

Le “intese” nella concorrenza tra imprese: qualche nodo da sciogliere

A cura di Franco Gaboardi

Il diritto della concorrenza rappresenta una situazione giuridica che le realtà nazionali mal digeriscono, soprattutto dopo le forti ripercussioni della crisi finanziaria ed economica sui mercati internazionali. Ma è pur sempre un diritto, tutelato non solo dal recepimento dei legislatori nazionali, ma direttamente dall'Unione Europea, che intende prendersi cura della tutela di molti beni giuridici, tra i quali la protezione dei meccanismi e dell'intera struttura concorrenziale.

Il diritto della concorrenza dà una definizione del termine “impresa” molto più ampio di quello a cui si riferisce l'art. 2082 c.c.; infatti, si fa riferimento esclusivo alla partecipazione agli scambi che abbiano una chiara connotazione economica, prescindendo dal mero *status* giuridico del soggetto in questione¹.

Le intese, e anche l'abuso di posizione dominante, costituiscono i comportamenti considerati tra i più pericolosi nel sistema economico complessivo, perché falsano la concorrenza introducendo elementi sleali che spesso ravvisano anche la presenza di fattispecie delittuose contemplate dal codice penale.

L'art. 2, l. at. n. 287/1990, analogo all'art. 81 del Trattato, vieta espressamente le intese, dichiarando che queste siano considerate nulle quando esprimono condotte collusive tra imprese che hanno per oggetto o fine quello di alterare in modo rilevante la concorrenza. Le concentrazioni devono essere preventivamente autorizzate dall'autorità di vigilanza, AGCM; per situazioni di rilevanza comunitaria occorre inoltre l'autorizzazione della Commissione Europea. Dunque, non è facile far proliferare situazioni patologiche di questo tipo; senza dimenticare che l'autorizzazione è un tipico atto amministrativo con cui l'autorità pubblica rimuove un ostacolo all'esercizio di un diritto, che in realtà è già insito nel soggetto che viene autorizzato.

I profili più delicati che si possono sviluppare sono quelli riguardanti la tutela dei terzi che subiscono gli effetti negativi dell'illecita concentrazione tra imprese². I parametri di tipo

¹ V. AGCM 26 giugno 2004, I, 569, Consorzio Grana Padano, *Boll.* 26/2004.

² Si veda a tal proposito A. Stabilini, *Concentrazioni e tutele dei terzi nella legge antitrust*, in *Gco*, 2006, II, 467.

comunitario che definiscono la consistenza delle intese tra imprese (GUCE 01, C-368/13) sono stabiliti indipendentemente da quelli fissati in ambito nazionale (Cons. St., n 4362/2002).

Prima ancora di entrare nel merito degli orientamenti della giurisprudenza e della dottrina, l'UE stabilisce un più rigoroso divieto di intese per proteggere i consumatori-contraenti senza alcuna distinzione di *status*, quindi una protezione di tipo generale per le imprese e i consumatori³. Le possibilità di esenzione dal divieto di intese scattano solo dove vi sia la probabilità che queste migliorino le condizioni di mercato e favoriscano il progresso economico, riversando una congrua parte degli utili derivanti dalle intese proprio agli "utilizzatori". Questo termine coniato dal legislatore non è casuale, ma sta a significare una posizione più generica rispetto al termine "contraenti", che invece lascia pensare ad una posizione giuridica ben precisa.

Dal 2003 è stato adottato dall'UE un regime giuridico di tipo "eccezionale", rispetto al vecchio sistema di esenzione previsto dall'art. 81, 3 c., Tr., e precisamente l'UE dispone che gli accordi che soddisfano le condizioni previste dalla legge sono invalidi dal momento della loro conclusione. L'Italia, nonostante ciò, continua a chiedere il provvedimento autorizzatorio per cui potrebbero crearsi interferenze nel caso di intese di rilevanza nazionale e comunitaria, proprio grazie alle differenti discipline applicate.

L'interpretazione sul significato delle esenzioni a livello comunitario è sostenuta anche dall'art. 4, 1. at., che disciplina la fattispecie dell'esenzione dall'intesa, utilizzando l'espressione "consumatori", cioè i soggetti nei confronti dei quali deve orientarsi l'utilità che le intese sono in grado di produrre.

