

La disciplina antitrust

Il principio della correttezza professionale per il legislatore doveva essere determinato dalle norme corporative. Essendo venuto meno l'ordinamento corporativo però il significato originale della clausola di correttezza professionale doveva essere formulata in modo diverso. E' sorto un dibattito in ordine alla determinazione del significato della formula della correttezza professionale. Essendo venuto meno un aggancio normativo quale sarebbe dovuto essere rappresentato dalle norme corporative, questa clausola è diventata ancor di più generale. L'interpretazione dell'art.2598 n.3 ha conosciuto il passaggio da una teoria fenomenologica ad una deontologica. Secondo l'idea che si era affermata inizialmente la correttezza professionale implica il rinvio a principi di ordine etico, principi che dovevano essere ricavati dalla prassi usualmente seguita all'interno delle categorie imprenditoriali. Quindi la correttezza professionale veniva intesa come insieme di regole di buon costume commerciale. Questa impostazione prestava il fianco ad alcune critiche. Infatti far riferimento al buon costume commerciale avrebbe implicato la necessità da parte dei giudici di indagare sull'esistenza di clausole non ritenute di autodisciplina all'interno della categoria interessate. Si è ritenuto che il criterio della prassi presentasse debolezze, e quindi sarebbe preferibile far riferimento a modelli di correttezza. Questi modelli di correttezza andavano ricercati all'interno non di norme deontologiche della categoria ma in merito al comportamento tenuto dagli imprenditori. Anche questo criterio prestava una certa debolezza in particolar modo non consentiva di prendere in considerazione quei comportamenti imprenditoriali nuovi. Ultimo criterio è quello secondo il quale bisogna far riferimento ai principi generali dell'ordinamento così come è venuto evolvendo con riferimento all'evoluzione dei mercati. Questa impostazione impone di tener conto da un lato dell'art.41 comma 2 della Costituzione (ultimamente modificata), dall'altro lato è possibile ricostruire una sorta di statuto generale della concorrenza ed individuare il bene giuridico da tutelare nella ricostruzione della disciplina della concorrenza sleale. Il legislatore tutela la concorrenza perché lo considera uno strumento di sviluppo economico quindi non sono consentite azioni concorrenziali che non possono trovare adeguata risposta dell'imprenditore concorrente e impediscono quindi il gioco concorrenziale.

La vendita sottocosto è colpita quando posto in essere con lo specifico intento di estromettere i concorrenti dal mercato, effettuata l'estromissione alza i prezzi per recuperare le perdite subito. Non sono consentite inoltre azioni concorrenziali che si traducono in modalità non attuabili da un consumatore libero e inconsapevole.

Fattispecie tipiche ricondotte al n.3 dell'art 2598:

1. *Vendita sottocosto*
2. *Boicottaggio*: consiste nell'ostacolare gli altrui rapporti commerciali. Costituisce atto di concorrenza sleale quando viene posto in essere con modalità lesive e consistenti nell'ingiunzione della rottura di rapporti contrattuali esistenti con un concorrente, o manovre dirette ad impedire futuri rapporti concorrenziali con imprenditore concorrente (boicottaggio secondario). La finalità del comportamento affinché sia illecito è di provocare l'uscita dell'imprenditore concorrente dal mercato così da acquisire una posizione in tutto o in parte monopolista in via di fatto. Questa estromissione deve essere costruita sulla base di considerazioni oggettive. Quindi l'elemento soggettivo deve trovare una sua oggettivazione sul piano probatorio.
3. *Storno di dipendenti*. Si tratta della sottrazione di altrui dipendenti o collaboratori mediante offerta di migliori condizioni contrattuali. La giurisprudenza tende ad anticipare questa questione già nella fase degli atti di organizzazione, fasi in cui l'imprenditore pone in essere gli atti finalizzati alla creazione di un apparato aziendale

nonché a procurarsi mezzi personali per la futura attività d'impresa. Anche in questo caso lo storno di dipendenti è colpito quando non è espressione della semplice volontà di ricavare altrui manodopera. Lo storno viene colpito quando ha un effetto distruttivo degli sforzi di investimento compiuti dall'imprenditore fino a determinare la scomparsa del concorrente dal mercato.

