

Federico Ghezzi - Gustavo Olivieri

Diritto antitrust



TERZA EDIZIONE



Giappichelli

Capitolo I

LA DISCIPLINA ANTITRUST ITALIANA E LA SUA DERIVAZIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi: alle origini del diritto della concorrenza. – 2. La disciplina antitrust negli Stati Uniti. – 3. Le ricette europee e la Seconda guerra mondiale. – 4. Le norme antitrust comunitarie nei trattati istitutivi e l'evoluzione successiva. – 4.1. La modernizzazione del diritto della concorrenza e l'approccio più recente. – 4.2. Altri strumenti volti a garantire una concorrenza non falsata nel mercato interno. – 5. La legge antitrust italiana e le possibili ragioni della sua ritardata adozione. – 6. *L'imprinting* eurounitario della legge antitrust italiana: i divieti di intesa e abuso di posizione dominante e il controllo delle concentrazioni. – 7. Il sistema di attuazione: *enforcement* pubblico e privato. – 7.1. *Segue: l'enforcement* privato. – 8. L'Autorità garante, la concorrenza e le competenze ulteriori (cenni). – 9. Ambiti di applicazione. Il Reg. CE n. 1/2003 e l'applicazione del diritto antitrust europeo da parte dell'Autorità garante e dei giudici italiani. La residualità della legge antitrust italiana in materia di intese e abusi di posizione dominante.

“People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public or in some contrivance to raise prices”.

A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, I, X, 82, 1776.

1. Cenni introduttivi: alle origini del diritto della concorrenza

La celebre citazione del grande filosofo ed economista Adam Smith, riportata nell'esergo, ci introduce immediatamente al tema delle restrizioni concorrenziali dovute alle condotte delle imprese. Smith qualificava queste condotte negativamente, come una *«conspiracy against the public»* allo

scopo di aumentare il livello dei prezzi. L'economista non intendeva tuttavia proporre forme di intervento dello Stato per sanzionare gli accordi tra imprenditori restrittivi della concorrenza. Più semplicemente, invitava lo Stato a non facilitare o rendere obbligatoria la loro realizzazione: in assenza di protezione governativa, infatti, il mercato e la pressione concorrenziale sarebbero stati sufficienti ad impedire il disegno collusivo delle imprese.

Circa un secolo dopo, per una serie di eventi storici, economici e politici, taluni ordinamenti, guidati dal Canada e dagli Stati Uniti, optarono invece per un intervento diretto attraverso l'introduzione di normative a tutela della concorrenza tra le imprese. Nel corso del tempo, le normative antitrust sono state poste al centro dei principali sistemi di regolazione dell'attività di impresa e oggi sono adottate in oltre 130 nazioni di tutti e cinque i continenti, tanto in paesi piccolissimi, come le isole Seychelles e Fiji, quanto in paesi enormi quali l'India e la Cina. Il fenomeno non ha riguardato solamente paesi di tradizione capitalistica, ma anche nazioni dell'ex blocco socialista, tra le quali la Russia, il Vietnam, la Georgia, l'Armenia o l'Albania.

Nell'Unione Europea le norme antitrust sono state introdotte negli anni '50 del secolo scorso dapprima nel Trattato istitutivo della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio (1951) e successivamente nel Trattato di Roma, che istituiva la Comunità Economica Europea (1957). A partire dagli anni '90, il diritto della concorrenza ha assunto un ruolo centrale nell'ambito delle politiche economiche dell'Unione Europea al fine di mantenere mercati aperti, competitivi ed equi.

In Italia, l'introduzione di una normativa a tutela della concorrenza ha origini assai più recenti. La legislazione antitrust è stata emanata nel nostro Paese con la l. 10 ottobre 1990, n. 287, rubricata «norme a tutela della concorrenza e del mercato». Sino ad allora, il nostro ordinamento non prevedeva alcuna disposizione a protezione del gioco competitivo sul mercato ed era anzi largamente ispirato a logiche corporative e, comunque, aliene dalla tutela del gioco della concorrenza sui mercati. In realtà, questa affermazione deve essere subito qualificata. Dalla seconda metà del secolo scorso, alle imprese italiane erano, infatti, applicabili le norme antitrust contenute nel Trattato istitutivo delle Comunità Europee (di cui l'Italia è Paese firmatario), che vietano le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante. Tuttavia, l'ambito di applicazione di queste disposizioni (relativo alle sole condotte tali da influenzare il commercio tra Stati membri) e, soprattutto, il loro scarso grado di applicazione in concreto non avevano in passato consentito ai principi concorrenziali di incidere e radicarsi nell'ambiente imprenditoriale, politico e sociale italiano.

L'entrata in vigore della l. n. 287/1990 ha pertanto rappresentato una vera e propria «rivoluzione copernicana» nel nostro ordinamento, spingendo

finalmente l'Italia a dirigersi, anche grazie agli sforzi ed alle pressioni comunitarie, verso l'adozione di principi economici di libero mercato.

Dunque, nel corso del secolo appena trascorso, le leggi antitrust si sono diffuse a macchia d'olio in tutto il mondo, compresa l'Italia. Parallelamente, si è assistito ad una progressiva convergenza nei loro obiettivi di fondo. In proposito, se si dovesse riassumere il pensiero della maggioranza degli studiosi contemporanei, si potrebbe affermare che il fine ultimo delle normative di tutela della concorrenza (o antitrust, nel linguaggio statunitense) consiste nel proteggere il buon funzionamento dei mercati. Solo in un siffatto contesto, infatti, le imprese sono incentivate ad offrire alla loro clientela prodotti e servizi alle migliori condizioni sul mercato, così assicurando alla collettività il massimo benessere perseguibile. Le norme a tutela della concorrenza vietano, pertanto, le condotte delle imprese dotate di potere di mercato che, allentando la pressione competitiva attraverso operazioni di concentrazione, abusi di posizione dominante, intese o cartelli, possono ostacolare o impedire quel processo dinamico di rivalità tra le imprese che sta alla base dell'efficace funzionamento dei mercati.

Prima di rivolgere l'attenzione alle attuali discipline antitrust europea e nazionale, la cui esposizione occuperà la gran parte dei capitoli successivi, può essere utile rivolgere un breve sguardo alle origini del diritto antitrust. Alcuni manuali citano a questo riguardo le disposizioni contenute nello Statute of Monopolies inglese del 1623 e la dottrina di common law delle restrizioni al commercio sviluppata dalle corti britanniche nel corso dei secoli scorsi. In forza di tale dottrina le corti inglesi ritenevano infatti vietati gli accordi di fissazione dei prezzi, poiché «*at what rate so ever the price was fixed, high or low, made no difference, for all such agreements were of bad consequence, and ought to be discontinued*» (King v. Norris, 2 Kenyon 300, 96 Eng. Rep. 1189 (K.B. 1758)).

