

Consiglio Nazionale delle Ricerche



ISTITUTO DI RICERCA SULL'IMPRESA E LO SVILUPPO
Via Real Collegio, 30 - 10024 Moncalieri Italy.

LA POLITICA PER LA CONCORRENZA NELL'UNIONE EUROPEA

a cura di G.Vitali

Appunti per corso di "Politica Economica"
a.a. 2010-2011, versione del 5-11-2010

Indice

1	Introduzione	3
2	Le intese e gli accordi tra imprese.....	5
3	L'abuso di posizione dominante.....	10
4	Le concentrazioni.....	13
5	Gli aiuti di stato.....	17

La politica per la concorrenza nell'Unione Europea¹

1 INTRODUZIONE

La politica per la concorrenza riveste un ruolo di particolare importanza tra le politiche dell'Unione Europea.

Infatti, senza la concorrenza nei mercati, i consumatori non potrebbero godere dei benefici che la realizzazione del mercato unico europeo (completato nel 1992) e quella dell'Unione Economica e Monetaria (completata nel 1999) consentono.

Senza la politica di concorrenza, le imprese in regime di monopolio o quelle che si spartiscono il mercato oligopolistico sarebbero i maggiori beneficiari della riduzione dei costi di transazione o dell'aumento dell'efficienza allocativa che il mercato unico europeo e l'UEM consentono. E tra le imprese, le grandi imprese si sproporzionerebbero di tali benefici a danno delle piccole e medie imprese.

Nel presente capitolo sulla politica economica finalizzata a garantire la concorrenza in Europa cercheremo di illustrare le principali componenti che costituiscono la politica per la concorrenza:

- la lotta alle intese e agli accordi collusivi;
- la lotta all'abuso di posizione dominante;
- la regolamentazione preventiva delle concentrazioni;
- la lotta contro gli aiuti che lo stato concede alle imprese, quando gli aiuti sono di tipo protezionistico e creano una concorrenza sleale all'interno del mercato unico.

Prima di esaminare le singole componenti della politica per la concorrenza nell'Unione Europea, è necessario premettere gli obiettivi primari che la politica per la concorrenza europea si dovrebbe porre.

Il primo obiettivo della politica di concorrenza è quello di garantire la migliore allocazione delle risorse. Infatti, tutte le legislazioni antitrust cercano di far raggiungere al sistema economico il maggior livello di

¹ Questi appunti sono fortemente debitori dal testo di Luigi Benfratello, La politica di concorrenza, in G.Vitali (a cura di), Imprese e mercati nell'Europa della moneta unica, Utet, 2001, di cui rappresentano una sintesi e un aggiornamento. Errori e omissioni sono da imputare al sottoscritto.

concorrenza nell'ipotesi che da esso derivi un utilizzo ottimale delle risorse, al contrario di quanto accade se il sistema vivesse una situazione di monopolio o di oligopolio non concorrenziale. Gli *animal spirit* e la “mano invisibile” del mercato spingono gli operatori ad allocare le risorse economiche (capitale, lavoro, ecc.) laddove si scorgono la migliore efficienza e le migliori prospettive di impiego. Più è ampio l'ambito geografico in cui gli operatori economici possono liberamente muoversi e maggiori saranno le opportunità di allocare in modo più efficiente rispetto all'attuale le risorse economiche. Il mercato unico offre pertanto nuove e grandi opportunità di miglioramento del sistema capitalistico europeo, che raggiunge così un grado di efficienza più elevato del precedente.

Il secondo obiettivo della politica di concorrenza europea riguarda il supporto che essa può dare a migliorare l'integrazione economica (o comunque a non farla peggiorare a causa degli operatori che controllano il mercato). La ricerca di un buon livello di concorrenza viene perseguita all'interno del progetto di integrazione economica, nel senso che la politica antitrust può operare al fine di rafforzare il mercato interno, evitando che le imprese, ad esempio con accordi di esclusiva territoriale, influiscano sugli scambi e creino segmenti del mercato interno. Per esempio, tale segmentazione del grande mercato interno europeo potrebbe essere condotta per territori, per tipologia di consumatori o per tipologia di prodotto. Per tale motivo, la legislazione antitrust comunitaria va oltre le politiche antitrust nazionali, nel tentativo di integrarsi con le altre politiche comunitarie che contribuiscono al rafforzamento del mercato unico. Si vuole pertanto evitare che dopo aver eliminato le barriere non tariffarie e quelle tariffarie imposte dai governi nazionali, ci siano degli operatori privati che hanno il potere di creare altre barriere di segmentazione del mercato.

Accanto a questi due obiettivi primari, la politica per la concorrenza europea ne persegue, in modo secondario, anche un terzo, la cosiddetta “tutela dei concorrenti”, che si contrappone alla precedente suddetta “tutela della concorrenza”. Questo terzo obiettivo cerca di tutelare le piccole e medie imprese europee e deriva dal timore dei rischi connessi ad una eccessiva concentrazione del potere economico in poche grandi imprese. La presenza di tante piccole imprese è infatti il sintomo che esiste un buon livello di concorrenza nel mercato, sia che gli operatori principali non abusano del proprio potere di mercato.

Nei prossimi paragrafi vediamo come la politica di concorrenza cerca di raggiungere i tre obiettivi qui descritti tramite le quattro componenti prima indicate: intese e accordi collusivi; abuso di posizione dominante; concentrazioni; aiuti di stato.

