

Roberto Pardolesi

Diritto antitrust: questioni generali

SOMMARIO: 1.- *Una nota (non soltanto) lessicale.* 2.- *Cenni storici. Alle origini del diritto antitrust.* 3.- *La disciplina della concorrenza in Italia.* 4.- *I fini dell'antitrust.* 5.- *La modernizzazione dell'antitrust.*

1.- *Una nota (non soltanto) lessicale.* Antitrust è termine di uso corrente. Ma si tratta di un'etichetta occasionale e, per certi versi, infelice. Occasionale perché, vigendo ancora il divieto per le società di capitali di detenere partecipazioni azionarie di altre compagini sociali, le più importanti coalizioni tra produttori, contro cui si levò il movimento di opinione pubblica che avrebbe portato, nel 1890, all'approvazione dello Sherman Act, solevano fare ricorso allo schema del trust per propiziare un affidabile controllo delle attività dei propri membri; di lì a poco, il rapido sviluppo del diritto societario nord-americano avrebbe offerto ben più sofisticate opportunità di perseguire disegni cartellistici. Infelice perché il *nickname* antitrust implica ancor oggi, per chi non abbia dimestichezza col tema, un disorientante stigma di disvalore nei confronti di un istituto di common law, il trust, che merita invece, per la sua proverbiale flessibilità e le davvero rimarchevoli doti operative, ben diversa considerazione.

La fortuna del termine è dovuta, del resto, all'incerta efficacia delle alternative. E' di uso corrente quella di disciplina antimonopolistica, che ha il torto, però, di dar luogo ad una sineddoche impropria, posto che la lotta al monopolio non è la sola vocazione della normativa in parola, quando non si debba addirittura constatare –come si vedrà in prosieguo-- che, per una ragione o per l'altra, i monopoli restano fuori del suo raggio d'incidenza. Molto più precisa l'alternativa rappresentata da una qualche variante della formula “disciplina delle pratiche restrittive della concorrenza”, spesso incisivamente abbreviata in “disciplina (tutela) della concorrenza (del mercato)”. Sennonché, quest'ultima formulazione finisce ineluttabilmente per andare oltre il segno. Come si avrà modo di precisare tra un momento, le modalità di svolgimento della concorrenza sono presidiate anche da apparati normativi che s'ispirano alla logica, tutta diversa, della correttezza dei comportamenti tenuti dagli operatori; mentre, se si guarda al mercato, non si tarderà a scoprire che, secondo l'insegnamento tradizionale, l'antitrust tiene il campo là dove si registrano occlusioni contingenti al dispiegarsi delle sue virtù salvifiche e cede al cospetto di fallimenti strutturali (monopoli naturali, asimmetrie informative etc.), che non possono essere rimossi con un intervento episodico e postulano il ricorso alla regolamentazione (magari con l'avvertenza di restringerla recessivamente al solo compito di 'mimare' gli esiti competitivi preclusi dalle contingenze strutturali).

2. *Cenni storici. Alle origini del diritto antitrust.* Si è già menzionato lo Sherman Act, che, ormai prossimo ai 120 anni di vita, passa nell'immaginario collettivo per la prima legge in materia. In realtà, l'iniziativa del Senatore Sherman (fratello minore del generale protagonista della guerra di secessione) è stata preceduta da quella canadese (1889) e da un manipolo di interventi statali statunitensi, di scarso impatto in ragione del loro limitato respiro giurisdizionale. Ma ciò non toglie che, per l'importanza del dibattito congressuale (dipanatosi per l'arco di 15 mesi) e per le conseguenze che ne sarebbero derivate, lo Sherman Act vada collocato alle radici prime dell'antitrust.

Gli storici concordano sulla ricostruzione del quadro entro cui si colloca la gestazione di questa normativa. E' un quadro di accentuato sviluppo industriale, contrassegnato da sovrapproduzione ed esubero di capacità, cui era conseguito un drammatico crollo dei prezzi. Su queste premesse vennero formandosi grandi aggregazioni economiche, in forma di trust (con affidamento del capitale azionario, e dei relativi diritti di voto, delle società concorrenti ad un *board of trustees*, deputato a gestirle per conto dei comuni azionisti), come soluzione, più solida di meri accordi o

pools, per porre rimedio a quello che veniva considerato un difetto fatale del nuovo ordine economico: l'eccesso di concorrenza. Ridurre la produzione e riportare sotto controllo (privato) il mercato, era questa la ricetta proposta dai grandi trust: con l'apparente beneplacito della comunità degli uomini d'affari e degli stessi economisti, ma con la fiera opposizione del pubblico allargato dei non addetti ai lavori. Il malcontento popolare, alimentato da tambureggianti campagne di stampa che denunciavano le tecniche poco scrupolose con cui i "baroni" dell'industria andavano rafforzando il loro enorme potere, fu cavalcato da tutte le forze politiche rappresentative e mise capo, appunto, all'approvazione di una legge assai diversa da quella originariamente proposta dal suo massimo fautore. Il testo approvato riprendeva, infatti, la tradizionale terminologia di common law, condannando le combinazioni/cospirazioni "in restraint of trade" e proscrivendo, altresì, la "monopolizzazione" o il tentativo di monopolizzare.

Se è indiscusso il quadro di riferimento, molti dubbi si appuntano invece sulla miscela di sollecitazioni, anche lobbistiche, che portarono all'emanazione dello *statute* federale (c'è chi non esita, a dispetto della molta enfasi riposta sull'interesse pubblico, a considerare determinante la spinta degli allevatori contro i grandi impianti di lavorazione delle carni; e chi, adottando paradigmi di *public choice*, ipotizza che il via libera del Congresso si proponesse il fine malizioso di acquietare un'opinione pubblica frustrata, col retropensiero ch'essa non avrebbe mai concretamente operato). Ancora più controversa, se possibile, la diatriba sulla *ratio legis*: se s'intendesse privilegiare il benessere dei consumatori o arginare i potentati economici è questione che, come si vedrà, continua ad essere vivacemente dibattuta.