4. **Compimento di atti di violazione di norme pubblicistica.** L'imprenditore è punito perché questo realizza un vantaggio concorrenziale che va provato caso per caso. L'imprenditore che agisce in violazione delle norme pubblicistiche non solo può realizzare un risparmio di costi ad esempio, ma produce una sorta di effetto perverso sul mercato inducendogli altri concorrenti a violare le norme pubblicistiche al pari del primo imprenditore.

5.

Repressione di questi atti

Sul piano delle sanzioni esiste un meccanismo tipico della disciplina della concorrenza sleale, ossia l'azione inibitoria, intesa ad impedire la continuazione dei comportamenti degli atti di concorrenza sleale nonché della rimozione degli effetti. La sentenza che accetta gli atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione da opportuni provvedimenti affinché siano eliminati gli effetti. Tale tutela può essere esperita a prescindere dalla presenza di un danno attuale. E' sufficiente quindi che un comportamento sia idoneo a danneggiare l'altrui azienda. Esiste uno stretto collegamento tra la disciplina della concorrenza sleale e quella antitrust. Il diritto antitrust ha influenzato la costruzione della disciplina della concorrenza sleale e acquista una crescente importanza nell'attuale fase storica.

Rilevanza delle regole antitrust

Il diritto antitrust tende a salvaguardare la struttura concorrenziale del mercato. Le regole antitrust riguardano i comportamenti degli operatori economici e si convertono in limiti alla loro libertà di scelta. Il legislatore considera il buon funzionamento del mercato come violazione dello sviluppo economico. Si ritiene che la concorrenza sia fattore di efficienza del sistema economico, essa conduce all'offerta di beni e servizi di qualità elevata a prezzi concorrenziali soddisfacendo i bisogni dei consumatori. Sotto questo aspetto si concentra l'attenzione sui riflessi che il meccanismo concorrenziali può avere nei confini dei prezzi. La funzione è anche quella di evitare un eccessivo fulcro economico. Il diritto antitrust nasce negli Usa e a livello europeo è contenuto nel Tfu. Oltre alla salvaguardia del sistema economico nel suo complesso e dell'interesse dei consumatori a livello europeo l'obiettivo della disciplina antitrust è perseguire un'integrazione dei mercati, favorire quindi un interscambio tra stati membri. Si ritiene che il diritto UE trova attuazione ogni volta che il comportamento sia contrastante con l'obiettivo dell'integrazione dei mercati. La legislazione nazionale finisce col avere un ambito di applicazione residuale, troverà applicazione quando il comportamento avrà rilevanza sul solo mercato nazionale. Accanto ad un diritto antitrust generale esistono discipline monopolistiche di settore. Le legislazioni speciali derogano quelle generali quando entrano in gioco interessi di carattere non economico che non hanno spazio nella legislazione antitrust generali. Esistono 3 fattispecie di comportamenti lesivi della concorrenza:

1. **Intese restrittive della concorrenza:** art 2 l. 287/1990 e art.101 TFUE. E' diretto ad impedire pratiche di concertazioni dei comportamenti che risultano contrarie alle strategie individuali. Sono considerate intese gli accordi e le pratiche concordati da imprese nonché le deliberazioni. Sono dinanzi ad accordi vietati se hanno come conseguenza restringere o falsare il gioco della concorrenza. Costituiscono intese

vietate le cosiddette decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate. Queste ultime sono una forma di coordinamento e cooperazione consapevole (concertazione) tra imprese posta in essere a danno della concorrenza che non richiede, come l'accordo, una manifestazione di volontà reciproca tra le parti, o un vero e proprio piano, tanto è vero che il coordinamento può essere raggiunto attraverso un mero contatto diretto o indiretto fra le imprese. Queste constano di un elemento oggettivo consistente nel parallelismo dei comportamenti e uno soggettivo consistente nel contegno psicologico della gente che può essere accertato mediante presunzioni. Il mercato rilevante deve essere determinato sia geograficamente sia per prodotto. Il mercato del prodotto è inteso in senso merceologico e si basa sul criterio della sostituibilità di beni o servizi in relazione alla domanda dei consumatori. Il mercato rilevante abbraccia beni e servizi considerati intercambiabili dal consumatore in ragione dei prezzi e dell'uso cui sono destinati. Il mercato geografico comprende l'area in cui le imprese interessate forniscono o acquistano prodotti o servizi, nella quale le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee. Le intese compite possono essere orizzontali o verticali. Le prime sono quelle intercorrenti tra imprese che operano allo stesso livello del processo produttivo, le seconde intercorrono tra operatori economici che si collocano a livelli diversi del processo produttivo. La sanzione prevista per le intese è di tipo civilistico, ossia la nullità. La nullità comporta che chiunque potrà agire in giudizio per il risarcimento danni causato dall'intesa e potrà richiedere provvedimenti cautelari che assicurino il soddisfacimento del proprio diritto. È previsto anche l'intervento dell'autorità garante della concorrenza e del mercato a livello nazionale

