

Capitolo 1

RADICI STORICHE DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO: 1. Dall'antichità all'età contemporanea. – 2. L'esperienza americana. – 3. La costruzione europea. – 4. La tutela della concorrenza in Italia fino al 1990. – 5. La legge italiana sulla concorrenza. – 6. Il progressivo ampliamento dei compiti dell'Autorità. – 7. Le recenti novità introdotte dal decreto ECN+ e dalle Leggi annuali 2021 e 2022.

1. Dall'antichità all'età contemporanea

L'idea che la concorrenza sia un bene in sé; che occorra proteggerla dalle ingerenze dei privati e dal potere politico degli Stati; che non basti la mano invisibile del mercato a difenderla e a tutelare i consumatori; che il benessere sociale, lo sviluppo, l'innovazione dipendano anche dalla dinamicità dei mercati. Non sono verità assolute, ma evoluzioni del pensiero economico, politico e sociale. Che sono confluite con alterne vicende nelle moderne leggi sulla concorrenza adottate nell'ultimo secolo e mezzo negli Stati Uniti, in Europa, in Italia e nel resto del mondo. Pur dopo aver raggiunto una diffusione globale, la lotta contro le distorsioni della concorrenza è sempre in cerca di un equilibrio per adeguarsi al contesto economico¹.

Come i suoi ancestrali antagonisti – i cartelli², i monopoli³ – il diritto della concorrenza ha radici molto antiche⁴.

¹ Secondo J.M. Keynes, “*the ideas of economists and political philosophers, both when they are right and when they are wrong, are more powerful than is commonly understood. Indeed the world is ruled by little else. Practical men, who believe themselves to be quite exempt from any intellectual influence, are usually the slaves of some defunct economist*” (*The General Theory of Employment, Interest and Money*, 1936, p. 383).

² La parola *cartello* viene dal latino *charta*, nel senso di ‘trattato’. Nel diciannovesimo secolo, il termine tedesco *kartell* (trattato di pace scritto) assunse il significato di patto organizzato di non beligeranza tra imprese concorrenti, trasferendo in un contesto semantico economico una parola fino ad allora di uso prevalentemente militare.

³ Combinazione del greco *μόνος* (*monos*, cioè uno) e *πολεῖν* (*polèin*, vendere).

⁴ L'affascinante storia del diritto della concorrenza meriterebbe un ampio spazio, che qui non le

Le prime civiltà del bacino mediterraneo conoscevano i cartelli e i monopoli: quelli privati, combattuti con codici e leggi volti a stabilire prezzi giusti per le merci⁵. E quelli pubblici, usati come fonte di ricavi per l'erario⁶.

Nel quarto secolo a.C., Aristotele diede fama alla parola *monopolio* raccontando un'avventura del filosofo Talete di Mileto.

Commiserato per la sua povertà e per “*l'inutilità della filosofia*” che amava, Talete decise di dimostrare che i filosofi avrebbero potuto arricchirsi facilmente grazie alle loro superiori conoscenze, se solo lo avessero voluto. Prevedendo con anticipo “*in base a computi astronomici un abbondante raccolto di olive*”, Talete si accaparrò a basso prezzo fuori stagione tutti i frantoi di Mileto e dell'isola di Chio. Così, quando giunse il periodo della raccolta delle olive e la domanda di frantoi salì, li poté affittare “*al prezzo che volle*”⁷.

Queste manovre speculative non erano però tanto apprezzate dalla pubblica opinione dell'epoca. Nella stessa opera, Aristotele ricorda che il tiranno Dionigi aveva esiliato da Siracusa uno spregiudicato imprenditore, arricchitosi accumulando ferro per rivenderlo a cifre esose⁸.

Una vicenda simile ebbe luogo ad Atene nel 386 a.C. Le autorità cittadine ave-

si può dedicare: si chiede perciò di perdonare le imprecisioni del testo dovute alla esigenza di sintesi. Per una più articolata trattazione dei periodi più antichi, si consiglia di consultare: R. PIOTROWSKI, *Cartels and trusts: their origin and historical development from the economic and legal aspects*, 1933; R. DE ROOVER, *Monopoly Theory Prior To Adam Smith*, *The Quarterly Journal of Economics*, 1951, vol. 65, n. 4; L. LOEVINGER, *Antitrust, economics and politics*, *Antitrust Bull.*, 1955-1956, vol. 1, n. 4, pp. 225-260; R. WILBERFORCE, *The Law of Restrictive Practices and Monopolies*, 1966; D.J. GERBER, *Prometheus born: the high middle ages and the relationship between law and economic conduct*, *St. Louis University Law Journal*, 1994; H.S. HARRIS, *Competition Laws Outside the United States*, 2001, pp. 7-13; A. GIULIANI, *Le radici romanistiche della dottrina italiana della concorrenza*, *Rivista di storia economica*, XIII, 1997; M. LIBERTINI, voce: *Concorrenza*, *Enc. Dir. Annali*, III, 2010, pp. 190-247.

⁵ Alcuni papiri del 3.000 a.C. circa menzionano monopoli privati sulla lana e sui tessuti nell'antico Egitto. Tra le più antiche leggi conosciute, quelle dettate da Urukagina, *énsi* della città-stato sumera di Lagash (2400 a.C. circa), e il codice del re babilonese Hammurabi (1800 a.C. circa) regolavano il commercio fissando direttamente i prezzi di alcuni beni e servizi, come quelli funerari.

⁶ Gli antichi fenici istituirono pubblici monopoli come strumenti di politica fiscale e commerciale per il grano, per i metalli preziosi, per le tinture della città di Tiro; e stipularono accordi di cartello come il patto di commercio esclusivo e non concorrenza tra la colonia di Cartagine e le città vicine, per combattere le mire espansionistiche dei mercanti greci. Analoghe vicende sono documentate presso le antiche popolazioni della penisola araba, gli egiziani e gli ebrei: del biblico re Salomone si dice che avesse ammassato anche così il suo leggendario tesoro. Cfr. R. PIOTROWSKI, *Cartels and trusts: their origin and historical development from the economic and legal aspects*, cit., pp. 87-88.

⁷ Aristotele, *Politica*, libro I, sez. 11. Cfr. R. DE ROOVER, *Monopoly Theory Prior To Adam Smith*, cit., pp. 492-524; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, 2014, p. 5.

⁸ Nell'*Etica Nicomachea* (libro V), Aristotele teorizza che non sarebbe etico trarre profitti eccessivi dagli scambi commerciali, perché ciò scoraggerebbe la diffusione del commercio, a danno della comunità. Cfr. D.J. GERBER, *Prometheus born: the high middle ages and the relationship between law and economic conduct*, cit., p. 714.

vano incoraggiato i mercanti a formare un consorzio per l'acquisto del grano, per fronteggiare un calo delle importazioni (causato, secondo alcuni storici, dalla guerra contro i persiani e contro i loro alleati spartani). Poi le stesse autorità misero sotto processo i mercanti perché avevano concordato rialzi del prezzo di vendita⁹.

Nell'antica Roma divenne proverbiale il cartello tra i venditori d'olio del mercato del Velabro, come attesta Plauto all'inizio del secondo secolo a.C.¹⁰. In epoca successiva, il diritto romano vietò – con il nome di *crimen monopolii* – i tentativi di manipolare il prezzo delle merci mediante accordi o con altri mezzi.

Nel 18 a.C., l'imperatore Augusto promulgò la *Lex Julia de Annona*, che puniva chi provasse a far lievitare il prezzo del grano, ad esempio ostacolando il traffico marittimo¹¹. Divieti simili contro le manovre volte a speculare sull'artificiale scarsità dei beni si trovano nell'editto sui prezzi massimi dell'imperatore Diocleziano del 301 d.C., con tanto di pena di morte, e in una costituzione del 483 d.C. dell'imperatore Zenone confluita nel codice giustiniano (529 d.C.)¹².

Qualche secolo più tardi, in consonanza con l'insegnamento evangelico che chiama "*ladri*" i mercanti nel tempio¹³, Carlo Magno adottò a Nijmegen un capitulare noto come *Quicumque* dal suo *incipit* (806 d.C.), che censurava il "*turpe lucro*" di chiunque acquisti e rivenda per cupidigia a prezzi eccessivi. Per il Sacro Romano Imperatore era indecente rivendere vino o grano al doppio del prezzo d'acquisto¹⁴.

⁹ Parrebbe, questo, un caso *ante litteram* di fallimento della c.d. *State action defense*, ossia della regola tipica dei sistemi moderni di tutela della concorrenza, che non puniscono le condotte imposte dalla legge, ma solo le scelte autonome dei privati. Cfr. L. KOTSIRIS, *An Antitrust Case in Ancient Greek Law*, *The International Lawyer*, 1988, vol. 22, n. 2, pp. 451-457; W.R. DUNHAM, *Cold Case Files: The Athenian Grain Merchants, 386 B.C.*, *Cato Journal*, 2008, vol. 28, n. 3, pp. 495-514. Nello stesso periodo, in India il precettore Kautilya raccomandava all'imperatore Chandragupta Maurya di punire con pesanti sanzioni i commercianti che cospiravano per alzare i prezzi. Cfr. KAUTILYA, *Arthaśāstra*, IV, 2, trad. inglese dal sanscrito di R. SHAMASTRY, 1915.

