

INDICE

Introduzione	p. 2
CAPITOLO PRIMO	
La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano e comunitario.	
1. La concorrenza: tentativo di definizione della nozione.	p. 3
2. La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano.	p. 4
2.1. La concorrenza "sleale": risvolti nel codice civile e nella l. 287/1990.	p. 7
3. La tutela della concorrenza nell'ordinamento comunitario.	p. 10
3.1. La fattispecie della concorrenza "sleale" nell'ordinamento comunitario.	p. 13
CAPITOLO SECONDO	
L'evoluzione del principio della concorrenza nella giurisprudenza domestica.	
1. Il principio nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.	p. 15
2. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.	p. 20
2.1. Ammissibilità del sindacato in sede giurisdizionale.	p. 21
CAPITOLO TERZO	
Le nozioni fondamentali del diritto antitrust nella giurisprudenza comunitaria.	
1. La nozione di impresa e di mercato rilevante nella giurisprudenza comunitaria.	p. 24
2. L'art. 101 TFUE e il divieto di intese restrittive.	p. 26
3. L'art. 102 TFUE e il divieto di abuso di posizione dominante.	p. 29
CAPITOLO QUARTO	
La tutela della concorrenza nell'ordinamento spagnolo.	
1. La tutela della concorrenza nell'ordinamento spagnolo: cenni storici.	p. 33
2. L'attuale sistema di tutela concorrenza nell'ordinamento spagnolo.	p. 37
Conclusioni	p. 40
Bibliografia	p. 41

INTRODUZIONE

In questo elaborato è stata compiuta un'analisi del principio della concorrenza, con particolare attenzione a come quest'ultimo si è evoluto sia nell'ambito dell'ordinamento interno che in quello comunitario.

Con riferimento all'Italia, sono state ripercorse tre tappe fondamentali che riguardano il principio e che coincidono con la promulgazione della Costituzione, con la legge 10 ottobre 1990 n. 287, ed infine con la novella costituzionale avvenuta nel 2001, per mezzo della quale è stato riformato il Titolo V della Costituzione ed il principio della concorrenza è stato consacrato nell'ambito dell'art. 117 come materia di competenza esclusiva dello Stato.

La tematica relativa alla concorrenza, intesa sia come fenomeno giuridico che come fenomeno sociale, è stata trattata analizzando la giurisprudenza domestica e quella comunitaria. In riferimento alla prima, nell'elaborato viene analizzato l'atteggiamento del «giudice delle leggi» nell'ambito del percorso evolutivo che ha riguardato il principio nell'ordinamento interno. Per quanto riguarda la giurisprudenza comunitaria sono stati presi in considerazione i concetti fondamentali relativi al diritto *antitrust*, così come la nozione di impresa, di mercato rilevante, le intese vietate e l'abuso di posizione dominante.

Inoltre, in relazione all'ordinamento interno sono state analizzate le funzioni dell'autorità *antitrust* e le problematiche relative al sindacato in sede giurisdizionale delle decisioni assunte da quest'ultima.

In conclusione, è stato dedicato un capitolo all'analisi comparatistica della disciplina della concorrenza, con particolare attenzione alla tutela della concorrenza nell'ordinamento spagnolo.

CAPITOLO PRIMO

LA TUTELA DELLA CONCORRENZA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO E COMUNITARIO

1. La concorrenza: tentativo di definizione della nozione. - 2. La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano. - 2.1. La concorrenza «sleale»: risvolti nel codice civile e nella legge 287/1990. - 3. La tutela della concorrenza nell'ordinamento comunitario. - 3.1. La fattispecie della concorrenza «sleale» nel diritto comunitario.

1. LA CONCORRENZA: TENTATIVO DI DEFINIZIONE DELLA NOZIONE

A voler guardare tradizionalmente alla nozione di «concorrenza»¹, è noto che, tal principio, con o senza aggettivi (libera, perfetta etc.), altro non è che una forma di mercato che viene contrapposta al monopolio ovvero identificata come uno degli atteggiamenti che astrattamente può assumere l'iniziativa economica.

Le due principali accezioni di cui si parla quando si fa riferimento alla concorrenza, tengono conto di una dimensione ovvero accezione «soggettiva» e di un'altra «oggettiva».

In senso soggettivo il termine concorrenza esprime quel regime economico in cui è assicurata a ciascun soggetto la libertà di iniziativa economica; in senso oggettivo, invece, regime di libera concorrenza si ha quando, essendo assicurata la presenza sul mercato di una pluralità di operatori economici, le condizioni di mercato non sono suscettibili di essere influenzate da uno qualsiasi di essi.

È chiaro che la libertà di concorrenza in senso oggettivo presuppone la libertà di concorrenza in senso soggettivo: se manca la libertà di iniziativa economica, manca la possibilità stessa della presenza sul mercato di una pluralità di imprenditori.

In dottrina², tuttavia, non è mancato chi ha sostenuto che, in realtà, non esiste una vera e propria definizione di concorrenza, ne tanto meno è possibile identificare tal principio col concetto di «libertà economica».

1 Si esprime così G. FERRI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, pp. 532-533. Cfr. anche G. GUGLIELMETTI, *Concorrenza*, in *Digesto, Discipline privatistiche – Sez. Commerciale*, 1988, p. 301 e ss; R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza: II*, in *Enciclopedia giuridica*, VIII, 2007, p. 2 e M. CIRCI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia giuridica*, VIII, 2008, p. 1.

2 Cfr. in tal senso M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, 2010, pp. 197-198.

Né le norme comunitarie, né quelle nazionali definiscono il bene giuridico concorrenza che, tuttavia, entrambe intendono tutelare; dunque, viene richiesto al giurista un impegno definitivo più ampio di quello che tenderebbe ad identificare la «concorrenza» con la libertà economica ovvero come diritto attribuito dall'ordinamento ai soggetti privati; il giurista dovrà tener conto che tutti gli ordinamenti tutelanti la concorrenza, ammettono che possano esservi accordi di cooperazione economica che, pur limitando la libertà individuale di iniziativa economica, contribuiscono a realizzare risultati virtuosi al fine del benessere collettivo. Ne consegue la necessità di distinguere limitazioni lecite e limitazioni illecite della libertà economica individuale. Tal distinzione può farsi solo sulla base di una cernita valutativa di un determinato modello di buon funzionamento dei mercati, che si ritiene implicito nella scelta normativa di tutela della concorrenza, ma che non è definito da alcuna disposizione normativa.

2. LA TUTELA CONCORRENZA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

Nel nostro ordinamento la normativa antitrust si dipana su due binari, uno di matrice nazionale e l'altro di matrice europea, i quali si intersecano in modo decisamente significativo.

Dal punto di vista interno, la nostra Costituzione all'art. 41³ riconosce e garantisce il diritto all'iniziativa economica, statuendo al primo comma che

3 L'elaborazione dell'articolo 41 è stata oggetto di acceso dibattito, infatti, l'Assemblea costituente si trovava dinanzi a due opposti pregiudizi anti-mercato: quello del neocorporativismo di stampo cattolico-sociale di cui vi è traccia nella disciplina della cooperazione, dove trionfa il mito del piccolo produttore autonomo, che si autoregola piuttosto attraverso la comunità dei produttori associati che non sul mercato, e quello del collettivismo di stampo comunista. G. BUONOMO - S. BONANNI, *La libertà d'impresa tra l'articolo 41 e l'articolo 118 della Costituzione*, Servizio studi del Senato, 2010. Emblematico, anche, un passo dell'intervento di Palmiro Togliatti nella stessa Assemblea: «si sta scrivendo una Costituzione che non è una Costituzione socialista, ma è la Costituzione corrispondente ad un periodo transitorio di lotta per un regime economico di coesistenza di differenti forze economiche che tendono a soverchiarsi le une contro le altre. In questo periodo è evidente che la lotta che si conduce non è diretta contro la libera iniziativa e la proprietà privata dei mezzi di produzione in generale, ma contro quelle particolari forme di proprietà privata che sopprimono l'iniziativa di vasti strati di produttori e, particolarmente, contro le forme di proprietà monopolistiche, specie nel campo dei servizi pubblici, che tendono a creare nella società dei concentramenti di ricchezze che vanno a danno della libertà della grande maggioranza dei cittadini, e quindi vanno a scapito dell'economia e della politica del paese». M. ARAGIUSTO, *Dinamiche e regole della concorrenza*, Padova, 2006, p. 25.

«L'iniziativa privata economica è libera»; ancora, lo stesso art. 117 cost. attribuisce una potestà legislativa esclusiva allo Stato in relazione alla materia della tutela della concorrenza, conferendo, quindi, alla stessa una rilevanza costituzionale⁴.

Tale assunto è il frutto della riforma costituzionale del 2001 (l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3) in virtù della quale la «tutela della concorrenza» è divenuta oggetto di una disposizione espressa anche nella Costituzione italiana: essa è elencata fra le materie in cui lo Stato ha potestà legislativa esclusiva (art. 117 comma 2 lett. e).

Prima di allora, l'art. 41 cost. era stato generalmente interpretato come una norma di garanzia della libertà individuale di iniziativa economica ma non anche della «concorrenza effettiva» come modo di funzionamento del mercato⁵.

Ebbene, non si può nascondere che nel nostro ordinamento l'adozione di una disciplina organica in materia di concorrenza è rinvenibile con notevole ritardo rispetto agli altri Stati industrializzati⁶. Infatti, Germania, Regno Unito e Francia adottarono le prime legislazioni in materia verso la fine degli anni '40, mentre in ambito comunitario, le regole della concorrenza già figuravano nei Trattati di Parigi del 1952 e di Roma del 1957. Guardando alla realtà statunitense, l'Italia intervenne con quasi un secolo di ritardo

4 Cfr. M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 195.

5 Dopo il 2001 in dottrina si è aperto un ampio dibattito relativo alla possibilità o meno di attribuire al richiamo costituzionale alla «tutela della concorrenza» valore di disposizione di principio; in tal senso cfr. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 196.

6 In tal senso si esprime S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2001. A tal proposito l'autore asserisce che il ritardo è verosimilmente dovuto al perseguimento, nel periodo fascista e fino agli anni '80, di un modello di sviluppo economico fondato su un intervento pubblico intensivo, in un contesto caratterizzato da una strutturale debolezza del sistema produttivo nazionale. Solo verso la fine degli anni '80, sotto l'impulso delle iniziative liberalizzatrici delle Comunità Europee e con l'accelerazione del processo di integrazione europea, è venuta maturando la convinzione che la crisi dell'industria pubblica altro non fosse che la diretta conseguenza di decenni di interventi statali. Parallelamente, le iniziative di liberalizzazione delle Comunità Europee in alcuni settori di servizi di pubblica utilità e l'applicazione delle regole comunitarie in materia di aiuti di Stato hanno permesso un intervento per il riassetto di molti settori dell'economia nazionale. Così, attraverso un ripensamento circa il ruolo dello Stato nell'economia nazionale, si è giunti a riconoscere il mercato come meccanismo ordinatore dei comportamenti degli operatori economici, ridimensionando conseguentemente il ruolo e le modalità dell'intervento pubblico nella sfera economica. In questo scenario, si assiste alla privatizzazione delle imprese pubbliche ed alla liberalizzazione di settori precedentemente sottratti alla libera concorrenza e coperti da regime di riserva legale, favorendo il dibattito circa l'introduzione di una disciplina che regolasse la concorrenza tra le imprese.

rispetto allo Sherman Act del 1890⁷.

Le ragioni di tale ritardo vanno ricercate nel fatto che, l'Italia per lungo tempo ha perseguito un modello di sviluppo economico fondato su un intervento pubblico massiccio e pervasivo, caratterizzato da una forte diffidenza nei confronti di idee di stampo tipicamente liberale, senza tener conto del fatto che tutelare la concorrenza avrebbe innescato sul mercato un processo virtuoso di innovazione, progresso ed efficienza da cui sarebbero conseguiti effetti benefici per la collettività.

Infatti, la libertà di concorrenza, da un lato integra la libertà di iniziativa economica privata che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenere i prezzi⁸.

Ebbene, con il finire degli anni '80, una serie di fattori concomitanti hanno portato ad un cambiamento del quadro politico e culturale, specialmente le iniziative liberalizzatrici comunitarie e il costante sviluppo del processo di integrazione europea hanno innescato un processo di ridimensionamento del ruolo e delle modalità dell'intervento pubblico nella sfera economica.

La matrice europea, a cui si è precedentemente fatto cenno, è rappresentata, dalla elaborazione in Italia, sulla scorta della normativa proveniente dal Trattato istitutivo della Comunità europea del 1957, così come rivisto e modificato nel tempo, di un'apposita legge, la l. 287/90, che per la prima volta detta la disciplina per la tutela della concorrenza e del mercato⁹.

