

*MANFREDI DE VITA*

---

**MISURE NORMATIVE E  
APPLICABILITÀ ALLE IMPRESE  
DELLA LEGGE ANTITRUST**

---

LUGLIO 1997

**5**

**TEMI  
E PROBLEMI**

*A cura dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*

*La serie “Temi e problemi” ospita contributi sui temi della concorrenza prodotti all’interno della Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, allo scopo di rendere disponibili a studiosi e alle istituzioni interessate i risultati delle attività di ricerca in corso presso l’Autorità e stimolare la discussione su argomenti connessi alla normativa per la tutela della concorrenza e del mercato.*

*I lavori pubblicati nella collana riflettono esclusivamente le opinioni degli autori e non impegnano la responsabilità dell’Autorità.*

*Chiunque sia interessato a ricevere copia dei contributi ovvero a ottenere informazioni sulla serie può indirizzare la corrispondenza a: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, “Temi e problemi” - Biblioteca, via Liguria, 26, 00187 Roma (tel. 06-48162.299; fax 06-48162.256; e-mail: [antitrust@agcm.it](mailto:antitrust@agcm.it)). Copia o sintesi dei contributi sono resi disponibili nel sito Internet dell’Autorità (<http://www.agcm.it>).*

*Commenti su singoli contributi possono essere indirizzati direttamente agli autori, allo stesso indirizzo.*

**Manfredi De Vita** si è laureato in giurisprudenza presso l'Università Federico II di Napoli. Ha conseguito il Diploma di Alti Studi Europei presso il Collegio di Europa di Bruges ed è dottore di ricerca. Dal 1994 lavora presso l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ed è attualmente nell'Ufficio Giuridico.

## MISURE NORMATIVE E APPLICABILITÀ ALLE IMPRESE DELLA LEGGE ANTITRUST<sup>(\*)</sup>

Manfredi De Vita<sup>(\*\*)</sup>

### SINTESI

Nell'ordinamento italiano il compito di operare un diretto sindacato di legittimità delle norme che si pongano in contrasto con i principi della libertà di concorrenza esula dalle competenze dell'Autorità Garante, se non ai limitati fini degli artt. 21 e 22 della legge n. 287/90, in virtù dei quali essa può soltanto *"suggerire che la legislazione e la regolamentazione siano maggiormente ispirate ai principi della concorrenza"* (Relazione Annuale 1994, pag. 20). E' indubbia, tuttavia, l'esigenza di individuare una serie di strumenti giuridici in forza dei quali la stessa Autorità possa almeno far sì che le regolamentazioni di volta in volta considerate svolgano soltanto la loro autentica funzione, evitando che la loro stessa prassi applicativa possa divenire un'ulteriore fonte di restrizioni della concorrenza. Ciò al fine di elevare il tasso di effettività del sistema a tutela della concorrenza senza, per questo, svolgere alcuna attività integrativa o sostitutiva rispetto a quella degli altri poteri dello Stato.

In questa prospettiva, il riferimento all'esperienza comunitaria e statunitense, pur necessario per una corretta sistemazione della materia, non si rivela di immediata utilità per la risoluzione dei problemi in esame. In quegli ordinamenti, infatti, la questione dei rapporti tra disciplina della concorrenza e regolamentazioni pubbliche restrittive viene principalmente inquadrata da una prospettiva - quella della valutazione diretta della misura statale - che diverge da quella che per l'Autorità presenta i maggiori riflessi pratici. Ai nostri fini, infatti, ciò che pare più opportuno è di mantenere il fuoco dell'indagine sui comportamenti dei privati e di stabilire se, ed entro quali limiti, tali comportamenti possano essere soggetti alle disposizioni della legge n. 287/90 nel caso in cui si pongano in relazione con normative di portata restrittiva.

In materia, l'Autorità ha ormai consolidato la propria prassi per quanto concerne le misure pubbliche che intervengono in un momento successivo all'attuazione della condotta restrittiva. In tali ipotesi si tratta di accertare se l'intervento di un provvedimento di approvazione si traduca, sul piano sostanziale, in una sorta di mera ratifica di autonomi comportamenti privati, ovvero se la sua adozione comporti una reale ponderazione, anche di merito, degli interessi - sia privati che pubblici - coinvolti nel relativo procedimento. Laddove, infatti, l'intervento dell'autorità amministrativa, oltre che successivo, si esaurisca in una verifica di carattere meramente esteriore e formale, esso non sembra possa escludere l'applicabilità della legge n. 287/90 alla fattispecie *de qua*.

Questa linea interpretativa non esaurisce però il complesso delle problematiche sollevate dalle regolamentazioni pubbliche anticoncorrenziali. Risulterebbe, infatti, particolarmente riduttiva un'impostazione del problema per cui in presenza di una qualsivoglia norma che incida in senso anticoncorrenziale sulle condotte delle imprese venga preclusa l'applicabilità della legge n. 287/90. Quanto, in particolare, alle misure normative che inducono o favoriscono un comportamento restrittivo, e che quindi si collocano in un momento precedente alla concreta attuazione del comportamento medesimo, è parso opportuno contribuire all'individuazione dei criteri ai quali l'Autorità potrebbe ispirarsi nel ricostruire il quadro normativo, per stabilire se lo stesso consenta o meno di qualificare la fattispecie considerata alla stregua di un atto di autonomia privata.

---

<sup>(\*)</sup>Questo lavoro è frutto di una riflessione avviata con Piero Fattori, il quale ne ha tratto le proprie conclusioni nella relazione, presentata nel dicembre 1996 all'incontro fra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Corte dei Conti, dal titolo *L'applicazione della legge 287/90 nei settori regolamentati* (in corso di pubblicazione).

<sup>(\*\*)</sup>Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

A tale riguardo, qualora una regolamentazione restrittiva sia introdotta direttamente da disposizioni di rango primario, la stessa legge n. 287/90 potrebbe rappresentare un canone esegetico idoneo a conferire, almeno con riferimento alle leggi precedenti il cui tenore letterale consenta un margine di interpretazione, la portata che meglio di tutte si concili con il nuovo modello concorrenziale entro il quale la norma in questione è destinata ad operare.

Nel caso, invece, in cui le restrizioni della concorrenza siano frutto di disposizioni di natura amministrativa che, nel dare attuazione a precetti normativi di rango primario, introducano limitazioni alla concorrenza diverse ed ulteriori da quelle previste dalla legge, sembra lecito interrogarsi sulla stessa legittimità di tali disposizioni, nonché sui poteri che l'ordinamento riconosce all'Autorità in casi del genere.

Ricostruita la cornice normativa, rimane in ogni caso imprescindibile procedere all'accertamento di quell'ambito di autonomia privata necessario per l'applicabilità delle disposizioni del Titolo I della legge n. 287/90. A tal fine appare possibile prefigurare un controllo della condotta privata fondato sul criterio di proporzionalità tra la concreta attuazione di quest'ultima e gli obiettivi determinati dalla disposizione di legge cui essa è riferita. Una verifica svolta sulla base di tale principio consentirebbe infatti un esame della coerenza interna del comportamento, sotto il profilo della rispondenza dei mezzi adoperati rispetto ai fini perseguiti. In conseguenza, qualora si assista, a fronte di norme che pongono obiettivi generali, ad un novero di attività che, se non del tutto ultronee, appaiano almeno sprovviste di un concreto legame di necessità e proporzionalità rispetto ai precetti impartiti dalla legge ai destinatari, la legge n. 287/90 dovrebbe essere ritenuta applicabile, in - non casuale- analogia con quanto avviene in sede di applicazione dell'art. 8 della legge n. 287/90.

In merito, infine, all'eventuale trattamento sanzionatorio da riservare al complesso delle ipotesi considerate, appare possibile recepire da parte dell'Autorità gli orientamenti della Corte di Giustizia CE. Quest'ultima ha, infatti, riconosciuto che in presenza di un quadro normativo caratterizzato da penetranti interventi regolamentari sulle attività delle imprese protagoniste di una violazione alle regole di concorrenza, si assiste ad un notevole affievolimento della gravità complessiva dell'infrazione stessa. Com'è noto, nel sistema della legge n. 287/90 il requisito della gravità dell'infrazione rileva sia come presupposto di una sanzione che come criterio di commisurazione della medesima. L'Autorità potrebbe quindi valutare, caso per caso, se il contesto regolamentare proprio di ciascuna fattispecie rilevi sul primo o sul secondo di tali piani.



---

## SOMMARIO

---

PREMESSA	9
1. IL REGIME DELLE MISURE PUBBLICHE RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA IN DIRITTO STATUNITENSE E COMUNITARIO	12
<i>1.1. Il sindacato diretto di legittimità delle misure restrittive</i>	12
a) Stati Uniti	12
b) Unione Europea	13
<i>1.2. L'applicazione delle regole di concorrenza nei confronti delle imprese in presenza di misure restrittive</i>	15
a) Stati Uniti	16
b) Unione Europea	17
2. L'APPLICAZIONE DELLA LEGGE 287/90 IN PRESENZA DI MISURE CHE AVALLANO UN COMPORTAMENTO RESTRITTIVO	19
<i>2.1. L'irrilevanza dell'intervento successivo di una misura di approvazione</i>	19
<i>2.2. La ratio dell'approccio dell'Autorità</i>	21
3. L'APPLICABILITÀ DELLA LEGGE 287/90 IN PRESENZA DI MISURE CHE INDUCONO O FAVORISCONO COMPORTAMENTO RESTRITTIVO	23
<i>3.1. La ricostruzione del quadro normativo di riferimento</i>	23
a) Le norme di rango primario	25
b) Le misure amministrative	27
<i>3.2. L'individuazione dell'ambito di autonomia privata</i>	31
a) L'applicazione del principio di proporzionalità	32
b) Le analogie con la prassi applicativa dell'art. 8 legge n. 287/90	34
4. I RIFLESSI SUL PIANO SANZIONATORIO	36
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	37

---





## PREMESSA

Ogni regolamentazione diretta degli aspetti gestionali dell'attività di una o più imprese, in quanto misura di disciplina dei mercati attuata dalla pubblica autorità per fini di interesse generale, si traduce in un'azione che, per sua stessa natura, comporta una limitazione, più o meno accentuata, della libertà di iniziativa economica delle imprese. Tale limitazione si configura, peraltro, come un vincolo intrinseco all'organizzazione ed al funzionamento di un sistema economico, necessario a prevenire situazioni di squilibrio o carenze di mercato, all'interno di specifici settori o comparti produttivi.

Sebbene funzionale all'ordinato sviluppo del mercato, e dunque non necessariamente antinomico, ma complementare rispetto ai principi di libertà di concorrenza, il compito demandato ai pubblici poteri di comporre i vari interessi in gioco può assumere una diretta rilevanza concorrenziale. La stessa Autorità, in proposito, ha rilevato che *"promuovere un ambiente concorrenziale non esclude affatto interventi pubblici finalizzati ad altri obiettivi d'interesse generale. Ma vanno oltre il segno le regolazioni che, in nome di tali obiettivi e in assenza di specifiche, limitate e giustificate ragioni, si sostituiscono al libero mercato nel definire il numero degli operatori ammessi, i loro ambiti territoriali, i prezzi e le condizioni di vendita dei beni e dei servizi da loro forniti. Per non parlare delle tante attività economiche tuttora sottoposte a un regime di concessione e sottratte in linea di principio alla libera iniziativa privata. In molti casi si tratta di attività riservate allo Stato addirittura al di fuori degli ambiti legittimamente previsti dall'articolo 43 della Costituzione"*<sup>1</sup>.

La questione, dunque, investe potenzialmente qualunque normativa che regoli direttamente l'attività di impresa e riveste altresì, in ragione delle dimensioni del fenomeno, un'importanza centrale ai fini della complessiva realizzazione della politica di concorrenza<sup>2</sup>.

E ciò risulta tanto più vero con specifico riguardo alla realtà italiana. Infatti quasi nessun settore della legislazione economica vigente - formatasi per stratificazioni successive in epoche nelle quali l'intervento dello Stato anche nelle forme più intrusive nella libertà di iniziativa economica privata (regimi concessori e autorizzatori di tipo discrezionale, atti di pianificazione e programmazione quantitativa dell'offerta di servizi, eccetera) veniva visto con favore - supera indenne un esame volto ad appurare se le restrizioni della concorrenza siano realmente giustificate da ragioni di interesse pubblico obiettivo e se, per tutelare tali interessi, non esistano strumenti di intervento alternativi che producono effetti meno distorsivi della concorrenza<sup>3</sup>.

E' in quest'ambito che si inserisce il tema della applicazione della legge n. 287/90 nei settori regolamentati. Tema che riguarda, quindi, tutti quei casi in cui misure normative di ogni tipo interferiscano con il processo concorrenziale prevedendo, ad esempio, la fissazione di prezzi e tariffe, l'adozione di misure quantitative o la limitazione di accessi al mercato.

Ora, va immediatamente precisato che, nel sistema della legge n. 287/90, misure di questo tipo possono essere sottoposte dall'Autorità ad un'analisi tesa a verificare se esse producano restrizioni della concorrenza non giustificate da sufficienti ragioni di carattere generale. E ciò per attivare eventualmente la funzione di segnalazione a Parlamento e Governo di cui agli artt. 21 e 22 della legge.

---

<sup>1</sup> Relazione Annuale per il 1995, pag. 22.

<sup>2</sup> Per un inquadramento generale della rilevanza concorrenziale di tali misure si vedano le Conclusioni rese il 14 luglio 1993 dall'A.G. Tesaro relativamente alle sentenze del 17 novembre 1993 Kammergericht Berlin. c. Wolf W. Meng, causa C-2/91; e Officer van justitie in het arrondissement Arnhem c. Ora Shadeverzekeringen N.V., causa C - 254/91; nonché il recente contributo di Roberti-Tizzano, (1995).

<sup>3</sup> Con riguardo, ad esempio, al settore dei trasporti è stato osservato che *"la capillare e talvolta farraginoso regolamentazione che caratterizza i vari comparti del settore dei trasporti ha conferito ad alcune imprese una posizione dominante, o anche di monopolio. Ciò è il risultato di un'impalcatura di norme di legge e provvedimenti amministrativi succedutisi nel tempo che, sebbene originariamente giustificata da considerazioni di natura sociale, ha spesso finito per rappresentare la principale protezione per monopolisti inefficienti"*. Pezzoli (1996).

Com'è noto infatti, l'Autorità, ai sensi degli articoli 21 e 22, può, allo scopo di contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del mercato, segnalare al Parlamento ed al Governo l'esistenza di leggi e di iniziative legislative che determinino distorsioni della concorrenza o che siano di ostacolo al corretto funzionamento del mercato.

Secondo lo schema della legge istitutiva, l'Autorità antitrust, pertanto, se si trova di fronte a distorsioni della concorrenza imputabili in via diretta a leggi o regolamenti, le segnala al Parlamento ed al Governo perché le rimuovano nell'esercizio dei rispettivi poteri; mentre decide su intese e concentrazioni restrittive della concorrenza e su abusi di posizione dominante tutte le volte che gli atti ed i comportamenti relativi siano imputabili ad imprese<sup>4</sup>.

Risulterebbe, tuttavia, particolarmente riduttiva un'impostazione del problema per cui in presenza di una qualsivoglia norma che incida in senso anticoncorrenziale sulle condotte delle imprese la questione vada risolta con lo strumento della segnalazione. Il rapporto tra legge n. 287/90 e misure normative distorsive della concorrenza appare, infatti, molto più articolato e si presta ad essere inquadrato in termini diversi. Ecco che allora, in presenza di comportamenti di impresa che abbiano carattere anticoncorrenziale, sembra opportuno che tali misure siano esaminate per verificare se costituiscano una giustificazione idonea per sottrarre le imprese all'applicazione delle norme in tema di intese ed abusi di posizione dominante.

Questo aspetto, che costituisce l'oggetto del presente elaborato, non trova un'espressa disciplina nella lettera della legge n. 287/90. In quell'ambito, infatti, la questione dell'applicabilità delle regole di concorrenza ad imprese destinatarie di misure normative trova un'esplicita risposta soltanto ai fini del secondo comma dell'art. 8; disposizione che non si presta certo ad esaurire il problema della applicazione della legge stessa in settori oggetto di disciplina normativa<sup>5</sup>.

Il tema della applicazione della legge ai settori regolamentati è, infatti, diverso e molto più ampio di quello dei limiti della esenzione dalle regole della concorrenza di cui all'art. 8, comma 2, della legge n. 287/90, che ha esclusivo riguardo ad imprese che per disposizioni di legge esercitano servizi di interesse economico generale. E', poi, la stessa legge che si preoccupa di definire i confini di questa esenzione, prevedendo che la legge non si applichi per tutto quanto strettamente connesso alla missione dell'impresa titolare di diritti speciali o esclusivi. Si tratta, inoltre, di una fattispecie che, almeno sul piano formale, presenta notevoli differenze con quella attualmente in discussione. In quella sede vengono infatti prese in considerazione soltanto misure pubbliche di particolare natura (disposizioni di legge) adottate per il conseguimento di determinate finalità (creazione di un monopolio legale ovvero gestione di un servizio di interesse economico generale) e quindi rivolte o ad un'unica impresa oppure, al più, ad un ristretto e predefinito novero di soggetti.

In ogni caso, quella di cui all'art. 8, secondo comma, rappresenta l'unica deroga di portata generale prevista all'interno della legge n. 287/90<sup>6</sup>. Tuttavia, i limiti normativi più consistenti al libero sviluppo della concorrenza e del mercato ed all'azione di tutela che l'Autorità Antitrust può svolgere

---

<sup>4</sup> Come è stato rilevato "c'è, in tutto ciò, una logica istituzionalmente ineccepibile che finisce però per dare pari rilevanza a distorsioni di fonte normativa ben diversa tra loro. Se, infatti, taluni effetti distorsivi possono essere conseguenze inopportune di norme legittime ... ben altro discorso vale laddove, ad esempio, una legge, per attività non riservate allo Stato, consenta ad autorità amministrative, oltre che di autorizzarne lo svolgimento, di fissare la struttura stessa del relativo mercato, stabilendo il numero massimo degli operatori autorizzabili, ovvero una legge che sottoponga a regime concessorio ed ai conseguenti poteri discrezionali dell'Amministrazione un'attività non riservata allo Stato e quindi rientrante nella libertà di iniziativa economica" (Amato, 1996).

<sup>5</sup> Il rilievo della questione è testimoniato anche dall'attenzione che vi ha dedicato la dottrina più recente. Cfr. Amato, cit., Fattori, cit., Meli (1997), Pera (1996), Pezzoli, cit.

<sup>6</sup> Esiste poi un secondo riconoscimento interno alla normativa di concorrenza dell'esigenza di conciliare interessi diversi ed è costituito dall'affidamento, ai sensi dell'art. 20 l. 287/90, alla Banca d'Italia ed al Garante per la Radiodiffusione e l'Editoria dell'azione di tutela della concorrenza nei mercati bancari e dell'editoria. L'obiettivo che si vuole conciliare con quello della concorrenza è in un caso la stabilità monetaria e nell'altro la tutela del pluralismo dell'informazione. La soluzione prescelta dal legislatore è stata quella di ricondurre all'interno dell'istituzione di vigilanza settoriale l'azione di bilanciamento tra i diversi obiettivi perseguiti, lasciando all'Autorità Antitrust un ruolo di carattere consultivo.

non sono contenuti nella legge sulla concorrenza ma, com'è evidente, sono sparsi nelle innumerevoli norme che disciplinano l'attività economica. Norme che, come anche l'esperienza maturata dall'Autorità insegna<sup>7</sup>, non sempre si limitano alla protezione di interessi generali. *Quid juris*, allora, laddove l'intervento della pubblica autorità finisca per assecondare taluni interessi particolari, legittimando comportamenti altrimenti soggetti agli artt. 2 e 3 della legge 287/90<sup>8</sup>?

