

# OBIETTIVI DELLA DISCIPLINA ANTITRUST ED INTERESSI DEI CONSUMATORI: BREVI CONSIDERAZIONI ALLA LUCE DELL'ESPERIENZA ITALIANA

Paolo CASSINIS

Piero FATTORI<sup>1</sup>

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

## Abstract

The article deals with the relation between antitrust law objectives and consumers' interest, with specific reference to the Italian competition rules which are quite similar to the Community ones and which must be interpreted in accordance to them. The idea is that antitrust rules are directly aimed at protecting the competitive structure of the market, economic efficiency and, by so doing, at maximizing consumers' welfare—with a greater quantity of product and services, of a better quality and lower prices, stimulating innovation and investments—rather than at protecting final consumers, which is the specific purpose of different rules. In this way, the final consumers—indirectly—take advantage of the enforcement of the competition rules against collusions, abuses of dominant positions and the creation and strengthening of dominant positions through concentrations.

## 1. PREMESSA

Il problema del rapporto esistente tra *antitrust* e tutela dei consumatori si presenta come estremamente complesso, e non suscettibile di ricevere univoche soluzioni, essendo da una parte strettamente collegato con la mutevole definizione degli obiettivi delle normative a tutela della concorrenza, e dall'altro atteggiandosi diversamente con riferimento alla varietà delle condotte d'impresa che possono assumere rilevanza ai fini dell'applicazione della relativa disciplina.

In linea generale, compito delle normative *antitrust* è quello di controllare le condotte d'impresa volte a limitare ingiustificatamente l'attività dei concorrenti, nonchè a creare, rafforzare e sfruttare situazioni di mercato che consentano loro di praticare, direttamente o indirettamente,

<sup>1</sup> Le opinioni espresse sono di esclusiva responsabilità degli autori e non riflettono necessariamente la posizione dell'Istituzione.

prezzi o altre condizioni contrattuali deteriori per i contraenti, rispetto a quelle che si avrebbero in un contesto di mercato concorrenziale<sup>2</sup>. Benchè spesso le finalità delle norme antimonopolistiche non siano esplicitamente indicate nelle leggi, e la loro corretta individuazione sia tuttora particolarmente controversa, può ritenersi che tra le finalità delle normative antitrust vi sia, in primo piano, la *tutela della struttura concorrenziale del mercato*, l'*efficienza economica* e, loro tramite, il *benessere sociale*<sup>3</sup>. Se questo è vero, occorre però subito aggiungere che le modalità con cui perseguire questi obiettivi sono variate —anche sensibilmente— sotto l'influenza delle diverse dottrine economiche e politiche che hanno influenzato l'applicazione delle normative *antitrust*<sup>4</sup>, ovvero a seconda della stessa rilevanza assunta dall'analisi economica in diversi contesti storici, geografici ed economici<sup>5</sup>.

Obiettivi ulteriori (ad esempio, di tutela delle piccole e medie imprese, di correttezza nei rapporti tra imprese e tra imprese e consumatori, di integrazione dei mercati ecc.), inoltre, sono stati e sono spesso perseguiti,

<sup>2</sup> In questi termini, F. DENOZZA, *Antitrust, Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988, 18.

<sup>3</sup> Sugli obiettivi delle politiche di concorrenza si veda anche OCSE, *A framework for the design and implementation of competition law and policy*, 1999, 2. In relazione agli obiettivi della politica di concorrenza si vedano i contributi alla tavola rotonda tenuta nel giugno 1997, presso l'Istituto Universitario Europeo di Fiesole: *European Competition Law Annual 1997: Objectives of competition policy*, a cura di C. D. EHLERMANN, L. L. LAUDATI, Oxford, 1998.

<sup>4</sup> Le normative antitrust possono avere di mira diverse nozioni di benessere sociale, tra cui il *surplus* del consumatore, il *surplus* totale del mercato, il *surplus* totale anche in altri mercati: sul punto, cfr. P. S. CRAMPTON, *Alternative approaches to competition law*, *World Competition*, vol. 17, n. 3, 1994, 55; M. POLO, F. GHEZZI, D. PREITE, *L'attuazione delle politiche di tutela della concorrenza e l'esperienza italiana di attività antitrust*, in *Promozione della concorrenza e politiche antitrust*, a cura di A. Del Monte, Bologna, 1997, 83.

Come noto, una delle impostazioni teoriche più celebri e controverse, che ha fatto da sfondo all'applicazione delle regole di concorrenza è stata quella elaborata dalla scuola di Chicago a partire dagli anni cinquanta, prendendo piede negli anni settanta e ottanta, secondo cui la *ratio* delle norme *antitrust* consiste nel benessere complessivo dei consumatori (*consumer welfare*), inteso però come benessere della collettività globalmente considerata nel senso di efficienza globale del sistema economico, con un sostanziale indifferenza circa il problema della distribuzione delle risorse, vale a dire circa l'identità dei soggetti destinatari, rispettivamente, delle perdite o dei guadagni derivanti da una determinata politica di concorrenza, considerando come «efficiente» anche quella politica di concorrenza che procuri alle imprese un vantaggio maggiore delle perdite arretrate ai consumatori. Le idee portanti della scuola di Chicago sono state elaborate da R. BORK, W. BOWMAN, J. MCGEE e G. L. TELSER; l'opera che espone in maniera più completa ed ortodossa la posizione della scuola è probabilmente quella di R. BORK, *The Antitrust paradox* (New York, 1978; II ed., 1993). In proposito si veda anche V. MANGINI, «La vicenda dell'antitrust: dallo Sherman Act alla legge italiana n. 287/90», in *Riv. Dir. Industriale*, I, 1995, 191.

<sup>5</sup> Per una analisi dell'evoluzione della politica antitrust statunitense, si veda H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, II ed., St. Paul, Minnesota, 1999; dello stesso autore, con riferimento agli sviluppi più recenti della dottrina economica, si veda *Post-Chicago developments in U.S. antitrust*, intervento al convegno «Post Chicago developments in antitrust analysis», Taormina, 26-28 ottobre 2000 (dattiloscritto); R. J. R. PERITZ, *Competition Policy in America 1888-1992*; sul versante comunitario, si veda D. GERBER, *Law and competition in twentieth century in Europe*, Oxford, 1998.

ancorchè non strettamente correlati alle finalità di tutela della concorrenza nel senso sopra indicato <sup>6</sup>.

Vi è comunque un generale consenso che in una economia di mercato la concorrenza, intesa come processo dinamico, oltre a razionalizzare l'allocazione delle risorse, ad evitare le concentrazioni permanenti di potere economico, a favorire l'accesso ai mercati di nuovi operatori, spinge le imprese ad un continuo aumento della quantità, varietà, qualità ed innovazione di prodotti e servizi e ad un costante ribasso dei prezzi verso il prezzo di costo, accrescendo le possibilità di scelta dei consumatori <sup>7</sup>.

La concorrenza si configura quindi come uno strumento efficace, oltrechè di «democrazia economica» <sup>8</sup>, anche di salvaguardia degli interessi generali della collettività e dei consumatori <sup>9</sup>.

## 2. IL DIRITTO ANTITRUST ITALIANO TRA ORDINAMENTO INTERNO E ORDINAMENTO COMUNITARIO

Sarà ora esaminato il rilievo degli interessi dei consumatori nell'ambito della normativa italiana a tutela della concorrenza, avendo riguardo alle corrispondenti norme comunitarie ed all'esperienza maturata

<sup>6</sup> Per una rassegna sintetica delle altre finalità perseguite dalla normativa comunitaria sulla concorrenza, si veda V. KORAH, in *EC Competition Law and Practice*, Oxford, 1997, 10-11. E' stato autorevolmente osservato che —specie nella fase iniziale di applicazione delle regole comunitarie di concorrenza— «the goal of a unified market dominated the process of constructing the competition law system, because it was the central impetus for the new Europe»: D. GERBER, *Law and competition in twentieth century in Europe*, cit., 347.