A parere di chi scrive, non sembra attendibile che la legge *antitrust* nazionale si ponga in contrasto con l'ordinamento comunitario; infatti, la legge *antitrust* nazionale recepisce una "direttiva europea selettiva", cioè di natura autoritativa, prescrivendo che "l'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento dell'UE in materia di disciplina della concorrenza". Tutto sta nel capire se il termine "utilizzatori" sia o meno equivalente a quello di "consumatori", di cui all'art. 4, 1. at.; se così non fosse, essendo il diritto comunitario prevalente sul diritto nazionale, l'interpretazione che contempla i "consumatori" sarebbe illegittima e dovrebbe essere disapplicata dal giudice nazionale, secondo i principi dell'ordinamento. Si pensi, inoltre, che la normativa in Italia risale a dopo l'entrata in vigore del Trattato e quindi sembrerebbe strano, per non dire paradossale, che il legislatore nazionale abbia voluto contrastare una norma dell'ordinamento comunitario.

³ Questa filosofia comunicativa era già stata espressa in tempi non sospetti e lontani dall'UE da H. G. Gadamer, in *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, 1960.

Ma il vero problema di logica giuridica è di natura diversa.

Infatti, che i consumatori debbano e siano tutelati dalla disciplina *antitrust* non soddisfa il ragionamento sotto il profilo tecnico-giuridico, ma solo sotto il profilo di equità sostanziale. Si tratta, invece, di stabilire se il diritto tuteli direttamente i consumatori come titolari di diritti propri (diritti soggettivi) oppure indirettamente come beneficiari di riflesso (interessi legittimi) del diritto della concorrenza, quindi inquadrabile in questo secondo caso sotto un profilo pubblicistico. Ma allora il consumatore, alla luce di ciò che si è detto, può avvalersi della legge *antitrust* con un'azione civile individuale di risarcimento del danno o deve sollecitare l'intervento dell'autorità di vigilanza e garanzia, che possa ugualmente favorire il risarcimento? A questo proposito si rinvia in dottrina alla lettura dell'interessante lavoro del Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Giappichelli, 2007, 100, dove vengono analizzati e prospettati gli strumenti interpretativi che sostengono le ragioni delle diverse chiavi di lettura. Però, in questo lavoro matura la convinzione che l'unica interpretazione condivisibile viene ricondotta alla disciplina comunitaria, cioè alla direttiva primaria *self executive* che deve essere applicata, per attribuire il significato giuridicamente più corretto alla disposizione da interpretare.

In relazione alle "intese" di vario tipo, sia gli Stati Uniti che l'UE hanno assunto un approccio interpretativo sempre più convergente ed omogeneo, insistendo su quello che viene definito il *public enforcement*, che ammette l'esenzione dalle sanzioni solo quando le intese portano indiscussi benefici ai consumatori. Si tratta di accordi che intercorrono tra soggetti che operano a diversi livelli all'interno del processo di produzione di un bene e che prevedono limitazioni a carico dell'impresa collocata più in basso nella catena, cioè il rivenditore. Per esempio, il diritto di vendere solo in certe zone o di vendere solo prodotti di nicchia escludendo altre marche, creando così una specie di monopolio nella commercializzazione dei prodotti.

A questo punto, però, il ragionamento si spinge oltre, andando a sviluppare il *know how* necessario per fornire ai clienti anche servizi di assistenza e garanzia sui prodotti, in modo da rendere più competitivo il bene di una certa marca nei confronti dello stesso bene di un'altra marca. Ma i limiti alla legittimità degli accordi che intercorrono tra soggetti diversi dipendono da vari fattori, come la quota di mercato del distributore, la grandezza del territorio per la commercializzazione dell'esclusiva, la fissazione dei prezzi minimi di vendita e la miscelanea dei fattori sociologici,

economici e anche per certi versi psicologici, che sono sempre in grado di influenzare il mercato, come la propensione al consumo, i gusti, la pubblicità, la garanzia delle scorte, i rischi,...⁴.