Altri fanno risalire l'introduzione di principi di lealtà concorrenziale e contrasto delle condotte abusive ai grandi pensatori medioevali e, in particolare, a San Tommaso d'Aquino, i cui studi si incentrarono, tra l'altro, sul baratto, sul problema dell'equità del prezzo e sulla "cupidità della sovrabbondanza". In un certo senso, le affermazioni secondo cui «*usare la frode per vendere una cosa ad un prezzo più alto del giusto è sempre peccato*» o «*è ingiusto vendere una cosa per più di quello che vale*» possono infatti ricondursi ad uno dei cardini delle moderne discipline antitrust europee, per le quali deve considerarsi vietato lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante o di monopolio anche attraverso l'imposizione di prezzi eccessivamente gravosi. Si noti, al riguardo, che questi principi non erano confinati alla trattazione teorica da parte della dottrina medioevale, posto che in epoca carolingia essi ebbero un impatto molto concreto, venendo trasfusi in taluni "capitolari" che condannavano i *turpi lucri* derivanti dall'applicazione di prezzi eccessivi o discriminatori.

In realtà, una ricerca più approfondita condurrebbe a datare le origini – se non di normative – di precetti antimonopolistici ad epoche alquanto più risalenti. Senza qui poter dedicare il sufficiente spazio ad un tema per molti versi affascinante, ci si può limitare a ricordare che nella Roma imperiale la *lex Iulia de annonae*, voluta da Augusto nel 18 a.C., puniva l'incetta di derrate al fine di aumentare artificialmente i prezzi dei beni alimentari (c.d. *crimen monopoli*). E sotto Diocleziano, nel 301 d.C., per contrastare gli effetti delle crisi alimentari in un impero che si avviava al disfacimento, venne emanato un editto che prevedeva addirittura la pena di morte nei confronti di chi si fosse approfittato della penuria dei beni di consumo per elevare i prezzi al di sopra delle tariffe vigenti. Ma, scavando ancora, si potrebbero rinvenire disposizioni di questo tenore addirittura nelle civiltà sumera, fenicia, egizia e greca.

Se, dunque, non mancano precedenti "antichi", le prime *legislazioni* a tutela della concorrenza nascono sul finire dell'800 nel nord America con l'emanazione di normative antitrust in Canada (1889) e, soprattutto, negli Stati Uniti (1890).

2. La disciplina antitrust negli Stati Uniti

Negli Stati Uniti, la prima e tutt'ora vigente normativa a tutela della concorrenza, lo Sherman Anti-trust Act del 1890, rappresentò la reazione politica ai profondi problemi economici e sociali sollevati dal processo di industrializzazione ed espansione del sistema economico americano. La seconda metà del secolo XIX registrò, infatti, il repentino emergere ed affermarsi della grande impresa nell'industria pesante, oltre che nei trasporti ferroviari, nelle comunicazioni e nell'energia. Un insieme di fattori macroeconomici, quali le frequenti crisi climatiche ed economiche, il progressivo ampliamento dei mercati, il raggiungimento di maggiori economie di scala e varietà, nonché il tentativo di coprire i rilevanti costi fissi derivanti dagli investimenti effettuati e di raggiungere la piena capacità, condussero ad una generale riduzione dei prezzi, e innescarono in talune fasi 'rovinose' guerre commerciali. Nei settori portanti dell'economia americana, la risposta delle grandi imprese fu principalmente difensiva e consistette nel raggiungere accordi di fissazione dei prezzi ad un livello sufficientemente elevato da mantenere alti margini di profitto.

Ma, come affermò il principale imprenditore petrolifero del tempo, John D. Rockefeller, le intese non dovevano essere delle semplici «corde di sabbia», tanto fragili da disgregarsi al mero spirare del vento e al sorgere del primo sole. Occorreva, dunque, conferire ai patti limitativi della concorrenza un carattere più solido, stabile e strutturale. Di qui l'idea, attribuita dallo stesso Rockefeller ad un suo geniale collaboratore, di utilizzare

lo strumento del trust, formando lo Standard Oil Trust. In pratica, tramite questo istituto giuridico venne creato un sistema nel quale gli amministratori di una società affidavano ai loro concorrenti, o meglio al *trustee* che li rappresentava, una quota del capitale delle loro imprese nonché il diritto di votare nei propri consigli, e viceversa. Si trattava dunque di un formidabile mezzo collusivo per uniformare gli interessi, concordare le strategie competitive e monitorare direttamente il comportamento dei concorrenti, evitando le guerre di prezzo.

Lo strapotere della grande impresa e gli accordi collusivi sotto forma di trust colpirono in modo particolare i comparti più deboli dell'economia americana della fine del secolo XIX: i commercianti, gli allevatori di bestiame e gli agricoltori. Costoro subivano, infatti, un duplice danno, sia come acquirenti di materie prime, sia come venditori di prodotti finiti. Eppure, nonostante questi soggetti 'deboli' avessero ormai perso gran parte della loro influenza dal punto di vista economico, essi avevano conservato intatta la loro forza politica. Non a caso, nel 1888 tutti gli schieramenti politici che si stavano confrontando per la campagna presidenziale cavalcarono la protesta e inserirono tra i punti qualificanti dei rispettivi programmi elettorali l'introduzione di una normativa volta a contrastare queste condotte imprenditoriali restrittive della concorrenza. Nel 1890 venne così emanato, a livello federale, lo Sherman Anti-trust Act, il quale rafforzò le preesistenti regole di common law, vietando in modo sistematico gli accordi, le pratiche, i trust e altre combinazioni in «restraint of trade» (Section 1), così come i tentativi di monopolizzazione del mercato (Section 2). La violazione delle norme antitrust doveva considerarsi una «felony», ossia un grave delitto, da colpirsi sia con sanzioni civili, sia con sanzioni di natura penale (pecuniarie e detentive). Sanzioni, pertanto, che ben dimostrano il particolare «disvalore» con cui il legislatore americano intese sin dalle origini qualificare le condotte restrittive della concorrenza.

Lo Sherman Act incardinò una delle colonne portanti dell'ideologia politica americana, che possono farsi risalire al pensiero del Presidente T. Jefferson: l'esaltazione dello spirito di iniziativa, di indipendenza e di individualità dei cittadini, nell'ambito del «mito» della democrazia economica, che aveva quale presupposto logico una struttura di mercato deconcentrata e aperta. Da questo punto di vista, la legislazione antitrust non era vista tanto quale mezzo per raggiungere una maggiore efficienza del mercato o per tutelare il benessere generale, quanto piuttosto come strumento per contrastare il potere economico privato, a danno della comunità e soprattutto della stessa «indipendenza» del potere politico, e come mezzo per preservare la libertà di accesso al mercato, su basi eque, di tutti i cittadini.