7 Lo Sherman Act rappresenta la più antica legge *antitrust* degli Stati Uniti e rappresenta la prima azione del governo statunitense volta a limitare monopoli e cartelli.

8 G. CORSO - V. LOPILATO, *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Milano, 2006, p. 5.

9 Prima che venisse adottata la legge 287/90, con la quale è stata introdotta nel nostro ordinamento la prima disciplina organica della concorrenza, per più di quarant'anni il principio è stato ricondotto al primo comma dell'articolo 41 della Costituzione, nel quale è sancita la libertà di iniziativa economica privata, la quale, tra l'altro, trova temperamento ai commi secondo e terzo dello stesso articolo, in virtù dei quali, la libertà non deve essere esercitata in contrasto con l'utilità sociale o tale da recare danno a sicurezza, libertà e dignità umana e la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. Ad indebolire le già fragili barriere erette dalla Costituzione a protezione dell'iniziativa economica privata concorre, anche, l'articolo 43 cost., il quale, per fini di utilità generale, permette allo Stato di riservare a sé determinate attività economiche non ancora esercitate da imprenditori privati, oppure, decidere che altre attività, svolte da imprenditori privati, possano essere espropriate ed esercitate direttamente dallo Stato o

La disciplina di cui alla l. 287/90, esordisce premettendo che le sue disposizioni sono emanate «*in attuazione dell'art. 41 della Costituzione, a tutela e garanzia del diritto d'iniziativa economica*». Sembra quasi precisare il contenuto del principio costituzionale, se non addirittura reinterpretarlo, conferendogli un significato innovativo: se la norma costituzionale si erge a tutela della libertà di iniziativa economica del singolo, la legge antitrust pone come oggetto di tutela il processo concorrenziale in sé considerato. Non, quindi, un tardivo adeguamento alle legislazioni dei maggiori paesi industriali, e nemmeno alla disciplina comunitaria della concorrenza, ma molto di più: l'attuazione, sia pure a 42 anni di distanza, di uno dei più importanti precetti costituzionali¹⁰.

Concludendo, nel nostro sistema la concorrenza si propone come un aspetto fondamentale del diritto di iniziativa privata, il cui contenuto deve essere determinato alla luce dell'art. 41 della Costituzione e dei principi del diritto comunitario.

2.1. LA CONCORRENZA «SLEALE»: RISVOLTI NEL CODICE CIVILE E NELLA LEGGE 287/1990

Il problema definitorio della concorrenza assume nuova rilevanza nel momento in cui al termine concorrenza viene accostato l'aggettivo «sleale». Tale aggettivo trasforma, o meglio suppone che la situazione con cui abbiamo qualificato la concorrenza, si trasformi in un'ipotesi dinamica e cioè di un atto o in una serie di atti, che si tratta di qualificare sulla base di quell'aggettivo.

L'aggettivo sleale viene utilizzato nel nostro linguaggio corrente in due accezioni: l'una ha a che fare col diritto, nel senso che leale è tutto ciò che è conforme alla legge e l'altra attiene all'etica; questa seconda accezione influisce essenzialmente nella qualificazione della concorrenza sleale nel nostro ordinamento, laddove l'art. 2598 n. 3 c.c., vuole che l'imprenditore agisca in conformità dei *principi della correttezza professionale*¹¹.

Nello svolgimento della competizione fra imprenditori concorrenti è vietato servirsi di mezzi e tecniche non conformi ai «*principi della correttezza professionale*» (art. 2598, n. 3). I fatti, gli atti e i comportamenti

altri enti pubblici.

10 A. FRIGNANI, *Commento agli artt. 1-7*, in *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n. 287*, a cura di A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, A. PATRONI GRIFFI, L.C. UBERTAZZI, Volume I, Bologna, 1993.

11 R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza: II*, in *Enciclopedia giuridica*, VIII, 2007, p. 4.

che violano tale regola, e il legislatore ne individua alcune categorie tipiche nello stesso art 2598 (atti di confusione, atti di denigrazione, atti di vanteria), sono atti di concorrenza sleale (cosiddetto *illecito concorrenziale*). Tali atti sono repressi e sanzionati anche se, ed in ciò una prima differenza rispetto alla disciplina generale dell'illecito civile, compiuti *senza dolo o colpa* (art. 2600, 1° comma). Inoltre, essi sono repressi e sanzionati, ed in ciò una seconda differenza rispetto all'illecito civile, anche se non hanno ancora arrecato un danno ai concorrenti. Basta, infatti, il cosiddetto danno potenziale; vale a dire che «l'atto sia idoneo a danneggiare l'altrui azienda» (art. 2598, n. 3). Concorrenza sleale ed illecito civile sono quindi istituti che presentano nel contempo affinità e divergenze. La disciplina della concorrenza sleale assolve, nell'ambito specifico dei rapporti fra imprenditori concorrenti, la funzione di prevenire e reprimere atti suscettibili di arrecare un danno ingiusto. Funzione quindi identica a quella che l'ordinamento assegna alla disciplina generale dell'illecito civile, ma perseguita con gli adattamenti imposti dalla specificità del tipo di illecito che si vuol reprimere (illecito concorrenziale); specificità che determina non trascurabili differenze di disciplina e ciò in quanto la repressione degli atti di concorrenza sleale è svincolata dal ricorrere dell'elemento soggettivo del

dolo o della colpa; è, poi, svincolata dalla presenza di un danno patrimoniale attuale; è attuata attraverso sanzioni tipiche (inibitoria e rimozione), che non si esauriscono nel risarcimento dei danni¹².

Rimanendo sempre in tema di concorrenza sleale, appare utile analizzare come la legge del 10 ottobre 1990, n. 287, sancisca all'art. 2 e al successivo art. 3, quanto attualmente disposto dagli artt. 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, presupponendo come Trattato comunitario di riferimento, all'epoca della promulgazione della legge nostrana, il Trattato di Roma del 1957 che vietava gli accordi anticoncorrenziali e l'abuso di posizione dominante agli articoli 85 e 86 (divenuti poi artt. 81 e 82 del Trattato CE).

L'art. 2 l. 287/1990 dichiara che «Sono considerati intese gli accordi e/o le pratiche concordate tra imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari.» Si può notare come l'articolo in analisi contiene una precisazione relativa alle deliberazioni di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari, «anche se

12 P. DI TULLIO, *Concorrenza sleale*, in *Il Diritto, Enciclopedia giuridica del sole 24 ore*, p. 516, ottobre 2007; cfr. anche R. FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 6 e ss.; M. CASANOVA, *Concorrenza*, in *Novissimo Digesto Italiano* – III, , p. 993.

adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari», mentre l'art. 85 del Trattato si limitava ad indicare le «*decisioni d'associazioni di imprese*». Evidentemente, la consistenza ed attualità del fenomeno consortile nel nostro Paese negli anni 80/90' ha suggerito al legislatore italiano questa opportuna precisazione. È possibile, inoltre, notare che nella lista di esempi di intese o pratiche restrittive, è stato sostituito il francesismo contenuto nella dicitura «*condizioni di transazione*» che si legge nell'art. 85, con il più corretto «*condizioni contrattuali*».

Meno felice è la formulazione degli esempi *sub b)*, che nell'art. 85 sono retti da due verbi «*limitare o controllare*», intendendosi con il primo l'accettazione di limitazioni a proprio carico, e con il secondo l'imposizione di controlli (non necessariamente limitativi) a carico delle controparti. La versione del legislatore italiano prevede, invece, i verbi «*impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato ecc.*».

L'esempio *sub c)*, relativo alla ripartizione dei mercati e delle fonti di approvvigionamento, riproduce la dizione dell'art. 85.

Risulta invece migliorata, rispetto all'art. 85 del Trattato, la formulazione per quanto riguarda le condizioni contrattuali discriminatorie: mentre il Trattato di Roma parla di «*condizioni dissimili per prestazioni equivalenti*», il che parrebbe imporre un obbligo di totale standardizzazione dei trattamenti contrattuali, il legislatore italiano fa oggetto del divieto le condizioni «*oggettivamente diverse*», marcando più decisamente la necessità di una obiettiva differenza.

Anche per quanto riguarda le conseguenze della discriminazione, mentre l'art. 85 si limita ad indicarle in uno «*svantaggio per la concorrenza*», la legge italiana richiede che lo svantaggio sia «*ingiustificato*»: in questo modo un contraente poco conosciuto o con rapporti precedenti non del tutto positivi potrà lamentare come discriminatorio il fatto che gli si chiedo un pagamento per contanti, laddove per le stesse prestazioni un altro cliente, i rapporti con il quale siano felicemente collaudati, ottiene certe dilazioni.

La fattispecie *sub e)* riguarda l'imposizione di prestazioni supplementari nella conclusione dei contratti, quando tali prestazioni «*non abbiano alcun rapporto*» con il contratto in questione, per loro natura o secondo gli usi commerciali: è cioè sufficiente che il rapporto sussista sotto uno dei due profili «è bene precisarlo, che in alcuni testi si legge, erroneamente, un "e" cumulativo fra natura e usi commerciali». La formulazione è identica a quella dell'art. 85, salvo la irrilevante sostituzione di «*nesso*» a «*connessione*».

L'art. 2 conclude disponendo che «*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*»: non solo quindi fra le parti, ma rispetto ai terzi e sotto il profilo

fiscale ed amministrativo. La norma corrisponde alla nullità «*di pieno diritto*» comminata dall'art. 85 del Trattato di Roma.

L'art. 3, l. 287/90, riguarda, invece, l'abuso di posizione dominante da parte di una o più imprese, che tale posizione detengono «*all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante*». La norma italiana divarica profondamente da quella del Trattato di Roma, che in conformità con il precedente art. 85, fa seguire tutta una serie di esempi «*tali pratiche abusive possono consistere in particolare*»; l'art. 3 della legge italiana fa precedere l'elenco delle fattispecie da un «*ed inoltre è vietato*». L'evidente diversità, che è stata attribuita a semplice pressapochismo del legislatore italiano, ha rilevanti effetti sulla portata del divieto in questione.

Secondo la legge nazionale, si avrebbe una figura innominata di «*abuso di posizione dominante*», le cui fattispecie potranno essere integrate dai comportamenti più vari.

3. LA TUTELA DELLA CONCORRENZA NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO

Nell'ambito dell'ordinamento comunitario, la disciplina della concorrenza è stata protagonista di due recenti evoluzioni normative.

A distanza di quaranta anni dal primo intervento¹³, si è provveduto all'adozione di un nuovo Regolamento, il n. 1/2003 allo scopo di rispondere all'esigenza di coordinamento di un mercato sempre più integrato, dovuta anche all'ingresso nell'Unione Europea di nuovi Stati.

In particolare, il Regolamento n. 1/2003 ha alleggerito il lavoro della Commissione, consentendo a quest'ultima di svolgere un'azione più efficace contro le infrazioni gravi delle regole di concorrenza, e rafforzando al contempo il ruolo delle autorità e delle giurisdizioni nazionali nell'attuazione del diritto della concorrenza, favorendone l'applicazione uniforme¹⁴. Il processo introdotto con il Regolamento n. 1/2003, ha dato luogo ad un ribaltamento radicale della logica posta alla base dell'attività di concorrenza, realizzando un passaggio da un sistema di divieti ad un sistema di liceità e di eccezioni direttamente applicabili.

In secondo luogo, i dati normativi inerenti alla tutela della concorrenza sono cambiati notevolmente con l'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del

13 Il precedente Regolamento applicativo era il n. 17/1962.

14 In tali termini si esprime M. DE DOMINICIS, *Concorrenza e nozione d'impresa nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, 2005, p. 34; in termini analoghi A.M. CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004, p. 89 e ss.

Trattato di Lisbona.

Nell'inquadrare il principio della concorrenza all'interno della disciplina comunitaria, però, non si può fare a meno di richiamare alcune norme vigenti nel Trattato CE, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona¹⁵:

- l'art. 2, che poneva tra i compiti della Comunità quello di promuovere un «alto grado di competitività»;

- l'art. 3 par. 1 lett. g, che poneva tra gli obiettivi del Trattato quello di realizzare «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune»;

- l'art. 3 par. 1 lett. t, che poneva tra gli obiettivi del Trattato quello di realizzare «un contributo al rafforzamento della protezione dei consumatori»;

- l'art. 4 par. 1, che imponeva agli Stati membri l'obbligo di adottare una politica economica «condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza».

A queste disposizioni si aggiungevano, sempre nel Trattato CE, le norme che regolavano specificatamente la materia, contenute negli art. 81-93.

