rinviene nelle condotte unilaterali caratterizzate dal rifiuto a contrarre sollevato dalla parte venditrice nei confronti della parte acquirente che intende rivendere il prodotto al di fuori dei confini nazionali dello Stato in cui opera; giuridicamente, tuttavia, tale pratica si colloca tra le fattispecie cui è applicabile l'art. 82 del Trattato.

clausole spesso trovano una giustificazione in termini di efficienza: nel caso in cui contrastino fenomeni di *free-riding*<sup>518</sup>, ovvero laddove prevengano dall'aggiramento dei diritti di proprietà intellettuale, solitamente protetti su base nazionale e, di conseguenza, favoriscano gli investimenti in ricerca e sviluppo<sup>519</sup> (ammesso e non concesso che il riconoscimento dei diritti di proprietà intellettuale in una determinata ampiezza sia effettivamente desiderabile).

Tuttavia, malgrado la potenziale esistenza di giustificazioni economiche all'imposizione di restrizione alle importazioni parallele in talune situazioni quali quelle ora menzionate, le autorità comunitarie hanno storicamente contrastato *per se* questi accordi<sup>520</sup>, mantenendo un atteggiamento assai rigido, più dettato dal perseguimento dell'obiettivo della libera circolazione delle merci e quindi dell'integrazione del mercato unico, che non da considerazioni di politica della concorrenza, e talvolta addirittura prendendo decisioni che indebolivano di fatto la concorrenza sul mercato geografico destinatario del divieto di esportazione<sup>521</sup>. Recentemente vi sono stati però alcuni segnali di cambiamento nell'atteggiamento delle istituzioni comunitarie, ciò rappresentando un'importante novità nei criteri di valutazione dei casi di divieto delle importazioni parallele: la recente sentenza *Glaxowellcome*<sup>522</sup>, confermata nella sua impostazione dalla sentenza *Syfait*<sup>523</sup> seppure in un caso di condotta unilaterale ex art. 82, ha ammesso l'ingresso dell'analisi economica anche nella valutazione di questi casi, stabilendo che una clausola che impone ai grossisti un prezzo più elevato sui prodotti riesportati (ostacolando, conseguentemente, le importazioni parallele) è suscettibile di beneficiare di un'esenzione ai sensi dell'art. 81 (3) del Trattato e deve pertanto essere analizzata anche nei suoi effetti di efficienza; tale analisi, tuttavia è stata per ora ammessa solo per settori che presentano determinate specificità, quale quello farmaceutico, nel

---

<sup>518</sup> R. Bork, *The rule of reason and the per se concept: price fixing and market division*, in *Yale Law Journal*, 1966, p. 373 ss.

<sup>519</sup> W. Baden Fuller, *Economic issues relating to property rights*, in *European law review*, 1981, p. 162 ss.

<sup>520</sup> Si veda ad es. la decisione della Commissione Europea del 28 gennaio 1998, *Volkswagen-Audi*, confermata sia dal Tribunale di Primo Grado (sentenza del 6 luglio 2000 causa T-62/98) che dalla Corte di giustizia (sentenza del 18 settembre 2003 causa C-338/2000).

<sup>521</sup> Commissione Europea, decisione del 29 novembre 1977, caso *Distillers*. Il risultato di tale decisione è stato quello di far cessare le esportazioni del prodotto nello Stato ove esso veniva venduto a prezzi più elevati, con l'effetto di determinare un indebolimento della concorrenza.

<sup>522</sup> Tribunale di primo grado, sentenza del (T-168/01).

<sup>523</sup> Corte di giustizia, sentenza del 28 settembre 2006 (C-53/03).

quale, notoriamente, vi è l'esigenza di tutelare i diritti di proprietà intellettuale, la cui estensione è generalmente su base nazionale, e nel quale lo Stato generalmente regola il prezzo di gran parte dei farmaci.

### **7.3 Efficienza e abusi di posizione dominante: il criterio dell'*as equal efficient firm*.**

L'abuso di posizione dominante consiste, come detto, nel comportamento dell'impresa che approfitta del suo potere di mercato per porre in essere pratiche anticoncorrenziali. Mentre, tuttavia, dal punto di vista giuridico, deve essere valutata preliminarmente la sussistenza di una posizione dominante in capo all'impresa, una valutazione economica ispirata al criterio di efficienza prescinde da tale verifica preliminare, incentrandosi sull'esame degli effetti economici e in particolare sull'accertamento di una significativa restrizione alla concorrenza effettiva.

Le valutazioni di efficienza nei casi di condotte unilaterali sono particolarmente complesse: pratiche diverse possono avere lo stesso effetto in determinate situazioni, e, simmetricamente, la stessa pratica può avere effetti diversi a seconda delle circostanze. Così come per le intese, inoltre, vi sono alcune pratiche che, pur danneggiando i consumatori o i concorrenti, possono portare anche a incrementi di efficienza. In alcune situazioni si manifesta, invece, un *trade off* tra gli effetti di una pratica nel breve e nel lungo periodo, con effetti negativi in termini di output (efficienza allocativa), ma positivi in termini di crescita economica ovvero di produttività (efficienza dinamica e produttiva); pratiche che possono generare questo duplice effetto sono, ad esempio, le "vendite legate" e il "rifiuto a contrarre". Altre pratiche, infine, possono far sorgere delle questioni di efficienza dinamica, in quanto tendono a ridurre durevolmente la concorrenza, pur avendo effetti positivi in termini allocativi, almeno nel breve periodo; casi di questo tipo possono sorgere in presenza di prezzi predatori e discriminazioni di prezzo di tutti e tre i tipi.

A livello teorico generale, lo ricordiamo<sup>524</sup>, deve distinguersi tra le pratiche di sfruttamento e le pratiche escludenti.

Nelle pratiche di sfruttamento la valutazione di efficienza può basarsi sugli effetti della condotta dell'impresa in posizione dominante alternativamente in termini

---

<sup>524</sup> V. supra cap. 4.

di benessere dei consumatori ovvero in termini di surplus totale del mercato (cioè la somma del benessere del consumatore e del produttore). Gli economisti suggeriscono in prevalenza il secondo criterio, poiché considerano il problema distributivo che può sorgere da un tale approccio distinto e risolvibile attraverso specifici programmi; altri evidenziano, tuttavia, che una forte appropriazione del surplus da parte del produttore può generare fenomeni di *rent-seeking*, suggerendo, conseguentemente, il primo criterio. A seconda della scelta sul criterio da adottare, evidentemente, si potrà giungere a diverse conclusioni; si pensi, ad, esempio alle discriminazioni di prezzo, in particolare quelle del primo e del terzo tipo, che spesso, pur danneggiando i consumatori, possono portare a incrementi di efficienza allocativa complessiva grazie ad un maggiore surplus totale<sup>525</sup>.

Per quanto riguarda le pratiche escludenti la valutazione di efficienza recentemente suggerita dalla Commissione Europea<sup>526</sup> e da parte della teoria economica, è quella svolta mediante il c.d. test dell'“impresa egualmente efficiente”( *equally efficient firm*): tale criterio seleziona tutte quelle pratiche potenzialmente escludenti cui un'impresa concorrente, che sostiene costi uguali a quella in posizione dominante, non sopravviverebbe; in questa ipotesi la pratica è effettivamente escludente e se ne dovranno analizzare gli effetti in termini quantitativi, in particolare se gli effetti negativi generati dalla pratica sono controbilanciati da altri di entità eguale o superiore (ad esempio l'esistenza, nel caso delle “vendite legate” di c.d. *network effects*). Nell'ipotesi opposta, cioè se il test non viene superato, la pratica è solo apparentemente escludente poiché in realtà non si allontana dalle regole della concorrenza, né è dannosa nei confronti dei consumatori.

Affinchè sia rispettato il criterio dell'efficienza dinamica, inoltre, la suddetta analisi deve essere svolta in un'ottica di medio periodo poiché vi possono essere situazioni in cui l'impresa escludenda sarà presumibilmente in grado, in futuro, di incrementare la propria efficienza e rappresentare così un'effettiva forza concorrenziale sul mercato<sup>527</sup>. Questo accorgimento deve essere adottato in

---

<sup>525</sup> Peraltro queste discriminazioni di prezzo permetteranno di soddisfare anche i consumatori disposti a pagare un prezzo inferiore a quello che sarebbe praticato in assenza di discriminazione, a detrimento dei consumatori esprimenti una maggiore propensione al consumo del bene, il cui prezzo è oggetto di discriminazione.

<sup>526</sup> Commissione europea, *Discussion Paper*, cit., par. 81.

<sup>527</sup> Commissione europea, *Discussion Paper*, cit., par. 90.

particolare nei casi in cui l'impresa escludenda è entrata solo recentemente sul mercato.

Deve infine rilevarsi come il criterio dell' *equally efficient firm* ponga dei problemi, spesso insuperabili, relativi alla comparazione dei costi nella sua applicazione pratica.

Passiamo ora ad esaminare singolarmente alcune delle principali pratiche suscettibili di essere abusive.

### ***Discriminazioni di prezzo***

Le discriminazioni di prezzo, individuano, come noto, tutte le pratiche poste in essere da un'impresa per vendere un medesimo prodotto a prezzi diversi, a seconda dei singoli consumatori (discriminazione del primo tipo), delle quantità acquistate (discriminazione del secondo tipo), dei sotto-mercati, considerati in termini sia geografici che di gruppi di consumatori, che vengono separati dall'impresa in base alla diversa elasticità della loro domanda (discriminazione del terzo tipo). Esse sono una delle aree più vaste e controverse del diritto *antitrust*, per i loro diversi e spesso contrapposti effetti in termini economici, essendo intrinsecamente ambigue le loro conseguenze sul benessere generale.

Per un'analisi di efficienza di tali pratiche deve essere innanzitutto verificato l'effetto delle discriminazioni di prezzo in termini allocativi, e quindi sulla quantità del bene offerta sul mercato, per poi analizzare l'effetto in termini di produttività (efficienza tecnica), e le conseguenti riduzioni di costo, infine gli effetti in termini di evoluzione della struttura e delle condizioni dell'offerta a seguito della condotta discriminatoria (efficienza dinamica).

Seguendo tale schema si può innanzitutto affermare che la discriminazione di prezzo del primo tipo è efficiente sotto un profilo di benessere generale, benchè non lo sia sotto il profilo distributivo: il produttore offre infatti una quantità di prodotto pari a quella che sarebbe offerta in condizioni di concorrenza perfetta, massimizzando il livello di efficienza allocativa del mercato; ciò in quanto permette a tutti i consumatori disposti a pagare un prezzo pari o superiore al costo di produzione di essere soddisfatti e acquistare il bene. La massimizzazione del benessere generale avviene, però, in una situazione in cui il prezzo praticato è posto

al livello massimo che ciascun consumatore è disposto a sostenere per acquistare il prodotto, con la conseguenza che il produttore estrae a proprio favore l'intero *surplus* del consumatore. Per quanto affermato nel primo capitolo<sup>528</sup>, tuttavia, la valutazione di una tale forma di discriminazione deve comunque essere tendenzialmente positiva in un'ottica *antitrust*, poiché la teoria economica, a differenza del legislatore comunitario, considera la questione della distribuzione del reddito come un problema a sé stante nell'ambito della politica economica, e pertanto da tenersi distinto rispetto alla politica di tutela della concorrenza. Va peraltro precisato come questa valutazione sia meramente teorica data l'inesistenza nella realtà di tale pratica discriminatoria.

Maggiore attenzione meritano invece le altre due forme di discriminazione di prezzo, correntemente attuate da molte imprese. Per quanto concerne le discriminazioni di prezzo del terzo tipo, un'impresa ha convenienza a porle in essere qualora:

- possa ripartire la domanda in due sotto-mercati, dal punto di vista geografico ovvero dal punto di vista della domanda;
- non vi è possibilità di arbitraggio tra i due sotto-mercati;
- i consumatori dei due mercati esprimono domande diversamente elastiche rispetto al prezzo;
- la domanda espressa nel mercato a domanda inelastica sia quantitativamente superiore a quella espressa nell'altro.

Sussistendo tali requisiti l'impresa avrà interesse a agire separatamente nei due sottomercati, praticando in essi prezzi differenti, con l'effetto che i consumatori del mercato che esprimono una domanda più elastica beneficeranno di un prezzo relativamente inferiore, a danno degli altri, la cui domanda è relativamente inelastica e verso i quali sarà praticato un prezzo più elevato.

In un'ottica di efficienza, tale forma di discriminazione favorisce il benessere generale se e nei limiti in cui permette all'impresa di soddisfare una categoria di consumatori che altrimenti, in assenza di discriminazione non sarebbe in grado di acquistare il bene; in questa ipotesi le discriminazioni del terzo tipo divengono così

---

<sup>528</sup> V. *supra* par 1.4

equiparabili a quelle del primo tipo anche in termini di valutazione finale<sup>529</sup>, e pertanto sono da considerarsi lecite. Viceversa, qualora ai consumatori operanti nel primo mercato sarebbe comunque offerto il bene ad un prezzo inferiore, la condotta discriminatoria dell'impresa sarà da considerarsi abusiva<sup>530</sup>.

Anche le discriminazioni di prezzo del secondo tipo possono favorire i consumatori; ciò avviene qualora acquistino grandi quantità di prodotto per le quali sosterranno un prezzo unitario a quello che l'impresa praticerebbe in assenza di discriminazione. Tuttavia i ribassi concessi possono costringere i concorrenti ad uscire dal mercato, con conseguenze tipiche delle pratiche escludenti: l'impresa dominante ridurrà l'output incrementando i prezzi non appena i concorrenti avranno cessato di produrre. Nella loro valutazione un elemento chiave è costituito dall'andamento dei costi medi di produzione: laddove il produttore necessita di recuperare elevati costi fissi (si pensi ad esempio a settori caratterizzati da elevati investimenti iniziali in infrastrutture), la discriminazione di prezzo del secondo tipo è un'essenziale strategia per fronteggiare tale esigenza; la condotta discriminatoria non si configura in questo caso come abusiva in quanto permette di incrementare il benessere sociale (efficienza allocativa) e incentiva altresì gli investimenti (efficienza dinamica)<sup>531</sup>. Per contro, nel caso in cui lo sconto legato alla quantità sia finalizzato esclusivamente a fidelizzare il cliente, esso può presentare i requisiti per essere considerata abusiva poiché può permettere all'impresa di scoraggiare l'entrata sul mercato di concorrenti più efficienti non in grado di saturare il mercato, riuscendo così a mantenere il suo potere di mercato; la conseguenza è evidentemente un duraturo decremento del benessere sociale non giustificato da una riduzione di costi ottenibile attraverso la pratica discriminatoria<sup>532</sup>.

In sede applicativa vi sono due diversi orientamenti in merito alla valutazione delle pratiche di discriminazione di prezzo in ambito europeo. La Commissione le considera sempre abusive a meno che non siano motivate da una reale riduzione di

---

<sup>529</sup> Si pensi, ad esempio, alla tariffazione dei trasporti aerei o ferroviari, basata su diversi prezzi a seconda della stagione o della fascia oraria in cui vengono acquistati.

<sup>530</sup> D. Gerardin, *Price discrimination under EC competition law*, in *Journal of competition law and economics*, 2006, p. 1 ss.

<sup>531</sup> Per una formalizzazione matematica si veda M. Motta-M. Polo, *op. cit.*, p. 312 ss.

<sup>532</sup> La questione degli sconti fedeltà è esaurientemente spiegata in AAVV, *Loyalty and fidelity discounts and rebates*, in *OECD Journal of competition law and policy*, Vol. 5 nr. 2, 2003. p.170 ss.

costo; una valutazione di efficienza è pertanto ammessa solo nel caso di discriminazione di prezzo del secondo tipo e limitatamente agli aspetti di costo)<sup>533</sup>.

L'organo comunitario<sup>534</sup>, nonché le autorità nazionali dell'Europa continentale<sup>535</sup>, si sono particolarmente mostrati severi con il divieto di importazioni parallele imposto dai produttori ai propri distributori, divieto necessario per rendere attuabile una discriminazione di prezzo su base geografica, e con i c.d. sconti-fedeltà, nel valutare i quali si è generalmente optato per una condanna *per se*<sup>536</sup>, trascurando un'analisi di efficienza che invece dovrebbe innanzitutto quantificare il prezzo incrementale praticato dall'impresa escludendo limitatamente alla quota di mercato effettivamente contendibile dalla stessa, al fine di verificare i concreti effetti dello sconto di prezzo sul livello di concorrenza effettivo. In caso contrario, infatti, gli sconti di prezzo legati alla quantità sarebbero suscettibili di generare un incremento di efficienza allocativa sul mercato.

Questo orientamento interpretativo sarà probabilmente a breve modificato a favore di un approccio *economic-based*, qualora le proposte del *Discussion paper* del 2005 saranno accolte. Tuttavia anche la nuova valutazione prevista dal *Discussion paper* per le discriminazioni di prezzo del secondo tipo non è immune da critiche da un punto di vista dell'efficienza: essa infatti non tiene conto che l'effetto escludente dello sconto concesso non solo deve essere valutato con riferimento alla quota di mercato effettivamente contendibile dall'impresa escludente, ma che tale quota di mercato non sarà coperta dall'impresa escludendo vendendo agli stessi clienti dell'impresa dominante e nella stessa percentuale. In questo senso la prima decisione adottata successivamente alla pubblicazione del *Paper* sembra non aver applicato il criterio dell'*equally efficient firm*, posto che la Commissione ha

---

<sup>533</sup> Tra le tante decisioni in questo senso si ricordano le decisioni della Commissione *British telecommunication* del 10 dicembre 1982, *Sovay/ICI* del 19 dicembre 1990, *Virgin/BA* del 14 luglio 1999, *Michelin II* del 30 settembre 2003.

<sup>534</sup> Ultimamente peraltro un'importante decisione del Tribunale di Primo Grado ha reputato legali tali pratiche, se poste in essere in un mercato a forte specificità, quale quello farmaceutico (sentenza del 27 settembre 2006, causa *Glaxo*, T-168-2001).

<sup>535</sup> Decisione n. 584/04 del TDC, citata nel precedente capitolo, relativa a una pratica discriminatoria posta in essere dalla *Sociedad Estatal Correos y telegrafos*.

<sup>536</sup> Decisioni *Virgin/BA* e *Michelin II* del 30 settembre 2003

riconosciuto che le imprese concorrenti avrebbero potuto rimanere sul mercato anche ipotizzando che si verificasse il peggiore scenario possibile dal loro punto di vista<sup>537</sup>.

L'attuale attitudine delle autorità *antitrust* è criticabile non solo sotto un profilo economico, ma anche sotto il profilo giuridico: come abbiamo visto, infatti, l'art. 82 del Trattato CE sancisce il divieto per quelle discriminazioni di prezzo che configurino prezzi eccessivi per i consumatori ovvero siano tali da determinare uno svantaggio per la concorrenza nel mercato a valle, condizione che si verifica nel caso in "cui la discriminazione sia praticata nei confronti di clienti in concorrenza tra loro" o, alternativamente, nel caso in cui "i prodotti o servizi oggetto dell'abuso costituiscono una parte significativa dei costi di tali clienti" tale da "generare uno svantaggio della loro posizione competitiva"<sup>538</sup>.

E' pertanto da ritenersi pienamente legittimo l'orientamento applicativo seguito dall'*Office of Fair Trading* britannico il quale, diversamente dalle altre autorità europee, considera la discriminazione di prezzo del secondo tipo come un'importante forma di concorrenza di prezzo che deve essere normalmente incoraggiata<sup>539</sup> e ritiene anche la discriminazione di prezzo del primo e del terzo tipo potenzialmente efficienti in industrie caratterizzate da elevati costi fissi e bassi costi marginali poichè permettono un incremento di output con probabili riduzioni di costo, avvenendo in settori dove la curva dei costi medi è decrescente per un lungo tratto.

### ***Vendite legate***

Il termine italiano "vendite legate" copre diverse tipologie di pratiche commerciali in cui due o più beni sono venduti congiuntamente. La terminologia anglosassone le suddivide in due categorie, il *tying* e il *bundling*: la prima individua l'obbligo imposto al consumatore che intende acquistare il prodotto A di acquistare anche il prodotto B, che diventa così legato al primo; la seconda invece identifica una vera e propria congiunzione dei prodotti A e B, la cui vendita avviene come se si trattasse di un unico prodotto A+B. Si tratta di una fattispecie che si verifica molto

---

<sup>537</sup> Decisione della Commissione del 29 marzo 2006, *Tomra*; per una descrizione del caso si veda M. Rigaud, *Prokent/Tomra: a textbook case?*, in *DG Competition Newsletter*, 2006, 2, p.19-24.

<sup>538</sup> L. Prosperetti et al., *Economia e diritto antitrust*, Roma, 2006, p. 236.

<sup>539</sup> Office of Fair Trading, *Guidelines on Assessment of Conduct*, London, 2004, par. 5.1.

frequentemente, spesso senza sollevare alcuna preoccupazione sotto il profilo concorrenziale: in molti casi, infatti, la vendita abbinata o congiunta dei prodotti coinvolti, ottimizza il loro funzionamento, riducendo le asimmetrie informative<sup>540</sup>, ovvero, nel caso del *bundling*, viene meglio incontro alle esigenze della domanda che non richiede tanto i due prodotti separatamente quanto il prodotto scaturente dalla loro congiunzione, aumentando così l'utilità che i consumatori ne traggono; in altre situazioni l'abbinamento di alcuni prodotti permette di ridurre i costi di produzione, grazie alle economie di scala, alla migliore specializzazione del lavoro e ad una riduzione dei costi di transazione nel caso in cui i prodotti gemellati presentino delle complementarità. Sussistono pertanto, nella maggior parte dei casi, delle ragioni di efficienza che spingono le imprese ad adottare questo tipo di condotta, a seguito della quale le imprese non dominanti possono diventare più competitive e i consumatori incrementare il loro benessere grazie al fatto che non devono preoccuparsi di assemblare i prodotti da soli ovvero che non devono contattare più produttori per acquistare le componenti di cui necessitano. Si pensi ad esempio all'abbinamento tra stringhe e scarpe, tra pneumatici e autovetture, tra personal computers e sistemi operativi.

Viceversa in assenza di tali giustificazioni, e nel momento in cui un'impresa che detiene una posizione dominante sul mercato del primo prodotto sfrutta l'effetto-lever (*leverage*) per estendere questo suo potere al mercato del secondo prodotto ed imporre conseguentemente un prezzo maggiore agli acquirenti di tale prodotto, sul mercato del quale l'impresa non opera in posizione di dominanza, sussistono i presupposti affinché la pratica crei una potenziale distorsione della concorrenza ai sensi dell'art. 82 del Trattato, e come tale suscettibile di essere sanzionata. Questa pratica sfocierà nell'imposizione ai consumatori ad accettare, ad un prezzo non trasparente, ovvero un prodotto che non desiderano acquistare o che intendono acquistare da un'impresa concorrente, con l'effetto di escludere i concorrenti dall'accesso ad un mercato che sarebbe loro normalmente accessibile.

---

<sup>540</sup> La vendita legata, peraltro, potrebbe non essere l'unico modo per risolvere eventuali problemi di tipo informativo: l'impresa potrebbe risolvere il potenziale problema di selezione avversa in forme meno restrittive della concorrenza, quale, ad esempio la pubblicizzazione della maggiore qualità del prodotto abbinato, senza necessariamente imporlo al mercato (si veda ad esempio la sentenza della Corte Suprema Usa sul caso *International Business Machners Corporation (IBM)v. US*).

Gli esponenti della Scuola di Chicago, peraltro, hanno messo in dubbio la potenziale pericolosità delle “vendite legate”, in particolare delle pratiche di *bundling*, sostenendo che il venditore non potrebbe ottenere, attraverso tale pratica, un beneficio maggiore di quello che otterrebbe se vendesse i due prodotti separatamente ai prezzi che gli permettano di massimizzare il profitto per ciascuno di essi: se si assume infatti che i due prodotti legati sono consumati in proporzioni fisse e, per semplicità, che i consumatori hanno uguali preferenze si dimostra che l’impresa non riuscirà a far pagare ai consumatori per il bene “legato” un prezzo superiore alla somma dei prezzi dei due beni considerati separatamente. La letteratura *chicagoan* sostiene pertanto che se un’impresa è in posizione dominante su un mercato e non sull’altro non può ottenere un beneficio maggiore vendendo i due prodotti congiuntamente, mentre se ha potere di mercato su entrambi non ha bisogno di ricorrere a tale condotta<sup>541</sup>.

Questa critica, che ha avuto il merito di porre un freno all’irrogazione di sanzioni nei confronti di pratiche in realtà non distorsive della concorrenza, presenta tuttavia il difetto di basarsi su due ipotesi assai restrittive: la prima è che il mercato del prodotto legato è perfettamente concorrenziale; la seconda è che i due prodotti sono consumati a proporzioni fisse. Rilassando tali condizioni l’effetto escludente torna ad essere plausibile<sup>542</sup>. Inoltre l’approccio *chicagoan* non considera la questione in un’ottica dinamica; nel lungo periodo, infatti, l’applicazione del *bundling* potrebbe effettivamente eliminare la concorrenza anche sul mercato del prodotto legato, qualora la decisione dell’impresa di vendere congiuntamente i due prodotti sia irrevocabile (*commitment strategy*)<sup>543</sup>: i rivali, consapevoli del fatto che l’impresa non cambierà strategia a prescindere dai suoi esiti nel breve periodo, saranno indotti ad uscire dal mercato; una volta usciti dal mercato i rivali l’impresa potrebbe quindi incrementare i prezzi profittevolmente, ottenendo così un beneficio netto dalla pratica legante, contrariamente a quanto affermato dagli esponenti della Scuola di Chicago. Similmente, in presenza di settori a forte innovazione tecnologica, le imprese in posizione dominanti possono ottenere dei vantaggi

---

<sup>541</sup> R. Bork, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, New York, 1978, 56 ss.

<sup>542</sup> S. Bishop and M. Walker, *op. cit.*, p. 214 ss.

<sup>543</sup> M.D. Whinston, *Tying, foreclosure and exclusion*, in *American Economic Review*, 80, 1990, p. 837-859.

attraverso le vendite legate poiché ciò può loro consentire, nel lungo periodo di estendere la loro dominanza ai nuovi mercati che si apriranno a seguito di tali innovazioni<sup>544</sup>.

Vi sono, infine, ipotesi di *tying* che permettono alle imprese di praticare una sorta di discriminazione di prezzo nei confronti dei consumatori, e come tale andrà valutata in un'ottica di efficienza: la vendita del prodotto legato serve infatti in questi casi a fornire all'impresa uno strumento di misura che le permetta di classificare i consumatori secondo la loro intensità d'uso del prodotto legante. L'impresa, aumentando il prezzo del prodotto legato ed abbassando quello del prodotto legante, potrà incrementare i propri profitti, cogliendo la maggiore disponibilità a pagare dei consumatori dovuta alla maggiore intensità d'uso del secondo prodotto.

Pertanto, in sede di valutazione delle singole fattispecie, si dovrà innanzitutto verificare un eventuale uso generalizzato della pratica: se la generalità degli operatori sul mercato, anche quelli con quote di mercato piccole, "lega" i prodotti coinvolti, allora non vi è pratica abusiva. E d'altra parte si dovrà comunque tenere primariamente conto, anche in assenza di un uso generalizzato, dei potenziali benefici delle vendite gemellate in termini di efficienza allocativa e produttiva, poiché, come evidenziato dalla Scuola di Chicago, essi costituiscono la principale motivazione teorica a sostegno della loro sussistenza<sup>545</sup>. Si interverrà invece nel solo caso in cui la pratica susciti rischi di escludere di concorrenti egualmente efficienti nel lungo periodo o in mercati di nuova formazione, tali da compensare gli eventuali effetti di efficienza positivi. Per quanto riguarda infine i casi in cui le vendite gemellate vengano utilizzate per discriminare il prezzo la loro valutazione dovrà seguire i canoni interpretativi individuati per tale condotta discriminatoria.

Questa presunzione favorevole delle pratiche di *tying*, elaborata dalla teoria economica ha trovato solo parzialmente riscontro in sede applicazione dell'art. 82 da parte degli organi comunitari. Sulle cause di giustificazione di tale pratica, infatti, il diritto comunitario si è dimostrato piuttosto restrittivo: l'argomento della riduzione

---

<sup>544</sup> E' questa ad esempio una delle motivazioni assunta dalla Commissione Europea a sostegno della decisione di condanna di *Microsoft* nel noto caso che ha visto la Comunità Europea contrapposta alla nota multinazionale dell'informatica (decisione del 24 marzo 2004), come si vedrà meglio nel proseguo del capitolo.

<sup>545</sup> Tale impostazione non è peraltro unanimemente accettata; per un'orientamento diverso cfr Bishop, *op. cit.*, p. 210-211.

dei costi di transazione non è ancora stato ammesso come causa esimente<sup>546</sup>, mentre è stata messa in evidenza la mancanza di trasparenza dei prezzi conseguente al *tying*<sup>547</sup>. Vi sono tuttavia nel Discussion Paper presentato nel 2005, delle aperture all'introduzione del criterio di efficienza nella valutazione delle pratiche leganti, pur, come sempre a condizione che i guadagni di efficienza vadano a beneficio dei consumatori<sup>548</sup>. A livello di Stati membri, invece, le autorità tedesche da anni riconoscono come “giustificazione oggettiva” del *tying* la razionalizzazione del processo produttivo nei casi in cui il consumatore partecipi ai vantaggi derivanti dalla razionalizzazione stessa<sup>549</sup>.

### ***Prezzi predatori***

I casi di prezzi predatori sono piuttosto rari, ma da un punto di vista economico molto complessi e a più riprese analizzate dalla teoria, soprattutto in seguito all'applicazione della teoria dei giochi all'analisi della concorrenza. Un'analisi *prima facie*, infatti, porterebbe ad escludere la pericolosità, e la praticabilità da parte di un operatore razionale di una tale condotta: la fissazione di prezzi “bassi”, infatti, è generalmente indicativa di una situazione di mercati concorrenziali che consente di raggiungere un benessere sociale più alto e pertanto non meritevole di attenzione in sede *antitrust*; inoltre gli stessi prezzi predatori, in un'ottica statica, non costituiscono una condotta razionale, se non in casi eccezionali, e, di conseguenza, non sono configurabili come pericolosi dalla teoria microeconomica tradizionale. Al contrario la moderna economia industriale ha studiato le pratiche predatorie in tutti i suoi molteplici aspetti, evidenziandone la razionalità e gli effetti anticoncorrenziali.

Preliminarmente definiamo la fattispecie dei “prezzi predatori” da un punto di vista economico: essa sussiste nel momento in cui un'impresa fissa i suoi prezzi ad un livello tale da rinunciare a dei profitti nel breve periodo, e sopportando altresì una perdita, con l'obiettivo di eliminare la concorrenza, sia attraverso la fuoriuscita delle

---

<sup>546</sup> Commissione Europea, Decisione *Tetra-Pak II*. la Commissione ha respinto l'argomento secondo il quale la clausola di gemellaggio risolveva la difficile questione della divisione della responsabilità tra il fornitore della macchina ed il produttore di cartoni.

<sup>547</sup> Commissione Europea, Decisione *Astra* del 23 dicembre 1992.

<sup>548</sup> Commissione Europea, *Discussion Paper*, cit., par. 204-206.

<sup>549</sup> Corte Suprema Federale, sentenza del 9 novembre 1982, *Gemeinsamer Anzeigenteil*.

imprese concorrenti dal mercato sia, laddove ciò non sia possibile, ottenendo la disponibilità delle stesse ad abbandonare certi comportamenti concorrenziali, e in definitiva a colludere. L'effetto per l'impresa dominante nel lungo periodo sarà quindi quello di ottenere profitti più elevati, in conseguenza dell'accresciuto potere di mercato. I prezzi saranno pertanto bassi, migliorando il benessere sociale, solo nella fase iniziale, per poi crescere al di sopra del livello precedente una volta che i concorrenti sono stati costretti ad uscire dal mercato (ovvero, nell'ipotesi alternativa, a colludere).

Non è tuttavia agevole, per quanto appena detto, distinguere una situazione di prezzi bassi dovuti ad una normale e lecita risposta competitiva ai concorrenti da una medesima situazione caratterizzata dall'attuazione di una condotta predatoria; a ciò si aggiunge la necessità di riconoscere alle imprese il beneficio di una presunzione a loro favore qualora esse praticino prezzi inferiori a quelli dei concorrenti, in modo da stimolare l'efficienza produttiva e da non incentivare le imprese stesse a tenere prezzi artificialmente elevati per non essere accusate di porre in essere pratiche predatorie. Ne consegue che l'analisi economica in tali ipotesi dovrà essere particolarmente attenta, individuando le ragioni economiche sottese alla riduzione dei prezzi in modo da distinguere le situazioni in cui una pratica predatoria è effettivamente razionale e perseguibile, dalle situazioni in cui una grande impresa pratica prezzi più bassi dei rivali solo perché più efficiente delle concorrenti e verificando l'esistenza di un'effettiva situazione di perdita cui l'impresa andrà incontro nel breve periodo confrontata con le alternative a disposizione sempre in un'ottica di breve periodo.

La spiegazione tradizionale che giustifica come potenzialmente razionali i comportamenti predatori è quella della c.d. tasca profonda (*deep pocket*), secondo cui, nell'ipotesi in cui la preda sia un'impresa di piccole dimensioni, una grande impresa può trarre vantaggio da una guerra di prezzi che produce perdite per entrambi poiché l'impresa concorrente, a causa delle sue piccole dimensioni, disporrà di limitate risorse economiche, non riuscendo a sostenere per lungo tempo le perdite e dovendo infine uscire dal mercato.