Lo Sherman Act, tuttavia, pur colpendo i trust, i cartelli e i tentativi di monopolizzazione del mercato non disciplinava le concentrazioni tra im-

prese concorrenti. Tale lacuna venne subito sfruttata dalle imprese che intendevano coordinare il loro comportamento sul mercato, dando luogo a rilevantissimi processi di aggregazione. Il governo statunitense tentò allora di frenare questo processo: nei primi anni del '900 vennero avviate numerose azioni giudiziarie, sotto la spinta del Presidente T.D. Roosevelt, al fine di contrastare gli «abusi di potere» dei grandi agglomerati di imprese, tra cui la stessa Standard Oil, nel frattempo riorganizzatasi sotto forma di holding di controllo. Nel 1911, la Corte Suprema giudicò, in una sentenza che può definirsi una pietra miliare nella storia del diritto antitrust americano (Standard Oil Co. v. US 221 U.S. 1 (1911)), che le pratiche attuate dalla Standard Oil, quali l'acquisizione di concorrenti minori e la vendita sottocosto in certi Stati al fine di estromettere le imprese locali dal mercato, dovevano considerarsi un tentativo di monopolizzazione ai sensi dello Sherman Act. Essa impose, di conseguenza, lo smembramento della holding in decine di imprese che avrebbero dovuto operare in mercati geografici distinti. Per comprendere le dimensioni di questo impero petrolifero, si pensi che dalla divisione dello Standard Oil Trust nacquero Exxon, Mobil, Chevron, Amoco, Arco, Conoco, ossia le imprese destinate a dominare i mercati petroliferi per buona parte del XX secolo. Si trattò della prima imposizione di un rimedio c.d. strutturale, da molti giudicato tuttavia poco efficace, posto che a fronte della divisione dello Standard Oil Trust in molte imprese giuridicamente separate, la proprietà e il potere di gestione vennero conservati nelle mani della famiglia Rockefeller.

L'esigenza di disporre di basi giuridiche più solide ed esplicite per impedire questi fenomeni indusse il Congresso ad emanare, nel 1914, il Clayton Antitrust Act, che vieta, appunto, la discriminazione dei prezzi, le operazioni di concentrazione tali da ridurre in modo significativo la concorrenza e gli interscambi di amministratori tra imprese concorrenti.

Da allora, le norme antitrust statunitensi non hanno subito mutamenti di rilievo (se si eccettuano quelli apportate alla disciplina delle concentrazioni). Se, tuttavia, si guarda all'*enforcement*, ossia alla concreta attuazione della normativa, non si può non notare come fattori politici, ideologici ed economici abbiano profondamente influenzato la disciplina che ci interessa, determinando il susseguirsi di fasi di estremo vigore nell'applicazione alternate a momenti di rilassamento, e viceversa. Così, ad esempio, nel corso della grande depressione del 1929, la Corte Suprema non esitò a ritenere lecito un cartello nel settore del carbone, nonostante esso prevedesse un ufficio di vendita comune, meccanismi per la determinazione dei prezzi e una ripartizione delle quote produttive. I giudici statuirono infatti che l'accordo fosse ragionevole data la perdurante e profonda crisi del mercato, accogliendo in sostanza le motivazioni dei produttori per i quali l'accordo altro non era che: *«an attempt to organize the coal industry and to relieve the deplorable conditions resulting from over expansion, destructive competition,*

wasteful trade practices, and the inroads of competing industries» (Appalachian Coals Inc. v. U.S., 288 U.S., 349 (1933)).

Sul grado di applicazione in concreto dei precetti antitrust hanno inoltre influito notevolmente gli orientamenti politici e le scuole di pensiero economico. Quanto ai primi, basti pensare che durante la presidenza repubblicana di Reagan, sostanzialmente contraria all'intervento pubblico nell'economia e particolarmente fiduciosa nei meccanismi virtuosi di autoregolamentazione dei mercati, vennero più che dimezzati i fondi delle agenzie federali antitrust, le quali, da parte loro, cessarono ogni attività di «enforcement» nel campo delle restrizioni verticali e ridussero notevolmente il rigore nella valutazione delle operazioni di concentrazione, specie se di natura conglomerale o verticale.

Sotto il secondo profilo, non vi è dubbio che le principali dottrine economiche, dalla scuola strutturalista di Harvard alla scuola liberista di Chicago e alle più recenti posizioni «post-Chicagoan», abbiano forgiato gli orientamenti e le decisioni di giudici ed autorità di controllo, seguendo o, talvolta, anticipando il ciclo politico.

A prescindere da questi fattori, si deve sottolineare che il diritto antitrust statunitense è caratterizzato da due pilastri fondamentali che lo pongono tuttora quale disciplina di riferimento.

In primo luogo, il peso del ragionamento e dell'analisi economica nell'ambito dell'attuazione della legge si è andato sempre più rafforzando. Quantomeno a partire dagli anni '70 del secolo scorso la valutazione di intese, pratiche monopolistiche e concentrazioni risponde essenzialmente alla domanda se un determinato atto o una determinata condotta riducono o meno il benessere economico complessivo. Le divisioni dottrinali vertono semmai sugli obiettivi economici della politica antitrust e sugli standard di valutazione delle condotte, ossia se si debba perseguire la massimizzazione del benessere totale (comprensiva del benessere dei consumatori e dei produttori) o del solo benessere del consumatore, e cosa debba esattamente intendersi con quest'ultimo termine (su questi aspetti si veda *infra*, il Capitolo II). Vi è, però, la comune convinzione che l'analisi dei casi debba guardare principalmente al potenziale impatto economico delle condotte delle imprese sul gioco competitivo nei mercati.

Questa visione è stata parzialmente rimessa in discussione da coloro che intendono tutelare, *anche* attraverso l'antitrust, istanze ulteriori, quali la competitività dell'industria nazionale, la crescita dell'occupazione, la sostenibilità e la tutela dell'ambiente, la sopravvivenza delle piccole e medie imprese, la salvaguardia dell'imprenditoria locale, la riduzione delle disuguaglianze, financo la stessa tenuta del sistema democratico. Queste istanze, tra loro diverse (e talvolta inconciliabili), hanno accomunato nella sostanza le posizioni della sinistra democratica e della parte "populista" del partito repubblicano alle elezioni presidenziali statunitensi del 2016.