Occorre tuttavia precisare che questo contributo analizza soprattutto gli aspetti economici e regolamentativi della politica per la concorrenza, tralasciandone però quasi tutti gli aspetti giuridici, che in realtà parimenti importanti².

2 LE INTESE E GLI ACCORDI TRA IMPRESE

Con il generico termine di intese si intendono tutte quelle situazioni in cui due o più imprese, anziché mettere in atto comportamenti competitivi, coordinano il loro comportamento in modo tale che non ci sia concorrenza, o “troppa concorrenza” tra di esse.

Tale coordinamento può essere esplicito, come nel caso degli accordi e dei cartelli, ovvero implicito, come nel caso delle cosiddette “pratiche concordate”.

La motivazione dell'intervento pubblico risiede nella minore efficienza allocativa che l'accordo possiede rispetto alla libera concorrenza. Infatti, non essendovi concorrenza tra le imprese del cartello, le forze del libero mercato non premiano l'impresa più efficiente, e le risorse economiche non vengono allocate (cioè destinate) alle imprese migliori. Per evitare la riduzione del benessere sociale, benessere legato alla possibilità di ottenere migliori prodotti a minori prezzi, le legislazioni antitrust vietano tale comportamento lesivo della libera concorrenza.

Come si vedrà, esistono tuttavia situazioni in cui i vantaggi che la collettività ottiene dalla libera concorrenza sono in realtà inferiori ai vantaggi che la collettività otterrebbe da un accordo tra le imprese: in alcune situazioni, ben definite, è meglio che non ci sia troppa concorrenza e troppe guerre commerciali tra gli operatori. Sono situazioni in cui tutti perderebbero qualcosa, in primis i consumatori. Per tale motivo le legislazioni antitrust prevedono esenzioni ai divieti generali, in modo che la collettività massimizzi i benefici che derivano da un comportamento non perfettamente concorrenziale da parte delle imprese.

L'art. 81 del Trattato sull'Unione è la norma che regola le intese e gli accordi di collusione.

Dopo avere stabilito il divieto degli accordi che distorcono la concorrenza all'interno del mercato unico e che pregiudicano il commercio fra gli stati membri, tale norma elenca alcune pratiche che sono più

² Per un'interpretazione giuridica delle norme comunitarie si veda Frignani & Waelbroek, 1996. Per un'introduzione divulgativa alla politica di concorrenza si veda Pera, 1998, mentre per un'analisi rigorosa dei fondamenti economici di tale politica si veda la prima parte del volume di Viscusi, Vernon & Harrington, 1995.

comunemente oggetto di accordo: la fissazione dei prezzi, la fissazione di quote di mercato, la ripartizione dei mercati, l'applicazione di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, il subordinare la conclusione del contratto a prestazioni supplementari non necessarie. Si tratta di azioni che portano dei benefici all'impresa che le applica perché vengono generalmente imposte da un'impresa leader, e non vengono invece "scelte" dal mercato, e cioè dall'acquirente.

Nella pratica attuazione di tale articolo, la Commissione si è raramente imbattuta in semplici accordi di prezzo, cioè accordi in cui le parti avevano stabilito esclusivamente sistemi di fissazione dei prezzi. I cartelli di prezzo sono infatti intrinsecamente instabili, perché una volta fissato congiuntamente il prezzo, conviene a ciascun partecipante ridurre unilateralmente tale prezzo per vendere una quantità maggiore.

Nella prassi, gli operatori non concorrenziali cercano di rafforzare queste forme di accordi inserendo dei meccanismi ulteriori, che vincolano i partecipanti a rispettare altre variabili aggiuntive, quali la fissazione di quote di mercato, la ripartizione dei mercati (caso del *Chinino* del 1969), la definizione di organizzazioni comuni di vendita (caso *CFA* del 1968).

L'accordo collusivo può essere reso stabile anche tramite lo scambio continuo di informazioni, sia riguardo ai prezzi, che alle altre condizioni di vendita praticate da ciascun operatore: sono tutte pratiche che la Commissione ha aspramente attaccato nel corso del tempo, come nel caso *IFTRA – Produttori di vetro* del 1974.

La Commissione ha infine affrontato anche le cosiddette "pratiche concordate". Tali pratiche sono diverse da un accordo esplicito in quanto manca un accordo ben delineato tra le parti, e la Corte le ha definite "consapevoli collaborazioni fra imprese a danno della concorrenza". Nel caso *Materie coloranti* del 1969, alcune imprese avevano a più riprese aumentato i propri prezzi in modo equiproporzionale, pur senza un accordo esplicito in tal senso. È questo un esempio di parallelismo di comportamento, che di per sé non è vietato. Infatti, tenere conto del comportamento di altre imprese nel decidere la propria condotta è del tutto naturale in un mercato oligopolistico; ciò che rende vietato il parallelismo è lo scambio di comunicazioni tra le parti in relazione al loro comportamento sul mercato. Nel succitato caso delle *Materie coloranti*, le imprese avevano infatti pubblicamente annunciato, con largo anticipo, l'aumento dei propri prezzi e l'ammontare di tale aumento, in modo che i "concorrenti" fossero preparati ad effettuare una mossa simile, a vantaggio di tutti.