Si può, dunque, affermare che sia nel sistema statunitense che in quello europeo non sussistono più le differenze concettuali storiche, almeno nell'ambito pubblicistico delle intese, per cui l'esenzione negli USA è sempre stata considerata come dovrebbe essere, cioè solo un'eccezione legale, ora anche recepita dall'ordinamento europeo.

Di certo la questione dimostra tutta la sua complessità, soprattutto quando si affronta il problema della tutela della concorrenza che è in bilico tra il mercato e le regole (*public enforcement*), la libertà e l'autonomia privata (*private enforcement*). La dialettica è di dominio sovranazionale, anche se per varie ragioni in prevalenza politiche, si assiste ancora a tentativi di ridurre i confini del mercato nei vari ambiti nazionali, guardando con una certa nostalgia ai sistemi di protezionismo. Ciò è dovuto in gran parte alla crisi finanziaria ed economica del 2007 originata dal doppio fallimento, del mercato e della regolazione. Se si mettono a confronto questi fattori "esogeni" con i fattori "endogeni" rappresentati dagli utenti finali, i consumatori, la tutela della concorrenza a livello europeo riqualifica l'interesse del consumatore, facendolo diventare un interesse pubblico direttamente tutelato, come si diceva sopra (v. linee guida all'art. 102 TFUE). Infatti, la Commissione europea dichiara che "nel valutare i comportamenti volti all'esclusione dei concorrenti dal mercato, si concentrerà sui tipi di comportamento maggiormente dannosi per i consumatori"; inoltre, afferma che "indirizzerà l'attuazione coercitiva delle norme in modo da garantire che i mercati funzionino correttamente e che i consumatori traggano vantaggio dall'efficienza e dalla produttività derivanti da una concorrenza effettiva tra imprese⁵.

Senza inoltrarsi in istituti affini, ma dovendo considerare gli effetti che producono anche questi sul mercato, è da ultimo utile ricordare che sempre più trovano applicazione le disposizioni previste per gli "impegni"; essi consentono alle imprese di evitare o addirittura di sospendere un procedimento di accertamento o anche sanzionatorio, con l'intervento di comportamenti giudicati dall'autorità a favore della competitività. Anche in questo caso non è assente il rischio che vengano stravolti i criteri propri del controllo *antitrust*, scivolando verso una regolazione di settore e, quindi, verso un'influenza dei mercati, situazioni definibili da chi scrive come "artificiali", ma anche "arbitrarie",

⁴ Nel caso degli USA, *Continental TV Inc. v. GTE Sylavania Inc.*, 433 U.S., 36 (1977); in Europa, *S. De Limitis v. Henninger AG* (1992), *Common Market Law Review*, 210. In sintesi, in questi casi non vale mai il principio della "legittimazione", fondato sui criteri della buona fede per dare senso al principio di effettività della norma giuridica; ma è sempre la "legittimità" che va ricercata nei comportamenti tra imprese e consumatori, quindi non dal basso ma dall'alto delle norme comunitarie e poi nazionali, che devono essere a queste subordinate.

⁵ V. 2009/C45/02 del 24 febbraio 2009.

in quanto contrarie ai principi di legalità e ai canoni della discrezionalità. Come già ribadito, questo comporta una vera e propria distorsione dei principi, su cui si basa la concorrenza e la leale competizione nella produzione di beni e servizi da parte delle imprese che sono sottoposte al regime giuridico dell'Unione Europea⁶; a volte, però, le stesse imprese si dimostrano “deboli” nel confronto con i meccanismi influenti che governano da sempre le speculazioni economiche e finanziarie internazionali.

⁶ Per un quadro più ampio sulle dinamiche che hanno condotto alla situazione attuale si veda N. Brunsson e B. Jacobsson, *A World of Standards*, Oxford, Oxford University Press, 2000; M. D'Alberti, *La “rete europea di concorrenza” e la costruzione del diritto antitrust*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2005, 35-53; M. Onado, *Crisi dei mercati finanziari e intervento statale*, in *Corr. giur.*, 2008, 1633-1634; G. Napolitano, *L'assistenza finanziaria europea e lo Stato “co-assicuratore”*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 10, 1085-1097; E. Freni, *Le discipline della concorrenza*, in *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2012.