Esse sono state, inoltre, propugnate con forza dalla scuola definita, in modo forse dispregiativo, “hipster antitrust”, che si richiamava allo spirito originario del diritto della concorrenza al fine di contenere l’eccessivo potere economico (e non solo economico) delle grandi imprese e delle piattaforme digitali. Oggi, alcune delle posizioni dei c.d. *neo-Brandeisian scholars* (dal nome del giudice Brandeis, che nei primi anni del ’900 molto influenzò dottrina, giurisprudenza e legislatore americano in relazione ai pericoli derivanti dalle dimensioni eccessive delle imprese) hanno fatto breccia nei vertici delle autorità antitrust statunitensi e si percepisce una sempre maggiore attenzione nei confronti della ‘correttezza’ che deve permeare sia il processo concorrenziale, sia il suo esito. Almeno in linea di principio, non possono pertanto essere tollerate condotte e concentrazioni che, in nome dell’efficienza, determinino una ingiustificata riduzione degli spazi di concorrenza delle imprese (anche minori) e della pressione competitiva sui mercati (che presuppone ovviamente la presenza di una pluralità di imprese sul mercato). Nel 2023 sono state pubblicate, dopo una lunga gestazione, le bozze di nuove guidelines in materia di concentrazioni, che effettivamente riflettono questo approccio molto più rigoroso e per certi versi vicino allo spirito originario del diritto antitrust statunitense.

Questa svolta può anche essere interpretata come reazione ad un precedente periodo di eccessivo ‘lassismo’ da parte delle autorità antitrust statunitensi, specialmente nel campo del controllo delle concentrazioni, che insieme ad altri fenomeni aveva contribuito a determinare un forte incremento del livello di concentrazione dell’industria americana. Tale incremento ha determinato un aumento dei profitti, un elevato divario nell’andamento di profitti e salari, ed è stato accompagnato dall’accrescersi delle disuguaglianze e del livello di povertà. Peraltro, il rinnovato slancio verso una maggiore “antitrust fairness” non si è finora tradotto, sul piano applicativo, nell’abbandono dell’approccio economico alla valutazione delle condotte delle imprese, ma in una considerazione più attenta dell’insieme degli effetti che tali condotte possono generare sul processo competitivo.

In secondo luogo, nonostante l’influenza delle varie scuole di pensiero economico e delle più o meno correlate visioni politiche, si può certamente affermare che il rigore con il quale negli Stati Uniti sono state colpite le intese ingiustificatamente restrittive della concorrenza e, in particolar modo, i cartelli è rimasto inalterato nel corso del tempo. La collusione era ed è considerata un reato. Nei confronti degli amministratori e dei dirigenti delle imprese che hanno organizzato e condotto le fila dei cartelli i giudici americani non esitano ad applicare pene detentive (di durata via via crescente) al fine di frenare quello che è ritenuto alla stregua di una rapina (robbery) ai danni dei consumatori. La lotta ai cartelli, nella quale inizialmente le autorità statunitensi si trovarono isolate, e talvolta osteggiate da Governi con approcci maggiormente protezionistici, ha progres-

sivamente influenzato le istituzioni e le autorità antitrust di tutti i principali Paesi, contribuendo in modo decisivo a far sviluppare e consolidare la cultura della concorrenza e dei principi di libero mercato.

3. Le ricette europee e la Seconda guerra mondiale

Seppure con un paio di decenni di ritardo, lo sviluppo economico europeo nella seconda metà del XIX secolo non fu molto diverso da quello statunitense e anche nel nostro continente le tensioni tra potere economico e potere politico non tardarono a manifestarsi. La reazione fu tuttavia di segno opposto rispetto a quella americana. Gli Stati, particolarmente nell'Europa continentale, non si posero l'obiettivo di eliminare o porre un freno a cartelli e consorzi industriali, ma tentarono di governarli.

L'intervento diretto dei pubblici poteri nell'economia ed il controllo «dirigistico» delle aggregazioni industriali erano, infatti, ritenuti essenziali quali fattori di stabilizzazione dei cicli economici, evitando costose guerre di prezzo, scostamenti tra domanda e offerta e abusi di potere delle imprese, ma anche quali strumenti per vincolare ed asservire il potere economico a quello politico. Al contempo, gli accordi e i patti limitativi della concorrenza venivano considerati in linea di principio leciti, in quanto espressione del principio cardine della libertà di contrattazione e di iniziativa economica, ed in alcuni casi addirittura promossi e cristallizzati nella legge.

Le frequenti crisi economiche e le guerre che scossero il continente europeo nella prima parte del secolo scorso peggiorarono il quadro descritto. I cartelli, ben lungi dall'essere osteggiati, furono sottoposti ad una regolamentazione più pervasiva. In Germania, ad esempio, dopo la crisi dovuta alla grande depressione, nei settori più rilevanti e «sensibili» dell'economia la partecipazione ai cartelli venne resa obbligatoria. In altri Paesi, in principal modo l'Italia, al fenomeno dei cartelli, spesso organizzati in forma di consorzi obbligatori, si aggiunse la circostanza che interi settori industriali passarono sotto la mano pubblica.

Lo spettro della Seconda guerra mondiale non fece che aumentare il grado di dirigismo e di controllo pubblico dell'economia. Nei regimi totalitari, il coordinamento delle imprese veniva considerato la soluzione più efficiente per incrementare e riconvertire la produzione in vista degli sforzi bellici. Un fenomeno simile accadeva in altri Stati europei di tradizioni liberali, che tentavano di creare poli industriali e «campioni nazionali» in grado di fronteggiare lo strapotere dei cartelli tedeschi.

All'indomani della conclusione della Seconda guerra mondiale, lo scenario mutò radicalmente. Da un lato, non potevano più rimanere inascoltati gli insegnamenti della scuola ordoliberalista di Friburgo. Gli effetti nefasti derivanti dalla crescita economica incontrollata e, soprattutto, della

collusione tra l'ideologia nazista e la classe imprenditoriale tedesca erano, infatti, sotto gli occhi di tutti. Lo sviluppo economico, ma la stessa libertà dei cittadini, non potevano garantirsi impermeabilizzando le imprese dalla concorrenza, interna ed internazionale, bensì favorendo la loro crescita proprio tramite la libertà di accesso e il costante confronto competitivo tra una pluralità di imprese nei mercati. Insomma, un ordine sociale che si sarebbe dovuto sviluppare all'insegna di un 'pluralismo sano', nel quale il ruolo dello Stato avrebbe dovuto limitarsi a dettare le regole del gioco per favorire un mercato libero e più giusto.