Il paragrafo 3 dell'articolo 81 permette alla politica della concorrenza di essere flessibile nell'applicare il divieto di intese e accordi collusivi. Esso

infatti prevede che un accordo possa essere esentato dal divieto, anche se ha effetti nocivi sulla concorrenza, purchè generi dei benefici per i consumatori maggiori dei danni provocati dalla minore concorrenza. Alcuni esempi di questi accordi sono quelli derivanti da una maggiore produzione globale (in quanto genera generalmente maggiore occupazione e ricchezza del territorio), dalla possibilità di distribuire un bene altrimenti non effettuabile (in quanto aumenta la concorrenza come varietà dei prodotti a disposizione dei consumatori), dalla possibilità di avere innovazioni e un avanzamento del progresso tecnico (che favorisce ricadute – *spillover* - a vantaggio di tutte le imprese). Ovviamente, l'accordo deve imporre poche e ben precise limitazioni alla concorrenza, che deve continuare a sussistere in una certa misura: in sostanza, si limita la concorrenza solo per quella parte del *business* che aiuta a generare un beneficio per la collettività.

Questa tipologia di esenzione può essere concessa per singoli accordi, in base a specifiche decisioni, ovvero per categorie di accordi, in base ad appositi regolamenti.

Le esenzioni accordate in base a regolamenti hanno riguardato tre principali categorie di accordi:

- gli accordi di specializzazione e di ricerca e sviluppo (“accordi orizzontali”);
- gli accordi riguardanti la proprietà intellettuale (brevetti, licenze, know-how, ecc.);
- gli “accordi verticali”, cioè tra imprese che sono legate da un rapporto di fornitore/cliente (all'interno, per esempio, della stessa filiera produttiva).

Il caso degli accordi di specializzazione è trattato nel Regolamento 417/85, ove l'atteggiamento favorevole della Commissione nei confronti delle piccole e medie imprese nell'applicazione delle norme di concorrenza consente l'esenzione dal divieto contenuto nell'art. 81 di quegli accordi con i quali le piccole e medie imprese si impegnano reciprocamente a non fabbricare taluni prodotti, lasciando tale compito alla controparte, ovvero a fabbricare taluni prodotti solo in comune. Tale norma vuole consentire alle piccole e medie imprese di migliorare, grazie alla specializzazione, i loro processi produttivi rafforzando così la loro posizione competitiva nei confronti delle imprese maggiori. L'accordo in questione consente un maggior sfruttamento delle economie di scala, di tipo statico o dinamico, da parte della piccola impresa, i cui benefici vengono però in parte socializzati con la collettività: non determinano solo un aumento dei profitti per le imprese coinvolte, ma anche un beneficio per la collettività in termini di minori prezzi, maggiore produzione, maggiore varietà produttiva,

diversificazione dei fornitori, ecc.

Il secondo caso riguarda gli accordi di ricerca e sviluppo. La Commissione ha emanato il Regolamento 418/85 di esenzione per categoria per accordi che prevedano lo sfruttamento congiunto di risultati ottenuti da attività di ricerca e sviluppo svolta in comune. In realtà, i semplici accordi in ricerca congiunta non sono soggetti alle restrizioni antitrust, ma lo sono gli accordi di sfruttamento dei risultati dell'attività di ricerca, poiché tali accordi limitano la concorrenza tra le imprese nel mercato dei beni prodotti grazie alla ricerca in comune.

Tuttavia, se le imprese hanno incertezza nei profitti che potrebbero ottenere dall'attività di ricerca, che magari deve essere svolta in comune con altri operatori, esse possono essere disincentivate ad investire in ricerca e sviluppo, con danno per l'intera collettività che non beneficia del miglioramento nei prodotti o nei processi produttivi che l'avanzamento del progresso tecnologico consentirebbe.

Il Regolamento, pertanto, esenta quegli accordi in cui le conoscenze tecnologiche derivanti dalla ricerca comune contribuiscono sostanzialmente al progresso tecnico, e costituiscono un elemento decisivo per la fabbricazione di prodotti nuovi o migliori; inoltre, gli accordi possono beneficiare dell'esenzione collettiva se tutti i contraenti hanno accesso ai risultati e se, in caso di mancato sfruttamento congiunto, ciascun contraente resta libero di sfruttare indipendentemente i risultati e qualsiasi preesistente conoscenza tecnica necessaria a svolgere la ricerca oggetto dell'accordo. Infine, poiché il rischio di effetti negativi derivanti da limitazioni della concorrenza è maggiore se le imprese coinvolte nell'accordo sono concorrenti, il regolamento prevede condizioni di applicabilità più stringenti se le imprese partecipanti sono diretti concorrenti nel mercato dei prodotti che possono essere migliorati o sostituiti dai risultati della ricerca in comune.

Per quanto riguarda gli accordi sulla proprietà intellettuale, nel 1996 la Commissione ha emanato il Regolamento 240/96 sui "trasferimenti di tecnologia", il quale ha sostituito due precedenti regolamenti di esenzione, uno sugli accordi di licenza di brevetto e uno sugli accordi di licenza di *know-how*, cioè di informazioni tecniche non brevettate.