Il primo notevole cambiamento, dovuto alla novità del Trattato di Lisbona, è dato dalla scomparsa nell'art. 3 Trattato UE, dell'indicazione della «concorrenza non falsata» come obiettivo fondamentale dell'Unione stessa. Esso viene sostituito con l'affermazione per cui l'Unione «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».

La tutela della concorrenza non è però scomparsa dalle norme dei trattati: è stata spostata in altre disposizioni, e precisamente fra quelle che determinano scopi e mezzi dei vari settori di intervento delle politiche comunitarie.

Sono così state confermate, senza alcuna modifica testuale, le tradizionali norme antitrust dei trattati europei che oggi sono divenute art. 101 ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Inoltre, già nell'art. 120 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea - che, nel suo art. 1, è dichiarato come avente «lo stesso valore giuridico» del Trattato sull'Unione Europea - , si dispone che «Gli Stati membri e l'Unione agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera

15 V.M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 192.

concorrenza, favorendo un' «efficace»¹⁶ allocazione delle risorse, conformemente ai principi di cui all'articolo 119». A sua volta, l'art. 119 del Trattato sul funzionamento dell'Unione sancisce che la politica economica dell'Unione e degli Stati membri è condotta «ai fini enunciati nell'art. 3 del Trattato sull'Unione».

Inoltre, è stato inserito il Protocollo n. 27, in cui è contenuto un «considerando» secondo cui «il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata»; a questo segue poi una disposizione che attribuisce all'Unione il potere di azione per perseguire tale fine.

Infine, si deve ricordare che l'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (che, ai sensi dell'art. 6 Trattato UE, «ha lo stesso valore giuridico dei trattati»; il punto è ribadito nell'art. 67 par. 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione) dichiara che «È riconosciuta la libertà d'impresa». Tale riconoscimento è caratterizzato da un'aggiunta ambigua¹⁷, secondo cui tale libertà è riconosciuta «conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali».

Dunque, alla luce di quanto su esposto, non ci si deve limitare ad osservare che il diritto europeo della concorrenza rimane identico, dopo il Trattato di Lisbona, ma, piuttosto, considerare che ad un livello di generalità più ampio, sono pur rimaste nei trattati disposizioni di principio espresse, che pongono la tutela della concorrenza come principio generale del diritto dell'Unione europea¹⁸.

16 La versione corretta sarebbe stata «efficiente», secondo il corrente uso linguistico italiano; ma evidentemente i redattori del testo italiano del trattato di Lisbona si sono limitati a tradurre alla lettera dal francese.

17 A proposito dell'ambiguità di questa aggiunta v. M. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 193; egli afferma espressamente: «È probabile che questa salvaguardia delle esperienze nazionali voglia riferirsi alle politiche sociali più avanzate, maturate in alcuni Paesi europei più che in altri, e che, nel sentire diffuso, sono state spesso giudicate come contrastanti con il "liberismo", che tradizionalmente si imputa alla politica comunitaria».

18 Questo potrebbe portare a pensare, che nulla sia cambiato con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona; in realtà, la scomparsa del riferimento alla concorrenza nell'art. 3 Trattato UE, corrisponde ad una consapevole scelta politica del legislatore europeo e dunque non priva di ricadute sul piano interpretativo; probabilmente sarebbe legata ad un rifiuto del legislatore europeo di posizioni liberistiche estreme; cfr. LIBERTINI, *op. cit.*, p. 194.

3.1. LA FATTISPECIE DELLA CONCORRENZA «SLEALE» NEL DIRITTO COMUNITARIO

Anche nel diritto comunitario il termine «sleale» lascia spazio all'interpretazione giuridica o etica del lettore, nel senso che le regole comunitarie volte a proteggere «il gioco normale della concorrenza¹⁹» o ad evitare che tale gioco della concorrenza sia «impedito», «ristretto» o «falsato»²⁰ disciplinano in realtà delle ipotesi in cui la concorrenza non è che venga condotta con mezzi sleali, ma o non c'è (caso dell'impresa monopolistica o dominante il mercato) o viene impedita attraverso accordi (intese) o pratiche concordate o decisioni di associazioni imprenditoriali e si tratta di ristabilirla²¹.

Scendendo nel particolare delle fattispecie vietate all'interno del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, l'art. 101 TFUE (ex art. 81 TCE) proibisce gli accordi e le pratiche concordate tra imprese, congiuntamente indicate la nozione unitaria di «intese», allorquando le stesse «*possano pregiudicare il commercio tra gli Stati Membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune*». Perché si configuri l'intesa è necessaria dunque la presenza di almeno due soggetti.

Il Trattato ricomprende nella nozione di intesa gli accordi, le decisioni di associazioni temporanee di imprese e le pratiche concordate. Presupponendo l'intesa, un rapporto tra una pluralità di imprese, non possono essere ricompresi nel divieto di cui all'art. 101 TFUE i comportamenti adottati da soggetti indipendenti dal punto di vista giuridico ma legati tra loro da vincoli economici, tanto da poter individuare in essi un'unica entità. Il riferimento è, in particolare, al caso di una società madre che esercita un controllo su una o più società figlie ovvero a quello di un gruppo di società aventi al vertice una *holding*. Tuttavia, affinché tali rapporti siano esclusi dall'applicazione dell'art. 101 TFUE, non basta un mero vincolo di dipendenza, ma è necessario che il controllo esercitato dalla società madre sulle società figlie, o dalla *holding* verso le altre società, sia tale da far sì che la società non disponga di un'effettiva autonomia nella determinazione del proprio comportamento sul mercato. A questo proposito, la Corte di Giustizia ha chiarito che gli accordi conclusi da un gruppo, in cui le società affiliate sono totalmente controllate dalla capogruppo, hanno

19 Art. 65, par. 1, Trattato CECA.

20 Art. 81, par. 1, Trattato CE.

21 FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 3.

«semplicemente lo scopo di ripartire i compiti all'interno del gruppo»²².

L'art. 102 TFUE (ex art. 82 TCE), invece, stabilisce che: «È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo». Una posizione dominante è una situazione di potere economico detenuto da un'impresa che le consente di ostacolare la concorrenza effettiva nel mercato rilevante²³.

Dunque, in ipotesi di sospetta violazione delle norme sulla concorrenza, il primo passo da compiere è appunto la definizione di mercato rilevante, dalla quale discendono la portata delle regole di concorrenza rispetto a pratiche restrittive e abusi di posizione dominante nonché la portata della normativa in materia di concentrazioni alla cui definizione verrà prestata la dovuta attenzione nelle pagine successive²⁴.

22 Corte di Giustizia, sent. 31 ottobre 1974, *Cetrafarm*, causa 15/74, in www.curia.eu.

23 DE DOMINICIS, *op. cit.*, p. 19.

24 V. *infra* cap. III.

CAPITOLO SECONDO

IL PRINCIPIO NELLA GIURISPRUDENZA DOMESTICA

1. Il principio nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. - 2. L'autorità garante della concorrenza e del mercato e la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. - 2.1. Ammissibilità del sindacato in sede giurisdizionale.

1. IL PRINCIPIO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Analizzando la giurisprudenza della Corte costituzionale è possibile affermare che il giudice costituzionale è stato più volte chiamato a garantire l'equilibrio tra le istanze garantiste e quelle liberiste. Tuttavia, durante il lungo periodo che precede la l. 287/90, sono state poche le pronunce in cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle discipline concernenti la programmazione ed i monopoli; infatti, come precedentemente analizzato, non rientrava nella cultura giuridica del tempo adottare un criterio prettamente liberista fondato su un'economia esclusivamente basata sulla libertà di concorrenza²⁵.

La prima sentenza in cui la Corte menziona la libera concorrenza, annoverandola tra i principi fondamentali del nostro ordinamento, è la n. 6 del 15 giugno 1956. In tale sentenza la Corte doveva pronunciarsi in relazione ad un ricorso presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri, affinché venisse dichiarata l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge della Provincia di Bolzano del 1952, relativa alla disciplina dell'artigianato, la quale subordinava l'esercizio professionale di un'impresa artigiana all'iscrizione in un apposito registro, così da impedire, però, al lavoratore proveniente da altre provincie dello Stato di poter esercitare la professione artigiana a Bolzano.

Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma appena menzionata, la Corte ha affermato «*che la regolamentazione del lavoro è permeata da un indirizzo fondamentale di libera concorrenza che può ben essere ritenuto uno dei principi del nostro ordinamento giuridico*» e che «*l'obbligo della iscrizione nell'albo delle imprese artigiane più che a promuovere una maggiore capacità professionale è ispirato ad una*

25 F. SCAGLIONE, *La concorrenza sleale e il mercato*, in A. PALAZZO - A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 339 e ss.

concezione della ingerenza dei pubblici poteri nella esplicazione dell'attività lavorativa che è in aperto contrasto con la concezione liberale del nostro ordinamento».

L'anno successivo, la Corte, con sent. 29/1957, pronunciandosi in relazione al principio della libera concorrenza, ha disatteso l'istanza liberista per avallare quella garantista, infatti, nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 125 T.U. delle leggi sanitarie 27 luglio 1934, n.1265, modificato dalla legge 1528/1942, la Corte si è trovata costretta a dichiarare la norma costituzionalmente legittima. L'articolo in esame, prevedeva il divieto e la relativa contravvenzione in caso di vendita al pubblico di specialità medicinali a prezzo differente rispetto a quello indicato sull'etichetta. La *ratio* della norma veniva dettata dal fatto che, nel caso in cui i farmacisti per conseguire maggiori profitti avessero effettuato la corsa al ribasso dei prezzi dei medicinali, avrebbero potuto preferire, per la preparazione degli stessi, materie prime meno costose, arrecando un grave nocumento alla salute dei cittadini.

Pertanto, nel caso di specie, la libertà di iniziativa economica sancita al primo comma dell'art 41 cost., ha dovuto necessariamente subire una contrazione a favore della tutela della salute, intesa come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività²⁶.

Invero, la stessa Corte, nel considerato in diritto della sentenza in esame, ha sottolineato il fatto che, se da un lato al farmacista veniva concessa, dall'organizzazione del servizio farmaceutico, una posizione di privilegio tale da eliminare la concorrenza entro determinati limiti demografici e territoriali, dall'altro, trattandosi di un servizio di pubblica necessità, ha imposto al farmacista l'obbligo di svolgere la propria attività adempiendo agli obblighi stabiliti dalla legge per questa particolare professione.

Continuando con l'analisi delle pronunce della Corte, non si può fare a meno di analizzare come quest'ultima si è posta in relazione ai monopoli, con particolare attenzione al sistema radiotelevisivo.

Ebbene, la disciplina del suddetto sistema non essendo stata prevista nel testo costituzionale, si è costruita, progressivamente, per mezzo dell'attività interpretativa della Corte costituzionale e grazie ai successivi interventi in materia ad opera del legislatore.

Il regime di monopolio pubblico della radio, previsto dal codice postale del 1936, venne successivamente esteso anche al sistema televisivo²⁷. La

26 L'articolo 32 della Costituzione individua la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, garantendo cure agli indigenti.

27 M. CALVINO - L. CONTE, *Il diritto pubblico e la sua economia*, San Marino, 2013, p. 410 e ss.

Corte costituzionale, con la sentenza n. 59 del 1969, confermava tale orientamento, partendo dal presupposto che, essendo l'informazione radiotelevisiva un servizio pubblico essenziale, quest'ultimo sarebbe risultato in miglior modo gestito e garantito da un monopolio.

Successivamente, sempre in relazione al sistema radiotelevisivo, la Corte, esprimendosi con sentenza n. 225 del 1974, ha continuato a favorire il monopolio di Stato, piuttosto che la gestione privata di pochi privilegiati, in quanto, considerato l'unica gestione in grado di garantire il pluralismo²⁸. Infatti, il numero esiguo di frequenze avrebbe reso impossibile la coesistenza di un alto numero di soggetti, prefigurando l'affermazione di un oligopolio, che avrebbe, così, potuto avere effetti ben peggiori del monopolio di Stato. Secondo la visione della Corte, il sistema radiotelevisivo aveva il preciso scopo di assolvere al compito di informazione, concorrendo alla formazione culturale del paese, diffondendo programmi che in vario modo avrebbero inciso sulla pubblica opinione, rendendosi, così, necessario che essa non diventasse uno strumento di parte.

Tuttavia, nei primi anni settanta, l'iniziativa privata, seppur nell'illegalità, ha mosso i suoi passi occupando, spesso in modo arbitrario, alcune frequenze. Così, è iniziato a crescere il numero delle emittenti che trasmettevano via cavo, sistema che la Corte, con la sent. n. 226/74, aveva escluso dal monopolio statale.