Tale teoria, tuttavia, è applicabile solo in presenza di asimmetrie informative sul mercato dei capitali che impediscono alla piccola impresa di accedere a capitale

di terzi che le permetterebbe di far fronte alla “tasca profonda” dell’impresa dominante. Inoltre, alla sua elaborazione hanno fatto seguito studi che sottolineano le difficoltà per un’impresa dominante di condurre con successo una pratica predatoria, evidenziate per la prima volta da Mc Gee<sup>550</sup>; tali difficoltà sono molteplici: innanzitutto, a causa della propria quota di mercato più alta, una grande impresa solitamente subisce perdite maggiori della piccola impresa, poiché la medesima perdita unitaria deve essere moltiplicata per una maggiore quantità venduta; in secondo luogo la piccola impresa potrebbe sospendere la produzione per poi rientrare sul mercato appena l’impresa predatrice incrementerà i prezzi; infine la predazione sarebbe più dispendiosa di altre strategie escludenti, se non di una vera e propria acquisizione.

Queste problematiche sono sicuramente sormontabili, come è stato evidenziato dai successivi sviluppi teorici, ma permettono di restringere il campo delle situazioni in cui la predazione è realmente attuabile con un effetto dinamico negativo in termini di efficienza. Le successive teorie considerano infatti il fenomeno predatorio conveniente ed attuabile, ma lo limitano ad alcune ipotesi che lo rendono razionalmente perseguibile. Una prima ipotesi è quella in cui la grande impresa dovrà preferibilmente essere attiva su più mercati in modo da compensare le perdite subite nel mercato dove opera la preda con i profitti conseguiti negli altri. Un secondo caso è quello in cui vi sono costi irrecuperabili (*sunk costs*) che impediscono alla piccola impresa di rientrare sul mercato una volta che lo ha abbandonato a seguito del calo dei prezzi. In aggiunta, una volta che l’azione predatoria abbia avuto successo una volta, l’impresa che la ha condotta beneficerà di una reputazione di predatrice che, in presenza di informazione imperfetta, agirà da deterrente sulle altre imprese che stanno considerando di entrare sullo stesso mercato, ciò costituendo un incentivo per la grande impresa ad intraprendere pratiche predatorie (modelli c.d. di reputazione o di segnalazione)<sup>551</sup>.

Una volta stabilito che in determinate situazioni, peraltro non frequentissime, le pratiche predatorie sono razionalmente attuabili da un’impresa e portano ad una

---

<sup>550</sup>Mc Gee, *Predatory price cutting: the Standard Oil case*, in *Journal of law and economics*, 1, 1958, p. 137-169. Più recentemente, E. Elhauge *Why above-cost price cuts do drive out entrants are not predatory*, in *The Yale law journal*, 112, 2003, p. 682 ss.

<sup>551</sup>P. Milgrom-J. Roberts, *Predation, reputation and entry deterrence*, in *Journal of economic theory*, 27, 1982, p. 280-312.

situazione di inefficienza nel lungo periodo, resta da affrontare la cruciale questione relativa alla relazione tra prezzo e costi, rendendosi necessario individuare quella definizione di costo al di sotto del quale il prezzo può dirsi predatorio, ossia quella soglia al di sotto della quale una diminuzione del prezzo è suscettibile di essere sanzionata.

Il test tradizionalmente più utilizzato in questo senso è quello basato sulla microeconomia tradizionale secondo la quale un'impresa nel breve periodo continuerà a produrre fino a che è in grado di coprire i costi medi variabili<sup>552</sup>; solo un'impresa in posizione dominante che ritenga di essere in grado di aumentare sensibilmente i prezzi in futuro, potrà razionalmente non sospendere la produzione e rimanere sul mercato pur non riuscendo con i propri ricavi a pareggiare tale configurazione di costo. Questo concetto di "costo", pertanto, costituisce necessariamente la definizione principale cui fare riferimento ed è stato adottato dagli organi comunitari<sup>553</sup> e nazionali<sup>554</sup>, tuttavia la sua applicazione può non essere sufficiente o risultare imprecisa in determinate situazioni. Spesso infatti le pratiche predatorie sono poste in essere da imprese multiprodotto, il cui costo variabile difficilmente può essere individuato per specifico prodotto, pur essendo proprio con riferimento al singolo prodotto che il costo deve essere determinato. In altri casi nelle decisioni adottate dalle imprese entrano in gioco altre variabili, quali l'interesse per un'impresa multiprodotto a mantenere un determinato prodotto all'interno della gamma offerta, ovvero a conservare un know-how produttivo in un settore in espansione.

Sono state così elaborate altre variabili sostitutive o integrative di quella proposta da Areeda e Turner. Tra queste sottolineiamo quella dei costi medi incrementali definiti come il costo unitario sostenuto per produrre l'output aggiuntivo che serve ad attuare la condotta predatoria; il costo incrementale, pertanto, a differenza del costo medio variabile non è calcolato rispetto all'intera

---

<sup>552</sup> P. Areeda-D. Turner, *Predatory pricing and regulated practices under section 2of the Sherman Act*, in *Harvard Law Review*, 88, 1975, p.697 ss. Gli autori suggeriscono l'utilizzo del criterio del costo medio variabile pur affermando che in linea teorica la migliore variabile sarebbe il costo marginale, di difficile determinazione.

<sup>553</sup> Decisione della Commissione Europea del 14 dicembre 1985, *ECS/AKZO*, confermata dalla Corte di Giustizia con sentenza del 3 luglio 1991, causa C-62/86. Nel caso in questione il criterio del costo medio variabile era stato integrato con il criterio dei costi medi totali (evidentemente più ampio), qualora alla pratica predatoria si accompagnassero altre pratiche escludenti.

<sup>554</sup> Decisione dell'OFT n. 1009/1/1/02, *Aberdeen Journals*.

produzione dell'impresa, ma solo per una parte di essa, e per quella quota che viene presa a riferimento esso include sia il costo variabile sia "qualsiasi costo fisso sostenuto" per realizzare le vendite predatorie<sup>555</sup>. Questa configurazione di costo è stata utilizzata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'innovativo caso *Diano/Tourist Caronte*<sup>556</sup>, avente ad oggetto il servizio di trasporto marittimo di passeggeri e veicoli nello Stretto di Messina. Una misura speculare è quella dei costi evitabili, che include tutti quei costi (fissi e variabili) che un'impresa dovrebbe sopportare nel caso in cui uscisse dal mercato: essa prende a riferimento il comportamento dell'impresa "preda", rappresentando in un'ottica predatoria quei costi che l'impresa deve coprire con il prezzo per avere convenienza a rimanere sul mercato<sup>557</sup>; conseguentemente, per escludere un rivale altrettanto efficiente l'impresa dominante dovrebbe fissare un prezzo inferiore ai suoi costi medi evitabili.

Come parzialmente emerso dagli esempi sopra citati, l'applicazione dell'art. 82 del Trattato alle pratiche predatorie si è finora concentrata sulla relazione tra prezzi e costi, ritenendo sufficiente la collocazione del prezzo al di sotto della misura di costo prescelta per qualificare la condotta come predatoria, ed ha trascurato invece l'egualmente importante aspetto dell'effettiva possibilità di recuperare nel lungo periodo le perdite inizialmente sopportate, difficilmente provabile in presenza di basse barriere all'entrata<sup>558</sup> ovvero l'esistenza di altre ragioni di tipo commerciale che potessero spingere l'impresa a praticare prezzi particolarmente scontati<sup>559</sup>. La prassi applicativa europea dovrebbe, in questo senso, tenere conto degli orientamenti emersi nel diritto *antitrust* statunitense, i quali ritengono necessaria, al fine di condannare una politica di ribasso dei prezzi, oltre all'impossibilità di coprire i costi

---

<sup>555</sup> P. Bolton, J. Broadley e M. Riordan, *Predatory pricing: strategic theory and legal policy*, in *Georgetown Law Journal*, 88, 2000, p.257-265

<sup>556</sup> Provvedimento AGCM del 17 aprile 2002, caso A 267, *Diano/Tourist Ferry Boat- Caronte Shipping-Navigazione Generale Italiana*. Un altro caso di prezzi predatori, valutato dall'AGCM secondo criteri economici, ma criticabile dal punto di vista dell'efficienza del risultato ottenuto è stato quello avente ad oggetto i servizi offerti dalle società di telecomunicazioni alla Pubblica Amministrazione, in relazione al quale l'impresa in posizione dominante nel mercato a monte, Telecom Italia, è stata sanzionata per aver praticato prezzi predatori (caso A351). Per una valutazione critica della decisione si veda M. Polo, *Price squeeze: lessons from the Telecom Italia case*, in *Journal of competition law and economics*, 2007,3, p. 453-470.

<sup>557</sup> W. Baumol, *Predation and the logic of the average variable cost test*, in *Journal of law and economics*, 39, p. 49-72.

<sup>558</sup> Decisione della Commissione Europea del 14 dicembre 1985, *ECS/AKZO*, cit.; Corte di Giustizia, sentenza del 14 novembre 1996, causa C-333/94 *Tetra Pak/Commissione*.

<sup>559</sup> Commissione Europea, Decisione del 24 luglio 1991, *Tetra-Pak II*.

come sopra definiti, l'esistenza di una "probabilità reale che l'impresa dominante sarà capace di recuperare le perdite subite durante la messa in opera della pratica, aumentando i prezzi una volta eliminata la concorrenza"<sup>560</sup>

### ***Il rifiuto a contrarre in presenza di infrastrutture essenziali***

Il rifiuto a contrarre da un punto di vista giuridico si ha ogni volta in cui un'impresa o un insieme di imprese rifiutino di fornire un bene o un servizio necessario ad un'altra impresa attiva su un mercato a valle per svolgere la propria attività, ovvero impongano ad essa prezzi o altre condizioni contrattuali di fatto inaccettabili per l'acquisto di tale bene (non si parla in questo caso di discriminazioni di un cliente rispetto ad un altro in quanto si ricadrebbe in altra fattispecie).

In sé questo comportamento non costituisce evidentemente una condotta vietata, in quanto né il diritto comunitario né la legge degli Stati membri impone un generalizzato obbligo di contrattare alle imprese attive in fasi adiacenti della filiera produttiva; tuttavia lo può divenire nel momento in cui esso viene adottato ingiustificatamente da parte di un'impresa in posizione dominante, sulla quale, lo ricordiamo, grava una "speciale responsabilità" ai sensi dell'art. 82 del Trattato. In tali ipotesi il potere dell'impresa nel mercato a monte può essere utilizzato per limitare la concorrenza nel mercato a valle ed in particolare ad escludere o ad ostacolare la permanenza di una o più imprese su quel mercato.

In concreto il rifiuto a contrarre può assumere diverse forme: l'impresa può rendere il prodotto offerto incompatibile con il prodotto delle imprese che intende penalizzare per ragioni commerciali; nel caso tipico di un'impresa integrata verticalmente, può rifornire esclusivamente l'impresa consociata, sfruttando così la propria posizione dominante sul mercato a monte, e con l'effetto di estendere la propria posizione di monopolio nel mercato a valle; può rifiutare ad un concorrente l'accesso ad un bene o a un servizio necessario per poter raggiungere il mercato finale (c.d. "collo di bottiglia", che, come vedremo, in taluni casi assume i caratteri dell'"infrastruttura essenziale"). Si configura in questi casi un potenziale effetto anticoncorrenziale, in presenza del quale l'autorità antitrust può imporre all'impresa

---

<sup>560</sup> US Supreme Court, *Brooke Group Ltd. V. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 21 giugno 1993.

l'obbligo a contrarre, e a trattare i propri concorrenti "alla stregua dei propri migliori clienti".

D'altra parte assoggettare le imprese in posizione dominante ad un obbligo di funzionalizzazione generalizzato, a prescindere dalla considerazione se tali elementi costituiscano fattori essenziali all'ingresso nel mercato ovvero semplici vantaggi concorrenziali, significherebbe di fatto annullare la possibilità stessa di esercitare la funzione di impresa, poiché si eliminerebbero le privative su cui essa si è costituita<sup>561</sup>. In questo senso il rifiuto a contrarre trova presuntivamente altre ragioni d'essere, diverse da quelle anticoncorrenziali, e tra queste vi sono spesso considerazioni di efficienza: le imprese operanti sul mercato a monte possono, ad esempio, essere danneggiate nella loro strategia di differenziazione del prodotto in senso qualitativo qualora riforniscano con i loro prodotti imprese attestate ad un grado di sviluppo qualitativo inferiore. Similmente per tutelare i propri sforzi in termini di investimenti specifici in particolare in innovazione tecnologica, può essere necessario per un'impresa offrire i propri prodotti solo a determinate imprese; obbligare in questi casi l'impresa a rifornire tutti i propri potenziali clienti significherebbe ridurre gli incentivi ad innovare, con un effetto deprimente sugli investimenti e sull'innovazione nel lungo periodo e quindi in termini di efficienza dinamica. Tale argomentazione a difesa del rifiuto a contrarre è a maggior ragione valida in presenza di diritti di proprietà intellettuale, in quanto sarebbe contraddittorio riconoscere un monopolio legale *ex ante* e revocarlo *ex post*.

Gli organi comunitari soprattutto inizialmente hanno considerato il "rifiuto a contrarre" come un *unicum* ad ambito oggettivo piuttosto ampio che doveva essere sanzionata nel caso in cui provocasse come effetto la limitazione della produzione sul mercato a valle<sup>562</sup>, e più in generale la limitazione della concorrenza<sup>563</sup>, non essendo necessaria, per quanto costituente un elemento rilevante, la presenza della stessa impresa sul mercato a valle con un relativo potere di mercato.

A riequilibrare parzialmente una definizione assai ampia della fattispecie potenzialmente abusiva, soprattutto se confrontata con quella fornita dalla

---

<sup>561</sup> Secondo la nota linea argomentativa di R.Coase seguita nel già citato saggio "The Nature of the Firm".

<sup>562</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 7 marzo 1974, casi C-6 & 7/73, caso *Commercial Solvents*.

<sup>563</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 3 ottobre 1985, caso *Telemarketing*.

giurisprudenza statunitense che parte dal riconoscimento di una generale libertà delle imprese nel decidere se contrattare o meno<sup>564</sup>, sono state individuate varie legittime motivazioni per rifiutare la fornitura di un bene o di un servizio, quali la violazione da parte del cliente delle proprie obbligazioni, la sua manifesta insolvibilità, l'assenza delle qualificazioni necessarie nella controparte, l'esistenza di una relazione commerciale privilegiata tra il potenziale cliente e un concorrente dell'impresa dominante<sup>565</sup>.

Nel corso dell'ultimo decennio tale orientamento è profondamente mutato: contestualmente alla privatizzazione e alla liberalizzazione di numerosi settori dell'economia caratterizzati da estese infrastrutture di rete non duplicabili e indispensabili ai nuovi operatori per entrare sul mercato ed offrire servizi concorrenziali, gli organi comunitari hanno manifestato maggiore tolleranza verso casi generici di rifiuto a contrarre, concentrando l'esercizio del loro potere sanzionatorio su quella specifica fattispecie, che ha come presupposto la gestione da parte dell'impresa dominante di una infrastruttura essenziale (*essential facility*). Conseguentemente, in molti casi la Comunità, nonché le autorità nazionali, hanno imposto all'impresa dominante l'obbligo di garantire l'accesso all'infrastruttura ai suoi rivali a condizioni non discriminatorie<sup>566</sup>. Questa tendenza applicativa trova la sua giustificazione teorica nella c.d. *essential facility doctrine*, inizialmente elaborata nei commentari alla giurisprudenza *antitrust* statunitense, che individua la giustificazione all'intervento drastico nelle scelte imprenditoriali da parte delle autorità antitrust nella essenzialità del bene o servizio, l'accesso al quale deve essere garantito a tutti coloro che lo chiedono per creare un mercato concorrenziale<sup>567</sup>.

---

<sup>564</sup> US Supreme Court, *United States v. Colgate*, 250, U.S., 300, 307.

<sup>565</sup> A. Frignani-M. Waelbroek, *op. cit.*, p. 532.

<sup>566</sup> L. Prosperetti et al., *op. cit.*, p. 243. I primi casi di applicazione della dottrina dell'*essential facility* hanno riguardato le infrastrutture portuali cfr Commissione Europea, decisione del 21 dicembre 1993, *Sea Containers/Stena*; Commissione Europea, decisione del 2 febbraio 1994, *Port of Rodby*, casi che saranno analizzati nel dettaglio nel prosieguo del presente lavoro; Sentenza della Corte di giustizia del 26 novembre 1998, C-7/97 *Oscar Bronner/Mediaprint*, con la quale, peraltro sono stati fissati degli standard probatori più elevati per statuire l'applicabilità della teoria. Con riferimento alle autorità nazionali, si ricorda la decisione n. 580/04 del TDC che condannò l'impresa *Gas Natural* per aver ostacolato l'accesso a terzi agli impianti di rigassificazione, considerati un'infrastruttura essenziale per la fornitura di gas sul mercato spagnolo e la decisione sempre del TDC (n. 399/1995) che sanzionava *Telefonica* per aver ostacolato l'accesso alla rete a un nuovo entrante che intendeva differenziare il prodotto offrendo un servizio ad alto valore aggiunto.

<sup>567</sup> U.S. Supreme Court, *Aspen skyng co. v. Aspen Highlands skyng Corp*, 1985.

Requisito per poter applicare tale interpretazione stringente della fattispecie è evidentemente la qualifica di un input quale *essential facility*. Secondo la dottrina<sup>568</sup>, le condizioni che definiscono come *essential facility* un prodotto, un servizio, un sistema di distribuzione o più in generale un *asset*, sono tre: la condivisibilità, nel senso che il bene può essere utilizzato contemporaneamente sia da parte del proprietario che dei suoi concorrenti; l'essenzialità, ossia la non sostituibilità con altre infrastrutture che possano garantire lo svolgimento della stessa attività economica; la non-duplicabilità, che consiste nella non economicità per il concorrente, ovvero per interesse pubblico, di costruire lo stesso input che svolga le stesse funzioni. Ciascuna condizione, se isolatamente considerata, costituisce una condizione necessaria, ma non sufficiente, alla individuazione di una *essential facility*; è invece necessaria e sufficiente la presenza congiunta di tutte e tre le condizioni contemporaneamente. Esistono vari input che si possono configurare come *essential facility*: dalle ferrovie ai porti alle reti di trasmissione dell'elettricità: ciò tuttavia non implica che esse debbano essere necessariamente qualificate come tali. Pur rifacendosi a questa nozione la Commissione Europea, ne ha allargato la portata fornendone una definizione più ampia e forse più vaga: l'organo comunitario ha infatti statuito che, affinché un'infrastruttura sia qualificabile come essenziale, è sufficiente che essa sia indispensabile per raggiungere i clienti, ovvero per i concorrenti per svolgere la propria attività economica, e, contestualmente, che essa non possa essere duplicata con mezzi "ragionevoli"<sup>569</sup>. Conseguentemente, rispetto all'orientamento prevalente in sede di dibattito economico, la prassi comunitaria ha attenuato il requisito di non duplicabilità, non richiedendo necessariamente la non economicità della duplicazione, ma bastando la sussistenza di rilevanti costi di costruzione e gestione della stessa, e non considerando altresì, o comunque ritenendo ridondante, l'elemento della condivisibilità

La definizione di infrastruttura essenziale dal punto di vista dell'efficienza pone la questione del *trade off* tra gli incentivi all'innovazione a favore dell'impresa proprietaria dell'infrastruttura, più forti in presenza della facoltà a negarne l'accesso, e l'attribuzione ad imprese concorrenti della possibilità di entrare sul mercato ed

---

<sup>568</sup> M. Motta-M. Polo, *op.cit.*, p. 67.

<sup>569</sup> Commissione Europea, *Notice on the application of competition rules to the telecommunication sector*, 1988, par. 68.

eventualmente di innovare il mercato a valle attraverso l'introduzione di migliori prodotti e servizi. In questo senso, al fine di caratterizzare in un'ottica dinamica l'analisi di efficienza della fattispecie, è stato suggerito l'inserimento di un ulteriore test da applicare ad un *asset* suscettibile di essere considerato essenziale: la potenziale introduzione di un nuovo prodotto, o comunque di un prodotto differenziato rispetto a quello offerto dall'impresa dominante, sul mercato finale da parte dei concorrenti attuali e potenziali che richiedono il libero accesso all'infrastruttura. Tale test configurerebbe pertanto un ulteriore necessario requisito per qualificare l'infrastruttura come essenziale<sup>570</sup>, che avrebbe l'effetto di escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 82 i casi in cui l'imposizione del libero accesso non fosse in grado ad un'innovazione di prodotto nel lungo periodo. Ad ogni modo, a prescindere dall'utilizzo di tale ulteriore criterio, bilanciare le due esigenze è complesso. e richiede ancor più che in altri casi l'utilizzo del criterio della *rule of reason*.

Una volta qualificata un'infrastruttura come essenziale secondo i criteri sopra esposti, all'impresa proprietaria sarà imposto di consentirne obbligatoriamente l'accesso ai concorrenti, e alle imprese terze in generale, dietro il pagamento di un prezzo equo che remunererà il costo e il rischio che l'impresa ha sostenuto per costruirla.

L'azione antitrust, peraltro, in questo campo è spesso alternativa ad un intervento regolatorio che imponga il libero accesso obbligatorio a una determinata infrastruttura essenziale. L'intervento regolatorio è sicuramente più invadente e si espone al rischio del "fallimento", a causa degli elevati costi della regolazione; tuttavia, una volta che il legislatore abbia optato per la scelta regolatoria, rendendo l'accesso ad una determinata infrastruttura obbligatorio per legge, si conferirebbe certezza legale allo svolgimento dell'attività economica in settori spesso cruciali, quali le telecomunicazioni, l'energia e i trasporti, venendo meno l'aleatorietà di un intervento antitrust che troppo spesso ha adottato diversi parametri di giudizio nel valutare casi tra loro simili.

### ***Il caso Microsoft***

---

<sup>570</sup> A. Stratakis, *Comparative analysis of the US and EU approach and enforcement of the essential facility doctrine*, E.C.L.R., 2006, p. 434 ss.

Esaminiamo infine quello che, in tempi recenti, è stato sicuramente il caso più rilevante e controverso di abuso di posizione dominante, affrontato sia dalle autorità comunitarie che da quelle statunitensi, che ha toccato molte delle problematiche legate all'efficienza: quello legato alla multinazionale statunitense Microsoft. Una fattispecie che, più delle altre, ha posto la politica antitrust di fronte al fenomeno della globalizzazione, sia per quanto riguarda la molteplicità di condotte ed effetti in essa coinvolte, sia per quanto concerne le dimensioni dell'impresa, la numerosità dei mercati in cui opera, l'innovazione tecnologica che caratterizza tali mercati; essa, infatti, ha riguardato un'impresa di dimensioni globali, operante in un settore caratterizzato da esternalità di rete (*network effects*) e intensa innovazione tecnologica, che disponeva di un elevato potere di mercato, detenendo circa il 90% del mercato dei sistemi operativi per personal computer, e che poneva in essere alcune delle condotte abusive sopra esaminate.

Due sono state le accuse mosse dalla Commissione Europea a Microsoft: in primo luogo di sfruttare la propria posizione dominante nel mercato dei sistemi operativi per personal computers, rifiutando di fornire informazioni agli operatori sul mercato dei sistemi operativi per server al fine di innalzare una barriera all'entrata nel primo mercato e espandersi nel secondo; in secondo luogo di legare (condotta di *tying*) la vendita del proprio software Media Player abbinandolo al proprio sistema operativo Windows, escludendo dal mercato gli altri produttori di software multimediali; un'ulteriore accusa sarebbe potuta essere quella di praticare prezzi predatori nella vendita di MediaPlayer. Dopo cinque anni di indagini, la Commissione ha imposto a Microsoft una sanzione di 497 milioni di euro, oltre a misure correttive<sup>571</sup>. Negli Stati Uniti, al contrario, per accuse simili anche se su casi specifici diversi il giudizio degli organi giurisdizionali chiamati a decidere sulla questione è stato molto meno severo (un accordo stragiudiziale con oneri limitati per Microsoft)<sup>572</sup>.

Posto che l'effetto escludente del comportamento di Microsoft era di tutta evidenza, le questioni valutative più controverse, alla base delle due diverse

---

<sup>571</sup> Commissione Europea, decisione del 24 marzo 2004, caso *Microsoft*. La decisione è stata sostanzialmente confermata dal Tribunale di Primo Grado nella recente sentenza T-201/04 del 17 settembre 2007.

<sup>572</sup> *United States v. Microsoft*, CA No.98-1232 e *New York et al. v. Microsoft*, CA No 98-1233. Peraltro, in primo grado, era stato stabilito addirittura lo smembramento della società

interpretazioni sono state principalmente quattro, in parte riconducibili a questioni di efficienza.

Innanzitutto l'incertezza degli effetti delle condotte di Microsoft sui consumatori, per quanto concerne le pratiche di sfruttamento: alla limitazione della possibilità di scelta e ai presumibili effetti negativi nel lungo periodo di tali pratiche è stata infatti contrapposta l'esistenza di economie di rete, l'elevata qualità del prodotto offerto da Microsoft e la gratuità del software oggetto di *tying*, tutti elementi che, nell'immediato comportavano un beneficio in termini di benessere generale e del consumatore in particolare.

In secondo luogo sono stati valutati gli effetti delle condotte di Microsoft sull'innovazione tecnologica e in particolare sugli incentivi ad innovare nel lungo periodo: all'intrinseca novità ed utilità del *tying* tecnologico e all'inalterato, se non rafforzato, incentivo per le altre imprese del settore di sviluppare sistemi operativi alternativi a Windows, è stato opposto il minore incentivo ad innovare nel lungo periodo sia da parte dell'impresa dominante sia da parte dei concorrenti nell'ambito del mercato dei software applicativi nell'ambito del sistema operativo Windows.

Questa questione si collega alla natura del rapporto tra leggi *antitrust* e la normativa che tutela la proprietà intellettuale che può essere letto in una prospettiva di alternatività ovvero di complementarità: nella visione della Commissione ha prevalso la prima con la conseguenza che la tutela della proprietà intellettuale non ha limitato gli obblighi imposti a Microsoft in termini di accesso alle informazioni necessarie agli operatori concorrenti per essere concorrenziali con Microsoft; negli Stati Uniti, al contrario, l'esistenza di un brevetto ha limitato l'ambito di applicazione della legge *antitrust*, in quanto alcuni aspetti (quale la diffusione delle informazioni) sono stati ritenuti di competenza della disciplina posta a tutela della proprietà intellettuale e non di quella *antitrust*.

Altri due elementi infine hanno riguardato aspetti non economici: in primo luogo la nazionalità dell'impresa, essendo plausibile che il fatto che la sede di Microsoft sia negli Stati Uniti, così come statunitensi siano i suoi azionisti di controllo abbia influenzato le due decisioni (e ci si può magari interrogare se l'esito sarebbe stato ribaltato qualora l'impresa avesse avuto la sede in uno Stato della Comunità Europea, ottenendone una risposta presumibilmente positiva); in secondo

luogo le forti pressioni di Microsoft sul governo degli Stati Uniti sul quale è stata concentrata una forte azione lobbistica sia diretta che indiretta, resa possibile dai cospicui finanziamenti che l'impresa elargisce ai principali partiti politici e ai loro rappresentanti.

#### **7.4 Le valutazioni di efficienza nelle operazioni di concentrazione.**

Sotto un profilo strettamente economico la concentrazione non differisce da un accordo, rappresentandone una forma estrema, e, in termini di effetti anticoncorrenziali, particolarmente pericolosa; si tratta infatti di una forma di cooperazione che impone alle imprese interessate vincoli più stringenti e contenuti più ampi di un'intesa in quanto quest'ultima generalmente non abbraccia tutte le fasi del processo produttivo<sup>573</sup>. D'altra parte, però, impedire una concentrazione significa imporre una barriera all'uscita a coloro che vogliono uscire dal mercato cedendo il controllo dell'impresa che costituisce oggetto di acquisizione o di fusione; inoltre i guadagni di efficienza, come vedremo, possono essere assai più significativi rispetto ad un accordo che lasci margini di indipendenza alle imprese aderenti ad esso. Per queste ragioni i criteri di valutazione delle concentrazioni non sono più severi di quelli da adottarsi nei confronti delle intese, sebbene a prima vista una maggiore severità potrebbe sembrare giustificata.

Le valutazioni di efficienza nel campo delle concentrazioni riguardano la comparazione tra gli effetti anticoncorrenziali sia unilaterali che in termini di maggiore probabilità di collusione con i concorrenti ancora operanti sul mercato e gli effetti, spesso benefici, che esse hanno sulle imprese coinvolte, sia in termini di efficienza produttiva (prevalentemente nelle concentrazioni orizzontali) che in termini di efficienza allocativa (esclusivamente nelle concentrazioni verticali).

A questo proposito va evidenziato come le concentrazioni intervengano spesso in mercati ormai maturi, dove i vantaggi in termini di costo a seguito della crescita dimensionale possono essere più consistenti. E tuttavia è altresì vero che proprio nei mercati maturi si riscontrano le maggiori barriere all'entrata, le quote di mercato più concentrate e stabili, i più frequenti contatti tra le imprese ormai da lungo tempo sul mercato.

---

<sup>573</sup> F. Silva, *Regola dell'efficienza e politica antitrust*, in *Liuc papers n. 48, Economia e impresa*, 1997, p. 18.

### *Le concentrazioni verticali*

I guadagni di efficienza sono particolarmente evidenti, a fronte anche di minori conseguenze anti-competitive, nelle concentrazioni verticali; per questo motivo, così come per le intese, tale tipologia di operazioni beneficia di una presunzione favorevole dal punto di vista dell'efficienza. Innanzitutto la decisione di un'impresa di integrarsi a monte o a valle può presupporre la maggior convenienza di svolgere internamente le varie fasi della filiera produttiva piuttosto che stipulare contratti con soggetti terzi, eliminando così i costi di transazione che ne derivano<sup>574</sup>. In secondo luogo le imprese integrate verticalmente possono ottenere riduzioni dei costi di produzione traendo beneficio da tecnologie utilizzabili proficuamente solo da imprese che controllano più fasi del processo produttivo. Vi può essere altresì il caso in cui un'impresa, integrandosi verticalmente rompe una situazione di monopolio o di collusione presente nei mercati a monte o a valle. Infine una concentrazione verticale può garantire che il prodotto di un'impresa sia distribuito al meglio presso i consumatori.

A tali effetti positivi vanno aggiunti gli aspetti di efficienza, già analizzati, relativi alle intese verticali, in particolare con riferimento alle relazioni contrattuali tra produttori e distributori, che mantengono la loro validità in presenza di una concentrazione tra gli stessi soggetti.

A tutto ciò va contrapposto il rischio, comunque esistente, di un incremento del potere di mercato della nuova impresa attraverso l'esclusione dei concorrenti o l'innalzamento dei loro costi, secondo il già citato schema definito "RRC", *Raising Rival Costs*; tale effetto è ottenibile in particolare in presenza di infrastrutture essenziali, riproponendo così la questione già analizzata con riferimento agli abusi di posizione dominante. In questo senso, significativi effetti anti-concorrenziali sono emersi nel recente caso comunitario *GE/Honeywell*<sup>575</sup>, nel quale è stato posto in evidenza come in situazioni di mercati concentrati e di elevate barriere all'entrata una fusione verticale coinvolgente un soggetto con forte potere contrattuale e dimensioni (e quindi capacità finanziarie) molto più elevate degli altri operatori, *General Electric*, e una sua impresa fornitrice, *Honeywell*, ponesse in essere il rischio

---

<sup>574</sup> V. cap. 1 par. 4 e cap. 3 par. 5.

<sup>575</sup> Commissione Europea, decisione del 3 luglio 2001, *General Electric/Honeywell*.

di ridurre sensibilmente la concorrenza nel mercato a monte, a causa della potenziale traslazione della posizione dominante del soggetto acquirente in tale mercato. Peraltro, nello stesso caso, come vedremo, non si è tenuto conto dei possibili incrementi di efficienza, forse anche in ragione della nazionalità extracomunitaria di molte delle imprese coinvolte.

### ***Le concentrazioni orizzontali***

Anche le concentrazioni orizzontali possono generare significativi guadagni di efficienza produttiva per l'impresa generata dall'operazione. Due imprese operanti nello stesso mercato che uniscono le proprie attività creando un'unica impresa, possono infatti facilmente conseguire: economie di scala, risultanti dall'accresciuta dimensione produttiva; economie di diversificazione, attraverso l'ampliamento della gamma offerta. La concentrazione sarà pertanto suscettibile di generare un guadagno in termini di efficienza almeno nel breve periodo.

Nel lungo periodo va inoltre considerata anche la variabile dell'innovazione, la cui crescita può essere favorita dalle sinergie conseguite nel campo della ricerca con modalità simili a quelle già descritte con riferimento agli effetti delle intese orizzontali; la fusione può infatti incrementare la propensione all'innovazione e alla differenziazione delle imprese attraverso la condivisione delle attività di ricerca e sviluppo e di pubblicità.

Sempre nel lungo periodo è possibile che gli incrementi di efficienza derivanti dalla concentrazione riducano gli incentivi dell'impresa risultante dall'operazione a coordinare il suo comportamento con le altre imprese rendendo così meno probabile la collusione. La conseguenza sarà presumibilmente una maggiore efficienza allocativa (minore perdita di benessere da parte dei consumatori) rispetto all'ipotesi collusiva.

Questi guadagni di efficienza, ove effettivamente esistenti, devono essere rapportati agli effetti anticompetitivi della concentrazione. In questo senso due sono i principali effetti delle fusioni orizzontali:

1. possono consentire alla nuova impresa di esercitare unilateralmente un maggior potere di mercato con un conseguente aumento dei prezzi (effetto unilaterale delle fusioni);
2. possono favorire la collusione nell'industria coinvolta.