D'altro lato, gli Alleati imposero ai principali paesi usciti sconfitti dalla Seconda guerra mondiale l'adozione di norme antimonopolistiche: in Germania la prima legislazione antitrust «provvisoria», *Dekartellierungsgesetze* (ossia, legge di de-cartellizzazione) venne fatta emanare dal Generale Clay, avvalendosi dei poteri straordinari del periodo postbellico. Le nuove disposizioni, uno dei presupposti per il ritiro delle truppe americane e l'avvio di un processo di democratizzazione della Germania, avevano il fine di disgregare l'eccessivo potere economico accumulatosi negli anni '30 del secolo scorso nell'Europa continentale e che si era rivelato, insieme e grazie alla presenza di regimi totalitari, un formidabile apparato di guerra e distruzione. E non è un caso che i primi interventi di separazione avvennero nei comparti della chimica, della farmaceutica e dell'acciaio, i fiori all'occhiello dell'economia tedesca prebellica. Se questa era la ragione principale, possono rinvenirsi ulteriori motivazioni alle iniziative dei Paesi vincitori: da quelle più candide, miranti a promuovere anche in Germania uno sviluppo economico armonioso e democratico (che si affermarono soprattutto a partire dal 1947), a quelle meno innocenti, tese a scalfire ulteriormente la forza delle imprese tedesche, così da proteggere le imprese statunitensi nel contesto della competizione internazionale e di facilitarne l'ingresso sul continente europeo. Un simile percorso venne imposto dagli Stati Uniti in Giappone, al fine di contenere la forza degli zaibatsu, i cartelli plurisetoriali che tanta parte avevano avuto nella creazione della capacità bellica giapponese.

La guerra fredda costrinse gli Stati Uniti ad accantonare in parte questi progetti. In ogni caso, alla fine degli anni '50 i principali Paesi europei, Francia, Germania, Inghilterra, si erano ormai dotati di normative a tutela della concorrenza. Normative, peraltro, che perseguivano obiettivi tra loro alquanto differenti: la legge francese era infatti diretta soprattutto al controllo dei prezzi e alla loro regolamentazione; la normativa antitrust britannica era invece volta a perseguire l'obiettivo del *public interest*, inteso come tutela della piena occupazione e difesa dell'industria e del commercio; la legislazione tedesca a tutela della concorrenza si fondava, infine, sui principi ordoliberali della protezione delle libertà economica e del contenimento delle eccessive concentrazioni di potere.

4. *Le norme antitrust comunitarie nei trattati istitutivi e l'evoluzione successiva*

Anche i primi trattati europei dell'epoca postbellica, siglati tra alcuni dei principali paesi del continente, nacquero con l'intento di riequilibrare le forze in campo, al fine di evitare il ripetersi delle situazioni di eccessiva concentrazione economica e di collusione economico-politica degli anni '30 del secolo scorso. Nel 1951 venne sottoscritto a Parigi il trattato sul carbone e l'acciaio tra Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo e Olanda (c.d. Trattato CECA, scaduto nel 2002). Esso prevedeva la creazione di un'area di libera circolazione, all'interno della quale dovevano ritenersi vietate le pratiche restrittive e discriminatorie che potessero influenzare la concorrenza e gli scambi comunitari nei settori del carbone e dell'acciaio, settori portanti dell'economia tedesca durante il nazismo. Il tentativo era quello di raggiungere un duplice obiettivo: *a*) evitare una eccessiva concentrazione di alcune tra le principali materie prime in un'unica area territoriale (il controllo della quale rappresentava uno dei motivi principali scatenanti le molte guerre succedutesi al centro dell'Europa) e, al contempo, *b*) favorire un accesso equo e non discriminatorio a dette, fondamentali, risorse da parte di tutti i paesi firmatari al fine di stimolarne le economie, depresse dopo lunghi anni di guerra.

In questo contesto dovevano inquadarsi gli artt. 65 e 66 del Trattato CECA, i quali vietavano i cartelli e gli accordi restrittivi della concorrenza, le condotte abusive di una posizione dominante, nonché le concentrazioni tali da creare una posizione di dominio nel mercato comune o da falsare la concorrenza tra gli Stati membri.

Lo stesso nucleo di paesi europei raggiunse, pochi anni più tardi, un accordo di più ampio respiro che diede avvio al processo di integrazione comunitaria. Al riguardo, l'art. 2 del Trattato istitutivo della Comunità Europea (Trattato CEE) prevedeva, in particolare, che: «*la Comunità ha il compito di promuovere nell'insieme della Comunità, mediante l'introduzione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 4, uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, (...) un alto grado di competitività e convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione ambientale (...) e la solidarietà tra stati membri (...)*». In questo ambito, l'obiettivo di tutela della concorrenza era esplicitamente formulato dall'art. 3, lett. g), ai sensi del quale: «*ai fini enunciati dall'articolo 2, l'azione della Comunità comporta, alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente trattato (...) un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno*».

Il Trattato CEE conteneva, per quanto interessa in questa sede, due fondamentali disposizioni per garantire una efficace tutela della concorrenza:

(a) l'art. 85 (oggi, art. 101 TfUE), che vietava gli *accordi*, le decisioni di associazioni e le pratiche concertate aventi quale oggetto o effetto una restrizione della concorrenza, salva la possibilità di esenzione dal divieto in presenza di alcune condizioni, e

(b) l'art. 86 (oggi, art. 102 TfUE), che disponeva il divieto di *abuso di posizione dominante* da parte di una o più imprese.

Il Trattato non conteneva invece alcuna norma sulle *concentrazioni*, verosimilmente per l'impossibilità di appianare le profonde divergenze tra gli Stati membri circa l'ambito di applicazione, gli obiettivi e le modalità di valutazione delle fattispecie. All'introduzione di un corpo di disposizioni di controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese si giunse, dopo decenni di trattative e conflitti, nel 1989, con l'emanazione del Reg. (CE) n. 4064/89 che disciplinava appunto tale materia.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009, il quadro descritto è in parte mutato. Su iniziativa soprattutto della Francia, il «fine» della concorrenza non falsata non compare più tra gli obiettivi fondamentali che l'Europa deve perseguire. In particolare, l'art. 3 del Trattato dell'Unione Europea (TUE) stabilisce ora che l'Unione «*instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico*». Peraltro, il Protocollo n. 27 allegato al TUE e al Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TfUE) che, ai sensi dell'art. 51 TUE deve considerarsi parte integrante dei trattati stessi, puntualizza che il mercato interno «*comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata*». Nessuna modifica – se non la ri-numerazione in articoli 101 e 102 TfUE – hanno poi subito le norme contenenti i divieti di intesa e di abuso di posizione dominante già contenute nel Trattato CE.