La "ratio" di questo regolamento di esenzione risiede nel volere temperare, da un lato, alle restrizioni alla concorrenza che accordi di licenza di brevetto o di *know-how* pongono alle parti, in termini di segmentazione dei mercati nazionali causata dall'esclusività territoriale che consentono al licenziatario di produrre e/o di vendere i prodotti cui si riferisce il brevetto, e dall'altro, agli aspetti positivi che tali accordi hanno, in particolare dovuti alla rischiosità dell'attività di ricerca e sviluppo, la quale genera i brevetti e, in misura minore, il *know-how*. Tali accordi favoriscono

il mercato della ricerca e cioè lo scambio della tecnologia tra gli operatori e consentono quindi una maggiore diffusione dell'innovazione a favore dei consumatori e delle imprese di piccole dimensioni: queste ultime non sono in grado di investire autonomamente in ricerca e sviluppo, e svolgono innovazione generalmente utilizzando (e cioè acquistando) le innovazioni altrui, sotto forma di brevetti e licenze tecniche. Le innovazioni acquisite sul mercato della ricerca vengono poi migliorate e trasformate in altre tipologie di innovazioni, che garantiscono il vantaggio competitivo della piccola impresa. E' un processo di miglioramento continuo, tipico delle piccole imprese italiane, che viene definito "innovazione senza ricerca", nel senso che le piccole imprese producono innovazioni pur non investendo direttamente nelle attività di ricerca e sviluppo. Tutto ciò accade solo se esiste un mercato in cui avviene la transazione della tecnologia, sotto forma di accordi che determinano la cessione di brevetti, di know-how o di licenze: il Regolamento in oggetto favorisce l'esistenza di tale mercato.

Un altro gruppo di accordi che beneficia di un'esenzione per categoria è costituito dagli accordi verticali, e cioè gli accordi tra imprese che non sono direttamente concorrenti tra loro perché sono posizionate in fasi successive del processo produttivo.

Tali tipi di accordo sono visti dalle autorità antitrust in modo più favorevole rispetto a quelli orizzontali, cioè tra le imprese poste nella stessa fase produttiva, proprio per il fatto che le imprese non sono direttamente concorrenti tra loro. Inoltre, un accordo verticale consente di ridurre il fenomeno opportunistico del *free-riding*, legato a quella parte di "bene pubblico" presente in ogni mercato. Infatti, in situazioni in cui è impossibile monitorare con certezza il comportamento della controparte (situazioni di informazione imperfetta), l'utilizzo esclusivo della quantità e del prezzo come variabili della transazione, senza accordi di limitazione della concorrenza, condurrebbe a un livello di investimento e di output inferiori a quelli ottimali: le parti, temendo che altri possano beneficiare del loro sforzo, sarebbero infatti spinte a sub-investire. Un esempio classico è un distributore che vorrebbe investire in spese di pubblicità per un dato marchio: tale attività gioverebbe anche ad altri eventuali distributori dello stesso marchio e pertanto se non gli fosse garantita un'esclusività territoriale non sarebbe incentivato a effettuare l'investimento in pubblicità in quel circoscritto territorio. Considerazioni analoghe valgono nel caso di un produttore che voglia effettuare un investimento, per esempio in formazione, nei confronti di uno specifico dettagliante che poi potrebbe usare tale formazione per vendere i beni di altri produttori. Con l'accordo, si evita il *free riding* ed aumentano gli investimenti dei privati, a tutto vantaggio della collettività.

Riconoscendo la necessità di accordi verticali che limitino la libertà

delle parti, la Commissione ha sin dal 1967 emanato regolamenti di esenzione per categoria: il Regolamento 1983/83 sugli accordi di distribuzione esclusiva, in cui il fornitore si impegna a rifornire soltanto un distributore in un determinato territorio; il Regolamento 1984/83 sugli accordi di acquisto esclusivo, in cui il distributore conviene di acquistare tutto il suo fabbisogno di un particolare prodotto soltanto da un fornitore; il Regolamento 4087/88 sugli accordi di *franchising*. Tali regolamenti sono stati aggiornati all'interno del Regolamento 2790 del 1999 a cui la Commissione ha fatto seguire le "Linee direttrici" sulle restrizioni verticali, che attuano e chiariscono il regolamento precedente. Nei regolamenti si definiscono alcune clausole vietate, la cui presenza fa perdere l'esenzione per categoria all'accordo; per esempio, sono vietate le clausole che impediscono le importazioni parallele, in quanto senza la possibilità di effettuare importazioni parallele si tornerebbe alla segmentazione dei mercati precedente al Mercato unico.

Con il regolamento 2790/1999 in materia di intese verticali, che sostituisce i regolamenti sugli accordi di distribuzione esclusiva, di acquisto esclusivo e di *franchising*, si recepiscono i suggerimenti della teoria economica secondo cui il potere di mercato delle parti è condizione necessaria, anche se non sufficiente, affinché un accordo verticale abbia un impatto restrittivo sulla concorrenza. Il regolamento, infatti, stabilisce che se le imprese coinvolte nell'accordo detengono una quota di mercato non superiore al 30% l'accordo gode automaticamente dell'esenzione, a meno che l'accordo non preveda clausole considerate particolarmente gravi quali l'imposizione di un prezzo di rivendita minimo o fisso e talune forme di restrizioni relative al territorio o ai clienti. In ogni caso, in presenza di tali clausole o di quote di mercato superiori al 30% l'accordo può essere esentato sulla base di decisioni individuali effettuate dall'Authority.

3 L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE

Le normative antitrust prevedono specifiche norme per impedire che imprese con un elevato potere di mercato lo utilizzino per limitare ulteriormente la concorrenza.

La teoria economica indica che il monopolio è negativo in termini di benessere sociale, poiché non alloca in maniera efficiente le risorse. Inoltre, la posizione di leadership può dar luogo a comportamenti scorretti, quali la creazione di barriere all'entrata, che permette all'impresa dominante di accrescere ulteriormente la propria quota di mercato.

In realtà, le legislazioni antitrust non vietano una posizione dominante di per

sé, in quanto tale, ma ne vietano l'abuso da parte dell'impresa leader: la norma rilevante è l'articolo 82, il quale stabilisce che "è incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio degli stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul Mercato comune o su una parte sostanziale di esso".