I primi passi della nuova normativa (sorprendentemente utilizzata, in esordio, per colpire i sindacati dei lavoratori) non furono promettenti. E decisioni giurisprudenziali quali quella resa dall'allora Chief Justice White nel celebre caso *Standard Oil of New Jersey* (1911), che pure mise capo alla dissoluzione della "madre dei trust", appunto quello di Rockefeller, parvero contribuire all'indebolimento di un impianto legislativo che, per vaghezza di formulazioni e speculari margini di apprezzamento interpretativo, si era rivelata da subito sin troppo gracile. Di qui l'emanazione, nel 1914, di due nuovi *statutes*: il Clayton Act, che individuava un manipolo di violazioni specifiche e puntualmente definite, sottratte alle manipolazioni della "rule of reason", ed il *Federal Trade Commission Act*, che attribuiva ad una nuova autorità indipendente il compito di provvedere ad un aggressivo *enforcement* della disciplina antitrust. Cominciava così la lunga marcia dell'esperienza statunitense, che avrebbe conosciuto ulteriori implementazioni normative nel 1936 col Robinson-Patman Act e nel 1950 col Celler-Kefauver Act (cui vanno aggiunti ulteriori aggiustamenti, tra i quali spicca lo Hart-Scott-Rodino Act del 1976), ma che, soprattutto, avrebbe accumulato nel tempo uno straordinario patrimonio di esperienza applicativa, prezioso per chiunque, in ogni dove, abbia ad interessarsi della materia.

Dal punto di vista comparatistico, l'antitrust nel suo complesso può considerarsi un macro-modello (che, in quanto tale, ammette variazioni sul tema anche importanti, come quelle di cui si dirà più oltre), soggetto a circolazione e trapianti. In effetti, così è stato, nel secondo dopoguerra –e, si potrebbe dire, in punta di baionetta--, per il Giappone e la Germania, la quale è poi arrivata a darsi una propria, monumentale legislazione, il GWB-Gesetz del 1957, ormai approdato alla settima novella. E lo stesso Trattato di Roma, all'origine dell'Unione europea, ha fatto della disciplina antitrust –scandita dalle due clausole generali sul divieto di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante-- uno strumento fondamentale per coltivare le quattro libertà commerciali su cui si fondava la sua impostazione originaria. Ma, più ancora che dar conto della recezione del macro-modello nei quadranti occidentali, può essere utile sottolineare come essa sia portato diretto del trend di conversione dell'Europa occidentale al paradigma dell'economia di mercato, quello stesso che, nell'intervallo fra le due guerre, era stato, almeno in alcuni quadranti, battuto in breccia dal prevalere di una qualche forma di dirigismo statale, spesso per nulla restia a riguardare le coalizioni industriali come possibili strumenti di politica economica. Non a caso, il processo è stato scandito da un generale arretramento della *regulation*, sull'onda di processi di liberalizzazione e privatizzazione che hanno restituito, in tutto o in parte, alle ruvide qualità del

mercato (e alla disciplina che lo presidia) settori che, nel segno dell'ovvia prevalenza degli interessi generali e della pervasività del monopolio naturale, lo avevano tradizionalmente pretermesso.

Una qualche articolazione della disciplina antitrust è oggi presente, o in stato di gestazione avanzata, in più di cento Paesi (dati UNCTAD). Nella lista figurano gli Stati della transizione, che fino alla caduta del muro di Berlino avevano tentato di dar corpo ai dettami pianificatori dell'economia socialista. E vi confluiscono anche molti paesi in via di sviluppo, pur con i molti condizionamenti che derivano dalla dichiarata esigenza di tutelare strutture industriali ancora in cerca di consolidamento. Il macro-modello esibisce, dunque, grandi potenzialità espansive. Ma il suo radicamento è processo culturale e ideologico particolarmente complesso, anche laddove le condizioni economiche complessive non s'incaricano di renderlo persino più difficile. La vicenda italiana offre un riscontro emblematico.

3.- *La disciplina della concorrenza in Italia.* Punto di partenza obbligato è la constatazione, già evocata nelle battute iniziali, che la disciplina della concorrenza ha, nel nostro sistema giuridico (ma il problema è comune ai sistemi di *civil law*), un significato elusivo, accentuato dal fatto che l'antitrust è un prodotto tardo rispetto alla risalente elaborazione in materia di pratiche sleali.

In effetti, il codice civile detta una disciplina che governa il concorso, anche eventuale, d'una pluralità d'imprenditori sullo stesso mercato: ora ammettendo (o sancendo) limitazioni all'esercizio dell'attività, ora temperandone le modalità, in vista dei possibili riflessi sui terzi (imprenditori). La sua strutturazione è, per così dire, verticale.

Un pugno di disposizioni generali doveva, nelle intenzioni del legislatore codicistico, fornire la cornice d'insieme. Ecco, allora, l'art. 2595 c.c., col suo monito affinché il cimentarsi dell'impresa nel mercato non solo rispettasse i limiti stabiliti dalla legge (e, nemmeno a dirlo, dalle norme corporative), ma soprattutto non andasse a discapito degli interessi dell'economia nazionale; nel che era implicito il riferimento ad un livello superiore di controllo del fenomeno economico complessivo, che rimaneva estraneo al tessuto codicistico, a mo' di *prius* sostanzialmente eteronomo. Per parte sua, l'art. 2596 c.c. dava ingresso a restrizioni concorrenziali, vuoi orizzontali vuoi verticali (profilo, quest'ultimo, assai controverso, anche in ragione della possibilità di far leva, per singole fattispecie, a normative specifiche, quali gli artt. 1374, 1567 e 1568 c.c., nonché, con aspirazioni di maggior generalità, l'art. 1379 c.c.), a condizione che ne fosse data prova per iscritto e che le limitazioni convenzionali fossero circoscritte a zone ed attività determinate e non eccedessero la durata di un lustro. La norma dettava, dunque, "limiti ai limiti" che potevano essere fissati come esplicitazione dell'autonomia privata: e il suo obiettivo --ce lo rammenta inequivocamente la Relazione al codice civile (n. 1045)-- era rappresentato, piuttosto che dalla salvaguardia di una qualche misura di tensione competitiva, dalla tutela della personalità contro anomale compressioni della libertà individuale nel perseguimento di un'attività economica. Infine, l'art. 2597 c.c. --norma di sicura originalità rispetto al panorama del tempo-- scandiva l'obbligo di contrarre, con tanto di rispetto della parità di trattamento, a carico del monopolista legale.