¹⁰ Cfr. Tito Maccio Plauto, *Captivi*, atto III, scena 1, verso 29: *omnes compacto rem agunt, quasi in velabro olearii* ("agiscono tutti di comune accordo come gli oleari del Velabro"). Erasmo da Rotterdam citava ancora il proverbio nella sua cinquecentesca raccolta di *Adagia*.

¹¹ Ne parla Ulpiano nei *Digesta*, libro XLVIII, 12, cfr. edizione curata da T. MOMMSEN-P. KRUEGER. Cfr. R. WILBERFORCE, *The Law of Restrictive Practices and Monopolies*, cit., p. 20.

¹² Cfr. Codex Iustinianus, 4.59, i cui passaggi più incisivi possono essere così liberamente tradotti: "*e se qualcuno osasse esercitare un monopolio, sia spogliato per sempre dei suoi beni e mandato in esilio*"; "*se inoltre i capi dei vari commerci da ora in poi osassero stringere accordi per fissare il prezzo delle cose o se stipulassero o si incolassero con altri patti illeciti, decretiamo che siano puniti con una sanzione di cinquanta libbre d'oro*".

¹³ Vangelo secondo Marco, cap. 11, v. 17. Secondo una regola di Papa Giulio I (337-352 d.C.), vi era un "*vergognoso profitto*" se qualcuno acquistava vino o grano a due denari al momento del raccolto, non per bisogno ma per scopo di lucro, e lo conservava in magazzino finché il suo valore fosse giunto a quattro, sei o più denari. Cfr. D.J. GERBER, *Prometheus born: the high middle ages and the relationship between law and economic conduct*, cit., p. 721.

¹⁴ Cfr. *Capitulare missorum Niumagae datum*, c. 17.

Nell'884 d.C., il re dei Franchi occidentali Carlomanno II emise invece il capitulare *Placuit* contro i prezzi discriminatori, per dissuadere i fedeli dal praticare tariffe più elevate agli stranieri (o, secondo altre interpretazioni, ai pellegrini)¹⁵.

Questi antichi testi funsero da riferimento nel Medioevo – come si evince dal pensiero della filosofia scolastica cattolica e dalla coeva letteratura penitenziale – per giustificare la condanna morale dei monopoli privati e delle altre pratiche idonee a interferire con la formazione del giusto prezzo¹⁶.

Ad esempio, riprendendo un termine dispregiativo usato dall'originario *Doctor Subtilis* Giovanni Duns Scoto, San Bernardino da Siena metteva all'indice i *re-gratiers*. Questi erano gli avidi commercianti che rastrellavano le merci disponibili per rivenderle a prezzi maggiorati e guadagnare così da manovre speculative, invece che dal valore aggiunto con il lavoro o con l'abilità professionale¹⁷.

La condanna di queste condotte permase nel rinascimento¹⁸ e con l'avvento del protestantesimo¹⁹. Toni leggermente più sfumati apparvero durante la contro-riforma, quando alcuni autori si mostrarono più tolleranti verso cartelli o monopoli che non comportassero rialzi eccessivi del prezzo²⁰.

Tuttavia, i principi etici e di *jus commune* derivanti dagli antichi testi non trovarono mai un'applicazione uniforme in Europa. Né generarono una comune sensibilità verso la tutela della concorrenza.

¹⁵ Cfr. O. LANGHOLM, *Monopoly and market irregularities in medieval economic thought: traditions and texts to a.d. 1500*, Journal of the History of Economic Thought, 28, 4, 2006, p. 406.

¹⁶ Per un'ampia trattazione del tema e degli autori che lo affrontarono (tra i quali Graziano, Sant'Alberto Magno, San Tommaso D'Aquino, Ulrico di Strasburgo, San Raimondo di Peñafort, Enrico da Susa detto l'Ostiense, Giovanni Buridano, Walter Burley, Sant'Antonino da Firenze), cfr. R. DE ROOVER, *Monopoly Theory Prior To Adam Smith*, cit.; O. LANGHOLM, *Monopoly and market irregularities in medieval economic thought: traditions and texts to a.d. 1500*, cit.

¹⁷ Cfr. San Bernardino da Siena (1380-1444 d.c.), *Quadragesimale de Evangelio aeterno*, ed. 1956, sermone XXXIII, II, 6; G. TODESCHINI, voce Bernardino da Siena, su www.treccani.it.

¹⁸ Girolamo Savonarola (1452-1498) non era proprio entusiasta neppure della concorrenza: “*forse non è anche bene mettere a ogn'ora in concorrenza gli Amici, et anche molti, per non parere troppo cupidi, o meschini*” (*Discorso circa il reggimento, e governo degli stati, e specialmente sopra il governo della città di Firenze*). Cfr. F. KOSTORIS PADOA SCHIOPPA, *Concorrenza. Appunti sulla concorrenza*, 2006 (l'autrice nota che Dante e Boccaccio usavano il verbo concorrere nel senso di cooperare, mentre Savonarola è uno dei primi che adopera la parola concorrenza nel suo significato attuale).

¹⁹ Nel suo *Sermone sul commercio e sull'usura* del 1524 (*Von Kauffshandlung und Wucher*), senza troppi giri di parole Martin Lutero chiama “*ladri, rapinatori e usurari*” i mercanti che alzano il prezzo quando i beni scarseggiano e “*molto più abominevole*” chi provi a conquistarsi un monopolio. Sul possibile ruolo dell'etica protestante del lavoro – particolarmente quella calvinista – nello sviluppo dell'impresa e del capitalismo, si veda il seminale e contestato saggio di M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, 1905.

²⁰ Il riferimento è alla scuola di Salamanca (Luis de Molina, Leonard Lessius, Juan de Lugo). Cfr. O. LANGHOLM, *Monopoly and market irregularities in medieval economic thought: traditions and texts to a.d. 1500*, cit., p. 409.

Il contesto politico, sociale e giuridico espresse invece posizioni molto varie fino all'epoca contemporanea. In pratica, benché condannassero ripetutamente i cartelli e l'accaparramento dei beni da parte dei privati cittadini, le autorità pubbliche facevano abituale ricorso ai medesimi mezzi quando ciò meglio serviva i loro interessi. Questo autorevole esempio a sua volta incoraggiava il perpetuarsi di analoghi comportamenti illeciti anche tra i mercanti.

In tal modo, sin dal basso Medioevo e per lungo tempo nelle città italiane e in molti Paesi europei, si moltiplicarono le leggi, i decreti, le ordinanze, gli editti, gli statuti municipali o corporativi che vietavano le interferenze di commercianti e artigiani con il naturale funzionamento dei mercati²¹. Al contempo, a scopo di sostentamento e per finanziare le proprie attività, sovrani e papi ricorrevano a man bassa ai monopoli pubblici o agli accordi di cartello, riservandosi interi settori dell'economia e concedendo ampi privilegi anche a banchieri e agenti privati, cui delegavano la gestione delle attività²².

Nel medesimo periodo, le economie locali si basavano sulle corporazioni o *gilde*²³: organismi privati, spesso muniti anche di poteri pubblici, che stabilivano le norme etiche e le condizioni economiche per l'esercizio di arti, mestieri o professioni. Le *gilde* controllavano l'accesso ai mercati, difendendo il monopolio dei propri iscritti. Pur celandosi dietro ideali di solidarietà e fraternità tra colleghi, es-

²¹ Tra i tanti esempi, si possono menzionare gli statuti delle città di Viterbo e Urbino del 1251 contro gli accordi di acquisto e vendita congiunta tra pescivendoli; le *Constitutiones iuris metallici* del re Venceslao II, che verso la fine del XIII secolo proibivano gli accordi per controllare il commercio dei metalli; una legge (1322) e uno statuto municipale (1415) che vietarono e dichiararono nulli i cartelli a Firenze; analoghi statuti a Pisa (1343), Montefeltro (1384), Teramo (1440); in Germania, l'ordinanza della polizia di Norimberga contro i monopoli privati sulle derrate, ripresa da statuti municipali a Colonia e in altre città tedesche (XIII-XIV secolo); numerose ordinanze dei reali francesi contro la monopolizzazione del grano adottate, tra gli altri, dai re Filippo IV (1305), Giovanni (1350), Carlo IV (1415), Carlo VII (1439) e dal re sole Luigi XIV (1699); molte leggi inglesi che fissavano i prezzi dei beni più diffusi, come pane o birra, e condannavano alla berlina o alla gogna chi cercasse di farne alzare artificialmente i prezzi (una delle più note è lo statuto di Eduardo VI del 1552 "*against Regrators, Forestallers and Ingrossers*"). Cfr. R. PIOTROWSKI, *Cartels and trusts: their origin and historical development from the economic and legal aspects*, cit., cap. V.