Per valutare il potere di mercato della nuova impresa, così come per valutare i rischi di collusione, le autorità comunitarie fanno tradizionalmente riferimento alle quote di mercato detenute dalle singole imprese e agli indici di concentrazione del mercato rilevante che da tali quote vengono desunti, i principali dei quali sono il *Concentration Ratio* (CR4 e CR5), dato dalla somma delle quote di mercato detenute dalle prime 4 imprese, e l'HHI (Herfindahl-Hirschman Index), indice economicamente più significativo, dato dalla somma dei quadrati delle singole quote di mercato detenute da tutte le imprese. Al calcolo di tali indici si accompagna generalmente la valutazione del livello delle barriere all'entrata e all'uscita, che dipende essenzialmente dall'entità dei costi irrecuperabili necessari per operare sul mercato, e il potere contrattuale degli acquirenti che, ove presente, può limitare fortemente il potere di mercato della nuova impresa. Spesso le decisioni adottate dagli organi comunitari trovano nei dati che emergono dal calcolo di questi indici la loro motivazione.

Una valutazione basata sugli effetti dell'operazione, quale è quella suggerita dal presente lavoro, non può però limitare la propria analisi ad una componente strutturale quale è quella individuata dagli indici appena menzionati. Le quote di mercato, gli indici di concentrazione, le barriere all'entrata e il potere dei clienti, infatti, per quanto importanti, sono elementi insufficienti a definire dinamicamente la posizione competitiva delle imprese operanti sul mercato rilevante e quindi a prevedere gli effetti dell'operazione di concentrazione. L'analisi economica integra pertanto tali elementi strutturali, richiedendo, ove possibile, una simulazione, utilizzando modelli matematici degli effetti della concentrazione che confronti la situazione di equilibrio *pre-merger* a quella *post-merger* ovvero, in alternativa, prevedendo gli effetti della fusione attraverso l'applicazione delle teorie economiche in materia di concentrazioni che meglio si adattano alla fattispecie concreta.

Tra queste citiamo, ad esempio, la teoria elaborata da Epstein e Rubinfeld, che assume che le imprese, in un mercato in cui il prodotto non è omogeneo, ma differenziato, si comportino similmente al modello oligopolistico elaborato da Bertrand basato sulla concorrenza di prezzo: in un simile contesto l'operazione di concentrazione in un ambito oligopolistico tra due imprese operanti in mercati rilevanti relativi a prodotti tra loro differenziati ma sostituibili, permette ad esse di

ampliare la gamma dei prodotti offerti, riducendo l'elasticità incrociata della domanda che ciascuna delle due imprese fronteggiava, conferendo così all'impresa creata con la concentrazione la possibilità di incrementare i prezzi profittevolmente, abbandonando la competizione à la Bertrand che prima conducevano; si tratta evidentemente di un effetto evidentemente anticoncorrenziale e non desiderabile<sup>576</sup>.

La questione è peraltro ancora diversa nel momento in cui si valutano gli effetti di una fusione in un'ottica di lungo periodo, necessaria per l'applicazione del criterio di efficienza dinamica. Questo approccio, infatti, muta i termini del problema, ridimensionando la questione della creazione e della conservazione di una posizione dominante a seguito della concentrazione, ed incrementando, come già nell'analisi delle condotte unilaterali, il peso degli incentivi all'innovazione quale discriminante per valutare gli effetti nel lungo periodo della concentrazione analizzata.

Un'ulteriore possibile effetto anticoncorrenziale, paradossalmente, è causato proprio da elevati guadagni di efficienza conseguenti ad una fusione. Tali guadagni consentirebbero infatti alla nuova impresa di procedere a riduzioni di prezzo cui i concorrenti operanti sullo stesso mercato rilevante che potrebbero non essere in grado di far fronte, rischiando così di pregiudicare la propria posizione di mercato, e in ultima analisi il livello di concorrenzialità del mercato. Si tratta della c.d. *efficiency offence*, concetto che intende riassumere i potenziali effetti negativi sulla concorrenza determinati dalle sinergie realizzate con la fusione, che si estrinsecerebbero, nel caso limite, nella creazione di un sostanziale monopolio, con una conseguente crescita dei prezzi, nel lungo periodo.

Questa ipotesi, che pure va tenuta in considerazione, deve tuttavia essere vista più come caso eccezionale che come criterio generale applicativo. Innanzitutto, infatti, gli effetti sul benessere generale nel lungo periodo della c.d. *efficiency offence* sono ambigui, in quanto non è scontato che i prezzi praticati dalla nuova impresa, divenuta monopolista, proprio in virtù delle rilevanti riduzioni di costo realizzate

---

<sup>576</sup> M. Grillo e L. Magnani, *Antitrust appraisal of mergers in oligopolistic markets*, in *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, Giuffrè 2005, p. 295-297. Un recente caso di concentrazione orizzontale su mercati geografici e di prodotto differenziati valutato sulla base dei suoi effetti unilaterali è stata l'acquisizione di Wm Morrison Supermarket da parte di Somerfield in Gran Bretagna (Indagine della *Competition Commission* del settembre 2005 citata in U. Argun-D. Ridyard, *Lost in translation: the use and abuse of diversion ratios in Unilateral effects analysis*, in *European competition law review*, 2006, p. 564 ss.).

siano superiori a quelli ante-concentrazione. In secondo luogo, e questa costituisce sicuramente la critica più forte, le imprese concorrenti saranno incentivate dall'esistenza della nuova impresa a cercare di incrementare il proprio livello di efficienza anche attraverso sinergie con altre imprese, piuttosto che subire passivamente l'*efficiency offence*. Si dovrà in questo senso valutare la replicabilità delle sinergie ottenute attraverso l'operazione di concentrazione da parte delle imprese concorrenti: solo nel caso in cui alcuni input o tecnologie non siano liberamente disponibili potrà essere efficiente vietare la concentrazione. Infine, potrebbe verificarsi il caso che l'*efficiency offence* condotta dalla nuova impresa sia in realtà una pratica predatoria; in tal caso non si tratterà di applicare il Reg. 139/2004, essendo la concentrazione in sé lecita, bensì l'art. 82 del Trattato, in quanto la fattispecie che dovrà essere sanzionata sarà una condotta unilaterale posta in essere successivamente alla concentrazione<sup>577</sup>.

Non attiene, infine, all'applicazione del criterio di efficienza, infine, la c.d. "*failing firm defence*", teoria che ammette le operazioni di concentrazione che coinvolgono un'impresa in stato di crisi che presenti una situazione di dissesto economico-finanziario di lungo periodo. Tale difesa si fonda infatti sull'assenza di effetti anti-concorrenziali posto che un'impresa operante in tali condizioni sarebbe destinata ad uscire dal mercato, piuttosto che su incrementi di efficienza, impossibili da presumere in un rapporto di causalità da una tale operazione.

In termini economici, in definitiva, l'ammissibilità di una *efficiency defence* all'interno di un procedimento antitrust di valutazione di un'operazione di concentrazione trova dei limiti negli eventuali effetti anticoncorrenziali, determinati attraverso un'analisi degli effetti quale quella sopra suggerita. Tale argomentazione di difesa, conseguentemente, dovrà basarsi su un'evidenza fattuale che dimostri l'idoneità della fusione a creare un'impresa più efficiente, in grado di competere al meglio sul mercato con un beneficio per i consumatori, evidenziando altresì le diseconomie esistenti nelle imprese anteriormente alla fusione; il tutto evidentemente subordinato alla sussistenza di condizioni di *workable competition* anche successivamente alla concentrazione.

---

<sup>577</sup> M. Motta-M.Polo, *op. cit.*, p. 177-178.

***Il criterio di efficienza nella prassi comunitaria in materia di concentrazioni e cenni alla prassi delle autorità degli Stati membri***

Dal punto di vista giuridico, il testo del Regolamento 139/2004, come abbiamo visto<sup>578</sup>, non menziona esplicitamente l'efficienza quale principio di valutazione delle operazioni di concentrazione, limitandosi a stabilire l'apposizione di ostacoli alla concorrenza effettiva quale criterio discriminante per statuire la liceità o meno di un'operazione di concentrazione, benchè alla nozione di efficienza possa essere ricondotta la locuzione “progresso tecnico ed economico” di cui la Commissione deve tenere conto nella sua decisione<sup>579</sup>, pur con il vincolo che tale progresso vada a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza.

Un riconoscimento del ruolo dell'efficienza lo si trova anche nelle linee guida elaborate dalla Commissione per la valutazione delle operazioni di concentrazione, contestualmente all'adozione del nuovo Regolamento: il titolo VII degli orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali (*Guidelines*) del 2004 è infatti dedicato agli incrementi di efficienza ottenibili attraverso le concentrazioni; in particolare al paragrafo 76 la Commissione riconosce che le operazioni di concentrazione possono rispondere “alle esigenze di una concorrenza dinamica ed essere in grado di aumentare la competitività di un'industria”, apportando vantaggi sia in termini di efficienza produttiva che di efficienza dinamica. Condizioni necessarie, tuttavia, affinché gli incrementi di efficienza legati alle operazioni di concentrazioni giustificino una decisione favorevole sono che:

1. tali incrementi siano verificabili e specificamente legati all'operazione oggetto di valutazione;
2. controbilancino gli effetti negativi per la concorrenza
3. vadano, almeno in parte, a beneficio dei consumatori.

La prima condizione impone un nesso specifico tra i guadagni di efficienze e la concentrazione all'esame della Commissione al fine di evitare il rischio di autorizzare una concentrazione sulla base di efficienze solo potenzialmente ottenibili,

---

<sup>578</sup> Cfr cap. 4 par. 6

<sup>579</sup> Art. 2 del Regolamento 139/2004.

quando in realtà le imprese in questione non sono in grado di attivarle<sup>580</sup>. In una prospettiva di analisi economica si tratta di una condizione quanto mai importante da soddisfare, tuttavia, come vedremo tra poco, di fatto è risultato spesso difficile per la Commissione determinare nel concreto la capacità delle imprese coinvolte nelle operazioni di ottenere quei guadagni di efficienza che in linea teorica è normalmente possibile individuare, soprattutto con riferimento allo sviluppo di nuovi prodotti o a miglioramenti qualitativi di quelli esistenti. Così come gli incrementi di efficienza devono essere quantificati con riferimento alla singola operazione anche i benefici che ne derivano per i consumatori (par. 86 delle Linee Guida)

Passando alla seconda condizione, essa è finalizzata ad evitare che l'operazione venga autorizzata in presenza di alternative meno costose sotto il profilo della concorrenza. Tali alternative devono tuttavia essere concretamente realizzabili con riferimento alla situazione in cui si trovano le imprese partecipanti alla concentrazione e al mercato in cui esse operano (par. 85 delle Linee Guida). Questa condizione, dal punto di vista teorico ineccepibile, pone evidentemente delle difficoltà di giudizio all'organo competente in quanto esso sarà suscettibile di soffrire di un'asimmetria informativa, rispetto alle imprese coinvolte nella concentrazione, che queste ultime non avranno interesse a colmare<sup>581</sup>; il mancato rilevamento di un'alternativa meno costosa dal punto di vista della concorrenza a causa di una carenza informativa consentirebbe infatti all'operazione di essere autorizzata.

La terza condizione, infine, è espressione di quella tutela del consumatore che, come abbiamo visto, costituisce un obiettivo ormai preminente delle politiche dell'Unione Europea. Affinchè una concentrazione venga autorizzata in applicazione del criterio di efficienza, è pertanto necessario che gli effetti positivi dell'operazione vengano trasferiti ai consumatori, a partire da una riduzione dei prezzi (par. 80 delle Linee Guida) per arrivare all'innovazione di prodotto e più in generale al miglioramento qualitativo, espressione di un incremento di efficienza dinamica (par.81 delle Linee Guida). Anche con riferimento a questa condizione si dà conto, seppure in linea teorica, della necessità di valutare la sussistenza della condizione

---

<sup>580</sup> A tal fine il formulario Co, avente lo scopo di specificare le informazioni che le parti notificanti sono tenute a comunicare alla Commissione, contiene un invito a specificare i miglioramenti di efficienza invocati al fine di permettere all'organo comunitario di valutare la sussistenza nella fattispecie concreta delle tre condizioni stabilite dalle Linee Guida.

<sup>581</sup> M.Motta, *Competition policy*, Oxford, 2004, p. 242

con riferimento alle specifiche condizioni di mercato, utilizzando, ove possibile le nuove tecniche quantitative che stanno sempre più caratterizzando la recente analisi antitrust<sup>582</sup>. Non viene invece ripresa la previsione delle Linee Guida relative all'applicazione dell'art. 81 (3) del Trattato nella parte in cui precisa che non è necessario che agli utilizzatori sia trasferita una parte di tutti i singoli incrementi di efficienza derivanti dall'operazione<sup>583</sup>, essendo sufficiente, in ossequio al criterio di Kaldor-Hicks, che, globalmente, i benefici riconosciuti a questi siano tali da compensare gli effetti negativi della concentrazione.

In sede applicativa, peraltro, la difesa basata sull'efficienza è utilizzata dall'autorità *antitrust* comunitaria da ben prima dell'emanazione del nuovo Regolamento e delle relative Linee Guida, seppure con maggiori cautele del diritto antitrust statunitense dove è praticata ormai da quasi trent'anni. Ciò grazie all'approccio, ormai condiviso, della *rule of reason* (ossia una valutazione caso per caso delle fattispecie rilevanti), nonché, in altre occasioni, attraverso valutazioni condotte sottotraccia rispetto ai criteri formalmente utilizzati, che tuttavia, di fatto, assumono rilevanza nella decisione finale.

Esaminando, infatti, se e come il criterio di efficienza venga concretamente applicato dall'autorità *antitrust* comunitaria emerge una graduale evoluzione nella considerazione dei guadagni di efficienza che, seppure con fasi alterne, ha portato gli stessi ad avere un crescente peso nelle decisioni finali.

Nel primo caso in cui la Commissione si trovò a dover effettuare una valutazione in presenza di incrementi di efficienza, nel caso *AT&T/NCR*<sup>584</sup>, decise di applicare non l'*efficiency defence*, bensì l'*efficiency offence*, ritenendo che proprio le sinergie conseguenti all'operazione generassero il rischio di creare o rafforzare una posizione dominante<sup>585</sup>.

---

<sup>582</sup> J. Stennek-F. Verboven, *Merger control and enterprise competitiveness: empirical analysis and policy recommendation*, in AAVV, *The efficiency defence and the European system of merger control*, Bruxelles, 2004, p. 161 ss.

<sup>583</sup> Commissione Europea, *Linee Diretrici sull'applicazione dell'articolo 81 paragrafo 3 del Trattato*, cit., par. 86-87.

<sup>584</sup> Decisione della Commissione del 18 gennaio 1991, caso n. IV/M.0050, *AT&T/NCR*.

<sup>585</sup> Nel testo della decisione si legge infatti che "it is not excluded that potential advantages flowing from synergies may create or strengthen a dominant position".

Già pochi mesi dopo, tuttavia, vi è il primo segnale di un'inversione di tendenza: nel caso *De Havilland*<sup>586</sup> la Commissione non esclude la possibilità di prendere in considerazione argomentazioni incentrate su guadagni di efficienza per autorizzare un'operazione, pur valutando negativamente la fattispecie concreta. Allo stesso modo nel caso *Accor/Wagon Lits*<sup>587</sup>, pur permanendo la mancata considerazione dei guadagni di produttività invocati dalle parti, si ipotizza l'eventualità di un esito diverso dell'istruttoria in presenza di una rigorosa specificazione dei vantaggi derivanti dalla concentrazione<sup>588</sup>. In altri casi è stata sottolineata l'importanza degli aspetti di efficienza dinamica del mercato rilevanti, individuabili nella facilità di entrata e uscita delle imprese dal mercato, nella tendenza al cambiamento e all'innovazione tecnologica<sup>589</sup>.

La decisione più significativa, in termini di valutazione dinamica, è comunque quella relativa al caso *ABB/Daimler Benz*<sup>590</sup>, nella quale la Commissione statui che l'operazione, benchè avvenisse tra due imprese concorrente, avrebbe migliorato la situazione concorrenziale in quanto avrebbe permesso alle due imprese di competere al meglio con l'impresa dominante e con le sue consorziate (*Siemens*) sul mercato degli appalti per la costruzione di linee ferroviarie ad alta velocità.

Più recentemente, al contrario, nel citato caso *GE/Honeywell*, in cui probabilmente anche a causa della diversa nazionalità delle imprese coinvolte, la Commissione non ha ritenuto di considerare positivamente gli incrementi di efficienza, asseriti dalle parti, e che avrebbero condotto a una diminuzione dei prezzi, poichè tale diminuzione, a parere della Commissione sarebbe stata principalmente il frutto di un comportamento strategico volto ad escludere i concorrenti che si sarebbe tradotto nel lungo periodo in un aumento dei prezzi stessi una volta ottenuto l'obiettivo escludente. Conseguentemente, secondo la Commissione l'operazione

---

<sup>586</sup> Decisione della Commissione del 2 ottobre 1991, caso IV/M.053, *Aerospatiale-Alenia/De havilland*, par.65-71.

<sup>587</sup> Decisione della Commissione del 28 aprile 1992, caso IV/M.126, *Accor/Wagon Lits*.

<sup>588</sup> Decisione della Commissione del 28 aprile 1992, cit., par. 26.

<sup>589</sup> Decisione della Commissione del 17 luglio 1996, caso IV M.737, *Ciba-Geigy/Sandoz*, par. 162-176; Decisione della Commissione del 1 ottobre 1993, caso IV/M. 454, *Cyanamid-Shell*, nel quale si afferma che "un'analisi basata sulla sola quota di mercato" e quindi di tipo strutturale "non è particolarmente probativa in un'industria dinamica e basata intensivamente sulla ricerca e sviluppo".

<sup>590</sup> Decisione della Commissione del 18 ottobre 1995, caso IV/M. 580, *Abb/Daimler Benz*.

avrebbe avuto nel lungo periodo l'effetto di rafforzare la posizione dominante di *GE* sui diversi mercati rilevanti<sup>591</sup>.

Nel 2007, infine, come vedremo più ampiamente in seguito<sup>592</sup>, la Commissione ha vietato la fusione tra *Ryanair* e *Aer Lingus*<sup>593</sup> applicando di fatto il criterio dell'*efficiency offense*. Il ritorno in voga dell'*efficiency offense* sembra, tuttavia, riferibile all'eccezionalità della fattispecie più che a una modifica dell'orientamento generale delle autorità *antitrust*.

Ancora più rigida è la prassi di altre autorità europee: l'Ufficio federale dei cartelli tedesco recentemente, come abbiamo già visto, ha posto in secondo piano gli incrementi di efficienza ottenibili attraverso una fusione tra imprese operanti nel settore dei media, focalizzando la propria attenzione sugli aspetti legati alla tutela del benessere dei consumatori, e dei clienti in generale<sup>594</sup>.

Un'altra tendenza evolutiva consolidatasi nel tempo è stata quella di autorizzare le operazioni, apponendo determinate condizioni a carico delle parti sia di tipo strutturale (ossia finalizzate alla riduzione delle quote di mercato detenute dalle due imprese coinvolte nell'operazione) sia di condotta, che le parti stesse si impegnano ad ottemperare<sup>595</sup>; con questo metodo le fusioni vengono conseguentemente autorizzate a condizione che le imprese coinvolte si assumano impegni tali da ridurre o eliminare gli effetti anticoncorrenziali.

Questa scelta della Commissione è coerente con il duplice effetto di molte operazioni di concentrazione: in tal modo infatti l'autorità comunitaria mira a conseguire il risultato di limitare gli effetti anticoncorrenziali, senza tuttavia vietare un'operazione cui riconosce la capacità di generare guadagni di efficienza<sup>596</sup>. Si

---

<sup>591</sup> Decisione della Commissione Europea del 18 febbraio 2004, cit., par. 348-353.

<sup>592</sup> Vedasi cap. 9.

<sup>593</sup> Decisione della Commissione del 27 giugno 2007, *Ryanair/Aer Lingus*, non ancora pubblicata.

<sup>594</sup> O. Budzinsky-K. Wacker, *The prohibition of the proposed Springer-ProSiebensat: how much economics in German merger control*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2007, 3, p. 281 ss. Gli autori fanno riferimento all'operazione di concentrazione poi vietata tra *Axel Springer AG* e *ProSiebensat.1 Media AG*.

<sup>595</sup> In termini quantitativi, dal 1990 al 2005 sono state imposte condizioni all'autorizzazione in 209 casi su 2.961 notifiche (ossia il 17%), di cui circa il 54% strutturali, il 31% comportamentali e il 15% di entrambi i tipi. Non stupisce che l'imposizione di condizioni sia più frequente in presenza di imprese di grandi dimensioni e con elevato potere di mercato (P. Bougette-S. Turolla, *-Merger remedies at the European Commission: a multimodal logit analysis*, MPRA paper n. 2461, 2007, p.8 ss.).

<sup>596</sup> Si vedano ad esempio i casi IV/M.877, *Boeing/Mc Donnell Douglas*, 30 luglio 1997, IV/M.190, *Nestlé/Perrier*, 5 ottobre 1992, IV/M.157, *Air France-Sabena*, 5 ottobre 1992. La Commissione ha

tratta peraltro di un obiettivo che, secondo un recente studio<sup>597</sup>, non sempre è stato effettivamente perseguito<sup>598</sup> e anche ammettendo che esso lo sia stato l'implementazione dei rimedi imposti non è stata immune da inefficienze<sup>599</sup>, come peraltro implicitamente ammesso dalla stessa Commissione<sup>600</sup>.

Questa prassi si è diffusa anche a livello nazionale, dove è frequente trovare decisioni che subordinano le concentrazioni a determinate condizioni; un significativo esempio in questo senso è costituito dalla recente decisione del Ministero dell'Economia spagnolo che ha recentemente autorizzato la fusione<sup>601</sup> tra due dei principali gruppi del paese nel settore dell'energia in ragione degli incrementi di efficienza nell'erogazione dei servizi della nuova entità nascente, ma subordinando l'operazione fusione a numerose condizioni al fine di attenuarne gli effetti anticoncorrenziali.

La Commissione resta tuttavia riluttante ad ammettere che i guadagni di efficienza siano un fattore effettivamente preso in considerazione nelle sue decisioni; ciò non solo per la mancata esplicita previsione di tale criterio da parte della disciplina normativa, ma anche per non alimentare le accuse di perseguire obiettivi di politica industriale attraverso il paravento dei miglioramenti di efficienza che le sono state da più parti formulate<sup>602</sup>. Per tale ragione tali aspetti restano spesso sottotraccia all'interno delle decisioni, il cui esito viene poi formalmente motivato sulla base di altri presupposti.

La parziale ammissibilità dell'*efficiency defence* nel diritto antitrust comunitario, non elimina comunque la *vexata quaestio* delle metodologie di analisi degli effetti delle operazioni di concentrazione, passaggio preliminare i cui criteri valutativi adottati dalla Commissione ancora risentono, come abbiamo visto, della

---

altresì pubblicato uno studio in merito all'efficienza dei rimedi adottati nel periodo 1996-2000 (Commissione Europea, *Merger remedy study*, 2005).

<sup>597</sup>T. Duso et al, *EU merger remedies: a preliminary empirical assessment*, GESY discussion paper n. 81, 2006.

<sup>598</sup>Ciò evidentemente a causa della già esaminata eterogeneità dei fini della politica *antitrust* dell'Unione Europea.

<sup>599</sup>P. Bougette-S. Turolla, *op. cit.*, p. 2 ss.

<sup>600</sup>Commissione Europea, *Merger remedy study*, cit., p. 5 ss.

<sup>601</sup>Si tratta dell'acquisizione del controllo di *Endesa* da parte di *Gas Natural*, autorizzato dal Ministero de Economia y Hacienda con decisione n. 94/05.

<sup>602</sup>P.E. Noel, *Efficiency consideration in the assessment of horizontal mergers under European and US antitrust law*, p. 514; L. Cohen Tanugi et al., *La pratique communautaire du controle des concentrations: analyses juridique, economique et comparative: Europe, Etats Unit, Japon, Bruxelles*, 1995, p. 82-83.

preponderanza degli indicatori strutturali elaborati per attuare esclusivamente il test della dominanza *ex Reg.4064/1989*. A parere di chi scrive l'integrazione di tali metodologie di analisi con ulteriori criteri di valutazione degli effetti economici, basati su variabili dinamiche, quali quelli in precedenza indicati, costituirebbe in questo senso un ulteriore necessario presupposto per una piena applicazione del criterio di efficienza coerente con la lettera del nuovo Regolamento 139/2004 e con una tutela dinamica della concorrenza in linea con i principi del Trattato CE.

Si rileva infine, come già accennato, l'inadeguatezza, e in taluni casi la carenza, dell'analisi della capacità delle singole imprese di valorizzare i potenziali incrementi di efficienza ottenibili attraverso la concentrazione. Non sempre infatti le imprese sono in grado di realizzare quelle sinergie che la concentrazione in teoria sarebbe suscettibile di generare; ciò per varie ragioni che vanno dall'inefficienza interna, alle strategie delle imprese concentrande, ai valori cui esse fanno riferimento. La Commissione raramente ha tenuto conto di questi aspetti; si pensi ad esempio alle decisioni di autorizzazione dell'acquisizione di *Kamps* da parte di Barilla<sup>603</sup> ovvero la joint-venture *Alitalia/KLM*<sup>604</sup>, nelle quali vengono evidenziate sinergie solo teoricamente ottenibili, poiché le aziende in questione non erano nella realtà in grado di integrare le loro funzioni conseguendo così dei risparmi di costo.

### **7.5 Conclusioni. Il lento accoglimento della valutazione di efficienza nell'attuazione del diritto comunitario della concorrenza**

Emerge dall'analisi condotta in questo capitolo un certo sfasamento tra un'applicazione del diritto *antitrust* funzionalizzata al perseguimento dell'efficienza, quale quella determinata dalla teoria economica, pur nel diverso peso attribuito alle variabili economiche da parte dei diversi autori e nella loro diversa qualificazione della nozione di efficienza, e l'effettiva applicazione del diritto *antitrust* a livello comunitario.

Ciò sebbene, e come già evidenziato in precedenza<sup>605</sup>, il diritto comunitario *antitrust* abbia conosciuto nel tempo un'evoluzione degli obiettivi perseguiti mediante la disciplina della concorrenza, affiancando il raggiungimento

---

<sup>603</sup> Decisione della Commissione del 25 giugno 2002, *Barilla/Kamps*, COMP. M. 2817.

<sup>604</sup> Decisione della Commissione dell'11 agosto 1999, *Alitalia/KLM*, COMP. JV. 19.

<sup>605</sup> Cfr *supra* cap. 4.

dell'efficienza dei mercati attraverso la tutela e il rafforzamento della concorrenza, all'iniziale preminente obiettivo della creazione del mercato unico.

In parte questo mancato pieno recepimento del criterio di efficienza deriva dalla contraddizione intrinseca di un sistema dualistico in cui i due obiettivi primari individuati dalle istituzioni comunitarie, l'integrazione dei mercati e l'efficienza, non sono sempre complementari, e talvolta si pongono in contrasto l'uno con l'altro, come in alcuni casi di intese volte a limitare le importazioni parallele, nonché in tutti quei casi in cui la ripartizione dei mercati stimola la concorrenza nel mercato interno, visto che il mercato geografico rilevante in talune fattispecie è ancora ristretto nell'ambito dei confini nazionali. La soluzione data dagli organi comunitari a questa contrapposizione, nel momento in cui si è presentata, è stata, nella prevalenza dei casi, quella di rinunciare al perseguimento dell'efficienza.

E tale soluzione d'altra parte sembra coincidere con la volontà del legislatore comunitario. Residua infatti anche a livello normativo una visione delle problematiche antitrust ancora incentrata sulla precedente prospettiva, come risulta evidente dall'esame del Regolamento 2790/99, nella parte in cui esclude dalla presunzione di legalità riconosciuta alle imprese che detengono una quota di mercato inferiore al 30%, cioè da quello che viene definito il beneficio del "porto sicuro", le intese volte a ripartire il mercato su base geografica o sulla base della tipologia di clientela (oltre che, più comprensibilmente, gli accordi di fissazione di prezzo minimo). Riconosciuto che gli effetti delle intese verticali, inclusi quelli degli accordi di ripartizione dei mercati, sono, per la loro ambiguità, tra i più dibattuti nel diritto e nella pratica *antitrust*, non si può revocare in dubbio che in un'ottica *ex ante* la ripartizione dei mercati può costituire un incentivo ai distributori e riduce il fenomeno del *free-riding*.

La ragione di tale proibizione *per se* sembra quindi confermare l'ipotesi della parziale resistenza dei criteri valutativi creati dalla precedente filosofia di intervento, la quale continua a influenzare l'atteggiamento degli organi comunitari, in particolare nell'esame di quei casi in cui gli effetti della fattispecie possono creare una situazione di *trade off* tra integrazione dei mercati e perseguimento dell'efficienza

economica<sup>606</sup>. In questo senso, peraltro, un indubbio segnale di novità è costituito dalla già citata sentenza *Glaxowellxome*, nella quale, sebbene con riferimento ad un mercato dalle caratteristiche molto particolari quale quello farmaceutico, il tradizionale approccio della proibizione *per se* alla ripartizione dei mercati su base territoriale all'interno della Comunità, è stato per la prima volta abbandonato, ciò costituendo un evidente segnale di evoluzione verso una maggiore apertura all'introduzione del criterio di efficienza anche in queste situazioni.

D'altra parte lo stesso criterio della quota di mercato, individuato dal Regolamento 2790 quale discriminante per poter beneficiare dell'esenzione, mal si concilia con un'analisi ispirata al criterio di efficienza; la quota di mercato, infatti, rappresenta una soglia di tipo statico insufficiente per valutare esaustivamente tutti i potenziali effetti dell'intesa, soprattutto in un'ottica dinamica.

Si rileva inoltre il crescente peso attribuito dalle istituzioni comunitarie ad un'altra finalità della politica della concorrenza: quella, già esaminata, della tutela del consumatore, il cui perseguimento costituisce un vincolo alla valutazione secondo un criterio di pura efficienza economica. Non basta evidentemente dimostrare l'esistenza di un guadagno di efficienza ottenibile dalla condotta o dall'operazione, per quanto esso sia di rilevante entità, ma si deve anche dimostrare l'esistenza di un guadagno per i consumatori, laddove, come abbiamo visto nella parte iniziale del presente lavoro, il perseguimento dell'efficienza distributiva è altro rispetto al perseguimento dell'efficienza economica nelle sue diverse accezioni.

La politica comunitaria tende, infine, come già accennato, ad attribuire una funzione democratica al decentramento del potere economico, e quindi all'indipendenza delle imprese e a proteggere le piccole imprese, anche in campi dove ciò non costituirebbe la finalità delle norme, come nel caso dell'antitrust. In quest'ottica deve essere letta la Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore<sup>607</sup> (c.d. *de minimis notice*) che favorisce, escludendola dall'ambito di applicazione dell'art. 81 (1) del Trattato secondo la regola del *per se*,

---

<sup>606</sup>R. Van den Bergh, *Economic analysis in European competition law*, in Cucinotta et al., *Post Chicago development in antitrust law*, New York, 2001, p.36 ss.

<sup>607</sup> In G.U.C.E, n. C 368 del 22.12.2001, p. 13 ss.

la cooperazione tra piccole e medie imprese in modo che esse possano competere con le imprese dominanti<sup>608</sup>.

La stessa *ratio* si rinviene in alcuni casi di applicazione dell'art. 82 del Trattato, in cui gli organi comunitari hanno talvolta sanzionato i comportamenti delle imprese dominanti per proteggere i loro concorrenti piuttosto che per tutelare la concorrenza: nel già citato caso *AKZO*<sup>609</sup>, ad esempio, la ragione della decisione della Commissione, confermata dalla Corte di Giustizia, di sanzionare una pratica come predatoria applicando il criterio della comparazione tra prezzo e costi medi totali è stata individuata dalla dottrina<sup>610</sup> nella volontà di proteggere i concorrenti, così come nel caso *Tetra-Pak*<sup>611</sup> una simile critica è stata motivata con la mancata analisi da parte della Commissione della capacità dell'impresa di recuperare le perdite subite nel lungo periodo. Tale approccio è in linea, peraltro, con la legislazione di alcuni Stati membri, le cui norme offrono tutela alle imprese avverso la c.d. "concorrenza sleale", quale è ritenuta la vendita sottocosto.

L'esame delle decisioni della Commissione e di alcune autorità nazionali conferma che il criterio di efficienza finisce spesso schiacciato tra questi obiettivi che vincolano le autorità a fare riferimento esplicito all'efficienza solo in presenza di determinate condizioni. Conseguentemente, se si escludono i casi di intese verticali, in cui le esigenze di efficienza ispirano ormai frequentemente le valutazioni delle autorità (a parte i casi di fissazione del prezzo di rivendita, considerato illecito *per se*), con riferimento alle altre fattispecie sono rari e saltuari i casi in cui si può affermare con certezza che le autorità hanno effettuato una valutazione di efficienza, tenendone conto al momento di adottare la decisione finale<sup>612</sup>. Più spesso, soprattutto in materia di concentrazioni, le valutazioni di efficienza sono condotte sottotraccia influenzando comunque l'esito finale del procedimento istruttorio.

Si ritiene, in definitiva, che malgrado la volontà delle istituzioni comunitarie di attribuire un peso crescente al perseguimento dell'efficienza dei mercati attraverso

---

<sup>608</sup> Peraltro la Comunicazione "*de minimis*" trova comunque giustificazione nell'esigenza di concentrare gli sforzi della Comunità sui casi antitrust più significativi.

<sup>609</sup> Corte di Giustizia, causa C-62/86, cit.

<sup>610</sup> R. Van den Bergh, *op. ult. cit.*, p. 44-46.

<sup>611</sup> Corte di Giustizia, causa C-333/94, cit.