Per stabilire se esiste o meno un abuso di posizione dominante sono quindi necessari tre elementi: una posizione dominante, un abuso e un pregiudizio per il commercio all'interno della comunità.

Per quanto riguarda la posizione dominante, è necessario stabilire in via preliminare i confini del mercato, in termini geografici e merceologici, per definire successivamente l'esistenza di una posizione di dominanza su tale mercato. I limiti geografici del mercato vengono stabiliti da molteplici fattori, come la natura e la tipologia del prodotto in questione, e non si limitavano quindi a meri criteri geografici uguali per tutti. Del resto, l'art. 82 del riferirsi al pregiudizio sul mercato europeo indica il riferimento ad una "parte sostanziale del mercato comune", indicazione che è stata interpretata nella dimensione di uno stato, talvolta grande come la Germania e talvolta piccolo come il Belgio.

Più delicata è stata invece la delimitazione merceologica dei mercati. Il criterio generalmente usato è stato quello della sostituibilità fra i beni (misurata dall'elasticità incrociata): quanto più tale sostituibilità è alta quanto più i beni possono essere considerati come facenti parte del medesimo mercato.

Per quanto riguarda l'esistenza di una posizione di dominanza, la Corte l'ha interpretata come "una posizione di potere economico goduta da un'impresa che può prevenire una concorrenza effettiva, agendo indipendentemente dai concorrenti, dai fornitori, dai consumatori". Questa definizione necessita tuttavia di elementi oggettivi su cui basarsi. L'elemento quantitativo maggiormente utilizzato è stato la quota di mercato, unito ad altri elementi quali la quota dei concorrenti e la presenza di barriere all'entrata, ad esempio la facilità di accesso alle materie prime. Ciò ha portato a considerare come dominanti anche imprese che avevano solo il 40% circa del mercato, in situazioni in cui la quota degli altri concorrenti era molto piccola.

Si noti comunque come la quota di mercato sia strettamente legata alla definizione del mercato: in tal senso la Commissione ha spesso delineato in modo molto ristretto i vari mercati, facendo sì che le imprese avessero un'elevata quota di mercato e fosse pertanto più facile stabilirne la posizione dominante, con una maggiore possibilità di condannare l'abuso.

Per quanto riguarda gli abusi, praticamente tutti i vari tipi di abusi

delineati dalla letteratura economica sono stati affrontati dalla Commissione. Si noti come alcuni dei comportamenti descritti qui di seguito siano leciti (ad esempio la discriminazione del prezzo), ma diventino vietati allorquando posti in essere da imprese in posizione dominante.

Ecco i principali tipi di abuso individuati dalla letteratura: rifiuto di contrarre, sconti-fedeltà, “contratti leganti”, “prezzi predatori”, discriminazione di prezzo.

Il rifiuto di contrarre si verifica quando un’impresa in posizione dominante si rifiuta di operare con la controparte senza ragioni obiettivamente valide; caso comune è un fornitore che si rifiuta di fornire una materia prima ad un cliente. Tale pratica non solo mette in svantaggio competitivo il cliente nei confronti dei concorrenti di quest’ultimo, ma può anche essere usato dall’impresa monopolista per minacciare il cliente, inducendolo a rifornirsi solo presso da lei e porre quindi in svantaggio i propri concorrenti. Tale pratica si è verificata nel caso *Commercial solvent* del 1972.

Nei casi *Industria Europea dello Zucchero* del 1973 e *Hoffmann-La Roche* del 1976 la Commissione ha affrontato un’altra fattispecie di abuso di posizione dominante: la concessione di sconti-fedeltà. Imprese con potere di mercato – nell’obiettivo di indurre la clientela a non rifornirsi presso altri fornitori – possono concedere tali sconti non subordinandoli alla quantità acquistata dal cliente (come sarebbe lecito, visto che il minore prezzo di vendita potrebbe essere giustificato da un migliore sfruttamento delle economie di scala), ma alla proporzione del fabbisogno totale che il cliente richiede o alla condizione che il cliente si rifornisca esclusivamente presso di esse.

Altra fattispecie sono i cosiddetti “contratti leganti” (*bundling* o *tie-in*), con i quali un’impresa in posizione dominante in un mercato cerca di estendere il suo potere anche in altri mercati, legando in modo inscindibile l’acquisto del bene per il quale gode di potere di mercato con l’acquisto di altri beni (casi *IBM* del 1980 e *Tetra-Pack* del 1991).

Un’altra predatoria molto studiata dalla letteratura economica è rappresentata dai cosiddetti “prezzi predatori”, con i quali un’impresa vende sotto costo per eliminare concorrenti attuali o per disincentivare concorrenti potenziali a entrare nel mercato. Nonostante la teoria economica abbia evidenziato come tale comportamento sia razionale in poche circostanze e quindi nei fatti raro, la Commissione si è imbattuta in esso in occasione del caso *AKZO* del 1985.

Altra pratica vietata è la discriminazione di prezzo. Tale comportamento può infatti permettere alle imprese di praticare prezzi diversi nei vari mercati non in funzione di differenze nei costi ma in funzione delle

alternative a disposizione dei consumatori, impedendo così l'entrata di nuovi concorrenti. Per tale motivo, nel caso *United Brands* del 1975 la Commissione ha multato l'azienda distributrice del famoso marchio di banane Chiquita.