²² Tra i casi celebri di queste risalenti forme di controllo dell'economia figurano il cartello del sale tra Filippo il Bello e Carlo II di Napoli (lettera di Carlo II del dicembre 1301, Archivi di Stato di Napoli); l'accordo sull'alluminio concluso nel giugno 1470 tra papa Paolo II e Ferdinando I re di Napoli, con l'aiuto della famiglia Medici di Firenze, per favorire il commercio delle reali miniere ischitane e della miniera papale della Tolfa e boicottare l'empia concorrenza dei mercanti turchi (*depositeria della crociata* 1464-1475, fogli 1-16, Archivi di Stato di Roma); i molti consorzi promossi dalla potente famiglia Fugger in vari Paesi d'Europa con il supporto dei sovrani locali, come i cartelli del rame del 1498 e del 1515, protetti da salvacondotti degli imperatori Carlo V di Asburgo e Massimiliano I, o il cartello della latta del 1538, sotto la protezione del Duca Giorgio di Sassonia. Cfr. R. PIOTROWSKI, *Cartels and trusts: their origin and historical development from the economic and legal aspects*, cit., cap. III-IV, VII-X.

²³ Il termine deriva da *geld* o *gold* (cioè oro).

se erano veri e propri cartelli (o monopoli pubblici, a seconda dei casi)²⁴.

Dopo la rivoluzione del 1789, il governo francese si propose di annientare le gilde²⁵, ispirando altri Paesi europei a far lo stesso²⁶. L'accaparramento delle merci a fini speculativi fu vietato come un "*crimine capitale*"²⁷, con norme poi confluite nell'art. 419 del *Code Pénal* del 1810.

Tuttavia, a dimostrare la dubbia efficacia di interventi radicali impressi solo sulla carta, ma non accompagnati da adeguate riforme politiche ed economiche, già nel 1801 Napoleone dovette ordinare al prefetto della polizia di Parigi di ricostituire la gilda dei fornai, per soddisfare il bisogno di pane a buon mercato in tempi di malcontento e disordine sociale²⁸. Permaneva dunque la convinzione che la concorrenza non fosse sempre utile, ma potesse anche diventare un pericolo da reprimere alla bisogna.

Questo atteggiamento ambiguo nei confronti della concorrenza trapela anche nella storia del famigerato cartello del carbone di Newcastle. Fondato alla fine del 1500 sul fiume Tyne come *fraternitas* tra battellieri per competere con i monopoli ecclesiastici, la regina Elisabetta I lo trasformò in gilda nel 1600 e tale restò per settantanove anni. Fu poi assoggettato a una rigida regolamentazione dei prezzi nel 1664. Vietato invano nel 1711. Contrastato nuovamente nel 1738 e ancora una volta due anni dopo, da petizioni che chiedevano la sua dissoluzione. Fu riformato nel 1771, inglobando i produttori di carbone di Sunderland. Durò così, in un modo o nell'altro, fino al 1845, rendendo orgogliosi i suoi concittadini²⁹.

Proprio nel Regno Unito, tuttavia, si accese una scintilla che, volteggiando fino all'altra sponda dell'oceano atlantico, contribuì a far nascere il moderno diritto *antitrust*: l'idea che la concorrenza sia una forma di libertà individuale, cui i privati possono rinunciare solo entro limiti ragionevoli e che i poteri pubblici devono rispettare, secondo un modello di diritto individuale analogo a quelli riconosciuti dalla *Magna Carta* nel 1215.

²⁴ Nel giudizio di Adam Smith, le corporazioni servivano solo a mantenere alti i prezzi, e quindi i salari e i profitti, restringendo sistematicamente la concorrenza (cfr. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, I, X, 2).

²⁵ La legge *Le Chapelier* del 17.6.1791 così disponeva: "[l']anéantissement de toutes espèces de corporations de citoyens du même état et profession étant l'une des bases fondamentales de la Constitution française, il est défendu de les rétablir de fait sous quelque prétexte et sous quelque forme que ce soit" (secondo una voga dell'epoca, anche l'autore della legge, Isaac Le Chapelier, fu ghigliottinato nel 1794).

²⁶ Cfr. M. LIBERTINI, voce: *Concorrenza*, cit., p. 203.

²⁷ Decreto del 26-28.7.1793.

²⁸ Con decreto in data 11.10.1801, Napoleone istituì il *syndicat des boulangers*.

²⁹ Tra l'ampia letteratura sul tema, cfr. E. BLACK, *Internal Combustion: How Corporations and Governments Addicted the World to Oil and Derailed the Alternatives*, 2006, cap. II; P.D. WRIGHT, *Life on the Tyne. Water trades on the lower river Tyne in the Seventeenth and Eighteenth century, a reappraisal*, 2014, pp. 14-21; J.M. FEWSTER, *The keelmen of Tyneside. Labour organization and conflict in the North-East coal industry, 1600-1830*, 2011.

Inizialmente – e per lungo tempo – le leggi inglesi e il *common law* avevano punito come reati le attività di *forestalling*, *regrating* e *engrossing* (tutti sinonimi di manovra speculativa e accaparramento). Queste consistevano nell’acquisto massiccio di derrate al di fuori delle fiere o dei mercati, o comunque oltre gli orari autorizzati per il commercio, allo scopo di rivenderle a prezzi maggiorati. Si trattava di divieti assoluti, che colpivano rozzamente le condotte commerciali ritenute troppo spregiudicate, sulla scorta della tradizione romanistica³⁰.

Ma in seguito, adattandosi ai cambiamenti della realtà economica, la giurisprudenza di *common law* sui patti restrittivi della concorrenza aveva subito un’importante evoluzione. I giudici inglesi riconobbero con sempre maggiore ampiezza il diritto dei privati a impegnarsi, dietro corrispettivo, a non competere entro ragionevoli limiti di spazio e di tempo con le attività aziendali cedute, per preservarne il valore a vantaggio degli acquirenti³¹.

Si affermò così l’idea che non ogni restrizione della concorrenza fosse illecita. Toccava ai giudici tracciare confini chiari tra le restrizioni vietate e quelle giustificabili secondo un principio di ragionevolezza (in inglese, *rule of reason*), ossia di adeguatezza rispetto ai fatti del caso concreto.

Il ruolo forte delle corti di *common law* nell’assetto costituzionale della monarchia inglese consentì loro di disciplinare anche la concessione dei diritti di monopolio pubblici da parte dei sovrani, applicando all’analisi concorrenziale parametri simili a quelli seguiti nelle cause tra privati. Nel caso *Darcy v. Allin* del 1602, i giudici annullarono il diritto esclusivo a vendere carte da gioco concesso dalla regina Elisabetta I a un suo cortigiano, in quanto comportava un aumento dei prezzi, nonché minore qualità dei prodotti, e riduceva in povertà i concorrenti, proprio come avrebbe fatto un’irragionevole restrizione della concorrenza concordata tra privati³².

³⁰ Dal francese *regratier* (nel senso di grattare o raschiare di nuovo, ma anche possibile storpiatura del latino *re-captare*, ossia ricomprare), oltre all’inglese *regrating* deriva l’italiano *rigattiere*: un mestiere a ben pensarci non troppo dissimile dalle attività descritte nel testo (acquisto e rivendita al di fuori dei mercati primari), ma non altrettanto disprezzato. Echi della originaria connotazione negativa permangono invece nella parola ricattare (anch’essa derivante dalla comune etimologia latina), che richiama per analogia l’immagine sia dell’acquisizione impropria che della rivendita a prezzo giugulatorio.

³¹ Da qui nasce la teoria delle *ancillary restraints*, ossia delle restrizioni accettabili in quanto necessarie per compiere un’operazione più vasta, complessivamente non restrittiva della concorrenza. Per coglierne la graduale affermazione, si pensi che nel caso *Dyer* del 1414 (2 Hen. 5, 5 Pl. 26), la corte aveva ritenuto nullo l’impegno di un tintore a non esercitare il suo mestiere per sei mesi nella stessa città, senza alcuna specifica contropartita (“*per Dio*”, pare che avesse sbottato il Giudice Hull, “*se l’attore fosse qui, dovrebbe andare in prigione fino a quando non paghi una multa al Re*”). Ma nel 1613 le cose erano cambiate: in *Rogers v. Parry* (2 Bulstr. 136), la promessa di un falegname di non svolgere attività commerciali dalla sua casa per 21 anni fu ritenuta lecita. Nel 1880, in *Roussillon v. Roussillon* (14 ChD 351), le corti reputarono teoricamente lecito persino un patto illimitato di non concorrenza, nella misura in cui fosse necessario per proteggere l’acquirente.

³² Cfr. *Darcy v. Allin* (1602), 11 Co. Rep. 84b.

Sulla scorta di questi stessi principi, nel 1624 il Parlamento inglese adottò lo *Statute of Monopolies*, che vietava ai sovrani di concedere nuovi monopoli pubblici e annullava quelli esistenti, mentre faceva comunque salve le gilde e la possibilità di rilasciare brevetti di durata determinata, come premio e incentivo per le innovazioni. Questo statuto è considerato l'epifania del moderno diritto di proprietà industriale, anche se non fu né pienamente rispettato in ambito domestico né applicato al commercio internazionale: ne è un esempio la potente compagnia britannica delle Indie Orientali, che conservò a lungo i propri privilegi monopolistici³³.