Infatti, secondo la Corte, «giacché i canali realizzabili mediante cavo sono illimitati e di costo non rilevante, l'estensione del monopolio statale alla televisione via cavo, non potendo giustificarsi in base all'esistenza di un monopolio di fatto dovuto a ragioni tecniche, come per la televisione via etere, contrasta con gli artt. 41 e 43 cost.».

Ebbene, il volto dello strumento televisivo stava iniziando a cambiare, e nel giro di pochi anni la televisione commerciale divenne una realtà, e per quanto la normativa successiva²⁹, ribadì che la diffusione sonora e televisiva sull'intero territorio nazionale via etere o via cavo o per mezzo di satelliti o con qualsiasi altro mezzo, aveva carattere di preminente interesse generale ed era riservata allo Stato, con sentenza n. 826/1988, la Corte costituzionale, facendo riferimento sia all'art. 41 che all'art. 21 cost., ha ribadito la necessità

28 E. SANTORO, *A proposito degli effetti della sent. n. 225 del 1974 sulla «riserva» allo Stato del servizio pubblico radiotelevisivo*, in *Dir. radiodiff. e telecom.*, 1974, 79 e ss. ; C. CHIOLA, *Il pluralismo nella gestione dei servizi radiotelevisivi*, in *Dir. radiodiff. e telecom.*, 1975, p. 15 e ss.

29 Legge 4 febbraio 1985 n. 10, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 6 dicembre 1984, n. 807, recante disposizioni urgenti in materia di trasmissioni radiotelevisive*, in G.U. n. 30 del 5-2-1985.

di garantire il massimo pluralismo esterno, onde soddisfare, attraverso una pluralità di voci concorrenti, il diritto del cittadino all'informazione, appunto perché il fine dell'utilità sociale, di cui all'art. 41 della Costituzione, si collega un altro diritto fondamentale: il pluralismo dell'informazione *ex art. 21 cost*³⁰.

La necessità di una disciplina della concorrenza si è sempre manifestata nell'ambito della giurisprudenza relativa alla questione della riserva dello Stato nel settore radiotelevisivo, in cui si è andato via via ad affermare il valore positivo della concorrenza e della disciplina diretta a proteggerla come condizione costituzionale per superare il monopolio pubblico³¹.

Pertanto, dall'analisi delle pronunce della Corte costituzionale in materia di concorrenza, durante il lungo periodo che precede la legge 287 del 1990, spesso emerge che il secondo comma dell'articolo 41 viene letto non tanto come limite all'esercizio dell'attività economica, bensì come criterio discrezionale, ossia, come se tutte le attività economiche private dovessero essere necessariamente volte al raggiungimento di fini sociali.

Diversamente, dopo l'adozione della legge *antitrust*, l'esplicito riferimento che quest'ultima fa, nel suo primo articolo, alla tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica, sembra evidenziare che dell'art. 41 cost., è il primo comma a venire direttamente in causa e, indirettamente, il secondo, che fissa i limiti entro cui può svolgersi l'iniziativa stessa. La legge *antitrust* non può ritenersi, per coerenza, una legge di determinazione degli opportuni controlli per indirizzare ai fini sociali l'attività economica pubblica e privata, prevista dal terzo comma dell'art. 41, per la contraddizione che sarebbe insita nel tutelare e garantire il diritto di iniziativa economica, assoggettandolo a maggiori controlli³².

Successivamente all'adozione della l. 287/90, la Corte, durante il decennio che precede la legge costituzionale n. 3 del 2001, con la quale è stato novellato il Titolo V della Costituzione, ed inserita la concorrenza tra le materie di competenza esclusiva dello Stato³³, non è mai giunta ad

30 P. CARETTI, *La sentenza n. 826/1988 in materia di servizi radiotelevisivi: la Corte riprende il suo dialogo col legislatore e arricchisce il proprio potere decisorio*, in *Il dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1990, p. 3 e ss.

31 A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, p. 432.

32 FRIGNANI, *op. cit.*, p. 100 e ss.

33 A seguito della riforma, il novellato articolo 117 della Costituzione annovera tra le materie di competenza esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza. Prima della riforma il testo dell'art. 117 cost. prevedeva che le regioni potessero legiferare, nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato e sempre che non vi fosse contrasto con l'interesse nazionale e con quello delle altre regioni, su un elenco di materie. Il nuovo art. 117 cost. prevede che la potestà legislativa sia esercitata dallo

attribuire al principio una rilevanza quale vero e proprio parametro di legittimità costituzionale, bensì la Corte, nell'applicare l'art. 41 cost., ha fatto riferimento alle discipline limitative della libertà di iniziativa economica attraverso il filtro dell'utilità sociale, a cui ricorre per effettuare un bilanciamento tra gli interessi meramente economici e quelli prettamente sociali³⁴.

Analizzando le recenti pronunce della Corte, è possibile constatare un differente approccio in relazione al principio oggetto della trattazione, infatti, nella sentenza 216/14, relativa alla vendita di farmaci non rientranti nella fascia A³⁵, la Corte ha dichiarato che l'ampliamento della possibilità di vendita di codesti farmaci non potrebbe che incoraggiare la concorrenza e garantire un servizio migliore per tutta la collettività³⁶.

E ancora, in un'altra sentenza, la 125/14, nel giudizio di legittimità costituzionale relativo ad alcuni articoli della legge della Regione Umbria 6 maggio 2013, n. 10³⁷, la Corte ha affermato che attraverso la tutela della concorrenza viene perseguito l'ampliamento dell'area di libera scelta dei cittadini e delle imprese, intese a loro volta come fruitrici di beni e servizi.

Ma non solo, infatti, la Corte ha ribadito concetti formulati in precedenti pronunce, in relazione ai quali era stato affermato che l'eliminazione di inutili oneri regolamentari è funzionale alla tutela della concorrenza.

Stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, ossia, il legislatore costituente ha rovesciato il previgente criterio di ripartizione della potestà legislativa fra Stato e regioni, per cui se prima l'art. 117 si limitava ad indicare le sole materie in cui la regione poteva legiferare in regime concorrente, riservando in via residuale allo Stato tutte quelle materie non espressamente indicate in tale articolo, ora, al contrario, si indicano solo le materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato e quelle di potestà legislativa concorrente Stato-regioni, riservando alle regioni la potestà legislativa esclusiva su tutto quanto non espressamente menzionato nel novellato art. 117.

34 A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, 2008, p. 163.

35 Farmaci per i quali è previsto il rimborso totale o parziale da parte del Servizio sanitario nazionale, ed in relazione ai quali le farmacie tradizionali rimangono titolari di un regime di monopolio.

36 Un approccio più liberale rispetto alla citata sentenza 29/1957, dove la Corte adottando un tono prettamente garantista, guardava alla concorrenza come ad una sorte di problema da evitare a garanzia della tutela della salute pubblica.

37 Disposizioni in materia di commercio per l'attuazione del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201 convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 e del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Ulteriori modifiche ed integrazioni delle leggi regionali 3 agosto 1999, n. 24, 20 gennaio 2000, n. 6 e 23 luglio 2003, n. 13.

Pertanto, è possibile affermare che a seguito della novella costituzionale del 2001, con l'introduzione della tutela della concorrenza tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato si è voluta garantire una trattazione uniforme di questa materia affinché potesse essere garantita l'omogeneità delle condizioni di sviluppo su tutto il territorio nazionale.

2. L'AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO E LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

Con la l. 287/90 è stata preposta un'Autorità amministrativa indipendente all'applicazione delle regole di concorrenza: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nota anche come Autorità *antitrust*. Ad essa è affidato il compito di intervenire ad accertare, inibire ed eventualmente sanzionare le condotte anticoncorrenziali poste in essere dalle imprese sul mercato. I provvedimenti adottati dall'Autorità in applicazione della disciplina *antitrust* sono sottoposti al controllo giurisdizionale del giudice amministrativo, TAR del Lazio in primo grado e Consiglio di Stato in appello.

Ebbene, relativamente al diritto della concorrenza si deve tener conto delle istanze di imprese e cittadini che hanno bisogno di un unico punto di riferimento sin dal primo grado di giudizio, al fine di garantire la certezza del diritto nei tempi brevi imposti dal mercato ed è proprio per questo che è stata prevista la concentrazione dei ricorsi dinanzi al TAR Lazio³⁸. Poiché, l'*antitrust* incide sui fattori che determinano la convenienza economica degli investimenti e più in generale delle scelte di impresa, avere un unico giudice significa allora: per le imprese poter contare su precedenti coerenti, sulla base dei quali modellare la propria condotta, dove viene ridotto al minimo il rischio di oscillazioni giurisprudenziali; per l'amministrazione, uniformare i propri interventi ad indirizzi univoci.

Pertanto, tutto ciò si persegue, sin dal primo grado di giudizio, valorizzando il ruolo della nomofiliachia. Una nomofiliachia non rigida, non immutabile, che si arricchisce del contributo, anche innovativo, e della maggiore libertà della giurisprudenza nell'individuare soluzioni originali.

Un fattore fondamentale è che la libertà di ogni giudice si concili, attraverso opportune modalità processuali e organizzative, con l'esigenza di chiarezza e di coerenza degli indirizzi della giurisprudenza. D'altronde, per

38 Oltre che per ovvi motivi di economicità processuale.

il giudice amministrativo l'uniformità degli indirizzi ha un valore aggiunto rispetto alle altre magistrature, poiché rappresenta anche una guida operativa per le amministrazioni pubbliche.

2.1 AMMISSIBILITA' DEL SINDACATO IN SEDE GIURISDIZIONALE

Nell'affrontare il tema del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità *antitrust*, si dà per scontata una premessa non proprio ovvia, né da tutti condivisa: quella per cui debba esistere, in generale, un giudice delle autorità indipendenti³⁹.

Ebbene, questo è un problema piuttosto dibattuto in dottrina⁴⁰, infatti, la domanda è se sia opportuno che l'ordinamento preveda un successivo controllo giurisdizionale avverso le decisioni adottate dalle autorità indipendenti, ed in particolar modo dall'Autorità *antitrust*.

Infatti, parte della dottrina non reputa affatto scontato che debba esistere un giudice delle autorità amministrative indipendenti, in quanto, ci si chiede il perché, una volta ravvisata dal legislatore la necessità di ricorrere ad un nuovo soggetto di tutela non si sia percorso fino in fondo questo itinerario innovativo, sostituendo pienamente le *authorities* agli organismi giurisdizionali⁴¹.

39 F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 181; A. TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, p. 452 e ss.; R. TITOMANLIO, *Autonomia e indipendenza delle authorities: profili organizzativi*, Milano, 2000, p. 42.

40 Parte della dottrina esclude che in materia di discrezionalità tecnica possa parlarsi di potere riservato di valutazione, sostenendo che la valutazione tecnica complessa non integri gli estremi di una scelta discrezionale, ma rientri nell'ambito di applicazione della legge, così F. RISSO, *Le intese anticoncorrenziali: prova, sanzioni e autorizzazioni in deroga*, in *Foro amministrativo: Consiglio di Stato*, 2008, p. 1239 - 1240. Un'altra parte della dottrina pur condividendo tale limite in riferimento ai poteri ripristinatori, riterrebbe del tutto legittimo un sindacato anche integralmente sostitutivo del giudice amministrativo nell'accertamento della violazione dei divieti e della realizzazione di una concentrazione restrittiva della concorrenza, così A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008, p. 270 e ss. Infine, altri commentatori si allineano alla giurisprudenza, sostenendo che, in ogni caso l'autonoma formulazione di un giudizio sostitutivo integrerebbe un vizio di eccesso di potere giurisdizionale essendo interdetto al giudice amministrativo la titolarità di un potere amministrativo, così P. LAZZARA, *Le competenze comunitarie e i limiti del sindacato giurisdizionale in materia Antitrust*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2006, p. 187.

41 Così D. CORLETTI, *Autorità indipendenti e giudice amministrativo*, in *Autorità*

Orbene, nel nostro sistema, il sindacato del giudice amministrativo nei confronti dei provvedimenti dell'Autorità garante, viene definito di tipo debole, ed utilizzando le parole del Consiglio di Stato, un sindacato che non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica e il proprio modello logico di attuazione all'operato dell'Autorità⁴². Pertanto, il controllo del TAR è volto esclusivamente a verificare la veridicità dei fatti posti alla base del provvedimento impugnato, la logicità della contestualizzazione dei concetti giuridici indeterminati previsti dalle norme, e la correttezza logica del confronto tra i fatti accertati e le norme come contestualizzate dall'Autorità. Solamente in ordine alle sanzioni irrogate dall'Autorità il giudice amministrativo svolge una cognizione piena ed estesa al merito della sanzione stessa⁴³.