Si noti, infine, come la Commissione abbia considerato abuso di posizione dominante anche l'acquisto di imprese concorrenti, con conseguente pregiudizio della struttura concorrenziale. Tale interpretazione estensiva, applicata nel famoso caso *Continental Can* del 1971, è derivata, in realtà, dall'assenza di una specifica normativa comunitaria in tema di fusioni e acquisizioni, normativa introdotta solo alla fine degli anni '80 e che è l'oggetto della prossima sezione.

4 LE CONCENTRAZIONI

Le legislazioni antitrust prevedono norme che regolano le concentrazioni, cioè operazioni con le quali un'impresa acquisisce il controllo di un'altra impresa.

Infatti, tali operazioni, che scaturiscono dalla scelta di un'impresa di crescere esternamente, anziché internamente tramite investimenti che aumentano progressivamente la capacità produttiva, possono comportare effetti negativi sul benessere collettivo poiché mutano la struttura del mercato. Tale mutamento è negativo per una duplice ragione: da un lato, sostituendo due o più imprese indipendenti con un'unica entità che gode di una maggiore quota di mercato può conferire a quest'ultima una posizione dominante; dall'altro, riducendo il numero dei concorrenti, può favorire la collusione, essendo essa tanto più probabile, *coeteribus paribus*, quanto minore è il numero di imprese operanti nel mercato.

Allo stesso tempo, tuttavia, tali operazioni possono anche generare riduzioni di costo per le imprese coinvolte, attraverso economie di scala o di varietà, ed avere quindi effetti benefici che possono più che compensare gli effetti negativi derivanti da un aumento di potere di mercato.

Le varie legislazioni antitrust contemperano in vario modo gli effetti negativi e quelli positivi derivanti dalle operazioni di concentrazione.

Nel Trattato di Roma manca un'esplicita previsione di norme riguardanti le concentrazioni. Tale mancanza, tanto più evidente se si considera che il Trattato di Parigi istitutivo della CECA conteneva norme in tal senso, si spiega con il "favor" del legislatore comunitario nei confronti delle operazioni di fusione e acquisizione, dato che le imprese comunitarie erano considerate di dimensione limitata rispetto a quelle americane e giapponesi e se ne auspicava il loro rafforzamento attraverso la crescita

esterna.

Tuttavia, la Commissione si rese ben presto conto di come la mancanza di uno specifico controllo delle concentrazioni permettesse alle imprese di acquisire potere di mercato. Pertanto, la Commissione sin dal 1966 (Memorandum sulla Concentrazione) ha manifestato la necessità di una specifica regolamentazione, e ha anche usato l'art. 82 nel caso *Continental Can* del 1971 e successivamente l'art. 81 nel caso *Philip Morris* del 1985 come strumenti per il controllo delle concentrazioni. Tali articoli sono però degli strumenti imperfetti a fini di controllo delle concentrazioni, il che rendeva necessario uno specifico regolamento, emanato solo nel 1989 ed entrato in vigore nel dicembre 1990, anno in cui anche l'Unione Europea si dota di una vera e propria Autorità Antitrust.

Il criterio fondamentale su cui si basa il Regolamento 4064/89 per giudicare della liceità di un'operazione è quello della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, definita tale sulla base dei criteri geografici e merceologici già visti in tema di abuso di posizione dominante. Nessuna esplicita considerazione è invece fatta in merito a modificazioni nella struttura di mercato che possono facilitare la collusione né a eventuali riduzioni di costo che l'operazione potrebbe comportare per le imprese coinvolte.

Il campo di applicazione del regolamento merita qualche commento. Il Regolamento ha infatti introdotto la nozione di "operazioni di dimensione comunitaria" che nei fatti sostituisce la dizione "che influenza il commercio tra gli stati membri" per delimitare la competenza comunitaria. La versione originale del regolamento prevedeva che esso si applicasse solo ad operazioni che soddisfacessero a tre criteri: 1) il fatturato totale realizzato a livello mondiale da tutte le imprese interessate supera i 5 miliardi di Euro; 2) il fatturato totale realizzato individualmente nella comunità da almeno due delle imprese interessate supera i 250 milioni di Euro; 3) l'operazione stessa non ha prevalente portata nazionale, il che si verifica quando tutte le imprese in causa realizzano più dei due terzi del fatturato comunitario in seno ad uno stesso stato membro. Tuttavia tali soglie, estremamente alte, hanno fatto sì che sfuggissero al controllo della Commissione operazioni che avevano in realtà un effetto nel commercio tra paesi membri e hanno talvolta obbligato le imprese a molteplici notifiche a differenti autorità nazionali. Per ovviare a tali inconvenienti il Consiglio ha modificato³, con effetto a partire dal 1° marzo 1998, il precedente regolamento, in particolare estendendo la nozione di "operazioni di dimensione comunitaria" e applicando tale regolamento alle operazioni in cui: 1) il fatturato totale realizzato a livello mondiale da

³ Regolamento 1310/97.

tutte le imprese interessate supera i 2,5 miliardi di Euro; 2) il fatturato totale realizzato individualmente nella comunità da almeno due delle imprese interessate supera i 100 milioni di Euro; 3) in almeno tre Stati membri singolarmente considerati, il fatturato totale realizzato dall'insieme delle imprese interessate è superiore a 100 milioni di Euro; 4) in almeno tre degli Stati membri di cui sopra, singolarmente considerati, il fatturato totale realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a 25 milioni di Euro; 5) l'operazione stessa non ha prevalente portata nazionale, il che si verifica quando tutte le imprese in causa realizzano più dei due terzi del fatturato comunitario in seno ad uno stesso stato membro.