Ad un livello immediatamente inferiore veniva delineata, con maggior dovizia di regole, la repressione della concorrenza sleale: espressione coerente della necessità di disciplinare i rapporti interimprenditoriali rispetto al mercato, in forza della naturale propensione dell'atto competitivo a risolversi in pregiudizio per i rivali: quanto dire che l'imprenditore è, sì, libero di muovere alla conquista dell'altrui clientela, purché lo faccia nel rispetto delle "regole del gioco", ossia senza far leva su mezzi ritenuti scorretti. Il carattere verticale dell'impianto normativo appariva qui evidente: la generalità delle disposizioni dettate per l'innanzi cedeva il passo ad un complesso di precetti che rimontavano, per origine, respiro e logica applicativa, ad una matrice di categoria, esemplarmente catturata dal concetto di correttezza professionale. La concorrenza sleale era provincia dei rapporti d'impresa.

Guai a dimenticare, comunque, che il titolo X del codice civile s'intitolava alla disciplina della concorrenza e dei consorzi; e che a questi ultimi --contratti (tra "imprenditori esercenti una medesima attività economica o attività economiche connesse") deputati, tra l'altro, a propiziare il

coordinamento della produzione (più in chiaro: al suo contingentamento, v. art. 2603, comma 3, a tutt'oggi formalmente in vigore) e degli scambi— era dedicato l'intero capo II. Quanto dire che, agli occhi del legislatore fascista, le organizzazioni consortili (in taluni casi obbligatorie) non andavano riguardate con disfavore: piuttosto, se ne doveva assicurare la conformità di funzionamento alla politica economica autarchica, ovvero agli “interessi generali della produzione”.

Ad ogni buon conto, la coesione primigenia dell'impianto codicistico venne meno con la caduta del regime che l'aveva tenuto a battesimo. Di lì a poco, l'art. 41 della Carta repubblicana, col supporto —ancor più sbilanciato— dell'art. 43, avrebbe vistosamente ridefinito, nel segno del divieto di recar danno alla libertà, sicurezza e dignità umana e della necessaria conformità al principio (indefinito) dell'utilità sociale, il quadro entro cui si sarebbe dovuta dispiegare la libertà d'iniziativa economica privata, compromissoriamente affiancata all'intervento pubblico in economia. Senza neppure bisogno di ripercorrere una vicenda che altri ha sapientemente ricostruito, basterà ricordare come, sotto l'egida di quell'art. 41 (e della funzionalizzazione che ad esso veniva considerato immanente, *sub specie* di predisposizione di limiti positivi ed interni, piuttosto che negativi ed esterni), il nostro sistema abbia sperimentato la forma più intensa di 'statizzazione' dell'economia registratasi nei quadranti occidentali nell'ultimo scorcio del millennio scorso. Tutto noto quanto basta per poterci qui limitare all'evocazione di slogans quali “terza via”, “Stato programmatore”, impresa pubblica come “impresa *yardstick*” (libera dall'obbligo di fare profitti in quanto condizionata soltanto dall'obiettivo di chiudere i conti in pari e, per ciò, capace di iniettare competitività autentica dall'interno del sistema), ripudio dell'antitrust come “utopia nostalgica”. Nella supposta endiadi 'stato-mercato', l'enfasi si appuntava tutta sul primo termine: col mercato lasciato in penombra ed assediato dal dirigismo economico, che si andava declinando in termini di programmazione generale e settoriale, controllo dei prezzi, sovvenzioni pubbliche, concessioni per i servizi d'interesse generale o gestione diretta della mano pubblica etc.

Paradossalmente, lo svolgersi di questa pagina della nostra storia economico-giuridica procedeva in parallelo al processo che avrebbe condotto al suo superamento. Solo un anno dopo l'affossamento dei progetti autoctoni di legge antimonopolistica, la firma del Trattato di Roma avrebbe posto la prima pietra di una Comunità europea, fondata sul mercato (e sulla forza che dovrebbe trascorrerlo, la concorrenza) e destinata a trasformarsi in senso federalista, iniettando dall'esterno, quasi 'a viva forza', una logica schiettamente liberista, di cui il retaggio culturale dominante aveva da tempo immemorabile perso le tracce. Il processo si è compiuto nel 1990, con l'emanazione della l. 287, contenente norme sulla tutela della concorrenza e del mercato, che ha drasticamente rivoluzionato l'ordito della disciplina deputata a governare l'attività d'impresa sul mercato. Di scorcio, varrà la pena di sottolineare che quella normativa, tanto eversiva rispetto al bagaglio culturale ed ideologico che aveva tenuto banco sino a quel momento —e che, in ragione del suo profondo radicamento, avrebbe contribuito a rendere tutt'altro che semplice il decollo del nuovo approccio disciplinare—, venne investita del compito di dare attuazione all'art. 41 Cost.: declamazione che innesca interrogativi davvero delicati (ma estranei alla presente riflessione) sulla reale consistenza della costituzione economica materiale.

3.- *I fini dell'antitrust.* Il dibattito sui fini dell'antitrust ha registrato, sotto ogni cielo che conosca una disciplina di tutela della concorrenza, oscillazioni vistose.

A livello di declamazioni legislative, è dato riscontrare un nucleo comune, rappresentato da una qualche variazione sul tema della salvaguardia/promozione della concorrenza (salvo magari raccordarvi, di frequente, motivazioni aggiuntive, che vanno a toccare profili contermini —la promozione dell'innovazione, lo sviluppo economico, etc.—, quando non prendono direzioni addirittura sorprendenti). Ma basta la proclamata volontà di arginare le insidie al dispiegarsi dell'operatività del mercato a rendere ragione dell'antitrust? La risposta, come spesso accade in ambito giuridico, è: dipende.