Al fine di fornire un contributo alla risoluzione di tale interrogativo è parso opportuno, dopo aver offerto un panorama delle esperienze statunitensi e comunitarie in materia, distinguere a seconda che l'intervento pubblico sia successivo o precedente all'attuazione di una condotta restrittiva, avendo altresì riguardo, rispetto alla seconda ipotesi, al rango gerarchico della disposizione controversa. Tutto questo, mantenendo comunque il fuoco dell'indagine sui comportamenti dei privati per stabilire a quali condizioni tali comportamenti possano essere soggetti alle disposizioni della legge n. 287/90 nel caso in cui si pongano in relazione con normative di portata restrittiva.

---

<sup>7</sup>Come rilevato nella Relazione Annuale relativa al 1994 "L'intervento pubblico ..... assume un ruolo più funzionale alla protezione di determinate imprese o categorie di imprese che alle esigenze di promozione e di salvaguardia del benessere dei consumatori e della collettività. In presenza di un ridotto grado di concorrenza, le imprese vengono isolate dai rischi e dai condizionamenti derivanti da una pieno operare dei meccanismi di mercato; sono così favoriti la creazione e il mantenimento di artificiali posizioni di rendita e vengono indeboliti gli incentivi a conseguire una gestione efficiente delle risorse" (pag. 21).

<sup>8</sup>Nel tentativo di esemplificare l'ipotesi prefigurata nel testo può dirsi che, in genere, la situazione che si presenta è quella di un'impresa che intenda seguire una determinata strategia commerciale attuando una condotta aggressiva sul versante dei prezzi (concessione di sconti, riduzione delle provvigioni, concessioni di tassi di interesse più favorevoli ecc.). Tale impresa può doversi confrontare con intese che ostacolano l'attuazione della propria strategia di mercato (boicottaggi ecc.), potendo in questa ipotesi invocare l'art. 2 della legge 287/90 secondo le consuete modalità. Può darsi, tuttavia, che l'impresa in esame si scontri con un ostacolo diverso: regolamentazioni statali il cui contenuto consiste nell'autorizzare o nel dare luogo a comportamenti che sono contrari alla strategia di cui sopra e che, se fossero posti in essere dalle imprese autonomamente, incorrerebbero nei rigori dell'art. 2.

## 1. IL REGIME DELLE MISURE PUBBLICHE RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA IN DIRITTO STATUNITENSE E COMUNITARIO

Con il problema delle regolamentazioni restrittive della concorrenza si sono, invero, già confrontate tanto le Autorità statunitensi che quelle comunitarie, sviluppando una serie di elementi di notevole utilità per affrontare (ma non per esaurire) la questione anche in ambito nazionale. In entrambi gli ordinamenti tali regolamentazioni sono state considerate sia in via diretta, al fine di valutarne la compatibilità con il diritto antitrust, sia in via mediata, per verificare se la loro sussistenza consentisse o meno di applicare le regole di concorrenza in capo alle imprese che delle misure restrittive erano destinatarie.

Mentre il riferimento al primo gruppo di precedenti (sindacato diretto di legittimità sulla misura restrittiva) assume un rilievo essenzialmente sistematico; la ricognizione dei casi in cui è stata data applicazione alle regole di concorrenza in presenza di misure restrittive rivolte agli autori del comportamento presenta, invece, elementi di più immediato interesse per l'attività dell'Autorità.

### 1.1. Il sindacato diretto di legittimità delle misure restrittive

#### a) Stati Uniti

Negli Stati Uniti la questione dei rapporti tra normative statali anticoncorrenziali e regole federali di concorrenza si è posta già nei primi anni '40<sup>9</sup>. I tratti essenziali della disciplina sono desumibili da una lunga giurisprudenza della Corte Suprema che ha preso avvio con la sentenza *Brown v. Parker*<sup>10</sup>. In questa causa veniva posta in discussione una legge californiana che aveva istituito una commissione di controllo che, al fine di mantenere al di sopra di un certo livello il prezzo dell'uva, poteva imporre delle quote massime di commercializzazione del prodotto.

La Corte, chiamata a verificare la compatibilità di tale normativa con lo Sherman Act, ha in primo luogo ribadito come il diritto federale della concorrenza si applichi in linea di principio alle imprese e non agli Stati, per poi riconoscere, però, come la legge californiana ostacolasse, di fatto, l'effettività dei principi contenuti nello Sherman Act. Essa ha, in conseguenza, statuito in merito ai limiti entro i quali la legislazione di uno Stato federale può impedire l'applicazione delle norme dello Sherman Act, elaborando un duplice ordine di condizioni (c.d. *State Action doctrine*).

Da un lato, il singolo Stato non può rendere inapplicabili i precetti dello Sherman Act se non rimpiazzando la politica di concorrenza con una diversa politica la cui realizzazione deve essere attivamente supervisionata (*actively supervised*) dallo Stato stesso. Dall'altro, la restrizione della concorrenza introdotta dalla legislazione di cui sopra deve trovare riscontro in un'espressa volontà dello Stato di disapplicare il diritto della concorrenza.

A quest'ultimo proposito sembra emergere, dalla più recente giurisprudenza in materia<sup>11</sup>, come una volta che sia dato rinvenire nella legislazione statale l'espressa volontà di derogare ai principi

<sup>9</sup>Sul punto, in particolare, cfr. Areeda - Turner (1978); Hovenkamp (1994). Per un'analisi comparata del sistema statunitense con quello comunitario si vedano, invece, Joliet (1988); Marengo (1986); Waelbroek (1987).

<sup>10</sup>*Brown v. Parker*, 39 F. Sup. 895, S.D. Cal. 1943.

<sup>11</sup>Nel caso *Municipal Utilities Board of Albertville* (934 F.2d 1493, 11th Cir. 1991), è stato infatti ritenuto che una disposizione statale che autorizzava la cooperazione tra le compagnie elettriche al fine di limitare le perdite fosse sufficiente a giustificare un accordo di divisione del mercato su base territoriale in forza del quale le stesse compagnie si riservavano, in via esclusiva, zone predefinite del territorio. Nello stesso senso si veda, inoltre, *Southern Motor Carriers Rate Conference v. United States*, 764 F.2d, 748, 1985. Per

concorrenziali per raggiungere determinati obiettivi, non assume rilievo il carattere più o meno restrittivo del meccanismo effettivamente realizzato per il perseguimento di tali obiettivi.

Nella giurisprudenza della Corte Suprema la compatibilità di siffatte normative statali rispetto al diritto federale della concorrenza ruota, pertanto, principalmente attorno alla prima delle condizioni enunciate, la cui effettiva realizzazione richiede non solo che lo Stato disponga degli strumenti per controllare l'attuazione delle misure in discorso, ma altresì che i pubblici poteri intervengano attivamente nel processo di determinazione del contenuto delle misure stesse<sup>12</sup>.

Così, sono state da un lato ritenute compatibili con lo Sherman Act quelle regolamentazioni statali relative alla disciplina di elementi gestionali delle imprese destinatarie, la cui concreta attuazione avvenga sotto il controllo dello Stato<sup>13</sup>. D'altro lato, sono stati ritenuti illegittimi quei regimi che permettevano ai produttori di stabilire i prezzi senza che in tale operazione lo Stato intervenisse attivamente<sup>14</sup>, ovvero agli avvocati di fissare le tariffe minime dei loro onorari<sup>15</sup> o, ancora, quelle misure che delegavano ad una commissione composta da soggetti privati il compito di stabilire le regole per la commercializzazione di determinati prodotti<sup>16</sup>.

## b) Unione Europea

Anche le istituzioni comunitarie hanno affrontato il problema dei rapporti tra norme di concorrenza del Trattato CE e norme nazionali inerenti all'esercizio delle attività economiche; soffermandosi, in particolare, sul quesito se le prime possano fare ostacolo alle seconde e, in caso di risposta positiva, in presenza di quali condizioni<sup>17</sup>.

Alla prima questione la Corte di Giustizia delle CE ha sempre fornito, in realtà, una risposta chiara che si articola su due passaggi.

Da un lato è stato sempre affermato che, in via di principio, le regolamentazioni nazionali che disciplinano l'esercizio dell'attività economica, e più esattamente dell'attività di impresa, si situano al di fuori del campo di applicazione materiale degli artt. 85 e 86 Trattato CE. Questi ultimi infatti (*ratione personae*) si indirizzano alle imprese e non agli Stati membri, e (*ratione materiae*) mirano a tutelare la libertà di concorrenza e non a limitare le prerogative degli Stati membri in materia di politica economica, prerogative cui si applicano, all'occorrenza, altre disposizioni del Trattato. D'altra parte, la Corte ha più volte richiamato il principio secondo cui gli Stati membri non possono comunque adottare disposizioni che sottraggano le imprese all'applicazione piena ed uniforme delle norme comunitarie di concorrenza.

Le due affermazioni non sono inconciliabili. Se è vero, infatti, che gli artt. 85 e 86 Trattato CE riguardano i comportamenti anticompetitivi delle imprese, è anche vero che essi hanno un carattere

---

un'accezione più restrittiva della condizione in discorso, accolta dalla giurisprudenza più risalente, *Community Communications Co v. City of Boulder*, 455 US, 835, 1982.

<sup>12</sup>In termini generali l'attività di supervisione deve essere svolta dallo Stato in prima persona. Non è quindi ritenuta idonea a soddisfare le esigenze in discussione nel testo una delega dell'attività di controllo da parte dello Stato in favore di autorità municipali od altri organismi amministrativi. Cfr. *City of Lafayette v. Louisiana Power and Light Co.* 435 US, 1123, 1978; *Bolt v. Halifax Hospital Medical Centre*, 495 US, 924, 1990; *Washington State Elec Contractors Ass'n v. Forrest*, 930 F.2d, 1210, 1991.

<sup>13</sup>*Bates v. State Bar of Arizona*, 97 U.S. 2961, 1977; dove erano in discussione i limiti, previsti al livello statale, per l'attività pubblicitaria degli studi legali.

<sup>14</sup>*Schwegmann Bros. v. Calvert Distillers Corp.*, 341, US 384, 1951; *California Retail Liquor Ass'n v. Midcal Aluminium* 445 US 97, 1980. In quest'ultimo caso si trattava di una misura statale che imponeva ai produttori di bevande alcoliche di pubblicare i prezzi di rivendita e, correlativamente, ai distributori delle stesse di rispettare tali prezzi.

<sup>15</sup>*Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 US 773, 1975.

<sup>16</sup>*Asheville Tobacco Board of Trade, FTL*, 263F, 1959; *Gibson v. Berryhill*, 411 US 2691, 1977.

<sup>17</sup>Il tema ha rappresentato oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina. Cfr., tra gli altri Blaise (1985); Joliet (1988); Marengo (1986); Waelbroek (1987); Kovar (1986); Gyselen (1989); Hoffman (1990); Ehrlicke (1990); Reich (1994); Todino-Luder (1995); Roberti-Tizzano (1995).

imperativo e che intendono istituire un regime uniforme ispirato al principio della libera concorrenza. Un tale regime verrebbe svuotato della sua efficacia ove gli Stati potessero unilateralmente "mettere al riparo" determinate imprese dai rigori dei predetti articoli. Così facendo, gli Stati violerebbero, inoltre, l'articolo 5 par. 2 Trattato CE, che impone loro di astenersi dall'adottare qualunque misura che possa mettere in pericolo la realizzazione degli scopi del Trattato. Come è noto, l'art. 3, lett. f) dello stesso Trattato pone infatti tra gli obbiettivi della Comunità la realizzazione di un mercato dove regni il libero gioco della concorrenza. Pertanto, dal disposto combinato degli artt. 3, lett. f) (divenuto lett. g) dopo l'entrata in vigore del Trattato sull'Unione Europea), 5 par. 2 e 85 o 86 scaturisce un obbligo in capo agli Stati membri del tutto autonomo dagli obblighi imposti dai soli artt. 85 o 86, che mira ad evitare l'elusione dei divieti prescritti dal diritto comunitario della concorrenza da parte di normative statali inerenti l'esercizio di attività economiche.

Se è dunque evidente che alla luce di quanto precede le norme nazionali debbano essere, in linea di principio, disapplicate qualora pregiudichino l'uniforme applicazione e la piena efficacia del diritto comunitario della concorrenza, le difficoltà sorgono allorché si cerchi di individuare a quali condizioni l'obbligo che scaturisce dagli articoli summenzionati possa trovare applicazione rispetto alle singole fattispecie<sup>18</sup>.

Quanto a tali condizioni, la Corte era giunta a "codificare" le possibilità di applicazione pratica del principio in discorso con la sentenza *Van Eycke*<sup>19</sup>, ove essa aveva dichiarato che l'effetto utile delle norme sulla concorrenza risulta pregiudicato allorché uno Stato membro:

- a) imponga la conclusione di accordi in contrasto con l'art. 85 Trattato CE;
- b) agevoli la conclusione degli stessi;
- c) rafforzi gli effetti di siffatti accordi;
- d) tolga alla propria normativa il suo carattere pubblico, delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica.

In questi casi, la normativa statale doveva essere dichiarata illegittima poiché in contrasto con l'obbligo frutto del disposto combinato degli artt. 3, lett. f), 5 par. 2 e 85.

A ben vedere, nel prevedere queste quattro ipotesi, la Corte, di fatto, ha circoscritto l'illegittimità delle misure nazionali contestate alle sole fattispecie che presentassero un legame rilevante tra la misura stessa ed un comportamento anticoncorrenziale imputabile alle imprese. Rimaneva, peraltro, da verificare se all'esistenza di un accordo contrario all'art. 85, n.1, Trattato CE potesse essere attribuito valore meramente accidentale e se, in conseguenza, al di là delle ipotesi indicate, l'obbligo imposto dagli Stati membri di non pregiudicare l'effetto utile delle norme sulla concorrenza potesse risultare violato anche da una normativa statale che non fosse collegata a comportamenti anticoncorrenziali privati vietati, di per se stessi, dal diritto comunitario.

Questo punto è stato affrontato e risolto con tre sentenze, rese nel novembre 1993<sup>20</sup>, con le quali la Corte di Giustizia ha escluso la possibilità che l'obbligo di cui agli artt. 3 f), 5.2 ed 85 possa trovare applicazione anche in capo a misure statali unicamente in ragione dei loro possibili effetti, prescindendo pertanto dall'esistenza di un accordo tra imprese, o comunque, di una condotta di soggetti privati potenzialmente in contrasto con gli artt. 85 o 86.

<sup>18</sup>Tra le sentenze che compongono il filone giurisprudenziale in commento, si vedano, in particolare, quelle del 16 novembre 1977, *INNO/ATAB*, causa 13/77, Racc. p. 2115; del 29 gennaio 1985, *Cullet*, causa 231/83, Racc. p. 319; dell' 11 luglio 1985, *Leclerc*, causa 229/83, Racc. p. 1; del 30 aprile 1986, *Asjes*, cause riunite 209-213/84, Racc. p. 1425; del 1 ottobre 1987, *VVR*, causa 311/85, Racc. p. 3801; del 3 dicembre 1987, *BNIC/Aubert*, causa 136/86, Racc. p. 4789; dell' 11 aprile 1989, *Ahmed Saeed*, causa 66/86, Racc. p. 803.

<sup>19</sup>Sentenza del 21 settembre 1988, causa 267/86.

<sup>20</sup>Sentenze del 17 novembre 1993, *Bundesanstalt für den Güterfernverkehr contro Gebrüder Reiff GmbH & Co. KG*, in causa C - 185/91; *Kammergericht Berlin. c. Wolf W. Meng*, causa C-2/91; e *Officer van justitie in het arrondissement Arnhem c. Ora Shadeverzekeringen N.V.*, causa C - 254/91; pubblicate anche in *Foro it.*, 1994, IV, 457-458. Nello stesso senso, sentenza del 9 giugno 1994, *Delta Shiffarts*, causa C-153/93, Racc. p. I-2517.

In virtù di tale approccio, una condotta privata che lasci almeno presumere l'esistenza di un accordo vietato dall'art. 85 n.1 viene, quindi, ad essere qualificata dalla Corte di Giustizia alla stregua di un autentico elemento costitutivo di una fattispecie illecita ai sensi degli artt. 3 f), 5.2 e 85. In conseguenza, l'obbligo che incombe sugli Stati membri di non vanificare l'effetto utile delle norme sulla concorrenza potrà dirsi violato soltanto se le misure statali intervengono con specifico riferimento rispetto ad un comportamento anticoncorrenziale che sarebbe di per sé vietato dall'art. 85, ovvero dall'art. 86<sup>21</sup>.

In sede di sintetico commento, appare possibile rinvenire alcuni elementi che accomunano l'esperienza statunitense e quella comunitaria. In entrambi gli ordinamenti, infatti, la questione posta dalle normative statali anticoncorrenziali è stata risolta facendo leva su un rapporto di sovraordinazione gerarchica tra la normativa a tutela della concorrenza rispetto a quella restrittiva (nell'UE supremazia del diritto comunitario rispetto al diritto nazionale; negli USA rapporti legge federali-leggi statali<sup>22</sup>) che ha permesso, attraverso un'interpretazione evolutiva, di applicare i precetti a tutela della concorrenza anche a soggetti, i pubblici poteri statali, non ricompresi nel novero dei destinatari.

## ***1.2.L'applicazione delle regole di concorrenza nei confronti delle imprese in presenza di misure restrittive***

Il riferimento agli aspetti appena illustrati del regime comunitario e statunitense, pur necessario per una corretta impostazione della materia, non si rivela dunque di immediata utilità per la risoluzione dei problemi in esame. Esso infatti inquadra la questione dei rapporti tra disciplina della concorrenza e regolamentazioni pubbliche restrittive da una prospettiva - quella della valutazione diretta della misura statale - che diverge da quelle che per l'Autorità presenta i maggiori riflessi pratici.

Ai nostri fini, infatti, ciò che pare più opportuno è di mantenere il fuoco dell'indagine sui comportamenti dei privati e di stabilire se, ed entro quali limiti, tali comportamenti possano essere soggetti alle disposizioni della legge n. 287/90 nel caso in cui si pongano in relazione con normative di portata restrittiva. Si tratta, come è evidente, dell'altra faccia della medaglia: la regolamentazione contraria ai principi di libera concorrenza non viene resa oggetto di un sindacato diretto di legittimità, ma viene riguardata in chiave oggettiva, al fine di determinare il quadro legislativo e regolamentare cui ricondurre i fatti contestati, e strumentale al fine di verificare la sussistenza delle condizioni di applicabilità della legge n. 287/90.

Anche in proposito la prassi comunitaria e statunitense sono ricche di elementi che, ai fini dell'attività dell'Autorità, appaiono di un'utilità più immediata rispetto ai riferimenti operati in precedenza. Le due discipline presentano, peraltro, differenze non marginali, rendendo, in ultima analisi, quella comunitaria maggiormente funzionale alla risoluzione dei problemi che in questa sede ci occupano.