Si noti che le imprese sono obbligate a notificare preventivamente il progetto di concentrazione alla Commissione, la quale entro un mese (prima fase della procedura) valuterà il caso, concedendo l'autorizzazione o decidendo di procedere ad un'analisi più approfondita (seconda fase della procedura) della durata massima di quattro mesi.

Per quanto riguarda la pratica attuazione del regolamento, dal 1990 al 1999 la Commissione ha ricevuto circa 1200 notifiche e emesso un numero lievemente minore di decisioni, con un andamento crescente nel tempo. L'aumento nel numero dei casi esaminati dalla Commissione è dovuto principalmente all'ondata di fusioni e acquisizioni verificatesi nella seconda metà degli anni '90 in tutta l'Unione Europea, ma anche all'entrata dei tre nuovi stati membri nel 1995 e alla modifica dei criteri nel 1998.

La grande maggioranza delle operazioni notificate è stata giudicata compatibile con il mercato comune, una piccola parte è stata dichiarata non soggetta al regolamento comunitario, e solo in settanta casi circa la Commissione ha deciso di avviare una procedura approfondita, in quanto nutriva il sospetto che tali operazioni avessero effetti anticompetitivi. Solo in undici casi, tuttavia, si è giunti a una decisione finale di opposizione da parte della Commissione: negli altri casi, il 99% del totale, l'operazione è stata accettata in quanto i sospetti non si sono rivelati fondati, ovvero le parti hanno posto in essere modifiche alle operazioni che hanno eliminato gli effetti anticompetitivi ovvero ancora le parti hanno ritirato il progetto prima di una decisione definitiva, probabilmente negativa, da parte della Commissione⁴.

La prima delle undici operazioni vietate, *Aérospatiale-Alenia/De Havilland* del 1991, riguardava il settore della costruzione di aeromobili ed è stata vietata perché a seguito di tale operazione il gruppo risultante avrebbe controllato oltre il 70% del mercato mondiale degli aerei turboelica con capienza tra i 40 e i 70 posti. Dopo tale decisione, che ha suscitato notevoli polemiche tra i commissari alla concorrenza e agli affari industriali, sono state vietate cinque operazioni effettuate nel settore dei mass media (operazione *MSG Media Service* del 1994 e operazioni *Nordic Satellite Distribution* e *RTL/Veronica/Endemol*, entrambe del 1995, e *Bartelsmann/Kirch/Première* e *Deutsche Telekom/Betaresearch*, entrambe nel 1998) e una ciascuno nel settore della fabbricazione di prodotti abrasivi (operazione *Saint Gobain/Wacker Chemie/Nom* del 1996), nel settore della distribuzione di giocattoli (operazione *Blokker/Toys "R" Us* del 1997), nell'attività di estrazione del platino (operazione *Gencor/Lonrho* del 1996), nel mercato del commercio al dettaglio e della vendita "cash and carry" dei beni di consumo correnti (operazione *Tuko/Kesko* del 1996) e nel settore dei servizi turistici "tutto compreso" (caso *Airtours/First Choice* nel 1999).

La pratica attuazione del regolamento è stata soggetta ad alcune critiche. Nei primi anni di attuazione l'atteggiamento della Commissione è stato giudicato troppo permissivo (si veda Tsoukalis, 1998); negli anni successivi, l'applicazione del regolamento è stata più rigida. Permangono tuttavia alcuni dubbi in merito (si veda Motta, 2000). Da un lato, la creazione di una posizione dominante è una condizione sufficiente ma non necessaria per avere effetti negativi sul benessere sociale; in altri termini, si può avere un aumento del prezzo del bene anche non costituendo una posizione dominante,

⁴ La modifica del Regolamento attuata nel 1997 ha inoltre introdotto la possibilità che le parti pongano in essere, già nella prima fase della procedura, rimedi formali al progetto di concentrazione che eliminino gli effetti negativi dell'operazione.

il che suggerisce un inasprimento della lettera del Regolamento. Inoltre, la Commissione non ha considerato, nel vietare le operazioni, le possibili efficienze generate da tali operazioni. Si auspica pertanto che la Commissione, nel silenzio del regolamento, bilanci gli effetti anticompetitivi con le possibili efficienze derivanti dalle concentrazioni, così come previsto nella legislazione americana.

Si noti infine che la Commissione ha recentemente recepito i suggerimenti della teoria economica vietando fusioni (casi *Gencor/Lonrho* e *Airtours/First Choice*) non perché tali operazioni avrebbero creato posizioni dominanti ma poiché si sarebbero create strutture di mercato che, unitamente ad altri fattori (trasparenza dei prezzi, maturità del mercato), avrebbero reso molto probabile la collusione fra l'impresa creata dalla concentrazione e le altre imprese presenti nel mercato.

5 GLI AIUTI DI STATO

La politica della concorrenza dell'Unione Europea prevede un caso di distorsione della concorrenza che deriva non da comportamenti delle imprese ma da quello degli Stati membri, i quali accordano aiuti alle imprese domestiche ponendole in posizione di vantaggio competitivo nei confronti dei concorrenti presenti negli altri paesi. Tali pratiche, largamente diffuse in Europa e frutto di una concezione "mercantilistica" della politica industriale, sono del tutto inaccettabili in un'ottica sovranazionale come quella della Comunità Europea. Come vedremo, i redattori del Trattato di Roma hanno delegato alla Commissione il delicato compito di limitare tali aiuti, compito ben assolto dalla Commissione e che ha contribuito al diffondersi negli Stati membri di una concezione della politica industriale "orientata al mercato", tendente cioè a perseguire politiche strutturali e dell'innovazione, migliorando così l'ambiente complessivo in cui operano le imprese. Si tratta di una politica industriale orientata a modificare, migliorandoli, i fattori produttivi, e non ad aiutare le singole imprese o i singoli settori economici.