<sup>612</sup> D'altra parte è sufficiente leggere le Relazioni annuali della Commissione e delle principali autorità nazionali per verificare la scarsità di rifeimenti espliciti all'efficienza da parte delle autorità antitrust nel momento in cui devono dare conto alle istituzioni rappresentative dell'attività svolta.

un maggiore utilizzo dell'analisi economica, in molti casi l'applicazione concreta del diritto *antitrust* subisce ancora l'influenza degli altri obiettivi, primo tra tutti l'integrazione dei mercati degli Stati membri, che la comunità persegue. Si deve tuttavia dare atto che, rispetto alla situazione precedente in cui il criterio di efficienza non era praticamente mai utilizzato né esplicitamente né implicitamente, si registra nel complesso una lenta evoluzione delle autorità nel senso di attribuire una crescente rilevanza dell'efficienza economica tra i parametri di valutazione adottati dalle autorità antitrust nello svolgimento della loro attività istituzionale. Un'evoluzione che è stata rapida, anche se parziale, in materia di intese verticali; evidente, ma incompleta per quanto riguarda l'analisi delle concentrazioni; ancora in fase embrionale, infine, per quanto concerne le condotte unilaterali.

Da ultimo, a parere di chi scrive, il ritardato, e talvolta mancato, recepimento dei metodi di valutazione ispirati al criterio di efficienza da parte degli organi comunitari trova la sua spiegazione in un secondo fattore legato all'approccio "tradizionalista" alla questione, soprattutto da parte della Commissione. Non si tratta tanto di una mancata fiducia della Comunità nella capacità del mercato di prevenire e comunque correggere le distorsioni che il potere economico privato può causare ed indurre, come sostiene la tradizionale letteratura di ispirazione *chicagoan*<sup>613</sup>, bensì di una perdurante propensione verso l'utilizzo dei precedenti criteri di valutazione incentrati su parametri strutturali, tra i quali primeggia la quota di mercato, a lungo sperimentati e perfezionati da parte delle autorità comunitarie; il ché va evidentemente a scapito del recepimento delle più recenti e autorevoli teorie economiche in materia *antitrust*, i cui modelli pur essendo spesso sostenuti dall'evidenza empirica vengono spesso ritenuti inaffidabili o troppo complessi da coloro che sono chiamati ad utilizzarli.

---

<sup>613</sup> Tra le critiche più equilibrate citiamo quelle di G. Priest, *L'antitrust negli Stati Uniti e in Europa, l'analisi*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2002/1, p. 151 ss., e D. Evans, *The new trustbusters: Washington and Brussels may part ways*, in *Foreign Affairs*, 2002, p.14 ss. Entrambe sono riferite ad alcune decisioni della Commissione in materia di concentrazioni.

## CAPITOLO 8

### L'APPLICAZIONE DEL CRITERIO DI EFFICIENZA ECONOMICA AL SETTORE DEI TRASPORTI

#### 8.1 Introduzione

Uno dei settori per i quali risulta interessante svolgere un'indagine empirica circa il ruolo e la misura dell'impiego del criterio di efficienza nell'attuazione e nell'interpretazione della norma *antitrust*, risulta, a parere dello scrivente, quello dei trasporti e ciò per vari motivi.

Innanzitutto sul piano dell'integrazione economica, per la cruciale funzione svolta dai trasporti nell'abbattimento delle frontiere interne alla Comunità Europea, e più in generale per il contributo fornito dal settore allo sviluppo e al consolidamento del fenomeno della globalizzazione.

In secondo luogo per il recente processo di deregolamentazione, che ha caratterizzato il settore a partire dagli anni '80, finalizzato ad una piena applicazione delle regole della concorrenza e del mercato laddove tradizionalmente dominavano gli assetti monopolistici e un rilevante intervento pubblico, sia diretto che indiretto; intervento che si è generalmente contraddistinto per il mancato rispetto del criterio di efficienza produttiva da parte del soggetto pubblico nel momento in cui questo ha offerto il servizio di trasporto nella veste di monopolista, beneficiario di un regime di riserva legale.

In terzo luogo l'esistenza di problematiche microeconomiche (esternalità, beni pubblici, monopoli naturali, predisposizione dell'offerta anticipata rispetto alla manifestazione della domanda), rientranti nella classica nozione di "fallimenti del mercato", sottese allo svolgimento dell'attività di trasporto.

La presenza di questi "fallimenti" rende necessaria una certa misura di regolazione, la quale, coordinata con l'intervento *antitrust* tradizionale, deve essere funzionalizzata ad una massimizzazione relativa del benessere sociale impossibile da realizzare attraverso la concorrenza perfetta. Infine si rileva la centralità delle infrastrutture di trasporto sia, in chiave generale per la continua esigenza di un loro ampliamento ed ammodernamento, in presenza della funzione di crescente incentivo

alla circolazione delle persone di merci svolta dalla società dell'informazione e della maggiore domanda di trasporto indotta dalla crescita economica mondiale, sia, in un'ottica più prettamente *antitrust*, nella loro veste di tipiche *essential facilities*.

L'esistenza di dinamiche economiche peculiari e una tradizione segnata dalla regolamentazione e dall'intervento pubblico, che si è aperta alla concorrenza più recentemente della generalità dei settori economici, rendono quindi difficoltosa, ma al contempo necessaria un'applicazione delle norme *antitrust* ispirata al criterio di efficienza, come in precedenza definito.

## **8.2 La politica europea dei trasporti tra concorrenza e regolazione.**

La Comunità Europea, come abbiamo visto, fin dalla sua istituzione ha sviluppato una politica della concorrenza, che, seppure perseguendo nel tempo diverse finalità, si ispirava ad un funzionamento del mercato su basi concorrenziali.

Così non è stato per il settore dei trasporti, in relazione al quale l'applicazione dei principi della concorrenza è intervenuta solo in una fase successiva. Si è resa, infatti, necessaria una legislazione *ad hoc* in grado di tenere nella dovuta considerazione la vocazione pubblica e la componente sociale di gran parte dei servizi di trasporto, oltre alla naturale tendenza a una configurazione industriale monopolistica dovuta alla natura infrastrutturale di parte della tecnologia di produzione e all'esistenza di rilevanti economie di scala conseguibili nel momento di produzione ed erogazione del servizio<sup>614</sup>.

A livello di norme del Trattato CE, ciò si è tradotto in un insieme di articoli espressamente dedicato alla politica dei trasporti ritrovabile nel titolo V del Trattato stesso limitatamente ai trasporti terrestri e ad un articolato sistema di Regolamenti attraverso il quale la Comunità è intervenuta in materia di trasporti marittimi ed aerei. Le particolari caratteristiche del settore dei trasporti hanno pertanto spinto il legislatore comunitario a non ritenere opportuno esporre i trasporti ad una piena applicazione del Titolo VI (contenente la disciplina della concorrenza). Nella prima fase di esistenza, la Comunità ha così statuito che nella politica comune dei trasporti si rendeva necessaria una disciplina della concorrenza diversa da quella generale. Sono stati così esplicitamente esclusi i trasporti terrestri dall'applicazione del

---

<sup>614</sup> Per una panoramica completa della normativa trasportistica italiana e comunitaria si veda M. Casanova-M.Brignardello, *Diritto dei trasporti*, Milano, 2004.

Regolamento 17/1062, a seguito dell'emanazione del Regolamento 141/62, nonché implicitamente i trasporti marittimi ed aerei, in ragione della mancata adozione della regolamentazione specifica richiesta ai sensi dell'art. 80 al fine di poter applicare il Trattato anche a questi comparti<sup>615</sup>. L'intervento antitrust è stato in questo modo posticipato di alcuni anni per il trasporto terrestre, di oltre venti per il trasporto marittimo ed aereo, mentre solo con l'introduzione del Regolamento 1/2003 le regole di procedura previste a livello generale hanno cominciato ad applicarsi anche al settore dei trasporti, pur restando in vigore numerosi regolamenti di carattere settoriale.

### ***Trasporto terrestre***

Per quanto riguarda il trasporto terrestre e per acque interne la normativa comunitaria *antitrust* di settore è stata approvata con l'emanazione del Regolamento 1017/68: esso segue lo schema degli artt. 81, 82 e 86 del Trattato in relazione a quanto stabilito rispetto al divieto degli accordi, delle decisioni e delle pratiche concordate lesive della concorrenza, dell'abuso di posizione dominante e degli aiuti di Stato. Introduce invece un'eccezione legale al divieto per gli accordi che consentano il miglioramento e la cooperazione tecnica avendo per oggetto:

- l'applicazione uniforme di norme e tipi per il materiale, l'approvvigionamento per i trasporti, i mezzi di trasporto e gli impianti fissi e il loro scambio o utilizzazione in comune per l'esercizio dei servizi di trasporto;
- l'organizzazione di servizi successivi complementari, sostitutivi o combinati e la fissazione di prezzi e condizioni globali;
- l'instradamento di trasporti sugli itinerari più razionali e il coordinamento degli orari sugli itinerari successivi;
- il raggruppamento di spedizioni isolate e l'adozione di regole uniformi per la struttura e le condizioni di applicazione delle tariffe.

Inoltre stabilisce una sorta di primitiva regola del "de minimis", esentando i raggruppamenti di piccole e medie imprese rivolti finalizzati alla costituzione e funzionamento dei consorzi, al finanziamento o acquisizione in comune del materiale

---

<sup>615</sup> A. Frignani-M. Waelbroeck, *op. cit.*, p.51 ss.

o di forniture di trasporto connessi all'esercizio del servizio, perché la capacità di carico del raggruppamento non superi le 10.000 tonnellate per i trasporti su strada e le 500.000 tonnellate per i trasporti per acque interne; inoltre ogni singola impresa del raggruppamento non deve superare le 1.000 tonnellate per i trasporti su strada e le 50.000 tonnellate per i trasporti per via navigabile<sup>616</sup>.

Infine è stabilita l'esenzione per tutti quegli accordi che contribuiscano al miglioramento della qualità del servizio, promuovano una maggiore continuità nell'offerta del servizio di trasporto, aumentino la produttività delle imprese o favoriscano il progresso tecnico, tenendo in considerazione sia gli interessi degli utenti, sia gli interessi delle singole imprese a non essere assoggettate a eccessive restrizioni nel perseguimento dei propri interessi economici.

Si rinvengono quindi in questa disciplina i principi dettati dall'art. 81 e 82 del Trattato e i relativi divieti. Trova tuttavia maggiore spazio la possibile esenzione dal divieto, in quanto essa è invocabile in una più ampia cerchia di casi che rispecchiano il riconoscimento un maggior numero di possibili motivi che giustificano l'esenzione; in tale area di esenzione trova spazio, così come nell'articolo 81, il criterio di efficienza, sia in termini produttivi che dinamici.

Nel comparto ferroviario per assistere ad un'effettiva applicazione, seppure in forma limitata, dei principi antitrust, si è dovuto tuttavia attendere la Direttiva 440/91, integrata e completata inizialmente dalle Direttive 18 e 19 del 1995, e attualmente dalle Direttive 13/2001 e 14/2001. Il disposto coordinato di tali direttive ha imposto la separazione della gestione dell'infrastruttura ferroviaria, che presenta i connotati del monopolio naturale e per la quale è impossibile nella quasi totalità dei casi immaginare una duplicazione della stessa operata da un'impresa concorrenziale, dall'attività di trasporto per ferrovia, in cui invece tali connotati sono minimi, se non assenti. Tale separazione ha reso possibile, almeno teoricamente, lo sviluppo di imprese di trasporto ferroviario realmente competitive sui mercati ed effettivamente concorrenziali con altre ferrovie e coi vettori stradali e aerei in tutto il territorio dell'Unione Europea.

Questi obiettivi, come vedremo meglio nel prosieguo del capitolo, sono stati peraltro solo parzialmente conseguiti e limitatamente al trasporto di merci, in quanto

---

<sup>616</sup> R. Zucchetti, M. Ravasio, *Trasporti e concorrenza*, Milano, 2001, p. 34 ss.

nel trasporto passeggeri il mercato è ancora dominato dalle imprese ex-monopoliste pubbliche che storicamente hanno gestito la rete e il servizio di trasporto negli Stati membri. E' vero che ai sensi delle citate direttive l'esercizio del trasporto ferroviario può essere svolto da una pluralità di soggetti imprenditoriali, le quali una volta titolari dell'apposita licenza, valida su tutto il territorio comunitario, possono richiedere le tracce orarie al gestore dell'infrastruttura e in quelle offrire un servizio in concorrenza con le altre imprese licenziate, ma nei fatti in molti Stati membri la situazione è rimasta immutata: in virtù dei rapporti di collegamento e commistione ancora esistenti tra l'impresa di trasporto e il gestore dell'infrastruttura, infatti, la prima è in grado di condizionare le dinamiche concorrenziali del mercato<sup>617</sup>.

### ***Trasporto marittimo ed aereo***

Per quanto riguarda i trasporti marittimo ed aereo, la formulazione della norma di cui all'art. 80 del Trattato prevede testualmente che "il Consiglio con deliberazione a maggioranza qualificata potrà decidere se, in quale misura e con quale procedura potranno essere prese opportune disposizioni per la navigazione marittima e aerea". La lettera della norma è ambigua e non chiarisce l'ambito oggettivo di applicazione del Trattato rimandato delle future disposizioni. Ciò ha dato adito, negli anni successivi all'entrata in vigore del Trattato, a divergenze interpretative: talvolta il paragrafo è stato interpretato nel senso che il legislatore comunitario abbia inteso sottrarre i trasporti marittimi ed aerei non solo alle disposizioni di cui al Titolo V, ma anche ai principi generali contenuti nel Trattato, lasciando piena facoltà al Consiglio di emanare gli atti normativi necessari per realizzare la politica comunitaria relativamente a tali modalità di trasporto; altra dottrina al contrario, ma soprattutto la Commissione Europea, hanno ristretto la portata della norma in questione al Titolo nel quale è collocata, con la conseguenza di escludere i trasporti marittimi ed aerei solo dal campo di applicazione del Titolo V e non dall'intero Trattato. La questione ha evidentemente una particolare rilevanza con riferimento all'applicazione a queste due modalità di trasporto delle norme in materia di concorrenza, anche perché, all'epoca dell'adozione del Trattato, la diffusa esistenza di diritti esclusivi e il prevalente regime di tariffe controllate in questi

---

<sup>617</sup> S.Zunarelli-A. Claroni, *Casi e Materiali di diritto pubblico dei trasporti*, Bologna, 2005, p. 202-203.

settori si ponevano in netto contrasto con i principi di concorrenza di cui al Titolo VI<sup>618</sup>.

Nel tempo, tuttavia è prevalsa la tesi secondo la quale i principi di libera concorrenza si applicano anche ai trasporti marittimi e aerei, a condizione peraltro che intervenisse l'adozione degli atti normativi derivati previsti dall'art. 80 del Trattato. Il definitivo accoglimento di questo orientamento si è avuto con la sentenza *Nouvelles Frontiers*<sup>619</sup>, con la quale la Corte di giustizia si è orientata nel senso di dichiarare applicabili ai trasporti, compresa la navigazione marittima ed aerea, le disposizioni del Trattato in materia di libera concorrenza, dopo che con la celebre sentenza *Marinai Francesi*<sup>620</sup> aveva stabilito che i principi del Trattato sono integralmente applicabili a tutto il settore dei trasporti, inclusi quelli marittimi ed aerei, dissipando così le incertezze sulla presunta specialità di tali modalità di trasporto<sup>621</sup>. L'introduzione delle normative di settore, è quindi intervenuta con un significativo ritardo rispetto a quanto avvenuto nel trasporto terrestre.

Per quanto riguarda la regolamentazione del settore marittimo, si è dovuto attendere il 1986 con l'introduzione del Regolamento n. 4056/1986, attualmente in fase di riforma, con il quale è stato applicato il divieto di accordi e pratiche concordate che abbiano l'intento o semplicemente l'effetto di falsare il gioco della concorrenza al settore dei trasporti marittimi internazionali di linea che abbiano come origine o destinazione uno o più porti comunitari. Il divieto introdotto dal Regolamento 4056 ricalca nella sua formulazione il contenuto dell'art. 81 comma 1 del Trattato CE, ma ad esso corrisponde un'interpretazione nettamente più ampia dei

---

<sup>618</sup> Inoltre, con particolare riferimento al trasporto aereo, sussistevano rilevanti vincoli posti dal diritto internazionale: la Convenzione di Chicago del 1944 limita, infatti, l'accesso ai traffici aerei al preventivo consenso dello Stato interessato dal transito sui propri spazi aerei da parte di velivoli di altri stati, con la conseguenza che si era creato un sistema di accordi bilaterali tra i singoli Stati, tuttora presente in ambito extracomunitario, che impediva un libero accesso alle rotte e conseguentemente l'applicazione effettiva dei principi di libera concorrenza. Gli effetti di tale impostazione in termini di efficienza delle compagnie aeree sono stati nel complesso negativo, e a lungo confusi con un'inevitabile condizione di monopolio naturale. In questo senso un passaggio decisivo dal punto di vista teorico si è avuta con l'elaborazione della teoria dei mercati contestabili da parte di Baumol (W. Baumol *Contestable markets and the theory of industry structure*, Harcourt, 1982), che, sebbene non applicabile a tutte le componenti del settore dei trasporti, ha comunque messo definitivamente in crisi il modello precedente.

<sup>619</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 30 aprile 1986 C-209-213/84, con la quale è stata statuita l'illegittimità del divieto per i vettori di fissare i propri prezzi nell'ambito del gioco concorrenziale.

<sup>620</sup> Corte di Giustizia, sentenza C-167/73.

<sup>621</sup> F. Munari, *Il diritto comunitario dei trasporti*, Milano, 1996, p. 51.

criteri cui è subordinata la concessione dell'esenzione di cui al successivo comma 3: l'art. 3 del Regolamento 4056 dispone che il divieto non scatta per le Conferenze marittime (Conferences), gruppi di due o più armatori che assicurano servizi internazionali di linea per il trasporto di merci di qualunque natura, nell'ambito dei quali essi stabiliscono prezzi comuni e coordinano gli orari delle navi e delle frequenze al fine di garantire servizi regolari, adeguati e affidabili ai caricatori a prezzi relativamente stabili. Si tratta di un'esenzione assai generosa concessa ad associazioni e organizzazioni storicamente presenti nel settore<sup>622</sup>, che tuttavia non trova più ragione di essere in queste forme alla luce dei mutamenti intervenuti negli ultimi due decenni e che per questo motivo è in procinto di essere abrogata. A seguito di una lunga consultazione svolta dalla Commissione, infatti, il Consiglio ha adottato il Regolamento 1419/2006 che abroga il Regolamento 4056 con effetto a partire dall'1 ottobre 2008.

Una seconda esenzione riconosciuta al settore marittimo di linea riguarda gli accordi tecnici, di cooperazione, e in particolare i c.d. "Consorti", come disposto dai Regolamenti 479/92, 870/1995, 823/2000 e 611/2005. Con tali Regolamenti, che rinnovano periodicamente l'esenzione riconosciuta nel 1992, la Comunità ha preso atto della forte intensità di capitali che caratterizza il settore del trasporto marittimo di linea, come pure del fatto che la containerizzazione ha accresciuto il bisogno di cooperazione e razionalizzazione tra vettori al fine di massimizzare gli indici di carico delle navi, creando un "porto sicuro per tutte quelle intese che coinvolgono operatori che detengono nel complesso una quota di mercato inferiore al 30%. Questo secondo intervento derogatorio, pertanto, al contrario del primo, risponde ad una reale esigenza di efficienza produttiva del settore, recependone le istanze più attuali, in quanto i consorti, a differenza delle Conferenze, favoriscono gli incrementi di produttività, non impediscono le conseguenti riduzioni di prezzo e portano ad un innalzamento della qualità del servizio.

Al trasporto marittimo non di linea (*tramp*) e al cabotaggio, infine, la disciplina *antitrust* si applica solo a partire dal 2006, a seguito dell'adozione del

---

<sup>622</sup> L'esenzione è peraltro condizionata al rispetto di determinati obblighi tra cui quello di non discriminazione nei confronti degli utenti, dei porti serviti o delle merci trasportate, e quello di adempiere a determinati impegni, volti in sostanza ad evitare che il potere di mercato detenuto dalla conferenza sia usato in modo abusivo. Come vedremo tali condizioni non hanno impedito che gli abusi si verificassero.

Regolamento 1419/2006. In precedenza, infatti, queste due aree del trasporto marittimo erano rimaste al di fuori dell'ambito applicativo del Regolamento 4056: l'una in ragione della particolare struttura di mercato, intrinsecamente aperta alla concorrenza; l'altra, all'opposto per le elevate barriere legali previste dalle legislazioni nazionali che impedivano l'instaurazione di un regime concorrenziale, rendendo del tutto inutile il suo assoggettamento al Titolo VI<sup>623</sup>.

Con riferimento al trasporto aereo, la liberalizzazione, pur intervenendo in ritardo rispetto a tutte le altre, è quella che ha compiuto un maggior percorso rispetto agli altri comparti.

La Comunità è intervenuta nel 1987 sulla scia di due eventi: da un lato la liberalizzazione del trasporto aereo negli Stati Uniti, avvenuta alla fine degli anni '70, la c.d. *deregulation*, che ha dimostrato l'inconsistenza delle giustificazioni teoriche fornite a sostegno dell'assetto monopolistico/duopolistico previsto dalla Convenzione di Chicago e dalle normative nazionali, fornendo così un supporto empirico ai sostenitori di una liberalizzazione dei cieli; dall'altro la citata sentenza *Nouvelles Frontières*, la quale, sancendo la diretta applicabilità delle norme *antitrust* al trasporto aereo, avrebbe avuto effetti dirompenti in carenza di un intervento normativo, dando luogo ad una completa ed incontrollata liberalizzazione.

Due obiettivi opposti, quindi, che la Comunità ha contemperato attraverso una liberalizzazione graduale che tenesse conto delle caratteristiche del settore e del regime previgente. Diversamente da quello statunitense, pertanto, il processo di *deregulation* comunitario si è articolato in più fasi, per l'esattezza tre, ciascuna delle quali si è estrinsecata in una serie di normative di diritto derivato: il primo "pacchetto" di regolamenti e direttive, del 1987 ha introdotto alcune deroghe al principio di ripartizione bilaterale del traffico sulle rotte intracomunitarie; il secondo, adottato nel 1990, ha ampliato la libertà dei vettori sia sotto il profilo dell'organizzazione sia della capacità di trasporto sia della fissazione delle proprie tariffe<sup>624</sup>; il terzo e più importante "pacchetto" è stato introdotto nel 1993 con i

---

<sup>623</sup> Tali barriere sono venute in gran parte meno negli anni '90 con l'adozione del Regolamento CE 3577/1992.

<sup>624</sup> In particolare il Regolamento 2343/90 è propedeutico all'eliminazione di ogni ripartizione delle quote di traffico a livello bilaterale, mentre il Regolamento 2342/90 ha ampliato la flessibilità tariffaria pur nell'ambito di una "forcilla" stabilita dagli Stati.

Regolamenti 2407-8-9 del 1992, ed ha stabilito: il principio del libero accesso al mercato per tutti i vettori comunitari che siano in possesso di determinati requisiti, in presenza dei quali potranno ottenere la licenza di trasporto rilasciata da uno Stato membro<sup>625</sup>, seppure con alcune deroghe legate alla sicurezza, all'ambiente e alla congestione aeroportuale e ritardandone la piena applicazione di alcuni anni (Reg. 2407); il principio dell'assegnazione degli spazi e delle bande orarie aeroportuali con modalità non discriminatorie da parte degli Stati membri (Reg. 2408); il superamento definitivo del regime di approvazione amministrativa delle tariffe con riferimento ai trasporti intracomunitari, pur lasciando agli Stati il potere di intervenire nel caso in cui i prezzi praticati dalle compagnie risultino troppo elevate o troppo basse rispetto ad un corrispettivo ritenuto equo (reg. 2409), potere peraltro da esercitarsi previo controllo degli organi comunitari e degli altri Stati membri<sup>626</sup> e comunque in via residuale rispetto all'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato<sup>627</sup>.

Gli artt. 81 e 82 del Trattato, infatti, avevano nel frattempo trovato la loro applicazione al settore del trasporto aereo, attraverso i Regolamenti 3975 e 3976 del 1987. Il primo non si discosta nella sostanza dai Regolamenti 1017/68 e 4056/86, ossia le discipline antitrust relative alle altre modalità trasportistiche. Pertanto, così come il regolamento 4056/86, esso, oltre a ribadire i divieti di intese restrittive della concorrenza e di sfruttamento abusivo di una posizione dominante, riproponeva l'esclusione dal divieto per quegli accordi, decisioni e pratiche concordate stipulate con l'obiettivo di promuovere la cooperazione e il miglioramento tecnico. In particolare erano esentati quegli accordi che riguardavano:

- l'adozione di norme tecniche uniformi obbligatorie o raccomandate da organizzazioni riconosciute o da costruttori del settore
- lo scambio o l'uso comune di beni relativi all'esercizio del trasporto aereo o di persone, perché l'accordo avvenga su base non discriminatoria;
- l'organizzazione di servizi di trasporto aereo occasionali o di emergenza oppure di servizi di trasporto aereo successivi o supplementari e i relativi prezzi e condizioni globali di fornitura;

---

<sup>625</sup> Laddove in Italia, ad esempio, l'art. 776 cod. nav. prevedeva il rilascio di una concessione.

<sup>626</sup> Artt. 6 e 7 del Reg. 2409/92.

<sup>627</sup> F. Munari, *op. cit.*, p. 186.

- il raggruppamento di spedizioni isolate e l'adozione di criteri comuni di determinazione della struttura tariffaria, perché non siano direttamente determinati i prezzi<sup>628</sup>;
- la vendita, il trasferimento e l'accettazione di biglietti tra compagnie aeree (c.d. *interlining*).

Ciò nell'ottica di consentire alle compagnie aeree di modificare le proprie strategie e le proprie condotte sui traffici gradualmente, senza sottostare ad una piena operatività dei divieti di cui all'art. 81. Tale fase si è però da tempo esaurita e la Comunità ne ha preso infine atto nel 2004, adottando il regolamento 411/2004, che ha abrogato il regolamento 3975/87 e introdotto la diretta applicabilità degli artt. 81 e 82 del Trattato anche ai trasporti aerei tra la Comunità e i Paesi terzi, ampliando il processo di liberalizzazione alle rotte extracomunitarie (modifica del Regolamento 3976/87).

Ancora in vigore è invece il Regolamento 3976/87, il quale sempre nell'ottica di garantire ampi spazi alle esenzioni ex art. 81 comma 3 attribuisce alla Commissione il potere di emanare regolamenti in cui è prevista l'inapplicabilità del divieto di porre in essere intese restrittive della concorrenza a determinate tipologie di accordi stipulati tra le compagnie aeree. Tra le esenzioni adottate ai sensi del Regolamento 3976 spiccava per la sua ampiezza quella concessa dal regolamento 1617/93. Essa si riferiva infatti a tutti quegli accordi tra vettori aerei aventi ad oggetto la programmazione congiunta, il coordinamento degli orari e la consultazione tariffaria, perché rispettassero alcune condizioni:

1. con riferimento agli accordi aventi ad oggetto la programmazione congiunta e il coordinamento degli orari, l'esenzione era concessa a quegli accordi che assicurino una certa distribuzione dei servizi in orari non di punta e sulle rotte meno frequentate, consentendo altresì all'utente di utilizzare servizi alternativi e/o consecutivi anche se offerti da vettori diversi;
2. gli accordi non dovevano limitare anche indirettamente la capacità dei vettori, né impedire a questi di offrire servizi aggiuntivi ovvero di recedere senza incorrere in penalità;

---

<sup>628</sup> R. Zucchetti, M. Ravasio, *op. cit.*, p. 38-39.

3. con riferimento alle intese volte a realizzare servizi congiunti di trasporto aereo erano invece esentate solo se tali servizi fossero organizzati su traffici di dimensioni minori e tali da rendere inverosimile la presenza di entrambi i vettori in concorrenza tra loro, fermo comunque il diritto di entrare su tale traffico del tutto indipendentemente dal servizio congiunto. Il servizio congiunto inoltre non poteva durare per più di tre anni e ad esso doveva partecipare almeno una compagnia di piccole dimensioni;
4. le consultazioni tariffarie non dovevano essere vincolanti, aperte alla partecipazione di tutti i vettori interessati, della Commissione e degli Stati membri, non potevano avere ad oggetto la capacità di trasporto e devono altresì essere strumentali alla predisposizione dell'*interlining*.

Anche le disposizioni di cui al Regolamento 1679 si avviano ad essere definitivamente superate, nell'ottica di una piena operatività degli artt. 81 e 82: il Regolamento 1459/2006 ha stabilito l'abolizione delle esenzioni concesse dal Regolamento 1617 a partire dall'1 gennaio 2007 per le rotte intracomunitarie, a partire dal 30 giugno 2007 per le rotte tra l'Unione Europea e Stati Uniti o Australia, dal 31 ottobre 2007 per tutte le altre rotte extracomunitarie.

Emerge quindi, seppure con una certa tardività, il riconoscimento da parte della Comunità che la specialità del settore esige una valutazione che tenga conto delle sue peculiarità economiche, ma non giustifica una diversa, più permissiva, disciplina *antitrust*: anche nei trasporti la tutela e la promozione della concorrenza costituiscono una componente necessaria, ancorchè insufficiente, al fine di favorire una benefica concorrenza sui prezzi, minimizzare il costo generalizzato del trasporto e favorire lo sviluppo del settore, particolarmente legato alle innovazioni organizzative e tecnologiche (trasporto intermodale, alta velocità ferroviaria).

La politica di liberalizzazioni che nasce da questo riconoscimento ha sicuramente compiuto grandi passi per quanto riguarda l'offerta dei servizi, se si eccettua il trasporto ferroviario: dall'abolizione della riserva di cabotaggio alla rimozione dei monopoli pubblici, la maggiore apertura dei mercati alla concorrenza è stata effettiva

ed ha portato ad un calo dei prezzi, ampliando le alternative per i consumatori e spesso incrementando la qualità e l'affidabilità dei servizi stessi<sup>629</sup>.

Altre liberalizzazioni invece sono state solo parziali. L'assegnazione dei servizi portuali, sia terminalistici che tecnico-nautici, non avviene ancora su basi concorrenziali e il c.d. *Port Package*, la direttiva di liberalizzazione dei servizi portuali tecnico-nautici, ha ricevuto un'inattesa bocciatura da parte del Parlamento europeo. Nella gestione delle infrastrutture aeroportuali, la parziale liberalizzazione intervenuta con il Regolamento 95/1993, successivamente modificato dal Regolamento n. 793/2004, che stabilisce i criteri di assegnazione ai vettori delle bande orarie negli aeroporti in modo da garantire un uso quanto più completo e flessibile della limitata capacità disponibile delle infrastrutture aeroportuali, e con la Direttiva CE n. 67/1996 relativa all'accesso al mercato di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità, non ha ancora consentito il raggiungimento di una soluzione ispirata ai principi della concorrenza nell'assegnazione degli slot aeroportuali; ciò a causa della resistenza della c.d. *grandfather rule*, in base alla quale le tracce aeree (slots) negli aeroporti sono assegnate in permanenza e senza costi alle imprese che le hanno sempre avute, perché le utilizzino. Infine il trasporto ferroviario passeggeri, come accennato, è ancora dominato dai vettori nazionali i quali nella maggior parte degli Stati membri, detengono sia le reti, seppure attraverso società separate, sia il materiale rotabile, godendo di fatto di un diritto di precedenza sulla maggior parte delle tracce che lascia aperto l'accesso sul mercato a nuovi entranti solo su tracce marginali e poco remunerative.

Ancora aperto, infine, è il nodo degli accordi bilaterali per i voli intercontinentali: finalmente nel 2007 la Comunità ha stato stipulato il primo accordo commerciale in questo ambito, avente come controparte gli Stati Uniti, che permetterà a qualsiasi compagnia dell'Unione di istituire collegamenti diretti o indiretti con gli Stati Uniti da qualsiasi aeroporto dell'Unione. Tale accordo, per quanto importante, resta comunque l'eccezione rispetto alla "normalità" degli accordi stipulati dai singoli Stati che solitamente permettono solo alle compagnie nazionali dei due Paesi contraenti di operare voli diretti tra i due Stati.

---

<sup>629</sup> Si pensi al trasporto aereo, nel quale la spinta liberalizzatrice unita alla crescita della domanda ha portato all'irrompere sul mercato delle compagnie c.d. *low cost* che in pochi anni hanno raggiunto livelli di fatturato comparabili con quelli delle vecchie compagnie di bandiera.

L'attività di tutela e promozione della concorrenza, peraltro, come accennato, da sola non è sufficiente a garantire un efficiente funzionamento del sistema trasportistico; ciò a causa di alcune peculiari caratteristiche del settore, e in particolare:

1. della persistenza nel settore di rilevanti fallimenti del mercato, i quali, una volta individuati e delimitati devono trovare la loro soluzione in appropriati e mirati interventi regolatori. Tipicamente l'attività di trasporto produce tre effetti configurabili come esternalità negative: l'inquinamento atmosferico e acustico, la congestione, gli incidenti. Alcuni dei costi connessi a tali esternalità vengono internalizzati attraverso il diritto privato (diritti di proprietà e responsabilità civile), ma per altri ciò non è sufficiente; conseguentemente la loro eliminazione dovrà essere necessariamente perseguita attraverso un'attività regolatoria che consenta di pervenire ad una corretta imputazione dei costi di trasporto<sup>630</sup>.
2. dell'esigenza di finanziare la costruzione e l'ammodernamento delle infrastrutture, il cui ruolo è stato unanimemente riconosciuto come fondamentale per la competitività del sistema economico europeo. L'impossibilità di coprire i costi degli ingenti investimenti iniziali legati a molte infrastrutture di trasporto e il cui ritorno economico è dilatato nel tempo (redditività differita) frena, infatti le imprese concorrenziali dal porre in essere tali investimenti, i quali, conseguentemente, devono continuare ad essere almeno in parte finanziati dalla fiscalità generale<sup>631</sup>;
3. la classificazione di taluni servizi di trasporto di persone come servizi pubblici, ossia l'esistenza di un interesse pubblico a che una determinata attività di trasporto sia svolta con requisiti minimi di regolarità e qualità del servizio e a tariffe accessibili. Classici servizi di trasporto considerati di interesse pubblico sono il trasporto pubblico locale e i servizi di trasporto che raggiungono aree geograficamente svantaggiate, quali le isole. In presenza di tali servizi, come noto, si applica il comma 2 dell'art. 86 del Trattato CE in

---

<sup>630</sup> Si pensi ad esempio alle rilevanti esternalità negative generate dall'autotrasporto, in particolare in termini ambientali e di sicurezza, tuttora non internalizzati, che impongono la ricerca di un diverso equilibrio tra le modalità trasportistiche rispetto a quello attuale.