Tuttavia, lo stesso Consiglio di Stato ha precisato che, la tutela giurisdizionale, per essere effettiva, non può limitarsi ad un sindacato meramente apparente, ma deve consentire al giudice un controllo sostanziale, avvalendosi eventualmente di regole e conoscenze tecniche appartenenti all'amministrazione. Pertanto, il sindacato del giudice amministrativo è pieno e particolarmente penetrante e si estende sino al controllo dell'analisi compiuta dall'Autorità, potendo sia rivalutare le scelte

indipendenti e agenzie: una ricerca giuridica interdisciplinare, a cura di P. CAVALIERI - G. DALLE VEDOVE - P. DURET, Padova, 2003, p. 68. L'autore afferma che coloro che sostenevano la tesi della natura quasi giurisdizionale ricordavano come l'Autorità fosse nata come alternativa all'affidamento al giudice di talune funzioni. E senza giungere all'affermazione dell'insindacabilità degli atti delle autorità indipendenti, condivide la tesi che le stesse siano nate come alternativa all'affidamento al giudice di talune funzioni. In G. GUARINO, *Le autorità garanti nel sistema giuridico*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, a cura di G. AMATO, Padova, 1999, p. 36, l'autore afferma che le *authorities* dovrebbero essere dotate anche di poteri giurisdizionali, sottraendosi al sindacato dei comuni organi giurisdizionali.

42 Consiglio di Stato, 23 aprile 2002, n. 2199. Il giudice definisce come atipici i provvedimenti dell'Autorità e ne distingue varie parti, corrispondenti alle fasi del controllo svolto dalla stessa: una prima fase di accertamento dei fatti; una seconda fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della concorrenza, che facendo riferimento a concetti giuridici indeterminati richiede un'esatta individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito; una terza fase in cui i fatti accertati vengono confrontati con il parametro normativo contestualizzato; una quarta ed ultima fase di applicazione delle sanzioni previste dalla disciplina vigente.

43 V. DI CATALDO, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato a vent'anni dalla sua istituzione. Appunti critici.*, in *Concorrenza e mercato rivista annuale di concorrenza*, 2010, p. 467 e ss. Secondo l'autore, il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante di «tipo debole» deriva da principi generali della giurisdizione amministrativa, che attribuisce al giudice amministrativo, in via generale, un sindacato di legittimità, e non di merito, sull'atto amministrativo.

tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame.

Ebbene, il Consiglio di Stato ha quindi inteso abbandonare la terminologia, utilizzata in precedenza, relativamente al sindacato debole o forte, per porre l'attenzione unicamente sulla ricerca di un sindacato, certamente non debole, tendente ad un modello comune a livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità di controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere in materia *antitrust*, ma di verificare, senza alcuna limitazione, se il potere a tal fine attribuito all'Autorità *antitrust* sia stato correttamente esercitato. Quindi, con tale orientamento viene individuata quale unica preclusione l'impossibilità per il giudice di esercitare direttamente il potere rimesso dal legislatore all'Autorità⁴⁴.

La stessa Corte di Cassazione ha ritenuto il controllo sui provvedimenti dell'Autorità conforme agli *standards* del giudizio di legittimità ed analogo al sindacato esercitato dalla Corte di Giustizia sulle decisioni della Commissione europea. La Corte ha riconosciuto la possibilità per il giudice amministrativo di accedere direttamente al fatto procedendo ad un controllo intrinseco, anche con l'eventuale ausilio di regole e conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica applicata dall'amministrazione⁴⁵.

44 C. D'AMORE, *La giurisprudenza amministrativa sulla legge antitrust*, in *Concorrenza e mercato, antitrust, regulation, consumer, welfare, intellectual property*, 2011, p. 346.

45 Cass. Civ., SS.UU., 29 aprile 2005, sent. n. 8882/2005. Tale sentenza è frutto del ricorso promosso contro la sentenza del Consiglio di Stato, 23 aprile 2002, n. 2199. I ricorrenti lamentavano il fatto che il giudice amministrativo, avendo ridotto il proprio sindacato ad un controllo esterno sulla legalità, congruenza, ragionevolezza e correttezza della motivazione, avesse negato loro la tutela piena di cui invece avevano diritto nei confronti dell'Autorità.

CAPITOLO TERZO

LE NOZIONI FONDAMENTALI DEL DIRITTO ANTITRUST NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

1. La nozione di impresa e di mercato rilevante nella giurisprudenza comunitaria.
- 2. L'art. 81 e il divieto di intese restrittive. - 3. L'art. 82 e il divieto di abuso dominante.

1. LA NOZIONE DI IMPRESA E DI MERCATO RILEVANTE NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

In tutte le previsioni in materia di concorrenza contenute nel titolo VII del TFUE («*Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni*») si fa riferimento al concetto di impresa; questa costituisce una delle nozioni generali del diritto antitrust comunitario, tuttavia non prevista dal Trattato, la cui definizione è imprescindibile nell'ambito di un elaborato dedicato anche alla descrizione della disciplina della concorrenza nell'ordinamento comunitario.

La giurisprudenza comunitaria ha avuto modo di precisare che per impresa si debba intendere «*qualsiasi entità esplicante un'attività economica, indipendentemente dallo stato giuridico di questa entità e dal suo modo di finanziamento*»⁴⁶. Parimenti, la Commissione ha chiarito che «*costituisce un'attività di natura economica qualsiasi attività che partecipi agli scambi economici, anche a prescindere dalla ricerca di profitto*»⁴⁷.

Il principio appare pertanto quello che sia impresa ogni attività che abbia un carattere economico, ed il carattere economico è rapportato alla circostanza che l'attività possa essere oggetto di scambio commerciale.

Quale ulteriore conferma dell'ampia definizione accolta a livello comunitario del concetto di impresa, si può ricordare un'altra sentenza della Corte di giustizia⁴⁸ dove viene puntualizzato che «*nel contesto del diritto*

46 Così CGCE 23 aprile 1991, Klaus Hofner e Fritz Elser c. Macroton GmbH, causa C-41/90.

47 Così la Decisione n. 92/521/CEE della Commissione del 27 ottobre 1992, in GUCE, 12 novembre 1992, L 326, p. 31 e ss.

48 CGCE 11 dicembre 1997, procedimento di volontaria giurisdizione su iniziativa della Job Centre coop. a r.l. Causa C-55/96 cfr. anche CGCE 24 ottobre 2002, Aéroports de Paris c. Commissione delle Comunità europee e Alpha Flight Services SAS, causa C-82/01 in cui la Corte ha affermato che «*la circostanza che un ente disponga, per l'esercizio di una parte della propria attività, di prerogative dei pubblici poteri, non*

della concorrenza, la nozione di impresa comprende qualsiasi entità che svolge un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di funzionamento».

Accanto alla definizione di impresa, risulta fondamentale nell'applicazione di ogni disposizione sostanziale del diritto della concorrenza (in *primis* artt. 101 e 102), la previa delimitazione del mercato o dei mercati rispetto ai quali valutare l'effetto dell'atto o del comportamento eventualmente lesivo considerato.

Si parla al proposito di «mercato rilevante» o di «mercato di riferimento», con lo scopo di individuare il settore economico e l'ambito geografico all'interno del quale inserire l'accordo, la misura o il comportamento misura oggetto di esame, onde valutarne successivamente l'impatto sulla concorrenza.

Già nella nota sentenza *Continental Can*, la Corte di giustizia richiamava l'attenzione sull'esigenza di valutare le possibilità di concorrenza in funzione delle caratteristiche dei prodotti, e quindi avendo riguardo al mercato di riferimento⁴⁹.

La definizione del mercato costituisce inoltre uno strumento per individuare e definire l'ambito nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro: dunque, scopo principale della definizione del mercato è di individuare in modo sistematico le pressioni concorrenziali alle quali sono sottoposte le imprese interessate. Per fare tale operazione, il mercato va definito sia sotto il profilo del prodotto che sotto quello geografico⁵⁰.

Quanto alla prima dimensione, un criterio per valutare se un prodotto rientri o meno in un mercato di riferimento è rappresentato dal concetto della c.d. interscambiabilità dei prodotti. Se i prodotti non sono sostituibili con altri, questi non fanno parte del mercato di riferimento⁵¹. È opportuno,

impedisce di per sé solo, di qualificarla come impresa ai sensi dell'art. 86 (oggi art. 102) del Trattato».

49 CGCE 21 febbraio 1973, *Europemballage Corporation e Continental Company Inc. c. Commissione delle Comunità europee*, causa 6/72. In questo caso la Corte ha annullato la decisione della Commissione, rilevando come «*la decisione omette tuttavia di precisare quali siano le caratteristiche che distinguono l'uno dall'altro questi tre mercati (precisamente il settore degli imballaggi leggeri destinati alle conserve di carne, quello degli imballaggi leggeri destinati alle conserve di pesce ed il mercato dei tappi e coperchi metallici, diversi dai tappi a corona, destinati all'industria delle conserve, n.d.a.), in modo da considerarli separatamente. Neppure viene indicato quali caratteristiche distinguano questi tre mercati dal mercato generale degli imballaggi metallici leggeri.*».

50 A.M. CALAMIA, *op. cit.*, p. 15.

51 La Corte di Giustizia, in particolare, sottolinea come per valutare la posizione,

in ogni caso, sottolineare come l'interscambiabilità non deve essere valutata soltanto in relazione alla domanda ma anche all'offerta⁵².

Quanto, invece, al contesto geografico entro cui si svolge il processo concorrenziale, tale può essere definito «*il territorio nel quale tutti gli operatori economici si trovano in condizioni di concorrenza analoghe, con riferimento per l'appunto ai prodotti considerati*»⁵³.

2. L'ART. 81 E IL DIVIETO DI INTESE RESTRITTIVE

L'art. 101 TFUE disciplina, vietandole, una molteplicità di intese, che presentano la caratteristica comune di avere «*per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune*».

La prima fattispecie indicata nel Trattato è quella degli accordi tra imprese. Il concetto di accordo non comprende solo il contratto in senso formale, giuridicamente vincolante. Perché vi sia accordo appare sufficiente l'esistenza di una volontà congiunta di comportarsi in un determinato modo. Ove siano indissociabili da un determinato rapporto contrattuale, anche i cd. *gentlemen's agreements* possono configurarsi come accordi ai sensi dell'art. 101, 1° comma del trattato⁵⁴.

eventualmente dominante, di un'impresa su un determinato mercato, è necessario che le possibilità di concorrenza siano considerate nell'ambito del mercato comprendente tutti i prodotti idonei a soddisfare esigenze costanti dei consumatori e che questi prodotti non siano facilmente interscambiabili con altri; cfr. CGCE 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden – Industrie Michelin.

52 Nel caso Continental Can, la Corte di giustizia ha rilevato come nella decisione della Commissione, oggetto di impugnazione, si fossero presi in esame tre diversi settori di imballaggi, quelli destinati alle conserve di carne, quelli destinati alle conserve di pesce e quello dei tappi e coperchi metallici per l'industria.

53 Tribunale di I grado 6 ottobre 1994, Tetra Pak International SA c. Commissione delle Comunità europee, causa T-83/91. Il Tribunale conferma la valutazione della Commissione secondo cui le condizioni di concorrenza non devono essere perfettamente omogenee, ma è sufficiente che siano analoghe o abbastanza omogenee.

54 La Commissione ha sottolineato come «*anche i gentlemen's agreements devono essere considerati come accordi ai sensi dell'art. 85, paragrafo 1 (attualmente art. 101 TFUE), poiché nonostante la loro denominazione di gentlemen's agreements, essi prevedono espressamente obblighi scritti e vincolanti per le parti relativamente al loro comportamento sul mercato, obblighi che le parti possono essere costrette ad osservare mediante ricorso alla procedura arbitrale in caso di mancata osservanza*» Decisione della Commissione n. 69/240/CEE del 16 luglio 1969, relativa ad una procedura a norma dell'art. 85 del trattato.

Parimenti, le «*convenzioni verbali vincolanti reciprocamente due imprese*» costituiscono accordi ai sensi dell'art. 85, n. 1 (ora art. 101 TFUE)⁵⁵.

È vietato l'accordo orizzontale, cioè quello tra imprese che intendano tenere lo stesso comportamento decidendo di dividersi o suddividersi il mercato. Orizzontale, perché le due imprese sono su un piano paritetico e sono entrambe nello stesso «ambito commerciale».

Il divieto si estende anche all'accordo verticale, che si realizza in tutte quelle ipotesi in cui le due imprese non sono sullo stesso piano, ma operano in fasi distinte del processo produttivo-distributivo. Nel caso degli accordi verticali, una parte si obbliga ad un comportamento diverso da quello che pretende dall'altra parte⁵⁶.