Non è questa la sede per approfondire il significato e le conseguenze del cambiamento illustrato sul peso della tutela della concorrenza e delle politiche antitrust in Europa. Cambiamento ritenuto da una parte della dottrina del tutto irrilevante, mentre da altri studiosi è considerato il portato del filone di pensiero che enfatizza la dimensione meramente funzionale della concorrenza, la cui tutela si giustifica solamente se ed in quanto idonea a consentire il raggiungimento di una serie di obiettivi “superiori” (si pensi alla crescita economica, alla coesione economica e sociale e territoriale, all'ambiente, al progresso sociale).

Rimane il fatto che l'applicazione della disciplina antitrust deve tenere conto in qualche misura di tali obiettivi finali, e quindi gerarchicamente sovraordinati, enunciati nel trattato. In primo luogo, le politiche di concorrenza comunitarie sono state (e sono tuttora, pur se in misura meno pronunciata) influenzate dall'obiettivo dell'integrazione delle varie realtà nazionali in un unico mercato «comune» (oggi, mercato interno). Le autorità sono di conseguenza intervenute con particolare vigore nei confronti delle intese e degli accordi volti ad erigere barriere o, comunque, ad ostacolare le transazioni commerciali tra Stati membri. Basti por mente ad una importante sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in materia di intese, ove si legge che *«un accordo tra produttore e distributore allo scopo di ristabilire le barriere nazionali nel commercio tra Stati membri può essere tale da impedire il perseguimento dell'obiettivo del Trattato diretto a realizzare l'integrazione dei mercati nazionali tramite la creazione di un mercato unico. In tal senso, la Corte ha ripetutamente qualificato accordi diretti a compartimentare i mercati secondo le frontiere nazionali (...), segnatamente quelli diretti a vietare o limitare le esportazioni parallele, come accordi aventi ad oggetto la limitazione della concorrenza ai sensi del detto articolo del Trattato»* (CGUE, C-501, 513, 515/06 P, *GlaxoSmithkline*, in *Racc.*, 2009, I-9291, § 61). Più recentemente, la Commissione europea ha pesantemente sanzionato l'impresa di abbigliamento Guess per avere – tra l'altro – instaurato un sistema di geo-blocking delle vendite *on-line* che impediva ai distributori di promuovere e vendere i prodotti Guess al di fuori del territorio assegnato (si veda Comm., 17-12-2018, *Guess*, § 118 ss.), così come ha applicato una ammenda significativa all'impresa giapponese Sanrio per avere imposto ai propri distributori nazionali di non vendere i pupazzi di Hello Kitty al di fuori dei territori nazionali (Comm., 9-7-2019, *Sanrio Company Ltd.*).

Né mancano decisioni e sentenze che hanno tenuto conto degli – o che sono state condizionate dagli – ulteriori obiettivi menzionati dai trattati europei. Emblematica, in proposito, è la decisione *Ford/Volkswagen*, con la quale la Commissione esentò dal divieto un'intesa di cooperazione produttiva tra due delle principali case automobilistiche mondiali (intesa che l'autorità antitrust tedesca intendeva, al contrario, vietare). Si trattava di una *joint venture* creata in vista della produzione di automobili 'monovolume' di nuova generazione. L'intesa presentava effetti restrittivi molto rilevanti, eliminando di fatto la concorrenza nella fase a monte della produzione dei pianali per monovolume, con la possibilità che tali effetti venissero trasferiti sino alla fase della commercializzazione dei prodotti finiti in Europa. La Commissione decise tuttavia di autorizzare in via eccezionale l'accordo, sia per un insieme di (più o meno condivisibili) valutazioni concorrenziali, sia, se non soprattutto, poiché: *«il progetto costituisce il maggiore investimento singolo estero mai effettuato in Portogallo. Si ritiene*

che esso porti, fra l'altro, alla creazione di circa 5.000 posti di lavoro e crei indirettamente fino a 10.000 posti di lavoro, mediante altri investimenti nell'industria delle forniture. Il progetto contribuisce quindi alla promozione di uno sviluppo armonioso della Comunità e alla riduzione delle disparità regionali, il che costituisce una delle finalità fondamentali del trattato. Esso promuove inoltre l'integrazione europea di mercato poiché vincola più strettamente il Portogallo alla Comunità attraverso una delle sue principali industrie» (Comm., 23-12-1992, Ford/Volkswagen, in GUCE L20/1993).

Non diversamente, in un'altra nota decisione la Commissione autorizzò una *joint venture* tra i principali costruttori europei di lampadine, non solo per questioni d'efficienza (la creazione di un nuovo impianto avrebbe consentito di incrementare i livelli produttivi con tecnologie all'avanguardia), ma anche puntando sulle conseguenze positive in termini di riduzione d'impatto ambientale: *«l'impresa comune comporterà un impiego complessivo d'energia inferiore e migliorerà le prospettive di attuazione dei programmi di riduzione dei consumi energetici e dell'emissione di effluenti. Inoltre, le parti concentreranno nei laboratori della Philips le proprie attività di R&S, realizzando risparmi ed economie di scala e potendo concentrare le proprie energie per affrontare adeguatamente il compito comune di sviluppare materiali esenti da piombo (...). L'impiego d'impianti più puliti determinerà una diminuzione dell'inquinamento atmosferico e di conseguenza vantaggi tanto diretti quanto indiretti per i consumatori, derivanti dalla riduzione delle negative diseconomie esterne» (Comm., 21-12-1994, Philips/Osram, in GUCE L378/1994).*

Gli esempi citati testimoniano che la politica di concorrenza comunitaria, pur essendo posta a salvaguardia del benessere del consumatore, nella tradizionale accezione economica del concetto, non ha mancato di perseguire anche ulteriori obiettivi o, comunque, con essi si è dovuta confrontare, amalgamare e armonizzare.

Vero è, peraltro, che nel corso del tempo è stato codificato – e al contempo circoscritto – il modo in cui tenere conto di detti obiettivi ulteriori. Negli orientamenti più recenti, infatti, gli obiettivi perseguiti da altre disposizioni del Trattato possono essere presi in considerazione esclusivamente *«nella misura in cui possano essere fatti rientrare nelle quattro condizioni di cui all'art. (101) § 3» (Comm., Linee direttrici in materia di applicazione dell'art. 81, paragrafo 3, in GU 2004, C101/93, § 42)* e dunque solo se siano tali da apportare miglioramenti per l'offerta e un beneficio per i consumatori. Sul punto, tuttavia, si dovrà tornare (v. Cap. III, § 15) perché la Commissione europea negli ultimi anni ha abbracciato con convinzione gli obiettivi dello sviluppo sostenibile promossi dalle Nazioni Unite. In questo quadro il c.d. "European Green Deal" delinea una strategia di crescita che intende trasformare l'Unione Europea in una «società prosperosa ed equa, con una economia competitiva e capace di usare le risorse in

modo efficiente, che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse». In questo ambito, posta la difficoltà di indurre le singole imprese a perseguire percorsi di crescita sostenibile, sopportandone i costi, le nuove linee guida sulla cooperazione orizzontale tra imprese consentono taluni accordi di cooperazione che, sebbene restrittivi della concorrenza, sono strettamente necessari a raggiungere più efficacemente o tempestivamente gli obiettivi di sostenibilità (non solo ambientale o legata ai cambiamenti climatici).