2. **Abuso di posizione dominante.** Dovrà essere determinata tenendo conto di elementi e condizioni che variano a seconda della struttura del mercato, numero e capacità concorrenziale delle altre imprese nello stesso mercato e a seconda dei beni, ma soprattutto con riferimento alla quota di mercato tenuta dall'imprenditore e la sua stabilità. L'abuso di posizione dominante si concreta in un comportamento atto ad influire sulla struttura del mercato su cui opera l'impresa. Per valutare il fenomeno dei prezzi predatori occorre tener conto della quota di mercato del predatore (più è maggiore e più sarà l'impatto sottocosto), bisogna determinare anche l'effettiva motivazione che ha spinto il predatore a porre quel prezzo. L'abuso di posizione dominante potrebbe essere escluso laddove l'abbassamento dei prezzi sia temporanea. Altre ipotesi che rientrano nella nozione di abuso di posizione dominante sono: le limitazioni dello sviluppo della vendita, discriminazione di sviluppi equivalenti, accordi neganti che ricorrono laddove si subordina la conclusione dei contratti all'accettazione da parte di altri concorrenti di restrizioni supplementari che non hanno relazioni con oggetto degli atti stessi
3. **Operazioni di concentrazioni.** Sono regolate dagli artt.5-6 legge 287 del '90 più il regolamento 139 del 2004. Le concertazioni possono avere effetti positivi in una realtà dove la concorrenza si svolge tra colossi finanziari. Le operazioni di concentrazione non sono di per sé vietate ma lo sono a determinate condizioni. Il legislatore ha previsto un sistema fortemente accentrato su un controllo di tipo amministrativo da parte della commissione a livello europeo e dal garante della concorrenza e del mercato a livello nazionale. Le operazioni di concentrazione possono trovare attuazione attraverso fusioni, cessione del controllo, costituzione di imprese comuni. La nozione di impresa per la disciplina antitrust non è del tutto coincidente con quella ricavabile dall'art.2083 del cc. Le intese concentrative vanno

tenute distinte dalle intese cooperative che rientrano nella materia di intesa. Si hanno intese concentrative che danno vita a intese comuni quando si elimina la capacità di autodeterminazione delle singole imprese partecipanti alla concentrazione, ne risulta un'unica impresa e non c'è coordinamento del comportamento concorrenziale né tra le imprese fondatrici né tra queste e più imprese comuni. La valutazione che compie il legislatore rispetto alla concentrazione non è in termini di validità o meno. Occorre che l'operazione deve essere preventivamente comunicata alla commissione o autorità garante della concorrenza e del mercato. Quando scatta questo obbligo di comunicazione? Quando vengono superate soglie di carattere quantitativo è l'attuazione dell'operazione può risultare abuso di posizione dominante. Quando l'operazione sia stata già eseguita la commissione può ordinare alle imprese coinvolte di dissolvere la concentrazione. L'autorità garante può prescrivere misure idonee a ripristinare la situazione di concorrenza effettiva. Nella sua impostazione originaria la disciplina antitrust presentava problemi in tema di sindacabilità delle decisioni delle autorità. Il legislatore consente al sindacalista delle decisioni dell'autorità garante da parte del giudice amministrativo. E' stato previsto un sistema di private enforcement che va a completare quella della public enforcement. La disciplina si è segnalata all'attenzione anche degli studiosi di diritto civile perché crea problemi di confronto con le norme di diritto nazionale in tema di responsabilità contrattuale. Il decreto 3 del 2017 consente in tema di quantificazione del danno che possa essere attribuito ruolo di consulenza dalle attività nazionali antitrust, ruolo consultivo attivato su richiesta del giudice.

Settori speciali

Vi sono settori dove vi è anche il controllo di altre autorità come la Banca d'Italia per il mercato del credito. In questo ultimo settore si è assistito negli ultimi decenni a fenomeni di concentrazioni.