---

<sup>21</sup> Tale costruzione reca, peraltro, un importante corollario. Se, infatti, l'obbligo che scaturisce dagli artt. 3 g), 5 e 85 CE si limita ad imporre agli Stati membri di non adottare o mantenere in vigore misure che rafforzino gli effetti di comportamento di impresa vietati dagli artt. 85 e 86 CE, esso non risulta - in linea di principio - idoneo ad incidere sulla libertà di uno Stato membro di sottoporre a regolamentazione l'esercizio di determinati momenti di un'attività economica. Al contrario di quanto avviene per altre disposizioni del diritto comunitario, l'obbligo che scaturisce dal combinato disposto innanzi richiamato non consente, dunque, di sindacare la rispondenza della regolamentazione contestata con l'interesse pubblico che, con essa, il legislatore nazionale ha inteso realizzare, ovvero di valutarne la necessità, l'adeguatezza e la proporzionalità in relazione alle esigenze che si vorrebbero soddisfare. In altri termini, gli artt. 3 g), 5.2 e 85 possono, ad esempio, consentire alla Corte di intervenire sul funzionamento di un procedimento tariffario normativamente previsto, ma non di valutare, in astratto, l'opportunità di prevedere un regime di prezzi amministrati per una determinata attività economica. Quest'ultima, infatti, rappresenta un'opzione il cui esercizio, almeno in relazione alla citata normativa comunitaria, rimane demandato al legislatore nazionale che, dunque, risulta libero di prevedere un tale sistema normativo a condizione che, come detto, esso non funga da "scudo" a condotte private anticoncorrenziali nel senso sopra precisato.

<sup>22</sup> Cfr. U.S. Constitution art. VI, par. 2.

### a) Stati Uniti

Negli USA l'approccio della Corte Suprema alle problematiche in discorso si dipana da premesse del tutto peculiari ed in particolare dall'assunto per cui il "*right to petition*" dei soggetti privati nei confronti delle pubbliche autorità al fine di far valere i propri interessi particolari rappresenta un'attività pienamente lecita; in conseguenza "*joint efforts to influence public officials do not violate the antitrust laws even though intended to eliminate competition. Such conduct is not illegal either standing alone or as part of a broader scheme itself violative the Sherman Act*"<sup>23</sup>.

In altri termini, gli sforzi concertati di una pluralità di imprese volti ad ottenere un intervento pubblico in loro favore non possono essere considerati contrari al diritto della concorrenza anche se essi abbiano per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza e pregiudicare i concorrenti.

Pertanto, fatte salve le condizioni di compatibilità della misura statale con il diritto federale enunciate in precedenza<sup>24</sup>, in presenza di una regolamentazione di portata anticoncorrenziale le norme a tutela della concorrenza sono inapplicabili nei confronti dei destinatari della predetta regolamentazione, proprio perché vengono considerati pienamente legittimi gli sforzi profusi dai futuri destinatari in vista della loro adozione.

L'assetto appena descritto conosce una sola, limitata eccezione (c.d. *sham exception*)<sup>25</sup>, per il caso in cui le imprese abbiano attivato un processo decisionale pubblico senza alcuna reale possibilità che esso vada a buon fine e con il solo motivo di recare un pregiudizio alla posizione dei concorrenti<sup>26</sup>. In questo caso occorre, dunque, che il pregiudizio per i concorrenti derivi in via diretta ed immediata dallo stesso "*petitioning process*".

Da quanto precede deriva, dunque, una generale inapplicabilità del diritto antitrust ai fenomeni di *regulatory capture*. Può però accadere che la disciplina di un determinato settore economico venga dettata direttamente dall'alto, senza, cioè, che i futuri destinatari svolgano alcuna attività propulsiva in tal senso.

Al riguardo, se i rapporti tra Sherman Act e normative statali sono retti dalla *State action doctrine* descritta in precedenza, appare adesso opportuno accennare alle relazioni tra diritto federale della concorrenza e regolamentazioni adottate al medesimo livello gerarchico<sup>27</sup>.

<sup>23</sup>United Mine Workers v. Pennington, 381 US 657, 1965. In questa causa le regole di concorrenza sono state dichiarate inapplicabili alle attività del convenuto, volte ad influenzare la competente agenzia statale ad acquistare il proprio carbone piuttosto che quello dei concorrenti.

<sup>24</sup>In realtà l'eventuale incompatibilità di una misura statale con lo Sherman Act non influenza l'applicabilità dei principi di cui alla giurisprudenza Pennington; talché un soggetto privato può giovare dei principi ivi enunciati anche qualora la misura della quale ottiene l'adozione da parte dei pubblici poteri venga dichiarata in contrasto con il diritto federale della concorrenza. Cfr., ad esempio, Cantor v. Detroit Edison Co., 428 US, 579, 1976, dove era in discussione una misura statale che autorizzava una pratica di *tying* per la fornitura congiunta di energia elettrica e lampioni.

<sup>25</sup>Invero alla *sham exception* se ne affianca un'altra, che si pone però su un piano concettualmente diverso. Si tratta dell'ipotesi in cui il Governo dello Stato sia un "*commercial participant*" nel mercato rilevante. In tal caso infatti "*Immunity does not necessarily obtain where the State acts not in a regulatory capacity but as a commercial participant in a given market .... This leaves open the possibility that a private seller ... has entered into a qualifying conspiracy*" (City of Columbia & Columbia Outdoor Advertising v. Omni Outdoor Advertising, 499 US, 365, 1991, relativa al regime previsto a livello comunale per la collocazione sul territorio dei cartelloni per l'affissione di messaggi pubblicitari).

<sup>26</sup>Eastern R.R. Pres. Conf. v. Noerr Motor Freight 365 US 127, 1961. Nella fattispecie una società di autotrasporto contestava le attività di una compagnia ferroviaria volte ad incoraggiare il trasporto di merci su ferro in luogo di quello su gomma e ad influenzare il governo locale per l'adozione di misure in tal senso.

<sup>27</sup>Rispetto a queste due ipotesi è stato sostenuto in dottrina che, malgrado la diversa collocazione gerarchica di regolamentazioni statali e federali, "*differences are more apparent than real. The state action doctrine was developed at a time when sensitivity to federalism was very high ... As a result, the main differences between the relationship of federal antitrust and federal regulatory policy on the one hand, and federal antitrust and state and local regulation on the other, has to do with the way the doctrines are expressed. The substance is most generally quite similar*". Hovenkamp. cit. In altri termini per risolvere le varie questioni che in questi due ambiti si sono presentate le Corti federali hanno sviluppato un apparato concettuale e fissato principi e criteri che sono largamente simili. Tuttavia, come accennato nel testo l'esame dei due livelli muove da presupposti diversi: da una parte vi è infatti il



In linea di principio, in quegli ambiti di regolamentazione in cui non siano rinvenibili disposizioni tese a disciplinare espressamente i rapporti con il diritto della concorrenza<sup>28</sup> l'applicabilità di queste ultime è tutt'altro che esclusa; come infatti statuito dalla Corte Suprema "*repeal of antitrust law by implication from a regulatory statute are strongly disfavored, and have only been found in cases of plain repugnancy between the antitrust and the regulatory provisions*"<sup>29</sup>.

In questo contesto, come chiarito dalla giurisprudenza successiva, affinché possa parlarsi di *plain repugnancy* tra regolamentazioni di settore e normativa antitrust, occorre procedere ad una duplice verifica, valutando dapprima se la regolamentazione assorba ogni margine di autonomia delle imprese e, in un momento logicamente successivo, se l'applicazione delle regole di concorrenza sia compatibile con le finalità della normativa settoriale.

Più in particolare, è necessario determinare, con riguardo al primo profilo, se la condotta considerata sia imposta dai poteri federali o, almeno, sia dagli stessi approvata dopo verifiche di carattere sostanziale<sup>30</sup>. In caso contrario, il diritto antitrust risulterà applicabile a condizione che la sua stessa applicazione alla fattispecie considerata non conduca ad esiti che risultino antitetici rispetto alla funzione della normativa settoriale<sup>31</sup>.

## b) Unione Europea

Quanto all'approccio della Corte di Giustizia delle CE alla questione, il *leading case* rimane la sentenza BNIC/Claire<sup>32</sup>, della quale, in considerazione della sua importanza, appare opportuno di seguito riportare alcuni passaggi della motivazione.

Ad avviso della Corte "*l'intervento di un atto della pubblica autorità volto a conferire un effetto obbligatorio (ad un) accordo nei confronti dell'insieme degli operatori economici interessati anche se essi non sono stati parti dell'accordo*" non può "*avere l'effetto di proteggere l'intesa dall'applicazione dell'art. 85 par.1*". Inoltre, a fronte dell'argomento secondo cui l'accordo era stato concluso in seno ad un organismo di diritto pubblico, la Corte ha sancito come "*il quadro giuridico all'interno del quale si effettua la conclusione di tali accordi e sono prese tali decisioni, come la qualificazione conferita a tale quadro dai diversi ordinamenti nazionali, non presentano alcuna*

---

rapporto tra regole che si pongono allo stesso livello (quello federale), in cui eventuali eccezioni o immunità di certi settori dal diritto antitrust possono essere introdotte direttamente dal Congresso; dall'altro vi è il rapporto tra regole federali e regole statali e locali, che è evidentemente più complesso, perché è governato dal principio costituzionale secondo cui i singoli Stati sono liberi, in via generale, di adottare le proprie regolamentazioni normative, anche se in ipotesi restrittive della concorrenza.

<sup>28</sup>Laddove, come ad esempio nello Shipping Act del 1984, vengano dettate disposizioni volte ad escludere espressamente l'applicabilità delle regole di concorrenza a talune fattispecie potenzialmente restrittive, la questione perde, evidentemente, di ogni contenuto. Analogamente, il Mc Carran Ferguson Act (1945), prevede un'esenzione, a livello federale, per le attività assicurative regolate dai singoli Stati. Si tratta di un'esenzione molto ampia ed assai criticata, specie in relazione all'evoluzione del contesto socio-economico.

<sup>29</sup>FMC v. Seatrain Lines, 411 US, 1771, 1973.

<sup>30</sup>In proposito, nella sentenza American Agriculture Movement v. City of Chicago (988 US, 1129, 1993) può leggersi che "*immunity is proper when the relevant agency's scrutiny and approval of the challenged practice is active, intrusive and appropriately deliberative. Put another way an antitrust court, before relinquishing jurisdiction over allegedly anticompetitive activities, must be convinced that the agency has exercised its independent judgment in reflecting upon and approving the activity at issue*".

<sup>31</sup>In questo quadro la Corte Suprema ha, ad esempio, dichiarato che l'applicazione dello Sherman Act alle pratiche di fissazione dei tassi di brokeraggio si sarebbe posta in contrasto con i poteri detenuti dalla New York Stock Exchange's Authority per la determinazione delle tariffe di mediazione (Gordon v. New York Stock Exchange, 422 US, 2598, 1975). Per altro verso, in materia di telecomunicazioni, nella decisione Sound v. AT&T (1980) il giudice ha riconosciuto che la FCC aveva la competenza - ed aveva stabilito uno standard di "*public interest*" - per determinare se AT&T doveva interconnettere certe apparecchiature dei suoi concorrenti alle sue linee telefoniche, ma da un lato questo standard non era stato applicato con grande determinazione e dall'altro l'applicazione delle regole dello Sherman Act è stata trovata in armonia, piuttosto che in contraddizione, con lo standard fissato dalla FCC.

In ogni caso ogni esenzione implicita dal diritto antitrust impone un'interpretazione restrittiva, dovendosi verificare se la condotta anticoncorrenziale dell'impresa ricade nella giurisdizione di un'agenzia pubblica di regolazione, se l'autorità di regolazione ne aveva appropriatamente considerato le conseguenze anticompetitive ed infine se l'applicazione delle regole antitrust non determini la frustrazione delle finalità del processo di regolazione o sia comunque totalmente incompatibile (*inconsistent*) con questo.

<sup>32</sup>Sentenza del 30 gennaio 1985, causa 123/83, Racc. p. 391.

*incidenza sull'applicabilità delle regole comunitarie di concorrenza ed in particolare dell'articolo 85 del Trattato".*

In presenza di circostanze che rendano imputabili a soggetti privati le condotte contestate la Corte non ha, dunque, esitato a negare ogni valenza giustificativa all'intervento successivo di una misura pubblica, con una giurisprudenza che, in tempi più recenti, è stata ripresa dalla Commissione Europea<sup>33</sup>. Anche in questo caso si sostiene, quindi, che un successivo intervento di matrice pubblicistica non può avere la conseguenza di offrire uno scudo a comportamenti privati altrimenti vietati dal diritto della concorrenza<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup>In particolare la Commissione nella decisione COAPI (Decisione del 30 gennaio 1995, Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial), ha disposto che *"il COAPI non può giustificare in alcun modo i comportamenti di cui trattasi con le funzioni che la legge .... gli attribuisce, che consistono in particolare nel disciplinare gli onorari minimi della professione e nello stabilire le regole di funzionamento dell'ordine professionale, né con l'essere investito di un pubblico potere nell'esercizio delle sue funzioni o con l'emanare atti amministrativi ai sensi del diritto nazionale ... Di fatto la legge non stabilisce direttamente né le tariffe o i criteri per la loro fissazione, bensì lascia agli ordini professionali completa autonomia in questo campo ... Nessun controllo è esercitato dai pubblici poteri sulle tariffe adottate dagli ordini professionali ... i pubblici poteri non vegliano pertanto che le tariffe minime siano stabilite in funzione di considerazioni di interesse generale... in queste circostanze, la concorrenza sui prezzi non è limitata dalla legge stessa bensì dai comportamenti, autorizzati dalla legge, degli operatori privati riuniti nell'ambito della loro organizzazione professionale, comportamenti che non rientrano nel pubblico potere ma costituiscono interventi economici"*. Nello stesso senso, Decisione del 30 giugno 1993, (93/438/CEE) Consiglio degli Spedizionieri Doganali.

<sup>34</sup>L'approccio sinteticamente descritto nel testo ha trovato da ultimo conferma nella sentenza 18 settembre 1996, Asia Motor, causa T-387/94, ancora inedita in Racc., con cui il Tribunale ha annullato la decisione della Commissione che respingeva le denunce relative ad una presunta intesa tra gli importatori in Francia di autoveicoli di marche giapponesi in infrazione all'art.85.

Il Tribunale, infatti, ha constatato che la Commissione, nel respingere le denunce per insussistenza dell'intesa ai sensi dell'art.85, aveva commesso un errore manifesto di valutazione dei fatti, in quanto aveva ritenuto che il comportamento degli importatori ufficiali in Francia fosse stato loro imposto dalle autorità nazionali; mentre nessun elemento consentiva di concludere che le condotte denunciate dipendessero dalla osservanza di una disposizione regolamentare. Il Tribunale ha poi precisato che per escludere l'applicabilità dell'art. 85 - per mancanza del necessario requisito dell'incontro di volontà - non è sufficiente che la condotta dell'impresa ritenuta parte dell'intesa sia diretta o dettata da un'autorità nazionale. L'insussistenza dell'intesa per mancanza di autonomia degli operatori economici nei confronti del provvedimento va dichiarata solo laddove sia verificato che il comportamento denunciato è stato imposto dalle pubbliche autorità e non rispecchia l'esercizio di una scelta commerciale. Così, se l'impresa si conforma al provvedimento statale che ricalca gli elementi di un'intesa stipulata tra gli operatori di un settore (o che comunque è adottato su consultazione e con l'accordo degli operatori interessati), al suo comportamento è applicabile l'art. 85. Allo stesso modo, ricade nella previsione dell'art. 85 il comportamento dell'impresa destinataria del provvedimento che dispone di un certo margine di autonomia nell'osservarlo. Inoltre, che nel descrivere l'ipotesi inversa, quella cioè in cui l'articolo 85 non può trovare applicazione, il Tribunale menziona non solo, come di consueto, il caso in cui il comportamento denunciato è imposto dall'autorità, ma anche quello in cui - e ciò rappresenta un elemento di novità - la condotta in questione rappresenti una scelta obbligata da pesanti minacce ritorsive dei rappresentanti dei pubblici poteri.

Per un caso di applicazione del medesimo approccio in relazione all'art. 86, cfr. sentenza del 5 ottobre 1994, Société civile agricole du centre d'insémination de la Crespelle / Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne; causa C-323/93, dove la Corte ha disposto che *"occorre ... accertare se la pratica che costituisce l'abuso prospettato sia conseguenza diretta della legge"*, mentre in ogni altra ipotesi anche l'operato di imprese titolari di diritti esclusivi dovrà essere esaminato come *"autonomo espletamento di attività economica"* e, pertanto, alla luce del solo art. 86.

## 2. L'APPLICAZIONE DELLA LEGGE 287/90 IN PRESENZA DI MISURE CHE AVALLANO UN COMPORTAMENTO RESTRITTIVO

### 2.1. L'irrilevanza dell'intervento successivo di una misura di approvazione

In verità, un approccio come quello appena illustrato è tutt'altro che ignoto all'esperienza nazionale.

L'Autorità infatti, si è già a più riprese ispirata alla giurisprudenza della Corte in materia affermando, nell'individuazione dell'ambito di autonomia privata che rileva per l'applicazione delle norme del titolo I della legge n. 287/90, che *"è assunto come comportamento imputabile ad un'impresa la fissazione dei prezzi o tariffe anche qualora intervenga un successivo provvedimento amministrativo di approvazione, in quanto questo è da considerarsi un atto separato che non presuppone un intervento dell'Autorità amministrativa nel procedimento di determinazione delle tariffe"*<sup>35</sup>.

In forza di tale linea interpretativa l'Autorità è riuscita a far fronte con incisività a quelle fattispecie già estrinsecatesi nel loro contenuto materiale, rispetto alle quali l'approvazione interviene, quale mera condizione di efficacia, in un momento successivo ad una serie di condotte che viceversa, rientrano nella sfera di autonomia degli agenti.

Nel condurre tale operazione, l'Autorità sembra aver fatto leva su due elementi essenziali.

In primo luogo, l'atto di natura privata era di per sé perfetto ed assumeva rilievo a fini concorrenziali prima ed indipendentemente da ogni intervento dei pubblici poteri. Tale intervento si configurava, quindi, come distinto ed autonomo dall'atto oggetto di approvazione che rimaneva pienamente imputabile alle imprese dalle quali promanava<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup>Provvedimento del 16/3/94 (A56) **SOCIETA' PER AZIONI ESERCIZI AEROPORTUALI (IBAR/SEA)**. In conformità con tale impostazione l'Autorità, in un successivo provvedimento ha statuito che una *"futura ed eventuale approvazione ministeriale"* non inficia la natura di intesa rilevante per l'art. 2 di una decisione del consiglio direttivo di un'associazione professionale di diffondere presso gli affiliati un tariffario (Provvedimento del 14/12/94 (I101 B) **TARIFE AMMINISTRATORI CONDOMINI**).

In termini del tutto analoghi l'Autorità si è poi espressa anche in tempi più recenti, dichiarando che *"i piani di programmazione della produzione tutelata adottati da SAN DANIELE e da PARMA, nonché le misure di sub-programmazione contenute nel piano di SAN DANIELE, in quanto deliberazioni di consorzi di imprese, costituiscono intese ai sensi dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90. Nonostante i piani suddetti formino l'oggetto di approvazioni successive da parte del Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato, essi rappresentano il risultato di autonome manifestazioni di volontà dei due consorzi; le determinazioni ivi contenute appaiono pertanto interamente imputabili ai consorzi stessi"* (Provvedimento del 22/6/95 (I138) **CONSORZIO DEL PROSCIUTTO DI SAN DANIELE-CONSORZIO DEL PROSCIUTTO DI PARMA.**).