4.1. La modernizzazione del diritto della concorrenza e l'approccio più recente

Indipendentemente dal complesso di obiettivi perseguiti, la politica comunitaria di concorrenza non aveva certamente avuto, sino a pochi decenni or sono, la considerazione e l'impatto di quella statunitense. Per un insieme di ragioni, l'azione delle autorità antitrust comunitarie era particolarmente rigida, poco attenta all'analisi economica, e sostanzialmente subordinata agli obiettivi di creazione di un mercato comune. Le poche decisioni assunte annualmente tendevano soprattutto a condannare le intese volte (o che si riteneva essere dirette) a ricreare quelle barriere al commercio che le politiche di integrazione e di liberalizzazione promosse dalle autorità comunitarie erano riuscite ad abbattere. Ancor meno numerose erano le decisioni tese a sanzionare in modo deciso ed efficace cartelli ed altre pratiche gravemente lesive della concorrenza.

Nel corso del tempo, obiettivi, priorità, metodi valutativi e grado di efficacia della politica comunitaria di concorrenza sono mutati profondamente. In particolare, ciò è avvenuto con la c.d. «modernizzazione» delle regole di concorrenza europee, sfociata nella emanazione del Reg. CE n. 1/2003. Tale regolamento, che disciplina le procedure di applicazione relative ai divieti di intesa e abuso di posizione dominante, ha rappresentato il momento centrale di una vera e propria svolta nel livello e nell'efficacia di attuazione del diritto europeo della concorrenza, che può così sintetizzarsi:

(a) progressivo abbandono di un approccio formalistico in favore di uno sostanziale e attento alle conseguenze economiche delle condotte considerate (c.d. «*more economic approach*»);

(b) passaggio, nel campo delle intese, da un sistema di controllo generale *ex ante*, sostanzialmente incentrato sulla Commissione europea, ad uno *ex post*, in cui la Commissione e le autorità ed i giudici nazionali intervengono se e solo se vi sia il sospetto che la concorrenza sia stata ristretta;

(c) rifocalizzazione, sotto il profilo delle politiche di concorrenza, sulla lotta alle condotte restrittive più dannose (cartelli, altre condotte collusive e abusi di posizione dominanti escludenti), agevolata peraltro dalla liberazione di risorse dovuta anche all'abbandono dei controlli *ex ante* di cui al punto (b);

(d) maggiore efficacia dell'applicazione della normativa comunitaria, attraverso un coinvolgimento a pieno titolo delle autorità nazionali nell'applicazione delle disposizioni in materia di intese e abusi stabilite dal Trattato; gli artt. 101 e 102 TfUE sono cioè applicati, oltre che dalla Commissione, anche dalle 27 autorità di tutela della concorrenza degli Stati membri;

(e) rimodulazione degli strumenti e dei poteri di intervento e decisione, onde assicurare provvedimenti più incisivi ma pure maggiori spazi di intervento, anche al fine di superare ostacoli di tipo strutturale al buon funzionamento dei mercati.

A seguito della modernizzazione e del ri-orientamento dell'enforcement nei confronti delle fattispecie maggiormente restrittive della concorrenza, accompagnati da un costante e significativo incremento delle sanzioni applicate, il diritto antitrust ha guadagnato una posizione centrale nelle politiche europee volte a conseguire gli obiettivi del mercato interno enunciati dai Trattati.

Per quanto attiene al diritto europeo della concorrenza, rimangono da sottolineare alcune caratteristiche fondamentali.

Come si è già accennato, le principali norme a tutela della concorrenza e del buon funzionamento dei mercati sono contenute in un pugno di disposizioni dal contenuto generale. Oggi, le norme antitrust europee con contenuto sostanziale sono previste: *i*) nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, che agli artt. 101 e 102 vieta rispettivamente le intese che restringono la concorrenza e gli abusi di posizione dominante; e *ii*) nel Reg. CE n. 139/2004, per il controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese. Si tratta, pertanto, di un *corpus* normativo assai simile a quello vigente negli Stati Uniti. Anche a seguito del processo di modernizzazione, alla similitudine dei corpi normativi si affianca una elevata convergenza nelle modalità e nei principi di applicazione dei precetti antitrust. Questa osmosi si registra in parte nell'evoluzione più recente, che ha investito gli scopi della disciplina a tutela della concorrenza. Anche in Europa si è infatti avuto un qualche riflesso del dibattito statunitense sugli obiettivi ultimi del diritto antitrust e sugli standard di valutazione che devono essere utilizzati per l'apprezzamento delle singole fattispecie. La stessa Commissione ha in più occasioni sottolineato come le politiche antitrust debbano mirare a tutelare il buon funzionamento del mercato anche sotto il profilo della c.d. *fairness*. Ciò non si è tradotto, tuttavia, nel ri-

getto dell'approccio economico alla valutazione di intese, abusi e concentrazioni. D'altra parte, in Europa, contrariamente a quanto avvenuto negli Stati Uniti, l'applicazione delle norme antitrust non aveva conosciuto periodi di eccessiva indulgenza e permissività, né la Commissione è parsa mai abbagliata da una eccessiva fiducia nelle virtù redimenti dei mercati. Piuttosto che un vero e proprio cambiamento di rotta nelle politiche di enforcement, in Europa si è dunque prediletto un loro aggiustamento o, se si vuole, affinamento. Il *leitmotiv* della Commissione è che una rigorosa applicazione delle norme a tutela della concorrenza rappresenta il mezzo migliore per il benessere dei consumatori e della collettività e, al medesimo tempo, per garantire una equa ripartizione della ricchezza. Le prime indicazioni relative alle nuove linee guida in materia di abusi escludenti che la Commissione ha annunciato per il 2025 confermano che saranno apportati alcuni affinamenti nell'analisi, ma sempre comunque nell'ambito dell'*effect based approach* adottato sinora.