La scienza economica ha elevato a *locus classicus* le virtù di un mercato perfettamente competitivo. L'equilibrio che vi s'instaura —quello in cui il prezzo corrente eguaglia il costo marginale— non solo

esprime un ordine spontaneo, prodotto dall'assommarsi decentralizzato di decisioni individuali e fondamentalmente egoistiche, ma realizza altresì, sul piano del benessere sociale, un'ottimalità Paretiana, ossia una situazione in cui non è possibile introdurre cambiamenti migliorativi senza che altri abbia a patirne conseguenze negative. La concorrenza perfetta coniuga, così, coordinamento spontaneo ed efficienza allocativa, rifondendo gli interessi individuali in quello collettivo e garantendo che i produttori offriranno beni ai consumatori al prezzo che questi ultimi sono disposti a pagare per ottenerli. All'estremo opposto, il monopolio comporta prezzi elevati, ridistribuisce una parte del *surplus* dei consumatori a vantaggio degli azionisti del produttore e brucia risorse, infliggendo una perdita secca in termini di benessere sociale (c.d. *deadweight loss*). C'è quanto occorre, si direbbe, per giustificare il ricorso ad un intervento normativo inteso a promuovere la concorrenza. Tanto più che una letteratura ormai consistente ha fornito riscontri significativi sull'entità reale dei guasti inflitti dal monopolio, entità che potrebbe addirittura essere corretta al rialzo se, come sembra plausibile, si tenesse conto di quanto viene investito a vuoto per creare o mantenere l'assetto monopolistico (c.d. *rent seeking*).

Da tutto ciò sembrerebbe discendere una morale immediata, da declinare in termini imperativi di lotta ai monopoli ed ai cartelli in quanto scorciatoia per il conseguimento di monopoli collettivi; appena un passo più in là, una direttiva di maggior dettaglio, mirante a correggere qualsiasi scostamento dall'equilibrio concorrenziale perfetto, che consenta ad un operatore di esercitare un qualche potere di mercato. Ma proprio qui cominciano le difficoltà. Perché la concorrenza perfetta non è di questo mondo. I suoi presupposti (numero tendenzialmente illimitato di venditori ed acquirenti, assoluta libertà d'ingresso nel mercato o di uscita dallo stesso, omogeneità dei prodotti, assenza di costi transattivi, informazione completa) sono astratti, inattuabili; ed è giocoforza rassegnarsi a scenari percorsi da più realistiche imperfezioni, in cui l'esistenza di un potere di mercato non viene riconosciuta per la mera dismissione della supina passività da *price taker* del concorrente perfetto, ma per lo spessore che quel potere assume in concreto. Sotto questo profilo, cade la pretesa di fare della concorrenza un obiettivo in sé, uno stato di cose da conseguire. Essa rappresenta, piuttosto, una dimensione strumentale, meglio ancora, un processo, che conta in quanto produce risultati. Per questa via, l'idea di giustificare la normativa antitrust facendo leva sulla necessità di tutelare la concorrenza rischia di annegare nel paralogismo da circolarità. E la disputa sui fini torna ad imperversare.

La ricchezza del dibattito sul punto e la sua trasversalità mettono a dura prova ogni tentativo di sintesi. In mancanza di meglio, può tornare utile una schematizzazione predicata su quelli che, almeno fino a ieri, sono stati comunemente indicati come i due modelli in cui si articolava il macro-modello dell'antitrust. Si suole affermare, infatti, che uno –e, con ogni probabilità, il più saliente-- dei tratti distintivi (degli altri si farà cenno in chiusura) fra l'approccio statunitense e quello europeo sia costituito proprio dal modo di concepire le finalità della disciplina antitrust: monodimensionale l'uno, *multivalued* l'altro. Si tratta nemmeno a dirlo, di semplificazioni, che meritano qualche nota esplicativa. A cominciare dal versante d'oltre Atlantico.

Come si ricorderà, l'ondata emotiva che portò all'emanazione dello Sherman Act è di incerta decifrazione. Vi si è ravvisata la volontà di riscattare i consumatori oppressi dal proliferare del monopolio, il disegno di arginare un potere economico minacciosamente proteso ad esitare in dispotismo antidemocratico, l'intento di preservare il "sogno americano" della piccola impresa capace di aprirsi un varco fra i giganti e cogliere il successo. Di fatto, la prima sentenza della Corte Suprema, resa nel caso *U.S. v. Trans-Missouri* nel 1897, s'ispirò all'obiettivo di preservare una struttura atomistica del mercato, in cui i piccoli operatori avessero agio di confrontarsi sul piano competitivo. Fra alti e bassi, esasperati dagli effetti devastanti della Grande Depressione, l'idea di un antitrust deputato a proteggere lo *small business* continuò a serpeggiare, sino ad assumere contorni da *populist shift* e trovare il picco di consensi intorno agli anni sessanta del secolo scorso, in coincidenza con l'apogeo della scuola harvardiana. Quest'ultima, per parte sua, andava predicando la dipendenza delle prestazioni di mercato (la capacità dell'industria di soddisfare le esigenze dei consumatori) dalla condotta degli operatori sul mercato, la quale, a sua volta, era

determinata dallo struttura dello stesso; centinaia di studi condotti in quel tempo si sforzavano di dimostrare come ad elevati livelli di concentrazione corrispondessero profitti più alti, tendenzialmente anticompetitivi. Ne discendeva una direttiva di attivismo antimonopolistico, volta ad allargare lo spettro d'incidenza dell'*enforcement*, al fine di colpire il potere di mercato, riguardato come di per sé illecito in quanto eccedente i limiti di un'imperfetta, ma *workable competition*. Le grandi dimensioni aziendali erano riguardate con disfavore; e il disegno di deconcentrazioni forzose, da attuare a colpi di antitrust, accarezzato apertamente da quanti assumevano che nella *bigness* stesse la radice del male..