Del pari, infine, già all'atto dell'apertura di istruttoria nei confronti del Consorzio del Parmigiano Reggiano, l'Autorità ha posto in luce come *"i regolamenti di autodisciplina, nonché i piani di programmazione della produzione adottati dai Consorzi Parmigiano-Reggiano e Grana Padano, in quanto deliberazioni di consorzi di imprese, costituiscono anch'essi intese ai sensi dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90. Nonostante i piani suddetti formino l'oggetto di approvazioni successive da parte del Ministero delle Risorse Agricole, Alimentari e Forestali, essi rappresentano il frutto di autonome manifestazioni di volontà dei due consorzi e le determinazioni ivi contenute appaiono pertanto interamente imputabili ai consorzi stessi"* (Provvedimento del 9/11/95 (I168) **CONSORZIO PARMIGIANO REGGIANO**).

<sup>36</sup>Gli spazi di applicabilità delle norme del titolo I della legge si restringono notevolmente nel caso in cui un procedimento tariffario veda, già nel momento dell'elaborazione materiale dell'atto soggetto ad approvazione, la partecipazione di soggetti diversi dalle imprese considerate. In linea con gli orientamenti della Corte di giustizia (cfr. nota successiva) l'Autorità ha, ad esempio, considerato che le tariffe per i servizi di ormeggio e battellaggio non potessero considerarsi il frutto di una autonoma scelta imprenditoriale delle rispettive associazioni. Infatti tale regime tariffario è risultato il frutto di un complesso processo decisionale che coinvolge l'Associazione Nazionale Gruppi Ormeggiatori e Barcaoli Porti Italiani, le Organizzazioni nazionali degli armatori e degli agenti marittimi ed il Ministero dei Trasporti (cfr. altresì provvedimento del 26/5/94 **TARIFE SERVIZIO PILOTAGGIO PORTI, AS24**).

In secondo luogo, l'approvazione ministeriale si caratterizzava per non essere preceduta dallo svolgimento di un'attività istruttoria (di raccolta, elaborazione e valutazione di informazioni, dati e notizie) in seno all'organismo competente. Questa circostanza ha dunque consentito all'Autorità di ritenere che, sul piano sostanziale, tali approvazioni equivalessero ad una sorta di ratifica di autonomi comportamenti privati e che al loro rilascio non sottendesse una reale ponderazione tra gli interessi dei soggetti autorizzandi e quelli di carattere generale, di cui l'ente vigilante doveva farsi portatore<sup>37</sup>.

In tali ipotesi, dunque, la palese individuazione di una comportamento rispondente alle fattispecie astratte previste dagli artt. 2 e 3 della legge, unitamente al carattere successivo e meramente formale di un intervento di natura amministrativa, hanno consentito all'Autorità di porre quest'ultimo su un piano di irrilevanza rispetto all'applicazione della legge n. 287/90<sup>38</sup>.

In sintesi, quello sviluppato dall'Autorità rappresenta dunque un approccio di natura eminentemente funzionale<sup>39</sup>, nell'applicazione del quale occorre accertare, se gli atti di approvazione si

<sup>37</sup> Appare, in proposito, lecito sostenere che la circostanza che la pubblica autorità operi, prima dell'approvazione, talune modifiche rispetto ai livelli delle tariffe proposte non sembra consentire, di per se stessa, di escludere l'imputabilità del comportamento restrittivo in capo alle imprese proponenti. Tale modifica non esclude, infatti, che la fattispecie rispondente a quella prevista dall'art. 2 della legge si fosse già pienamente realizzata, al pari dei casi sino ad oggi esaminati dall'Autorità in un momento anteriore all'intervento dell'approvazione stessa.

In tal senso, è appena il caso di ricordare che in ogni ipotesi di intese orizzontali in materia di prezzi la restrizione della concorrenza non deriva certo dal valore assoluto dei prezzi praticati, quanto, com'è ben noto, dalla circostanza che tutti i concorrenti coordinino i propri comportamenti in materia di prezzi. Che poi, in virtù di un evento successivo, il livello dei prezzi fissati dalle imprese partecipanti all'intesa possa subire una marginale modifica non incide affatto sulla configurabilità dell'intesa, né tantomeno sul suo carattere pregiudizievole per la concorrenza.

Simmetricamente, dunque, la fattispecie restrittiva, in un caso come quello ipotizzato, si produce allorché, in seno ad un'associazione si raggiunge un accordo circa un determinato regime tariffario identico per tutte le imprese associate, tanto nella struttura quanto nei livelli delle tariffe da praticare. Che poi l'evento che determini la modifica delle tariffe sia ricollegato ad un intervento di approvazione non produce alcuna incidenza sulla natura dell'intesa e, di tal guisa, sull'imputabilità della fattispecie all'autonomia privata delle imprese.

Alla luce di quanto precede l'elemento sul quale il procedimento autorizzatorio dovrebbe incidere al fine di rendere inapplicabile la legge n. 287/90 appare quello del coordinamento dei comportamenti di imprese concorrenti.

E' questa, d'altronde, la logica che sembra trasparire dalla sentenza resa dalla Corte di Giustizia nel caso Reiff (cit.), dove la Corte di Giustizia era stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con gli artt. 3 f), 5.2 e 85 del Trattato della normativa tedesca disciplinante il regime tariffario dell'autotrasporto di merci. Il regime controverso si sostanzialmente, in estrema sintesi, nella fissazione delle tariffe applicabili per l'autotrasporto da parte di un Comitato e nella successiva omologazione da parte dei ministeri competenti. Una volta omologate le tariffe assumevano valore obbligatorio per tutti gli autotrasportatori operanti sul territorio tedesco.

Nella sua pronuncia, la Corte, soltanto dopo aver accertato che il Comitato preposto per la fissazione delle tariffe, benché i suoi componenti venissero nominati dalla pubblica amministrazione su indicazione delle categorie economiche interessate, agiva indipendentemente e non in rappresentanza di queste ultime, determinando, pertanto, le tariffe per l'autotrasporto in funzione di criteri di interesse generale, ha dichiarato tale normativa compatibile con gli articoli 3 f), 5.2 e 85. Cfr., per un'analisi delle implicazioni di questa sentenza con particolare riguardo al regime tariffario dei servizi tecnico-nautici ancillari alla navigazione marittima, Carbone-Munari (1996).

Nella stessa linea si iscrive, infine una recente sentenza, resa ancora una volta ex art. 177 CE (5 ottobre 1995, Centro Servizi Spedipuerto Srl / Spedizioni marittime del golfo Srl, causa C-96/94, ancora inedita in racc.), con cui la Corte di Giustizia si è pronunciata sulla compatibilità con il diritto comunitario della disciplina tariffaria prevista in Italia per l'autotrasporto di merci per conto terzi, non accogliendo, *inter alia*, le obiezioni mosse dall'ordinanza di rinvio rispetto alla compatibilità del regime tariffario dell'autotrasporto con il disposto combinato degli artt. 3 f), 5.2 e 85. E' stato, infatti escluso che quanto deliberato in seno al Comitato che propone al competente Ministro il regime tariffario dell'autotrasporto possa considerarsi come un'intesa tra operatori economici, eventualmente rinforzata nei suoi effetti da un successivo intervento dei pubblici poteri. Ma, soprattutto, si consideri che ai fini di tale statuizione hanno assunto rilievo preminente sia la circostanza che il citato comitato è composto solo per una quota minoritaria dai rappresentanti delle associazioni di imprese di interessate; sia quella che esso gode di una discrezionalità vincolata al rispetto di alcuni canoni di interesse generale resi da disposizioni di legge; sia, infine quella che il ministro, prima di approvare le tariffe proposte, deve consultare le Autorità regionali ed i rappresentanti delle categorie economiche interessate.

<sup>38</sup> D'altronde, con particolare riguardo al citato caso CONSORZIO DEL PROSCIUTTO DI SAN DANIELE-CONSORZIO DEL PROSCIUTTO DI PARMA, l'interpretazione dell'Autorità ha trovato conferma anche da una verifica empirica, poichè nelle more dell'approvazione ministeriale il Consorzio è risultato aver dato autonomamente corso alle previsioni del piano di programmazione, ponendo spontaneamente in essere una serie di misure di attuazione dello stesso.

In termini ancora più significativi, nel citato caso Consorzio Parmigiano Reggiano e Grana Padano è emerso che non solo il MIRAFA non ha mai sostituito la propria valutazione a quella dei consorzi (cfr. par. 114 del provvedimento), ma che, soprattutto, tale approvazione è risulta essere intervenuta soltanto in relazione ad una delle cinque annate casearie prese in esame dall'Autorità. Infatti *"dal 1992 il MIRAFA non ha più autorizzato i piani, che, ciò nonostante, sono stati attuati dai consorzi"* (par. 117 del provvedimento), benché lo stesso MIRAFA abbia esplicitamente negato nel corso dell'istruttoria la configurabilità di un meccanismo di silenzio-assenso per quanto riguarda l'autorizzazione suddetta (par. 68 del provvedimento).

<sup>39</sup> Metodologia questa che consente di ricondurre a criteri unitari di valutazione fattispecie non sempre omogenee sul piano formale. Così, ad esempio, in materia tariffaria: *"lo spettro dei meccanismi per la fissazione di tariffe è piuttosto ampio. Ad un estremo si rinvengono casi di silenzio-assenso o, comunque, di successive ed eventuali approvazioni ministeriali. All'opposto i casi di regolamentazioni particolarmente pervasive. Nel mezzo, piuttosto frequenti, i meccanismi che prevedono una qualche forma di*

traducano, sul piano sostanziale, in una sorta di mera ratifica di autonomi comportamenti privati, ovvero se la loro adozione comporti una reale ponderazione, anche di merito, degli interessi - sia privati che pubblici - coinvolti nel relativo procedimento. Laddove, infatti, l'intervento dell'autorità amministrativa, oltre che successivo, si esaurisca in una verifica di carattere meramente esteriore e formale, esso non sembra possa escludere l'applicabilità della legge n. 287/90 alla fattispecie *de qua*.

## 2.2. La ratio dell'approccio dell'Autorità

La linea interpretativa in esame non esaurisce però il complesso delle problematiche sollevate dalle regolamentazioni pubbliche anticoncorrenziali.

A ben vedere, infatti, i precedenti appena menzionati coprono soltanto l'ipotesi in cui regolamentazioni nazionali si limitino a rafforzare gli effetti di comportamenti autonomamente posti in essere da privati, come quando, ad esempio, un intervento pubblico renda vincolante *erga omnes* un precedente accordo di quote o prezzi convenuto in seno ad un'associazione.

L'esigenza che gli interventi dell'Autorità in materia dovrebbero soddisfare appare, invece, di ben più ampio respiro. Essa, infatti, sembra possa individuarsi nell'evitare che le pubbliche autorità, nell'esercitare le proprie prerogative regolamentari - prerogative non soggette agli artt. 2 e 3 della legge n. 287/90 - adottino norme che mettano ingiustificatamente al riparo determinate imprese dagli obblighi ad esse imposti dagli artt. 2-3. In altri termini, si tratta di evitare che una misura intervenga esclusivamente per eludere la legge n. 287/90, offrendo una copertura legale di carattere pubblicistico a comportamenti ed atti altrimenti vietati dal diritto della concorrenza.

Ora, una regolamentazione può avere portata elusiva rispetto alle regole di concorrenza anche se non è preceduta da un'intesa, laddove si ponga comunque in relazione a comportamenti restrittivi della concorrenza, intervenendo, però, in un momento anteriore alla concreta attuazione di questi ultimi. In tal senso, l'adozione stessa di una regolamentazione non sufficientemente sorretta da ragione di interesse generale spesso varrà a dar luogo a comportamenti in astratto contrari alla legislazione antitrust. Anche in questo caso dunque, la misura pubblica mantiene inalterata tutta la sua valenza, che può essere anche, o esclusivamente, quella di mettere ingiustificatamente al riparo le imprese destinatarie dal rispetto delle regole di concorrenza.

In effetti, i principali limiti al libero svolgimento della concorrenza (barriere all'accesso, discriminazioni, creazione di monopoli, ecc.), che possono essere frapposti dalle normative statuali non appaiono affatto dissimili da quelli creati da comportamenti di impresa. In altri termini, una normativa restrittiva della concorrenza assume sovente le medesime forme delle restrizioni che le imprese concorderebbero o imporrebbero autonomamente ove avessero la forza per farlo senza il concorso dello Stato e ove tali comportamenti non fossero vietati dalle normative antitrust<sup>40</sup>.

---

*coinvolgimento delle imprese nel processo di determinazione delle tariffe ma che sembrano riservare all'amministrazione il potere di approvarle*", Pezzoli, cit.

<sup>40</sup>Di particolare interesse è il parallelo sviluppato sul punto da Parcu (1996), secondo il quale "appare possibile procedere nell'ipotesi di una sostanziale similarità tra le restrizioni della concorrenza che sono imposte da norme e quelle che possono essere realizzate dalle imprese. L'adozione di quest'ipotesi di lavoro ci offre un utilissimo criterio logico per organizzare l'analisi successiva. Infatti, la stessa legge antitrust, in quanto inquadra in precise fattispecie giuridiche i comportamenti restrittivi delle imprese, si trasforma in un'essenziale guida per organizzare anche l'analisi delle restrizioni della concorrenza create dalle altre normative approvate dallo Stato. Al fine di ottenere una classificazione praticamente utilizzabile, si è quindi derivata la lista delle possibili violazioni della concorrenza contenute nelle norme sulla base delle fattispecie che si ritrovano nei diversi articoli della legge antitrust nazionale. La lista delle restrizioni della concorrenza che possono derivare dall'adozione di norme di legge o di regolamento è quindi la seguente: a) fissazione di tariffe o altre condizioni contrattuali; b) limitazione degli accessi al mercato; c) discriminazione tra imprese; d) istituzione, estensione o difesa di monopoli legali.

Una regolamentazione di tal guisa può, inoltre, risultare identica quanto al contenuto (fissazione di tariffe, di quote ecc.), a quella che si limita a rafforzare gli effetti di un preesistente accordo tra le parti, determinando così una situazione che sul piano degli effetti concreti non presenta alcuna sostanziale differenza rispetto a quella affrontata dall'Autorità con i provvedimenti citati in tema di interventi di approvazione, benché i principi ivi enunciati non appaiano applicabili a tali fattispecie<sup>41</sup>.

Alla luce di questi presupposti, la circostanza che l'intervento pubblico segua o preceda il comportamento privato rappresenta un elemento alquanto accidentale; limitarsi, quindi, a ritenere che una misura pubblica non possa offrire una copertura ad un comportamento privato soltanto se la prima sia successiva al secondo non appare coerente con la *ratio* stessa dell'approccio in discorso. Ciò equivarrebbe, infatti, a sottrarre alla portata delle regole di concorrenza situazioni sostanzialmente identiche a quelle cui invece la legge n. 287/90 è risultata applicabile.

---

*Si osservi che la restrizione di cui al punto d) è quella che trova un corrispettivo meno completo nelle norme di tutela della concorrenza rivolte alle imprese. L'uso di una simile categoria tuttavia appare indispensabile per inquadrare correttamente una serie di norme che creano, rafforzano o rinnovano situazioni di monopolio legale. D'altronde il monopolio legale è indubbiamente la situazione nella quale lo Stato restringe la concorrenza ricorrendo a poteri di coercizione più penetranti".*

<sup>41</sup>Relativamente a questa categoria di ipotesi non sembra, tra l'altro, possibile ricercare una soluzione attraverso l'immediata trasposizione dei principi sviluppati nell'applicazione del diritto comunitario. In quell'ordinamento, infatti, la possibilità di sindacare direttamente la legittimità delle normative nazionali rappresenta la valvola di chiusura del sistema. In altri termini, laddove la fattispecie non presenti i tratti individuati dalla Corte nella citata sentenza BNIC/Claire, la distorsione della concorrenza verrà eventualmente imputata allo Stato qualora le condizioni per l'applicazione del disposto combinato degli artt. 3, 5, 85 siano riunite. Si consideri, inoltre, che le normative economiche di carattere restrittivo possono eventualmente ricadere, ove presentino carattere discriminatorio, nel campo di applicazione degli artt. 30, 52 o 59 del Trattato CE.

### **3. L'APPLICABILITÀ DELLA LEGGE 287/90 IN PRESENZA DI MISURE CHE INDUCONO O FAVORISCONO UN COMPORTAMENTO RESTRITTIVO**

Per far fronte alla questione sollevata, appare opportuno rilevare che nella sua prassi l'Autorità si è ispirata, nella definizione dei rapporti tra misure statali e condotte private, ad un'interpretazione tendenzialmente restrittiva delle ipotesi in cui determinati comportamenti delle imprese possano considerarsi resi in ottemperanza a prescrizioni statuali e si collochino, pertanto, al di fuori dell'ambito di autonomia privata che rileva per l'applicazione della legge n. 287/90<sup>42</sup>.

Tale atteggiamento trova la sua compiuta espressione in un passaggio di una recente Relazione Annuale, dove l'Autorità ha dichiarato che *"ogni comportamento che non sia direttamente imposto da una prescrizione normativa (è) da ascrivere all'ambito di autonomia privata che rileva per l'applicazione della legge n. 287/90"*<sup>43</sup>.

A fronte di una chiara statuizione di principio, meno netta appare, invero, la definizione delle condizioni necessarie a stabilire se, ed in quale misura, un comportamento rispondente alle fattispecie astratte previste dagli artt. 2 e 3 della legge n. 287/90 possa ritenersi giustificato da una preesistente regolamentazione rivolta agli autori del medesimo.

Sembra necessario, in altri termini, contribuire all'individuazione dei criteri ai quali l'Autorità potrebbe ispirarsi nel ricostruire il quadro normativo e regolamentare cui ricondurre i fatti contestati nell'ambito di un determinato procedimento, per poi stabilire se tale cornice normativa consenta di qualificare la fattispecie considerata alla stregua di un atto di autonomia privata. Naturalmente, tale operazione non sostituisce, ma semplicemente precede logicamente l'accertamento delle concrete condizioni di applicabilità delle norme precettive della legge rispetto alla condotta delle imprese.

Mentre le condizioni per determinare se i comportamenti di impresa possano o meno considerarsi atti autonomia privata verranno esaminati nel paragrafo successivo; occorre adesso puntualizzare i criteri ai quali l'Autorità potrebbe ispirarsi nel ricostruire il quadro normativo e regolamentare cui ricondurre i fatti contestati nell'ambito di un determinato procedimento.

#### ***3.1. La ricostruzione del quadro normativo di riferimento***

Come già posto in luce, in questa ipotesi non si tratta di normative che si limitino a rafforzare gli effetti di comportamenti autonomamente posti in essere da privati, ma di stabilire se un determinato complesso normativo, che tende a disciplinare la stessa attività delle imprese producendo effetti restrittivi della concorrenza, consenta di qualificare la fattispecie alla stregua di un atto di autonomia privata.