<sup>7</sup> Si veda in proposito l'ultima Relazione Annuale sull'attività svolta (30 aprile 2000) presentata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dove si legge che «L'azione dell'Autorità è volta a impedire che l'esercizio abusivo del potere di mercato, i comportamenti concertati dei soggetti economici e la realizzazione di concentrazioni tali da costituire o rafforzare una posizione dominante restringano in misura significativa la capacità degli operatori di competere effettivamente sui mercati, ostacolando l'adeguamento della struttura produttiva alle trasformazioni tecnologiche e all'evoluzione della domanda... assicurare agli operatori economici pari opportunità, impedendo le collusioni e l'esercizio abusivo del potere di mercato, conduce alla realizzazione di un ambiente di mercato senza barriere all'ingresso e operante in regime concorrenziale tale da soddisfare anche le esigenze dei consumatori: le imprese, in presenza di pressioni concorrenziali, offrono infatti una più ampia gamma di beni e servizi, di migliore qualità e a prezzi più contenuti» (p. 10).

<sup>8</sup> Sui rapporti fra potere privato, libertà economica e intervento pubblico si veda G. AMATO, *Il potere e l'Antitrust*, Bologna, 1998.

<sup>9</sup> Come osserva la Commissione Europea nella sua ultima relazione in materia di concorrenza «pur non essendo gli unici, i consumatori sono importanti beneficiari della politica di concorrenza. Quando esistono condizioni di concorrenza, i produttori cercano di attirare i clienti offrendo loro un prezzo inferiore, una più alta qualità o un miglior servizio rispetto ai concorrenti. I consumatori ottengono benefici anche nel lungo periodo, quando gli sforzi compiuti dalle imprese per superare i concorrenti portano infine a maggiore innovazione ed efficienza in alcune produzioni» (cfr. XXX Relazione sulla politica di concorrenza, 2000, 33). In termini analoghi la Commissione si era espressa nella XXIX Relazione sulla politica di concorrenza, 1999, 39.

Ancora, nella recente Comunicazione sulle *Linee Diretrici sulle restrizioni verticali* (in *GUCE* C291 del 13.10.2000), la Commissione chiarisce che «la tutela della concorrenza è l'obiettivo primario della politica comunitaria di concorrenza in quanto essa incrementa il benessere dei consumatori e determina un'efficiente distribuzione delle risorse» (paragrafo 7).

dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'applicazione della legge. L'indagine contribuirà a chiarire anche le interrelazioni tra gli obiettivi della tutela della concorrenza e la protezione dei consumatori, nell'ambito della normativa *antitrust*, che, come si vedrà, contiene taluni espliciti richiami agli interessi dei consumatori, finali ed intermedi. L'analisi verrà condotta tenendo altresì conto della distinzione —in termini di obiettivi, ambiti e modalità d'intervento— esistente tra le normative a tutela della concorrenza e quelle a protezione dei consumatori, distinzione ben nota anche nell'esperienza *antitrust* comunitaria e statunitense<sup>10</sup>.

Come è noto, l'introduzione in Italia di una disciplina generale a tutela della concorrenza e del mercato è avvenuta con la legge 10 ottobre 1990, n. 287, il cui articolo 1, comma 1, dichiara solennemente che la stessa si pone in «attuazione dell'art. 41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica», qualificando in tal modo la permanenza di una struttura concorrenziale del mercato come interesse costituzionalmente rilevante<sup>11</sup>.

La concezione del mercato, come valore da tutelare e difendere in quanto promotore di efficienza economica e produttiva, tramite regole volte a garantire la permanenza in esso di condizioni di libera concorrenza, penetra nella cultura economica e giuridica del nostro paese solo in tempi relativamente recenti e di «riflesso» rispetto all'ordinamento comunitario, nel quale, come si è detto, la tutela della concorrenza trovava sin dall'inizio la sua solenne affermazione in una pluralità di norme del Trattato CEE (tra cui gli artt. 85, 86 e 90 —ora artt. 81, 82 e 86 e artt. 92-

<sup>10</sup> A tal riguardo particolarmente chiare appaiono le affermazioni di H. HOVENKAMP: «*United States law has generally distinguished sharply between competition policy and consumer protection policy, and does not see "consumer protection" as defined in our laws as a general antitrust goal. To be sure, there is more than a little ambiguity here, for consumer welfare is often stated to be the paramount antitrust goal. Nevertheless, antitrust generally uses consumer welfare in the technical sense relating to the maximising of consumers' surplus and control of monopoly, while it uses the term "consumer protection" to deal with such issues as fraud, false and misleading advertising, collection practices, and the like*»; in *European Competition Law Annual 1997: Objectives of competition policy*, a cura di C. D. EHLERMANN, L. L. LAUDATI, Oxford, 1998, 426.

<sup>11</sup> Come è stato osservato, il testo dell'art. 41 venne elaborato in un contesto culturale nel quale il mercato era considerato tendenzialmente un disvalore, e rappresenta il frutto di un compromesso politico raggiunto in seno all'Assemblea Costituente tra dirigismo economico e tutela di una libertà politica dell'individuo; l'intento originario della norma era infatti quello di tutelare la libertà di iniziativa economica del singolo, vale a dire del privato imprenditore, piuttosto che quello di tutelare il mercato in sé considerato. In tal modo, veniva comunque operata una scelta decisiva in favore del modello dell'economia di mercato, ancorché i decenni che seguirono l'approvazione della Carta Costituzionale furono caratterizzati da un penetrante e pervasivo intervento da parte dello Stato nell'economia di stampo quasi dirigistico. Cfr., sul punto, G. AMATO, «Il Mercato nella Costituzione», in *Quaderni Costituzionali*, n. 1, aprile 1992, 12; ed anche in «Radici storiche, ruolo e prospettive dell'Antitrust in una moderna democrazia economica», in *Rivista di politica economica*, 1995, fasc. IV, 102. E' stato inoltre affermato che la legge n.287/90, benché si qualifichi come disciplina che attua il disposto dell'art. 41 della Costituzione, in realtà ne ha precisato e specificato il contenuto, conferendo a tale norma una portata certamente diversa da quella che avevano immaginato i suoi ideatori in seno all'Assemblea Costituente; a tal riguardo, si vedano le lucide osservazioni di N. IRTI in «L'ordine giuridico del mercato», Bari, 1998, 93 ss.

94— ora artt. 87-89 in materia di aiuti di Stato), costituendone anzi uno degli obiettivi principali (artt. 2 e 3 lett. g) <sup>12</sup>.

Ma è soltanto con la legge n. 287/90 che, all'esito di un lungo dibattito svoltosi in Italia dapprima negli anni cinquanta e sessanta, poi negli anni ottanta, attorno alla necessità di una normativa a tutela del funzionamento del mercato <sup>13</sup>, nella scia del processo di integrazione europea e sulla scorta del diritto comunitario, viene introdotta nel nostro ordinamento una disciplina generale a tutela della libera concorrenza e del mercato, intesi in senso oggettivo. La nuova legge —che si caratterizzava per il suo contenuto fortemente innovativo, quasi «dirompente» nel nostro ordinamento <sup>14</sup>— nonostante l'efficacia diretta degli articoli 81, paragrafo 1, e 82 del Trattato —si risolveva, per un verso nell'affermazione del diritto di ciascuno e di tutti di competere nel mercato e, per un altro verso, in una limitazione della libertà di iniziativa economica dei singoli laddove il suo esercizio, tramite condotte configuranti intese, sfruttamento abusivo di posizioni dominanti ed operazioni di concentrazione, potesse pregiudicare la permanenza di una struttura concorrenziale del mercato <sup>15</sup>.

### 3. I CARATTERI GENERALI DELLA DISCIPLINA ITALIANA A TUTELA DELLA CONCORRENZA

Come è noto, la legge a tutela della concorrenza è strettamente modellata, nelle disposizioni sostanziali, sulle corrispondenti regole di concorrenza comunitarie, segnatamente i citati articoli 81, 82 e 86 del Trattato CE ed il Regolamento sul controllo delle concentrazioni n. 4064/89 <sup>16</sup>.

Al pari del sistema comunitario, anche la legge n. 287/90 prevede una sorta di tutela «binaria», vale a dire, in sede amministrativa da parte

<sup>12</sup> In dottrina è stato affermato molto chiaramente che i valori cui «s'ispira l'intero sistema comunitario sono quelli c.d. liberali dell'economia di mercato, nel rispetto dei quali il grande mercato europeo deve consentire agli imprenditori di competere tra loro ad armi pari e sulla base delle rispettive capacità e possibilità; ed ai consumatori di scegliere i prodotti e i servizi che ritengono migliori e dove siano più convenienti»: G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, II ed., Padova, 2001, 526.