L'approccio strutturalista riesce, ancor oggi, irresistibilmente seduttivo per molti, adepti e non. Ma la sua fortuna è tramontata per tempo, sotto i colpi della Scuola di Chicago, che, a partire dagli anni Ottanta, ha irreversibilmente cambiato il volto dell'antitrust statunitense. Essa segna, infatti, il recupero dei principi-base della teoria economica neoclassica ai fini di una revisione radicale della filosofia antitrust. Anche quando non perfettamente esplicabili, i comportamenti delle imprese, se massicciamente ricevuti, sono sostenuti da una presunzione di razionalità; i mercati possono essere virtuosamente competitivi, anche ove risultino scarsamente popolati, ed esibiscono, comunque, spontanee capacità di autocorrezione, capaci, nel lungo periodo, di portare i monopoli al collasso; le barriere all'ingresso, che in precedenza venivano individuate in ogni dove (fino a ricomprendere la differenziazione del prodotto o la sua reputazione pubblicitaria), sono solo quelle imposte dalla legge, poiché i costi cui va incontro il nuovo entrante corrispondono a quelli sostenuti a suo tempo da chi già opera nel mercato; lo stesso monopolio, in quanto risulti dall'abilità, fortuna, acume di chi se l'è assicurato, si scrolla di dosso ogni stigma (sino a diventare, nelle parole di *Justice Scalia* nel recente caso *Verizon v. Trinko*, il premio promesso per chi prevalga nell'agone concorrenziale) . Il solo obiettivo dell'antitrust è l'efficienza allocativa: e, a detta di Robert Bork, era proprio questo il fine perseguito dal Senatore Sherman e dai suoi sodali, là dove essi enfatizzavano la necessità di privilegiare il benessere dei consumatori. La tesi è presumibilmente forzante dal punto di vista storico e imprecisa sul piano tecnico, posto che il concetto di *consumer welfare* non coincide, se non parzialmente, con quello di *social welfare*: ma ha il pregio di utilizzare un termine "politically correct", che da allora è valso come veicolo per introdurre, in tutti i meandri dell'antitrust, il precetto dell'efficienza allocativa.

L'apporto della Scuola di Chicago ha conosciuto, a sua volta, rigurgiti critici importanti. Ma la svolta impressa all'ambiente antimonopolistico statunitense è stata decisiva; da allora, mentre sono stati erosi i "teoremi dell'impossibilità" con cui i gius-economisti della "windy city" avevano scalzato i dogmi ricevuti in materia e si è revocata in dubbio la staticità dell'analisi microeconomica utilizzata, nulla è stato più come prima. Si può ragionevolmente discutere su quale sia stato, in precedenza, il contributo della scienza economica all'elaborazione antitrust; e riconoscergli, sulla scorta della consapevolezza che la disciplina implicava il governo di una matrice economica, uno spessore più importante di quanto si è normalmente disposti a riconoscere; ma resta il fatto che la riscoperta della *price theory*, ad opera degli industriosi discepoli di Aaron Director, ha portato l'argomento economico al centro della riflessione giuridica, con un protagonismo ignoto per l'addietro e che non sarebbe più stato messo seriamente in discussione. Non meno vistoso, e persistente, il mutamento di enfasi contenutistica. "Big is bad" è ormai un motto sdrucito, così come l'idea che il successo debba ingenerare fondati sospetti sui modi in cui lo si è attinto. L'efficienza allocativa, sotto le spoglie (più o meno mentite) del benessere dei consumatori, è la stella polare dell'antitrust nord-americano.

Quanto all'esperienza comunitaria, si può convenire ch'essa non fa eccezione alla regola dell'asprezza del dibattito sul punto. Anzi, per taluni aspetti ne costituisce esempio estremo. Anche qui si è tradizionalmente riconosciuto che la posta in gioco è costituita dalla salvaguardia degli interessi dei consumatori; ma ha pesato l'ipoteca del pensiero ordo-liberale, che affidava alle regole di concorrenza il compito primario di salvaguardare l'autonomia decisionale degli operatori economici quale condizione indispensabile per realizzare un "*vollständige Wettbewerb*"; e l'orientamento fino a pochi anni fa indiscusso (o quasi) intimava di non limitare il discorso ad un

obiettivo così ridotto. Con toni di sdegnoso rifiuto di ogni contaminazione economico-funzionalistica, i più inclinavano ad escludere che la “Chicago revolution” potesse revocare in dubbio la multidimensionalità dell’antitrust comunitario, attento sin dall’inizio ad altre finalità, quali l’integrazione del mercato, la massimizzazione del numero dei concorrenti, la promozione della libertà d’ingresso nel mercato, la tutela delle imprese medio-piccole, la salvaguardia dell’ambiente e la competitività internazionale.

In tempi neppure troppo lontani, lo spettro di obiettivi che si assumevano perseguiti dal diritto comunitario della concorrenza è parso addirittura dovesse ulteriormente dilatarsi, sino a comprendere la politica sociale e lo sviluppo dell’innovazione, nel presupposto che il Trattato stesso postulasse l’interazione tra le varie finalità perseguite e la politica di concorrenza dovesse necessariamente farsene carico. Ma, di là dall’infittirsi (sempre meno convincente) delle funzioni ascritte all’antitrust europeo, il suo tratto fisionomico davvero autoctono e caratterizzante è stato rappresentato dalla declamata vocazione a privilegiare l’integrazione del mercato europeo. Agli occhi della Commissione, gli sforzi intesi a rimuovere le barriere nazionali, che si frapponevano al dispiegarsi delle quattro libertà, rischiavano di essere compromessi da condotte imprenditive miranti a richiudere i mercati nazionali; in mancanza di disciplina specifica, si era così profilata e ben presto radicata l’idea che le contropinte private al processo d’integrazione potessero essere arginate mercé l’impiego della disciplina antitrust.

Nasceva di qui un’ipoteca concettuale, che nel tempo si sarebbe tradotta in un condizionamento penetrante della traiettoria applicativa. Ne costituisce esempio di tutta evidenza l’attenzione spasmodica riservata ai contratti di distribuzione e alle licenze dei diritti di proprietà intellettuale, sospettati, appunto, di ri-compartmentalizzarsi, secondo confini nazionali, un mercato che si voleva portare a matrice autenticamente unitaria. Non tutti, però. L’aspetto forse più sconcertante della vicenda era rappresentato dal *patchwork* applicativo risultante dal contributo dei vari formanti. Spigolando in giro, si scopriva così che: le esclusive di vendita e di approvvigionamento fruivano di esenzione per categoria (tramite Reg. 67/67, prima, e i Reg. 1983 e 1984/83, poi); la distribuzione selettiva qualitativa si collocava fuori dal divieto di cui all’art. 81.1 tratt. CE; quella quantitativa incorreva nei fulmini della repressione giudiziale più arcigna; il franchising –notoriamente, il ‘favorito della regina’— era stato redento dalla Corte di giustizia e poi officiato da apposito regolamento. A chi, a questo punto, avesse obiettato che i baffi del favorito sono alquanto posticci – che, fuor di metafora, i tratti distintivi del franchising, come delineati dal Reg. 4087/88, sono volatili quanto basta per rendere incomprensibile la pretesa di fondare, sull’*intuitus personae* asseritamente a base di quel rapporto, una così marcata disparità di trattamento rispetto ad altri tipi contrattuali con spiccatissime somiglianze--, si rispondeva con l’espedito di negare, con sufficienza, ogni confronto: l’antitrust comunitario era, semplicemente, *diverso*. Solo più in là, di fronte all’impossibilità di tenere il punto, sarebbe emersa una ricostruzione in termini di periodo formativo e necessità contingenti: un po’ come gli argomenti spesi a difesa delle brutture del socialismo reale.