A tale proposito, appare possibile ritenere che l'operazione in discorso imponga un duplice ordine di riscontri. Il primo concerne la determinazione dell'esatto contenuto della disposizione di legge di volta in volta in rilievo. Il secondo, essenzialmente relativo ai sempre più numerosi casi di leggi-

---

<sup>42</sup>Ci si riferisce, in particolare al Provvedimento del 16/3/94 (A56) **SOCIETÀ PER AZIONI ESERCIZI AEROPORTUALI (IBAR/SEA)**; al Provvedimento del 26/10/94 (I77) **ASSICURAZIONI RISCHI AGRICOLI**; al Provvedimento del 14/12/94 (I101 B) **TARIFFE AMMINISTRATORI CONDOMINI**; al Provvedimento del 2/3/95 (A61) **DE MONTIS CATERING ROMA/AEROPORTI DI ROMA**; al Provvedimento del 22/6/95 (I138) **CONSORZIO DEL PROSCIUTTO DI SAN DANIELE-CONSORZIO DEL PROSCIUTTO DI PARMA**; ed infine al Provvedimento del 9/11/95 (I168) **CONSORZIO PARMIGIANO REGGIANO**.

<sup>43</sup> Relazione Annuale per il 1995, pag. 128.

quadro la cui concreta attuazione sia demandata a regolamenti di attuazione o ad atti assimilabili, richiede l'individuazione dell'atto dal quale la restrizione alla concorrenza effettivamente promana, al fine di valutarne la forza giuridica nell'ambito del complessivo quadro normativo di riferimento.

Sembra, peraltro, necessario premettere che la situazione che ci si appresta ad esaminare va tenuta distinta da quella, già affrontata dall'Autorità, in cui il quadro normativo rilevante per una determinata fattispecie risulti composto da una misura interna in contrasto con una norma di diritto comunitario direttamente efficace. In questa ipotesi infatti l'Autorità, preso atto dell'incompatibilità tra il regime comunitario e quello nazionale, ha fatto riferimento soltanto al primo per determinare gli ambiti di applicazione della legge 287/90 alle fattispecie esaminate<sup>44</sup>.

Si tratta, invero, di un caso diverso e per certi versi più semplice, poiché una disposizione comunitaria direttamente applicabile produce nell'ordinamento giuridico di ciascun Stato membro gli effetti che discendono dalla supremazia del diritto comunitario e che si concretano, in estrema sintesi, nella caducazione ed in conseguenza, nell' inapplicabilità di tutte le disposizioni nazionali che siano in contrasto con i precetti della norma comunitaria<sup>45</sup>.

Inoltre, la disapplicazione delle norme nazionali configgenti con il diritto comunitario rappresenta, com'è noto, un autentico obbligo anche per l'Autorità<sup>46</sup>, in quanto trova la sua fonte in un precetto che il diritto comunitario rivolge non solo ai giudici ma, nell'ambito delle rispettive competenze, a tutti i detentori di pubblici poteri, ivi compresa la pubblica amministrazione<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Il provvedimento del 10/1/95 (A71) **TELSYSTEM/SIP** costituisce un esempio particolarmente limpido del fenomeno sinteticamente descritto nel testo. In quella sede l'Autorità ha, infatti dichiarato che "l'articolo 2, paragrafo 1, della Direttiva 90/388/CEE contiene, quindi, una disposizione che, a partire dal 1° gennaio 1991, è divenuta direttamente applicabile nell'ordinamento italiano, producendo la liberalizzazione dei servizi di telecomunicazioni diversi dal servizio di telefonia vocale come definito, restrittivamente, dall'articolo 1 della medesima Direttiva. Ne risulta ridotto, correlativamente, l'ambito della riserva statale in materia di servizi di telecomunicazioni, definito dalle norme contenute nel Codice Postale e nel decreto ministeriale 6 aprile 1990, nonché, conseguentemente, della esclusiva riconosciuta a TELECOM dalla concessione di cui al d.P.R. n. 523/84, che rimane circoscritta alla gestione della rete pubblica di telecomunicazioni ed alla fornitura del servizio di telefonia vocale, inteso secondo la definizione sopra richiamata.

Tale conclusione poggia sulla circostanza che TELECOM deriva il suo diritto esclusivo dalla riserva del servizio allo Stato (articolo 43 Cost. e articolo 1 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156). In base al generale canone che regola nel nostro ordinamento la concessione amministrativa ed il rapporto che ne deriva, nonché più in generale il fenomeno dell'acquisto dei diritti a titolo derivativo, lo Stato non può certo trasferire, costituire o comunque mantenere a favore di un'impresa concessionaria un diritto più ampio di quello che l'ordinamento comunitario ammette per lo Stato stesso. Ciò trova ulteriore conferma nel rilievo che lo Stato non potrebbe mai sfuggire alle prescrizioni dell'ordinamento comunitario semplicemente adottando un modello organizzatorio (concessione) in luogo di un altro (gestione diretta).

Ne deriva che l'attività economica non più soggetta a riserva è rientrata nel campo dell'iniziativa economica privata di cui all'articolo 41 della Costituzione, dal momento in cui la direttiva è divenuta direttamente applicabile."

Per una più recente applicazione del medesimo orientamento, Cfr. Provvedimento del 4/8/95 (A85) **NUOVA ITALIANA COKE/PROVVEDITORATO PORTO DI VENEZIA**.

<sup>45</sup> E' appena il caso di ricordare che la supremazia del diritto comunitario, che la Corte di Giustizia proclama sin dalla sentenza del 15 luglio 1964, Costa/Enel, causa 6/64; Racc. p. 1141; è stata pienamente accolta anche dalla nostra Corte Costituzionale, dopo non poche esitazioni, con la sentenza dell' 8 giugno 1984, n. 170, Granital, in *Foro it.*, 1984, 2062, confermata dalla successiva giurisprudenza.

<sup>46</sup> Cfr. sentenze del 22 giugno 1989, Fratelli Costanzo, causa 103/88, Racc. p. 1839; del 13 dicembre 1991, Commissione c. Italia, causa C- 33/90, Racc. p. I- 5987.

<sup>47</sup> Risultano invece sostanzialmente inesplorate, le conseguenze che potrebbe rivestire, in relazione al profilo in discussione il potere, riconosciuto all'Autorità dall'art. 54 della legge comunitaria per il 1994, di applicare direttamente gli artt. 85 e 86, ovvero disposizioni che recano in sé i caratteri di supremazia del diritto comunitario e che, in quanto tali, potrebbero addirittura incidere sull'applicabilità del diritto nazionale eventualmente confliggente. In merito, infatti, è stato osservato che benché "le regolamentazioni nazionali che disciplinano l'esercizio dell'attività di impresa, si situino al di fuori del campo di applicazione materiale degli artt. 85 e 86 Trattato CE" è anche vero che essi hanno un carattere imperativo e che intendono istituire un regime uniforme ispirato al principio della libera concorrenza" e che in conseguenza l'Autorità Garante, investita del potere di applicare l'art. 85 "potrebbe dedurre dall'acquisita competenza ad applicare l'art. 85 del Trattato, anche quella di far leva sul combinato degli artt. 3, lett. f), 5 par. 2 e 85, nei termini ed ai fini - ma pure alle condizioni per vero rigorose - indicati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia: e ciò appunto, perché si tratta di una disciplina che non conosce altra funzione che quella di salvaguardare l'effetto utile dell'art. 85" giungendo in tal modo a disapplicare le regolamentazioni incompatibili con l'applicazione delle regole di concorrenza. Tizzano (1997).



### a) Le norme di rango primario

Ritornando alla prima delle verifiche indicate -la ricostruzione del quadro normativo di riferimento-, sembra utile sviluppare alcune brevi considerazioni in merito ai criteri utilizzabili nell'interpretazione delle disposizioni di legge in contrasto con i principi sanciti dalla legge n. 287/90<sup>48</sup>.

Va osservato, in proposito, che l'introduzione della legge n. 287/90, in dichiarata attuazione dell'art. 41 Cost., ha determinato un profondo mutamento, la cui portata non si esaurisce nella possibilità per i singoli di invocare le norme precettive, ma che investe in radice il complesso dell'ordinamento relativo all'esercizio dell'attività economica. In tal senso, la scelta di un modello concorrenziale assurge al rango di opzione di fondo dell'intero sistema, in quanto strumento che assicura una composizione di interessi *"nel modo più conforme al benessere collettivo, all'interesse del consumatore ed ai valori - di rango costituzionale - che si esprimono nei principi del pluralismo in campo economico"*<sup>49</sup>.

Tuttavia la cultura della concorrenza e del mercato non ha in Italia una tradizione consolidata. Molti fattori hanno infatti concorso in passato a relegare in posizione tutto sommato marginale il ruolo del mercato quale meccanismo regolatore dei rapporti economici<sup>50</sup>. Un inizio di inversione di tendenza si è certamente avuto in seguito alla partecipazione dell'Italia al processo di integrazione europea. Gli obblighi imposti dal Trattato CE e via via puntualizzati dal diritto derivato hanno costretto il nostro Paese ad accettare, sia pur in ritardo e con riluttanza, il principio della concorrenza<sup>51</sup>. Ciò non toglie comunque che la nostra cultura economica fosse *"lontana mille miglia dalla concorrenza ed influenzati ancora dalle nostre origini di paese a sviluppo industriale ritardato affidammo il nostro sviluppo non ad essa ma alle imprese pubbliche agli aiuti di Stato ai diritti di esclusiva e ad altre penetranti forme di regolamentazione pubblica"*<sup>52</sup>.

In ogni caso, fattasi strada, sia pur a fatica, l'idea di aprire il nostro sistema economico ai principi della concorrenza, è emersa con maggior urgenza la necessità di introdurre regole generali e apparati volti a garantire il corretto funzionamento del mercato nel quadro di una tutela degli interessi pubblici ritenuti prevalenti. Da qui l'origine della legge 10 ottobre 1990 n. 287.

Non si tratta, come è stato osservato, *"di scomodare la vecchia categoria, un po' scolastica, delle leggi quasi-costituzionali; né forse può dirsi che la legge n. 287/90 costituisca, in senso tecnico, legge di attuazione di principi fondamentali"*<sup>53</sup>. Essa è comunque una legge che, al di là delle singole disposizioni precettive, una volta rapportata al panorama sommariamente descritto, esprime un'opzione di fondo per un regime di mercato, che vede la concorrenza come regola dei rapporti tra imprese ed investe in radice il complesso dell'ordinamento relativo all'esercizio dell'attività economica.

<sup>48</sup>E', infatti, appena il caso di ricordare che nel ricercare, attraverso l'attività esegetica, la ragione della legge non può aversi riguardo esclusivamente alla singola norma interpretata ma occorre considerare il complesso della disciplina legislativa in cui si inserisce la norma da interpretare. Ciascuna norma *"concorre, insieme alle altre a formare un sistema unitario, talché il senso che si attribuisce all'una deve essere compatibile con quello delle altre"*, Galgano (1990).

<sup>49</sup>Donativi (1993).

<sup>50</sup>Tra tali fattori Clarich (1996), enumera: *"il ritardo con il quale il nostro Paese ha avviato nel secolo scorso il processo di industrializzazione e la conseguente necessità di un coinvolgimento diretto o indiretto dello Stato finalizzati a innescare il circuito virtuoso anche attraverso misure protezionistiche a favore dell'industria nazionale nascente; la prevalenza di orientamenti ideologici e politici favorevoli, variamente, al protezionismo, alla nazionalizzazione, alla collettivizzazione dell'economia, a una visione solidaristica dei rapporti economici, al dirigismo economico spinto fino a all'inserimento organico degli operatori economici in un ordinamento di tipo corporativo; il forte divario tra aree economicamente sviluppate nel Nord e aree depresse del Sud e la conseguente adozione da parte dello Stato di ambiziosi programmi di intervento a favore del Mezzogiorno"*.

<sup>51</sup>Anche l'avvio negli anni novanta del processo di privatizzazione delle imprese pubbliche, che ancor oggi in Italia dominano molti settori industriali, ha rappresentato una via obbligata in presenza di un atteggiamento degli organismi comunitari sempre più critico e sospettoso nei confronti dei diritti esclusivi e degli aiuti di Stato, cioè delle forme di sostegno diretto o indiretto da parte dei pubblici poteri a favore di imprese nazionali che alterano la concorrenza all'interno della Comunità. Cfr. sul punto Abate (1994); nonché Kovar (1996).

<sup>52</sup>L'espressione è di Amato, cit.

<sup>53</sup>Fattori, (1996)

In punto di diritto, questo rileva essenzialmente per l'interpretazione delle disposizioni anteriori all'entrata in vigore della legge n. 287/90, rispetto alle quali nulla - salvo il Trattato CE - impediva che le finalità perseguite venissero realizzate con strumenti suscettibili di produrre effetti assolutamente pregiudizievoli sull'assetto concorrenziale dei mercati in cui intervenivano. E', in tal senso, canone generale dell'ordinamento che elementi di interpretazione di una norma possono essere ricavati da altre norme successive a quelle che si interpretano, secondo un'interpretazione evolutiva della legge<sup>54</sup> che ha riguardo allo sviluppo dei rapporti sociali e che consente di adeguare le vecchie norme alle nuove esigenze, ignorate quando esse furono emanate.

Deve essere sottolineato, infatti, che per le leggi precedenti che presentano un carattere restrittivo il pregiudizio della concorrenza non deriva da una deliberata scelta del legislatore. Soltanto per le norme successive alla legge n. 287/90 può infatti sostenersi che lo stesso legislatore abbia consapevolmente ritenuto di dover, in tutto od in parte, sacrificare la libertà di concorrenza, in nome della realizzazione di un diverso interesse di portata generale.

In sintesi, dunque, sembra che nel determinare l'esatta portata di una disposizione di legge rilevante per la disciplina di una fattispecie all'esame dell'Autorità, la legge n. 287/90 possa rappresentare un canone esegetico idoneo a conferire, almeno con riferimento alle leggi precedenti il cui tenore letterale consenta margini di interpretazione, la portata che meglio di tutte si concilia con il nuovo sistema entro il quale la norma in questione è destinata ad operare.

Ciò posto, occorre rilevare che l'attività esegetica appena descritta non si presta, di regola, ad esaurire l'opera di ricostruzione del quadro normativo di riferimento di un determinato caso di specie all'esame dell'Autorità. Nella pratica è, infatti, estremamente raro che una fattispecie trovi la sua compiuta disciplina in un atto di rango primario. Nella grande maggioranza delle ipotesi ci si trova, viceversa, in presenza di leggi di carattere generale la cui concreta operatività è demandata a regolamenti di attuazione, integrazione o ad atti assimilabili.

Una volta determinata, quindi, anche grazie ai canoni interpretativi di cui sopra, l'esatta portata della disposizione di legge in rilievo, si tratta di accertare se le restrizioni della concorrenza siano effettivamente imputabili a quest'ultima - direttamente o per il tramite di misure amministrative adottate in puntuale applicazione della norma primaria -; ovvero siano frutto di disposizioni di natura amministrativa che, nel dare attuazione a precetti normativi di rango primario, introducano limitazioni alla concorrenza diverse ed ulteriori da quelle espressamente previste dalla legge.

Come è evidente, la differenza non è di poco conto: nel primo caso la restrizione alla concorrenza deriva dall'espressa volontà del legislatore. Nella seconda ipotesi, per converso, tale operazione viene in realtà svolta da un soggetto (l'autorità amministrativa) cui è demandata soltanto l'attuazione o l'integrazione dei precetti normativi di portata generale.

---

<sup>54</sup>La legittimità dell'interpretazione evolutiva è apertamente riconosciuta dalla giurisprudenza, la quale giunge ad affermare che l'interprete non esaurisce il suo compito nel momento ricognitivo della volontà del legislatore, ma deve accertare se la norma, non abbia maturato un significato ulteriore e diverso dal contesto sociale che la occasionò; cfr. Cass. 13 maggio 1971, n. 1378, in *Foro it.*, I, 1191 e 12 marzo 1973, *ibidem*, 1973, I, 2107. Per l'utilizzo di tale tecnica interpretativa con riferimento ai valori costituzionali, cfr. Cass. pen., 29 settembre 1982, in *Riv. Pen.*, 1983, p.614; Cass. 20 maggio 1980, n. 5440, in *Rass. avv. Stato*, 1981, I, p.241; Cass. 12 luglio 1984, n. 4092, in *Il fisco*, 1984, p.4093.

## b) Le misure amministrative

Com'è noto, in ragione dell'assetto di principio che disciplina, all'interno del nostro ordinamento, i rapporti tra fonti normative primarie e secondarie<sup>55</sup>, l'esercizio di una potestà regolamentare<sup>56</sup> per la soddisfazione di un interesse istituzionalmente affidato ad una amministrazione è vincolato al rispetto dei superiori parametri di legittimità che compongono l'ordinamento, tra i quali non può non figurare una fonte primaria come la legge n. 287/90, di carattere generale e funzionale a garantire l'effettività di un principio, quello della libertà di iniziativa economica, sancito a livello costituzionale.

Ora, il valore di una legge generale a tutela della concorrenza risiede nel fatto di consentire ai mercati di lavorare adeguatamente, ovvero di promuovere la concorrenza nei mercati, perché la teoria economica insegna che essa conduce (nella maggior parte dei casi) all'efficienza nell'allocatione delle risorse e quindi alla crescita economica ed allo sviluppo. Così mentre, di solito, la politica economica implica l'intervento dell'esecutivo nei meccanismi del mercato (come nel caso, per esempio, della pianificazione centralizzata), l'antitrust è una strada alternativa a tale intervento, basata sul principio che il raggiungimento del benessere globale può essere decentralizzato e affidato, a determinare condizioni, alle transazioni private tra singoli agenti economici che operano liberamente nel proprio interesse individuale<sup>57</sup>.

Se così è, la tutela della concorrenza rappresenta un'esigenza unitaria che deve essere soddisfatta in ogni momento dell'essere di un mercato economico, sia nella fase della sua costituzione,

---

<sup>55</sup>I rapporti di cui al testo poggiano su tre principi cardine: quello di preferenza della legge, quello di legalità e quello della riserva di legge. Mentre quest'ultimo non presenta, almeno in questa sede, particolare interesse, tutt'altro discorso vale per gli altri due. Essi, infatti, rappresentano i confini entro i quali la discrezionalità amministrativa può esercitarsi e segnano, nel contempo, il limite della legittimità dei provvedimenti che dall'esercizio di tale attività scaturiscono.

Come è noto, il principio di preferenza della legge trova espressa previsione nell'art. 4, primo comma, delle disposizioni preliminari al codice civile ai sensi del quale *"i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni di legge"*; il principio di legalità, invece, si ricollega ad alcune disposizioni costituzionali (artt. 97, 101 e 113) ed impone l'esigenza di un fondamento legislativo per tutti gli atti normativi secondari, dovendo quindi escludersi la possibilità di regolamenti che non trovino la loro fonte, diretta o indiretta, nella legge.

Parallelamente, un atto regolamentare non può in alcun modo incidere sulle sorti di una legge primaria e sull'effettività dei principi dei quali essa reca applicazione, dovendosi considerare parametri di validità dello stesso, affianco alla singola legge dal quale l'atto promana, il complesso di principi e norme primarie dei quali l'ordinamento si compone; talché *"l'attività (amministrativa) deve esplicarsi per il soddisfacimento degli interessi e dei fini che sono predeterminati dall'ordinamento giuridico"*, Virga (1972).

Il tema accennato nel presente paragrafo è stato oggetto di un diffuso ed approfondito esame da parte di una ormai vastissima dottrina. Riferimenti essenziali si ritrovano in, Amato-Barbera (1994); Sandulli (1989), Giannini (1993); Mazzarolli-Pericu-Romano-Roversi - Monaco-Scoca (1993).

