

L'APPLICAZIONE DELLE REGOLE DI CONCORRENZA NEL MERCATO GLOBALE-LOCALE: ISTANZE DI TUTELA, SFIDE ED OPPORTUNITÀ

Prof. Giovanni Pitruzzella

La globalizzazione pone dal punto di vista *antitrust* nuove sfide legate alla necessità di individuare le regole giuridiche e gli strumenti per intervenire in mercati i cui confini trascendono non solo la dimensione nazionale, ma addirittura quella europea. La ‘de-territorializzazione’ delle attività economiche ha infatti creato delle “*global*” o *stateless firms*” nei confronti delle quali il controllo da parte delle singole autorità nazionali è sicuramente divenuto più complicato e quello realizzato all’interno della rete europea richiede alcuni aggiustamenti per poter incidere efficacemente sulle condotte tenute nell’arena globale.

E’ noto che nel mercato globale non esiste un diritto comune, anzi si registra una profonda differenza tra i diversi Stati non solo a livello di regole, ma anche di istituzioni e di contesti politici. Inoltre, là dove i mercati non coincidono più con i confini degli Stati non solo si attenua la sovranità nazionale, ma si assiste all’emersione di una regolazione multiforme, in cui alle tradizionali fonti di normazione si affiancano nuovi strumenti di *soft law*, aventi carattere per lo più convenzionale.

Nei rapporti tra le imprese tende ad assumere rilievo il “diritto dei contratti”, mentre nelle relazioni tra istituzioni si fanno strada gli accordi multilaterali tra Stati. Alle istituzioni pubbliche, quali regolatori naturali dei mercati, si vanno sostituendo organizzazioni “ibride”, che si collocano a metà strada della tradizionale linea di confine tra pubblico e privato: si pensi, ad esempio, al ruolo di organizzazioni quali la *World Trade Organization- WTO*.

Come rilevato da autorevole dottrina per effetto della globalizzazione “*I mercati registrano, accanto alle tradizionali misure giuridiche statali, la produzione di nuove forme giuridiche che non hanno più un carattere prestabilito, ma assumono piuttosto modalità adattive, seguendo i mercati nei loro più disparati bisogni*” (M. Rosaria Ferrarese, *Mercati e globalizzazione. Gli incerti cammini del diritto*).

La sfida principale di fronte a questo processo è di evitare che alla perdita di sovranità da parte degli Stati nazionali si accompagni una riduzione della tutela dei diritti. Occorre, in altri termini, impedire che si affermi il “*fondamentalismo di mercato*” di cui parla Joseph Stiglitz che, anziché generare benessere collettivo, accentua le

diseguaglianze e aumenta la povertà, soprattutto delle fasce più deboli. Questo perché nel “diritto globale dell’economia” che si va definendo non sembrano ancora trovare adeguato riconoscimento i diritti sociali. Si è ancora indietro rispetto alla costruzione di quell’economia sociale di mercato che è invece ben radicata tanto a livello europeo quanto nell’ordinamento costituzionale italiano.

Bisogna, dunque, declinare il mercato con i diritti sociali e cercare di far passare l’idea che un’economia di mercato dinamica e competitiva produce risultati positivi non solo sotto il profilo strettamente economico, ma anche sotto quello sociale poiché in grado di determinare il prevalere nella società di inclusione, creatività, soddisfazione e sviluppo individuale. Secondo Edmund Phelps, creatività e spirito di innovazione sono i valori decisivi per l’affermarsi della “*Good economy*”, tant’è che la ragione dell’attuale crisi andrebbe ritrovata proprio nella mancanza di consapevolezza circa l’importanza dell’innovazione e del dinamismo.

In questo contesto si può senz’altro affermare che il diritto *antitrust*, in quanto insieme di regole non aventi carattere prescrittivo, è di per sé un diritto non solo molto adattabile e malleabile, ma anche foriero di democrazia a livello economico poiché finalizzato a contenere lo strapotere tanto dei privati quanto del pubblico e in grado di bilanciare le diverse istanze. Tuttavia, ciò non esclude la necessità di sperimentare soluzioni sempre più avanzate e stabili di integrazione e armonizzazione tra giurisdizioni al fine di garantire un’applicazione dello stesso che sia efficace e il più possibile omogenea e non lasciata al libero arbitrio delle imprese, o degli Stati meno attenti ai valori democratici e sociali.