<sup>631</sup> Non aver compreso questo fatto ha portato nel corso degli anni '90 ad un calo degli investimenti statali in infrastrutture del 1-1,5% del PIL (E. Musso, *I trasporti nella politica europea: obiettivi, risultati e limiti*, in G. Polidori et al., *I trasporti e l'Europa*, Milano, 2006, p. 38).

base al quale “le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale” sono soggette alle regole della concorrenza solo nei limiti in cui “l’applicazione di tali norme non osti all’adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”.

Le peculiarità dei trasporti pertanto esistono e sono innegabili; esse tuttavia non debbono escludere l’operatività dei principi concorrenziali, che devono essere rispettati nell’attuazione della politica dei trasporti, compatibilmente con gli obiettivi extraeconomici connessi a tale politica e con i necessari interventi degli Stati a correzione dei sopra menzionati fallimenti del mercato. Questo approccio implica un principio di generale operatività della disciplina a tutela della concorrenza derogabile limitatamente a predeterminate fattispecie che necessitino di indispensabili misure regolatorie o dell’intervento pubblico diretto, nei limiti e nella proporzione in cui emergano le specifiche problematiche sopra descritte<sup>632</sup>.

### **8.3 Le questioni di efficienza individuabili nell’applicazione della normativa antitrust al settore dei trasporti**

Una volta stabilita l’applicabilità anche al settore dei trasporti della disciplina antitrust comunitaria, e determinati i termini e i limiti di tale applicazione, inclusi gli specifici criteri derogatori *ex art. 81 comma 3 del Trattato* individuati per il settore, analizziamo ora le principali questioni che sorgono in relazione al criterio di efficienza.

Innanzitutto, così come in molti settori caratterizzati dall’innovazione organizzativa e tecnologica, anche nei trasporti sorge l’esigenza di garantire agli operatori economici la possibilità di coordinarsi al fine di ripartirsi i costi necessari a sostenere gli investimenti innovativi. In questo senso l’ormai affermato sistema del trasporto multimodale, risultato dell’integrazione tecnico-organizzativa di differenti modalità trasportistiche in cui un unico operatore offre il servizio, ma si avvale, nello svolgimento dello stesso, dell’operato di altri vettori, spesso suoi potenziali concorrenti, e la crescente importanza della logistica, quale processo finalizzato all’ottimizzazione della gestione dei flussi di informazioni e merci nello svolgimento delle attività economiche, richiede, più che in passato, l’attività coordinata di più

---

<sup>632</sup> F. Munari, *op. cit.*, p. 219-221.

imprese tra loro legate tipicamente da relazioni contrattuali o da vere e proprie “alleanze”, di norma configurabili come intese restrittive della concorrenza ex art. 81 del Trattato, ovvero, alternativamente, come joint-ventures concentrative cui si applica il Regolamento 139/2004 sulle concentrazioni.

L'applicazione del criterio di efficienza determina conseguentemente l'esigenza di considerare lecite quelle intese o “alleanze” che consentono alle imprese ad esse aderenti di muovere persone, merci e informazioni ad un costo inferiore<sup>633</sup> di quanto le stesse imprese possano ottenere predisponendo lo stesso servizio in completa autonomia, ovvero in misura più efficace, differenziando il servizio dal punto di vista qualitativo rispetto a quello tradizionale. La sussistenza di queste istanze di efficienza, combinata con l'assenza di economie di scala, ovvero in presenza di diseconomie di scala di tipo organizzativo, rende l'intesa orizzontale la fattispecie che meglio consente di conseguire i vantaggi del coordinamento tecnico, pur mantenendo una dimensione ottimale<sup>634</sup>. Per lungo tempo di una tale presunzione di efficienza ha beneficiato la IATA (Associazione Internazionale del Trasporto Aereo) in quanto, rendendo intercambiabili i biglietti delle imprese aderenti, permetteva di incrementare il valore dei servizi offerti dalle stesse; ciò senza tuttavia impedire la concorrenza di prezzo e una certa differenziazione del servizio agli aderenti (prezzi speciali, voli charter)<sup>635</sup>. La valutazione positiva di tali intese è peraltro ammissibile nei limiti in cui il già esaminato *trade off* con gli effetti negativi dell'intesa in termini allocativi non compensi i vantaggi derivanti dall'intesa stessa.

Sempre seguendo un approccio dinamico la questione si ripropone con riferimento alle concentrazioni e alle condotte unilaterali, in quanto esse possono avere effetti incentivanti per le politiche di investimento infrastrutturale e per l'innovazione, ma incrementano il potere di mercato delle imprese che le pongono in essere. Tali effetti, potenzialmente contrastanti, presentano intensità e caratteristiche diverse a seconda dei settori, con la conseguenza che l'atteggiamento delle autorità *antitrust* deve adeguarsi a questa diversità strutturale dei vari comparti. Nel settore

---

<sup>633</sup> Nell'economia dei trasporti si intende per costo generalizzato il combinato del costo monetario, del costo temporale e del costo in termini di affidabilità e qualità del trasporto (U. Marchese, *Lineamenti e problemi di economia dei trasporti*, Genova, 1996).

<sup>634</sup> P. Salin, *La concorrenza*, Catanzaro, 2007, p. 122 ss.

<sup>635</sup> Come si vedrà nel prosieguo del capitolo, lo sviluppo delle alleanze ha modificato tale atteggiamento da parte delle autorità antitrust, in quanto l'esistenza di un tale cartello è ritenuta superflua e quindi dannosa.

aereo, ad esempio, dove è maggiore la *deregulation*, l'innovazione è primariamente stimolata dal fenomeno concentrativo, oltre che dalle già citate alleanze che hanno favorito la nascita di nuove tipologie di strutture aeroportuali, gli *hub*. Diversamente nel settore marittimo alle alleanze vanno aggiunte le pratiche leganti, quale è il contratto di trasporto multimodale *door-to-door*, nonché le intese verticali, in particolare quelle tra compagnie di navigazione e terminal portuali, che favoriscono la predisposizione di servizi e tecniche innovative quali la containerizzazione e l'automazione portuale. Radicalmente diversa è invece la situazione nel settore ferroviario dove è l'apertura alla concorrenza a costituire un fattore primario per lo sviluppo del settore, poiché questo necessita dell'ingresso di nuovi operatori che abbiano pieno accesso alla tecnologia e alle infrastrutture per poter competere adeguatamente con gli ex monopolisti, stimolando altresì un'evoluzione degli ex monopolisti stessi verso una maggiore efficienza produttiva.

Vi è inoltre da tenere presente l'esistenza di crescenti economie di scala e di rete, principalmente riferibili alle infrastrutture, ma anche agli stessi mezzi di trasporto e all'organizzazione dei servizi di trasporto multimodali. Le economie di scala tradizionalmente sono riferibili alle infrastrutture, le quali fino a che non raggiungono il livello di congestione presentano costi medi fortemente decrescenti (in quanto i costi marginali sono molto bassi se non nulli); questo dato tecnico è enfatizzato dalla crescente componente tecnologica di molte infrastrutture che comporta un incremento dei costi di realizzazione delle stesse. L'effetto è una situazione di monopolio naturale, tipica per le vie ferroviarie e stradali o, nel caso dei porti e degli aeroporti, di concorrenza monopolistica<sup>636</sup>. Più recentemente il fenomeno delle economie di scala si è esteso al momento del servizio vero e proprio, a seguito dell'incremento della dimensione minima d'impianto (aerei, navi, materiale rotabile): nel trasporto marittimo di linea questo fenomeno è evidente tanto che si parla di gigantismo navale<sup>637</sup>; nel servizio di trasporto aereo praticato da vettori tradizionali (non *low cost*) le riduzioni di costo ottenibili sono più limitate e in parte

---

<sup>636</sup> Da ciò deriva tra l'altro l'esigenza di garantire l'accesso all'infrastruttura senza che si generino distorsioni della concorrenza come vedremo nel prosieguo di questo paragrafo

<sup>637</sup> Le dimensioni medie delle navi portacontainers si sono più che triplicate negli ultimi venti anni (*Containerisation International Yearbook 2004*).

controverse<sup>638</sup>; nel trasporto ferroviario di merci, invece, esse sono principalmente legate allo sviluppo dei c.d. treni-blocco, che, nel trasporto di cose, effettuano collegamenti su distanze medio-lunghe con carichi completi e indivisibili.

Infine, le economie di rete conseguibili grazie alla numerosità delle tratte coperte consentono l'offerta di un servizio di qualità a costi contenuti, mediante il sistema c.d. *hub and spoke*<sup>639</sup>. Tali economie permettono evidentemente di massimizzare l'efficienza produttiva, ma d'altro canto possono mettere in pericolo l'assetto concorrenziale dei mercati<sup>640</sup>, in quanto suscettibili di generare situazioni di eccessivo potere di mercato; si determina infatti una condizione in cui il numero degli operatori diminuisce mentre aumentano le loro dimensioni e la loro diversificazione (presenza su più tratte), con la conseguenza che gli assetti di mercato tendono ad assumere configurazioni di tipo oligopolistico e le imprese in esso operanti acquisiscono un crescente potere di mercato.

Passando ad esaminare le singole fattispecie più nel dettaglio, si rileva come l'applicazione del criterio di efficienza ben si adatti alla valutazione degli effetti potenziali delle alleanze marittime ed aeree. Tali accordi costituiscono una particolare categoria di intese: esse, infatti, da un punto di vista economico, sono state equiparate a un unico soggetto che offre un servizio integrato a sua volta individuato dalla rete di servizi offerti dalle imprese che vi fanno parte<sup>641</sup>: in questo modo esse sono in grado di generare un'externalità positiva (e quindi un'efficienza) dovuta alle economie di rete, minimizzando contemporaneamente i costi di transazione e di coordinamento interno. L'alleanza, inoltre, mantiene la possibilità di una concorrenza in termini di prezzo all'interno dell'alleanza, implicando conseguentemente un effetto anticoncorrenziale minore rispetto a una concentrazione.

In ambito marittimo questo fenomeno ha permesso il conseguimento di incrementi di efficienza di diverse tipologie: dal migliore sfruttamento delle

---

<sup>638</sup> W. Wei - M. Hansen, *Cost economics of aircraft size*, in *Journal of transports economics and policy*, 37, 2003, p.279 ss.

<sup>639</sup> H.E. Haralambides, C. Cheung Tam He, S.D. Tsolakis, *The future of the hub-and-spoke system in liner shipping*, World Conference on Transport Research Society, Special Interest Group on Maritime Transport and Ports, International Workshop, University of Genoa, Italy, 8-10 June 2000.

<sup>640</sup> E. Musso, *op. cit.*, p. 23.

<sup>641</sup> A. Bergantino - A. Veenstra, *Interconnection and Co-ordination: An Application of Network Theory to Liner Shipping*, *International Journal of Maritime Economics*, 2002, 4, pp. 231-248.

economie di scala<sup>642</sup>, alla ripartizione dei costi di acquisto di navi più moderne e sicure, dall'ampliamento della rete dei porti serviti all'accorciamento dei tempi di trasporto (che costituisce una componente di quello che abbiamo definito "costo generalizzato"). Di questi miglioramenti generalmente beneficiano sia i vettori che gli utilizzatori: alcuni studi hanno in questo senso evidenziato come il prezzo del trasporto solitamente risenta delle riduzioni di costo monetario ottenute grazie alla cooperazione tra imprese<sup>643</sup>.

Nel comparto aereo gli effetti benefici delle alleanze sono ancora più evidenti: riduzioni di costo ottenibili attraverso l'utilizzo coordinato delle reti e degli slots aeroportuali; maggiori benefici per gli utilizzatori quali la maggiore frequenza dei voli e i tempi di connessione più brevi; la possibilità di combinare i programmi di fidelizzazione<sup>644</sup>. In particolare uno degli aspetti focali da analizzare è rappresentato dal rapporto tra le riduzioni di costo conseguibili attraverso le alleanze e la possibilità di un conseguente calo delle tariffe, il che costituirebbe un incremento di efficienza allocativa reso possibile dalla fattispecie in esame. A questo proposito, l'esistenza di una tale relazione è stata sostenuta da un recente studio<sup>645</sup>, il quale mostra come a livello mondiale le tariffe praticate dai vettori che fanno parte di un'alleanza sono del 25% inferiori a quelle praticate da vettori indipendenti a fronte di un potenziale incremento di prezzi dovuto alla minore concorrenza di circa il 5%, giungendo a risultati simili confrontando la situazione dell'epoca "pre-alleanze" a quella attuale<sup>646</sup>. Similmente una seconda ricerca quantifica i benefici delle intese tra vettori aventi ad oggetto esclusivamente l'offerta di servizi in comune in una riduzione di prezzi compresa tra l'8% e il 17%<sup>647</sup>.

---

<sup>642</sup> Un calcolo approssimativo delle riduzioni di costo ottenute grazie alle alleanze strategiche in campo marittimo è stato condotto da A. Bergantino e A. Veenstra (*op.cit.*, 2002, 4, p. 244), nonché in United Nations-Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAAC), *Concentration in liner shipping-its cases and impact for ports and shipping services in developing regions*, 1998, pp. 55-57.

<sup>643</sup> United Nations-Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAAC), *op. cit.*, pp. 57-62.

<sup>644</sup> OECD, *Airline mergers and alliances*, in OECD Journal of Competition Law and policy, 2000, p. 4-6; U.S. Department of Transportation, *Transatlantic deregulation: the alliance network effect*, Washington, 2000, p. 3 ss.

<sup>645</sup> K. Brueckner-T. Whalen, *The price effect of international airline alliances*, in *Journal of law and economics*, 10, 2000, p. 3 ss.

<sup>646</sup> K. Brueckner-T. Whalen, *op.cit.*, p. 19-20.

<sup>647</sup> K. Brueckner, *International airfares in the age of alliances: the effects of code sharing and antitrust immunity*, in *The review of economics and statistics*, 85, 2003, p.105 ss.

Questi studi costituiscono sicuramente un significativo indizio a favore delle alleanze; tuttavia essi esaminano esclusivamente gli effetti delle alleanze sul modello organizzativo delle compagnie aeree classiche, basato sul sistema *hub and spoke*, senza accennare all'esistenza di un modello alternativo, quello *low-cost*, che, seppure su una limitata tipologia di rotte permette di coniugare efficienza produttiva e concorrenza di prezzo, offrendo una struttura diversa, di tipo *point-to point*.

I potenziali decrementi di efficienza delle alleanze infatti non vanno dimenticati: essi sono primariamente legati alla riduzione dell'offerta di servizi potenzialmente in concorrenza tra loro, nonché alle possibili riduzioni di output stabilite di comune accordo dalle imprese aderenti; in secondo luogo nell'ambito delle alleanze le piccole compagnie possono essere disincentivate a intraprendere una concorrenza di prezzo, a causa della potenziale minaccia che le compagnie dominanti possono esercitare su di esse, quale ad esempio il rifiuto a mettere a disposizione parte della loro capacità di trasporto; infine, vi è il rischio di una collusione generalizzata in presenza di accordi e intese tra molte compagnie appartenenti a diverse alleanze (c.d. *cross-alliance agreements*).

Quanto appena detto non è quindi sufficiente a introdurre una presunzione assoluta di liceità delle alleanze; inoltre, lo ricordiamo, l'applicazione del criterio di efficienza deve comunque avvenire secondo l'approccio della *rule of reason*, con la conseguenza valutazione degli effetti reali riferiti alla fattispecie concreta; valutazione dalla quale dovrà emergere la decisione dell'autorità in relazione al caso preso in esame.

#### **8.4 Le infrastrutture di trasporto e l'*essential facility doctrine*.**

Al settore dei trasporti è invece tendenzialmente applicabile quella dottrina dell'*essential facility* che, come abbiamo visto<sup>648</sup>, trova nella tutela della concorrenza la sua ragione di essere, nei limiti in cui il libero accesso alla stessa non costituisca un disincentivo alla realizzazione e all'ammodernamento delle stesse.

A seguito del processo di *deregulation*, sinteticamente riassunto al paragrafo precedente, è infatti emersa da più parti<sup>649</sup> l'istanza di funzionalizzare le

---

<sup>648</sup> V. supra cap. 5 par. 3.

<sup>649</sup> E. Musso, *I trasporti nella politica europea: obiettivi, risultati e limiti*, in G. Polidori et al., *I trasporti e l'Europa*, Milano, 2006, p. 39 ss.

infrastrutture di trasporto coinvolte nella liberalizzazione rispetto alle loro caratteristiche economiche e all'interesse pubblico che spesso il loro utilizzo consente di perseguire. Una soluzione che riconosce la funzione pubblica di queste infrastrutture, evitando al contempo una ri-regolazione delle stesse, è quella di definirle quali *essential facility*, sebbene ciò possa comportare un'eccessiva limitazione dei diritti di proprietà con un conseguente effetto disincentivante verso nuovi investimenti in infrastrutture, in ragione della possibile erosione delle rendite attese in favore dei concorrenti.

Dal punto di vista teorico un tale inquadramento delle infrastrutture di trasporto è intuitivo, prova ne è che esse costituiscono dei tipici casi esemplificativi della fattispecie, e l'applicabilità ad esse della definizione fornita dalla dottrina non pone in generale particolari difficoltà: sono infatti solitamente rispettate le condizioni di divisibilità, essenzialità e non-duplicabilità, necessarie per poter individuare la presenza di un'*essential facility*. La prima sussiste sempre in condizioni di utilizzo normale dell'infrastruttura in quanto la fruizione del bene da parte di più soggetti non diminuisce la quantità disponibile per ciascuno; la condizione di divisibilità economica viene invece a mancare in situazioni di congestione poichè la fruizione del bene da parte di più soggetti diminuisce i guadagni attesi dagli altri dall'utilizzo dell'*asset* stesso (profittabilità).

In secondo luogo si tratta generalmente di beni essenziali allo svolgimento dell'attività economica del soggetto che ne fa uso e non sostituibili con altri *assets* per il conseguimento della medesima attività. Tali connotati ne configurano i caratteri di essenzialità.

Infine le infrastrutture di trasporto tradizionalmente non sono considerate duplicabili per ragioni di costo assoluto imputabile alla realizzazione delle stesse, costi che sono tali da non rendere conveniente ad alcun soggetto (pubblico o privato) la duplicazione dello stesso, e per la loro configurazione di tipici monopoli naturali.

In relazione ai requisiti di essenzialità e non duplicabilità, si osserva tuttavia come esse non siano più necessariamente una caratteristica intrinseca di tutte le infrastrutture di trasporto come è stato per lungo tempo ipotizzato. Mentre, infatti, in precedenza ciascuna strada, autostrada e ferrovia erano naturalmente considerate monopoli naturali e fattori insostituibili senza che fosse necessario effettuare

distinzioni legate alla tipologia e all'intensità del loro utilizzo, al loro grado di sviluppo tecnologico, alla loro localizzazione, negli anni recenti, al contrario, l'evoluzione tecnologica e organizzativa del servizio e i crescenti volumi della domanda hanno messo in crisi tale assioma<sup>650</sup>.

Da un lato, infatti, strade e ferrovie caratterizzate da grandi volumi di traffico potrebbero teoricamente essere convenientemente duplicate; inoltre, in altri casi, e come già avviene nelle ferrovie e nei porti, le infrastrutture a tecnologia avanzata possono essere affiancate alle precedenti infrastrutture, creando una parziale sovrapposizione tra di esse nei limiti in cui esse sono sostituibili dal lato della domanda e dell'offerta. A questo proposito, in relazione al fenomeno dell'incremento della domanda, si richiama quanto suggerito da parte della dottrina<sup>651</sup> per verificare l'esistenza della condizione di monopolio naturale, e quindi di non duplicabilità: l'utilizzo del test di Braeutigam<sup>652</sup>, che pone al centro della questione la dimensione ottimale dell'impresa rispetto alla dimensione complessiva del mercato: se la scala minima ottimale ridotta rispetto alla domanda allora non si individua un monopolio naturale e il meccanismo di mercato può operare in via efficiente; al contrario, se l'impresa assorbe una quota importante della domanda complessiva, ci si trova in presenza di un monopolio naturale e il bene prodotto deve essere considerato non duplicabile.

In secondo luogo non sono necessariamente qualificabili come essenziali le infrastrutture portuali e aeroportuali in quanto la sussistenza di un certo grado di sostituibilità dell'infrastruttura, sia dal lato della domanda che da quello dell'offerta, con altre infrastrutture analoghe situate in aree geografiche limitrofe permette generalmente agli operatori di offrire servizi rientranti in un medesimo mercato rilevante e quindi in concorrenza tra loro, pur operando con diverse infrastrutture portuali/aeroportuali; una sostituibilità sempre maggiore grazie all'ampliamento dei bacini di utenza di molti porti ed aeroporti, reso a sua volta possibile dall'aumentata

---

<sup>650</sup> Il rilassamento di questa condizione non intacca comunque l'esigenza di ricorrere al finanziamento pubblico per la loro costruzione, per le ragioni poc'anzi ricordate.

<sup>651</sup> A. Nicita-A. Castaldo, *Essential facilities access in Europe: building a test for antitrust policy*, in *Review of law and economics*, 3, 2007, p. 54 ss.

<sup>652</sup> Cfr. BRAEUTIGAM, 1989, *Optimal Policies for Natural Monopolies* in SCHMALENSSEE R. and WILLIG R., *Handbook of Industrial Organization*, North-Holland, 1990. Sinteticamente secondo Braeutigam, se la scala minima ottimale ridotta rispetto alla domanda non si individua allora un monopolio naturale; viceversa, se l'impresa assorbe una quota importante della domanda complessiva è si è in presenza di un monopolio naturale.

velocità delle comunicazioni e dal potenziamento delle infrastrutture terrestri. Il requisito di essenzialità, come abbiamo visto in precedenza, viene infatti individuato con un procedimento analogo a quello di definizione del mercato rilevante, solo che in questo caso si tratta di un fattore produttivo.

Questo ragionamento non è peraltro valido con riferimento ai c.d. *hub*, infrastrutture alle quali fanno riferimento delle reti di servizi, che, al contrario, sempre più si configurano come essenziali e funzionali alla realizzazione di servizi di trasporto efficienti e competitivi. Conseguentemente, il libero accesso a tale particolare categoria di infrastrutture, porti, ma soprattutto aeroporti, deve essere tutelato dalle autorità *antitrust* poichè una situazione di accesso limitato ad esse costituisce un ostacolo spesso insuperabile allo sviluppo di un'offerta alternativa a quella già esistente, compromettendo quella caratteristica di contendibilità che a lungo era stata troppo facilmente attribuita ai trasporti marittimi ed aerei.

Alla luce di questa criticità degli *hub* all'interno dei sistemi di trasporto di rete, si pone per essi un'ulteriore questione di natura preliminare: è sufficiente per essi l'applicazione del sistema normativo *antitrust*, ovvero essa deve essere affiancata da un intervento regolatorio che determini *ex ante* le regole di accesso all'infrastruttura e le tariffe massime applicabili da parte della società di gestione dell'aeroporto? E' stata suggerita, ad esempio, come avviene in altri settori<sup>653</sup> la previsione di un meccanismo di price-cap, e quindi incentivante dell'efficienza produttiva delle società di gestione, unito all'imposizione dell'obbligo del libero accesso all'infrastruttura su basi non discriminatorie che permetterebbe di applicare la dottrina dell'*essential facility* alle infrastrutture più sensibili senza dover attendere una decisione *antitrust*. Tale soluzione d'altra parte indurrebbe una serie di distorsioni tipiche dell'intervento regolatorio: l'asimmetria informativa del regolatore che dovrebbe determinare i costi sostenuti dalle società; l'impossibilità di attribuire le "finestre" orarie più appetibili sulla base del prezzo che le compagnie aeree sono disposte a pagare; i noti rischi di "cattura" del regolatore".

A parere dello scrivente, pertanto, la soluzione dell'intervento *antitrust*, sebbene *ex post*, volto a garantire l'accesso alle infrastrutture sulla base di principi

---

<sup>653</sup> Si pensi ad esempio alla regolamentazione dei mercati dell'energia elettrica e del gas (disciplinati in Italia dalla L. 451/1995).

non discriminatori, ed a sanzionare le discriminazioni di prezzo, si configura come idoneo a far fronte alla questione concorrenziale sollevata dalla fattispecie in esame.

### **8.5 L'applicazione della normativa *antitrust* al settore dei trasporti.**

Una volta individuate le principali problematiche sottese ad una tutela della concorrenza ispirata al criterio di efficienza, esaminiamo ora quali sono gli orientamenti predominanti in ambito applicativo. L'intervento antitrust delle istituzioni comunitarie nel settore dei trasporti, come abbiamo visto, è piuttosto recente; tuttavia ciò non ha impedito in questi anni un'applicazione sistematica degli artt. 81 e 82 del Trattato, soprattutto ai trasporti marittimi e aerei, generando una casistica che permette un'analisi piuttosto attendibile degli orientamenti che le istituzioni comunitarie hanno adottato in questa materia.

Poco applicata per due diversi motivi è stata la normativa antitrust al comparto dei trasporti terrestri. Nell'autotrasporto le piccole dimensioni delle imprese non suscitano preoccupazioni e unanime è l'esigenza di favorire la concentrazioni e le intese tra imprese al fine di incrementarne l'efficienza, mentre nella gestione delle infrastrutture stradali non si sono mai verificati casi di limitazione o discriminazione nell'utilizzo delle stesse. In questo comparto i timori concorrenziali sono sorti, invece, nel caso di integrazioni verticali nei limiti in cui fossero suscettibili di escludere l'accesso al mercato alle imprese terze nei mercati a monte e a valle nei quali la concorrenza poteva essere promossa, come nel recente caso *Autostrade/Abertis*<sup>654</sup>, nel quale peraltro le due società erano attive in due diversi mercati rilevanti e conseguentemente l'integrazione non era tale da implicare una restrizione della concorrenza.

Diversamente il trasporto ferroviario passeggeri si trova ancora in una situazione pre-concorrenziale in cui gli organi competenti si limitano ad applicare i principi della normativa antitrust prevalentemente alla fase di accesso al mercato:

---

<sup>654</sup> Decisione della Commissione Europea del 22 settembre 2006, caso COMP./M 4249. Il sopravvenuto abbandono dell'operazione è stato successivamente determinato da motivazioni inerenti alla normativa degli Stati membri disciplinante la concessione delle infrastrutture autostradali a soggetti privati.

appalti per forniture<sup>655</sup>, utilizzo della rete da parte degli operatori, durata delle concessioni. L'unico caso rilevante in quest'ambito a livello comunitario ha riguardato i servizi notturni transfrontalieri tra la Gran Bretagna e alcuni Paesi europei<sup>656</sup>: per offrire servizi tra loro coordinati e di migliore qualità che potessero competere con successo con il servizio di trasporto aereo le società ferroviarie dei Paesi coinvolti costituirono una joint-venture specializzata nella predisposizione di questi treni. L'effetto anticoncorrenziale sul mercato ferroviario, peraltro limitato per le ragioni poc'anzi ricordate, veniva compensato dalla sostituibilità con il trasporto aereo che in carenza di accordo non sarebbe stata possibile. La Commissione ha riconosciuto questo elemento di efficienza dinamica, esentando l'accordo dall'applicazione dell'art. 81 (1).

Più aperto invece il mercato del trasporto ferroviario di merci, nel quale nel corso degli anni la maggiore disponibilità di tracce e l'assenza di obblighi di servizio pubblico, ha permesso a nuovi operatori di fare concorrenza all'*incumbent*. L'esigenza di cui si è inizialmente tenuto conto è stata comunque anche in questo caso quella di garantire un'armonizzazione tecnica delle reti e l'integrazione dei servizi al fine di creare una rete ferroviaria effettivamente definibile come comunitaria: in quest'ottica deve essere letta la decisione comunitaria che ha autorizzato l'accordo tra dodici compagnie ferroviarie volto a fissare una struttura di calcolo del prezzo comune da applicare all'interno della Comunità<sup>657</sup> per la vendita del servizio di trasporto ferroviario di merci; la Commissione ha ritenuto, infatti, che in assenza di concorrenza, la struttura tariffaria comune avrebbe almeno reso più agevole calcolare i prezzi internazionali e confrontare i diversi itinerari. In un mercato aperto e concorrenziale un tale accordo sarebbe stato probabilmente da vietare in quanto impediva agli operatori nazionali degli Stati membri, gli unici potenziali concorrenti, di esercitare una pressione concorrenziale attraverso la predisposizione di strutture tariffarie innovative. Al contrario, in presenza di barriere legali che ancora rendevano impossibile una tale concorrenza, l'unica restrizione

---

<sup>655</sup> Si veda ad esempio il provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato *Consorzio Capri* (I78), con il quale venne sanzionata un'intesa per la ripartizione delle commesse del monopolista FS da parte dei produttori di materiale rotabile.

<sup>656</sup> Decisione della Commissione Europea del 21 settembre 1994 n. 94/663, *European Night Services*.

<sup>657</sup> Decisione della Commissione Europea del 24 febbraio 1993 n. 93/174, caso *International Railways Union* (IUC).

provocata dall'accordo sarebbe stata l'impossibilità per gli operatori aderenti all'iniziativa di rendere più appetibili, con diverse strutture di calcolo del prezzo, gli itinerari internazionali che prevedessero il passaggio nel territorio del loro Paese membro rispetto alle altre alternative disponibili. Una restrizione che la Commissione ha valutato sacrificabile rispetto all'esigenza primaria di unificare i vari mercati nazionali, non tanto per ragioni di efficienza, bensì per favorire la creazione del mercato comune, che, come sappiamo, rimane sempre una delle prime finalità della politica della concorrenza comunitaria, nonché per favorire lo spostamento di quote di traffico merci dalla strada alla rotaia. Successivamente, ritenendo esaurita questa prima fase la Commissione ha condannato un accordo simile che coinvolgeva le ferrovie tedesche, belghe e olandesi e riguardava la commercializzazione comune del trasporto ferroviario di containers marittimi in base a tariffe concordate<sup>658</sup>.

Nel caso *Eurotunnel*<sup>659</sup>, invece, la questione si poneva in relazione all'accordo tra le ferrovie francesi e britanniche di suddividersi il 75% delle tracce disponibili lasciando solo una quota residuale ad eventuali altri operatori. In questo caso la Commissione ha esentato l'intesa in ragione dell'esigenza per le due compagnie di recuperare gli elevati costi sostenuti per la costruzione del tunnel sotto il canale della Manica. La giustificazione di efficienza alla base dell'esenzione si colloca quindi tra quelle ragioni di efficienza dinamica di ispirazione schumpeteriana che ammettono l'esistenza di una rendita monopolistica (o come in questo caso duopolistica) quale "premio" dell'investimento iniziale effettuato. Allo stesso modo è stato esentato un accordo tra gli stessi operatori avente ad oggetto il trasporto combinato di merci in quanto permetteva di offrire servizi aggiuntivi agli utilizzatori favorendo così lo sviluppo del settore<sup>660</sup>.

Diverso è stato l'approccio nell'applicazione dell'art. 82 del Trattato: la posizione praticamente di monopolio detenuta dalle imprese di proprietà pubblica degli Stati membri costituisce evidentemente una condizione ideale per porre in essere pratiche di sfruttamento o di esclusione di potenziali entranti, peraltro non

---

<sup>658</sup> Decisione della Commissione del 29 marzo 1994 n. 94/210, caso *HOV-SVZ-MCN*.

<sup>659</sup> Decisione della Commissione del 13 dicembre 1994 n. 94/894, caso *Eurotunnel*.

<sup>660</sup> Decisione della Commissione del 12 giugno 1993 n. 93/354, caso *Allied Continental Intermodal Services Ltd*.

necessarie in un mercato caratterizzato da elevatissime barriere all'entrata. Per tale ragione la Commissione ha sempre guardato con severità alle condotte degli ex monopolisti pubblici nel campo del trasporto merci dove i prezzi non sono regolamentati. E' stata ad esempio sanzionata la discriminazione di prezzo praticata da Deutche Bahn in relazione al trasporto combinato di containers provenienti dal porto di Rotterdam rispetto al trasporto di quelli provenienti dal porto di Amburgo e Brema al fine di indurre i caricatori ad utilizzare interamente i propri servizi piuttosto che combinarli con quelli offerti dagli operatori olandesi e belgi<sup>661</sup>. L'indagine ha effettivamente mostrato differenze di prezzo non giustificabili da ragioni di costo né da una diversa configurazione della domanda nonchè che tale strategia era consapevolmente perseguita dal management di DB. In termini di efficienza la pratica provocava una perdita di benessere sociale in quanto le imprese utilizzatrici non potevano minimizzare i loro costi di produzione.

La particolare situazione del trasporto ferroviario impedisce invece il verificarsi di concentrazioni orizzontali: sinora, infatti, la maggior parte degli Stati membri ha mantenuto il controllo diretto delle imprese di trasporto ferroviario, ciascuna delle quali opera esclusivamente su base nazionale, cercando di difendere la propria posizione. Alcune acquisizioni vere e proprie hanno invece riguardato settori verticalmente integrati a quello ferroviario, quali i terminal portuali, ovvero altri comparti trasportistici, quale quello dell'autotrasporto; in tali casi la posizione di monopolista dell'impresa ferroviaria è stata talvolta considerata un ostacolo insuperabile alla concentrazione da parte delle autorità<sup>662</sup> poiché mette l'impresa in condizioni di eliminare, attraverso l'acquisizione, la residua concorrenza esistente sul mercato rilevante, mercato che spesso include più modalità. Ciò pure in presenza di potenziali economie di scopo conseguibili grazie alle operazione. In un altro caso sono state imposte sostanziali modifiche al progetto acquisto da parte di British Airways, di una quota significativa di Eurostar, società che effettua i collegamenti ferroviari tra la Gran Bretagna e il continente europeo, e quindi diretta concorrente di

---

<sup>661</sup> Decisione della Commissione del 29 marzo 1994 n. 94/210, caso *HOV-SVZ-MCN*.