Da ultimo, due leggi del 1772 e del 1844 abolirono definitivamente i divieti di *forestalling*, *regrating* e *engrossing*, divenuti troppo rigidi in un sistema economico trasfigurato dalla prima rivoluzione industriale, che richiedeva analisi ben più sofisticate per distinguere la concorrenza buona da quella cattiva³⁴.

Nella nota sentenza *Standard Oil* del 1911, la Corte Suprema degli Stati Uniti riconobbe l'*effetto illuminante* del *common law* inglese sul diritto *antitrust* americano, cui il primo ha lasciato in eredità le nozioni di "*restraint of trade*" (restrizione della concorrenza) e "*attempts to monopolize*" (tentativi di monopolizzare)³⁵.

Anche nel campo della scienza economica le isole britanniche diedero un gran contributo al diritto della concorrenza. Nel 1776 lo scozzese Adam Smith, uno dei noti padri della economia politica classica, pubblicò *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, gettando le basi per il moderno studio delle forze competitive e dei mercati.

Con la sua famosa teoria della mano invisibile Smith sosteneva che, in qualsiasi mercato, le dinamiche della domanda e dell'offerta tendono a spingere il prezzo dei beni (prezzo di mercato) verso un valore fisiologico (prezzo naturale), che è fissato dalla *libera concorrenza* al livello più basso possibile; invece i monopoli pubblici, al pari dei privilegi esclusivi garantiti alle gilde, riducono l'offerta di beni facendo schizzare il prezzo verso l'alto³⁶.

Per Smith, i cartelli erano l'inevitabile frutto di qualsiasi incontro tra colleghi

³³ Cfr. *East India Company v. Sandys* (1685) 10 St. Tr. 371.

³⁴ Cfr. *Act for repealing several laws therein mentioned against badgers, engrossers, forestallers and regrators, and for indemnifying persons against prosecutions for offences committed against the said acts* del 1772 (12, Geo III, cap. 71) e *Act for abolishing the Offences of forestalling, regrating, and engrossing, and for repealing certain Statutes passed in restraint of Trade* del 1844 (7 e 8, Vic, cap. 24). In Italia, il codice Zanardelli abolì il *crimen monopolii* nel 1889 e fu seguito nel 1926 da un'analoga riforma del codice napoleonico francese; cfr. M. LIBERTINI, voce: *Concorrenza*, cit., p. 205.

³⁵ Cfr. *The Standard Oil Co. of New Jersey et al. v. United States*, 221 U.S. 1 (1911), 59.

³⁶ Cfr. A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nation*, 1776, I, VII. La scuola classica (tra i cui esponenti possono essere annoverati T. Malthus, D. Ricardo, J.S. Mill, J.B. Say) cercò di delineare con metodo scientifico i criteri guida dell'intervento pubblico nell'economia secondo un modello capitalistico di libero mercato, distanziandosi così dai principi del feudalesimo e del mercantilismo prevalenti nell'Europa medievale e rinascimentale.

commercianti dello stesso settore: egli auspicava che la legge si astenesse dal favorire i cartelli, ma reputava ingiusto e troppo restrittivo della libertà individuale imporne il divieto assoluto³⁷.

Nel secolo successivo gli studi sulla concorrenza attirarono invece numerosi filosofi-matematici-economisti francesi. A.A. Cournot e J.F.L. Bertrand svilupparono due modelli complementari di analisi della concorrenza nei mercati duopolistici (ossia, dove vi sono solo due imprese): nel modello di Cournot, le imprese competono scegliendo le quantità da produrre; nella concorrenza *à la* Bertrand, la variabile competitiva principale sono le scelte sui prezzi. Marie Esprit Léon Walras fu invece il padre della teoria dell'equilibrio economico generale, secondo cui l'utilità marginale di un bene, determinata dalla sua scarsità, ne decide il valore e quindi il prezzo.

2. L'esperienza americana

L'avventura americana è stata così importante che gli Stati Uniti sono spesso celebrati come la culla del diritto della concorrenza, dimenticando la gestazione precedente³⁸. In effetti, interagendo con un contesto politico, economico e sociale diverso da quello d'origine, le regole e i concetti sviluppati dal *common law* acquisirono in America significati nuovi e più moderni.

Per tutto il diciannovesimo secolo, l'*élite* politica statunitense si era impegnata in un dibattito sui limiti e sulle giustificazioni dell'intervento statale nell'economia, scoprendosi peraltro in ultima analisi più avversa ai monopoli legali e alla regolamentazione governativa che agli imperi economici privati³⁹.

³⁷ Cfr. A. SMITH, *op. cit.*, I, X, 2. Un noto aforisma di Adam Smith sui cartelli (“[p]eople of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices”) è talvolta ancora oggi usato, oltre che copiosamente nelle introduzioni agli scritti e alle lezioni sul diritto della concorrenza, per invocare una presunzione di illiceità degli incontri tra concorrenti.

³⁸ Sulla storia del diritto *antitrust* negli Stati Uniti, una bibliografia minima potrebbe includere: H.B. THORELLI, *The Federal antitrust policy: origination of an American tradition*, 1955; W. LETWIN, *Law and economic policy in America: the evolution of the Sherman Antitrust Act*, 1981; H. HOVENKAMP, *Enterprise and American law: 1836-1837*, 1991; T. FREYER, *Regulating big business: antitrust in Great Britain and America, 1880-1990*, 1992; R. PERITZ, *Competition Policy in America, History, Rhetoric, Law*, 1996; T. FREYER, *Antitrust and global capitalism, 1930-2004*, 2009; H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy, The law of competition and its practice*, 2011; D. CRANE-H. HOVENKAMP, *The making of competition policy*, 2013.

³⁹ Cfr. D. CRANE-H. HOVENKAMP, *op. cit.*, cap. 2. Per un esempio emblematico delle riflessioni dell'epoca, cfr. T.M. COOLEY, *Limits to State Control of Private Business*, Princeton Rev., 1878, vol. 1, pp. 233-271.

Ma dopo la guerra di secessione, nel gigantesco mercato interno americano protetto dagli oceani, da grandi distanze e da tariffe doganali elevate⁴⁰, su un territorio solcato da vaste infrastrutture come il telegrafo e le ferrovie transcontinentali – che venivano sviluppandosi anche con il sostegno statale (ad esempio in forma di concessione gratuita di terreni) – erano apparsi sulla scena i ricchi capitalisti americani: i *baroni rapinatori* (*robber barons*), come furono chiamati, proverbiale espressione del massimo potere economico privato in un sistema liberista.

Per non farsi la guerra, i grandi imprenditori attivi nello stesso mercato si alleavano tra loro formando i *trust*: strutture organizzative associative su base fiduciaria, cui conferivano i diritti di gestione delle rispettive aziende per controllare in comune interi settori dell'economia nazionale e ripartirsene i dividendi, in una sorta di fenomeno ibrido, misto tra concentrazione societaria, monopolio di fatto e accordo di cartello⁴¹. Era un modello di impresa tremendamente diverso dall'ideale americano del piccolo proprietario terriero, strenuo difensore del buon senso, non corrotto dai traffici delle grandi città⁴².

Nel frattempo, sul fronte scientifico, il professore inglese Alfred Marshall veniva sviluppando le teorie economiche neoclassiche, secondo cui in un mercato concorrenziale il prezzo tende sempre ad allinearsi al costo marginale di produzione⁴³. E grandi economisti americani suoi contemporanei, come il marginalista A.T. Hadley, ne deducevano che la concorrenza fosse una vera calamità nei settori industriali caratterizzati da alti costi fissi o da grandi investimenti iniziali, non più recuperabili per l'eventuale reimpiego in altri settori (c.d. *sunk cost* o costi affondati): ciò proprio perché la concorrenza avrebbe consentito di remunerare soltanto i costi marginali dell'ultima unità di bene prodotta e non invece tutti gli altri costi – come appunto quelli fissi o gli investimenti iniziali – comunque indispensabili per svolgere attività di impresa⁴⁴.

⁴⁰ Il picco si raggiunse con la c.d. *McKinley tariff* del 1890, che imponeva un dazio doganale pari alla metà del valore del bene importato.

⁴¹ Cfr. L. PROSPERETTI-M. SIRAGUSA-M. BERETTA-M. MERINI, *Economia e diritto* antitrust, 2006, p. 40. Nei sistemi di *common law*, il *trust* è tuttora un accordo (pienamente lecito) in forza del quale un fiduciario diviene titolare di diritti di proprietà da gestire in favore di uno o più beneficiari. Negli Stati Uniti, il termine assunse in quell'epoca un significato diverso, divenendo sinonimo di monopolio o di accordo anti-competitivo. L'avvocato S.C.T. Dodd, storico consulente del plurimiliardario John D. Rockefeller, fu tra i primi a suggerire l'uso del *trust* in occasione della creazione della società *holding* Standard Oil, che dominò per decenni l'industria petrolifera statunitense. Cfr. *The Columbia Encyclopedia*, 2015, voce Dodd, Samuel Calvin Tate.