Peraltro, è in corso una revisione più generale del complesso di strumenti normativi e di *soft law* della Commissione, che riguarda non solo gli abusi di posizione dominante, ma anche le intese e le operazioni di concentrazione. Sono stati appena modificati regolamenti e linee guida sulle intese di cooperazione orizzontali e verticali ed è in agenda una modifica della comunicazione sulla individuazione del mercato di riferimento. Al contempo, è stata modificata l'interpretazione di una norma cardine del regolamento delle concentrazioni, che consentirà d'ora in avanti alla Commissione di intervenire (anche a posteriori) su concentrazioni apparentemente 'minori' per dimensioni, ma che potrebbero alterare la struttura competitiva dei mercati europei. Se è ancora presto per una valutazione più generale di queste modifiche, esse segnalano la volontà della Commissione di adeguare costantemente gli strumenti di intervento e interpretativi all'evolversi dei mercati e delle loro strutture, nonché alle esigenze di un enforcement sempre più mirato a mantenere elevata la pressione concorrenziale, attuale e potenziale.

Un approccio più rigido sta invece emergendo nei mercati digitali e, in particolar modo, nei confronti delle grandi piattaforme ed ecosistemi capaci di controllarne e influenzarne l'accesso (c.d. *gatekeepers*), quali Google, Meta, Amazon, Apple e Microsoft. La difficoltà di applicare le norme e i tradizionali strumenti antitrust alle condotte di queste imprese, così come a contenerne le tendenze espansive e di monopolizzazione di sempre nuovi mercati, incompatibili con i tempi dell'intervento antitrust, hanno condotto la Commissione a prediligere un approccio regolatorio, e quindi un intervento *ex ante* volto a garantire la contendibilità ed equità dei mercati nel settore digitale, prescrivendo una serie di obblighi di condotta e specifici divieti (il Digital Market Act, è stato approvato con Regolamento (UE) 2022/1925 ed è entrato in vigore nel maggio 2023). Allo stato, non è

facile capire se questo strumento – pur rispondendo a logiche e obiettivi in parte diversi rispetto alla normativa antitrust – sarà utilizzato quale sostituto o, piuttosto, in una logica di complementarità rispetto ai divieti di cui agli artt. 101 e 102 TfUE.

4.2. Altri strumenti volti a garantire una concorrenza non falsata nel mercato interno

Ultimo tratto meritevole di menzione è che, accanto ai tre tradizionali «pilastri» concorrenziali del divieto di intese restrittive, del divieto di abuso di posizione dominante e del controllo delle concentrazioni, il sistema europeo prevede ulteriori disposizioni antitrust di notevole rilievo politico, oltre che pratico.

Ci si riferisce, in primo luogo, all'art. 106 TfUE, il quale prevede che gli Stati membri non possano emanare né mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del trattato. Nulla osta a che uno Stato richieda ad un'impresa, sia essa pubblica o privata, di perseguire una determinata missione di interesse economico generale (ad esempio, la produzione di energia, la creazione di una rete di telefonia, ecc.). Questa impresa non è tuttavia, per ciò solo, sottratta dal rispetto della normativa a tutela della concorrenza, a meno che l'applicazione delle disposizioni antitrust contrasti in modo esplicito con il perseguimento di tale specifica missione pubblica.

In secondo luogo, nella stessa logica antiprotezionistica, l'art. 107 TfUE stabilisce che sono in linea di principio incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidono sugli scambi tra gli Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati che, favorendo talune imprese, o taluni settori produttivi nazionali, falsino o minaccino di falsare la concorrenza nel mercato comune.

Gli aiuti di Stato possono essere consentiti, a certe specifiche condizioni, solo qualora possa dimostrarsi che essi perseguono obiettivi pienamente coerenti con quelli stabili dai Trattati europei (si pensi alla protezione ambientale o alla tutela dell'occupazione). In generale detti aiuti devono essere comunicati in via preventiva alla Commissione e risultare proporzionati e strettamente necessari a correggere un fallimento del mercato. In caso contrario, ossia qualora messi in atto in mancanza di notifica o, comunque, arrecando distorsioni al corretto funzionamento dei mercati (spesso con malcelate finalità protezionistiche o di salvaguardia dei campioni nazionali) sono considerati illeciti e fortemente combattuti dalle autorità europee.

Si tratta dunque di un tassello importante nell'ambito delle politiche antitrust europee e molteplici sono le aree di sovrapposizione con la di-

sciplina delle intese e delle concentrazioni. Si deve tuttavia avvertire che nel prosieguo l'argomento, tradizionalmente illustrato nei manuali di diritto europeo, non verrà ulteriormente approfondito, posto che in questa sede abbiamo ritenuto di focalizzare l'attenzione sulle sole condotte delle imprese che, nell'ambito delle loro relazioni e dei processi di crescita interna ed esterna, possono essere tali da alterare in misura sensibile il buon funzionamento e lo sviluppo dei mercati nei quali esse operano.

5. La legge antitrust italiana e le possibili ragioni della sua ritardata adozione

Uscita sconfitta, ed economicamente distrutta, dalla Seconda guerra mondiale, l'Italia non seguì la sorte degli altri paesi europei, che adottarono o si videro imporre dagli Alleati una forte modifica degli assetti normativi di regolazione dell'economia, tra i quali l'introduzione di legislazioni a tutela della concorrenza.

La stessa Costituzione italiana del 1948 non faceva alcun cenno alla necessità di tutelare o promuovere la concorrenza. Anzi, l'impostazione degli artt. 41 e 43 Cost. sembrava – per come queste disposizioni erano all'epoca interpretate – riconoscere la libertà di iniziativa economica dei privati (che peraltro è una mera condizione affinché la concorrenza si sviluppi) solamente se non in contrasto con l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana. Non solo: tale libertà era, per così dire, condizionata dalla possibilità di determinare gli opportuni controlli e programmi necessari ad indirizzare e coordinare a fini sociali l'attività economica, pubblica e privata. Ampia libertà era inoltre riservata allo Stato, dall'art. 43 Cost., di riservare originariamente o trasferire mediante espropriazione ai poteri pubblici o a comunità di lavoratori o utenti determinate imprese o categorie di imprese che si riferissero a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio aventi carattere di preminentemente interesse generale.

In altri termini, non era esclusa la possibilità per le imprese di competere, ma entro i confini di una ampiamente definita utilità sociale e nella cornice di uno Stato ad un tempo imprenditore e arbitro dei mercati. Non è dunque casuale che negli anni '70 una commissione d'indagine del nostro Parlamento giungesse alla (curiosa) conclusione che l'Italia non avesse bisogno di legislazioni antitrust, poiché ... non aveva problemi di concorrenza. Era vero esattamente il contrario, come si è da più parti sottolineato: l'Italia ne aveva come e più degli altri, ma non credeva alla concorrenza quale meccanismo di disciplina dei mercati e di stimolo al benessere economico e al progresso tecnologico.