<sup>13</sup> Cfr. G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust. Il modello statunitense, la disciplina comunitaria e la normativa italiana*, Bologna, 1991; P. G. MARCHETTI, «Diritto societario e disciplina della concorrenza», in *Storia del capitalismo italiano*, dal dopoguerra ad oggi, a cura di F. BARCA, Roma, 1997, 467 ss.

<sup>14</sup> E' stato efficacemente osservato che «l'approvazione della legge 287 e l'affermazione della libertà di concorrenza come principio generale sono state, dieci anni fa, un fenomeno di rottura nella storia del nostro ordinamento ... l'introduzione nell'ordinamento della legge 287 appare dunque, al di là dello specifico contenuto dispositivo, come un fatto normativo volto ad incidere sui principi generali dell'ordinamento, affermando a tale livello il principio di libertà di concorrenza»: così M. LIBERTINI, *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, intervento al convegno «Concorrenza e Autorità Antitrust: un bilancio a dieci anni dalla legge», organizzato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato a Roma il 9 e 10 ottobre 2000 (dattiloscritto).

<sup>15</sup> Cfr. R. ALESSI, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, voce «Concorrenza».

<sup>16</sup> A tal riguardo, va inoltre ricordato il criterio ermeneutico «comunitario» contenuto nell'art. 1, comma 4, legge n. 287/90, volto ad assicurare la coerenza dell'applicazione delle norme sostanziali della legge antitrust italiana con i principi dell'ordinamento comunitario in materia di concorrenza; la giurisprudenza delle corti nazionali hanno ritenuto tale criterio come vincolante.

dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, cui è affidato in via esclusiva ed in posizione di indipendenza, l'applicazione degli articoli 2, 3, 4 e 6 della legge, ed in sede civile, ad opera del giudice ordinario (le Corti d'Appello), per la garanzia delle situazioni giuridiche soggettive eventualmente lese dalla violazione delle norme antitrust<sup>17</sup> (art. 33, comma 2, legge 287/90).

La disciplina a tutela della concorrenza, pur ricollegandosi, come visto, all'art. 41 della Costituzione, non definisce esplicitamente le sue finalità, che tuttavia, come si vedrà in seguito, possono essere desunte da una lettura sistematica delle norme sostanziali, specialmente in materia di intese (artt. 2 e 4, legge n. 287/90).

Parallelamente, da un punto di vista economico, la legge n. 287/90 non assume come oggetto di tutela, né tende a prefigurare, una qualche forma o struttura di mercato, in cui coesista, per esempio, una pluralità di operatori indipendenti, con limiti prefissati alla loro crescita<sup>18</sup>. In particolare, analogamente a quanto previsto dalla normativa comunitaria sulla concorrenza, anche la disciplina nazionale non vieta il raggiungimento di situazioni di monopolio o di dominanza, se non quando ciò avvenga non per crescita interna ma «artificialmente», tramite fenomeni concentrativi. Questa impostazione si radica nella opportunità di garantire sufficienti incentivi all'adozione di strategie imprenditoriali volte al raggiungimento di una maggiore efficienza e di un ampliamento dell'offerta di beni e servizi, nella convinzione che, qualora si registrino situazioni di elevato potere di mercato di una o più imprese, l'azione dei concorrenti costituisca la forma più efficace per disciplinare i comportamenti delle imprese stesse. In sostanza, quindi, la legge *antitrust* nazionale è espressione del principio secondo il quale la concorrenza, effettiva e potenziale, tra imprese rappresenta lo strumento privilegiato per garantire ai consumatori beni e servizi a prezzi convenienti, nella quantità e della qualità desiderate<sup>19</sup>. E' in questa prospettiva che essa dispone interventi residuali sui comportamenti degli operatori, volti a vietare le restrizioni della con-

<sup>17</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CEE, GUCE C39 del 13.2.1993, punto 4.

<sup>18</sup> Sotto questo profilo, assai diverso è l'approccio seguito nella legge 29 marzo 1999, n. 78, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo equilibrato dell'emittenza televisiva e per evitare la costituzione o il mantenimento di posizioni dominanti nel settore radiotelevisivo, che, ad esempio, all'art. 2 ha stabilito un limite — ancorché suscettibile di deroghe e modifiche — alla disponibilità in esclusiva di diritti televisivi in forma criptata sulle partite di calcio della serie A per la pay-tv.

<sup>19</sup> In proposito il primo Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato commentando il ruolo della legge n. 287/90 nel nostro ordinamento, osservava che la disciplina della concorrenza possiede una «peculiarità (...) che la proietta al di là del campo strettamente economico in cui d'abitudine essa viene circoscritta. Tale disciplina incide invero anche sul piano sociale, non solo perché dà attuazione ad una libertà prevista dalla Costituzione, ma perché è anche protesa profondamente verso la tutela del consumatore: il quale trova sì la sua diretta protezione in altra normativa, per lui esclusivamente dettata, ma indirettamente è tutelato da quella in oggetto per gli effetti che un libera concorrenza e la regolarità del mercato possono produrre nei confronti dell'intera collettività sul binomio prezzo-qualità»: F. SAJA, «L'autorità garante della concorrenza e del mercato: prime esperienze e prospettive di applicazione della legge», in *Giur. Comm.*, 1991, 455.

correnza realizzate artificialmente tramite intese e operazioni di concentrazione suscettibili di peggiorare l'efficienza del mercato e le condizioni dei consumatori, e ad impedire e reprimere le azioni delle imprese che, in quanto collocate in una posizione di dominio su un determinato mercato, possono ostacolare o distorcere illecitamente il processo concorrenziale<sup>20</sup>.

Con riferimento ai caratteri della disciplina, ed in particolare al suo ambito di applicazione, va inoltre sottolineato che le disposizioni a tutela della concorrenza sono rivolte sia alle imprese pubbliche che a quelle private (art. 8, comma 1). L'unico limite, di stretta interpretazione, alla loro applicazione, riguarda condotte di imprese a cui sia stata normativamente conferita la titolarità di servizi di interesse economico generale<sup>21</sup> (art. 8, comma 2, legge n. 287/90 e art. 86, paragrafo 2, Trattato), ma solo per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti ad esse affidati. Inoltre, in linea con la restrittiva giurisprudenza comunitaria ribadita anche in una recente pronuncia del Tribunale di Primo Grado<sup>22</sup>, la normativa antitrust italiana non si applica laddove gli atti o i comportamenti imprenditoriali siano direttamente imposti da interventi pubblici di natura regolamentativa che non lascino alle imprese alcun margine di autonomia<sup>23</sup>.

In caso di accertamento di illeciti concorrenziali connotati da gravità, l'Autorità applica delle sanzioni amministrative commisurate al fatturato delle imprese coinvolte<sup>24</sup>.

Oltre al controllo delle condotte d'impresa, una parte fondamentale delle attribuzioni dell'Autorità, funzionali alla tutela della concorrenza, è costituito dal potere c.d. di *advocacy*, vale a dire consultivo e di segna-

<sup>20</sup> In questi termini, con riferimento alla normativa antitrust italiana, vedi G. BRUZZONE, P. FATTORI, A. HEIMLER, «Politiche per la concorrenza e benefici per il consumatore», in *Concorrenza e Mercato* n. 5/1997, 343 ss. Si veda altresì A. PERA, «Politica della concorrenza e normativa antitrust in Italia», in *Anuario de la Competencia*, 1997, 423 ss.

<sup>21</sup> Tra cui, ad esempio, servizi con carattere di universalità, che debbano essere resi disponibili o accessibili a condizioni eque e non discriminatorie in modo capillare ad un'ampia platea di utenti, come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Si veda, in particolare la celebre sentenza nel caso *Corbeau* (sentenza del 19 maggio 1993, causa C-320/91, Racc., I-2533, par. 13). Di particolare rilievo sono anche le Comunicazioni della Commissione: su *Il Servizio Universale di telecomunicazioni nella prospettiva di un contesto pienamente liberalizzato*, del 13.3.1996 [COM(96)73 def]; su *I servizi di interesse generale in Europa*, del 20.9.2000 [COM(2000)580 def]. In dottrina, G. TESAURO, «Intervento pubblico in economia e art. 90, n.2, del Trattato CE», in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 3/96, 719 ss. In relazione all'interpretazione restrittiva dell'art. 8, legge n. 287/90, si veda da ultimo, Tar del Lazio, I, sentenza del 18 ottobre 2000, n. 8339.