La creazione di un diritto *antitrust* globale è, infatti, prematura e molte sono, peraltro, le difficoltà che si oppongono alla sua realizzazione, prima fra tutti la marcata differenza che si registra tra i diversi ordinamenti sotto il profilo della tutela della concorrenza e dei modelli di *enforcement*.

Per questo, al momento, occorre partire dal basso e puntare sulla cooperazione e sul coordinamento volontario tra Stati, da disciplinare in via convenzionale mediante accordi bi o multilaterali che prevedano anche un meccanismo di scambio reciproco di informazioni.

In tal senso, andrebbe rafforzato il ricorso agli accordi di cooperazione già siglati dall’Unione europea dapprima con gli Stati Uniti d’America e poi con il Canada, con il Giappone e con la Confederazione svizzera.

Bisognerebbe inoltre procedere all’adozione di atti di *soft law*, in cui fissare degli *standard* condivisi per la trattazione delle questioni rispetto alle quali maggiori sono le differenze tra i vari ordinamenti, innescando una sorta di competizione virtuosa

tra i diritti dei diversi Stati, volta ad individuare le soluzioni che meglio si adattano all'inclusione tra gli ordinamenti piuttosto che alla loro esclusione reciproca.

I due ambiti in cui risultano particolarmente necessarie l'armonizzazione tra i diritti *antitrust* e la cooperazione tra le autorità di concorrenza nei mercati globali sono quello della valutazione delle operazioni di concentrazione e del *patent licensing*.

Con riferimento al controllo sulle concentrazioni, dopo l'operazione *Honeywell/General Electric*, che era stata autorizzata nell'ordinamento nordamericano e vietata in quello europeo, è stato avviato un procedimento di armonizzazione tra i due diversi modelli che - come è noto - si è tradotto in una modifica del test previsto a livello europeo.

Sebbene con il Reg. n. 139 del 2004, adottato sull'onda delle critiche sollevate da tale evento, non ci si sia spinti fino all'adozione del modello statunitense della diminuzione sostanziale della concorrenza (*Substantial Lessening of Competition*, cosiddetto "test SLC"), la Commissione ha tuttavia scelto un test, individuato con l'acronimo "SIEC" (da *Substantial Impediment to Effective Competition*), che rappresenta una soluzione di compromesso tra il test americano e quello della dominanza.

In ogni caso, una forma integrata di cooperazione multilaterale a livello mondiale su base volontaria è costituita dall'*International Competition Network* che è nato per far fronte ai problemi che con riferimento alle operazioni transfrontaliere e in particolare alle concentrazioni cosiddette *cross border* derivavano da interventi non coordinati di più autorità, spesso effettuati in applicazione di regimi *antitrust* differenti.

Se dal livello globale si scende a quello europeo, il disegno istituzionale realizzato rappresenta il modello più evoluto e completo di funzionamento di un sistema a rete di *enforcement antitrust*. Con l'entrata in vigore del regolamento 1/2003 la Commissione ha, infatti, non solo decentrato alle autorità nazionali l'applicazione delle disposizioni europee in materia di tutela della concorrenza, ma ha altresì previsto l'istituzione dell'*European Competition Network – ECN*, ossia di una rete composta dalla Commissione e dalle autorità nazionali di concorrenza la cui finalità è di garantire un'applicazione coerente ed efficace delle norme *antitrust* mediante meccanismi di cooperazione orizzontale (tra ANC) e verticale (tra la Commissione e le ANC) basati sulla consultazione preventiva, su specifici obblighi di informazione e su di un meccanismo di allocazione dei casi volto ad evitare duplicazioni di procedimenti e di decisioni formali sulla medesima fattispecie nonché conflitti decisionali.