<sup>56</sup>L'esercizio dell'attività normativa secondaria che in questa sede maggiormente rileva, trova, nell'ordinamento italiano, un'organica sistemazione nella legge 23 agosto 1988 n. 400.

In particolare l'art. 17 della legge disciplina la potestà regolamentare prevedendo i regolamenti esecutivi (art. 17 lett. a); i regolamenti attuativi ed integrativi (art. 17 lett. b); i regolamenti indipendenti (art. 17 lett. c); i regolamenti di delegificazione (art. 17 secondo comma). Vengono altresì menzionati i regolamenti d'organizzazione (art. 17 lett. d); ed i regolamenti relativi al rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti (art. 17 lett. e). Notevole importanza riveste anche il terzo comma dell'art. 17, che disciplina i regolamenti ministeriali ed interministeriali, ribadendo *"la necessità di apposita autorizzazione da parte della legge"* e disponendo che tali regolamenti *"non possono dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo"*.

Il disegno complessivo della legge è quello di una ripartizione di competenze normative tra Parlamento e Governo che veda affidata al primo la determinazione dei principi della disciplina ed al Governo o ai suoi singoli Componenti l'adozione della normativa attuativa dei principi stessi. Al fine di porre in essere tale disegno, il legislatore dell'88 ha accresciuto il numero dei settori e delle materie suscettibili di essere disciplinate in via regolamentare. E' dunque evidente che la questione dei rapporti tra atti amministrativi e legge 287/90 è destinata ad assumere un'importanza sempre maggiore viepiù che il processo di delegificazione avviato dalla legge 400/88 troverà concreta attuazione.

Ciò detto, occorre immediatamente rilevare che, a fronte di una complessiva estensione della potestà regolamentare dell'amministrazione, la legge 400/88 non reca alcuna modifica - né avrebbe potuto farlo - dell'assetto di principio che disciplina, all'interno del nostro ordinamento, i rapporti tra fonti normative primarie e secondarie.

Ad una logica del tutto analoga risponde, infine, anche la c.d. Legge La Pergola (l. 9 marzo 1989 n. 86) che conferisce al Governo la possibilità di recepire, attraverso la propria potestà regolamentare, le direttive comunitarie che intervengano in settori non coperti da riserva di legge.

<sup>57</sup>In altre parole, nel contesto della concorrenza, gli agenti economici privati giocano un duplice ruolo: perseguendo i propri interessi, essi contribuiscono ad incrementare il benessere generale, *"quindi, la politica della concorrenza è in larga misura una politica basata sull'uso delle transazioni private per il raggiungimento di risultati macroeconomici"*, Jenny (1996).

sia in quella del suo naturale svolgimento. La soddisfazione di tale esigenza non si esaurisce, dunque, nel momento del controllo del confronto concorrenziale all'interno di un mercato, ma deve del pari realizzarsi nella disciplina dell'ingresso e/o del funzionamento nel mercato; ogni qual volta, cioè, l'esercizio di attività economiche non sia liberamente consentito a ogni imprenditore, ma sia permesso soltanto a coloro che si siano preventivamente muniti dei titoli abilitativi da parte della pubblica amministrazione (almeno nel caso in cui l'assentimento di tali titoli non sia rimesso al mero accertamento di requisiti oggettivi), ovvero l'intervento dei pubblici poteri possa determinare delle interferenze in un confronto concorrenziale già in atto (ad esempio, con riguardo alla fissazione delle tariffe).

In un'ipotesi come nell'altra, infatti, l'assetto del settore economico si determina nel momento in cui vengono individuati i suoi protagonisti ovvero vengono prefigurate le loro condotte imprenditoriali. E' dunque soprattutto in questa fase che l'esigenza di tutela della concorrenza deve trovare spazio, poichè ben poco ne residua, in un mercato in tal modo definito, nel momento successivo del confronto tra imprese.

Sul piano più strettamente operativo, quanto precede sembra implicare che, se è vero che la pubblica amministrazione agisce per il soddisfacimento di un determinato interesse pubblico, essa non può, per ciò solo, astenersi nell'esercizio delle proprie prerogative regolamentari dal rispettare le norme dirette a tutelare la concorrenza ed il mercato. I due fini pubblici, quello della tutela della concorrenza e quello particolare, di volta in volta rilevante nella singola fattispecie concreta, non vanno considerati come reciprocamente escludentisi. I poteri discrezionali di una amministrazione nella cura dell'interesse particolare ad essa affidato vanno invece svolti in modo da rispettare anche l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza, proprio perchè, in una logica di sistema, l'uno interesse non esclude l'altro.

In conseguenza, ritenere che una regolamentazione amministrativa possa autonomamente determinare situazioni rispondenti alle fattispecie astratte previste dagli artt. 2 e 3 della legge 287/90 equivarrebbe ad ammettere che una norma secondaria o un atto amministrativo possa travalicare i limiti stessi della sua legittimità, recando un ingiustificato pregiudizio all'effettiva realizzazione di principi di carattere generale introdotti nell'ordinamento da una legge ordinaria.

In altri termini, quale che sia l'interesse pubblico in relazione al quale una legge conferisce alla pubblica amministrazione un potere normativo secondario, quest'ultima non dovrebbe poter introdurre nell'esercizio di detto potere limitazioni alla concorrenza diverse ed ulteriori da quelle espressamente previste dalla norma primaria<sup>58</sup>.

---

<sup>58</sup>La differenziazione introdotta nel testo si presta ad essere esemplificata attraverso il richiamo di alcune fattispecie che l'Autorità ha affrontato nell'esercizio della sua attività consultiva, ma che, dando corso alla soluzione prospettata, potrebbero essere considerate, almeno per alcuni profili, rilevanti per l'applicazione delle norme del titolo I della legge 287/90.

Più in particolare, ove si consideri il caso esaminato con il provvedimento del 28/7/95 (**SERVIZIO DI TRASPORTO DI PERSONE MEDIANTE TAXI** - AS53), esso era caratterizzato dal seguente quadro normativo.

Da un lato vi erano delle previsioni di fonte primaria, ai sensi delle quali *"In materia tariffaria, l'art.13 della legge quadro n. 21/92 e l'art.12 della legge regionale n. 58/93 dispongono che "il servizio di taxi si effettua a richiesta diretta del trasportato dietro pagamento di un corrispettivo calcolato con tassometro omologato, sulla base di tariffe determinate dalle competenti autorità comunali"*

Dall'altro, ai sensi delle disposizioni di attuazione di tali norme *"il sistema tariffario adottato per il settore determina i livelli massimi delle tariffe da applicare e dispone che i concessionari potranno a loro richiesta essere autorizzati ad applicare tariffe inferiori"*

Come la stessa Autorità ha rilevato, nel caso in esame soltanto la determinazione di tariffe massime poteva considerarsi un provvedimento coerente con le norme primarie delle quali occorreva dare attuazione. Viceversa *"le restrizioni di carattere amministrativo ad operare con tariffe inferiori a quelle massime possono, però, trasformarsi in uno strumento che agevola la creazione di un cartello dotato della proprietà della stabilità. Infatti, nel caso del Comune di Roma, portato all'attenzione dell'Autorità, la delibera n. 530 del 1994 della Giunta Comunale fa riferimento alla necessità di richiedere una autorizzazione alla stessa amministrazione Comunale al fine di applicare sconti sulla tariffa. Tale norma crea, in primo luogo, un meccanismo istituzionale di rilevazione del soggetto "deviante" e, in secondo luogo, espone l'aggiustamento delle tariffe alla vischiosità della eventuale inerzia della Pubblica Amministrazione"*. Si trattava, quindi, per riprendere la terminologia utilizzata nel testo, di restrizioni della concorrenza diverse ed ulteriori da quelle espressamente previste dalla norma primaria.

Un ulteriore esempio nello stesso senso è reso dal caso esaminato dall'Autorità con il provvedimento del 26/5/94 (**TARIFFE SERVIZIO PILOTAGGIO PORTI** - AS24).

Pertanto, qualora sia la misura amministrativa ad introdurre direttamente una regolamentazione restrittiva, quest'ultima potrebbe essere considerata inidonea ad offrire alle imprese cui si rivolge una valida copertura rispetto all'applicabilità nei loro confronti della legge 287/90 e essere quindi disapplicata nella ricostruzione del quadro normativo di riferimento di un singolo caso di specie<sup>59</sup>.

Tutto quanto precede lascia tuttavia impregiudicata una questione che riveste, non solo in termini operativi, considerevole rilievo. Se, cioè, l'Autorità Garante possa direttamente procedere, nello svolgimento della propria attività di aggiudicazione, alla disapplicazione di norme secondarie affette da una patologia quale quella innanzi descritta, esercitando - in tal modo - un potere che, in quanto configurato come potere di dichiarazione del diritto, nel nostro ordinamento è "storicamente" riservato agli organi della giurisdizione.

Invero, la via per ricercare una possibile risposta alla questione appena prospettata sembra passare per l'individuazione della funzione istituzionale svolta dall'Autorità Garante<sup>60</sup>. Al riguardo

---

In quell'ipotesi, la previsione dell'art. 9, comma 7, del Decreto Legge 4 marzo 1989 n. 77, convertito in legge 5 maggio 1989 n. 160, disponeva il generico obbligo per il Ministro della Marina Mercantile di emanare norme per la riorganizzazione dei servizi portuali e delle relative tariffe. Tale norma è stata però *"interpretata ed attuata (dal Ministero) con la Circolare prot. 5205761 del 14 dicembre 1989, nella quale si apportavano modifiche ed integrazioni alle tariffe di pilotaggio, con riduzioni e sconti per le navi adibite al cabotaggio nazionale, sulla base di un accordo, come previsto dalle norme di legge, intercorso tra la Federazione Italiana dei Piloti nei Porti e le principali Associazioni armatoriali"*.

Anche in questa, ipotesi il regime tariffario del servizio di pilotaggio nei porti (che si concretava in un sistema di sconti per alcune categorie di armatori), come le restrizioni alla concorrenza che esso recava, erano, dunque, frutto di disposizioni di natura amministrativa che provvedano a dare esecuzione a precetti normativi di rango primario che, di per sé considerati, si presentavano se non del tutto neutrali, certamente meno restrittivi rispetto allo svolgimento della concorrenza sul mercato in cui intervenivano.

<sup>59</sup> Le stesse conclusioni appaiono inoltre applicabili al caso in cui la materia sia stata delegificata (vale a dire sottratta per il futuro alla sfera legislativa e fatta rientrare nella sfera normativa di un'autorità amministrativa). Anche in tali ipotesi, infatti, la validità e l'operatività degli atti di natura amministrativa dovrebbe risultare subordinata all'osservanza della normazione primaria *"con la conseguenza, in caso di inosservanza, di poter essere annullati e disapplicati secondo le regole proprie degli atti posti in essere dalle autorità amministrative"*, Sandulli, cit.

<sup>60</sup> L'elemento di più immediata evidenza rispetto alla natura dell'Autorità Garante è certo reso dal fatto che essa rappresenta una modalità nuova, esterna all'amministrazione tradizionale dello Stato, di intervento pubblico nell'economia. Questa novità di carattere strutturale ed organizzativo ha prevalso sulle altre e ha fatto sì che tutte le amministrazioni esistenti, nonché quelle future e futuribili, fossero esaminate congiuntamente, sotto la comune classificazione di "autorità amministrative indipendenti" [Vedi ad esempio Franchini (1988), Vesperini (1990) e molti studi in Cassese, Franchini (1996)].

L'attenzione sull'aspetto organizzativo appare però, fino a tempi recenti, aver fatto passare in secondo piano che le fondamentali differenze nelle funzioni attribuite a ciascun organismo danno luogo a una loro ben diversa collocazione nell'ordinamento, con riferimento sia alla natura "amministrativa" della loro azione, che alla stessa connotazione di "indipendenza". A chiarire questo punto appaiono di particolare rilievo i recenti contributi di Amato, cit., Torchia, in Cassese e Franchini, cit., Pera, cit.

Tra gli organismi finora istituiti, l'Autorità Garante presenta in modo particolarmente accentuato i caratteri di indipendenza funzionale e organizzativa. D'altro canto, la sua istituzione ha coinciso con l'introduzione nel nostro ordinamento di una normativa, quella della concorrenza, all'origine di modifiche di grande portata nella stessa "concezione" delle modalità di intervento dello Stato rispetto al mercato. Al riguardo vedi Amato, (1992). In tal senso le sue attività non mirano a imporre ai soggetti sul mercato specifici comportamenti al fine di perseguire una determinata finalità di carattere pubblico, ma sono piuttosto tese a fissare il quadro entro il quale i loro comportamenti, liberamente determinati, potranno svolgersi: caratteristica peculiare di tali criteri e regole è che esse non trovano fondamento nella garanzia o nella tutela dell'interesse pubblico ma, piuttosto, nella necessità ed opportunità di garantire e tutelare, reciprocamente, situazioni soggettive e private (Torchia, in Cassese e Franchini, cit.; vedi anche Amato, 1996).

Come già osservato (Amato, 1996), alle diverse funzioni corrispondono diversi inquadramenti nell'ambito dell'apparato dello Stato. Dalle istituzioni a cui è affidato il compito di assicurare il controllo del rispetto di norme che riguardano comportamenti inter-privati, ci si attende un'assoluta neutralità rispetto sia a questi interessi privati, sia allo stesso interesse generale che orienta l'applicazione della legge. Pertanto il carattere di indipendenza è massimo e, per certi versi, assimilabile a quello della magistratura; ciò le pone concettualmente al di fuori dell'amministrazione, e le assimila alle istituzioni che svolgono un'attività di controllo in senso stretto.

E' in questo contesto che devono essere inquadrate le caratteristiche di assoluta indipendenza, tanto sul piano funzionale che su quello organizzativo, che con la legge 287/90 il legislatore ha voluto attribuire all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. A questa indipendenza corrispondono, peraltro, poteri quasi esclusivamente di carattere para-giurisdizionale. L'Autorità può infatti soltanto vietare intese, abusi di posizione dominante e concentrazioni qualora accerti che essi siano restrittivi della concorrenza, dopo avere svolto le necessarie indagini. Anche il limitato potere autorizzativo, previsto nell'articolo 4 della legge 287/90 relativo a intese che, pur restrittive della concorrenza, abbiano effetti positivi sulla produzione, la distribuzione e il progresso tecnico o tecnologico, appare in realtà caratterizzato da limitata discrezionalità, e quasi di carattere dichiarativo, trattandosi piuttosto di un accertamento dei requisiti previsti dall'articolo, che di una valutazione discrezionale sulla base della ponderazione di diversi interessi. L'attività para-giurisdizionale si limita, pertanto, a controllare la conformità di un comportamento alla norma; la regolazione e l'attività normativa implicano invece un più alto potere di "coercizione" nei confronti degli operatori in relazione ai loro effetti. D'altronde, l'attività di tutela della concorrenza ha un forte contenuto di "aggiudicazione", che implica una completa neutralità dell'organismo, e il rispetto di procedure determinate, che difficilmente risultano compatibili con il perseguimento di altre finalità. *"Da questo punto di vista l'esperienza mostra una tendenza verso l'assimilazione delle attività di tutela della concorrenza ad attività di carattere para-giurisdizionale. E' solo il fatto che*

com'è noto, la funzione di prevenzione e repressione di comportamenti lesivi della concorrenza si sostanzia nella produzione, ad opera dell'Autorità, di giudizi relativi a determinate fattispecie, nel quadro di un'operazione di dichiarazione ed attuazione del diritto non dissimile da quella posta in essere da un giudice, che si risolve nel qualificare determinati atti o comportamenti in termini di liceità/illiceità. In tal senso, la dottrina più attenta non ha da tempo mancato di sottolineare come il nucleo caratterizzante dei poteri dell'Autorità sia rappresentato appunto dal potere di accertamento prima ancora che di diffida e sanzione<sup>61</sup>.

L'attività di controllo dell'Autorità assume inoltre un carattere tipicamente contenzioso, caratterizzata com'è da un ampio spazio dedicato al contraddittorio<sup>62</sup>, che costituisce il riflesso, nel procedimento, di una situazione di conflitto in relazione a rapporti giuridici interpretati, destinata ad essere risolta ad opera di una decisione dell'Autorità.

Il complesso dei poteri e delle regole procedurali sopra richiamati concorre, pertanto, a delineare la fisionomia dell'Autorità come organo quasi-giurisdizionale, che non è chiamato a curare interessi pubblici suoi propri, attraverso l'esercizio di poteri discrezionali, ma a cui è invece attribuita la funzione, di carattere neutro, di applicare la legge ai soli ed esclusivi fini dell'interesse generale della tutela della concorrenza e del mercato. E' in tale contesto che l'attività dell'Autorità, pur non potendo essere formalmente ricondotta all'attività giurisdizionale, partecipa dell'essenza di questa e si distacca dall'attività amministrativa comunemente intesa<sup>63</sup>.

Se così è, rimane allora da chiedersi se la riserva del potere di disapplicare atti amministrativi illegittimi debba ritenersi operante, almeno rispetto alle ipotesi di illegittimità innanzi richiamate, anche nei confronti di un soggetto istituzionale che nell'esercizio della propria missione di tutela della concorrenza agisce applicando i principi propri del giudice ed adotta decisioni che sono estranee a quella ponderazione di interessi che è propria del provvedimento *"giacché risolvono contenziosi inter privati relativi a diritti privati di cui si denuncia il contrasto con interessi privato - collettivi"*<sup>64</sup>.

Insomma, se si ritiene che l'attività di aggiudicazione svolta dall'Autorità partecipi all'essenza della funzione giurisdizionale, allora si potrebbe parallelamente ritenere che l'Autorità sia raggiunta dal potere di disapplicare disposizioni secondarie in contrasto con i principi della concorrenza. In caso contrario, non sembra facile ammettere che un tale potere possa lambirla<sup>65</sup>.

---

*l'attenzione dei commentatori si sia accentrata piuttosto sugli aspetti organizzativi che sul ruolo delle istituzioni nell'ordinamento che può avere a volte fatto insorgere dubbi al riguardo"* (così, Pera, cit).

<sup>61</sup> Cfr. Clarich, (1994).

<sup>62</sup> Fra le numerose disposizioni volte a garantire la piena attuazione del principio del contraddittorio, vanno ricordate: la notifica alle parti dell'apertura dell'istruttoria; il diritto delle parti stesse di essere sentite e di produrre pareri e deduzioni in ogni stadio dell'istruttoria, nonché di accedere agli atti del procedimento; il potere dell'Autorità di richiedere qualsiasi elemento informativo utile allo svolgimento dell'istruttoria e di convocare le parti in audizione.

<sup>63</sup> A Tal proposito Cassese (1996) osserva che in conseguenza dell'introduzione di poteri indipendenti *"viene mutato l'ordinamento tradizionale che vedeva l'amministrazione inserita nell'apparato esecutivo. In questo senso, una parte della pubblica amministrazione sfugge al governo, non è collegata alla sua struttura "gerarchica"..... la loro istituzione (dei poteri indipendenti) sfida i principi più riveriti degli ordinamenti moderni"* e ciò sino al punto che *"viene posto in dubbio il principio della tripartizione dei poteri. Infatti, le autorità indipendenti dispongono sia di poteri normativi, sia di poteri amministrativi, sia, infine, di poteri giurisdizionali. Al contrario, chi ritiene che i poteri debbano essere sempre distribuiti tra apparati (tra questi i critici nordamericani delle agenzie nella "progressive era", che si rifiutavano di riconoscere l'esistenza di un quarto potere), giunge alla facile conclusione che le autorità indipendenti facciano parte dell'apparato esecutivo, rientrano nella pubblica amministrazione. Si fa così l'errore di attribuire le autorità indipendenti ad uno dei tre poteri, accettando il dogma che tutto ciò che non è giurisdizione e legislazione, è amministrazione. Un errore - questo - che si trova riflesso nella stessa espressione, di origine francese, "autorità amministrative indipendenti"*.