<sup>22</sup> Cfr. Tribunale di Primo Grado, sentenza 30 marzo 2000, causa T-513/93, Consiglio Nazionale Spedizionieri Doganali.

<sup>23</sup> Sull'impatto delle misure normative sull'applicabilità delle regole di concorrenza si rinvia a M. TODINO, P. CASSINIS, «Misure normative e applicabilità alle imprese della disciplina della concorrenza - Recenti sviluppi giurisprudenziali», in *Concorrenza e Mercato*, n. 8/2000, 381.

<sup>24</sup> Sotto il profilo sanzionatorio, si osserva che secondo una recente disposizione di legge (legge n. 388/2000, legge finanziaria per il 2001, art. 148) gli importi delle sanzioni amministrative irrogate dall'Autorità alle imprese, per lo più, a seguito dell'accertamento di intese o abusi di posizioni dominanti, devono essere destinate ad «iniziative a vantaggio dei consumatori».

lazione (artt. 21 e 22 delle legge), nei confronti di Parlamento, Governo e pubbliche amministrazioni, di cui l'Autorità ha fatto ampio uso nel tentativo di rimuovere o prevenire ingiustificate distorsioni al corretto ed efficiente funzionamento dei mercati da parte di determinati assetti normativi e regolamentari, specie nel corso dei processi di liberalizzazione e ri-regolazione che hanno interessato il nostro paese a partire dagli anni novanta, spesso sotto l'impulso di processi di riforma avviati a livello comunitario<sup>25 26</sup>.

#### 4. LE DISPOSIZIONI DELLA LEGGE 287/90 E GLI INTERESSI DEI CONSUMATORI

Svolte queste considerazioni di carattere generale e venendo ora più direttamente al tema del rilievo dell'interesse dei consumatori nell'ambito della normativa *antitrust*, si può muovere dall'ovvia constatazione che i consumatori sono espressamente menzionati da varie disposizioni della legge n. 287/90. Particolare evidenza assume, in questa prospettiva, l'art. 12 della legge, che sotto un profilo procedurale, nel descrivere il potere dell'Autorità di procedere *ex officio* alle istruttorie in materia di intese ed abusi di posizione dominante in base ad elementi in suo possesso, riconosce un potere di segnalazione e denuncia non solo alle pubbliche amministrazioni o a chiunque vi abbia interesse, ma anche alle

<sup>25</sup> L'importanza del ruolo di *advocacy* svolto dall'Autorità nel quadro della riforma della regolamentazione in atto, trova un suo riconoscimento, da ultimo, nel rapporto dell'OCSE dal titolo *Regulatory Reform in Italy*, 2001.

<sup>26</sup> Per completezza, si osserva che, da ultimo la legge 5 marzo 2001, n. 57, Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati, collegata alla legge finanziaria per il 2001, ha esteso le competenze dell'Autorità. In particolare, il nuovo comma 3-bis, dell'art. 9 della legge n. 192/1998 dispone che «*Ferma restando l'eventuale applicazione dell'articolo 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può, qualora ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria, procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso detto abuso*». Inoltre, all'articolo 8 della legge n. 287/90 sono aggiunti alcuni commi: «*2-bis. Le imprese di cui al comma 2, qualora intendano svolgere attività in mercati diversi da quelli in cui agiscono ai sensi del medesimo comma 2, operano mediante società separate. 2-ter. La costituzione di società e l'acquisizione di posizioni di controllo in società operanti nei mercati diversi di cui al comma 2-bis sono soggette a preventiva comunicazione all'Autorità. 2-quater. Al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, qualora le imprese di cui al comma 2 rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate nei mercati diversi di cui al comma 2-bis beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte ai sensi del medesimo comma 2, esse sono tenute a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti. 2-quinquies. Nei casi di cui ai commi 2-bis, 2-ter e 2-quater, l'Autorità esercita i poteri di cui all'articolo 14. Nei casi di accertata infrazione agli articoli 2 e 3, le imprese sono soggette alle disposizioni e alle sanzioni di cui all'articolo 15. 2-sexies. In caso di violazione degli obblighi di comunicazione di cui al comma 2-ter, l'Autorità applica la sanzione amministrativa pecuniaria fino a lire 100 milioni*». Infine, la disposizione sulle sanzioni amministrative in materia di intese ed abusi (art. 15) è stata modificata, semplificandola, eliminando sia il previgente limite minimo dell'1% del fatturato, sia il riferimento al fatturato «del prodotto» da prendere in considerazione in sede di quantificazione.



associazioni dei consumatori interessate. Si è dell'avviso, tuttavia, che data l'ampiezza del sistema di legittimazione alla denuncia delineato dal legislatore, riconosciuto in sostanza a qualsiasi soggetto interessato — senza peraltro vincolare l'Autorità nella valutazione degli elementi portati a sua conoscenza ai fini dell'avvio di una formale istruttoria— l'individuazione della reale consistenza degli interessi dei consumatori in relazione alla disciplina *antitrust* debba essere condotta essenzialmente in relazione alle disposizioni sostanziali che disciplinano le condotte delle imprese <sup>27 28</sup>.

A tale riguardo, la legge, come noto, ha introdotto tre ipotesi di illecito —riguardanti le intese, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni— relative a comportamenti d'impresa, e questa, da intendersi in un'accezione ampia di natura economica <sup>29</sup>.

In primo luogo, sono vietate le intese, orizzontali e verticali —siano esse accordi, pratiche concordate o deliberazioni di organismi associa-

<sup>27</sup> Nell'ambito della disciplina delle procedure istruttorie, ispirata a principi di democrazia procedimentale, sono garantite ampie forme di partecipazione anche alle associazioni di consumatori interessate. In particolare, alla possibilità di denunciare infrazioni anticoncorrenziali fornendo elementi utili ai fini dell'istruttoria sono collegate anche delle garanzie procedurali, qualora l'istruttoria venga effettivamente aperta, quali la notificazione dell'atto di avvio dell'istruttoria (cfr. art. 6, comma 4, regolamento di procedura, DPR n. 217/98), la facoltà di partecipare al procedimento con memorie, documenti, deduzioni e pareri, di accedere ai documenti (nei limiti previsti dall'art. 13 del regolamento di procedura), nonché di essere sentiti all'inizio ed alla fine della procedura, in occasione dell'audizione che si svolge dinanzi al Collegio (cfr. art. 7, commi 1-3, e art. 14 del regolamento di procedura). Ai soggetti, tra cui le associazioni dei consumatori, che -denunciato all'Autorità la condotta in relazione alla quale sia stata avviata l'istruttoria pur non avendo— possano derivare da essa un pregiudizio diretto, attuale ed immediato è inoltre consentito di intervenire nel procedimento (motivando la sussistenza del predetto interesse ad intervenire ai sensi dell'art. 7, comma 1, del regolamento di procedura e secondo le modalità ivi previste).

<sup>28</sup> Coerentemente al ruolo di tutela e garanzia della concorrenza nei mercati proprio dell'Autorità, in giurisprudenza è stato più volte ribadito, che al diritto di un'associazione di consumatori di partecipare ad una procedura istruttoria dell'Autorità non corrisponde una situazione giuridica sostanziale tale da legittimare la stessa ad impugnare il provvedimento dinanzi ai giudici amministrativi. A tal riguardo, si vedano in particolare la sentenza del Tar del Lazio, Sez. I, n. 1474/95 e la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1792/96, nella quale si è negato ad un'associazione di consumatori, intervenuta nell'istruttoria dell'Autorità e nel successivo giudizio d'impugnazione dinanzi al Tar di appellare la sentenza, vertendosi di procedimenti repressivi, rispetto ai quali la situazione giuridica sostanziale dell'associazione dei consumatori non si qualifica come diritto soggettivo o interesse legittimo per effetto dell'intervento nel procedimento amministrativo, consentito dalla legge ai portatori di interessi diffusi (in *Giorn. Dir. Amm.*, 1997, 443, con nota di M. LIBERTINI). Dal predetto orientamento giurisprudenziale, in dottrina, se ne è dedotto che nell'ambito della disciplina *antitrust* sia esclusa la diretta rilevanza dell'interesse dei consumatori: in questi termini, A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, 1998, 65; sul punto si vedano, da ultimo, anche le osservazioni di M. ARGENTATI, nel senso che la legge n. 287/90 non tutela direttamente gli interessi dei consumatori (in *Giorn. Dir. Amm.* n. 1/2001, 50-51).