⁴² Il popolare Presidente Jefferson idealizzava come "*chosen people of God*" i piccoli coltivatori (*yeoman farmers*), contrapponendoli alla corruzione anche morale dei commercianti e dei banchieri. Cfr. *Notes on the State of Virginia*, 1785, p. 175.

⁴³ Cfr. A. MARSHALL, *Principles of Economics*, 1890.

⁴⁴ La teoria della concorrenza rovinosa postulava che, in alcuni settori industriali, la concorrenza fosse nociva perché impediva l'applicazione del giusto prezzo (quello cioè idoneo a remunerare tutti

Fu in questo contesto che nel 1890, su proposta del senatore John Sherman, presidente della Commissione Finanza del Senato, il Parlamento statunitense adottò una nuova legge sulla concorrenza, dopo un lungo e complicato dibattito. Lo *Sherman Antitrust Act*, oltre a recare il nome del proponente, si chiamava così perché serviva appunto a combattere i *trust*. Da allora, l'espressione *antitrust* è comunemente associata al diritto della concorrenza, anche dove i *trust* anti-competitivi all'americana non ci sono più o non ci sono mai stati.

Il progetto iniziale della legge proibiva con formula ampia qualsiasi condotta unilaterale o concordata delle imprese che fosse volta a impedire la “*piena e libera concorrenza*” o ad aumentare i “*costi dei consumatori*”. Nell'impianto originario del disegno legislativo, la nozione indeterminata di “*piena e libera concorrenza*” avrebbe dovuto fungere da volano e chiave interpretativa della portata del divieto, conferendo un ampio margine di manovra alle autorità nell'applicazione concreta, un po' come avviene oggi nelle moderne discipline della concorrenza, incluse quelle europee. Ma questa grande flessibilità del divieto suscitò perplessità in molti senatori, contrari a riconoscere poteri eccessivi al governo federale.

Trascorsi quindici mesi di acceso confronto, la Commissione per gli Affari Giudiziari – cui era stato nel frattempo rimesso il testo del disegno legislativo – ridusse l'ambito del divieto alle sole fattispecie già note al *common law*: le *restraints of trade* e gli *attempts to monopolize*⁴⁵. Con queste revisioni, bastò una settimana per ottenere l'approvazione quasi unanime della legge. Sarebbe spettato al governo federale trascinare in tribunale i trasgressori, che rischiavano sanzioni finanziarie e la galera, data la natura penale dei nuovi illeciti⁴⁶.

La versione finale della legge era un compromesso tra due opposte fazioni: quella che intendeva contrastare le grandi imprese e favorire un modello di sviluppo economico ancorato alla protezione degli artigiani e dei piccoli commer-

i costi sostenuti, inclusi quelli fissi e gli investimenti iniziali), precludeva così i risparmi di costo raggiungibili solo mediante investimenti nella crescita dell'azienda o nell'innovazione e condannava perciò i consumatori a pagare prezzi più alti. Cfr. D. CRANE-E. HOVENKAMP, *op. cit.*, cap. 3, pp. 71-103, secondo cui “[t]his ‘fixed cost controversy’ raged simultaneously with early Sherman Act enforcement and serves to explain the division among American economists on antitrust policy” (p. 72).

⁴⁵ Le sezioni 1 e 2 dello *Sherman Antitrust Act* così dispongono: “[e]very contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal” (15 U.S.C. § 1); “[e]very person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony” (15 U.S.C. § 2).

⁴⁶ L'*attorney general* (membro del gabinetto del Presidente, capo del *Department of Justice* (DoJ) e organo federale di vertice per la giustizia) si occupò direttamente di far rispettare il diritto *antitrust* fino al 1903, quando il Presidente T. Roosevelt designò a tale scopo l'*assistant attorney general*. A partire dal 1933, all'interno del DoJ il Presidente F.D. Roosevelt istituì l'*Antitrust Division*, facente capo appunto all'*assistant attorney general*.

cianti, cioè degli “*small dealers and worthy men*”⁴⁷; altri che volevano le imprese libere di ingrandirsi e di ottenere così i vantaggi economici necessari per investire nell’innovazione tecnologica e per offrire in definitiva prezzi più bassi ai consumatori, grazie alla conseguente riduzione dei costi di produzione⁴⁸.

La scelta di riciclare il lessico del *common law* conservava alla nuova legge sufficienti margini di ambiguità per mettere d’accordo le due correnti di pensiero. I più interventisti ne apprezzavano la lettera, che vietava incondizionatamente qualsiasi accordo restrittivo o tentativo di monopolizzare i mercati. I più liberali vi vedevano invece implicitamente sussunta la possibilità per la giurisprudenza di continuare ad applicare la *rule of reason*, per distinguere le restrizioni legittime (incluse quelle volte a impedire una concorrenza rovinosa) da quelle illecite⁴⁹.

La nuova legge, bollata troppo presto come “*totalmente inutile*” dal suo stesso padre putativo Sherman⁵⁰, non fu accolta bene da tutti: denunciando l’indebolimento subito dall’originario disegno di legge, il *New York Times* la definì un sotterfugio populistico del partito repubblicano, diretto a ottenere supporto dagli elettori poveri facendo mostra di una fasulla volontà politica di combattere le disuguaglianze sociali⁵¹. L’industria invece reagì con l’ondata di concentrazioni più grande che la storia americana ricordi, per sottrarsi alla futura applicazione della legge⁵².

⁴⁷ L’espressione proviene dalla sentenza della Corte Suprema *United States v. Trans-Missouri Freight Ass’n*, 166 U.S. 323 (1897), che condivise la posizione del Sen. Sherman contraria alla teoria della concorrenza rovinosa. Vi si legge che i *trust* “*possono anche temporaneamente, o forse permanentemente, ridurre il prezzo dell’articolo commerciato o prodotto mediante la riduzione delle spese connaturata alla gestione di molte società diverse per il medesimo obiettivo*”. Tuttavia, “[i]l commercio o l’attività economica in queste circostanze possono comunque essere malamente e malauguratamente distorte buttando fuori dal mercato i piccoli commercianti e gli uomini degni che vi hanno trascorso le proprie vite, e che potrebbero non essere in grado di adeguarsi alle mutate circostanze”. Pertanto, “[i]a mera riduzione nel prezzo del bene commerciato potrebbe essere pagata a caro prezzo con la rovina di questa classe e l’accaparramento del controllo su un bene di consumo da parte di una onnipotente combinazione di capitali” (nostra traduzione).

⁴⁸ In effetti, nonostante i *trust* (o secondo alcuni grazie a essi), nel decennio antecedente al 1890 i prezzi al consumo erano molto calati nei mercati americani. Cfr. H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy, The law of competition and its practice*, cit., cap. 2, p. 50.

⁴⁹ Nel Regno Unito, l’affermazione della libertà di competere e commerciare nei secoli precedenti è stata tradizionalmente considerata una conquista dei privati, gradualmente strappata al potere vasto e spesso capriccioso dei monarchi. Negli Stati Uniti, le cose andarono invece apparentemente all’inverso: partendo da una situazione in cui le imprese gestivano i propri interessi in una pluralità di Stati e perciò al di fuori del controllo di ciascuno di essi, il dibattito politico si chiedeva se, in che misura e con quali giustificazioni il governo federale potesse interferire con l’esercizio delle libertà individuali.

⁵⁰ Cfr. R. PERITZ, *Competition policy in America, History, rhetoric, law*, 1996, cap. 1.

⁵¹ Un articolo pubblicato nel gennaio 1890, dal titolo *Mr. Sherman’s Hopes and Fears*, ipotizza che la “*cosiddetta legge antitrust*” fosse “*una frode e una finta*” adottata per “*ingannare la gente*”, per consentire agli organi di partito di dire: “*Guardate! Abbiamo attaccato i trust. Il partito repubblicano è il nemico di questi cartelli*” (nostra traduzione).

⁵² Secondo H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy, The law of competition and its practice*,

Non sorprenda perciò che, nel ventennio seguente, anche la giurisprudenza finì con l'oscillare tra due estremi. L'orientamento prevalente applicava alla lettera lo *Sherman Antitrust Act* vietando con rigore ogni forma di concertazione, ma curiosamente soprattutto le associazioni sindacali dei lavoratori⁵³. Una diversa corrente si muoveva invece secondo il criterio della ragionevolezza, valutava cioè i pro e contro di ogni singolo caso senza penalizzare a priori le grandi imprese o gli accordi tra concorrenti che consentissero una migliore gestione in comune delle attività⁵⁴.