<sup>662</sup> Si veda, ad esempio, il provvedimento C5023 del 30 giugno 2002 dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato che ha vietato l'acquisizione della linea di autotrasporto Marozzi da parte delle Ferrovie dello Stato.

British Airways con riferimento alla domanda c.d. *time sensitive* o più comunemente *business*<sup>663</sup>.

Nettamente più matura, e conseguentemente più complessa, la situazione con riferimento ai trasporti marittimo e aereo, dove sia per ragioni giuridiche che per ragioni economiche strutturali il mercato è più concorrenziale di quello ferroviario senza tuttavia presentare la struttura atomizzata caratteristica dell'autotrasporto.

Nel comparto marittimo l'attività investigativa e sanzionatoria degli organi comunitari si è concentrata nell'applicazione del regolamento 4556/86 nella parte in cui concede l'esenzione di categoria alle Conferenze marittime. Questa esenzione ha sollevato critiche fin dall'inizio per la sua ampiezza e per la sua scarsa utilità a garantire la stabilità e la funzionalità dei collegamenti marittimi internazionali di linea in un periodo in cui tali obiettivi erano già stati di fatto conseguiti grazie alla containerizzazione<sup>664</sup>; l'effetto di tali accordi era sostanzialmente negativo sotto il profilo dell'efficienza, permettendo alle imprese di fissare prezzi comuni superiori ai costi di produzione, e il perseguimento di innovazioni tecniche e organizzative. D'altra parte la generosità di questa esenzione non ha impedito agli operatori indipendenti di offrire servizi sostanzialmente analoghi a prezzi inferiori e più aderenti alla nuova realtà del trasporto containerizzato, così che le stesse compagnie aderenti alle Conferenze dovettero di fatto deviare dai comportamenti fissati dalle stesse, riducendo a poca cosa gli effetti anticoncorrenziali delle stesse.

La Commissione, inoltre, dopo una primissima fase in cui ha adottato un approccio forse troppo "rilassato" seguendo il quale ha valutato compatibili con il Trattato alcune prassi conferenziali che in nessun altro settore sarebbero state considerate lecite, ha generalmente interpretato in maniera restrittiva l'esenzione

---

<sup>663</sup> Decisione della Commissione Europea del 9 dicembre 1998, n. IV/ M. 1305, *Eurostar*.

<sup>664</sup> Felix Dinger, *What shall we do with the drunken sailor? EC Competition Law and Maritime Transport*, Baslerschriften disponibile in internet al sito [www.europa.unibas.ch/fileadmin/pdf/BS61](http://www.europa.unibas.ch/fileadmin/pdf/BS61); N. Bonsor, *Shipping conferences death of a cartel*, disponibile in Internet al sito [www.economics.adelaide.edu.au/workshops/doc/bonsor](http://www.economics.adelaide.edu.au/workshops/doc/bonsor); Eric FitzGerald, *Stability v Competitiveness*, Transasia 99 Conference, Hong Kong, 25-27 August 1999, European Commission DGIV/D2; D. Woods, *Competition and Networks in the Transport Sector*, disponibile in internet nel sito <http://www.iadb.org>; M. Fusillo, *Excess capacity and entry deterrence*, in *Maritime Economics and Logistics*, 2003, 5, p 3 ss. In senso contrario, e quindi favorevole all'esenzione concessa alle Conferenze si veda W. Sjostrom, *Antitrust immunity for shipping conferences: an empty core approach*, *Antitrust Bulletin*, Summer 1993, pp 419-422; W. Sjostrom, *Liner Shipping: Modelling Competition and Collusion*, in *Handbook of Maritime Economics and Business*, ed. Costas Th. Grammenos, London, 2002, pp. 307-326.

concessa dal Regolamento 4056. In primo luogo sebbene l'articolo 3 del Regolamento autorizzi esplicitamente le Conferenze a ridurre la capacità di carico offerta dai propri membri, questa esenzione è stata letta dalla Commissione nel senso che esse possono ridurre la capacità offerta solo nel medio-lungo periodo e nell'ipotesi in cui essa resti inutilizzata. In secondo luogo è stata considerata illegittima la fissazione di prezzi comuni per il trasporto intermodale considerando tale pratica una vendita legata e quindi costituente nella fattispecie un abuso di posizione dominante collettiva<sup>665</sup>. Infine secondo la Commissione l'esenzione concessa alle Conferenze non implicava che esse potessero dissuadere gli aderenti a stipulare contratti individuali con i caricatori ("c.d. contratti di servizio") a prezzi diversi da quelli da loro stabiliti<sup>666</sup>.

A prescindere dai controversi aspetti formali delle decisioni in questione, si rileva che con riferimento al primo e al terzo aspetto esse trovano una giustificazione economica: la riduzione della capacità e l'imposizione di un prezzo comune sono entrambi tipiche fattispecie in cui vi è un effetto negativo in termini allocativi. Più complessa invece la valutazione della vendita legata del trasporto multimodale: essa genera evidentemente un'asimmetria informativa in quanto opacizza il metodo di formazione del prezzo, ma è altresì vero che la predisposizione di un servizio intermodale apporta un vantaggio netto per l'utilizzatore che pertanto domanda quel servizio e per quel servizio ha bisogno di conoscere il prezzo. Di questo la Commissione non ha tenuto conto.

Un ulteriore effetto dell'esenzione concessa alle Conferenze marittime è stato quello di aumentare le probabilità di successo delle pratiche predatorie, rendendole quindi razionali, laddove esse vengano concordate a livello conferenziale: la predisposizione di *fighting-ships* ("navi da combattimento") aventi frequenze e scali analoghe a quelle dei concorrenti indipendenti a noli sottocosto diviene meno onerosa e con maggiori probabilità di successo se praticata da più imprese, quelle

---

<sup>665</sup>Decisione della Commissione n. 94/980 del 19 Ottobre 1994 *Trans Atlantic Agreement* confermata dal tribunale di primo grado con la sentenza T-395/94 del 28 Febbraio 2000.

<sup>666</sup> Decisione della Commissione n. 1999/243 del 16 settembre 1998 caso IV/35.134 - *Trans-Atlantic Conference Agreement*, confermata nel merito dalla sentenza del Tribunale di primo grado (cause riunite T-191/98, T-212/98, T-213/98 and T-214/98 del 30 Settembre 2003 *Atlantic Container Line and Others v Commission*), ma annullata per il mancato rispetto di alcuni obblighi procedurali. Sotto un profilo formale la Commissione afferma che i contratti di servizio non rientrano nella tariffa conferenziale e conseguentemente non sono coperti dall'esenzione di cui all'art. 3 del Regolamento.

conferenziate, contemporaneamente. La sanzione comminata per questo motivo alla Conferenza CEWAL per pratiche predatorie sulla rotta Nord Europa-Zaire è sicuramente plausibile per la capacità della Conferenza di sostenere predatoria condotta e sussiste pertanto una presunzione di inefficienza della condotta stessa nel lungo periodo; tuttavia la valutazione della Commissione si ferma a tale constatazione, mancando della necessaria analisi dei costi che, come abbiamo visto in precedenza, deve essere sempre svolta per dimostrare l'esistenza della fattispecie<sup>667</sup>.

Negli ultimi anni si è inoltre intensificato il fenomeno concentrativo: nella rincorsa ad accrescere le proprie rotte e ad incrementare le frequenze del servizio, molte delle principali compagnie di navigazione di linea (i c.d. *global carriers*) hanno infatti fatto ricorso alla crescita esterna, acquisendo quelle compagnie che offrivano servizi quanto più possibile complementari con quelli dell'acquirente sia sotto il profilo geografico che merceologico. Si tratta di una conseguenza della globalizzazione che le autorità antitrust non hanno contrastato: le imprese delocalizzando richiedono vettori in grado di offrire un servizio integrato *door-to-door* praticamente per qualsiasi combinazione origine-destinazione possibile. Conseguentemente la crescita dell'economia globale è stata favorita da queste operazioni le quali, nei limiti in cui non creino eccessivo potere di mercato, sono desiderabili. E d'altra parte in un settore che presenta numerosi operatori di grandi dimensioni e un'elevato grado di concorrenzialità, accentuato dalla crisi delle Conferenze, il rischio di effetti unilaterali delle concentrazioni è basso. Potenzialmente inefficienti sono invece le situazioni in cui acquirente e acquisita partecipano a più accordi separatamente; in questi casi vi è il rischio che si crei una posizione dominante collettiva suscettibile di riprodurre un sistema analogo a quello delle Conferenze.

Due volte negli ultimi anni la Commissione è stata chiamata a valutare operazioni di concentrazione di questo tipo che hanno coinvolto alcune delle maggiori compagnie di navigazione<sup>668</sup>: in entrambi i casi la Commissione ha

---

<sup>667</sup> Decisione della Commissione n. 93/82, caso *CEWAL*, confermata dalla Corte di Giustizia con sentenza del 16 marzo 2000 cause riunite C-395/96 e C-396/96.

<sup>668</sup> Decisione della Commissione n. IV/M. 1651 del 6 ottobre 1999- Caso *Maersk/Sea-Land* che ha riguardato l'acquisizione del secondo gruppo mondiale da parte del primo; decisione della

ammesso l'operazione, ritenendo sufficiente il grado di concorrenza effettiva risultante sui vari mercati a seguito dell'acquisizione; l'esistenza infatti di altri *global carriers* su tutti i mercati rilevanti ha indotto la Commissione a ritenere il maggior potere di mercato di cui avrebbe beneficiato l'impresa acquirente a seguito dell'operazione, insufficiente a creare una posizione dominante individuale, né a indurre un effetto unilaterale della fusione in grado di determinare un incremento di prezzi. Nel caso dell'acquisizione di PONL da parte di Maersk, la Commissione ha tuttavia imposto all'acquirente di ritirare l'impresa acquisita dalla partecipazione di alcune Conferenze e accordi di consorzio per evitare il determinarsi di effetti coordinati che potessero portare alla creazione di una posizione dominante collettiva in capo alle imprese partecipanti a tali intese<sup>669</sup>. Questa condizione, che non ritroviamo nella decisione precedente, deriva da una maggiore consapevolezza dell'istituzione comunitaria che le partecipazioni incrociate delle imprese coinvolte ad alleanze diverse operanti sullo stesso mercato rischia di influire sulle decisioni delle alleanze in termini di capacità offerta coinvolte, così come l'ingresso dell'impresa acquisita negli organi conferenziali può ridurre la concorrenza portata alle conferenze dagli operatori indipendenti. Queste conclusioni, peraltro, come spesso accade nelle valutazioni delle concentrazioni effettuate dalla Commissione, sono giunte a seguito di un'analisi limitata a determinare staticamente, per ogni rotta, le quote di mercato risultanti dalla fusione, senza tenere conto né della probabile evoluzione del mercato né dei potenziali effetti positivi dell'operazione in termini dinamici, che al più, anche se riconosciuti dalla Commissione, sono rimasti sotto traccia nella decisione finale.

Anche nel traffico di cabotaggio dove non è riconosciuta alcuna esenzione agli accordi di prezzo, si è manifestata la tendenza delle compagnie di navigazione a formare cartelli tariffari, i cui effetti non trovano alcuna giustificazione sotto il profilo di efficienza. Uno di questi casi ha riguardato il servizio traghetti Italia-Grecia, in cui la Commissione ha provato l'esistenza di contatti tra le compagnie operanti sul mercato rilevante volte a fissare prezzi comuni per i servizi c.d. ro/ro di

---

Commissione del 29 luglio 2005, M. 3829, caso *Maersk/PONL* concernente l'acquisto del quarto operatore sempre da parte del maggiore.

<sup>669</sup> Decisione della Commissione del 29 luglio 2005, cit., sez. VI.

trasporto veicoli<sup>670</sup> senza rilevare ovviamente possibili guadagni di efficienza in conseguenza della pratica. Un riconoscimento di possibili guadagni di efficienza nel traffico di cabotaggio è invece avvenuto nel caso *P&O Stena Line*<sup>671</sup>, in cui la Commissione Europea ha concesso un'esonazione di tre anni, poi rinnovata per altri sei anni, a una joint-venture finalizzata a offrire servizi in comune tra due società operanti nel medesimo mercato rilevante<sup>672</sup>.

In ambito portuale sono stati oggetto di valutazione due casi di rifiuto a contrarre da parte di imprese verticalmente integrate, che avevano in concessione la gestione del porto ed offrivano altresì un servizio di trasporto passeggeri in partenza dal porto stesso. Nel primo caso, riguardante il porto di Rodby in Danimarca<sup>673</sup>, l'impresa pubblica che gestiva il porto ed operava i collegamenti traghetto tra la Danimarca e i paesi limitrofi, DBS) aveva rifiutato di accogliere la richiesta di una compagnia di navigazione di realizzare un proprio terminal o di accedere a quello esistente per organizzare una linea di traghetto con la Germania. La Commissione ha ritenuto che DBS rifiutando l'accesso al porto di una potenziale concorrente abusasse della sua posizione dominante. Nel secondo caso<sup>674</sup> l'impresa che gestiva il porto gallese di Holyhead, Stena Sealink Ports, rifiutava alla compagnia di navigazione Sea containers di accedere al porto per predisporre un collegamento tra questo porto e l'Irlanda: anche in questo caso la Commissione ha ravvisato la sussistenza di un abuso di posizione dominante, sanzionandolo.

I due casi tuttavia solo apparentemente sono analoghi. Nel primo ci troviamo di fronte ad un'autorità pubblica che gestisce direttamente sia il porto che il servizio di traghetto e rifiuto alla compagnia terza sia l'accesso al terminal esistente sia l'autorizzazione a costruirne uno nuovo; conseguentemente la condizione di *essential facility* del terminal in questione era sfruttata dall'autorità portuale che ne impediva il superamento attraverso la costruzione di un nuovo approdo. Nel secondo caso, al contrario non è stata dimostrata fino in fondo l'essenzialità dell'infrastruttura in questione: l'impresa-porto, questa volta privata, non ha impedito alla concorrente di

---

<sup>670</sup> Decisione della Commissione del 9 dicembre 1998, n. 271/99 caso n. IV/34.466 – *Traghetti greci*, confermata dalla Corte di Giustizia con sentenza del 16 febbraio 2006 nella causa C-111/04.

<sup>671</sup> Decisione della Commissione del 29 giugno 1999.

<sup>672</sup> Nella concessione di quest'esonazione ha giocato un ruolo cruciale l'esistenza di un'alternativa modale costituita dal tunnel sotto il Canale della Manica.

<sup>673</sup> Decisione della Commissione del 10 febbraio 1994 n. 94/119, caso *Port of Rodby*.

<sup>674</sup> Decisione della Commissione del 21 dicembre 1993 n. 94/19, caso *Stena ports/Sealink*.

costruire un altro terminal e la Commissione non ha proceduto a verificare la fattibilità di una tale alternativa. Tale verifica, al contrario deve essere quanto mai approfondita in quanto la conseguenza è l'imposizione di un obbligo all'impresa proprietaria degli approdi portuali di concederli ad una sua concorrente, del tutto "illogico", nonché inefficiente, in una normale condizione di mercato e di generale disponibilità dei fattori produttivi.

Hanno invece incontrato limitati ostacoli le operazioni di concentrazioni finora realizzate<sup>675</sup>. Da un lato, infatti, per quanto riguarda il trasporto internazionale di merci, ci troviamo in presenza di mercati geografici rilevanti molto ampi in ragione dell'elevato tasso di sostituibilità tra porti che rende, ad esempio, l'intero arco geografico che va da Le Havre ad Amburgo un unico mercato rilevante (c.d. "Northern Range")<sup>676</sup>. Dall'altro nei tragitti a breve raggio la bassa sostituibilità dal lato della domanda, che restringe l'area geografica da prendere in considerazione, è generalmente compensata dalle basse barriere all'entrata e da un'elevata sostituibilità dal lato dell'offerta, che mettono pressoché tutti i porti, anche di piccola dimensione, in condizione di servire le navi che effettuano questi percorsi, rendendoli quindi potenziali concorrenti l'uno con l'altro. Conseguentemente, in entrambe le ipotesi, le fusioni tra operatori terminalistici attivi sullo stesso mercato geografico difficilmente sono suscettibili di generare un potere di mercato in capo all'impresa post-fusione tale da incrementare i prezzi dei servizi o favorire la collusione; ciò anche per il fatto che gli operatori terminalistici rappresentano solitamente la parte contrattualmente più debole rispetto ai vettori, loro principali clienti, elemento peraltro non rilevato dalla Commissione.

Nel principale caso sottoposto alla Commissione<sup>677</sup>, ad esempio, l'ampiezza del mercato rilevante ha permesso all'impresa acquirente di detenere il controllo del principale terminal container britannico (Felixstowe) e di quello olandese (Rotterdam), con l'imposizione di limitate condizioni, in termini di cessione di capacità produttiva, subordinate all'acquisizione<sup>678</sup>. Per ragioni analoghe le

---

<sup>675</sup> Decisione della Commissione Europea del 7 febbraio 2001, JV. 55 *Hutchinson/RCPM/ECT*; decisione della Commissione del 19 ottobre 2001, JV 56 *Hutchinson/ECT*; decisione della Commissione del 22 dicembre 2004, M.3576 *ECT/PONL/Euromax*.

<sup>676</sup> Decisione della Commissione del 22 dicembre 2004, par. 17-21.

<sup>677</sup> Decisione della Commissione del 19 ottobre 2001, cit..

<sup>678</sup> Decisione della Commissione del 19 ottobre 2001, cit., par. 47-55.

integrazioni verticali non sono state ritenute in grado di limitare l'accesso dei vettori al mercato terminalistico<sup>679</sup>; nel caso analizzato, anzi, la Commissione ha altresì riconosciuto gli effetti benefici della concentrazione, poiché avrebbe favorito gli investimenti e l'incremento di capacità nel lungo periodo<sup>680</sup>.

Nel comparto aereo troviamo infine la maggiore e più analizzata casistica antitrust relativa al settore dei trasporti: il fenomeno del consolidamento attraverso fusioni, *joint-ventures*, alleanze e fallimenti, è in atto ormai da anni e non sembra in procinto di fermarsi almeno nel breve periodo. Grazie alla liberalizzazione che ha permesso un crescente livello di concorrenzialità sulle rotte intracomunitarie e in particolare allo stimolo costituito dalla crescita delle compagnie *low cost*, operatori in grado di offrire semplici collegamenti origine-destinazione, ossia senza trasbordi, a costi minimi, il livello medio delle tariffe è diminuito con il conseguente spostamento della condizione di equilibrio di mercato in una posizione corrispondente ad un maggior benessere complessivo e a una diversa ripartizione dello stesso tra produttore e consumatore. Ciò ha imposto ai vettori tradizionali una penetrante ristrutturazione finalizzata all'incremento di efficienza necessaria a sostenere l'attuale contesto di intensa concorrenza su gran parte delle rotte<sup>681</sup>.

Questo processo di competizione selettiva ha ridisegnato il numero di vettori presenti su ogni rotta e l'estensione dei relativi *network* con una tendenza al coordinamento tra gli operatori, mediante accordi di code sharing, la configurazione di alleanze strategiche, fino ad arrivare alle *joint-ventures* e alle concentrazioni. Un processo che si ritiene proseguirà fino al momento in cui non vi sarà un ristretto numero di operatori globali di grandi dimensioni, legati attraverso intese, alleanze e rapporti di controllo societario ad un gruppo di operatori regionali in grado di offrire servizi *feeder* su tratte mediamente brevi in partenza dagli *hub* dei primi; operatori regionali, i quali, a loro volta, tenderanno a coordinarsi tra loro al fine di competere efficacemente con i vettori *low cost*, terza categoria di vettori operanti sul mercato<sup>682</sup>.

---

<sup>679</sup> Decisione della Commissione del 22 dicembre 2004, par. 41-42.

<sup>680</sup> Decisione della Commissione del 22 dicembre 2004, par. 34.

<sup>681</sup> Rimane tuttavia ancora un certo numero di rotte dove l'assetto competitivo non è mutato le cui tariffe sono rimaste stabili e non vi è stato un significativo aumento dell'offerta (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Indagine Conoscitiva sulle dinamiche tariffarie del trasporto aereo*, Roma, 2005, p. 124).

<sup>682</sup> T. Soames and al., *EC Competition Law and aviation: "cautious optimism spreading its wings"*, in *European Competition Law Review*, 2006, p. 600-601.

Questa tendenziale configurazione di mercato genera evidentemente il rischio di comportamenti collusivi in quanto, oltre a perseguire obiettivi di incremento dell'efficienza, le imprese possono coordinarsi tra loro per limitare l'offerta complessiva, con un conseguente detrimento quantitativo e qualitativo del servizio e un incremento dei prezzi, ovvero impedire l'ingresso sul mercato a nuovi operatori mediante lo sfruttamento comune di alcune caratteristiche strutturali del settore, quali l'esistenza di aeroporti congestionati. Meno agevole risulta invece la fissazione di tariffe simili se non uniformi sia per la presumibile diversa struttura tariffaria dei vettori aderenti all'accordo, sia per l'incentivo a deviare che si manifesta in capo all'operatore più efficiente. Le stesse preoccupazioni valgono per le concentrazioni, le quali d'altra parte permettono generalmente di ottenere maggiori incrementi di efficienza.

In questo contesto l'approccio delle autorità *antitrust* evidenzia una maggiore apertura alle argomentazioni ispirate all'efficienza rispetto a quanto avviene negli altri settori. Questo diverso approccio trova le sue spiegazioni nell'avvertita esigenza di avere alcuni vettori di grandi dimensioni in grado di predisporre un vasto *network* di rotte in concorrenza tra loro, nonché nell'esistenza di una concorrenza effettiva proveniente dagli operatori extracomunitari nelle rotte intercontinentali unita alle convenienti tariffe praticate dalle compagnie low cost, che impediscono di temere incrementi di prezzo derivanti dalla concentrazione o dalla collusione.

Così nella valutazione della maggiore fusione finora realizzata nel settore, quella tra Air France e KLM, la Commissione ha di fatto tenuto conto dei benefici derivanti dalla concentrazione in termini di riduzione dei costi, maggiore offerta di destinazioni e una migliore connessione tra le rotte con un conseguente incremento di efficienza produttiva e dinamica<sup>683</sup>, anche se il contenuto della decisione, a causa della sua struttura interamente incentrata sul test di dominanza, contiene solo sporadici riferimenti agli aspetti dinamici, non menzionando gli argomenti di costo<sup>684</sup>. Diversamente l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha

---

<sup>683</sup> Comunicato stampa della Commissione dell'11 febbraio 2004.

<sup>684</sup> Decisione della Commissione dell'11 febbraio 2004, IV M. 3280, *Air France/KLM*. Gli impegni imposti alle parti hanno invece riguardato le restrizioni derivanti dalla congestione in alcuni aeroporti, in particolare Amsterdam, che hanno determinato la rinuncia delle parti a una parte degli slots aeroportuali di cui disponevano, nonché gli altri accordi (*code-sharing*, programmi di fidelizzazione) in cui le parti erano coinvolte che avrebbero dovuto essere aperti ad altri operatori e nuovi entranti. Di

recentemente autorizzato l'acquisizione di Volare da parte di Alitalia, senza tuttavia inserire nella sua valutazione alcuna considerazione di efficienza, ed autorizzando l'operazione solamente in funzione dei rimedi adottati da Alitalia<sup>685</sup>.

Viceversa nella recente decisione concernente il progetto di acquisizione di *Aer Lingus* da parte di *Ryanair*<sup>686</sup>, la Commissione ha proibito l'operazione, valutando che, data la natura di compagnia *low cost* e la reputazione di Ryanair sul mercato come compagnia particolarmente aggressiva dal lato dei prezzi, sarebbe stato assai improbabile che a seguito della concentrazione un vettore concorrente potesse rappresentare un concorrente effettivo per la nuova entità nelle rotte aventi come origine e destinazione l'aeroporto di Dublino. L'analisi dell'operazione si è pertanto incentrata sull'esistenza o meno di una sostituibilità dal lato dell'offerta nell'aeroporto in questione, innovando in questo senso i parametri di valutazione dell'autorità.

L'utilizzo di questo nuovo approccio proprio nel valutare questa operazione, tuttavia, non pare casuale: esso infatti ha permesso alla Commissione di ricorrere al criterio dell'*efficiency offense*, criterio che sarebbe stato difficilmente utilizzabile utilizzando la procedura di valutazione tradizionale. Ed invero è proprio l'elevato livello di efficienza di *Ryanair* a rendere non conveniente per altri operatori spostare capacità produttiva sull'aeroporto di Dublino, anche in presenza di disponibilità di un elevato numero di *slots* (*Ryanair* si era impegnata a cedere numerosi *slots* confidando nell'usuale imposizione di rimedi strutturali da parte della Commissione).

E' doveroso quindi chiedersi se lo stesso approccio sarà in futuro applicato anche a situazioni in cui un'eventuale sostituibilità dal lato dell'offerta renda pro-concorrenziale una fusione e conseguentemente esplicitamente ammissibile l'utilizzo del criterio opposto, quello dell'*efficiency defense*.

---

tenore simile la decisione del 12 gennaio 2001 COMP/M. 2041, *United Airlines/US Airways*, nonché le decisioni in materia di Joint-Ventures del 16 gennaio 1996 n. IV 35.535, *Lufthansa/SAS*, del 28 ottobre 2002 n. 264/2002, *Lufthansa/United/SAS*. Ispirata alla decisione *Air France/KLM*, a sua volta, è stata l'autorizzazione della Commissione all'acquisizione di Swiss da parte di Lufthansa nel 2005 (Decisione della Commissione del 4 luglio 2005, COMP. M. 3.770, *Lufthansa/Swiss*). E' stata invece ripetutamente negata l'autorizzazione alla Joint-venture tra British Airways and American Airlines a causa della forte limitazione all'accesso all'aeroporto di Heathrow, considerata un'infrastruttura essenziale, imposta dagli accordi internazionali.

<sup>685</sup> Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, caso C-7667, *Alitalia/Volare*, Provvedimento del 05/07/2006.

<sup>686</sup> Decisione della Commissione del 27 giugno 2007, *Ryanair/Aer Lingus*, M. 4439..

L'analisi del mercato condotta dalla Commissione, tuttavia, rimane basata sul concetto di rotta tra due città o comunque tra aree geografiche limitate<sup>687</sup>, non essendo stata ancora accettata la definizione di mercato rilevante inteso come *network* di collegamenti aerei, a causa della difficoltà di concepire un tale mercato dal punto di vista della domanda, sebbene esso costituisca l'ambito nel quale si manifesta la competizione tra vettori, almeno per le relazioni intercontinentali, nell'attuale realtà incentrata sul sistema *hub and spoke*<sup>688</sup>. Né si tiene conto della sostituibilità dal lato dell'offerta che porterebbe a includere nel mercato rilevante anche le compagnie potenzialmente in grado di reagire a un incremento di prezzi spostando capacità produttiva sulla rotta in oggetto.

E' invece ormai riconosciuta la sostituibilità tra trasporto aereo e trasporto ferroviario ad alta velocità per distanze medio-brevi, i quali pertanto in questa ipotesi vanno a formare un unico mercato del prodotto rilevante<sup>689</sup>.

Diverso è stato l'atteggiamento nei confronti delle pratiche unilaterali: sia la Commissione che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato hanno considerato negativamente gli schemi incentivanti applicati dai vettori aerei nei confronti delle agenzie di viaggio che premiavano quelle agenzie che avessero raggiunto determinati obiettivi stabiliti dai vettori stessi in quanto costituenti pratica discriminatoria nei confronti delle altre agenzie di viaggio, con effetti escludenti nei confronti dei vettori concorrenti<sup>690</sup>. Gli incentivi erano costituiti essenzialmente da commissioni addizionali (c.d. *over commissions*) legate alle quantità di biglietti vendute dalle agenzie rispetto all'anno precedente: le commissioni addizionali si applicavano però a tutte le vendite del periodo in esame, non solo a quelle addizionali con un effetto fidelizzante sulle agenzie che erano così indotte a vendere i biglietti di quella compagnia piuttosto che quelli di un'altra. Per le autorità questi elementi sono stati sufficienti a determinare l'illegittimità della pratica. In realtà, come è stato correttamente osservato, l'analisi da loro svolta avrebbe dovuto essere

---

<sup>687</sup> Decisione della Commissione dell'11 febbraio 2004, IV M. 3280, *Air France/KLM*, par. 9-18.

<sup>688</sup> P. Crocioni, *Defining airlines markets: a comparison of the U.S. and E.U. experiences*, in *The Antitrust Bulletin*, Spring 2000, p. 11 ss.

<sup>689</sup> Decisione della Commissione dell'11 febbraio 2004, IV M. 3280, *Air France/KLM*, par. 9-18.

<sup>690</sup> Decisione della Commissione del 14 luglio 1999, IV/D-2/34.780, *Virgin/British Airways*, confermata dalla Corte di Giustizia con sentenza del 15 marzo 2007 C-95-04; Provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato A291B, *Alitalia/Veraldi*, confermata dal TAR.Lazio con sentenza n 4632 del 24 maggio 2002.

più approfondita; non necessariamente, infatti la presenza di questi incentivi implica l'esclusione degli operatori rivali dal mercato: qualora le imprese concorrenti siano in grado di offrire alle agenzie commissioni sufficienti a compensare le agenzie del mancato guadagno derivante dalle commissioni addizionali, ipotesi plausibile in presenza di volumi di vendita sufficientemente elevati, l'effetto escludente non sussiste per il principio dell'*as equal efficient firm*. In questo caso le politiche incentivanti sarebbero legittime strategie commerciali, desiderabili in quanto possono determinare un incremento delle quantità vendute e quindi dell'efficienza allocativa<sup>691</sup>, nonché in quanto potenziale soluzione a fronte di possibili comportamenti opportunistici da parte delle agenzie<sup>692</sup>.

La valutazione delle intese tra vettori aerei di linea ha invece negli ultimi anni subito un'evoluzione in senso restrittivo: l'abrogazione dell'esenzione di blocco concessa dal Regolamento 1617/93<sup>693</sup> alle consultazioni tariffarie e all'*interlining*, che riflette la minore tolleranza nei confronti della IATA da parte delle autorità antitrust in quanto considerata un'intesa superflua ai fini dell'ottenimento dei benefici ad essa imputati<sup>694</sup>, si è accompagnata all'avvio nel corso del 2006 di una vasta indagine condotta da parte dell'Office of Fair Trading e la Commissione Europea nei confronti di un vasto numero di compagnie aeree sospettate di avere costituito un cartello volto alla fissazione di noli aerei comuni su più rotte sia europee ed extraeuropee, indagine che si avvia alla conclusione con l'adozione di una pesante sanzione a carico dei vettori coinvolti<sup>695</sup>.

Sembra quindi che la sempre maggiore domanda e i buoni risultati economici ottenuti dal settore abbiano spinto le autorità a superare la fase in cui le consultazioni tra vettori erano ritenute utili al fine di coordinare collegamenti tra loro consecutivi, ovvero distribuire i servizi in orari non di punta e sulle rotte meno frequentate, anche se essi erano offerti da vettori diversi. Tali guadagni di efficienza, inoltre, ove esistenti, sono ormai considerati dalle autorità come ottenibili anche attraverso la

---

<sup>691</sup> G. Federico, *When are rebates exclusionary?*, in *European competition law review*, 2005, p. 478-480. Si veda altresì quanto esposto *supra* par. 5.3.

<sup>692</sup> Nel caso *British airways*, ad esempio, le commissioni addizionali erano abbinate anche a programmi di formazione dei dipendenti delle agenzie di cui avrebbero potuto beneficiare anche altri vettori, in veste di *free-riders*.

<sup>693</sup> Vedasi *supra* par. 2.

<sup>694</sup> Vedasi *supra* par. 3.

<sup>695</sup> Le informazioni su tale indagine sono tratte da articoli di stampa quotidiana e specialistica; si veda ad es. *The independent* del 22 giugno 2006.

stipula di alleanze, poiché esse permettono di migliorare il coordinamento dei collegamenti senza che siano necessarie le consultazioni tariffarie. Si evince, conseguentemente, che nella valutazione delle autorità, le alleanze costituiscono la restrizione della concorrenza più facilmente ammissibile per il conseguimento di tali fini in quanto, mantenendo viva la competizione commerciale anche di prezzo all'interno dell'alleanza, esse rispetterebbero quel principio di proporzionalità che invece sarebbe violato dalle consultazioni tariffarie.

Se nella predisposizione del servizio di trasporto aereo le istanze di efficienza si pongono attualmente in posizione di preminenza rispetto ai potenziali effetti anticoncorrenziali grazie soprattutto alla parziale contendibilità dei mercati, nei servizi di assistenza aeroportuale, al contrario, il primo obiettivo antitrust è costituito dal garantire l'accesso a tali servizi a tutti gli operatori che ne facciano richiesta, compatibilmente con le limitazioni fisiche poste dalle caratteristiche dell'infrastruttura aeroportuale, secondo i principi fissati dall'*essential facility doctrine*. Con la parziale deregolamentazione intervenuta a livello comunitario nel corso degli anni '90<sup>696</sup>, infatti, la disciplina antitrust ha preso in parte il posto della regolazione, assumendo la funzione di aprire il mercato dei servizi aeroportuali alla concorrenza attraverso l'imposizione alle imprese proprietarie o gestrici dell'infrastruttura di misure asimmetriche, finalizzate a consentire l'accesso all'infrastruttura aeroportuale a condizioni non discriminatorie, e svolgendo altresì il compito di impedire la stipula di accordi tra vettori e gestori aeroportuali volti a escludere le altre compagnie aeree dall'assegnazione delle bande orarie.