E’ appena il caso di aggiungere che, di là dallo specifico distributivo, il problema acquisisce contorni sistemici, sino a sfociare in un interrogativo di fondo: se, cioè, la valutazione in termini d’illiceità delle condotte intese ad ostacolare il *parallel trade* appartenga davvero al diritto antitrust (altro modo di chiedersi se quest’ultimo sopporti la pluralità di funzioni che gli si sono volute attribuire sul versante europeo). In effetti, può accadere –e, anzi, accade sovente— che un’impresa si trovi a fronteggiare, nei vari quadranti ‘locali’, situazioni di mercato differenti, che la inducono a praticare prezzi diversi. Si tratta di un caso di discriminazione, che la scienza economica stenta a ricondurre a chiari giudizi di valore, ma che, dal punto di vista giuridico, incorre nei fulmini dell’antitrust, quando sia frutto di concertazione e, soprattutto, quando attuata dall’impresa egemone. Fuori da queste ipotesi, la discriminazione torna ad essere l’anima della concorrenza. Nessuno si sognerebbe di biasimare un venditore che pratici prezzi diversi nei confronti di compratori diversamente agguerriti, o di insorgere contro la differenza di prezzo per le poltrone di prima fila e i posti in loggione. Dove alligna, dunque, la caratterizzazione che ha reso repressibili, a

livello comunitario, comportamenti altrimenti routinari? Difficile rispondere. In via di prima approssimazione, si potrebbe immaginare che la reazione tradizionale degli organi preposti all'*enforcement* della disciplina comunitaria fosse legata al convincimento che l'impresa di turno discrimini non già in ragione del diverso, ma autonomo, atteggiarsi dell'elasticità della domanda, bensì profitti di squilibri risultanti da fattori esterni. Invece di concorrere a spianare l'imperfezione, l'impresa se ne giova; e s'ingegna di perpetuare lo *status quo* frammettendo ostacoli all'azione di arbitraggio attuata dal *parallel trade*. Tale chiave di lettura si rivela, però, inconsistente. La Commissione, ad esempio, ha sempre respinto giustificazioni che si richiamino ad oscillazioni valutarie. Nello scrutinare il comparto automobilistico, da sempre al centro delle sue attenzioni e di corruciate geremiadi sulla persistenza di elevati *price differentials*, si ostina ancor oggi, con tetragona determinazione, a considerare i prezzi al netto delle tasse; e, ancora di recente, ha messo in chiaro che divergenze indotte da regolamentazioni statali non valgono a sottrarre a censura le interferenze apportate al dispiegarsi di import/export parallelo.

Una cosa è certa: che questo modo di atteggiarsi del sistema antitrust europeo è entrato in crisi sul finire degli anni '90. Con costernazione di molti, a tutt'oggi non pienamente assorbita, la pretesa centralità dell'obiettivo dell'integrazione è venuta perdendo di mordente (cosa che, retrospettivamente, si tende a spiegare con l'ormai raggiunta unitarietà del mercato europeo), lasciando il campo al principio guida dell'efficienza allocativa, da perseguire tramite la repressione delle condotte restrittive della concorrenza quale modalità ottimale di organizzazione del mercato in pro del benessere dei consumatori. La rivoluzione copernicana ha avuto, come punto di riferimento sostanziale, il Reg. 2790/99, che per primo ha subordinato la rilevanza anticoncorrenziale delle intese verticali al riscontro di una loro tendenziale idoneità, in senso economico, ad incidere sul funzionamento effettivo del mercato; e ha raggiunto un elevato grado di consistenza –compatibile, com'è ovvio, col permanere di sacche di resistenza-- col Reg. 1/2003, in margine al quale la Commissione ha avuto modo di precisare che “[l]’obiettivo dell’art. 81 è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un’efficiente allocazione delle risorse” e, ancora, che “gli obiettivi perseguiti da altre disposizioni del trattato possono essere presi in considerazione nella misura in cui possano essere fatti rientrare nelle quattro condizioni” di cui all’art. 81.3 (Commissione CE, *Linee direttrici sull’applicazione dell’art. 81, paragrafo 3, del trattato*, 2004/C 101/08, §§ 13 e 42.). Come dire, e sia pure nel cauto e burocratico linguaggio della Commissione, soltanto di scorcio e di riflesso, non foss’altro perché l’analisi microeconomica, cui si vuole improntare la prassi applicativa, mal si presta a metter nel conto obiettivi sociali, siano essi correlati, o non, al mercato. E’ vano, dunque, gravare l’antitrust di responsabilità che non gli pertengono e per le quali non è punto attrezzato (proprio in vista dell’incapacità di rapportare valori esogeni, alle peculiarità del processo competitivo); meglio contentarsi della più modesta e mondana aspirazione a rimuovere, alla luce della migliore analisi economica disponibile, gli ostacoli, creati artificialmente dalle imprese, al dispiegarsi delle virtù, poche o tante che siano, di un mercato passabilmente concorrenziale.

Riassumendo. Per effetto di un’evoluzione prolungata e sofferta, l’antitrust europeo ha finito per marginalizzare le sollecitazioni *a latere* del perseguimento dell’efficienza allocativa, impostasi ormai come finalità predominante in un’ottica risolutamente monodimensionale.