Nel 1911, le sentenze *Standard Oil*⁵⁵ e *American Tobacco*⁵⁶ ordinarono per la prima volta la dissoluzione dei *trust* investigati, applicando un rimedio previsto dalla legge. *Standard Oil* aveva dominato l'industria della raffinazione del petrolio per quarant'anni, durante i quali aveva allargato il suo dominio a monte nelle attività di esplorazione e nella fornitura di greggio e a valle nella distribuzione di prodotti derivati, ricorrendo secondo l'accusa anche a condotte discriminatorie, predatorie o semplicemente molto spicce (come lo spionaggio industriale, minacce, la creazione di falsi interlocutori commerciali per ingannare i concorrenti): tutto questo sfidando le veementi denunce dei giornali⁵⁷.

Per la Corte Suprema l'unica soluzione per evitare la monopolizzazione del settore fu dissolvere il *trust*: lo spezzò perciò in 34 società diverse, molte delle quali rimaste ancor oggi giganti dell'energia come ExxonMobil e Chevron⁵⁸. Ironia della sorte, in questo modo il loro comune azionista di riferimento John D.

cit., cap. 2, p. 51, poiché la nuova legge vietava solo le forme più tenui di organizzazione congiunta come le *joint venture*, molti cercarono di ottenere mediante fusioni o acquisizioni ciò che temevano di non poter più raggiungere con semplici accordi per il coordinamento delle rispettive attività d'impresa.

⁵³ Cfr. H. HOVENKAMP, *Enterprise and American law: 1836-1837*, cit. Dodici delle prime tredici condanne pronunciate dalle corti federali in applicazione dello *Sherman Antitrust Act* furono contro sindacati di lavoratori.

⁵⁴ Cfr. R. PERITZ, *op. cit.*, cap. 1, p. 27. Fu il giudice W.H. Taft, poi divenuto Presidente degli Stati Uniti e *Chief Justice* della Corte Suprema, a far propria la dottrina della *rule of reason* nell'opinione scritta per la Corte di appello federale del sesto circuito e confermata dalla Corte Suprema, nel caso *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211, 1899. La sentenza affermò che lo *Sherman Antitrust Act* non vietava le restrizioni ancillari a un accordo lecito, ragionevolmente necessarie per assicurarne alle parti i legittimi frutti.

⁵⁵ Cfr. *The Standard Oil Company of New Jersey et al. V. The United States*, 221 U.S. 1 (1911).

⁵⁶ Cfr. *United States v. American Tobacco Company*, 221 U.S. 106 (1911).

⁵⁷ Tra coloro che guidarono l'attacco dell'opinione pubblica contro la *Standard Oil* vi era Ida Tarbell, pioniera del giornalismo d'assalto e fiera avversaria della compagnia petrolifera, che divenne l'archetipo del *muck-raker* (termine traducibile come infangatrice o spala-letame, utilizzato da allora per connotare negativamente i giornalisti d'assalto). Cfr. I. TARBELL, *The History of the Standard Oil Company*, 1904.

⁵⁸ Anche la coeva sentenza *American Tobacco* impose la dissoluzione del *trust* del tabacco in quattro distinte imprese.

Rockefeller si arricchì ancor più. Il valore delle sue partecipazioni nelle singole società aumentò in maniera esponenziale, rendendolo definitivamente uno degli uomini più facoltosi al mondo⁵⁹.

Quasi come per bilanciare l'apparente severità dell'esito finale, le due sentenze marcarono però anche l'abbandono definitivo dell'interpretazione estensiva dei divieti. Infatti, al di là della decisione adottata in concreto, sul piano dei principi la Corte Suprema accettò che lo *Sherman Antitrust Act* dovesse essere letto secondo ragionevolezza, riconoscendo ai giudici ampi margini di discrezionalità nell'individuare le restrizioni vietate o consentite. Solo alcune restrizioni meritavano di essere vietate *per se*, come eccezione alla regola, perché considerate talmente anti-competitive e prive di benefici da rendere inutile replicare ogni volta un'analisi dei loro effetti concreti⁶⁰.

Negli anni successivi, per contrastare la montante ondata di concentrazioni e questo più permissivo orientamento giurisprudenziale, anche su impulso del Presidente Wilson – che aveva basato tanto della sua campagna elettorale sulla politica *antitrust*, al pari degli altri candidati Taft e T. Roosevelt – il Parlamento introdusse varie novità: il *Clayton Act* e il *Federal Trade Commission Act* (1914) rinserrarono le maglie dei divieti *antitrust*.

Il *Clayton Act* confermò la punibilità di specifiche condotte (*tying*⁶¹, distribuzione esclusiva), riconobbe il diritto dei privati a ottenere nei giudizi civili un risarcimento triplo per i danni inferti da illeciti *antitrust* (c.d. *treble damages*) e adottò un sistema di controllo delle concentrazioni. In senso più permissivo, invece, esonerò dai divieti *antitrust* le attività sindacali.

L'altra legge istituì la *Federal Trade Commission* (FTC), un'agenzia amministrativa dotata di conoscenze specialistiche e incaricata di contrastare le infrazioni *antitrust*, non solo quelle specificamente indicate dallo *Sherman Antitrust Act* o dal *Clayton Act*, ma anche qualsiasi altra pratica anti-competitiva vietata in via residuale con la qualifica di *unfair competition* dalla nuova sez. 5 dello stesso *Federal Trade Commission Act*. La FTC ricevette il potere di proporre azioni risarcitorie o inibitorie dinanzi ai giudici competenti e di adottare essa stessa provvedimenti inibitori.

⁵⁹ Cfr. D. YERGIN, *The Prize: The Epic Quest for Oil, Money, and Power*, 1991, p. 113.

⁶⁰ Ad esempio, in *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911), la Corte Suprema affermò l'illegittimità di per sé delle restrizioni verticali sui prezzi (*vertical price restraints*), ossia degli accordi con cui un produttore o un grossista impone ai distributori il prezzo di rivendita al pubblico dei beni. Solo in tempi relativamente recenti la sentenza *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007) ha ricondotto le *vertical price restraints* tra le fattispecie soggette alla *rule of reason*, seguendo i principi sull'analisi delle restrizioni verticali dettati in *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977).

⁶¹ Con la sentenza *Henry v. A.B. Dick & Co.*, 224 U.S. 1 (1912), la *Supreme Court* aveva ritenuto ragionevoli gli accordi di *tying*, sottraendoli al divieto dello *Sherman Antitrust Act*. Come si vedrà, il *tying* è una forma di vendita congiunta di due prodotti.

Qualche anno dopo, l'atteggiamento del governo americano nei confronti della concorrenza mutò ancora. Per reagire alla grande depressione dopo il crollo dei mercati finanziari del 1929, il presidente F.D. Roosevelt lanciò la politica del *New Deal*. Questa nuova direzione stravolse anche l'applicazione del diritto *antitrust*, poiché propugnava un modello di sviluppo economico basato sulla pianificazione centralizzata, che chiamava le imprese a collaborare tra loro, sotto il coordinamento dell'amministrazione pubblica⁶². Nel 1933 nacque la *National Recovery Administration* (NRA), una agenzia governativa incaricata di agevolare e coordinare la cooperazione nei vari mercati. Oltre a stimolare un aumento delle *joint venture* e delle associazioni di imprese, la NRA promuoveva l'elaborazione di codici di condotta settoriali, che limitavano la concorrenza fissando livelli salariali, prezzi minimi e altre condizioni di produzione o vendita. I codici adottati dalle imprese venivano poi trasformati in legge.

Sono questi gli anni della rivoluzione keynesiana, che continuerà a influenzare globalmente la politica economica nei decenni successivi. Secondo l'economista britannico J.M. Keynes, la libera concorrenza da sola non poteva bastare ad assicurare il pieno impiego e il benessere economico di un Paese. Serviva l'intervento dello Stato per moderare gli alti e i bassi dei cicli economici, stimolando gli investimenti e l'occupazione⁶³.

Fu un gruppo di polli in precarie condizioni di salute a porre termine alla prima fase del *New Deal* dopo qualche anno. Nell'ambito di una controversia sorta dalla commercializzazione di pollame malato, il *National Recovery Act*, colonna portante del sistema, non passò l'esame di costituzionalità⁶⁴.

L'anno successivo (1936), il *Robinson-Patman Act* emendò il *Clayton Act* inserendovi il divieto di prezzi discriminatori, diretto in particolare a impedire che i produttori riservassero condizioni di fornitura migliori alle grandi catene distributive, avvantaggiandole nella competizione con i rivenditori più piccoli. Da quel momento, con l'*assistant attorney general* T. Arnold alla guida della appena istituita *antitrust division* del DoJ, prevalse l'ala interventista dell'amministrazione. Essa si dedicò a combattere i monopoli e i cartelli piuttosto che a organizzarli, attaccando anche i fenomeni di collusione tacita nei mercati oligo-

⁶² Con riguardo alla politica di concorrenza durante il *New Deal*, cfr. E.W. HAWLEY, *The New Deal and the Problem of Monopoly*, 1995.

⁶³ Cfr., *ex multis*, J.M. KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, 1936.