Il modello è destinato ad assumere un ruolo via via crescente in ragione dell'evoluzione digitale che sta portando all'emersione di condotte che interessano una pluralità di Autorità di concorrenza in quanto in grado di raggiungere i consumatori dislocati in diversi Stati membri. Un esempio di come l'ambiente digitale porti con sé la necessità di interventi coordinati e di una maggiore cooperazione è rinvenibile nel noto caso riguardante *Booking* ed *Expedia*, ossia delle *Online Travel Agencies (OTA)* che tramite piattaforme digitali permettono di consultare un catalogo contenente centinaia di migliaia tra alberghi, b&b, villaggi turistici e simili, di comparare tra loro le diverse offerte, di consultare le recensioni dei clienti precedenti e di prenotare la camera, il tutto dallo schermo di un computer e perfino da quello di uno *smartphone*. Nei confronti di tali soggetti l'Autorità italiana, operando in stretto contatto con l'autorità francese e con quella svedese, ha avviato un'istruttoria per verificare se essi limitino, attraverso gli accordi con le strutture alberghiere, la concorrenza sul prezzo e sulle condizioni di prenotazione tra i diversi canali di vendita, ostacolando la possibilità per i consumatori di trovare sul mercato offerte più convenienti.

Un altro tema scottante data la sua portata transnazionale riguarda la cosiddetta *net neutrality*. Nella prospettiva della tutela della concorrenza, il tema della neutralità della rete è connesso principalmente agli incentivi ed alla capacità che un fornitore di connessioni ad Internet che opera altresì come fornitore di contenuti può avere per degradare talune tipologie di traffico dati riducendo la qualità dei servizi erogati da fornitori di contenuti concorrenti o innalzandone i costi.

Rispetto alla questione della *net neutrality* si registrano posizioni molto diverse tra i vari Stati membri alcuni dei quali (Inghilterra e Germania) sembrerebbero contrari ad un atteggiamento troppo restrittivo del Parlamento europeo nei confronti degli accordi siglati tra i provider delle reti e i fornitori di contenuti (come Google o Netflix) per trattare il loro traffico in maniera preferenziale.

Peraltro, è di questi giorni la notizia che negli Stati Uniti la *United States Telecom Association (USTelecom)*, l'associazione che raggruppa i big delle telecomunicazioni da At&t a Verizon, si è rivolta alla giustizia americana per bloccare le norme sulla neutralità della rete, approvate dalla *Federal Communication Commission* a fine febbraio, che definiscono il web come un servizio di pubblica utilità da regolamentare in modo eguale per tutti.

In questo contesto particolarmente interessante è il caso deciso dall'Autorità della Concorrenza francese nella controversia che vedeva contrapposto il monopolista delle comunicazioni *France Telecom* alla società *Cogent* in relazione ad un contratto di

*peering*¹, per le implicazioni indirette che può avere sulla questione della *net neutrality* e per quelle sulla valutazione di accordi aventi una potenziale portata transfontaliera.

Gran parte delle problematiche riscontrate nei livelli sopranazionali scompaiono e si semplificano notevolmente nella fase discendente di applicazione del diritto antitrust nei mercati nazionali. Qui i modelli di *enforcement* si sviluppano essenzialmente lungo due direttrici: a) quella nazionale di “rilevanza comunitaria” e b) quella nazionale interna.

Sotto il primo profilo, con l'entrata in vigore del Reg. 1/2003, è previsto che l'applicazione degli articoli 101 e 102 del Tfu spetta all'Autorità nazionale che deve agire nel rispetto dei principi elaborati dalla giurisprudenza europea e in modo conforme agli orientamenti della Commissione. Il sistema si fonda su un meccanismo di decentramento che prevede al suo interno momenti qualificati di coordinamento sia verticale che orizzontale. In questa ipotesi l'uniforme applicazione del diritto *antitrust* europeo è garantita dal grado di maturità che a livello di regole e di istituzioni è stato raggiunto all'interno dell'Unione europea tra gli Stati membri. Livello di omogeneità che invece ancora manca se si estende l'orizzonte della ricerca oltre i confini europei.

Quanto alla seconda area di intervento, l'Autorità *antitrust* italiana applica, come è noto, le disposizioni della legge nazionale a tutela della concorrenza e del mercato a tutte le condotte che interessano i mercati locali e a quelle che non sono comunque in grado di incidere sul commercio tra gli Stati membri.

Il controllo della concorrenza nei mercati locali è molto importante per garantire lo sviluppo di un tessuto economico ispirato alle regole del mercato, per favorire le dinamiche competitive tra le piccole e medie imprese e per garantire procedure di selezione delle imprese non alterate da meccanismi spartitori.