<sup>29</sup> La nozione ampia e funzionale di impresa è oramai accolta pacificamente dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale (cfr. per tutte, in ambito comunitario, le sentenze della Corte di Giustizia del 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Helser*, in Racc., I-2010; del 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali*, Racc., I-3851; del 12 settembre 2000, cause riunite C-180/98 e C-184/98, caso *Pavlov*, inedita; a livello nazionale, cfr. TAR del Lazio, Sez. I, sent. n. 476/96, *Amministratori di Condominio*; ed in particolare la sent. n. 466/2000, *Ordini Professionali*, in in Foro It., n. 4/2000, con nota di L. Di Via-R. Pardolesi). Sulla nozione d'impresa ai fini del diritto della concorrenza, si veda da ultimo W. P. J. WILS, «The undertaking as subject of the EC competition

tivi— «che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante», attraverso alcune condotte indicate in via esemplificativa (articolo 2, comma 2).

Tuttavia, ai sensi dell'articolo 4 (deroghe al divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza) le intese altrimenti vietate ex art. 2, legge 287/90, in quanto restrittive in modo sensibile della concorrenza, tenuto conto del contesto economico e giuridico del caso di specie<sup>30</sup>, possono essere temporaneamente autorizzate—in via esclusiva— da parte dell'Autorità Garante, laddove i temuti effetti restrittivi della concorrenza siano compensati da guadagni di efficienza. Ai fini di tale complessa valutazione, di cui è stata posta in luce la natura discrezionale<sup>31</sup>, la norma nazionale (al pari di quella comunitaria) pone quattro condizioni, due di segno positivo, e due di segno negativo.

Tra le condizioni positive, oltre al miglioramento delle condizioni dell'offerta (in termini di aumento quantitativo e qualitativo della produzione e distribuzione, progresso tecnico e tecnologico), è richiesto —per ciò che in questa sede maggiormente rileva— che dall'intesa derivi un «*sostanziale beneficio per i consumatori*»<sup>32</sup>. Tra le condizioni di segno negativo si annovera un criterio di necessità e proporzionalità tra le restrizioni della concorrenza ed i predetti effetti benefici<sup>33</sup>, e soprattutto la condizione secondo cui, per effetto dell'intesa, non venga eliminata la concorrenza dal mercato<sup>34</sup>.

Quanto all'esatta rilevanza e significato della condizione consistente nel «*sostanziale beneficio per i consumatori*», è opportuno svolgere alcune importanti precisazioni.

Per un verso, infatti, occorre subito mettere in luce che —a differenza che nelle discipline poste a protezione diretta dei consumatori, tra cui, nel nostro ordinamento la legge 14 agosto 1998, n. 281— il termine «con-

law and the imputation of infringements to natural or legal persons», *European Law Review*, n. 2/2000, 99 ss.

<sup>30</sup> Con riferimento al rilievo dell'analisi economica nell'applicazione della legge antitrust, con particolare riferimento alle intese, si veda R. PARDOLESI, «Analisi economica della legislazione antitrust italiana», in *Analisi Economica del Diritto Privato*, a cura di G. ALPA, P. CHIASSONI, A. PERICU, F. PULITINI, S. RODOTÀ, F. ROMANI, Milano, 1998. Nella giurisprudenza comunitaria si veda da ultimo la sentenza della Corte di Giustizia del 7 dicembre 2000, causa C-214/99, inedita.

<sup>31</sup> Sul punto si veda M. CLARICH, «Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato», in *Dir. Amm.*, 1993, 92-93; M. D'ALBERTI, «Autorità Indipendenti», in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1995, 5.

<sup>32</sup> Nell'art. 81, paragrafo 3, del Trattato, è richiesta la congrua partecipazione degli «*utilizzatori*» all'utile.

<sup>33</sup> Il ché spesso si risolve nella verifica se in concreto non esistano modalità meno restrittive per conseguire benefici analoghi.

<sup>34</sup> Da notare che questa condizione è espressamente richiamata anche nel Regolamento n. 4064/89, come modificato dal Regolamento n. 1310/97, con riferimento alla valutazione delle imprese comuni strutturali cooperative (art. 2, comma 4).

sumatore» non identifica soltanto gli «end-users»<sup>35</sup> ma, più in generale, tutti gli acquirenti dei prodotti o servizi oggetto dell'intesa e comprende anche gli utilizzatori intermedi (industriali o commerciali), quindi degli imprenditori essi stessi<sup>36</sup>.

Per altro verso, va osservato in termini generali che, pur se non sono mancate decisioni in cui l'esenzione è stata negata per la mancanza di condizioni che garantivano o rendevano probabile una congrua partecipazione degli utilizzatori ai vantaggi dell'intesa, il realizzarsi di questa condizione anche a livello comunitario, è stata riscontrata con relativa facilità, nella prassi applicativa della Commissione ed anche dell'Autorità. Si è, infatti, ritenuto che allorquando l'intesa realizzi un miglioramento in termini di efficienza nella produzione o distribuzione dei prodotti o servizi, ovvero un progresso tecnico o economico (ad esempio, miglioramento della quantità, qualità o gamma dei prodotti/servizi o di prodotti innovativi; riduzione dei prezzi, ecc.), senza peraltro pregiudicare la permanenza di un sufficiente grado di concorrenza nel mercato rilevante, una parte dei vantaggi dell'intesa vengono normalmente trasferiti ai consumatori finali o intermedi, i quali, per effetto di essa potranno disporre, a seconda dei casi, di una gamma più ampia di prodotti, di prodotti tecnologicamente più avanzati, ovvero a prezzi più vantaggiosi, a meno che non vi siano elementi che rendano improbabile la partecipazione dei consumatori a detti benefici<sup>37</sup>.

Particolarmente indicative, in questo senso, considerato il loro carattere interpretativo e di indirizzo, che recepisce la maggiore influenza dell'analisi economica nell'applicazione del diritto della concorrenza, sono le recenti *Guidelines* adottate dalla Commissione sugli *accordi di cooperazione orizzontali* tra imprese, nelle quali si chiarisce che il presupposto secondo il quale ai consumatori deve essere riservata una congrua parte

<sup>35</sup> Sotto questo profilo, vi è una rilevante differenza tra la categoria dei consumatori alla cui tutela sono rivolti in generale gli articoli 3, lett. t, e 129 A del Trattato —poi sostituito dal Trattato di Amsterdam e rinumerato in art. 153— nonché le direttive adottate sulla base di tali norme e la categoria dei consumatori in senso lato (e comprensiva anche di imprese intermedie) presa in considerazione dalle norme a tutela della concorrenza. E' stato osservato che, benchè nelle singole direttive a tutela dei consumatori manchi una definizione unitaria di consumatore, esso è comunque considerato come un soggetto non professionista, vale a dire come «*colui che acquista beni e servizi per scopi non connessi con l'esercizio di un'attività professionale*»: G. ALPA, «Proposte di modifica del Trattato CEE in tema di tutela del consumatore», in *Contratto e Impresa Europa*, n. 1/96, 372. Giova anche rilevare che la definizione di consumatore contenuta nella Carta europea di protezione dei consumatori, approvata dal Consiglio d'Europa nel 1973, si riferiva solo ai consumatori finali, vale a dire ad «*ogni persona, fisica o morale, alla quale siano venduti beni o forniti servizi per uso privato*».

Come accennato nel testo, la legge n. 281/1998, all'art. 2, comma 1, lett a) definisce espressamente consumatori e utenti «*le persone fisiche che acquistano beni o servizi per scopi non riferibili all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*».

<sup>36</sup> Cfr. R. PARDOLESI, in *Diritto Antitrust Italiano* (a cura di A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L. C. UBERTAZZI), Bologna, I, 1993, 415; V. MANGINI, G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, Torino, 2000, 39 e 102.