⁶⁴ In *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935), noto anche come il *sick chicken case*, la Corte Suprema dichiarò l'incostituzionalità del *National Industrial Recovery Act* (legge istitutiva della NRA). Il caso era sorto a New York, dove la società Schechter fu accusata di aver violato più volte il locale codice di regolamentazione del commercio di pollame vivo, mettendo in vendita polli malati ed eludendo salari minimi e orari massimi di lavoro. I giudici affermarono che, in base alla Costituzione, il governo federale non poteva detenere un simile potere generale di regolamentazione settoriale e invalidarono perciò le norme adottate per disciplinare l'industria avicola.

polistici e proteggendo (forse con troppo zelo) le piccole imprese a discapito del *big business*⁶⁵.

Nel frattempo, gli studiosi di analisi economica e dei mercati approfondivano temi ancora centrali per lo studio della concorrenza, come gli effetti della differenziazione dei prodotti e della discriminazione di prezzo sulle dinamiche competitive e sul benessere dei consumatori, la competizione nei mercati oligopolistici, il ruolo delle barriere all'ingresso⁶⁶.

Le esigenze della seconda guerra mondiale e il contesto internazionale post-bellico portarono nuovamente un clima di favore per le grandi imprese, basato sulla pragmatica constatazione che le imperfezioni e le tendenze oligopolistiche siano una realtà ineludibile in molti mercati.

Aveva cominciato anche ad affermarsi l'opinione che non esistano in natura le condizioni per una concorrenza perfetta – mercati con un gran numero di imprese incapaci di influenzare il prezzo, prodotti omogenei, nessun costo di transazione, nessuna barriera all'ingresso o all'uscita e assoluta trasparenza sui prezzi praticati da chiunque, così da spingere il prezzo di mercato al livello dei costi marginali delle imprese più efficienti – e non sia nemmeno necessario inseguirle. Esisterebbero piuttosto tanti mercati diversi, ciascuno con le sue peculiari imperfezioni (come una struttura oligopolistica, elevate barriere all'ingresso o all'uscita, scarsa trasparenza, possibilità delle imprese di praticare prezzi discriminatori), ma comunque capaci di esprimere una concorrenza effettiva, con l'aiuto di regole di diritto ben calibrate. È questa la teoria della c.d. *workable competition*⁶⁷.

Il tema della lotta ai cartelli restava però una questione molto delicata per le relazioni internazionali del governo statunitense, perché nel resto del mondo e soprattutto in Europa la politica economica interna continuava a promuovere consorzi e accordi di cartello come strumento per la gestione congiunta e coordinata di interi settori industriali⁶⁸. Il contatto decisivo tra la cultura americana ed euro-

⁶⁵ Tra i casi più noti del periodo figurano *United States v. Pullman co.*, 330 U.S. 806 (1947) e *United States v. Paramount Pictures*, 334 U.S. 131 (1948) sui temi dell'integrazione verticale; *United States v. Socony-Vacuum oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940) e *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781 (1946) sulla collusione oligopolistica.

⁶⁶ Cfr., ad esempio, J. ROBINSON, *The Economics of Imperfect Competition*, 1933; E.H. CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, 1933.

⁶⁷ Cfr. J.M. CLARK, *Toward a Concept of Workable Competition*, *American Economic Review*, 1940, vol. 30, n. 2, pp. 241-256.

⁶⁸ Nel 1950, gli Stati Uniti adottarono il *Celler-Kefauver Act*, che vietava le concentrazioni anti-competitive di natura verticale (mediante le quali le imprese cioè si espandono in mercati a monte o a valle di quello in cui operano) o conglomerale (espansione delle imprese in mercati diversi da quelli in cui operano e a essi non correlati). La nuova legge incluse altresì nel divieto del Clayton Act le operazioni di concentrazione effettuate mediante l'acquisto di cespiti patrimoniali (anziché partecipazioni azionarie), privando le imprese di una via di fuga molto utilizzata fino a quel momento per sottrarsi al *merger control*.

pea della concorrenza avvenne proprio in questi anni, nel complicato contesto della ricostruzione successiva alla seconda guerra mondiale, anche grazie al coinvolgimento degli studi legali americani attivi particolarmente in Francia.

Al medesimo periodo risale l'inizio del confronto tra l'austriaco J. Schumpeter e il newyorkese K. Arrow sui rapporti tra concorrenza e innovazione. Nel pensiero del primo, troppa concorrenza può nuocere alla capacità delle imprese di introdurre le innovazioni tecnologiche necessarie per lo sviluppo economico⁶⁹. Arrow ribatteva che senza concorrenza non vi sarebbe innovazione, perché le imprese monopoliste si adagerebbero sulla loro vita tranquilla e non avrebbero stimoli per cambiare lo *status quo*⁷⁰.

Tra gli anni '50 e '70, con picchi soprattutto negli anni '60, prevalse nuovamente un'interpretazione aggressiva del diritto *antitrust*⁷¹, in larga parte ispirata dalla scuola dello strutturalismo di Harvard⁷². Secondo il paradigma *structure-conduct-performance* da essa teorizzato, vi sarebbe una correlazione quasi meccanica tra la struttura di un mercato, i comportamenti delle imprese e le condizioni dell'offerta. In mercati molto concentrati, le imprese non potrebbero astenersi da condotte anti-competitive e perciò i prezzi sarebbero inevitabilmente più elevati dei costi e la qualità dell'offerta scarsa⁷³.

Sul piano della politica *antitrust*, la scuola di Harvard prescrisse quindi un approccio più rigido nel controllo delle concentrazioni⁷⁴ e nella lotta contro i tenta-

⁶⁹ Cfr. J. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 1942, Cap. VII.

⁷⁰ Cfr. K. ARROW, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, 1962, pp. 609-626.

⁷¹ Cfr. H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy, The law of competition and its practice*, cit., cap. 2, p. 58, cita i seguenti quali casi paradigmatici di tali eccessi: *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962); *FTC v. Consolidated Foods Corp.*, 380 U.S. 592 (1965); *United States v. Von's Grocery*, 384 U.S. 270 (1966); *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967); *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967).

⁷² Tra i principali esponenti della scuola di Harvard figurano C. Kaysen, P.E. Areeda, D.F. Turner e J.S. Bain. Cfr., tra le loro opere più influenti, C. KAYSEN-D.F. TURNER, *Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis*, 1959; J.S. BAIN, *Industrial Organization*, 1959, e *Barriers to New Competition: The Character and Consequences in Manufacturing Industries*, 1956; P. AREEDA-D.F. TURNER-H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, 1978.

⁷³ Cfr. D. CRANE-H. HOVENKAMP, *op. cit.*, cap. 10, così riassumono i quattro principali corollari della dottrina strutturalista: (i) in ogni mercato vi è una correlazione diretta tra il numero delle imprese attive e i prezzi, in virtù della quale minore è il numero delle imprese, maggiore è la propensione dei prezzi a superare i costi; (ii) in molti mercati le imprese sono più grandi di quanto serva per raggiungere le necessarie economie di scala, per cui la riduzione delle loro quote di mercato e l'ingresso di nuovi operatori non comporterebbero particolari inefficienze nei processi produttivi; (iii) in molti settori industriali le barriere all'ingresso sono elevate, particolarmente dove i costi fissi sono elevati; (iv) nei mercati molto concentrati, le condizioni di offerta sono deteriori, per cui il diritto *antitrust* dovrebbe puntare a deconcentrare i mercati senza dare troppa attenzione all'analisi delle condotte.

⁷⁴ Nel 1976, lo *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* introdusse nel *Clayton Act* un sistema di notifica preventiva delle concentrazioni.

tivi di monopolizzazione settoriale, per impedire a qualsiasi impresa di detenere quote di mercato anche solo di modesto rilievo⁷⁵; postulò l'irrelevanza del dolo o della colpa negli illeciti *antitrust*, da vietare per la loro natura oggettivamente restrittiva della concorrenza a prescindere dall'intento degli autori; sostenne la (conseguente) non perseguibilità sul piano penale delle intese anti-competitive causate forzatamente dalla struttura stessa del mercato e, quindi, non imputabili alla volontà delle parti.

A partire dalla fine degli anni '70, allo strutturalismo di matrice harvardiana si contrappose il pensiero della scuola di Chicago (gravitante attorno all'omonima università fondata proprio da Rockefeller), che era molto più scettica sui benefici dell'intervento *antitrust*⁷⁶. Secondo questa diversa corrente, anche nei mercati molto concentrati è possibile una concorrenza effettiva e i più elevati margini di profitto delle grandi imprese oligopolistiche sono giustificati in quanto di norma dovuti alla loro maggiore efficienza e capacità di conseguire risparmi nei costi⁷⁷.

Inoltre, la scuola di Chicago sosteneva che la maggior parte delle barriere all'ingresso riscontrate dagli strutturalisti in realtà non sussisterebbe, poiché se il mercato dei capitali funziona bene i nuovi entranti possono sempre reperire finanziamenti adeguati per coprire i costi di ingresso in un nuovo mercato, ricorrendo adeguate prospettive di profitto. Vi sarebbe quindi solo un numero molto più limitato di barriere all'ingresso realmente significative, rispetto a quante ne immaginava la scuola di Harvard: sarebbero quelle legate all'esistenza di monopoli naturali o legali, a ostacoli artificiali creati dalle imprese già presenti, alla dimensione minima di scala necessaria per operare con profitto in relazione alla grandezza del mercato stesso⁷⁸.