Anche nell'applicazione delle disposizioni nazionali è riscontrabile una compenetrazione molto forte con l'ordinamento sovranazionale, in quanto ai sensi

¹ A seguito dell'istruttoria, l'*Autorité de la concurrence* si è pronunciata in favore di *France Telecom*, la quale chiedeva a *Cogent* un corrispettivo in cambio dell'apertura di un *peering* (scambio di traffico Internet) supplementare. La decisione si fonda sui termini di un contratto di *peering* concluso nel 2005 tra *France Telecom* e *Cogent*. L'accordo in questione stabiliva un limite chiaro alla gratuità dell'interconnessione sotto forma di un rapporto tra il traffico in entrata e in uscita (in particolare, il traffico in entrata doveva essere pari ad un massimo di 2,5 volte il traffico in uscita). Pertanto, l'Autorità francese ha ritenuto che la richiesta del corrispettivo da parte di *France Telecom* fosse giustificata da tale asimmetria. Tuttavia, poiché *France Telecom* controlla *Orange* e la società di *transit Open Transit*, e data l'assenza di una formale fatturazione interna tra la prima e la seconda per quel che riguarda l'accesso degli abbonati *Orange*, secondo l'Autorità occorre evitare che *France Telecom* favorisca indirettamente *Open Transit*, a discapito degli altri operatori presenti nel mercato, indirizzando i contenuti verso i suoi abbonati *Orange*.

Per questi motivi, l'Autorità ha chiesto a *France Telecom* di assumere degli impegni a titolo preventivo. L'operatore si è quindi impegnato a formalizzare, entro tre mesi, con un protocollo interno il rapporto tra le due società e a renderlo trasparente.

dell'articolo 1, comma 4, della legge n. 287 del 1990 l'Autorità deve interpretare e applicare le norme interne in base ai principi dell'ordinamento europeo. Grazie a questo principio di integrazione tra ordinamenti, quel diritto comune che non è ancora possibile individuare nei mercati globali diventa realtà nel mercato europeo e in quello nazionale.

Il grado di uniformità raggiunto attraverso il decentramento operato dal reg. 1/2003, da un lato, e l'inclusione tra ordinamenti, dall'altro, non sembra tuttavia ammettere un ulteriore livello decisionale di dimensione locale.

Questo tipo di soluzione, oltre ai già evocati problemi di omogeneità, avrebbe ulteriori effetti negativi in termini di garanzia dell'indipendenza degli organismi chiamati a svolgere l'attività di tutela della concorrenza, poiché accorciando le distanze tra il controllore e i controllati aumenterebbe i rischi di cattura dei primi da parte dei secondi. La "democrazia subnazionale", tipica dei paesi a tradizione federalista e di quelli fondati sul regionalismo, è senza dubbio importante ma è anche foriera di tentazioni pericolose. Più il regolatore si avvicina agli interessi locali più aumentano i rischi di una sua cattura, di particolarismi, di riviviscenze neo corporative nonché di frammentazione della tutela della concorrenza. Negli Stati Uniti questi pericoli vengono decritti come rischi di *local spirit*, di *factionalism*.

Anche per la Corte costituzionale la tutela della concorrenza o è statale o non ha ragione di essere dal momento che non è pensabile una sua frammentazione territoriale. La tutela della concorrenza per sua natura non può tollerare differenziazioni territoriali che finirebbero per limitare o addirittura neutralizzare gli effetti delle norme di garanzia (così si legge in alcune pronunce in materia di appalti pubblici sentenza n. 283 del 2009 e n. 443 del 2007).

Un'ultima considerazione va, infine, fatta con riferimento ad un fenomeno piuttosto peculiare che si sta registrando a livello giurisprudenziale circa il grado di intensità che deve avere il sindacato del giudice sui provvedimenti in materia *antitrust* al fine di rispettare le disposizioni della Carta europea dei diritti fondamentali, con particolare riguardo al diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, alla presunzione di innocenza e ai diritti della difesa, ai principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene.

E' come se di fronte alla crescente portata anticoncorrenziale delle violazioni transfrontaliere e della conseguente maggiore asprezza del trattamento sanzionatorio la Cedu si preoccupi di alzare il livello di tutela garantito alle imprese destinatarie dei provvedimenti delle autorità di concorrenza rendendo più penetrante il controllo sulle valutazioni tecniche. Ciò in ragione del carattere penale delle sanzioni comminate riconducibile alla natura della norma violata - volta a

tutelare un interesse generale e ad impedire la ripetizione in futuro della condotta - nonché all'ammontare della sanzione in concreto irrogata.