<sup>64</sup> Anche questa espressione è di Amato, cit.

<sup>65</sup> In favore di questo secondo orientamento cfr. Meli (1997).

### 3.2. L'individuazione dell'ambito di autonomia privata

Ricostruita nei modi appena illustrati la cornice normativa, rimane in ogni caso imprescindibile procedere all'accertamento di quell'ambito di autonomia privata necessario per l'applicabilità delle disposizioni del Titolo I della legge n. 287/90.

In proposito, sembra opportuno premettere che nella prassi dell'Autorità è individuabile una tendenza a verificare se i comportamenti oggetto di indagine siano coerenti rispetto ai precetti contenuti nelle disposizioni normative che disciplinano la materia<sup>66</sup>. In tali ipotesi<sup>67</sup>, infatti, a fronte di norme che effettivamente conferivano ai destinatari la facoltà di determinare momenti gestionali dell'attività di impresa propria e/o di terzi, l'Autorità, per determinare se la condotta privata potesse considerarsi coperta dalla disciplina considerata, sembra aver posto in relazione le singole condotte con lo scopo di tali precetti.

Così, in due recenti provvedimenti<sup>68</sup>, l'Autorità non ha ritenuto ostative, rispetto all'applicabilità delle disposizioni precettive della legge n. 287/90, le funzioni di vigilanza e di controllo della qualità dei prodotti tutelati attribuite dalla legge ad alcuni consorzi volontari di tutela.

In entrambi i casi infatti, l'attività di programmazione quantitativa della produzione - oggetto del procedimento - non è risultata essere formalmente ricompresa tra i compiti affidati dalla legge ai consorzi a fini di tutela della qualità della produzione consortile. Nè tali attività sono risultate, ad un esame svolto in chiave funzionale, provviste di alcun vincolo di necessità e proporzionalità rispetto agli

---

<sup>66</sup> Esula dal campo della presente indagine l'ipotesi in cui le condotte contestate non trovino, già sul piano materiale, alcun puntuale riscontro normativo. In tal caso infatti esse devono essere sottoposte ai precetti della legge 287, al pari di quanto avviene per i comportamenti che intervengono in ogni settore non regolamentato. A tale proposito, nel Provvedimento del 2/3/95 (A61) **DE MONTIS CATERING ROMA/AEROPORTI DI ROMA** può leggersi che: "Occorre rilevare che nella legge n. 755/73 è previsto espressamente che il compito principale della società concessionaria consista nel provvedere "a propria cura e spese alla ordinaria e straordinaria manutenzione di tutte le opere, infrastrutture ed impianti del sistema aeroportuale della Capitale" e "nel fornire gratuitamente alle amministrazioni dello Stato i locali e le aree necessarie per l'effettuazione dei servizi di istituto per il movimento degli aeromobili, dei passeggeri e delle merci". Infatti, nell'elencazione dei compiti affidati ad AR dalla convenzione sono incluse esclusivamente le attività immediatamente funzionali alla gestione dell'aerostazione ed alla sua efficiente conservazione. Nella convenzione, invece, non risulta alcun riferimento all'attività di catering".

Analogamente, nel Provvedimento del 9/11/95 (I168) **CONSORZIO PARMIGIANO REGGIANO** l'Autorità ha rilevato che "Il protocollo d'intesa sottoscritto dai Consorzi del Parmigiano-Reggiano e del Grana Padano costituisce una fattispecie d'intesa che rientra nell'ambito dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90. Tale protocollo di intesa, che non risulta peraltro previsto da alcuna normativa, appare finalizzato a restringere la concorrenza tra l'insieme delle imprese produttrici di Parmigiano-Reggiano e di Grana Padano".

<sup>67</sup> Così, ad esempio nel caso **IBAR/SEA** (Provvedimento del 16/3/94 (A56) **SOCIETA' PER AZIONI ESERCIZI AEROPORTUALI**) ai sensi della legge 2 ottobre 1991 n. 316, le tariffe relative ai servizi di assistenza a terra agli aeromobili, ai passeggeri, ai bagagli e alle merci, sono determinate direttamente dai soggetti titolari della gestione dei servizi. Ciò non ha impedito peraltro all'Autorità, dapprima di imputare tali tariffe all'autonomia privata di SEA e poi di affermare che esse dovessero essere determinate nel rispetto delle regole di concorrenza ed, in particolare dell'art. 3 della legge.

Anche con riguardo ad un consorzio di imprese (Provvedimento del 26/10/94 (I77) **ASSICURAZIONI RISCHI AGRICOLI**) l'Autorità ha dichiarato applicabile l'art. 2 della legge, malgrado il penetrante intervento normativo nell'attività di gestione del consorzio stesso. Infatti: "I compiti del CIRAS sono disciplinati dal D.P.R. 1241/71 (Regolamento di esecuzione della legge n. 364/79), che all'articolo 4 prevede che il consorzio: "a) studia le basi tecniche per la prestazione dell'assicurazione; b) disciplina l'assunzione dei rischi da parte delle imprese consorziate; c) stabilisce le condizioni di polizza; d) determina le tariffe dei premi, avuto riguardo ai rischi da assicurare, al tipo di coltura ed alla zona agraria. Relativamente alla determinazione delle tariffe occorre ricordare, peraltro, che la legge n. 590/81 ha previsto una contrattazione delle stesse tra i consorzi di compagnie e l'organismo rappresentativo degli agricoltori. Per quanto concerne l'operatività concreta del consorzio, dall'esame delle delibere dell'assemblea e del Comitato Direttivo, è emerso che il CIRAS, in linea con quanto previsto dal legislatore, formula annualmente le tariffe e le condizioni di polizza, che ciascuna compagnia consorziata è obbligata a rispettare". L'Autorità ha comunque affermato nel valutare la fattispecie che "Il CIRAS è un consorzio obbligatorio, al quale la legge affida espressamente alcuni compiti inerenti al funzionamento del mercato dell'assicurazione contro la grandine. Entrambi questi aspetti, sebbene interferiscano con la disciplina di carattere generale prevista per le intese restrittive della concorrenza, non escludono tout court l'applicazione della legge n. 287/90".

<sup>68</sup> Provvedimenti del 19/6/96 (I138) **CONSORZIO DEL PROSCIUTTO DI SAN DANIELE-CONSORZIO DEL PROSCIUTTO DI PARMA** e del 24/10/96 (I168) **CONSORZIO PARMIGIANO REGGIANO**.

obbiettivi di tutela e vigilanza della qualità affidati dalla legge ai consorzi stessi. In forza di tale approccio, i piani di programmazione della produzione tutelata adottati dai consorzi sono stati, pertanto, considerati interamente ascrivibili all'autonomia privata dei consorzi medesimi ed in quanto tali, sottoposti alle norme a tutela della concorrenza<sup>69</sup>.

Il caso relativo ai consorzi di tutela Parmigiano e Grana presentava, invero, un ulteriore elemento di complessità, nella misura in cui, in forza di un decreto ministeriale, veniva effettivamente conferita ai consorzi di tutela la facoltà di adottare, in presenza di particolari circostanze, misure di programmazione quantitativa della produzione. A tale riguardo, tuttavia, l'Autorità ha accertato che l'attività di programmazione si configurava come uno strumento per realizzare un fine ulteriore rispetto a quello della tutela e vigilanza della qualità di cui alla legge sulla tutela delle denominazioni d'origine e tipiche.

Non soltanto, quindi, le disposizioni che prevedono la facoltà di adottare misure di programmazione quantitativa, non potevano considerarsi dettate in esecuzione di una disposizione di legge; ma soprattutto esse - considerate nel loro contenuto - lasciavano all'autonoma valutazione dei consorzi la determinazione dell'oggetto dei piani produttivi, dell'ammontare del limite produttivo nonché delle quote individuali che vengono concretamente attribuite ai singoli consorziati. Inoltre, ed è ciò che maggiormente rileva, gli stessi consorzi sono risultati pienamente autonomi quanto all'accertamento della sussistenza dei presupposti cui il menzionato decreto ministeriale subordinava la possibilità di fissare - ad opera dei consorzi medesimi - un limite massimo di produzione. In altri termini, a fronte di norme secondarie che pongono obbiettivi generali, si assisteva ad un complesso di attività di esclusiva pertinenza dei consorzi che ad essi sono risultate interamente imputabili<sup>70</sup>.

### a) L'applicazione del principio di proporzionalità

Le brevi considerazioni che precedono e, soprattutto, i provvedimenti appena richiamati, sembrano indicare come l'Autorità abbia già intrapreso una strada che potrebbe, se percorsa per intero, consentire di conseguire risultati di particolare efficacia relativamente alle concrete possibilità di applicazione della legge n. 287/90.

Appare infatti coerente con i precedenti menzionati uno sviluppo che conduca ad operare un controllo della condotta privata fondato su di un criterio di proporzionalità tra i concreti comportamenti dell'impresa e gli obbiettivi determinati dalla disposizione di legge cui essi si riferiscono. Una verifica

---

<sup>69</sup> A tal riguardo nel provvedimento **CONSORZIO DEL PROSCIUTTO DI SAN DANIELE-CONSORZIO DEL PROSCIUTTO DI PARMA** può leggersi che *"la circostanza che le leggi di tutela -nonché i regolamenti per quanto riguarda i profili attuativi- attribuiscono agli organismi consortili la mera facoltà di adottare piani di programmazione della produzione non può certamente giustificare né tantomeno rendere lecita (rispetto al divieto sancito dal predetto articolo 2, comma 2) ogni attività di programmazione in qualsiasi forma essa venga effettivamente posta in essere. Le relative disposizioni contenute nelle citate leggi 26/90 e 30/90 non hanno altro fine che quello di conferire un potere, il concreto esercizio del quale, non essendo peraltro compiutamente disciplinato dalle fonti normative, deve ovviamente confrontarsi con l'esistenza di divieti espressi da altre disposizioni legislative. In quest'ottica anche le indicazioni provenienti dagli organi comunitari inducono a ritenere che ove sussista uno spazio di autonomia nella scelta degli strumenti da adottare per l'assolvimento di determinate funzioni, questi non devono porsi in conflitto con le norme che tutelano la concorrenza"* (par. 71).

<sup>70</sup> Più in particolare, l'attività di controllo quantitativo, attraverso la predisposizione di piani produttivi da parte del Consorzio è stata introdotta con il Decreto Ministeriale 14 dicembre 1981, l'atto con cui è stato affidato ai consorzi "il controllo sulla produzione dei rispettivi formaggi a denominazione d'origine e tipica onde assicurare nell'ambito di detti formaggi l'equilibrio tra produzione e consumo". In merito l'Autorità ha accertato che *"si deve osservare, quindi, che la programmazione non solo è disciplinata in un atto diverso dalla legge n. 125/1954, ma sembra anche considerata uno strumento per realizzare un fine ulteriore rispetto a quello della tutela e vigilanza della qualità. Infatti, il fondamento della disciplina suddetta è rinvenibile nell'opportunità, in presenza di situazione pregiudizievoli per lo sviluppo produttivo ed economico del settore zootecnico di favorire iniziative che saranno poste in essere da detti consorzi volontari di produzione, atte ad assicurare l'equilibrio tra produzione e consumo dei formaggi a denominazione d'origine e tipica"*. (punto 110 della motivazione).

Inoltre, benché il citato D.M. 1981 definisse il contenuto della programmazione in caso di squilibrio tra domanda e offerta, imponendo ai consorzi di fissare nel piano un limite di produzione, l'Autorità ha stabilito che *"si deve ritenere che sussista comunque un ambito di discrezionalità per i consorzi nell'individuazione dell'esistenza o del possibile verificarsi di situazioni pregiudizievoli"* (punto 113 della motivazione).



svolta sulla base di tale principio consentirebbe infatti un esame della coerenza interna del comportamento, un esame cioè della rispondenza dei mezzi adoperati rispetto ai fini perseguiti<sup>71</sup>.

Occorre ammettere, infatti, che laddove una legge conferisca a soggetti privati la possibilità di porre in essere comportamenti di carattere anticoncorrenziale, questo avviene, evidentemente, in ragione di obbiettivi ritenuti degni di tutela dall'ordinamento. Ciò che rimane, in ogni caso, necessario è evitare che l'attuazione di tali condotte ecceda le ragioni che ne motivano la liceità e che, nel contempo, arrechi ai principi dell'ordinamento con cui si pone in contrasto (nella specie la libertà di concorrenza) un pregiudizio maggiore di quello indispensabile.

In questa prospettiva, il principio di proporzionalità rappresenta lo strumento principale per contemperare, rispetto all'esercizio di una determinata facoltà, il perseguimento degli obbiettivi in funzione dei quali tale facoltà è conferita da un lato, ed il complesso dei principi che reggono l'ordinamento dall'altro; e ciò qualora, come nei casi in esame, una condotta posta in essere in vista dei primi possa recare pregiudizio al soddisfacimento dei secondi<sup>72</sup>.

In pratica, un controllo come quello prefigurato implica un riscontro che ruota, appunto, intorno al concetto di necessità. Più in particolare, il comportamento considerato deve risultare necessario per l'adempimento del precetto normativo dal quale tra origine, sia nel senso di essere indispensabile al soddisfacimento di quest'ultimo, sia, soprattutto, nel senso di rappresentare, tra le varie alternative possibili, quella che meno di tutte comprime la libertà di concorrenza<sup>73</sup>.

Alla luce di quanto precede, un'impresa potrebbe dunque sfuggire all'applicazione del diritto della concorrenza soltanto laddove il suo operato sia conseguenza necessaria e diretta della legge; quando, cioè, l'esigenza di conformarsi ad un precetto normativo non lasci al soggetto destinatario alcun margine di autonomia, neppure quanto alle modalità di adempimento.

---

<sup>71</sup> Come è noto, il principio di proporzionalità trova spazio anche nel celebre art. 3B del Trattato sull'Unione Europea. Non solo, infatti, ai sensi del terzo paragrafo di tale articolo *"l'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obbiettivi del presente trattato"*; ma anche in termini più ampi *"il principio di sussidiarietà costituisce espressione .. (del) .. criterio di proporzionalità"*, Tesaro, (1995). E' proprio l'aggancio operato, in quella sede, tra il principio di sussidiarietà e quello di proporzionalità ad aver offerto alla dottrina più recente lo spunto per un esame della portata complessiva di quest'ultimo. Cfr. Lenaerts-Van Ypersele (1994); Van Gerven, (1992); Emiliou (1992); Maertens de Wilmars, (1992).

<sup>72</sup> E' appena il caso di ricordare che quello di proporzionalità è uno dei principi generali dell'ordinamento comunitario e che, in quanto tale, trova costante utilizzo in ogni ipotesi in cui si ponga l'esigenza di verificare la legittimità dell'esercizio di una facoltà di deroga rispetto alle regole del Trattato CE, concessa in vista di particolari esigenze.

Per quanto più in particolare riguarda le regole di concorrenza, l'art. 85.3 del Trattato CE prevede, com'è noto, che un'esenzione possa venire accordata soltanto a quelle intese che, tra l'altro, non *"impongano alle imprese interessate restrizioni che non sono indispensabili per il raggiungimento degli obbiettivi"*; in tal senso occorre dunque ricercare, proprio attraverso il principio di proporzionalità, la soluzione meno restrittiva della concorrenza tra quelle che consentono di conseguire i vantaggi previsti dall'art. 85.3 (cfr., ad esempio, sentenze del 13 luglio 1966, Consten/Grundig, cause 56 e 58/64, Racc. p.429; dell'8 giugno 1982, Nungesser, causa 258/78, Racc. p. 2015; e del 9 luglio 1992, Publishers Association, causa T-66/89, Racc. p. II-1995).

Analogamente, l'art.90.2 del Trattato CE può trovare applicazione solo dopo che si sia dato corso ad una verifica di proporzionalità tra la fattispecie esaminata e la deroga ivi contemplata; è infatti giurisprudenza costante che un'impresa incaricata della gestione dei servizi di carattere economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, è esentata dal rispetto delle regole di concorrenza solo qualora il comportamento oggetto di valutazione, risulti in rapporto alla concreta fattispecie di volta in volta esaminata, l'unico comprovato e possibile mezzo per conseguire le finalità istituzionali dell'ente (cfr.tra le altre, sentenze del 23 aprile 1991, Hofner, causa C-41/90, Racc. p. I-1979; del 19 maggio 1991, ERT, causa C-260/89, Racc. p. I-2995; del 13 dicembre 1991, GM-INNO-BM, causa C-18/88, Racc. p. I-5941).

Il principio in discorso trova spazio, infine, anche in materia di aiuti di Stato. Per l'applicazione dell'art. 92 , terzo comma, par. c), l'intensità dell'intervento finanziario ad opera dei pubblici poteri deve essere, infatti, proporzionata alle difficoltà da risolvere, in maniera da ridurre al minimo le distorsioni sul gioco della concorrenza (cfr., per tutte, Decisione della Commissione dell'11 agosto 1988, Renault, GUCE L220).

<sup>73</sup> E' appena il caso di aggiungere che la concreta attuazione di tale verifica richiede un'attenta analisi economica della fattispecie concreta. Nell'esercizio della propria attività istruttoria l'Autorità, infatti, dovrebbe dapprima determinare la funzione economica delle condotte contestate in relazione alla prefigurazione dei fini della normativa cui esse si riferiscono, e solo in un secondo momento valutare - sulla base del test di proporzionalità appena descritto - se tali condotte siano giustificate o meno in ragione dei precetti che la legge rivolge alle imprese che le pongono in essere.

Al contrario, laddove le concrete modalità di adempimento siano affidate alla determinazione dei destinatari, questi ultimi potranno evitare l'applicazione della legge soltanto qualora le loro attività si dimostrino necessarie e proporzionate alla realizzazione dei precetti di cui sono destinatarie, ovvero siano, per utilizzare una formula elaborata dall'Autorità in sede di applicazione dell'art. 8 della legge n. 287/90, l'unico comprovato e possibile mezzo per conseguire le finalità dettate dalla legge in rapporto alla concreta fattispecie di volta in volta esaminata. In ogni altra ipotesi, infatti, le imprese godono di una - pur limitata - autonomia concorrenziale; di tale autonomia esse si giovano ponendo in essere una serie di condotte che, al pari di quelle di ogni altra impresa, devono essere sottoposte alle norme a tutela della concorrenza.

## **b) Le analogie con la prassi applicativa dell'art. 8 legge n. 287/90**

Non possono, a questo punto, sfuggire le analogie che la soluzione prospettata presenta con la metodologia seguita dall'Autorità per verificare l'applicabilità della legge n. 287/90 alla luce dell'art. 8 della stessa.