<sup>37</sup> Cfr. sul punto I. VAN BAELE, J. F. BELLIS, *Il diritto della concorrenza nella Comunità europea*, Torino, 1995, 62; J. FAULL, A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford, 1999, 110.

dell'utile va inteso nel senso che «*i benefici economici dell'accordo non devono affluire esclusivamente alle parti dell'accordo, ma devono tornare anche a vantaggio dei consumatori o utilizzatori*», precisando peraltro che «*in generale, la trasmissione dei vantaggi ai consumatori dipenderà dall'intensità della concorrenza sul mercato rilevante*». Infatti, «*a condizione che sul mercato sussista una concorrenza sufficiente che vincoli effettivamente le parti, il processo competitivo garantirà di regola che i consumatori ricevano una congrua parte dei vantaggi economici*»<sup>38</sup>. In termini analoghi si esprimono anche le *Guidelines sulle restrizioni verticali*<sup>39</sup>, elaborate dalla Commissione a seguito dell'adozione del Regolamento comunitario di esenzione per categoria n. 2790/1999. Viceversa, neppure incrementi di efficienza anche molto elevati connessi ad accordi di cooperazione orizzontali o verticali possono giustificare l'eliminazione di una concorrenza efficace nel mercato rilevante, come quando le imprese già detengano o vengano a detenere, tramite detti accordi, una posizione dominante<sup>40</sup>.

Queste precisazioni, se per un verso rivelano una particolare attenzione da parte delle norme nazionali e comunitarie agli effetti del coordinamento tra le imprese sul *surplus* del consumatore nel singolo mercato rilevante (non accontentandosi di apprezzare il *surplus* totale in quel mercato ovvero anche in altri mercati), sottolineando l'importanza di profili di efficienza distributiva e non solo allocativa<sup>41</sup>, per un altro verso confermano l'esistenza di un nesso tra tutela dei consumatori/utilizzatori e tutela della struttura concorrenziale del mercato, nonché la natura per lo più «derivata» della tutela dei consumatori dall'esistenza di un contesto di mercato concorrenziale.

In secondo luogo, la legge antitrust vieta l'abuso da parte di una o più imprese<sup>42</sup> «*di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale*

<sup>38</sup> Cfr. «Linee Diretrici sull'applicabilità dell'art. 81 del Trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale», in *GUCE* C3 del 6.1.2001, paragrafo 34.

<sup>39</sup> In esse, la Commissione nell'analizzare le condizioni per il rilascio di un'esenzione individuale ad accordi verticali non rientranti nell'ambito dell'esenzione per categoria del Regolamento n. 2790/1999, dopo aver indicato che «*i vantaggi in termini di efficienza devono apportare benefici non solo alle parti ma anche ai consumatori*», osserva che «*in linea generale il trasferimento dei vantaggi ai consumatori dipenderà dall'intensità della concorrenza nel mercato rilevante. Normalmente la pressione concorrenziale farà sì che i risparmi sui costi vengano trasferiti attraverso un abbassamento dei prezzi o che le imprese siano incentivate a introdurre nuovi prodotti nel mercato il più velocemente possibile*». Sul punto la Commissione conclude osservando che «*pertanto se nel mercato si mantiene un livello di concorrenza tale da limitare efficacemente le parti dell'accordo, il processo concorrenziale garantirà in una situazione normale che i consumatori ricevano una congrua parte dei vantaggi economici*»; «Linee Diretrici sulle restrizioni verticali», in *GUCE* C291 del 13.10.2000, paragrafo 136.

<sup>40</sup> Questa rappresenta la quarta ed ultima condizione (negativa) per ottenere l'esenzione; cfr. le *Linee Diretrici* sugli accordi di cooperazione e sulle restrizioni verticali, citati, rispettivamente, ai paragrafi 36 e 135.

<sup>41</sup> In tal senso, si veda R. VAN DER BERGH, *The difficult reception of economic analysis in European competition law*, intervento al convegno «Post Chicago developments in antitrust analysis», Taormina 26-28 ottobre 2000 (dattiloscritto).

<sup>42</sup> Il riferimento ad una pluralità di imprese rappresenta la base giuridica della particolare fattispecie dell'abuso di posizione dominante collettiva, che è stata oggetto di una recente pronuncia della Corte di giustizia, sent. 16 marzo 2000, causa C-395/96P e C-396/96P, caso *Cewal*, inedita;

o in una sua parte rilevante» (art. 3 della legge ed art. 82 del Trattato). Come noto, i comportamenti abusivi —vietati in quanto posti in essere da un'impresa che essendo dominante opera in un contesto di mercato caratterizzato da ridotta concorrenza— sono in genere ricondotti a due categorie generali, in relazione ai loro possibili effetti, segnatamente: i) i c.d. *abusi di sfruttamento*, vale a dire pratiche tramite le quali l'impresa utilizza e sfrutta a proprio vantaggio il potere di mercato che detiene sul mercato rilevante in diversi modi, ad esempio, fissando prezzi o altre condizioni di vendita eccessivamente gravose, discriminando tra i diversi clienti in relazione alla loro specifica capacità di pagare, ovvero collegando la vendita di un prodotto a separati obblighi di natura contrattuale (c.d. *tying*); ii) i c.d. *abusi di impedimento (o escludenti)*, vale a dire pratiche tramite le quali un'impresa ostacola la concorrenza, per lo più nel contesto di un comportamento strategico, ad esempio rifiutando ingiustificatamente la vendita di beni o servizi, aumentando i costi d'accesso al mercato di eventuali concorrenti (c.d. *raising rival costs*), o ancora fissando prezzi di tipo predatorio.

Nell'elencare, in maniera peraltro non tassativa, taluni dei possibili comportamenti abusivi, l'art. 3, lett. b), legge 287/90 indica quello consistente nell'«*impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori*»<sup>43</sup>.

Nonostante il tenore letterale della norma in esame possa far apparire la stessa come uno strumento di tutela «diretta» dei consumatori/utilizzatori, essa ha di mira piuttosto la struttura concorrenziale del mercato, essendo volta a colpire le condotte strategiche dell'impresa dominante per ostacolare l'ingresso sul mercato di un concorrente (o costringerlo a uscirne) o per monopolizzare un mercato connesso. Inoltre, presupposto per l'applicazione di tale norma è, come noto, la sussistenza di una posizione dominante in capo all'impresa agente che consenta a quest'ultima «*di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva*» nel mercato rilevante, quest'ultimo previamente definito in senso economico<sup>44</sup>. In tale contesto, il riferimento al «danno dei consumatori» di cui all'art. 3, lett. b) legge n.287/90 (e art. 82, paragrafo 2, lett. b), non potrebbe condurre *di per sé* a qualificare automaticamente come abusivi dei comportamenti d'impresa che, ancorché apparentemente pregiudizievoli per i consumatori/utilizzatori, in realtà non ostacolano, né riducono la permanenza di

per una ricostruzione dell'istituto alla luce della recente giurisprudenza, si veda, C. RIZZA, «La posizione dominante collettiva nella giurisprudenza comunitaria», in *Concorrenza e Mercato*, n. 8/2000, 509 ss.

<sup>43</sup> Analogamente, l'art. 82, paragrafo 2, lett. b) del Trattato recita «*limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori*».

<sup>44</sup> Sulla definizione del mercato rilevante, si vedano i criteri indicati nella Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, GUCE C372 del 9.12.1997; cfr. G. BRUZZONE, *L'individuazione del mercato rilevante nella tutela della concorrenza*, collana Temi e Problemi a cura dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (n. 1), giugno 1995.

una concorrenza effettiva nel mercato rilevante ovvero siano oggettivamente giustificati<sup>45</sup>. Viceversa, la sussistenza di conseguenze pregiudizievoli per i consumatori —in presenza degli altri presupposti del divieto— può costituire un elemento che concorre alla qualificazione del comportamento posto in essere dall'impresa in posizione dominante come abusivo e anche, se del caso, ad apprezzarne la gravità sotto il profilo sanzionatorio<sup>46</sup>. Infine, si osserva che in generale, un comportamento d'impresa può essere considerato abusivo anche in assenza di un danno *diretto ed attuale* ai consumatori/utilizzatori e addirittura in presenza di un immediato beneficio per gli stessi (ad esempio, nella prima fase di una strategia di prezzi predatori, caratterizzata da prezzi inferiori ai costi totali o variabili)<sup>47</sup>. Le corti comunitarie hanno infatti considerato sufficiente che le condotte dell'impresa dominante determinino il *rischio* che la struttura concorrenziale del mercato sia pregiudicata, ad esempio, con l'estromissione dal mercato di un concorrente<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> A tal proposito, in dottrina è stato osservato che, ad esempio, la decisione di cessare la produzione di alcuni beni, ancorchè possa recare danno ai consumatori, se giustificata, non può essere qualificata come abuso di posizione dominante: A. FRIGNANI, in *Diritto Antitrust Italiano*, cit., I, 380. Analoghe considerazioni potrebbero essere svolte per il caso di un rifiuto a contrarre giustificato, ad esempio, dall'inadempimento della controparte.