Sotto questo profilo, i due lati dell’Atlantico appaiono oggi sensibilmente più vicini: e la convergenza avviene nel segno del “metodo economico”, che fa leva sull’obiettivo del *consumer welfare* come scorciatoia, politicamente corretta (e largamente sovrapponibile), al più coeso, ma controverso parametro dell’efficienza allocativa. Gli economisti inclinano, quindi, a rivendicare l’analisi degli effetti come terreno su cui valutare la liceità delle condotte tenute sul mercato; e ciò provoca, nel giurista, autentiche crisi di rigetto, perché, preso alla lettera, questo modo di procedere porta ad un’analisi del contesto fattuale, che si risolve in una *case-by-case adjudication*: inaccettabile non solo per l’inadeguatezza delle corti a svolgere un compito siffatto, ma soprattutto per il prezzo da pagare in termini di abdicazione al principio della certezza del diritto.

L'obiezione è sensata; ma esprime una diversità di protocolli, rispetto alla quale occorre rispondere non già in termini di incomunicabilità, ma di sforzo coerente per trovare un terreno di provvida interazione. Va da sé che, se il benessere dei consumatori dovesse essere assunto alla stregua di *yardstick* per misurare, in contraddittorio giudiziale, la compatibilità con la disciplina antimonopolistica dei singoli comportamenti d'impresa, si andrebbe alla paralisi decisionale. L'impossibilità di confrontare utilità interpersonali, la "pointlessness of Pareto" di Calabresiana memoria, renderebbe sterile ogni sforzo di comprensione. Ma il punto è che, a volerlo traghettare sul versante giuridico, quel parametro cessa di rappresentare uno strumento operativo: diventa, più semplicemente, una finalità tendenziale, in funzione della quale, in quanto accettata, vanno 'tarate' le regole operazionali da applicare nel caso concreto. E qui riemerge l'apporto cruciale dell'interprete, sensibile alla ricostruzione economica di un problema giustappunto economico. Quest'opera di affinamento consentirà, se coronata da successo, di disporre del miglior *set* di regole utilizzabili in quel momento, quelle che, sulla base delle conoscenze disponibili e della loro forza persuasiva, promettono di meglio approssimare l'ottimo inarrivabile: insomma, il migliore dei mondi possibili per quanto è in nostro potere.

5.- *La modernizzazione dell'antitrust.* Che cosa rimane, allora, della contrapposizione tra modello antitrust statunitense ed europeo? Ben poco, perché a spianare gli altri caratteri distintivi a provveduto il nuovo mantra dell'antitrust, la modernizzazione. Il termine, decisamente alla moda nel giro del *law making* transnazionale, esercita un'implicita violenza autoreferenziale, per la sua vocazione intrinseca a denervare ogni opposizione o riserva: anche in presenza della migliore e più collaudata creazione legislativa, chi potrebbe opporsi pregiudizialmente ad un intervento che, invece di evocare le incertezze di qualsivoglia riforma, promette di svecchiare, razionalizzare, implementare, perfezionare? Persino il conservatore più incallito o l'amante perduto dei bei tempi che furono si vedrebbero costretti ad ammonire, al più, sui rischi di aggiornamenti/innovazioni non sufficientemente apprezzati nelle loro implicazioni complessive: di là da questi moniti, infatti, c'è spazio soltanto per il misoneismo oltranzistico e bieco. Ma, piaccia o non il termine, la modernizzazione imperversa nell'antitrust statunitense ed europeo. Anche questo è, dopo tutto, segno di convergenza.

Negli U.S. il fenomeno ha ricevuto il suggello del Congresso con l'Antitrust Modernization Commission Act del 2002. Sotto la sua egida, si è formata una Commissione bipartisan di 12 membri, investita del compito di "examine whether the need exists to modernize the antitrust laws". Dapprima quasi ignorata, essa ha individuato ed iniziato ad analizzare una lista di temi scottanti, a partire dalla praticabilità dei "treble damages", catalizzando interesse e polemiche crescenti. Ma, per conoscere le sue proposte al Congresso, occorrerà attendere un anno e passa.

Per una volta, l'Europa è decisamente più avanti. La modernizzazione da vecchio continente appartiene già alla storia. Si è compiuta col già ricordato Reg. 1/2003: esito cospicuo di una riflessione critica innescata dalla constatazione che le regole di applicazione degli artt. 81 e 82 tratt. CE, dettate da un regolamento del 1962, avevano messo capo ad un sistema "adeguato per una Comunità di sei Stati membri, dove la cultura della concorrenza non era molto sviluppata", ma sfuocato rispetto al contesto europeo del turno del millennio. In realtà, il Reg. 1/2003 rappresenta un passo cruciale (non necessariamente l'ultimo, ma per certo il più significativo) in un altro processo: quello di abdicazione modello antitrust comunitario alla propria identità, se si preferisce, di riallineamento all'archetipo statunitense. Infatti, il Regolamento è percorso da due linee portanti. La prima è data dalla decentralizzazione del potere (di cui all'art. 81.3 del Trattato) di dichiarare inapplicabile il paragrafo 1. Si tratta di una *devolution* in libertà vigilata –dato l'elevato numero di espedienti intesi ad assicurare che la Commissione conservi un controllo cogente sul dispiegarsi della prassi applicativa in ordine ai profili che contano--, a completamento di un quadro che da sempre rimetteva alle istanze periferiche il compito di presidiare i divieti di intese restrittive e di abuso di posizione dominante. Nemmeno a dirlo, tale compito non ammetteva discrezionalità diversa da quella rimessa al giudice nell'ambito della sua attività ermeneutica. Se c'era margine di

manovra, esso era tutta concentrato nel potere, strategico, di esenzione: non a caso, riservato alla Commissione nell' "infanzia" dell'antitrust europeo (quando –nella visione di apologeti ed agiografi-- era in gioco il radicarsi di una coscienza antimonopolistica) e ora trasferito alle autorità giurisdizionali nazionali.