La seconda categoria disciplinata dall'art. 101 è quella delle decisioni di associazioni di imprese. Si tratta della categoria nella quale le imprese di un determinato settore non stipulano direttamente dei contratti o degli accordi con altre imprese, ma seguono il contenuto della decisione, adottata e posta in essere dall'associazione di cui fanno parte le imprese.

Mancando nel Trattato una definizione di cosa si intenda per associazione di imprese, l'interpretazione sarà ampia: si considerano tali sia quelle strutturate come le società commerciali, sia le associazioni di fatto, sia i consorzi, sia i gruppi di imprese, come pure le associazioni di singole attività produttive o gli stessi gruppi europei di interesse economico⁵⁷.

Oltre alle tipologie di intese appena descritte, esistono delle ipotesi più subdole, quali le pratiche concordate, ossia meri comportamenti di fatto che non trovano nessuna formalizzazione esterna ma che ugualmente riducono il grado di concorrenza, ponendosi così in contrasto l'art. 101 TFUE.

«Pratica concordata» è stata definita dalla Corte di Giustizia come un coordinamento delle attività delle imprese che non comporta l'elaborazione di un vero piano, essendo sufficiente che i comportamenti siano contrari alla concezione inerente le norme del trattato in materia di concorrenza.

La Corte ha affermato inoltre che «*le pratiche di cui trattasi, lungi dal risultare da decisioni unilaterali, sono frutto della concertazione fra i produttori interessati: questi hanno consapevolmente escluso i rischi della*

55 CGCE 20 giugno 1978, Tepea BV c. Commissione delle Comunità europee, causa 28/77.

56 F. BORTOLOTTI, *I sistemi di distribuzione selettiva nel diritto antitrust comunitario*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1996, p. 127 e ss.

57 A. PRETO, *Le libere professioni italiane nella Comunità europea tra mercato interno e diritto della concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 1031 e ss.

concorrenza, instaurando fra loro una collaborazione pratica che ha portato ad una situazione non corrispondente alle condizioni normali del mercato (...) a detrimento dell'effettiva libertà di circolazione delle merci nel mercato comune e della libera scelta dei fornitori da parte dei consumatori»⁵⁸.

Ancora, in una serie di sentenze, note come il «caso polipropilene»⁵⁹, il Tribunale di primo grado ha introdotto il concetto di «accordo-pratica concordata». La Commissione rilevò che quindici produttori di polipropilene avevano posto in essere un «accordo e pratica concordata», avendo deciso di mantenere dei contatti, di incontrarsi per discutere le politiche commerciali, in ordine ai prezzi minimi, alle strategie per i c.d. prezzi obiettivo, alla ripartizione di mercati⁶⁰. La Commissione ritenne di essere in presenza sia di un accordo che di una pratica concordata: da un lato si evidenziava un «accordo quadro di natura generale»; dall'altro, in via residuale, nei casi in cui non vi era la prova del consenso all'attuazione dei provvedimenti, una pratica concordata.

Il Tribunale di I grado, invece, ritenne che la fattispecie dell'accordo-pratica, avesse un carattere unitario ed integrato. Ciò consente, secondo il Tribunale, di non dover indagare e ricercare i singoli elementi costitutivi delle due fattispecie, accordo e pratica, in quanto la violazione del trattato può consistere in elementi propri degli accordi vietati ed in elementi propri delle pratiche vietate⁶¹.

Il divieto contenuto nell'art. 101 par. 1 è immediato ed automatico. Tuttavia il divieto non è assoluto. Infatti, in deroga al par. 1, il terzo ed ultimo paragrafo dell'art. 101 consente di dichiarare inapplicabile il divieto a quegli accordi tra imprese, decisioni di associazione o pratiche concordate o categorie degli stessi «che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di:

58 CGCE 16 dicembre 1975, *Coperatieve Vereniging «Suiker Unie» U.A. Ed altri c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite da 40 a 48, 50, da 54 a 56, 111, 113 e 114/73. In una sentenza del Tribunale di I grado 10 marzo 2002, *HFB e altri la nozione di pratica concordata «corrisponde ad una forma di coordinamento delle attività delle imprese che, senza spingersi fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce scientemente una cooperazione pratica tra di loro ai rischi della concorrenza (...)».*

59 Si tratta di 14 sentenze del Tribunale di I grado e precisamente 24 ottobre 1991, *Rhone-Poulenc SA c. Commissione delle Comunità europee*, causa T-1/89.

60 Decisione n. 86/398/CEE della Commissione.

61 Tribunale di I grado 24 ottobre 1991, *Rhone-Poulenc SA*.

- a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;
- b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi».

A proposito del par. 3 art. 101, il Regolamento n. 1/2003 ha introdotto una importante trasformazione poiché da disposizione attuabile solo dalla Commissione, questa è divenuta direttamente applicabile sia sul piano comunitario che su quello statale.

3. L'ART. 82 E IL DIVIETO DI ABUSO DOMINANTE

L'art. 102 stabilisce che è incompatibile con il mercato comune e quindi vietato lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante. Tale divieto acquista operatività nella misura in cui l'abuso possa essere pregiudizievole al commercio tra gli Stati membri e si sviluppi sul mercato comune ovvero su di una parte sostanziale dello stesso⁶².

L'art. 102 affianca alla statuizione del divieto un elenco, meramente esemplificativo, di possibili abusi: l'imposizione sia diretta che indiretta di prezzi di acquisto, di vendita o di altre condizioni non eque della transazione commerciale; la limitazione della produzione, degli sbocchi e dello sviluppo tecnico a danno dei consumatori l'applicazione nei confronti di altri contraenti di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti; la subordinazione del contratto alla previa accettazione di prestazioni supplementari, parallele e non giustificate né dagli usi commerciali né dall'oggetto del contratto.

L'art. 102 non contempla, a differenza dell'art. 101, alcuna esenzione al divieto di abusare della propria posizione dominante. Tale assolutezza appare, peraltro, ovvia, se solo si pone attenzione alla circostanza che il divieto colpisce non la posizione dominante, ma lo sfruttamento abusivo della stessa.

Come già detto in relazione all'art. 101 TFUE per la nozione di intesa, anche l'art. 102 del TFUE non fornisce alcuna definizione del concetto di posizione dominante.

Sia la Commissione che la Corte di giustizia hanno elaborato dei parametri per definire cosa si debba intendere per posizione dominante.

Alla luce di tali costruzioni, si può considerare la posizione dominante quale la «posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la

62 G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Cedam, p. 576 e ss.

detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori»⁶³.

Per dare concretezza a tale definizione è, peraltro, indispensabile definire il concetto di mercato di riferimento: è normale che più il mercato è ristretto, più probabile è che una determinata impresa raggiunga quella particolare posizione di forza evocata dall'art. 102.

La Corte di giustizia ha anche sottolineato come tale posizione di potenza che ostacola una concorrenza effettiva e che legittima comportamenti indipendenti si riferisce ad una situazione di fatto, indipendentemente dai motivi per i quali la situazione esiste⁶⁴.

Il secondo elemento da cui occorre prender le mosse per accertare l'esistenza di una posizione dominante è rappresentato dalla sua quota di mercato. Tra gli elementi che concorrono a determinare la rilevanza della quota di mercato dell'impresa considerata vi sono: la sua capacità produttiva e la sua potenza finanziaria; le quote di mercato dei concorrenti; l'esistenza di barriere di accesso al mercato.

Appare evidente che un'impresa non può detenere una posizione dominante se non ha acquisito una parte non secondaria di tale mercato⁶⁵.

La posizione dominante può anche essere collettiva, nel senso che la stessa sia detenuta da più imprese; tale nozione implica che le imprese siano sufficientemente legate tra di loro al fine di adottare una posizione comune sul mercato: in altri termini, le imprese devono ostacolare insieme ed in maniera consapevole la concorrenza⁶⁶.

63 CGCE 14 febbraio 1978, United Brands Company e United Brands Continentaal BV. In questo caso, la Corte dopo aver precisato che l'esistenza di una posizione dominante deriva in generale dalla concomitanza di più fattori che, presi isolatamente, non sarebbero necessariamente decisivi, esamina sia la struttura della UBC, sia la situazione concorrenziale, per concludere che la somma dei vantaggi di cui gode la UBC le garantisce dunque una posizione dominante sul mercato di cui trattasi. Una formulazione analoga si ha anche in CGCE 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG, e CGCE 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin.

64 CGCE 3 ottobre 1985, SA Centre belge d'études de marché-télémarketing (CBEM) c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e SA Information publicité Benelux (IPB), causa 311/84.

65 La quantificazione di tale posizione è stata individuata percentualmente sia nel caso Hoffmann-La Roche che nel caso Michelin. Cfr. CGCE 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG (le percentuali variano indicativamente dal 65% al 93%) e CGCE 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin (in questo caso le percentuali variano dal 57% al 65%).

66 Tribunale di I grado 10 marzo 1992, Società Italiana Vetro SpA e altri c. Commisison

Come in precedenza anticipato, l'art. 102 TFUE non punisce la detenzione di una posizione dominante o il processo di creazione della stessa, piuttosto sanziona quei comportamenti dell'impresa dominante che fuoriescono dai canoni di una condotta tipica dell'operatore in un regime concorrenziale, evidenziando uno sfruttamento abusivo della propria situazione di forza.

La Corte di giustizia ha sottolineato in varie occasioni che l'art. 82 (attualmente art. 102) osta a che un'impresa dominante elimini un concorrente e rafforzi in tal modo la propria posizione, avvalendosi di mezzi diversi da quelli che sono propri di una concorrenza fondata sui meriti. In particolare, nessuna concorrenza esercitata facendo leva sui prezzi può considerarsi legittima⁶⁷.

L'art. 102 TFUE esemplifica alcuni tipi di comportamento delle imprese in posizione dominante che possono configurarsi come abusi.

Il riferimento più immediato è rappresentato dall'esempio fornito dallo stesso art. 82, alla lettera *a*): imposizione in maniera diretta o indiretta, di prezzi di acquisto, di vendita o di altre condizioni di transazione non eque.

A tal proposito la Commissione ha ritenuto che sussistesse una violazione dell'art. 82 (ora 102 TFUE) da parte della General Motors la quale aveva stabilito dei prezzi eccessivi per il rilascio dei certificati di conformità per i veicoli nuovi importati in Belgio⁶⁸. La Corte di giustizia ha confermato le considerazioni della Commissione, pur avendo annullato la decisione, avendo la General Motors cessato il comportamento e restituita la differenza di prezzo pretesa per il rilascio dei certificati⁶⁹.

Un'altra forma di intervento sui prezzi, non espressamente menzionata nell'art. 102 e che può essere valutata abusiva è quella relativa agli sconti. Tra quelle più significative si può ricordare l'applicazione dello sconto-fedeltà o quella dello sconto-obiettivo.

Lo sconto-fedeltà si caratterizza per l'obbligo di approvvigionamento esclusivo imposto dall'altro contraente e differisce dagli sconti per quantità consumate, in quanto prescinde dal volume degli acquisti, avendo la sola finalità di ricompensare l'acquirente per non avere differenziato le fonti di

delle Comunità europee, causa riunite T-68, T-77 e T-78/89.

67 CGCE 3 luglio 1991, AKZO Chemie BV c. Commissione delle Comunità europee, causa C-62/86.

68 Decisione della Commissione del 19 dicembre 1974; la Commissione riconosce la posizione abusiva della GMC in quanto «è eccessiva la differenza esistente tra il costo effettivamente richiesto per il controllo (...) e per il fatto che essa ha applicato prezzi non equi ai sensi dell'art. 86, secondo comma, lettera a)».

69 CGCE 13 novembre 1975, General Motors Continental NV.

approvvigionamento⁷⁰. La conseguenza più evidente, lesiva dei principi posti a fondamento della concorrenza, è quella che i soggetti che pongono in essere transazioni commerciali acquistando le stesse quantità di prodotto sono trattati in maniera diversificata a seconda che acquistino o meno l'intero proprio fabbisogno da quel fornitore. Da questo evidentemente discende che qualora gli stessi siano concorrenti sul mercato, almeno uno finisce per essere svantaggiato⁷¹.

Una situazione diversa si verifica quando lo sconto è collegato al raggiungimento di un certo obiettivo «cd. sconto-obiettivo». Tale situazione è, altresì, differente dal cd. sconto-quantità. In quest'ultima ipotesi, infatti, il riferimento è operato al volume d'acquisto, mentre lo sconto-obiettivo è determinato individualmente per ciascuna controparte contrattuale

Nel caso Michelin, la Corte di giustizia ha ribadito che tale sistema costituisce un abuso di posizione dominante, in quanto la pressione sull'acquirente alla fine del periodo di riferimento (un anno), lo dissuadeva dal rivolgersi ai fornitori concorrenti⁷².