<sup>46</sup> A tal riguardo si veda la recente sentenza del Tar del Lazio, I, n. 11485/2000, punto VII.2, che ha confermato la rilevanza del danno ai consumatori ai fini della valutazione della gravità di abusi di posizione dominante.

<sup>47</sup> A titolo esemplificativo, in relazione alla non essenzialità dell'elemento del danno ai consumatori finali ai fini dell'abuso, nel caso *sip/Telsystem* (1995), l'Autorità qualificò come abusivo ex art. 3, lett. b, della legge il rifiuto ingiustificato di Telecom di fornire le linee affittate ad una impresa *new entrant*, nel mercato appena liberalizzato dei servizi di telefonia a gruppi chiusi di utenti, impedendo ad essa l'accesso a tale nuovo mercato. In tal caso, se certamente Telsystem poteva lamentare un grave danno —poi risarcito in sede civile dalla Corte d'Appello di Milano— il danno ai consumatori finali era ipotetico, non avendo Telsystem iniziato ad operare, mentre assai limitato era anche il danno subito dai clienti di quest'ultima. Nello stesso senso si veda, ad esempio, anche il caso *FIAT Ferroviaria/Goriziane* (1998) in cui la violazione dell'art. 3, lett. b, era stata riscontrata avendo Fiat Ferroviaria rifiutato la fornitura di pezzi di ricambio per locomotori in occasione di una gara indetta da un ente ferroviario impedendo così lo sviluppo della concorrenza nella revisione dei motori diesel per locomotori; detta condotta era stata considerata come recante danno «*non solo agli altri partecipanti alla gara, ma anche agli enti ferroviari che sono stati privati della possibilità di scelta tra offerte alternative*». Anche in dottrina è stato sottolineato che il riferimento al danno dei consumatori non costituisca un elemento costitutivo della fattispecie, ma piuttosto una delle possibili conseguenze dell'illecito: Cfr. sul punto V. MANGINI, G. OLIVIERI, cit., 67; P. FATTORI, *La tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Raccolta degli atti del IV convegno Antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario, a cura di E. A. RAFFAELLI, Milano, 2000, 307. Sotto questo profilo non può essere attribuita portata generale alla sentenza del Consiglio di Stato, VI, del 17.2.1999, n. 172 che, peraltro in *obiter dictum*, ha indicato come presupposto necessario della fattispecie di abuso in parola l'esistenza di «*un pregiudizio ai danni dei consumatori, sub specie di variazioni peggiorative su prezzi, quantità e varietà dei prodotti immessi sul mercato*».

<sup>48</sup> Si veda a tal proposito, la sentenza della Corte di Giustizia del 14 novembre 1996, causa C-333/94P, caso *Tetra Pak International*, Racc., I-5987, punto 44, dove si statuisce l'irrilevanza della «*dimostrazione del fatto che la Tetra Pak disponeva di una effettiva possibilità di recupero delle perdite subite. Infatti, una pratica di prezzi predatori deve potersi sanzionare non appena sussista il rischio di eliminazione dei concorrenti*»; cfr. anche Tribunale di Primo Grado, sentenza del 7 ottobre 1999, causa T-228/97, caso *Irish Sugar*, punto 170.

Ciò detto, occorre osservare che il divieto di abuso di posizione dominante può riguardare anche condotte poste in essere direttamente nei confronti di consumatori finali, rientrando tra gli abusi di sfruttamento, consistenti ad esempio, nell'imporre prezzi o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose<sup>49</sup> o nell'imporre prestazioni gemellate [fattispecie previste, rispettivamente, dall'art. 3, lett. a), e lett. d), legge n. 287/90]<sup>50</sup>.

In terzo luogo, la legge n.287/90 vieta (solo) le operazioni di concentrazione restrittive della concorrenza, individuate come quelle che comportano «*la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in maniera sostanziale e durevole la concorrenza*» (articolo 6, comma 1).

In particolare, l'articolo 6, comma 1, della legge n. 287/90, tra i criteri per valutare *ex ante* se l'operazione ad essa comunicata —tenuto conto delle condizioni di concorrenza effettiva e potenziale nei mercati rile-

<sup>49</sup> Va ricordato, in ogni caso, che la fattispecie dei prezzi ingiustificatamente gravosi di cui all'articolo 3, lett. a), della legge n. 287/90, modellato sull'articolo 81, lett. a), del Trattato, assume un carattere peculiare nell'ambito della disciplina *antitrust*, trattandosi di una disposizione di difficile applicazione, in relazione sia all'accertamento dei costi sopportati dalle imprese, che alla valutazione del carattere «non equo» di un prezzo, ciò che spiega la sporadicità dei casi, comunitari e nazionali, volti all'accertamento di illeciti fondati su violazioni di tale fattispecie. Per un approfondimento delle problematiche di questa figura di abuso, cfr. V. MELI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi «non equi»*, Milano, 1989. A titolo esemplificativo, uno dei pochi abusi di questo tipo accertati dall'Autorità —caso *Viacard* (1994)— ha riguardato un abuso di posizione dominante consistente nell'adozione di un piano di automatizzazione dei pedaggi autostradali, che aveva comportato l'eliminazione in cinque caselli a elevato scorrimento del servizio di pagamento per contanti, lasciando come uniche modalità di pagamento istantaneo, l'utilizzo di tessere Viacard o del sistema di pagamento Telepass. Nel corso dell'istruttoria era stato ravvisato che l'uso esclusivo della Viacard o del Telepass rappresentava per una considerevole fascia di utenti «un disagio ingiustificato». Tra le ragioni di tale disagio, l'Autorità aveva considerato che l'acquisto delle tessere comportava un esborso anticipato di un importo notevolmente superiore ai pedaggi dovuti dagli utilizzatori abituali dei caselli automatizzati, oltre alla «scarsa propensione per la maggior parte dei consumatori di avvalersi di strumenti di pagamento diversi dalla moneta». Un altro caso trattato dall'Autorità è stato *SILB/SAE* (1995).

<sup>50</sup> Sotto questo profilo, va anche segnalata una recente ed innovativa decisione della Commissione sulla *Coppa del mondo di calcio 1998*, (decisione del 20.7.1999, *GUCE* L5 del 8.1.2000) nella quale è stato accertato un abuso per violazione dell'art. 82 del Trattato da parte del Comitato organizzatore (CFO) in relazione alla discriminazione operata nella vendita di biglietti di quella manifestazione sportiva ai consumatori finali non residenti in Francia. In particolare, la Commissione ha applicato il divieto generale dell'art. 82 poiché il «CFO ha abusato della propria posizione dominante sul mercato rilevante in quanto ha imposto condizioni commerciali non eque alle persone non residenti in Francia, con conseguente limitazione del mercato in danno di tali consumatori» (§§ 88 e 91).

Occorre osservare che questa decisione —che la stessa Commissione ha definito come sensibilmente innovativa rispetto alla sua prassi ed ai precedenti della Corte di Giustizia (§ 123)— benchè in essa la Commissione consideri l'art. 82 del Trattato come applicabile a «*situazioni in cui il comportamento di un'impresa dominante danneggia direttamente gli interessi dei consumatori pur non esplicando effetti sulla concorrenza*» (§ 100) appare fortemente influenzata dal fatto che la condotta in esame era rappresentata da una forma di discriminazione tra cittadini comunitari, basata sulla loro nazionalità: infatti, secondo la Commissione, il CFO «*indirettamente determinò una discriminazione fondata sulla cittadinanza degli stessi [consumatori non domiciliati in Francia] in violazione dei principi fondamentali del diritto comunitario*» anche in assenza di vantaggi commerciali o di altra natura per l'impresa dominante (§ 101).

vanti— sia suscettibile di costituire o rafforzare una posizione dominante (singola o oligopolistica) tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza, indica la «*possibilità di scelta dei fornitori e degli utilizzatori*», peraltro riflettendo solo in parte quanto previsto dalla corrispondente norma del Regolamento n. 4064/89 che all'art. 2, paragrafo 1, lett. b —diversamente dalla citata norma nazionale— fa riferimento esplicito anche agli «*interessi dei consumatori intermedi e finali*».