Nelle loro decisioni le autorità antitrust hanno innanzitutto distinto tra le varie tipologie di attività svolte all'interno dell'offerta: la gestione dell'infrastruttura che include l'esercizio e la manutenzione dell'aerostazione, delle piste e delle attrezzature fisse; la fornitura dei servizi di assistenza a terra, c.d. di *handling*, a loro volta suddivisi in *landside*, ossia di assistenza passeggeri, e *airside*, l'assistenza ai velivoli svolta in pista; i servizi commerciali, ossia la messa a disposizione di spazi per lo svolgimento di attività di vendita al pubblico. Mentre la gestione dell'infrastruttura, sia per motivi organizzativi che di efficienza è stata finora sempre mantenuta in forma accentrata, i servizi di *handling* e quelli commerciali sono stati

---

<sup>696</sup> V. *supra* par. 2.

considerati suscettibili di essere svolti in regime di concorrenza; affinché la concorrenza possa effettivamente agire, tuttavia, l'impresa che gestisce l'aeroporto deve consentire l'uso dell'infrastruttura agli operatori che offrono servizi di *handling*, costituenti un mercato a valle rispetto quello di gestione dell'aeroporto.

Partendo da questo presupposto le autorità antitrust hanno svolto la loro attività istituzionale principalmente sanzionando i comportamenti escludenti posti in essere dalle società di gestione aeroportuale che non avevano consentito l'accesso ai servizi di assistenza a terra a società terze che intendevano offrire lo stesso servizio agli utenti, ossia le compagnie aeree<sup>697</sup>, ovvero agli stessi vettori aerei che richiedevano l'autorizzazione per autoprodurli<sup>698</sup>. Similmente in un altro importante caso è stata sanzionata la discriminazione di prezzo attuata dal gestore dell'infrastruttura aeroportuale nei confronti delle imprese che svolgevano attività di *handling*<sup>699</sup>.

Queste analisi tuttavia pur mettendo in luce due fattori determinanti per la traslazione del dominio da monte a valle, ossia la posizione di monopolio dell'impresa di gestione dell'aeroporto e l'essenzialità dell'infrastruttura in questione, mancano di evidenziare altri elementi senza i quali, a livello teorico, la condotta abusiva non è razionale né dannosa per la concorrenza e per l'efficienza allocativa del mercato rilevante. In primo luogo, infatti, non è detto che l'impresa dominante sul mercato a monte abbia sempre un incentivo ad integrarsi con le attività a valle: ciò avviene solo laddove il fattore produttivo in regime concorrenziale e quello monopolizzato siano utilizzati in proporzione variabile in modo che il bene monopolizzato può continuare ad essere utilizzato sempre nella medesima quantità<sup>700</sup>. In secondo luogo il proprietario dell'infrastruttura deve poter controllare l'entrata e l'uscita dal mercato a valle, in quanto, in carenza di tale controllo, non le sarebbe possibile limitare l'entrata e l'uscita dal mercato. In terzo e

---

<sup>697</sup> Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Provvedimento n. 2854 del 2 marzo 1995, *Aeroporti di Roma*.

<sup>698</sup> Decisione della Commissione Europea del 14 gennaio 1998, *FAG-Flughafen Frankfurt/Main AG*; Autorità garante della Concorrenza e del mercato, Provvedimento n. 1017 del 17 marzo 1993, *Aeroporti di Roma*, confermato dal TAR Lazio con sentenza 20 luglio 2000 n.6167; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Provvedimento n. 1845 del 16 marzo 1994, *SEA*.

<sup>699</sup> Decisione della Commissione dell'11 giugno 1998, 98/513, *Aeroports de Paris*, confermata dal Tribunale di Primo Grado con sentenza del 12 dicembre 2000, causa T-128/98 e dalla Corte di giustizia con sentenza del 24 ottobre 2002, causa C-82/01.

<sup>700</sup> F. Gobbo, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 1997, p. 87.

ultimo luogo l'analisi deve essere svolta non solo sul mercato a monte, ma anche su quello a valle per verificare l'effettiva trasferibilità del potere di mercato da un mercato all'altro, una volta messa in atto il comportamento in questione<sup>701</sup>.

Ora, se con riferimento ai primi due aspetti, essi sono entrambi rinvenibili nelle situazioni oggetto di analisi, in considerazione delle caratteristiche dei due mercati coinvolti, quello dell'infrastruttura aeroportuale e quello dei servizi di assistenza, non è invece immediatamente consequenziale la trasferibilità del potere di mercato dal primo al secondo. I servizi di assistenza a terra, infatti, possono presentare una situazione di mercato non facilmente aggredibile dall'operatore a monte, soprattutto in quelle situazioni dove vettori di grandi dimensioni offrono il servizio detenendo elevate quote di mercato; si pensi al caso degli aeroporti *hub* dove la compagnia aerea che utilizza un determinato aeroporto come *hub*, garantendone gran parte dei volumi di traffico, detiene spesso un rilevante potere di mercato anche nei servizi di *handling*; il che impedisce al gestore aeroportuale di mettere in pratica con successo le condotte appena esaminate.

## 8.6 Conclusioni

Dall'analisi svolta nel presente capitolo emerge innanzitutto come l'assoggettamento del settore dei trasporti alla disciplina di tutela della concorrenza sia un fenomeno relativamente recente rispetto alle altre attività economiche, laddove la ragione di tale ritardo risiede nel fatto che tradizionalmente questo settore era caratterizzato da un intervento pubblico diretto e da una pervasiva regolamentazione, a sua volta giustificata da vari fattori economici: le caratteristiche di monopolio naturale delle infrastrutture; le esigenze di servizio pubblico connesse all'erogazione di molti servizi di trasporto; il ruolo strategico svolto dal trasporto sia di persone che di merci ai fini della crescita economica di un sistema.

Presupposto dell'applicabilità delle norme *antitrust* a questo settore è stata infatti l'attuazione del processo di *deregulation* avviato in Europa a partire dalla metà degli anni '80, sulla scorta di quanto avvenuto negli Stati Uniti a partire dalla fine degli anni '70. Un processo che per il comparto marittimo di linea, si è concluso solo in questo decennio, e per altri, quale quello portuale, aeroportuale e ferroviario,

---

<sup>701</sup> M. Giordano, *La concorrenza difficile: i servizi di handling nel settore aeroportuale*, in *Il foro italiano*, 2000, p. 2813-2814.

deve ancora compiere gli ultimi passi, ma che nel complesso ha permesso di rendere applicabili, ancorchè non sempre pienamente, gli articoli 81 e 82 del Trattato CE.

In questo processo di *deregulation* un ruolo propulsivo è stato svolto dalle istanze di efficienza: l'applicazione del criterio di efficienza economica alle politiche che riguardano il settore dei trasporti riveste, infatti una particolare pregnanza in quanto i benefici che ne conseguono trascendono il mercato nel quale vengono generate, irradiandosi a tutte quelle attività economiche che, per essere svolte, utilizzano servizi di trasporto, cioè praticamente tutte.

Se ne deduce l'inscindibilità della ricerca dell'efficienza dall'applicazione delle regole della concorrenza poiché essa ha costituito una delle principali motivazioni sottese alla decisione di assoggettare progressivamente le attività di trasporto ai principi *antitrust*, posto che l'esigenza di tutelare il consumatore veniva perseguita già dalla regolazione, trattandosi spesso di servizi pubblici.

Rilevata preliminarmente la particolare criticità dell'utilizzo del criterio di efficienza nell'attività *antitrust* avente ad oggetto il settore dei trasporti in ragione della genesi del processo di *deregulation* ormai in gran parte completato, dall'analisi delle decisioni adottate dalla Commissione e dall'autorità italiana in materia emerge, al contrario, un saltuario utilizzo dello stesso, indice di una scarsa propensione delle autorità ad anteporre l'obiettivo dell'efficienza ad altre esigenze, quale quella di avere una distribuzione di infrastrutture e collegamenti territorialmente il più possibile uniforme, qualora queste ultime sussistano. Mentre, come ormai sappiamo, la teoria economica suggerisce di perseguire tali diversi obiettivi mediante politiche *ad hoc*, e non distorcendo quelli della politica della concorrenza. Nel caso dei trasporti, quindi, a parere di chi scrive, non si può parlare solo di un adeguamento lento da parte delle autorità, all'utilizzo del criterio di efficienza, così come precedentemente affermato per quanto concerne l'applicazione alla generalità dei casi<sup>702</sup> ma anche di un adeguamento parziale, stante il diverso grado di utilizzo del criterio di efficienza a seconda dei comparti in cui si verifica la fattispecie concreta.

Da quanto appena rilevato consegue anche un ulteriore elemento di carenza dell'approccio delle autorità *antitrust* a questo specifico settore. Le decisioni esaminate, effettuando una valutazione limitata al comparto (o ai comparti) in cui

---

<sup>702</sup> V. *supra* cap. 7.

operano le imprese coinvolte nella pratica o nell'operazione, spesso sembrano dimenticare l'evoluzione delle tecniche e della domanda di trasporto e l'affermarsi della multimodalità nel trasporto di merci<sup>703</sup>.

Sotto il primo aspetto, come già accennato, le autorità tendono a ricorrere all'*essential facility doctrine* con forse eccessiva disinvoltura in taluni casi e, trascurandola in altri, che invece potrebbero essere suscettibili di costituirne un'applicazione: si fa riferimento ad alcuni casi riguardanti le infrastrutture ferroviarie, portuali e aeroportuali, laddove queste possono essere sostituite o duplicate più facilmente di quanto si tenda a ritenere ovvero diventano essenziali laddove precedentemente non erano tali. Si pensi da un lato al recente fenomeno di voli intercontinentali che effettuano scalo in aeroporti considerati minori, rispondendo a un'istanza espressa dal mercato e rendendo così meno essenziali alcuni aeroporti *hub*. E dall'altro lato alla crescente specializzazione dei terminal portuali che li rende sempre più "essenziali" per le navi che servono in quanto queste ultime, se costruite recentemente, sono spesso impossibilitate a ricorrere ai terminal "multipurpose", sia per ragioni di attrezzature che di pescaggio.

Per quanto riguarda invece la multimodalità, essa rende spesso possibili incrementi di efficienza che non sono limitati al comparto nel quale viene posto in essere il comportamento esaminato dall'autorità *antitrust*. Conseguentemente una valutazione ispirata al criterio di efficienza deve ampliare il proprio campo di indagine a tutte le fasi del trasporto multimodale, tenendo conto degli effetti della fattispecie concreta in tutti i segmenti in cui gli operatori multimodali si assumono la responsabilità vettoriale in base ai contratti abitualmente stipulati. Si pensi alla valutazione dei possibili abusi configurabili in relazione alle pratiche di *tying* tra tratta marittima e tratta terrestre che i vettori abitualmente pongono in essere per offrire un nolo unico al caricatore; tale valutazione, se ispirata al criterio di efficienza, non può prescindere dagli effetti economici di una tale pratica sulla filiera produttiva, in quanto spesso si configurano incrementi di efficienza nell'ambito della

---

<sup>703</sup> Grazie al fenomeno della standardizzazione delle unità di carico, è ormai prassi diffusa ricorrere alla figura del contratto multimodale, nel quale un unico soggetto si fa carico dell'intero tragitto richiesto dall'utilizzatore, generalmente predisponendo direttamente una o più fasi di questo, nonché di alcune attività accessorie (sdoganamento, etichettatura, magazzinaggio, ecc.).

logistica integrata che possono sfuggire ad un esame limitato ai due comparti direttamente coinvolti nella pratica.

Emerge, infine, con riferimento ai trasporti marittimi e aerei, l'inadeguatezza della dimensione nazionale e comunitaria delle autorità competenti rispetto a comportamenti di impresa che spesso hanno effetti letteralmente globali. Le imprese marittime e aeree coinvolte nelle fattispecie da noi esaminate, infatti, in molti casi predisponivano, direttamente o mediatamente, tramite "alleanze", collegamenti tra tutte le aree del mondo, individuando nell'Europa solo un nodo di un *network* ben più ampio

Da questa constatazione discende, a parere dello scrivente, l'impossibilità per l'autorità comunitaria e ancor più per quella nazionale di individuare tutti gli effetti in termini di efficienza che la fattispecie concreta può provocare, non includendo pertanto solo quelli evidenti sul mercato comunitario. Conseguentemente una reale applicazione del criterio di efficienza all'attività antitrust nel settore dei trasporti non può prescindere da una collaborazione tra autorità a livello mondiale sia a fini di indagine che a fini di individuazione di alcuni principi fondamentali cui ispirarsi nello svolgimento della loro missione istituzionale. Di tale problematica e dei possibili strumenti per affrontarla sarà dato conto più ampiamente nel prossimo capitolo, nel quale sarà posta l'esigenza di uno spazio giuridico globale in campo *antitrust* per poter giungere ad un effettivo utilizzo del criterio di efficienza nell'attuazione delle normative finalizzate di tutela della concorrenza.

## CAPITOLO 9

### CONCLUSIONI. GLI SPAZI PER UN MAGGIOR UTILIZZO CRITERIO DI EFFICIENZA NELL'ATTIVITA' DELLE AUTORITA' ANTITRUST

#### 9.1 Valutazione degli aspetti rilevanti ai fini di un effettivo utilizzo del criterio di efficienza nell'attuazione delle norme antitrust.

Giunti alla parte conclusiva dell'analisi svolta, proviamo a trarre alcune sintetiche conclusioni circa il reale peso del criterio di efficienza sull'attuazione e sull'interpretazione della norma *antitrust*, nonché i riflessi e le possibili implicazioni di tale impiego sulla politica della concorrenza comunitaria con particolare riferimento al settore dei trasporti.

Sulla base dell'osservazione dei "fenomeni", ossia delle decisioni delle autorità preposte alla tutela della concorrenza in relazione a fattispecie concrete, cerchiamo quindi di ricapitolare quali sono stati i recenti sviluppi in ambito comunitario e, all'interno di tale ambito, nel settore dei trasporti, quali le possibili evoluzioni dei criteri valutativi *antitrust* nel medesimo contesto, quali, infine, le possibili ricadute di questa evoluzione sulle caratteristiche della funzione generale svolta dall'intervento *antitrust*.

Deve essere innanzitutto rilevato come la linea di tendenza a livello comunitario così come a livello degli Stati membri, seppure con diversa incisività e ampiezza, sia quella di un crescente ruolo attribuito al parametro dell'efficienza, complessivamente considerato, come criterio idoneo allo studio, alla comprensione e all'interpretazione della normativa a tutela della concorrenza.

Tale ruolo tuttavia non è il medesimo per tutte le fattispecie rilevanti che abbiamo analizzato: se, infatti, nell'esame delle concentrazioni l'utilizzo del criterio di efficienza non solo è previsto, ma di fatto suggerito dalla Commissione, così non è per le condotte unilaterali dove un utilizzo non estemporaneo del parametro dell'efficienza non può prescindere dall'adozione di Linee Guida da parte della Commissione contenenti un esplicito riferimento al criterio dell'*as equal efficient firm*, se non da una revisione dell'art. 82 che introduca un sistema di esenzione simile a quello dell'art. 81 che contenga tra i propri requisiti anche quello che la pratica favorisca un incremento di efficienza.

Ciò ha determinato un cambiamento nella portata delle politiche a tutela della concorrenza, sia sul piano metodologico-procedurale sia dal punto di vista della messa in opera delle norme sostanziali.

Sul piano metodologico l'influenza esercitata dal nuovo approccio interpretativo ha spinto verso un'analisi più dettagliata della gran parte delle fattispecie rilevanti, la c.d. *rule of reason*, che ha preso il posto della precedente impostazione basata su divieti automatici generali, secondo la tradizionale regola del *per se*.

L'effetto come ampiamente dimostrato, è quello di mettere in dubbio soluzioni in precedenza ovvie e di verificare ogni singola situazione concreta sulla base degli effetti economici che essa determina, spesso presumendoli attraverso l'applicazione dei modelli economici che meglio aderiscono ad essa, ovvero riscontrandoli, ove possibile, attraverso analisi di mercato sempre più sofisticate, allo scopo di individuare tutte le possibili conseguenze della fattispecie sia in termini anticoncorrenziali che in termini di potenziali guadagni di efficienza, nel breve come nel lungo periodo.

Contestualmente vengono posti in secondo piano i criteri di valutazione di ordine prettamente giuridico-formale, che spesso determinano semplicemente una propensione delle imprese ad aggirare le fattispecie di fatto vietate, attraverso l'utilizzo di altre tipologie giuridiche che permettano di ottenere lo stesso effetto, e che pertanto assumono i connotati dell'artificiosità e della simulazione, assai più difficili da contrastare.

Questo mutamento di approccio ha inevitabilmente influenzato la prassi decisionale e la giurisprudenza, comunitaria e degli Stati membri, in materia *antitrust*, ora caratterizzata da una maggiore attenzione agli aspetti economici e, conseguentemente, agli incrementi e alle perdite di efficienza che un certo comportamento delle imprese determina.

Si è così determinata una significativa riduzione delle differenze tra l'esperienza europea e quella statunitense, nate inizialmente sotto diverse prospettive politiche, generando in particolare un progressivo avvicinamento delle autorità *antitrust* comunitarie e degli Stati membri alle tendenze sviluppatesi nelle *agencies* e nella giurisprudenza statunitense a partire dagli anni '70, caratterizzate dalla

valutazione degli effetti, piuttosto che della forma giuridica, dal riconoscimento del criterio di efficienza e dalla *rule of reason* quale approccio metodologico.

Questo mutato approccio metodologico ha comportato altresì conseguenze assai rilevanti nell'assetto giuridico-istituzionale che fissa le procedure e le forme di intervento all'interno della comunità. Tali conseguenze sono costituite in primo luogo nell'adozione del Reg. 1/2003, il quale, sebbene sia passibile di critiche sotto vari aspetti, rappresenta comunque un tentativo di definire procedure più flessibili e adattabili alle specifiche fattispecie, rendendo altresì possibile analisi più approfondite da parte della Commissione, laddove esse siano necessarie, grazie all'alleggerimento del carico di lavoro dell'organo comunitario divenuto insostenibile.

Questa questione ci introduce ad esaminare l'altro aspetto rilevante ai fini di un'attuazione del diritto *antitrust* ispirata al criterio di efficienza: quello, più propriamente giuridico, che impone che gli organi preposti alla tutela della concorrenza siano funzionalmente e strutturalmente idonei a conseguire l'obiettivo loro affidato dal legislatore. Ci si deve chiedere, in altri termini, se le autorità *antitrust* così come sono attualmente configurate rispondano ad un criterio di efficienza della struttura e cioè se esse sono potenzialmente idonee a porre in essere un efficace intervento antitrust e se dispongano dei poteri necessari per farlo, prescindendo, dai criteri valutativi che devono essere adottati in sede di valutazione delle fattispecie concreta, e tornando perciò a quel concetto di efficienza giuridica trattato nel secondo capitolo.

Sotto questo profilo il Reg. 1/2003 ha incentivato le autorità degli Stati membri a rispettare quei requisiti di neutralità e competenza che costituiscono un presupposto necessario ad un adeguato svolgimento della loro *mission* istituzionale. Così come, a livello più generale, il diritto comunitario ha favorito lo sviluppo del modello delle autorità indipendenti nell'Europa continentale; un modello che, seppur con i suoi limiti, si presta meglio a garantire il rispetto del criterio di efficienza da parte degli organi *antitrust*.

E peraltro questo processo non è univoco né definitivo, bensì vive fasi altalenanti, così come abbiamo visto con riferimento al caso italiano. Né l'armonizzazione raggiunta è tale per cui le autorità degli Stati membri hanno gli

stessi poteri, gli stessi rapporti con l'autorità governativa e adottano gli stessi criteri di valutazione; al contrario sussistono peculiarità che rendono diverso il grado di efficienza dei sistemi nazionali competenti, tra l'altro, ad attuare la disciplina comunitaria.

D'altra parte il modello costituito dalla Commissione Europea, l'autorità *antitrust* comunitaria, non è replicabile né esente da critiche: la Commissione, infatti, rappresenta il Governo dell'Unione Europea e come tale non può ovviamente costituire un esempio di autorità indipendente e neutrale recepibile da parte degli Stati membri. Ciò anche a prescindere dalla questione della sua legittimazione, che in questa sede non affrontiamo.

Un ulteriore aspetto dell'attività delle autorità *antitrust* di cui dare conto è quello quantitativo: il nuovo approccio introdotto dal Reg.1/2003 ha determinato una netta diminuzione delle azioni promosse nei confronti di presunte intese restrittive della concorrenza da parte della Commissione, che, dall'inizio degli anni Novanta a oggi sono passate da circa 800 casi all'anno ai circa 400 attuali. Questo calo, peraltro è anche dovuto alla nuova presunzione di legalità delle intese verticali, sancita dal Reg. 2790/99, il quale, sebbene determini una liceità *per se* di molte intese che meriterebbero analisi più approfondite, ha rappresentato altresì il riconoscimento dei notevoli incrementi di efficienza che le intese verticali sono suscettibili di generare. In aggiunta, anche se con modalità diverse e intensità inferiore, nel campo delle intese orizzontali sono state riconosciute le esigenze di efficienza dettate dalla sempre maggiore dimensione minima e, in termini dinamici, dall'innovazione tecnologica.

Al calo dei casi di intese restrittive ha fatto da contraltare il notevole aumento delle operazioni di concentrazione notificate alle autorità comunitarie e degli Stati membri e una maggiore attenzione dedicata dagli organi *antitrust* a tale fattispecie, che, lo ricordiamo, fino al 1989, non era esplicitamente definita dal diritto comunitario. Ciò è dovuto al fenomeno in atto ormai da parecchi anni, di concentrazione del potere economico attuato spesso, appunto, mediante la fusione tra imprese (da ciò la locuzione *merger wave* utilizzata frequentemente nella

letteratura<sup>704</sup>); un fenomeno che trova spiegazione principalmente nella progressiva globalizzazione dei mercati e nella conseguente creazione di un mercato internazionale, atto a creare le premesse di un'azione imprenditoriale su scala più ampia che richiede, tra l'altro, una più diffusa massimizzazione dell'efficienza da parte delle imprese, meno protette rispetto al passato dalle legislazioni nazionali e contestualmente esposte ad un più ampio ventaglio di concorrenti.

In questo contesto concentrarsi non necessariamente sottrae chi lo fa alla concorrenza, ma al contrario può consentire di produrre significativi incrementi di efficienza e rendere così ancora più intensa la concorrenza stessa. In questo senso l'analisi delle decisioni delle autorità *antitrust* evidenzia il nuovo approccio che esse assumono nella valutazione delle concentrazioni rispetto alla valutazione delle intese orizzontali proprio in considerazione di tali aspetti e dell'ormai avvenuto recepimento delle teorie della Scuola di Chicago: negli ultimi anni l'attività di messa in opera delle norme in materia di concentrazioni non ha quasi mai portato alla statuizione di divieti, trovando nei casi più problematici una composizione tra le esigenze concorrenziali e quelle di efficienza, attraverso l'imposizione di condizioni e di impegni alle imprese coinvolte cui l'autorizzazione delle autorità viene subordinata.

E tuttavia tale metodo, definitivamente acquisito, sembra migliorabile; esso in particolare potrebbe essere integrato e ampliato nel prossimo futuro attraverso il recepimento di altre questioni sorte sia nell'ambito della teoria economica più evoluta, sia in quello della dottrina giuridica, in relazione, rispettivamente, agli effetti conglomerati e di potenziale collusione con gli altri operatori dell'impresa risultante fusione, e alla messa in discussione della democraticità di ordinamenti dove la sovranità delle istituzioni è messa in discussione dal potere economico delle grandi imprese transnazionali.

Ancora, nella maggior parte dei casi la crescente applicazione delle teorie economiche da parte delle autorità esaminate è rimasta a un livello astratto, senza porre la dovuta attenzione alle specificità dei mercati rilevanti né tantomeno alle dinamiche interne alle singole imprese, con particolare riferimento alla loro capacità

---

<sup>704</sup> R.G. Parker, D.A. Balto, *The evolving approach to merger remedies*, in *Antitrust Report*, Maggio 2000, p. 39.

di rendere effettivi i guadagni di efficienza individuabili a livello potenziale, così come prescrive la più recente teoria economica applicata al diritto *antitrust*.

## **9.2 La concorrenza e l'efficienza economica nel settore dei trasporti quali fattori critici per lo sviluppo economico.**

L'approccio proposto, che definisce l'efficienza con riferimento al caso concreto e considera rilevanti le specificità del mercato in cui si verifica la fattispecie concreta, implica che la valutazione dell'attività *antitrust* non possa prescindere dal settore in cui le imprese coinvolte operano. Per questa ragione è stato svolto un esame circoscritto al settore dei trasporti per valutare se e in che modo l'attività delle autorità *antitrust* tenesse conto delle sue specificità, laddove il motivo per cui è stato scelto il comparto trasportistico risiede sia nel fatto che in esso l'esigenza di efficienza si intreccia ripetutamente con quella di tutela della concorrenza, sia per la sua importanza ai fini di uno sviluppo equilibrato del sistema economico alla luce del fenomeno della globalizzazione.

Per quanto riguarda infatti la rilevanza del settore in relazione al criterio di efficienza essa è sottolineata dal fatto che gli incrementi di efficienza realizzati nel settore dei trasporti si riverberano su tutti gli altri comparti dell'economia poiché il livello dei prezzi di praticamente tutti i beni presenti sul mercato risente della componente rappresentata dai costi di trasporto.

E allo stesso modo è rilevante la promozione di un mercato concorrenziale laddove per decenni l'attività di trasporto in Europa è stata spesso svolta in regime concessorio (ossia in condizioni di concorrenza "per il mercato", ma non "nel mercato"), talvolta in regime di riserva legale, e quasi sempre in presenza tariffe amministrative.

Inoltre, le specificità con cui le leggi economiche si applicano al settore dei trasporti e ai vari comparti in cui esso si articola rappresentano un esempio emblematico della necessità di ricorrere all'approccio postulato dalle teorie Post-Chicago per poter correttamente valutare gli effetti delle fattispecie concrete. In questo senso si giustifica il particolare trattamento normativo riservato inizialmente al settore, nonché l'attuale ampio utilizzo dell'*essential facility doctrine* in sede applicativa.

Dall'analisi condotta sono emersi sotto il profilo economico due aspetti rilevanti, oltre al perdurante ritardo con cui il processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario che limita fortemente l'intervento *antitrust* nel comparto, ma che esula dalla competenza delle stesse autorità *antitrust*.

Il primo consiste nella spesso troppo rigida separazione tra comparti adottata dalle autorità: abbiamo sottolineato, infatti, come sia ormai prassi comune affidare il trasporto di cose ad un unico soggetto economico anche se coinvolgente modalità diverse (c.d. trasporto multimodale); conseguenza di tale approccio è che alle autorità *antitrust* tendono a sfuggire gli eventuali incrementi di efficienza resi possibili dalla multimodalità.

Il secondo è l'estensivo ricorso all'*essential facility doctrine* nelle fattispecie riguardanti infrastrutture portuali e aeroportuali: la massimizzazione dell'efficienza dinamica consiglierebbe in questi casi una maggiore cautela, in quanto si tratta di un paradigma che, una volta applicato, disincentiva la duplicazione e l'ampliamento di tali infrastrutture autoalimentandone il carattere di essenzialità. Ciò soprattutto laddove queste infrastrutture possono essere sostituite o duplicate piuttosto facilmente da un punto di vista tecnico (meno da un punto di vista economico e giuridico), essendo esse nodi e non reti.

E' stata infine sottolineata l'inadeguatezza della dimensione nazionale e comunitaria delle autorità competenti rispetto a comportamenti di impresa che con riferimento ai trasporti marittimi ed aerei hanno effetti letteralmente globali. E' di tutta evidenza che le autorità comunitarie e tantomeno quelle nazionali non sono da sole in grado di condurre le analisi quantitative necessarie ad una valutazione di tali condotte ispirata a un criterio di efficienza che tenga conto degli effetti di lungo periodo della fattispecie concreta. Né tali autorità sono sufficientemente neutre rispetto alla nazionalità delle imprese indagate per poter giudicare sulla liceità o meno della condotta in questione senza considerare gli effetti della loro decisione sull'economia interna, rendendo così ancora più improbabile un corretto utilizzo del criterio di efficienza.

Si tratta quest'ultima di una questione che non riguarda solo l'ambito dei trasporti e che abbraccia sia questioni economiche che giuridiche. Conseguentemente

essa merita ulteriore approfondimento e per questo motivo sarà affrontata più ampiamente nel prossimo paragrafo ad essa dedicato.

### **9.3 La rilevanza della questione dell'efficienza nell'intervento antitrust alla luce dei mutamenti economici e istituzionali indotti dalla globalizzazione**

Quanto appena affermato deve essere collocato nel contesto nel quale si trovano oggi ad operare le politiche *antitrust* è sicuramente molto diverso da quello nel quale ebbero origine. La principale fonte di cambiamento, in questo senso, è data dal formidabile ampliamento delle libertà per le imprese a livello di produzione e di commercio di beni e servizi che il fenomeno della globalizzazione ha consentito. Inoltre le tecniche dell'organizzazione industriale e le innovazioni tecnologiche hanno reso possibili miglioramenti qualitativi, innovazioni e riduzioni di prezzo in precedenza impensabili.

Il fenomeno della globalizzazione ha sicuramente aperto la strada nel contesto sia europeo che internazionale ad un commercio libero di svolgersi nell'ambito di uno spazio economico senza barriere, favorendo così lo sviluppo sia dell'efficienza che della concorrenza: non solo, lo ribadiamo, nel senso di una maggiore efficienza degli operatori privati che si sono trovati di fronte a una concorrenza su scala mondiale, ma anche in termini di idoneità delle autorità pubbliche competenti a esercitare le funzioni loro attribuite dall'ordinamento entro il quale operano.

Peraltro le accresciute dimensioni delle imprese che in tale ambiente globale sono riuscite ad emergere permettono loro, più che in passato, di abusare del loro potere economico ponendo in essere comportamenti potenzialmente lesivi della concorrenza e quindi rilevanti a fini *antitrust*. La globalizzazione non attenua quindi le motivazioni sottese all'esistenza di una disciplina antitrust; al contrario si continua quindi a rendere necessario, seppure su basi e su scala diversa, il ricorso a strumenti di tutela della concorrenza volti a sanzionare le condotte delle imprese aventi effetti distorsivi della stessa.

In particolare il fenomeno della globalizzazione ha determinato anche a livello *antitrust* la creazione di un unico mercato geografico rilevante in molti settori, tra i quali quelli a più elevata innovazione tecnologica, quali l'elettronica e le telecomunicazioni, dove ormai operano solo poche grandi imprese transnazionali:

dimensioni che pongono evidentemente problematiche nuove alle autorità preposte all'applicazione delle norme *antitrust* che si trovano di fronte a casi di comportamenti potenzialmente anticoncorrenziali che producono effetti contemporaneamente in diversi continenti e su mercati diversi da quelli in cui la condotta incriminata è stata posta in essere.

A ciò si accompagna la difficoltà di localizzare imprese che forniscono servizi o comunque beni immateriali, e che spingono all'estremo la propria ubiquità attraverso un uso esclusivo della rete Internet quale canale commerciale e come veicolo per le transazioni finanziarie.

Di qui la palese asimmetria tra il microcosmo delle giurisdizioni degli Stati membri, e, in misura minore, comunitaria, nelle quali le autorità preposte a far valere le regole di tutela della concorrenza trovano il limite della loro competenza territoriale, e il macrocosmo rappresentato dalla dimensione globale dei mercati e degli effetti dei comportamenti economici<sup>705</sup>.

Sempre più si verificano casi in cui nessuna autorità è in grado di intervenire, o quanto meno di farlo in maniera adeguata, davanti ad operazioni che vanno al di là dei confini europei, e, all'estremo opposto, casi in cui più autorità si contendono la giurisdizione sulla stessa fattispecie, ovvero, applicando entrambi la loro disciplina di riferimento, danno luogo a inutili duplicazioni.

In questo contesto si innesta il comportamento strategico delle imprese transnazionali che, al fine di sfruttare a proprio vantaggio le frizioni tra i diversi ordinamenti e tra le rispettive autorità antitrust, pongono in essere condotte ed operazioni suscettibili di trovare collocazione in un ordinamento dove la disciplina della concorrenza è meno rigorosa ovvero la cui applicazione è meno severa che altrove.

L'applicazione del concetto di efficienza imporrebbe pertanto di concepire autorità *antitrust* del tutto nuove, sganciate quanto più possibile dall'elemento territoriale, in grado di elaborare regole e *standards* minimi comuni e di permettere

---

<sup>705</sup> La spiegazione di questa asimmetria è stata sinteticamente, ma compiutamente espressa da Eleanor Fox, che scrive: "Economic laws are national, yet economic problems transcend national boundaries. Because of spill-over, nationalism, lack of vision as wide as markets, national law may be a poor fit for transnational problems" (E. M. Fox, *Global problems in a world of national law*, in *New England Law Review*, 34, 1999, p. 11).

il controllo dei comportamenti di impresa in un contesto ampliato rispetto al tradizionale mercato unico, nonché ai singoli mercati nazionali.

In quest'ottica una possibile soluzione è costituita da un maggiore coordinamento tra le autorità preposte, attraverso intese bilaterali<sup>706</sup>, che possono comportare, a seconda dell'intensità del coordinamento, lo scambio di informazioni, la reciproca assistenza, fino all'istruttoria di casi in comune ovvero accordandosi su quale delle autorità si trovi nella migliore posizione per investigare<sup>707</sup>. Quest'ultima fase comporta evidentemente l'accettazione reciproca dei rispettivi criteri valutativi adottati, posta la similarità tra le normative. Tuttavia, anche laddove vi sia cooperazione tra autorità le differenze tra ordinamenti costituiscono pur sempre un notevole ostacolo per lo sviluppo di un'applicazione coordinata della disciplina della concorrenza. Se si confronta ad esempio la disciplina della concorrenza comunitaria con quella statunitense, è evidente come esse si siano formate su basi nettamente diverse, limitando così gli effetti della cooperazione bilaterale.