L'abuso di posizione dominante, può infine configurarsi nella pratica dei «*predatory prices*». In sostanza, viene sanzionato il comportamento di un'impresa che effettua la vendita di un prodotto ad un prezzo inferiore ai costi produttivi al fine di eliminare dal mercato un concorrente.

La Corte di giustizia ha riconosciuto la pratica predatoria quale abuso di posizione dominante, nel caso specifico di una importante industria chimica che ha posto in essere comportamenti sui prezzi per eliminare piccoli concorrenti dal mercato. La Corte di giustizia precisa che l'art. 82 «ora art. 102 TFUE» vieta che un'impresa dominante elimini un concorrente facendo leva sui prezzi. Poiché ogni vendita comporta per l'impresa dominante una perdita pari alla totalità dei costi fissi, cioè quei costi che restano costanti a prescindere dalla quantità prodotta, e, almeno in parte, dei costi variabili relativi all'unità prodotta, l'impresa non ha alcun interesse a praticare prezzi inferiori alla media dei costi variabili, se non quello di eliminare i propri concorrenti, per poter poi rialzare i propri prezzi approfittando della posizione di monopolio⁷³.

70 CGCE 16 dicembre 1975, Cooperative Vereniging «Suiker Unie» U.A. E altri.

71 CGCE 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG.

72 CGCE 9 novembre 1983, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin.

73 CGCE 3 luglio 1991, AKZO Chemie BV.

CAPITOLO QUARTO

LA DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA NELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO

1. La tutela della concorrenza nell'ordinamento spagnolo: cenni storici. - 2. L'attuale sistema di tutela della concorrenza nell'ordinamento spagnolo.

1. LA TUTELA DELLA CONCORRENZA NELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO: CENNI STORICI

L'Ordinamento giuridico spagnolo, ha provveduto a conformare la propria disciplina *antitrust* ai principi del diritto comunitario con l'emanazione di una nuova legge a tutela della concorrenza, entrata in vigore il 4 luglio del 2007, la *Ley de defensa de la Competencia* n. 15 del 2007.

Tuttavia in Spagna, le origini del modello di tutela della libera concorrenza sul mercato risalgono al 1963, anno in cui fu emanata la prima *Ley de Represión de Prácticas Restrictivas dela Competencia*⁷⁴.

Con la *Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia* venne istituito il *Tribunal de Defensa de la Competencia*, organo specializzato nella valutazione dei comportamenti anticoncorrenziali, vietati tanto dalla normativa nazionale, tanto da quella comunitaria. Il *Tribunal de Defensa de la Competencia* (TDC) per tal via venne inserito a tutti gli effetti nel sistema giuridico spagnolo.

L'ordinamento spagnolo iniziò quindi un processo di traslazione dei principi affermati a livello comunitario nell'ordinamento nazionale, seppure con alcune peculiarità proprie di un'economia interventista, quale era all'epoca quella iberica⁷⁵.

In realtà, il processo di liberalizzazione e deregolamentazione che interessava l'economia era appena iniziato ed era ancora troppo presto perché una legge che tutelasse la concorrenza ed il libero mercato avesse un significativo impatto sulla struttura dei mercati; e di questo ne è dimostrazione il fatto che l'attività del TDC durante questo periodo è stata molto ridotta, contandosi una media di dieci casi l'anno sottoposti al suo esame.

Il primo vero cambiamento nella materia si è registrato con la promulgazione della Costituzione, avvenuta nel 1978.

⁷⁴ Ley 110/1963, de 20 de julio, de represion de practicas restrictivas de la competencia.

⁷⁵ A. PÉREZ GOMEZ, *El control de las concentraciones de medios de comunicacion: derecho espanol y comparado*, Madrid, 2002, p 421 e ss.

Due le ragioni alla base:

- il TDC diventa un organo amministrativo dipendente dal Ministero dell'Economia «allora Ministero del Commercio»;
- viene espressamente sancita, dall'articolo 38 cost., la libertà di impresa; tal principio che viene immediatamente riconosciuto come ancoraggio costituzionale ispiratore della tutela della concorrenza.

Il secondo mutamento, ma non in ordine di importanza, avvenne con l'adesione della Spagna alla Comunità Europea, nel 1986. L'adesione, oltre a comportare un effetto immediato sul diritto interno, in virtù del principio di diretta applicabilità all'interno degli ordinamenti nazionali del diritto comunitario, portò la necessità di adattare la politica, la normativa ed i procedimenti in materia *antitrust* alla disciplina dettata dal Trattato e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Così, nel 1989 la Spagna procede alla riforma della *Ley de Represión de Prácticas Restrictiva de la Competencia* emanando la *Ley de Defensa della Competencia* n. 16 del 1989.

La nuova legge *antitrust*, provvede, conformemente ai principi dettati dal diritto comunitario, a creare una nuova base sostanziale, istituzionale, procedurale al regime spagnolo di tutela della concorrenza. Il nuovo assetto legislativo, nei suoi aspetti fondamentali e nonostante modifiche legislative intervenute nel corso degli anni, resta in vigore fino al 2007, anno in cui si è provveduto all'emanazione di una nuova legge, completamente modificativa della disciplina nazionale a tutela della concorrenza fino a quel momento in vigore⁷⁶.

La ricostruzione dei momenti storici determinanti nel sistema spagnolo *antitrust*, richiede un doveroso approfondimento riguardante la legge n. 16 del 1989.

Nel preambolo, la legge richiama il principio costituzionale ispiratore della materia e procede a fissare gli obiettivi della tutela della concorrenza in Spagna; si afferma che la concorrenza, come principio guida dell'economia di mercato, rappresenta un elemento intrinseco al modello di organizzazione economica della società e costituisce nel piano delle libertà individuali la prima e più importante forma in cui si manifesta l'esercizio della libertà di impresa affermata dall'art. 38 della Costituzione, il quale afferma espressamente che «*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de*

76 M.J.A. NUEZ - J.R. MARTINEZ, *Desregulación y política de competencia*, *El trimestre economico*, vol LXXVIII, 2011, p. 90 e ss.

la economía general y, en su caso, de la planificación».

La Costituzione spagnola riconosce la libertà di impresa all'interno del mercato e richiede, allo stesso tempo, che le autorità pubbliche vigilino e garantiscano il suo esercizio in conformità con le esigenze di economia generale.

Dalla lettura della disposizione costituzionale appena richiamata si possono trarre due conclusioni. La prima è che il principio della libertà d'impresa, anche se fondamentale, è soggetto a vincoli derivanti dall'esistenza di altri interessi parimenti ritenuti meritevoli di tutela; e la seconda è che le autorità pubbliche sono tenute a far sì che si mantenga, all'interno del mercato, un sistema concorrenziale non falsato.

La stessa Corte Costituzionale in una sentenza del 1° luglio 1986 - storica per l'ordinamento spagnolo - afferma che devono essere esercitate tutte le azioni necessarie al fine di evitare che gli operatori economici pongano in essere pratiche destinate a compromettere o danneggiare seriamente la concorrenza tra le imprese, elemento determinante nell'economia di mercato. Ecco allora che la tutela della concorrenza diventa necessaria e giustifica restrizioni della libertà d'impresa e dell'autonomia dei privati, nonché adattamenti dell'economia di mercato.

Sul piano sostanziale, la legge del 1989 riproduce testualmente gli artt. 85 e 86 dell'allora vigente Trattato di Roma «attualmente artt. 101 e 102 TFUE», vietando al suo primo articolo gli accordi tra imprese o altri operatori di mercato, volti alla fissazione di prezzi, alla ripartizione dei mercati o a imporre vincoli alla produzione e, all'articolo 6, l'abuso di posizione dominante.

Alle condotte che si concretizzano in un'intesa restrittiva della concorrenza o in un abuso di posizione dominante, la legge aggiunge un'ulteriore comportamento vietato perché lesivo dell'interesse pubblico: gli atti di concorrenza leale.

È da notare che il divieto di concorrenza sleale come strumento di tutela dell'interesse generale costituisce un elemento differenziale dell'ordinamento spagnolo rispetto ad altri ordinamenti europei, nei quali la concorrenza sleale è regolata dal diritto comune perché lesiva dell'interesse privato.

Sul piano istituzionale, la Spagna ha optato come molti altri paesi europei per un modello nel quale intervengono due istituzioni: il *Servicio de Defensa de la Competencia* ed il *Tribunal de Defensa de la Competencia*, affidando alla prima competenze istruttorie e di indagine circa le condotte restrittive della concorrenza e affidando alla seconda la decisione dei relativi casi e attribuendole, come già anticipato, funzioni consultive in materia di

concentrazioni o di aiuti di stato⁷⁷.

Inoltre, il sistema garantisce una tutela giurisdizionale effettiva, attribuendo la facoltà agli operatori economici di impugnare le decisioni del TDC innanzi all'*Audiencia Nacional* in prima istanza e in appello dinnanzi al *Tribunal Supremo* «Corte di Cassazione». In entrambi i casi, il Tribunale amministrativo agisce come controllore della legittimità degli atti della Pubblica Amministrazione.

Ora, a seguito della riforma operata dalla Legge 1/2002 al sistema della tutela della concorrenza, il quadro istituzionale è stato completato con il riconoscimento alle Regioni di competenze in materia. Infatti, la legge appena menzionata stabilisce criteri di connessione e ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni circa la valutazione delle condotte vietate, fermo restando la competenza esclusiva dell'amministrazione centrale dello Stato per la valutazione delle concentrazioni.

Si procede così ad avviare un processo di decentramento istituzionale, che nonostante i rischi connessi consente, attraverso l'attribuzione di specifiche competenze *antitrust* alle Regioni, una maggiore efficienza nelle indagini e in generale nella fase istruttoria.

Facendo un passo avanti, nel 2004 è stato emanato il R.D. 2295/04 sull'applicazione in Spagna delle regole di concorrenza comunitarie, che adegua il precedente R.D. 295/1998 sulla materia, al nuovo quadro legislativo comunitario delineato dal Regolamento 1/2003. Sulla base della legge sulla concorrenza 16/1998, il nuovo R.D. conferisce agli organismi statali garanti della concorrenza i poteri e gli obblighi derivanti dalla legislazione comunitaria, in particolare l'obbligo di cooperare con la Commissione Europea.

Sempre nel 2004 è stato elaborato il Libro Bianco sulla riforma del sistema spagnolo della concorrenza, presentato ufficialmente il 20 gennaio 2005 dal secondo vice primo Ministro e dal Ministro dell'economia e degli affari finanziari. Si tratta di un documento di discussione volto ad avviare la revisione dell'allora vigente quadro legislativo e istituzionale in materia di concorrenza al fine di migliorare gli strumenti e le strutture di tutela della concorrenza in modo da garantire un'effettiva concorrenza nei mercati, il benessere sociale e realizzare una efficiente allocazione delle risorse.

77 R. AMILIS, *Los nuevos tribunales autonómicos de defensa de la competencia. Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, 2003, p.224.

2. L'ATTUALE SISTEMA DI TUTELA DELLA CONCORRENZA NELL'ORDINAMENTO SPAGNOLO

La nuova legge sulla concorrenza, la *Ley de Defensa de la Competencia* n. 15/2007, si compone di cinque titoli che disciplinano rispettivamente le questioni sostanziali, gli aspetti istituzionali, la *Comisión Nacional de la Competencia*, le questioni procedurali e il sistema sanzionatorio.

Il primo titolo disciplina gli aspetti sostanziali dei tre principali strumenti relativi alle pratiche restrittive in materia di concorrenza: i principi di controllo delle operazioni di concentrazione ed il sistema di monitoraggio e proposta degli aiuti pubblici.

Per quanto attiene al primo capitolo, che riguarda i comportamenti anticoncorrenziali, la legge introduce tre modifiche: semplifica e chiarisce i diversi tipi di violazione; in luogo del regime di autorizzazione dei singoli accordi anticoncorrenziali adotta quello di esenzione legale, in linea con il modello comunitario chiarendo, contestualmente, gli effetti della stessa ed il trattamento delle condotte c.d. «*de minimis*». Viene eliminato il riferimento all'abuso di dipendenza economica, attualmente regolato dalla legge 13/1991 sulla concorrenza sleale.