Il secondo architrave è costituito dalla caducazione del sistema di controllo *ex ante* delle intese. Quarant'anni di esperienza –spiegava il Libro bianco del 1999— avevano ormai spianato la strada ad un 'cambio di regime': gli operatori da un lato, le corti dall'altro hanno avuto il tempo per metabolizzare le asperità della disciplina antitrust. Sul punto è lecito nutrire più d'un dubbio: anzi, si può tranquillamente convenire che vi sono aree dell'impianto antimonopolistico comunitario trascorse da una transizione ancora in cerca di qualche affidante certezza, ed altre in cui il preteso assestamento è così opaco da far rimpiangere l'incertezza. Nondimeno, il *pre-screening* è ora sostituito dal *self-assessment*, con tanto di scrutinio *a posteriori*.

A questi due elementi si accompagnava, come già rilevato, la specificazione (v., nella selva di Comunicazioni con cui la Commissione si è sforzata di imbrigliare le spinte centrifughe che potrebbero conseguire alla decentralizzazione, la Comunicazione relativa alle modalità di applicazione dell'art. 81.3), quasi *chicagoan*, che il fine della disciplina antimonopolistica è quello di promuovere il benessere dei consumatori e garantire l'efficiente allocazione delle risorse. Nel momento in cui ha rinunciato alla gestione diretta del solo potere discrezionale (e, perciò, strategico) previsto dalla normativa, la Commissione ha tolto dal giro l'ispirazione *multi-valued* e, quindi, le finalità alternative che avevano, sin lì, ispirato il suo *enforcement*.

Queste tre linee portanti hanno avuto l'effetto di azzerare le caratteristiche che avevano contribuito a fare, dell'antitrust comunitario, un modello autoctono, con forti velleità espansive (di cui è chiara testimonianza il Model Competition Act promosso dall'UNCTAD). Insomma, un mutamento davvero radicale.

Per comprenderne appieno il senso, basterà por mente ad una sua implicazione particolarmente significative (fra le molte che reclamerebbero attenzione). La concentrazione del potere discrezionale di esenzione in capo alla Commissione, che è ora venuta meno, si risolveva, sul piano effettuale, nello sbarrare la strada all'introduzione della "rule of reason", meglio nel suo appiattimento rigido sui quattro descrittori di cui all'art. 81.3. Se a questo si aggiunge l'impronta onnicomprensiva assegnata al divieto di cui al paragrafo 1 –impronta in ragione della quale, sulla scorta dell'insegnamento della Scuola di Friburgo, si partiva dal presupposto che costituisse restrizione della concorrenza qualsivoglia limitazione alla libertà d'azione dell'impresa, col risultato, abbastanza paradossale, di mettere in crisi teorica qualsiasi impegno contrattuale--, si approdava al risultato di prospettare, in linea di principio, una disciplina davvero draconiana. Naturalmente, un siffatto integralismo concettuale riusciva inconciliabile con le esigenze della realtà, che furono perseguite, in difetto d'alternativa, attraverso un mare di notifiche. I numeri, insostenibili, richiesero il ricorso alle esenzioni per categoria, ossia ad iniziative regolamentari che, per evitare che gli uffici della DG IV fossero sommersi dalle carte, ribadivano il divieto, ma decretavano, sempre pregiudizialmente, l'esenzione in blocco, ove fossero rispettati taluni requisiti. E qui si sconfinava nell'ipocrisia più plateale: come ebbe ad osservare uno spaesato responsabile antitrust di un paese della transizione, col candore tipico della denuncia innocente della nudità del re, tutto era vietato *ex ante*, ma tutto, o quasi, era poi permesso, sempre *ex ante*. Non c'era bisogno, in Europa, di affannarsi su quelli che, negli U.S., si sogliono etichettare come "problemi di caratterizzazione"; ma il prezzo pagato per questa (solo) apparente nitidezza era salato quanto mai. Beninteso, la modernizzazione non ha squadernato per intero l'approccio testé delineato. Anzi, la Comunicazione sull'interpretazione dell'art. 81.3 ha tenuto a precisare, nel solco delle declamazioni tradizionali (su tutte, quella contenuta nella sentenza *Métropole Télévision v. Commissione*), che il primo comma della disposizione consente di riguardare soltanto gli effetti anticompetitivi della condotta in esame, senza possibilità alcuna di procedere alla valutazione comparativa di guasti e vantaggi derivanti dalla sua esecuzione: compito, questo, rimesso alle strettoie del terzo comma, nel presupposto che il primo trovi applicazione. Ma, nel momento in cui l'uno e l'altro stadio

dell'analisi vengono affidati allo stesso organo giudicante, sia esso un'autorità *ad hoc* o un giudice ordinario, l'intransigente difesa dell'ambito allargato del divieto a fronte delle rigide limitazioni imposte al potere esecutivo perde di significato pratico: la condotta in esame incorrerà nei rigori antimonopolistici in quanto sia pascia, agli occhi del decisore, priva delle qualità redimenti necessarie a farle passare lo scrutinio. Non ancora una *rule of reason* a tutto tondo, ma un passo importante in quella direzione.

BIBLIOGRAFIA:

- AA.VV., «La concorrenza», (a cura di) A. Frignani e R. Pardolesi, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, (diretto da) G. Ajani e G.A. Benacchio, Torino, 2006.
- G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Oxford, 1997.
- R.H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, New York, 1978.
- P. FATTORI e M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2004.
- G. FLORIDIA e V. G. CATELLI, *Diritto antitrust*, Milano, 2003.
- H. HOVENKAMP, *Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Cambridge, Mass., 2005.
- A. JONES e B. SUFRIN, *EC Competition Law*, 2^a ed., Oxford/New York, 2004.
- U. LOEWENHEIM, K. M. MEESSEN, A. RIESENKAMPFF, *Kartellrecht*, 2 voll., München, 2005.
- V. MANGINI e G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, 2^a ed., Torino, 2005.
- E. J. MESTMÄCKER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, München, 2004.
- M. MOTTA e M. POLO, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, Bologna, 2005.
- R. J. R. PERITZ, *Competition Policy in America*, rev. ed., Oxford/New York, 2000.
- R. A. POSNER, *Antitrust Law*, 2^a ed., Chicago, 2001.
- L. PROSPERETTI, M. SIRAGUSA; M. BERETTA, M. MERINI, *Economia e diritto antitrust: un'introduzione*, Roma, 2006.
- R. J. VAN DEN BERGH e P. D. CAMESASCA, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, 2^a ed., London, 2006.