⁷⁵ La relazione chiesta in segreto dal Presidente L. Johnson al preside della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Chicago, P. Neal, in vista di un secondo mandato presidenziale, è considerata un manifesto del pensiero strutturalista più estremo: essa proponeva di evitare che qualsiasi impresa potesse detenere più del 12% del mercato. Il programma fu abbandonato quando il Presidente Johnson lasciò cadere le proprie ambizioni di rielezione, visto l'esito della guerra in Vietnam. Cfr. D. CRANE-H. HOVENKAMP, *op. cit.*, cap. 10.

⁷⁶ Tra i principali autori associati alla scuola di Chicago figurano G.J. Stigler, W.S. Bowman, R.H. Coase, R.A. Posner e R.H. Bork. Gli scritti più noti includono W.S. BOWMAN, *Tying Arrangements and the Leverage Problem*, 67 Yale L.J. 19, 1957; G.J. STIGLER, *The Organization of Industry*, 1968, e *The Theory of Price*, 1946; R.A. POSNER, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, 1976; R.H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, 1978.

⁷⁷ Come il suo predecessore con gli strutturalisti, nel 1969 il Presidente Nixon commissionò una relazione sulla politica di concorrenza (il rapporto Stigler) proprio agli economisti della scuola di Chicago, a testimonianza della loro crescente importanza.

⁷⁸ Per comprendere quest'ultimo concetto, si può fare l'esempio delle utenze telefoniche domestiche sulle vecchie reti in rame: collegare un filo intrecciato di rame a ciascuna abitazione ha un costo notevole, principalmente a causa dei lavori di scavo e attacco dell'abitazione alla rete. I ricavi derivanti dal canone di abbonamento pagato dal proprietario della casa collegata potrebbero essere sufficienti a remunerare nel tempo gli investimenti effettuati per la creazione di un primo collega-

Anche con riguardo ai rischi dell'integrazione verticale postulati dallo strutturalismo, la scuola di Chicago contrappose una propria teoria, detta della doppia marginalizzazione, secondo cui le imprese si integrano a monte o a valle solo quando assumono di poter essere più efficienti dei propri fornitori o rivenditori: pertanto, per effetto dell'integrazione verticale, i costi complessivi della filiera di norma si riducono, con vantaggio dei consumatori. In particolare, il prezzo pagato dai clienti finali non dovrebbe più remunerare due distinti margini di profitto (quello del produttore e quello del fornitore o rivenditore), ma solo un unico margine, inferiore alla somma dei due, grazie alla maggiore efficienza dell'impresa integrata.

Da ultimo, la scuola di Chicago sottolineò con insistenza l'importanza del benessere dei consumatori (*consumer welfare*) quale primario obiettivo del diritto *antitrust*, al posto della protezione dei concorrenti più piccoli da quelli più grandi. In questa prospettiva, l'intervento *antitrust* sarebbe giustificato soltanto quando possa comportare un risultato migliore in termini di prezzi e qualità disponibili sul mercato per i consumatori.

Dilungarsi oltre su questi aspetti o sugli sviluppi successivi del diritto *antitrust* americano andrebbe oltre gli obiettivi del presente capitolo, trattandosi di temi tuttora attuali. Torniamo perciò indietro di un paio di secoli, per vedere cosa succedeva nel frattempo in Europa.

3. La costruzione europea

Negli ultimi decenni dell'800, gli accordi di cartello e le politiche protezionistiche dei governi europei governavano un'economia molto trasformata dalla seconda rivoluzione industriale⁷⁹. Come sottolineava la letteratura specialistica del-

mento, ma non anche di un secondo. Perciò, se per entrare sul mercato un nuovo operatore dovesse dotarsi di una rete estesa fino al domicilio degli utenti (e non avesse invece la possibilità di usare le reti altrui, magari garantita dalla regolamentazione), questi potrebbe non avere ragionevoli probabilità di recuperare gli investimenti iniziali. Si potrebbe allora sostenere che la dimensione minima degli investimenti richiesti per entrare sul mercato sia troppo grande, rispetto alla dimensione del mercato stesso.

⁷⁹ Per una prospettiva storica sullo sviluppo del diritto della concorrenza in Europa negli ultimi due secoli, una biblioteca essenziale potrebbe includere le seguenti opere: P. AKMAN, *Searching for the long-lost soul of Article 82 EC*, Oxford Journal of Legal Studies, 2009; P. AKMAN-H. KASSIM, *Myths and myth making in the institutionalization and interpretation of EU action: the case of EU competition policy*, Journal of Common Market Studies, 2010; É. BUSSIÈRE-L. WARLOUZET, *La politique de la concurrence communautaire: origines et développements (années 1930-années 1990)*, Histoire, Economie et Société, 2008; M. CINI-L. MCGOWAN, *Competition policy in the European Union*, 2008; D.J. GERBER, *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*, 1998; J. GOYDER-A. ALBORS-LLORENS, *EC competition law*, 2009; C. HARDING-J. JOSHUA,

l'epoca, la libertà d'impresa aveva favorito l'iniqua distribuzione delle ricchezze a vantaggio dei capitalisti e a discapito degli artigiani, dei lavoratori e delle classi più disagiate, mentre si consolidava l'idea che l'intromissione dello Stato per pianificare e regolare l'industria in funzione degli interessi collettivi potesse porre rimedio al malcontento sociale.

Pur nella diversità delle condizioni prevalenti a livello locale nei singoli Stati o Imperi, un tratto comune dell'esperienza europea fino alla metà del '900 fu la diffusa convinzione che i cartelli avessero effetti benefici, che dessero ordine e stabilità alla compagine sociale particolarmente in tempo di crisi o di guerra. Cartelli domestici e internazionali operavano in tutte le principali regioni del vecchio continente (Austria, Belgio, Francia, Germania, Gran Bretagna, Italia, Balcani, Lussemburgo, Paesi Bassi, Polonia, Spagna, Ungheria e altri) e nei più svariati settori industriali, come carbone, metalli (inclusi ferro, acciaio, latta, alluminio), minerali, materie prime, chimica, elettricità, vetro, tessili, carta, cellulosa⁸⁰.

Come nelle epoche precedenti, non mancavano leggi contro le condotte distorsive della concorrenza⁸¹ ma, all'atto pratico, esse restavano lettera morta: di fatto, erano giudicati meritevoli di condanna solo casi teorici di cartelli con effetti puramente negativi, come quelli volti a creare un'artificiale scarsità di beni di prima necessità o un eccessivo e irragionevole aumento dei prezzi⁸².

Regulating cartels in Europe, 2010; W. KAISER-J.W. SCHOT, *Writing the rules for Europe: experts, cartels, and international organizations*, 2014; M. LIBERTINI, voce: *Concorrenza*, Enc. Dir. Annali, III, 2010, pp. 190-247; L.F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, 2005; K.K. PATEL-H. SCHWEITZER (eds.), *The historical foundations of EU competition law*, 2013; L. WARLOUZET, *The rise of European competition policy, 1950-1991: a cross-disciplinary survey of a contested policy sphere*, 2010.

⁸⁰ Un elenco dei cartelli attivi in Europa nel 1931 è in L.F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, cit., pp. 21 ss. Cfr. anche D.J. GERBER, *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*, cit., pp. 25-27; C. HARDING-J. JOSHUA, *Regulating cartels in Europe*, cit., cap. III.

⁸¹ Si veda, ad esempio, il testo del citato art. 419 del *code pénal* francese del 1810: “[t]utti coloro che, mediante fatti falsi o calunniosi disseminati apposta presso il pubblico, mediante offerte eccessive fatte al prezzo che domandano gli stessi venditori, mediante riunioni o coalizioni tra i principali detentori di una stessa mercanzia o derrata, tendenti a non venderla, o a non venderla che a un certo prezzo, o che mediante maniere o mezzi fraudolenti qualsiasi abbiano operato il rialzo o il ribasso dei prezzi delle derrate o mercanzie o dei documenti ed effetti pubblici al di sopra o al di sotto del prezzo che avrebbe determinato la concorrenza naturale e libera del commercio, saranno puniti con l'imprigionamento di almeno un mese e al massimo un anno, e con un'ammenda da cinquecento a diecimila franchi. I colpevoli potranno inoltre essere messi, con pronuncia o sentenza, sotto la sorveglianza della alta polizia per un periodo di due anni almeno e cinque anni al massimo” (nostra traduzione). Cfr. D.J. GERBER, *Law and competition in twentieth century Europe: protecting Prometheus*, cit., pp. 183-186.

⁸² In linea con questa visione, in Italia il codice Zanardelli del 1889 abolì il *crimen monopolii*. Il reato fu poi parzialmente reintrodotta nel 1976 (in tempi di grave crisi economica), con l'introduzione dell'art. 501-bis del codice penale, rubricato “*Manovre speculative sulle merci*” e volto a