In connessione con la transizione al regime di esenzione legale, la legge esclude dal divieto gli accordi che soddisfano determinati requisiti, in linea con quanto previsto dal diritto dell'Unione Europea. In sostanza, i divieti non si applicano a quelle restrizioni della concorrenza proporzionali ai benefici che ne derivano in termini di efficienza nella distribuzione delle risorse e, quindi, di benessere generale.

Il cambiamento del sistema è completato dalla scomparsa delle licenze individuali da parte dell'autorità di concorrenza e, quindi, dal passaggio ad un sistema di autovalutazione da parte delle imprese sulla riserva legale dei propri accordi.

Al fine di rafforzare la certezza del diritto e, nonostante il riferimento alle norme comunitarie in materia di esenzione, la legge fa espresso riferimento al Regolamento comunitario in materia di esenzione legale per categorie, al fine di applicare il medesimo regime anche in ambito nazionale.

Resta ferma la possibilità per il Governo spagnolo di esentare dal divieto accordi che non pregiudicano il commercio tra gli Stati membri. Si fornisce anche un sistema *on line* per la dichiarazione di inapplicabilità dei divieti a determinati comportamenti. Infine, si estende a tutti i tipi di violazione l'esenzione dal divieto di comportamenti posti in essere in applicazione di regolamenti aventi forza di legge delle condotte c.d. «*de minimis*» che per la loro minore importanza non sono suscettibili di incidere in misura

significativa sul gioco della concorrenza.

Il secondo titolo si occupa del quadro istituzionale. Il primo capitolo, che riguarda gli organi amministrativi competenti per l'attuazione della legge *antitrust*, apporta una novità principale e cioè la creazione in ambito statale di un'unica istituzione indipendente dal Governo: la *Comisión Nacional de la Competencia*, che assorbe le competenze dei soppressi *Servicio* e del *Tribunal de Defensa de la Competencia*⁷⁸.

La *Comisión* presenta una struttura piramidale incentrata sull'esistenza di due organi separati all'interno della stessa, la *Dirección de investigación* e il *Consejo*, i quali svolgono indipendentemente le loro funzioni di indagine e risoluzione, sotto la supervisione ed il coordinamento del Presidente, supportato a sua volta da una serie di uffici comuni. Il secondo capitolo disciplina i meccanismi di coordinamento degli organi amministrativi coinvolti nell'attuazione della legge, nonché quelli di coordinamento degli stessi con le autorità di regolamentazione settoriali, al fine di garantire la coerenza, l'efficienza nella distribuzione delle risorse pubbliche e la certezza giuridica per gli operatori economici.

In ultima analisi, sono stabilite le linee guida dei rapporti tra i diversi organi che, naturalmente, potranno essere completati da meccanismi informali, che è possibile stabilire al fine di assicurare il necessario coordinamento nel quotidiano esercizio delle rispettive competenze. Inoltre, sono istituiti sistemi di cooperazione con gli organi giurisdizionali nel processo di applicazione delle regole di concorrenza.

Il terzo titolo disciplina la *Comisión Nacional de la Competencia*, l'organo responsabile per l'attuazione della legge *antitrust*, della promozione e della tutela di un'effettiva e libera concorrenza in tutti i settori del mercato nazionale.

Il quarto titolo della *Ley 15/2007* disciplina le diverse procedure in riferimento ai comportamenti vietati. In questo settore, la riforma è stata guidata dalla ricerca di un maggior equilibrio tra i principi di certezza del diritto e di efficienza amministrativa così da semplificare notevolmente le procedure, tenendo nettamente separate quelle di istruzione da quelle decisorie. In questo modo si tenta di eliminare la potenziale duplicazione di attività e di ricorsi amministrativi agli atti posti in essere dall'autorità, in particolare avverso quelli di archiviazione della procedura. Il primo capitolo contiene disposizioni comuni relative alle procedure per l'accertamento delle intese restrittive della concorrenza, all'applicazione di misure cautelari e al controllo delle concentrazioni. In particolare, si tratta di regole

78 F. CASANI - A. LLORENTE - E. PÉREZ, *Economía*, 2008, p. 122.

dettagliate riguardanti i termini di adozione delle decisioni, le procedure speciali e i poteri conferiti alla CNC di raccolta di informazioni, ispezione e vigilanza sull'esecuzione degli obblighi derivanti dalla legge. Il secondo capitolo disciplina la procedura sanzionatoria delle intese restrittive della concorrenza, che ha inizio con fase istruttoria condotta dalla *Dirección de Investigación*, nella quale vengono posti in essere tutti gli atti necessari alla delucidazione degli eventi e a garantire sia il contraddittorio, sia il diritto di difesa del denunciato; procede con la redazione a cura della *stessa Dirección de Investigación* di una relazione-proposta che viene trasmessa al *Consejo*, il quale procede alla composizione della controversia adottando all'esito la decisione. In linea con la legislazione comunitaria, la legge introduce la possibilità che la risoluzione del *Consejo* imponga condizioni.

Il terzo capitolo riguarda la procedura di controllo delle concentrazioni. In questo settore la legge mantiene due fasi della procedura e riduce le scadenze che hanno caratterizzato il sistema spagnolo e assegna poteri di indagine alla CNC. Nella prima fase della procedura, che dura al massimo un mese, si procede all'analisi delle operazioni di concentrazione, che vengono approvate se non presentano problemi per la concorrenza, mentre nella seconda si realizza procede ad una verifica più dettagliata dell'operazione permettendo la partecipazione di terzi interessati e facendo sì che Consiglio e Commissione adottino una decisione finale.

Infine, il quinto titolo disciplina il sistema sanzionatorio. In questo ambito la legge rappresenta un importante sviluppo in termini di certezza del diritto perché realizza una graduazione dei vari illeciti concorrenziali e chiarisce le pene massime per ogni tipo di condotta, fissata in misura percentuale al volume delle vendite dell'impresa autrice dell'illecito. In linea con le attuali tendenze europee, sono specificati i criteri secondo i quali si determina la sanzione da infliggere nel caso concreto, accompagnati dalla previsione di un regime di pubblicità delle sanzioni inflitte in applicazione della legge, che ha la funzione di deterrente per le imprese operanti nello stesso mercato.

CONCLUSIONI

Dall'analisi dell'elaborato si evince come il principio della concorrenza, a seguito di un arduo percorso, si è assestato come principio fondamentale del nostro ordinamento.

Si è passati da un primo periodo, durante il quale, il parametro dell'utilità sociale veniva spesso usato come limite alla concorrenza intesa come libertà di iniziativa economica privata, ad oggi dove, grazie all'influenza del diritto comunitario, questa si è cristallizzata nel novero dei principi fondamentali.

Ebbene, garantire la concorrenza è, attualmente, una delle modalità con cui è possibile perseguire l'utilità sociale. Infatti, come ci insegna l'economia, quest'ultima rappresenta quel meccanismo ottimale, grazie al quale è possibile garantire il benessere di tutti i consumatori.

Pertanto, la concorrenza deve essere analizzata non solo come fenomeno prettamente giuridico, ma anche come fenomeno sociale.

Per concludere, è possibile affermare che, grazie al diritto comunitario e all'esigenza di unità della disciplina nel contesto del mercato comune, il principio della concorrenza si è consolidato nell'ambito dei singoli ordinamenti. Si è visto, con particolare riguardo all'ordinamento spagnolo, come anche in quest'ultimo si è passati da una politica prettamente interventista, ad una politica più liberista, grazie alla quale, in seguito all'adesione della Spagna alla Comunità Europea nel 1986, la concorrenza è potuta assurgere a principio fondamentale, e valore da tutelare affinché possa essere garantita non solo la libertà di impresa, ma anche il benessere sociale.

BIBLIOGRAFIA

- A. ADINOLFI, *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza: commentario al regolamento (CE) n.1-2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, Giuffrè, 2007.
- R. ALESSI – E. C. CANNIZZARO – E. BOZZA, *Codice della concorrenza: norme italiane e comunitarie per la tutela della concorrenza e del mercato*, Torino, Giappichelli, 2008.
- R. ALESSI – G., OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato: commento alla L. 10 ottobre 1990, n. 287 ed al Regolamento CEE n. 4064/89 del 21 dicembre 1989*, Torino, Giappichelli, 1991.
- R. AMILIS, *Los nuevos tribunales autonomicos de defensa de la competencia. Gaceta juridica de la Union Europea y de la competencia*, 2003 .
- M. ARAGIUSTO, *Dinamiche e regole della concorrenza*, Padova, 2006.
- A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, 2008.
- F. BORTOLOTTI, *I sistemi di distribuzione selettiva nel diritto antitrust comunitario*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1996.
- G. BUONOMO - S. BONANNI, *La libertà d'impresa tra l'articolo 41 e l'articolo 118 della Costituzione*, Servizio studi del Senato, 2010.
- A.M. CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2004.
- M. CALVINO - L. CONTE, *Il diritto pubblico e la sua economia*, San Marino, 2013.
- P. CARETTI, *La sentenza n. 826/1988 in materia di servizi radiotelevisivi: la Corte riprende il suo dialogo col legislatore e arricchisce il proprio potere decisorio*, in *Il dir. dell'informazione e dell'informatica*, 1990.
- F. Casani - A. Llorente - E. Pérez, *Economia*, 2008.
- M. CASANOVA, *Concorrenza*, in *Novissimo Digesto Italiano III*, 1981.
- S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma-Bari, 2001.
- C. CHIOLA, *Il pluralismo nella gestione dei servizi radiotelevisivi*, in *Dir. radiodiff. e telecom*, 1975.
- D. CORLETTI, *Autorità indipendenti e giudice amministrativo*, in *Autorità indipendenti e agenzie: una ricerca giuridica interdisciplinare*, a cura di P.

- CAVALIERI - G. DALLE VEDOVE - P. DURET, Padova, 2003.
- M. DE DOMINICIS, *Concorrenza e nozione d'impresa nella giurisprudenza comunitaria*, Napoli, 2005.
- C. D'AMORE, *La giurisprudenza amministrativa sulla legge antitrust*, in *Concorrenza e mercato, antitrust, regulation, consumer, welfare, intellectual property*, 2011.
- M. DE VITA, *Il diritto della concorrenza nella giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2009.
- V. DI CATALDO, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato a vent'anni dalla sua istituzione. Appunti critici*, in *Concorrenza e mercato, rivista annuale di concorrenza*, 2010.
- P. DI TULLIO, *Concorrenza sleale*, in *Il Diritto Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore*, 2007.
- G. FERRI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, VIII, 1961.
- R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza: II*, in *Enciclopedia Giuridica*, VIII, 2007.
- R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza sleale*, in *Enciclopedia giuridica*, 1988.
- A. FRIGNANI - R. PARDOLESI - A. PATRONI GRIFFI - L. UBERTAZZI, *Diritto Antitrust Italiano*, Volume I, 1993.
- F. GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, Cedam, 2003.
- G. GHIDINI, voce *La concorrenza sleale*, Torino, Utet, 2001.
- G. GUARINO, *Le autorità garanti nel sistema giuridico*, in *Autorità Indipendenti e principi costituzionali*, a cura di G. Amato, Padova, 1999.
- G. GUGLIELMETTI, *Concorrenza*, in *Digesto, Discipline privatistiche - Sez. Commerciale*, 1988.
- A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008.
- P. LAZZARA, *Le competenze comunitarie e i limiti del sindacato giurisdizionale in materia Antitrust*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2006.
- M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, 2010.
- P. MANZINI, *Antitrust applicato: raccolta sistematica della giurisprudenza comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2004.

- F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, Milano, 2002.
- M.J.A. NUEZ - J.R. MARTINEZ, *Desregulacion y politica de competencia*, *El trimestre economico*, vol LXXVIII, 2011.
- A. PAPPALARDO, *Concorrenza in Digesto, Discipline Privatistiche*, III, 1990.
- A. PEREZ GOMEZ, *El control de las concentraciones de medios de comunicacion: derecho espanol y comparado*, Madrid, 2002.
- A. PRETO, *Le libere professioni italiane nella Comunità europea tra mercato interno e diritto della concorrenza*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999.
- F. RISSO, *Le intese anticoncorrenziali: prova, sanzioni e autorizzazioni in deroga*, in *Foro Amministrativo: Consiglio di Stato*, 2008.
- E. SANTORO, *A proposito degli effetti della sent. n. 225 del 1974 sulla "riserva" allo Stato del servizio pubblico radiotelevisivo*, in *Dir. radiodiff. e telecom*, 1974.
- F. SCAGLIONE, *La concorrenza sleale e il mercato*, in A. PALAZZO - A. SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007.
- G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Cedam, 2005.
- R. TITOMANLIO, *Autorità e indipendenza: profili organizzativi*, Milano, 2000.
- A. TRAVI, *Giudice Amministrativo e Autorità Indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002.