Da questo punto di vista si rileva comunque il progressivo avvicinamento tra le culture della concorrenza esistenti in Europa e negli Stati Uniti. A supporto di tale affermazione sottolineiamo come le ultime Linee Guida in materia di concentrazioni elaborate dalla Commissione Europea<sup>708</sup> che, come abbiamo visto diffusamente, ammettono la c.d. *efficiency defense* come fattore rilevante da utilizzare nella

---

<sup>706</sup> Il primo accordo formale sulla disciplina della concorrenza è stato stipulato tra gli Stati Uniti e la Germania nel 1976 (*Agreement relating to mutual cooperation regarding restrictive business*). Per quanto riguarda la Commissione Europea e il governo degli Stati Uniti, il primo accordo risale al 1991 (*Accordo tra le Comunità Europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza*, in GUCE L 95 del 27 aprile 1995), mentre l'ultimo accordo risale al 1998 (*Accordo tra le Comunità Europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'utilizzazione dei principi della comitas gentium attiva nell'applicazione del loro diritto della concorrenza*, in GUCE L 173 del 18 giugno 1998). Quest'ultimo accordo ha introdotto il principio di *positive comity* che, permettendo che un'autorità di uno Stato inneschi un procedimento amministrativo condotto da una autorità di uno Stato diverso, consente di contrastare più efficacemente le attività con effetti anticoncorrenziali in diversi ordinamenti e, in secondo luogo, evitare la duplicazione

<sup>707</sup> E' questo ad esempio il metodo adottato nel caso *Amadeus*, avente ad oggetto il i sistemi informatici di prenotazione di proprietà di alcune compagnie aeree europee. Benchè la denuncia provenisse da una compagnia aerea statunitense, il DOJ ritenne che la Commissione Europea fosse nella migliore posizione per investigare su tale condotta e conseguentemente invitò quest'ultima ad investigare sulla base delle regole di tutela della concorrenza comunitarie (US Department of Justice Press Release, *Justice Department asks European Communities to investigate possible anticompetitive conduct affecting US airlines' computer reservation system*, Washington, 28 aprile 1997).

<sup>708</sup> Commissione Europea, *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del Regolamento del Consiglio relativo al controllo della concentrazioni tra imprese*, cit., par. 76.

valutazione delle fusioni, riprendano sostanzialmente il contenuto delle *Horizontal Merger Guidelines* statunitensi. Ciò, unitamente all'introduzione con l'accordo del 1998 del principio di *positive comity*<sup>709</sup>, peraltro applicato in rare occasioni, costituisce un necessario presupposto ad un reciproco riconoscimento delle decisioni prese dalle rispettive autorità, le quali rappresentano, lo ricordiamo i principali attori *antitrust* a livello mondiale.

Un'altra soluzione è quella dell'estensione unilaterale da parte delle autorità delle norme di concorrenza nazionali o della propria giurisdizione: questa è la risposta finora generalmente adottata dagli Stati Uniti e dall'Unione Europea, giustificata a livello giuridico dalla c.d. "teoria degli effetti", secondo la quale le autorità sono competenti ad esaminare qualunque fattispecie produca effetti all'interno della propria giurisdizione, indipendentemente dalla nazionalità delle imprese coinvolte. Questa soluzione tuttavia, oltre a presentare il difetto dell'unilateralità, spesso non è efficace in quanto non permette di sanzionare effettivamente le imprese eventualmente responsabili di aver posto in essere una condotta anti-concorrenziale.

Un'ulteriore alternativa è infine costituita dall'armonizzazione normativa, ossia dalla creazione di una disciplina *antitrust* uniforme applicata da autorità costituite presso istituzioni riconosciute a livello mondiale, quale l'ONU. Questa ipotesi permetterebbe alle autorità pubbliche di avere gli strumenti giuridici per svolgere la propria funzione anche in presenza della dilatazione geografica dei mercati e dell'immaterialità di molti rapporti economici.

Tuttavia, e anche qui entrano in gioco i criteri di valutazione, sarebbe necessaria una poderosa armonizzazione anche in sede applicativa, al fine di non rendere del tutto aleatori i principi valutativi delle fattispecie che sarebbero via via analizzate da tale ipotetica autorità. Anche perché il più delle volte non solo gli atti normativi che promanano da organizzazioni internazionali e sopranazionali devono essere esplicitamente recepiti dai diversi ordinamenti aderenti all'organizzazione in questione, ma anche l'esecuzione delle decisioni adottate da tali organizzazioni (inclusa l'Unione Europea) è generalmente di competenza degli apparati pubblici nazionali, poiché i poteri internazionali e sovranazionali non dispongono, di norma,

---

<sup>709</sup> V. *supra* nota 682.

di strutture periferiche aventi compiti di esecuzione diretta. Prova ne sono le difficoltà e gli ostacoli incontrati dal percorso di armonizzazione già intrapreso a livello comunitario che, come abbiamo visto con riferimento alla disciplina della concorrenza, non impedisce tuttora alle normative nazionali degli Stati membri di presentare significative differenze e alle autorità *antitrust* nazionali di attuare la norma utilizzando criteri valutativi non sempre uniformi.

E' invece forse possibile armonizzare progressivamente una parte dei criteri di valutazione, cominciando da pochi e essenziali concetti e principi comuni volti ad identificare quali tra i comportamenti autonomamente decisi dagli operatori economici siano da considerare restrittivi della concorrenza, e dove sia possibile ammettere una difesa basata sull'efficienza.

In tale direzione un primo passo è stato compiuto dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo Economico (OCSE) nel tentativo di promuovere un graduale avvicinamento nella terminologia e nella cultura in materia di concorrenza, includendo tra gli oggetti dell'avvicinamento anche il principio di efficienza<sup>710</sup>. Più recentemente è stato istituito l'International Competition Network (ICN), il primo *transgovernmental network* dedicato esclusivamente alla tutela della concorrenza, finalizzato a coordinare i diversi sistemi amministrativi nazionali *antitrust* e a conseguire “un più ampio grado di armonizzazione delle normative antitrust e dell'interpretazione dei principi basilari”<sup>711</sup>, limitando così i contrasti tra autorità e realizzando istruttorie tra loro integrate e quindi più efficaci.

In senso opposto è andata invece la Conferenza interministeriale di Cancun nell'ambito del WTO al termine della quale gli Stati presenti non hanno trovato l'accordo proprio sulla concorrenza, oltre che su altre materie<sup>712</sup>, dimostrando come la tutela della concorrenza sia ancora un campo in cui gli Stati, e per quanto ci riguarda l'Unione Europea, tentano di mantenere nella propria orbita di competenza.

Il processo di armonizzazione a livello globale è evidentemente difficile e il quadro che attualmente viene formato è ancora confuso e incompleto. Da questi

---

<sup>710</sup> OECD, *Competition policy and efficiency claims in horizontal agreements*, Parigi, 1996.

<sup>711</sup> D. Agus, *Una global governance della concorrenza?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, p. 373.

<sup>712</sup> L. G. Radicati di Brozolo-S. Bertini, *La tutela della concorrenza nel mercato globale: una valutazione dopo la Conferenza di Cancun*, in *Antitrust e globalizzazione: Atti del Convegno svoltosi a Courmayeur il 19-20 settembre 2003*, Milano, 2004, p. 64 ss.

sparsi segnali, tuttavia, è forse possibile intravedere da questi sparsi segnali i lineamenti di una futura *global governance* della concorrenza che si va lentamente delineando e che permetterà effettivamente di incrementare l'efficienza di un sistema, quello *antitrust*, che tanto più piccolo è l'ambito in cui opera quanto più si sta dimostrando inadeguato a svolgere il compito affidatogli. In questo senso, peraltro, solo il futuro ci consentirà di verificare la direzione di sviluppo di questi segnali.

## BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Economia e società negli Stati Uniti tra Ottocento e Novecento*, Firenze, 1976
- AA. VV., *Report by the economic advisory group for competition policy on "An economic approach to article 82"*, in <http://europa.eu.int/comm/competition/index.it>
- AA. VV., *Atti del Convegno "Le nuove regole della concorrenza"*, Roma, 3 luglio 2003
- AA. VV., *Antitrust e globalizzazione: Atti del Convegno svoltosi a Courmayeur il 19-20 settembre 2003*, Milano, 2004
- AA. VV., *Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, Giuffrè 2005
- AA. VV., *Loyalty and fidelity discounts and rebates*, in *OECD Journal of competition law and policy*, Vol. 5 nr. 2, 2003. p.170 ss
- AA. VV., *The efficiency defence and the European system of merger control*, Bruxelles, 2004
- AA. VV., *Handbook of Maritime Economics and Business*, London, 2002
- P. Aghion et al., *Competition and innovation: an inverted U relationship*, Cambridge, Working Paper 9.269, 2002
- D. Agus, *Una global governance della concorrenza?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, p. 345-387
- G. Akerlof-J. Yellen, *Efficiency wage models of the labor market*, Cambridge, 1986
- D. J. Aigner e S. F. Chu, *On estimating the industry production function*, in *American Economic review*, 1968, 4, p. 826-839
- D.J. Aigner. et al., *Formulation and estimation of stochastic frontier production function models*, in *Journal of econometrics*, 1977, 1, p. 21-37
- U. Allegretti, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1999
- U. Allegretti, *L'amministrazione in una prospettiva di revisione costituzionale*, in U. Allegretti, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996.
- L. Ammannati (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1998
- A. Amorth, *Il merito amministrativo*, Milano, 1939

- A. Andreani, *Principi costituzionali ed "europeizzazione dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.* 1997, p. 537 ss
- A. Andreani, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979
- P. Areeda-D. Turner, *Predatory pricing and regulated practices under section 2 of the Sherman Act*, in *Harvard Law Review*, 88, 1975, p. 697 ss
- L. Arnaudo, *L'efficienza nel nuovo controllo comunitario delle concentrazioni*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2005, 1, p. 64 ss
- K. Arrow, *Economic welfare and the allocation of research for invention*, Princeton, 1962
- K. Arrow, *Little's critique of welfare economics*, in *American Economic Review*, 1951, 41, p. 923 ss
- Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, Roma, 1996
- V. Bachelet, *L'attività tecnica della P.A.*, Milano, 1967
- W. Baden Fuller, *Economic issues relating to property rights*, in *European law review*, 1981, p. 162 ss
- J. Baker, *Identifying cartel policy under uncertainty: the U.S. steel industry*, in *Journal of law and economics*, 1989, 32, p. 547-576
- G. Barone, *L'intervento nel privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969
- S. Bastianon, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano, 2005
- W. Baumol, *Contestable markets and the theory of industry structure*, Harcourt, 1982
- W. Baumol, *Predation and the logic of the average variable cost test*, in *Journal of law and economics*, 39, p. 49-72
- J. M. Beneyto Perez-J. M. Gonzalez Orus, *Tratado de derecho de la competencia: Union Europea y Espana*
- C. Bentivogli-S. Trento, *Economia e politica della concorrenza*, Roma, 2005
- F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994

- A. Bergantino - A. Veenstra, *Interconnection and Co-ordination: An Application of Network Theory to Liner Shipping*, in *International Journal of Maritime Economics*, 2002, 4, pp. 231-248
- I. Berlin, *Due concetti di libertà*, Milano, 2000
- G. Bernini, *Un secolo di filosofia antitrust*, Bologna, 1991
- M. A. Bernstein, *Regulating business by independent commissions*, Princeton, 1985
- S. Berry, J. Levinsohn and A. Pakes, *Automobile prices in market equilibrium*, in *Econometrica*, 1995, 63, p. 841-850
- P. Bianchi, *Le politiche industriali dell'Unione Europea*, Bologna, 1995
- S. Bishop-M. Walker, *The economics of EC Competition Law*, London, 2002
- R. Bettini, *Il principio di efficienza in scienza dell'amministrazione*, Milano, 1968
- T. F. Bewley (a cura di), *Advances in economic theory*, Cambridge, 1993
- J. Black, Voce "efficiency", in *A Dictionary of Economics*, Oxford University Press, 2002
- P. Bolton et al., *Predatory pricing: strategic theory and legal policy*, in *Georgetown Law Journal*, 88, 2000, p.257-265
- R. Bork, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, New York, 1978
- R. Bork, *The rule of reason and the per se concept: price fixing and market division*, in *Yale Law Journal*, 1966, p. 373 ss
- D. Brault, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, Paris, 2004
- D. Brault, *Droit de la concurrence comparé*, Paris, 1995
- K. Brueckner-T. Whalen, *The price effect of international airline alliances*, in *Journal of law and economics*, 10, 2000, p. 3 ss
- K. Brueckner, *International airfares in the age of alliances: the effects of code sharing and antitrust immunity*, in *The review of economics and statistics*, 85, 2003, p.105 ss
- J. Buchanan, *Il patto costituzionale*, Bologna, 1967
- O. Budzinsky-K. Wacker, *The prohibition of the proposed Springer-Prosiebensat: how much economics in German merger control*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2007, 3, p. 281 ss
- P. Buigues et al. (a cura di), *European policies on competition, trade and industry: conflict and complementarities*, Elgar, 1995

- G. Calabresi, *The pointlessness of Pareto: carrying Coase further*, in *Yale law journal*, 1991, 100, p. 1211 ss
- P. Calamandrei-A. Levi, *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, Firenze, 1950
- E. Cannada-Bartoli, voce *Interesse (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., vol. XI, pag. 453 ss
- V. Carullo, *Costituzione della Repubblica italiana: lavori preparatori*, Bologna, 1950
- M. Casanova-M.Brignardello, *Diritto dei trasporti*, Milano, 2004
- A. Cassese, *I garanti delle regole*, Bologna, 1999
- S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, p. 17-41
- S. Cassese, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 10, 1995, p. 373 ss
- S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2002, p. 271 ss
- I. Castrillo-D. Stadler, *An introduction to the economics of information*, Oxford, 1997
- B. Cavallo, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, Milano, 2005
- R. E. Caves – D. R. Barton D.R., *Efficiency in U.S. manufacturing industries*, Cambridge, 1990
- E. H. Chamberlin, *The theory of monopolistic competition*, Cambridge, 1969
- A. D. Chandler, *Dimensione e diversificazione*, Bologna, 1994
- E. Chiti (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007
- M. P. Chiti, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, p. 505 ss
- A. Cimmino, *La programmazione organizzativa*, Milano, 1964
- M. Clarich, *Autorità indipendenti*, Roma, 2005
- J. M. Clark, *Towards a concept of workable competition*, in *American Economic Review*, 30, 1940, p. 241ss

- L. Cohen Tanugi et al., *La pratique communautaire du controle des concentrations: analyses juridique, economique et comparative: Europe, Etats Unit, Japon*, Bruxelles, 1995
- R. Coase, *The problem of social costs*, in *Journal of Law and Economics*, 1960
- R. Coase, *The nature of the firm*, in *Economica*, 1937
- S. Cognetti, *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, in *Rivista Trimestrale Diritto Pubblico*, 1990, I, 94 ss
- W.S. Comanor e H. E. Frech, *The competitive effect of vertical agreements*, in *American economic review*, June 1985, p. 539-546
- G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999
- A. Cournot, *Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses*, Paris, 1838.
- P. Crocioni, *Defining airlines markets: a comparison of the U.S. and E.U experiences*, in *The Antitrust Bulletin*, Spring 2000, p.3 ss.
- K. J. Cseres, *Competition law and consumer protection*, Den Hague, 2005.
- A. Cucinotta et al., *Post Chicago developments in antitrust law*, New York, 2001
- G. D'Alessio, *Il buon andamento dei pubblici uffici*, Ancona, 1993.
- R. D'Amico in *Manuale di scienza dell'amministrazione*, Roma, 1992.
- G. Debreu, *The coefficient of resource utilization*, in *Econometrica*, 3, 1951, p. 273-292.
- F. Denozza, *Norme efficienti*, Milano, 2002.
- G. Di Federico-P. Manzini, *A law and economics approach to the new antitrust enforcing rules*, in *Erasmus Law and economics review*, June 2004, p. 143 ss.
- A. Downs, *Teoria economica della democrazia*, Bologna, 1988.
- N. Dutilh (a cura di), *Dealing with dominance: the experience of the national competition authorities*, The Hague, 2004.
- R. Edgeworth, *The pure theory of monopoly*, London, 1925.
- E. Elhauge *Why above-cost price cuts of drive out entrants are not predatory*, in *The Yale law journal*, 112, 2003, p. 682 ss.
- D. Evans, *The new trustbusters: Washington and Brussels may part ways*, in *Foreign Affairs*, 2002, p.14 ss.

- D. Fabbri-R. Fazioli-M. Filippini, *L'intervento pubblico e l'efficienza possibile. Strumenti di analisi e politiche economiche per una burocrazia più efficiente*, Bologna, 1996.
- G. Falcon (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Milano, 2005.
- R. Fare, Grosskopf e K.C.A. Lovell, *Production frontiers*, Cambridge, 1994.
- M. J. Farrell, *The measurement of productive efficiency*, in *Journal of the royal statistical society, Serie A, General*, 1957, 3, p. 253-281.
- G. Federico, *When are rebates exclusionary?*, in *European competition law review*, 2005, p. 478-480.
- M. Feldstein, *Economic analysis for health service efficiency: economic studies of the British National health service*, Amsterdam, 1967.
- G. Ferrero, *Impresa e management*, Milano, 1987.
- P. Ferro-Luzzi, *L'impresa*, Roma, 1985.
- S. Fois, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, 1973, p. 659 ss.
- E. M. Fox, *Global problems in a world of national law*, in *New England Law Review*, 34, 1999, p. 3 ss.
- C. Franchini, *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. Trim. di diritto pubblico*, 2002, p. 659 ss.
- J. O. Freedman, *Crisi and legitimacy. The administrative process and the American government*, Cambridge, 1978.
- A. Frignani-M. Waelbroeck, *La disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996.
- D. Fudenberg and J. Tirole, *Game theory*, London, 1991.
- F. Furet-D. Richet, *La rivoluzione francese*, Bari, 1995.
- M. Furse, *Competition law of the UK and EC*, London, 2004.
- M. Fusillo, *Excess capacity and entry deterrence*, in *Maritime Economics and Logistics*, 2003, 5, p 3 ss.
- F. Galgano, *Associazioni non riconosciute e comitati*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca (art. 36-42)*, Bologna, 1976.
- F. Galgano, *L'imprenditore*, Bologna, 1970.

- F. Gasmi, J. Laffont and Q. Vuong, *Econometric analysis of collusive behavior in a soft drink market*, in *Journal of economic and management strategy*, 1992, 1, p. 277-311.
- U. M. Gassner, *L'europizzazione del Kartellrecht tedesco*, in *Rivista delle società*, 1999, II, p. 1199 ss.
- D. Gerardin et al., *The concept of Dominance*, in *GCLC Research papers on article 82 EC*, 2005.
- D. Gerardin, *Price discrimination under EC competition law*, in *Journal of competition law and economics*, 2006, p. 1 ss.
- D.J. Gerber, *Constituzionalizing the economy: German neo-liberalism, competition law and the "new" Europe*, in *American Journal of Competition Law*, 25, 1994, p. 42 ss.
- M.S. Giannini in *Diritto amministrativo*, Milano, 1988.
- M. S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981.
- M.S. Giannini, *Rapporto al Parlamento sui principali problemi della Pubblica Amministrazione*, Roma, 1979.
- M. Giordano, *La concorrenza difficile: i servizi di handling nel settore aeroportuale*, in *Il foro italiano*, 2000, p. 2810-2816.
- G. Giraudi-M.S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti*, Bari, 2001.
- R. Girault, *Le religioni orientali*, Vicenza, 1997.
- F. Gobbo, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 1997.
- G. Goisis-A. Dell'oro, *Efficacia ed efficienza nel sistema sanitario*, Milano, 1989.
- C. Golino, *Enti non profit, attività di impresa e concorrenza*, in *Riv. trim. di diritto pubblico*, 2006, 3, p. 817 ss.
- A. Harberger, *Monopoly and resource allocation*, in *American Economic Review*, 44, p. 77 ss.
- O. Hart, *Imprese, contratti e struttura finanziaria*, Milano, 1987.
- F.A. Von Hayek, *The use of knowledge in society*, in *American economic review*, 1945, 35, p. 519-530.
- F.A. Von Hayek, *Conoscenza, competizione e libertà*, Catanzaro, 1998.
- F. A. Von Hayek, *The constitution of liberty*, New York, 1960.

- J. R. Hicks, *The foundations of welfare economics*, in *Economic Journal*, 49, 1939, p. 696 ss.
- J. R. Hicks, *The four consumer surpluses*, in *Review of economic studies*, 1943, 11, p. 31 ss.
- L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 299 ss.
- D. Ielo, *L'analisi di impatto della regolazione*, in *Amministrare*, 2, 2005, p. 298 ss.
- F. Julien, *Trattato sull'efficacia*, Torino, 1998.
- R. Juso, *Il così detto vizio di efficienza dell'azione amministrativa*, in *Riv. Amm.*, 1967, p. 421 ss.
- N. Kaldor, *Welfare proposition in economics and interpersonal comparison of utility*, in *Economic Journal*, 49, 1939 p. 549 ss.
- A. Kamerschen, *An estimation of welfare losses from monopoly in the American economy*, in *Western economic journal*, 4, 1997, p. 221 ss.
- C. Kaysen and D. F. Turner, *Antitrust policy, an economic and legal analysis*, Boston, 1959.
- H. Kelsen, *Teoria del diritto e dello Stato*, Milano, 1966.
- W. E. Kovacic and C. Shapiro, *Antitrust policy: a century of economic and legal thinking*, in *Journal of economic perspectives*, 2000, 14, p. 45-46.
- D. Kreps, *Corso di microeconomia*, Bologna, 1993.
- S. C. Kumbhakar-C.A. Knox Lovell, *Stochastic frontier analysis*, New York, 2000.
- A. La Spina-G. Majone, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000.
- J.J. Laffront and J. Tirole, *A theory of incentives in procurement and regulation*, Cambridge, 1993.
- B. Lasserre, *PME et pratiques prohibées en deça du seul de la dominance*, in *Concurrences*, 2, 2007, p. 67 ss.
- P.Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Roma, 2001.
- D. Leahvy e J.P. Neary, *Public policy towards R&D in oligopolistic industries*, in *American economic review*, 87, 1997, p. 642-662.
- F. Ledda, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione. Note sul progetto della commissione "Bicamerale"*, in *Foro amm.*, 1997, p. 3303 ss.

- H. Leibenstein, *Efficienza X e sviluppo economico: una teoria generale*, Torino, 1989.
- A. P. Lerner, *The concept of monopoly and the measurement of monopoly power*, in *Review of economic studies*, 1934, p. 157-175.
- M. Libertini, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2002, I, p. 434 ss.
- M.E. Lockheed-E. Hanushek, *Concept of educational efficiency and effectiveness*, in *Human Resources Development and Operation Policy Working paper*, n. 24, 1994.
- M. Macchia, *L'attività ispettiva dell'amministrazione europea in materia di concorrenza*, in *Riv. Trimesale di diritto pubblico*, 2006, p. 174 ss.
- F. Machlup, *The economics of information and human capital*, Princeton, 1984.
- V. Mangini-G. Olivieri, *Diritto Antitrust*, Torino, 2000.
- J. March-J. Olsen, *Riscoprire le istituzioni. Le basi organizzative della politica*, Bologna, 1992.
- U. Marchese, *Lineamenti e problemi di economia dei trasporti*, Genova, 1996.
- A. Marshall, *Principles of economics*, London, 1920.
- M. Martinez-Lopez, *Commission approves an agreement to improve efficiency of washing machines*, in *Competition policy newsletter*, 1, 2000, p. 5 ss.
- G.F. Mathewson-R.A. Winter, *The competitive effect of vertical agreements: comment*, in *American economic review*, December 1987, 1057-1062.
- Mc Avoy, *The crisis of the regulatory commissions*, New York, 1970.
- Mc Gee, *Predatory price cutting: the Standard Oil case*, in *Journal of law and economics*, 1, 1958, p. 137-169.
- W. Meusen e J. Van den Broeck, *Efficiency estimation from Cobb-Douglas production function with composed errors*, in *International economic Review*, 1977, 18, p. 435-444.
- L. Mercati, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002.
- L. Mezzetti, *Costituzione economica e libertà di concorrenza. Modelli europei a confronto*, Torino, 1997
- P. Milgrom-J. Roberts, *Predation, reputation and entry deterrence*, in *Journal of economic theory*, 27, 1982, p. 280-312.
- L. Von Mises, *L'azione umana: trattato di economia*, Torino, 1959.

- B. M. Mitnick, *The political economy of regulation*, New York, 1980.
- F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, I “vincoli” alla funzione legislativa*, Milano, 1999.
- S. Momigliano e F. Nuti, a cura di, *La valutazione dei costi e dei benefici nell’analisi di impatto della regolazione*, Dipartimento della Funzione Pubblica-Progetto Air, Roma, 2001.
- F. Mosconi (a cura di), *Le nuove politiche industriali nell’Europa allargata*, Parma, 2005.
- M. Motta, *Competition policy*, Oxford, 2004.
- M. Motta, M. Polo, *Antitrust-Economia e politica della concorrenza*, Bologna, 2005.
- F. Munari, *Il diritto comunitario dei trasporti*, Milano, 1996.
- F. Munari, G.M. Roberti, *La disciplina della concorrenza in Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, Torino, 2000.
- R. Natoli *L’abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004.
- P. Negro, *Economicità delle azioni pubbliche: problemi di valutazione*, Milano, 1992.
- W. Nicholson, *Microeconomics theory: basic principles and extension*, New York, 1998.
- A. Nicita-A. Castaldo, *Essential facilities access in Europe: building a test for antitrust policy*, in *Review of law and economics*, 3, 2007, p. 54 ss.
- A. Nicita-V. Scoppa, *Economia dei contratti*, Bologna, 2005.
- S. Nickell, *Competition and corporate performance*, in *Journal of political economy*, 104, 1996, pp. 724-746.
- S. Nickell, D. Nicolitsas, D. Dryden, *What makes firms perform well?*, in *European economic review*, 1998, p.154 ss.
- M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.
- W. Niskanen, *Bureacracy and representative government*, London, 1971.
- R. G. Noll, *Regulatory policy and the social sciences*, Berkeley, 1985.
- G. Norman and M. La Manna, *The new industrial economics*, Cambridge, 1992.
- OECD, *Airline mergers and alliances*, in *OECD Journal of Competition Law and policy*, 2000, p. 4 ss.

- OECD, *Competition policy and efficiency claims in horizontal agreements*, Parigi, 1996.
- A. Ogus, *Regulation – Legal form and economic theory*, Oxford, 1994.
- G. Olivieri et al. (a cura di), *Il diritto delle società*, Bologna, 2000.
- G. S. Olley- A. Pakes, *The dynamics of productivity in the telecommunication equipment industry*, in *Econometrica*, 64, 1996, pp. 1263-1297.
- A. Pappalardo, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2007.
- G. Palmerio et al., *Il sistema delle autorità indipendenti*, Bari, 2006.
- V. Pareto, *Manuale di Economia Politica*, Padova, 1906.
- R.G. Parker, D.A. Balto, *The evolving approach to merger remedies*, in *Antitrust Report*, Maggio 2000, p. 39 ss.
- F. Parisi-V. Smith, *The law and economics of irrational behaviour*, Stanford, 2005.
- F. Parisi, *Scuole e metodologie dell'analisi economica del diritto*, in *Riv. critica di diritto privato*, 2005, p. 394-396.
- V. Pepe, *Il processo di istituzionalizzazione delle autorità indipendenti: l'antitrust*, Milano, 2005.
- A. C. Pigou, *The economic of welfare*, London, 1920.
- R. S. Pindick-D. Rubinfeld, *Microeconomics*, New York, 1998.
- C. Pinelli, Art. 97, in *La Pubblica Amministrazione - Commentario della Costituzione* fondato da G. Branca, Bologna, 1994.
- M. Pirrung, *EU enlargement towards a cartel paradise? An economic analysis of the reform of European competition law*, in *Erasmus Law and economics review*, February 2004, p. 77 ss.
- R. Pitofsky, *Antitrust and intellectual property: unresolved issues at the heart of the new economy*, in *Berkeley tech. law journal*, 2001, p. 535 ss.
- A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007.
- G. Polidori et al., *I trasporti e l'Europa*, Milano, 2006.
- A. M. Polinsky-S. Shavell, *Public enforcement of law*, in *Enciclopedia of Law and economics*, Volume V, Cheltenham, 2000.
- M. Polo, *Price squeeze: lessons from the Telecom Italia case*, in *Journal of competition law and economics*, 2007, 3, p. 453-470.
- R. A. Posner, *Antitrust law: an economic perspective*, Chicago, 1976.

- G. Priest, *L'antitrust negli Stati Uniti e in Europa, l'analisi*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 2002, p. 151 ss.
- L. Prosperetti et al., *Economia e diritto antitrust*, Roma, 2006.
- D. W. Reekie, *Industry prices and market*, New York, 1979.
- S. Reiter, voce *Efficient allocation*, in J. Eatwell, M. Milgate and P. Newman (a cura di), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, London, vol. II, p. 107 ss.
- P. Rey-J. Stiglitz, *The role of exclusive territories in producer's competition*, in *The Rand Journal of economics*, 1991, p. 431-451.
- J. Robinson, *The economics of imperfect competition*, London, 1933.
- A. Romano Tassone, *Sulla formula "Amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di E. Cassetta*, Napoli, 2001.
- G. M. Salerno, *L'efficienza dei pubblici apparati nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2002.
- P. Salin, *La concorrenza*, Catanzaro, 2007.
- L. Saltari, *Stato e mercato nel decreto "Bersani-bis"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 8, 2007, p. 810 ss.
- A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1980.
- A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.
- S. Santoro, *Il vizio di efficienza dell'azione amministrativa*, in *Cons. St.*, 1973, II, p. 1372 ss.
- F. Sarpi, *L'applicazione dell'analisi costi-benefici nell'Air*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, 1, 2002, p. 90 ss.
- F.M. Scherer, *Struttura di mercato, condotta delle imprese e performance*, Milano, 1985.
- F. M. Scherer, *Efficiency fairness and the early contributions of economists to antitrust debate*, in *Washburn Law Review*, 1989, 29, p. 243 ss.
- R. Schmalensee – R. Willig, *Handbook of Industrial Organization*, North-Holland, 1990.
- P. Schmidt, *Managerial incentives and product market competition*, in *Review of economic studies*, 64, pp. 191-213.
- M. Schwartz, *The competitive effect of vertical agreements: comment*, in *American economic review*, December 1987, 1063 ss.

- P. Selznick, *La leadership nelle organizzazioni*, Milano, 1976.
- O. Sepe, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, 1975.
- S. Shavell, *The optimal structure of law enforcement*, in *Journal of Law and economics*, 1993, p. 255 ss.
- J. Shumpeter, *Teoria dello sviluppo economico*, Firenze, 1977.
- J. Shumpeter, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, 1967.
- F. Silva, *Regola dell'efficienza e politica antitrust*, in *Liuc papers n. 48*, 1997.
- H. Simon, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, 1958.
- W. Sjostrom, *Antitrust immunity for shipping conferences: an empty core approach*, in *Antitrust Bulletin*, Summer 1993, p. 35 ss.
- A. Smith, *An inquiry into the nature e causes of wealth of nations*, 1776.
- V. Smith, *Papers in experimental economics*, Cambridge, 1991.
- T. Soames and al., *EC Competition Law and aviation: "cautious optimism spreading its wings"*, in *European Competition Law Review*, 2006, p. 600 ss.
- R. M. Solow, *La teoria della crescita: un'esposizione*, Milano, 1973.
- G. J. Stigler, *The economist as preacher and other essays*, Chicago, 1982.
- A. Stratakis, *Comparative analysis of the US and EU approach and enforcement of the essential facility doctrine*, *E.C.L.R.*, 2006, p. 434 ss.
- C. Sunstein, *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*, 1988.
- Y. Svetiev, *Antitrust governance: the new wave of antitrust*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, Spring 2007, p. 621.
- V. Valli, *Il sistema economico Americano 1945/1977*, Milano, 1979.
- I. Van Bael-F.Basis, *Competition law of the European Community*, Den Hague, 2004.
- R. Van Den Bergh and P. Camesasca, *European competition law and economics*, Intersentia, Antwerpen 2001.
- M. Vatiere, *Pareto-concorrenza e Pareto-efficienza*, in *Siena memos and papers in law and economics*, Simple 34. 2005.
- M. Vatiere, *Valutazione economica degli atti dell'AGCM: una proposta dalla teoria dei giochi*, in *Siena memos papers in law and economics*, 36, 2005.
- P.M. Vipiana Perpetua, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità e irregolarità*, Padova, 2003.

- D. W. Waldo, *The administrative state*, New York, 1948.
- W. Wei - M. Hansen, *Cost economics of aircraft size*, in *Journal of transports economics and policy*, 37, 2003, p.279 ss.
- M.D. Whinston, *Tying, foreclosure and exclusion*, in *American Economic Review*, 80, 1990, p. 837-859.
- R. Whish, *Competition Law*, London, 2001.
- O. Wiliamson, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Milano, 1992.
- O. E. Wiliamson, *Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs*, in *American Economic Review*, 1968, 18, p. 58 ss.
- O. Wiliamson, *Transaction-cost economics: The governance of contractual relations*, in *Journal of law and economics*, 22, 1979, p.143 ss.
- W. P.J. Wils, *The optimal enforcement of EC antitrust law*, The Hague, 2002.
- P. R. Willis, *Introduction to EU competition Law*, London, 2005.
- D. Woods, *Competition and Networks in the Transport Sector*, disponibile in internet nel sito <http://www.iadb.org>.
- R. Zerbe, *Economic efficiency in law and economics*, Cheltenham, 2001.
- R. Zucchetti, M. Ravasio, *Trasporti e concorrenza*, Milano, 2001.
- S.Zunarelli-A. Claroni, *Casi e Materiali di diritto pubblico dei trasporti*, Bologna, 2005.