In quel caso, come è ben noto, il legislatore, al fine di realizzare una completa parità di trattamento tra iniziativa economica pubblica e privata, con la previsione dell'art. 8, primo comma, ha reso soggetti destinatari della legge n. 287/90 tutti coloro i quali agiscono sul mercato a prescindere dalla loro veste giuridica. La norma, infatti, da un lato permette di assoggettare alla normativa a tutela della concorrenza imprese pubbliche e private su un piano di completa parità, e dall'altro, riconosce che il conferimento della titolarità di diritti speciali o esclusivi a taluni soggetti, connesso al perseguimento di attività di interesse generale, può comportare una limitazione all'applicazione dei principi di tutela della concorrenza<sup>74</sup>.

E' quest'ultima l'unica deroga che il principio di eguaglianza tra pubblico e privato giustifica in favore dell'intervento pubblico in economia; ma non è quello delle imprese "pubbliche" l'unico strumento che consenta un intervento diretto dello Stato in economia. Qualora lo Stato operi il proprio intervento regolando direttamente alcuni aspetti gestionali dell'attività di una o più imprese ci si trova, pertanto, di fronte all'esigenza di operare una composizione di interessi del tutto analoga a quella espressamente regolata dal legislatore nel quadro del citato art. 8. Si tratta, cioè, di determinare la possibilità per una normativa settoriale, di mettere al riparo i destinatari dall'applicazione di una normativa generale che dà diretta attuazione ad un principio formalizzato a livello costituzionale.

Ed ancora, si consideri che se l'art. 8 consente all'Autorità di intervenire per assicurare condizioni concorrenziali persino nei mercati in cui, per disposizioni di legge, operano imprese in monopolio o che forniscono servizi di interesse economico generale<sup>75</sup>, permettendo quindi di applicare

---

<sup>74</sup> Come è noto, l'Autorità vincola l'ambito di applicazione della deroga in questione proprio al rispetto dei principi di necessità e proporzionalità in rapporto alle finalità di interesse generale specificamente perseguite. Su queste premesse, l'applicazione delle regole di concorrenza può essere esclusa solo laddove le condotte restrittive della concorrenza poste in essere dall'impresa investita della missione di interesse generale siano conseguenza necessaria e diretta della legge, talché l'esigenza di conformarsi ad un precetto normativo non lasci al soggetto investito di detto servizio alcun margine di autonomia, neppure quanto alle modalità di adempimento del servizio. Per contro, in tutte le ipotesi in cui la riserva normativa attributiva di un diritto esclusivo in capo ad una certa impresa non identifichi espressamente le condotte a cui l'impresa è tenuta nell'esercizio del suo diritto, queste potranno essere ascritte all'ambito di autonomia privata dell'impresa in questione e valutate secondo i consueti parametri di proporzionalità. In tali ipotesi, infatti, essendo le concrete modalità di adempimento di una missione di interesse generale affidate alla libera determinazione dei destinatari di un precetto legislativo, questi ultimi potranno sottrarsi all'applicazione delle regole di concorrenza soltanto qualora le loro attività si dimostrino necessarie e proporzionate all'adempimento degli obblighi di legge; ovvero siano l'unico comprovato e possibile mezzo per assicurare il corretto adempimento della missione istituzionale. E' poi altrettanto noto che l'approccio appena descritto è fortemente ispirato a quello seguito dalle istituzioni comunitarie in sede di applicazione dell'art. 90 del Trattato CE (cfr., tra le numerosissime pronunce della Corte di Giustizia delle CE in materia sentenze del 11 aprile 1989, *Ahmed Saeed*, causa 66/86, Racc. p. 803; del 23 aprile 1991, *Hofner*, causa C-41/90, Racc. p. I-1979; del 18 giugno 1991, *ERT*, causa C-260/89, Racc. p. I-2995; del 10 dicembre 1991, *Porto di Genova*, causa C-179/90, Racc. p. I-5889; del 13 dicembre 1991, *GM-INNO-BM*, causa C-18/88, Racc. p. I-5941; del 19 maggio 1993, *Corbeau*, causa C-320/91; Racc. p. I-2533.; del 17 maggio 1994, *Corpo Piloti del Porto di Genova*, causa C-18/93; del 5 ottobre 1994, *Société civile agricole du centre d'insémination de la Crespelle*, causa C-323/93.).

gli artt. 1-7 della legge anche ai fornitori di servizi pubblici essenziali per tutto quanto non necessario all'adempimento degli specifici compiti loro affidati; non si vede come, in assenza un'espressa deroga<sup>76</sup>, lo stesso non debba avvenire per quel complesso di attività che, pur se oggetto di una regolamentazione normativa, rivestono un'utilità sociale certo minore di quelle considerate dal più volte citato art. 8.

E' dunque evidente che a tali misure debba essere riconosciuta una portata derogatoria rigorosamente limitata a quanto sia strettamente necessario alla realizzazione delle esigenze perseguite.

Pertanto, pur ammettendo che, al pari della legge a tutela della concorrenza, anche la regolamentazione diretta dei comportamenti economici di impresa sia funzionale al perseguimento di obiettivi di interesse generale, è soltanto alla prima che compete di scongiurare comportamenti abusivi anche negli ambiti coperti da regolamentazione, ma in cui permangono margini di discrezionalità da parte delle imprese, evitando, quindi che tale regolamentazione possa dar luogo a restrizioni della concorrenza ingiustificate rispetto agli obiettivi perseguiti<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Il provvedimento del 4 luglio 1996 *ACI/Europe Assistance* offre un chiaro esempio di quanto esposto nel testo. In quell'occasione l'Autorità ha constatato che il comportamento posto in essere dalla società Autostrade consistente nel rifiutare l'accesso alla propria rete alla società Europe Assistance per lo svolgimento del servizio di soccorso autostradale, costituiva una violazione dell'art. 3 della legge n. 287/90. Preliminarmente, essa ha però escluso che l'ente erogatore del servizio in esclusiva potesse avvalersi della clausola derogatoria di cui all'art. 8.2 della legge n. 287/90. Per quanto in questa sede rileva, pur riconoscendo che il soccorso autostradale potesse essere annoverato tra i servizi di interesse generale erogato all'utenza con i caratteri dell'universalità, l'Autorità ha accertato che l'ente erogatore del servizio del soccorso autostradale in regime di monopolio si è visto conferire l'esclusiva non in virtù di una espressa volontà del legislatore, ma per deliberata scelta dell'ente concessionario della rete autostradale, posto che la normativa di riferimento prevedeva soltanto un vincolo teleologico (lo sgombero e la sicurezza delle autostrade), senza imporre né un modello particolare di organizzazione, né tantomeno l'affidamento del servizio in questione in esclusiva. La decisione, pertanto, del concessionario della rete autostradale di attribuire l'erogazione del servizio ad un unico soggetto è stata apprezzata alla stregua di una condotta interamente ascrivibile all'ambito di autonomia privata e come tale soggetta al vaglio della disciplina *antitrust* sulla base dei parametri di necessità e proporzionalità sopradescritti.

Applicando siffatto *test*, l'Autorità ha appunto constatato che nel rifiutare l'accesso alla propria rete a soggetti diversi da ACI la Società Autostrade faceva venir meno il presupposto imprescindibile per lo svolgimento del servizio di soccorso, il che determinava, ad opera del gestore della sola infrastruttura che permetteva l'accesso al mercato del soccorso autostradale, la massima compressione possibile della concorrenza su quel mercato. Una condotta del genere, sarebbe, pertanto, potuta rientrare nell'ambito di applicazione del più volte citato art. 8, secondo comma, soltanto laddove fosse effettivamente risultata l'unico strumento disponibile per Autostrade al fine di garantire il soccorso autostradale nei termini precisati dalla vigente normativa. Gli elementi istruttori raccolti dall'Autorità hanno però dimostrato che l'universalità del servizio di soccorso autostradale non era messa in causa dall'eventuale presenza di una pluralità di operatori, in particolare avuto riguardo alla circostanza che nei principali paesi europei (Francia, Spagna, Germania e Regno Unito) lo stesso servizio si caratterizzava per la presenza di più di un operatore e per un grado di universalità largamente confrontabile con quello prevalente sulla rete autostradale italiana.

<sup>76</sup> Diverso sarebbe il caso se il legislatore italiano avesse inserito all'interno della l.287/90 una norma corrispondente a quella dell' art. 51 dell'ordonnance n.45-1483 del 30 giugno 1945, ai sensi della quale non sono oggetto del diritto francese della concorrenza "*les actions concertées, conventionnés ou ententes ainsi que les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprise occupant une position dominante lorsqu'elles résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire*".

<sup>77</sup> Una costruzione del genere appare inoltre coerente con le previsioni relative al coordinamento di competenza contenute nella legge n. 481 del 1995, in relazione ai rapporti tra autorità di regolazione e Autorità della Concorrenza. La normativa della concorrenza si applica anche nei settori sottoposti a regolazione, poiché non è prevista nessuna eccezione; la sua applicazione avverrà peraltro nei limiti in cui certe condotte siano imputabili alle imprese, e non già il risultato di prescrizioni imposte dalle autorità di regolamentazione. Infine, a conferma del carattere generale che le norme di tutela della concorrenza hanno in un sistema che ha trovato nel mercato il suo quadro di riferimento, gli organismi di regolazione dovranno segnalare all'Autorità Garante i comportamenti delle imprese che eventualmente restringono la concorrenza.

#### 4. I RIFLESSI SUL PIANO SANZIONATORIO

Una considerazione finale sembra meritare l'eventuale trattamento sanzionatorio da riservare al complesso delle ipotesi considerate.

Il punto di partenza per tale breve riflessione deve muovere dall'art. 15 della legge 287 che, come è noto, conferisce all'Autorità una potestà sanzionatoria, affiancandola gli ordinari poteri di diffida, ogni qual volta la violazione delle disposizioni in materia di intese e di abuso di posizione dominante riveste un carattere di gravità<sup>78</sup>. E' altrettanto noto che la nozione di "infrazione grave" gioca un ruolo centrale anche nel sistema sanzionatorio comunitario quale risulta dal reg. 17/62 ed in particolare dal suo art. 15.

In quella sede la Corte di Giustizia è intervenuta a più riprese per precisare quali siano i criteri cui la Commissione deve rifarsi nella sua attività di accertamento formulando una serie di parametri cui anche l'Autorità ha, in più di un'occasione, fatto riferimento.

Ora, tra questi parametri è dato rinvenirne alcuni che appaiono particolarmente pertinenti rispetto al problema in discussione. Più in particolare, nell'esame della gravità complessiva dell'infrazione la Corte impone un approccio simile a quello che deve essere utilizzato per apprezzare la restrittività di una pratica anticoncorrenziale. Essa ha infatti statuito che *"per valutare la gravità dell'infrazione, onde determinare l'importo di un'ammenda, la Commissione deve tener conto non solo delle circostanze particolari della fattispecie, ma anche del contesto (economico e giuridico) in cui si colloca l'infrazione"*<sup>79</sup>. E' proprio facendo leva sulla rilevanza del contesto economico e giuridico che la Corte, nella sentenza Suker Unie<sup>80</sup>, ha riconosciuto che l'organizzazione del mercato comunitario dello zucchero fosse quasi del tutto regolamentata, incoraggiando, in tal modo, i produttori a comportarsi in modo anticoncorrenziale; ed ha, in conseguenza, ritenuto che la pratica dovesse venire sanzionata con minore severità di quanto sarebbe avvenuto se essa fosse intervenuta in un settore economico più aperto alla concorrenza.

La Corte ha dunque riconosciuto che in presenza di un quadro normativo caratterizzato da penetranti interventi regolamentari sulle attività delle imprese protagoniste di una violazione alle regole di concorrenza, si assiste ad un notevole affievolimento della gravità complessiva dell'infrazione stessa.

La giurisprudenza in parola appare invero suscettibile di essere recepita anche dalla prassi dell'Autorità, cui rimarrebbe, in ogni caso, la possibilità di scegliere tra due alternative. In seno al Reg. 17/62, infatti, la gravità dell'infrazione viene presa in considerazione soltanto per determinare il *quantum* della sanzione. Al contrario, in ambito nazionale, il requisito in parola assume una duplice valenza rappresentando, come è noto, sia il presupposto per l'irrogazione della sanzione, che il criterio guida per la commisurazione della medesima.

L'Autorità potrebbe quindi valutare, caso per caso, se il contesto regolamentare proprio di ciascuna fattispecie rilevi sul piano della gravità quale presupposto di una sanzione, ovvero della gravità quale criterio di commisurazione della medesima.

---

<sup>78</sup>Sul sistema sanzionatorio previsto per violazione delle disposizioni sostanziali della legge n. 287/90 cfr. Toffoletto, (1996); Di Via, (in corso di pubblicazione). Sia inoltre consentito il rinvio a Fattori-De Vita, (1996).

<sup>79</sup>Sentenza del 7 giugno 1983, *Musique Diffusion Francaise*, cause riunite 100-103/80, Racc. p. 1825.

<sup>80</sup>Sentenza del 16 dicembre 1975, cause riunite 40-48, 50, 54, 56, 111, 113-114/73, Racc. p. 1663. Nello stesso senso si veda, inoltre, la sentenza del 29 ottobre 1980, *Fedetab*, cause riunite 209-215, 218/78, Racc. p. 3262; in particolare punto 126 della motivazione.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ABATE A. (1994), "Droit communautaire, privatisations et dereglementations", *Atti del XVI congresso FIDE*, p.15.

AMATO G. (1992), "Il mercato nella Costituzione", *Quaderni Costituzionali*, a. XII, n. 1.

AMATO G. (1996), "Le autorità indipendenti", in corso di pubblicazione in *Storia d'Italia-Annuali-Diritto e Giustizia*, Einaudi, Torino.

AMATO G. - BARBERA A. (1994), *Manuale di Diritto Pubblico*, Bologna.

AREEDA P. - TURNER D. F. (1978), *Antitrust law*, vol. I, Boston.

BLAISE G. (1985), "Droit de la concurrence: respecte des articles 85 et 86 du traité par les Etats membres", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n. 3, p. 559.

CARBONE S.M. - MUNARI F. (1996), "Port services ancillary to navigation between market and service requirements", *Diritto Marittimo*, I, p. 3.

CASSESE S. (1996), "Il posto dei poteri indipendenti nell'ordinamento" in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, in questa collana, edizione speciale, ottobre, p. 249.

CASSESE S. - FRANCHINI C. (1996), a cura di, *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna.

CLARICH M. (1994)," Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato" in "*Mercati e amministrazioni indipendenti*", Milano, p. 128.

CLARICH M. (1996), "Il ruolo dell'Autorità garante nella promozione della concorrenza" in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, in questa collana, edizione speciale, ottobre, p. 259.

DI VIA L. (1997), "Considerazioni sulle sanzioni amministrative nel sistema della repressione degli illeciti anticoncorrenziali in Italia", relazione (in corso di pubblicazione) presentata al Convegno "Antitrust. I comportamenti delle imprese a confronto con i divieti e sanzioni della disciplina antimonopolistica", Milano, 6 febbraio.

DONATIVI V. (1993), "Introduzione Storica", in *Diritto Antitrust Italiano I*, Bologna, p. 91.

EHRICKE F. (1990), "State intervention and EEC competition law opportunities and limits of the European Court of justice's approach - a critical analysis of four key cases", *World competition*, n. 1, p. 79.

EMILIOU N. (1992), "Subsidiarity: an effective barrier against the enterprises of ambition", *European Law Review*, p. 383.

FATTORI P. (1996), "L'applicazione della legge 287/90 nei settori regolamentati" relazione, presentata all'incontro fra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e Corte dei Conti (dicembre).

FATTORI P. - DE VITA M. (1996), *Il regime sanzionatorio delle intese restrittive degli abusi di posizione dominante*, in questa collana, n. 3, settembre.

- FRANCHINI C. (1988), "Le autorità amministrative indipendenti", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*.
- GALGANO F. (1990), *Diritto civile e commerciale*, I, Padova.
- GIANNINI M. S. (1993), *Diritto Amministrativo*, Milano.
- GYSELEN L. (1989), "State action and effectiveness of the EEC treaty's competition provisions", *Common Market Law Review*, p. 33.
- HOFFMAN M. (1990), "Anti-competitive state legislation condemned under articles 85 and 86 of the EEC Treaty: how far should the court go after Van Eycke?", *European Law Review*, n. 1, p. 22.
- HOVENKAMP H. (1994), *Federal Antitrust Policy*, St. Paul Minn.
- JENNY F. (1996), "Autorità amministrative indipendenti tutela della concorrenza: l'esperienza del Conseil de la Concurrence" in *La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali*, in questa collana, edizione speciale, ottobre, p. 269.
- JOLIET R. (1988), "Réglementations étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire de la concurrence", *Cahiers de Droit Européen*, n. 4, p. 363.
- KOVAR R. (1986), "Droit communautaire de la concurrence et droit international", *Cahiers de Droit Européen*, n. 1, p. 127.
- KOVAR R. (1996), "Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laicisée", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2-3, p. 215.
- LENAERTS K. - VAN YPERSELE P. (1994), "Le principe de subsidiarité et son contexte", *Cahiers de Droit Européen*, p. 3.
- MAERTENS de WILMARS J. (1992), "Du bon usage du principe de subsidiarité", *Revue du Marché Unique Européen*, p. 198.
- MARENCO G. (1986), "Le traité CEE interdit-il aux Etats membres de restreindre la concurrence?", *Cahiers de Droit Européen*, n. 1, p. 285.
- MAZZAROLLI L. - PERICU G. - ROMANO A. - ROVERSI MONACO F.A. - SCOCA F.G. (1993), *Diritto Amministrativo*, Bologna.
- MELI V. (1997), "Attuazione della disciplina antitrust e regolamentazione dei mercati", *Giurisprudenza Commerciale*.
- PARCU P.L. (1996), *Stato e concorrenza. L'attività di segnalazione dell'Autorità Antitrust: contenuti, efficacia e prospettive*, in questa collana, n. 4, dicembre.
- PERA A. (1996), "Autorità di Garanzia, Autorità di Regolazione e tutela della Concorrenza", relazione presentata al XX Convegno annuale della rivista "*L'Industria*".
- PEZZOLI A. (1996), "Norme tariffarie, autonomia di impresa e concorrenza", relazione presentata al XX Convegno annuale della rivista "*L'Industria*".
- REICH N. (1994), "The november revolution of the Court of Justice", *Common Market Law Review*, n. 3, p. 459.

ROBERTI G.M. - TIZZANO A. (1995), "Tariffe e prezzi amministrati: profili di diritto comunitario", *Foro Italiano*, IV, p. 310.

SANDULLI A. M. (1989), *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli.

TESAURO G. (1995), *Diritto Comunitario*, Padova.

TIZZANO A. (1997), "L'applicazione decentrata degli artt. 85 e 86 CE in Italia", *Foro Italiano*, IV, p. 43.

TODINO M. - LUDER T. (1995), "La jurisprudence Keck en matière de publicité, vers un marché unique inachevé", *Revue du Marché Unique Européen*, n.1, p. 189.

TOFFOLETTO A. (1996), *Antitrust: le sanzioni*, Milano.

TORCHIA L. (1996), "Gli interessi affidati alle Autorità indipendenti", in S. CASSESE e C. FRANCHINI, a cura di, *I garanti delle regole*, Bologna.

VAN GERVEN W. (1992), "Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux", *Journal des Tribunaux*, p. 305.

VESPERINI G. (1990), "Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti" *Diritto della banca e dei mercati finanziari*, I.

VIRGA P. (1972), *Il provvedimento amministrativo*, Milano.

WAELEBROEK D. (1987), "Application des règles de concurrence du traité de Rome à l'autorité publique", *Revue du Marché Commun*, n. 3, p.25.