L'art. 87 contiene le norme fondamentali in tema di aiuti statali.

Il primo paragrafo stabilisce l'incompatibilità di tali aiuti con il mercato comune, allorché essi falsino o minaccino di falsare la concorrenza.

Il secondo paragrafo prevede categorie di aiuti che sono automaticamente leciti: quelli a carattere sociale erogati a singoli consumatori, a condizione che non discriminino i prodotti in base all'origine, e quelli destinati a rimediare ai danni provocati da calamità naturali.

Al contrario, l'articolo 87, terzo paragrafo, prevede che possono essere ammissibili altri tipi di aiuto, in particolare:

- quelli destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni dove il tenore di vita sia anormalmente basso, ovvero si abbia una grave forma di disoccupazione (aiuti regionali);
- quelli destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche (aiuti settoriali);
- quelli destinati a promuovere un importante progetto di comune interesse europeo;
- quelli finalizzati a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno stato membro (c.d. aiuti generali);
- eventuali categorie di aiuti deliberate con decisione del Consiglio, assunte a maggioranza qualificata su proposta della Commissione.

La separata indicazione dei diversi tipi di aiuto nei due paragrafi nasce dal fatto che gli aiuti elencati nel paragrafo tre dell'art.87 sono quelli per i quali i rischi di effetti distorsivi sulla concorrenza sono maggiori. Ciò è vero non solo per gli aiuti settoriali e generali, ma anche per gli aiuti regionali, i quali possono andare oltre il mero obiettivo di colmare differenziali nei livelli di sviluppo per divenire fonte di ingiusto vantaggio competitivo, rendendo così necessario anche per essi il controllo da parte della Commissione.

L'art. 88 prevede per l'appunto che la Commissione monitori costantemente gli aiuti accordati dagli Stati membri e dispone che questi ultimi notifichino alla Commissione tutti i progetti volti a istituire nuovi aiuti o a modificare gli aiuti esistenti.

La descrizione della concreta attuazione del controllo degli aiuti di stato può essere meglio effettuata se distinguiamo i diversi tipi di aiuto, dividendoli tra aiuti a finalità regionale, aiuti a finalità settoriale e aiuti generali.

Per quanto riguarda gli aiuti a finalità regionale, la Commissione ne ha stabilito i criteri di ammissibilità, partendo dalla comunicazione del 23 giugno 1971. Il criterio fondamentale è che la Commissione stabilisce, per ogni singola regione, la percentuale dell'investimento che è possibile sussidiare; tale percentuale è un tetto massimo che può essere ridotto in specifici casi, ed è calcolata in funzione della differenza tra il tenore di vita della regione e quello medio della Comunità. La Commissione ha inoltre indicato che deve essere comunicato l'impatto dell'aiuto e deve essere garantita la sua trasparenza, cioè la specifica riconoscibilità in funzione dell'investimento.

Gli aiuti a finalità settoriale, a loro volta, devono essere, secondo i criteri stabiliti dalla Commissione, selettivi e temporanei, in modo che il

sussidio sia un aiuto alla riorganizzazione e non al funzionamento delle imprese. A questi criteri generali, sono stati poi aggiunte specifiche norme per alcuni settori comunitari che hanno conosciuto negli anni '70 e '80 profonde crisi: tessile/abbigliamento, fibre sintetiche, cantieristica navale e settore automobilistico.

Nel tessile/abbigliamento, sin dal 1971 la Commissione ha adottato un approccio che mirava da un lato ad accettare aiuti volti a ridurre la capacità produttiva, e dall'altro a lenire gli effetti delle importazioni dai nuovi paesi industrializzati. Nel 1985 la Commissione ha accertato l'avvenuta ristrutturazione del settore e il riacquisto della competitività delle imprese europee, assumendo così un atteggiamento più rigido nei confronti di ulteriori aiuti.

Anche nel settore delle fibre sintetiche sono state varate norme che favorissero la concessione di aiuti per la ristrutturazione e la chiusura di impianti eccedentari; la normativa attuale, in vigore dall'aprile 1996, ammette anche aiuti che si limitino a non far aumentare la capacità esistente.

Nel settore della cantieristica navale la Commissione ha cercato di limitare la corsa agli aiuti da parte degli Stati membri, inevitabile risposta ai generosi aiuti concessi da Stati non appartenenti all'Unione alle proprie imprese, fissando tetti massimi di aiuto, variabili di anno in anno, che contemporaneamente evitassero una distorsione della concorrenza ma che compensassero lo svantaggio sofferto dalle imprese comunitarie. Il contributo massimo concedibile è stato progressivamente ridotto: ad esempio, si è passati dal 26% del prezzo dell'imbarcazione, in vigore nel 1989, al 9% in vigore nel 1996.

Infine, per il settore automobilistico, norme specifiche, che introducono rigidi requisiti di informazione, sono state adottate nel 1989.

Per quanto riguarda l'ultima categoria di cui all'art. 87, paragrafo 3, cioè gli aiuti generali, i quali non hanno uno specifico obiettivo e possono essere applicati su base nazionale, settoriale o regionale non appena si manifesti il bisogno da parte dello Stato membro, la Commissione ha adottato il criterio di ammetterli solo se trasformati in aiuti regionali, settoriali o inquadrati all'interno di interventi comunitari.