A tal riguardo, si può osservare che, anche a prescindere da questo elemento di difformità testuale rispetto alla corrispondente disposizione comunitaria, la norma in esame conferisce un certo potere discrezionale di valutazione all'Autorità (così come alla Commissione), anche perché essa non stabilisce alcun ordine gerarchico tra i diversi criteri di cui tener conto nell'apprezzare i probabili effetti dell'operazione, nè il loro peso specifico<sup>51</sup>.

Più in generale, l'obiettivo primario del controllo delle concentrazioni è, come chiaramente indicato dalle norme nazionali e comunitarie<sup>52</sup>, quello di prevenire, in base ad una valutazione prognostica, che tramite fenomeni di crescita esterna, si formino o rafforzino in maniera stabile e duratura posizioni di elevato potere di mercato che possano pregiudicare la struttura del mercato (anche in senso oligopolistico) ed ostacolare la concorrenza effettiva e potenziale in esso, piuttosto che tutelare in via diretta gli interessi dei consumatori finali.

Ciò detto, sebbene la normativa italiana sia meno esplicita sul punto di quella comunitaria<sup>53</sup>, generalmente non si ritiene ammissibile compensare il peggioramento delle condizioni di concorrenza derivanti dall'aumento del potere di mercato di un'impresa (ed eventuali perdite per i consumatori) con eventuali guadagni di quest'ultima in termini di efficienza o con la realizzazione di un particolare progresso tecnico o tecnologico (c.d. *efficiency defence*<sup>54</sup>). Né potrebbe essere autorizzata

<sup>51</sup> Cfr. A. FRIGNANI, M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, 700.

<sup>52</sup> Cfr. l'art. 6, comma 1, prima parte, legge n. 287/90; cfr. anche l'art. 2, 1 comma, lett.a), Reg. 4064/89 che identifica «*la necessità preservare e sviluppare una concorrenza effettiva nel mercato comune*». Si consideri a tal riguardo la decisione *Aerospaziale-Alenia/De Havilland* (1991, GUCE L334) con cui venne vietata una concentrazione in ragione degli effetti anticoncorrenziali della stessa per le imprese concorrenti, ancorchè essa avrebbe consentito l'offerta di una gamma più completa di prodotti ad una clientela allargata.

<sup>53</sup> Come detto, l'art. 2, comma 1, lett. b) del reg. 4064/89, prevede infatti tra i criteri di valutazione delle concentrazioni, che si tenga conto «*dell'evoluzione del progresso tecnico ed economico purchè essa sia a vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza*». Nelle decisioni *MSG/Media Service* (1994, GUCE L364) e *Nordic Satellite Distribution* (1996, GUCE L53), la Commissione ha sottolineato il fatto che il progresso tecnico e tecnologico non doveva essere tale da ostacolare la concorrenza, creando una posizione dominante in capo all'impresa che si concentrava.

<sup>54</sup> Sulla inammissibilità della *defence* da parte della Commissione Europea —diversamente dalla normativa antitrust statunitense, seppure con notevoli limiti— laddove l'operazione comporti la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante, mancando una espressa previsione in tal senso nel Regolamento 4064/89, si veda B. E. HAWK, H. L. HUSER, *European Community merger control: a practitioner's guide*, London-Boston, 1996, 269; C. J. COOK, C. S. KERSE, *EC Merger control*, London, 2000, 178; J. FAULL, A. NIKPAY, *op. cit.*, 1999, 250.



un'operazione che comportasse riduzioni di concorrenza in uno dei mercati interessati per il solo fatto che essa è idonea a produrre effetti positivi in altri mercati<sup>55</sup>.

Dall'analisi della disciplina italiana in materia di concorrenza traspare quindi che essa non si pone in via primaria e diretta a protezione dei consumatori finali<sup>56</sup>, ancorchè dall'efficace funzionamento del meccanismo concorrenziale derivino, come più volte osservato, indubbi benefici ai consumatori.

## 5. CONCLUSIONI

Le considerazioni sin qui svolte —argomentando essenzialmente dagli obiettivi della disciplina *antitrust* italiana e tenuto conto di quelli comunitari, individuati anche sulla scorta dell'analisi delle relative norme sostanziali— conducono a ritenere, come detto, che lo scopo principale dell'introduzione di una legislazione *antitrust* sia quello di garantire la creazione e la permanenza di una struttura concorrenziale del mercato, evitando che le imprese in esso operanti pregiudichino tale struttura coludendo tra loro, sfruttando la propria posizione di dominanza sul mercato ovvero creando o rafforzando artificialmente una tale posizione tramite fenomeni di crescita esterna. La tutela della concorrenza favorisce il realizzarsi di condizioni di efficienza economica e garantisce il benessere sociale e dei consumatori finali in particolare.

La permanenza di un mercato concorrenziale non è quindi solo una condizione necessaria per le imprese per poter esercitare pienamente la loro libertà di iniziativa economica, fondamento di ogni economia di mer-

<sup>55</sup> Cfr. G. BRUZZONE, P. FATTORI, A. HEIMLER, *op. cit.*, 363.

<sup>56</sup> Cfr. sul punto si veda quanto osservato da G. ALPA, il quale, dopo aver sottolineato che «la disciplina della concorrenza, in sé, non offre una tutela diretta degli interessi dei consumatori, ma solo una tutela indiretta e mediata...» —con riferimento alla legge n. 287/90— afferma che «l'impressione che si ricava dalla lettura complessiva del testo e che l'interesse dei consumatori sia preso in considerazione solo come punto di riferimento, come metro di valutazione della anticoncorrenzialità di un atto o di una pratica, cioè come mezzo piuttosto che come fine». *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 1999, 90. Si veda anche C. M. VERARDI, il quale osserva che nonostante la stretta interdipendenza tra la tutela dell'interesse generale del corretto funzionamento del mercato e protezione dei consumatori, la legge sulla concorrenza non rappresenti uno strumento di tutela diretta dei consumatori, in *La tutela collettiva dei consumatori: profili di diritto sostanziale processuale*, B. CAPPONI, M. GASPARI NETTI, C. M. VERARDI, 1995, 85; A. ZITO, *op. cit.*, 47, con riferimento alle disposizioni della legge n. 287/90 osserva che «emerge con chiarezza l'impossibilità di ricavare in modo univoco ... una qualche indicazione rispetto alla rilevanza piena e diretta dell'interesse del consumatore nell'ambito della disciplina in questione». Si è già richiamata sul punto la valutazione di F. SAJA, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato: prime esperienze e prospettive di applicazione della legge*, cit., 455. Sul fronte comunitario, A. FRIGNANI e M. WAELBROECK, sottolineano che «l'interesse dei consumatori presenta, in rapporto alla politica di concorrenza, un carattere derivato e non primario» e che «nel diritto europeo esistono... indici normativi, secondo i quali il benessere dei consumatori è una delle anime dell'*antitrust*»; cfr. *Disciplina della concorrenza nella CE*, cit., 18. In tal senso, sempre con riferimento alle norme comunitarie, si vedano anche le considerazioni svolte da G. ROSSI, in *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle norme bancarie uniformi*, nota alla sentenza del Tribunale di Alba del 12 gennaio 1995, *Giur. It.*, 1996, parte I, Sez. II, 212.

cato, ma rappresenta anche una condizione per consentire agli utenti, intermedi e finali, di esprimere le proprie scelte, tese a soddisfare in maniera più completa e vantaggiosa le proprie esigenze.

Di conseguenza, sembra ancora la tesi più convincente quella per cui la tutela che il consumatore riceve dalla normativa *antitrust* è —per così dire e con le eccezioni sopra messe in luce— essenzialmente il «riflesso» della garanzia della struttura del mercato in senso concorrenziale, mirando tale normativa ad evitare che essa venga «ingessata» da comportamenti limitativi del confronto tra le imprese, ovvero che detta struttura subisca, tramite concentrazioni, delle trasformazioni (in senso monopolistico o oligopolistico) che consentano poi lo sfruttamento del potere di mercato, singolo o congiunto, in tal modo acquisito.

In questi termini, l'intera categoria dei consumatori può essere senz'altro considerata come destinataria finale degli effetti benefici di un sistema improntato sulla libera concorrenza, quale quello a cui si ispirò sin dall'inizio la Comunità Europea.