

# RIMEDI CIVILISTICI E DISCIPLINA DELLA CONCORRENZA. CONCORRENZA E REGOLAZIONE.

Di Giuseppe Vettori

**SOMMARIO:** 1. Mercato e concorrenza. Uno sguardo al passato - 2. Il mercato unico nell'Unione europea.- 3. Il Mercato interno. - 4. Mercato regole e rimedi: il ruolo del diritto privato.

## 1. Mercato e concorrenza. Uno sguardo al passato.

L'analisi dei primi venti anni dell'Autorità per la concorrenza e per il Mercato deve muovere dal passato e tenere conto di una pluralità di fonti. Non fosse altro perché la legge istitutiva richiama i principi della nostra Costituzione e dell'Unione europea nella loro evoluzione, dalle origini ad oggi<sup>1</sup>. La memoria serve dunque da filtro delle esperienze passate e da lente per fissare con precisione le disposizioni della legge italiana che deve attuare

<sup>1</sup> V. sul punto F. GOBBO, *Il Mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 1997, p. 24 ss.; G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, p. 105 ss.; G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, in *Riv.dir. priv.*, 2004, 4, p. 765 ss.; Id. *Diritto dei contratti e costituzione europea*, Milano, 2005, p. 198 ss.; e di recente il volume di M.SALVATI, *Capitalismo, mercato e democrazia*, Bologna, 2009 che è presentato al lettore con un dilemma: «non ci può essere democrazia senza proprietà e mercato. Proprietà e mercato vogliono dire capitalismo. Ma il capitalismo contrasta con la democrazia. Come la mettiamo?»

“l'art. 41 della Costituzione a tutela dell'iniziativa economica” e deve essere interpretata in base ai principi delle Comunità europee in materia di concorrenza (art. 1 L. 10 ottobre 1990 n. 287).

Sul primo testo basta ricordare che i nostri costituenti escludono un sistema di controlli ispirato al modello americano dello *Sherman Act*, con il convincimento che «l'impresa pubblica governata da una normativa speciale e dotata di poteri altrettanto speciali fosse il modo migliore di regolare l'economia e di contenere il potere delle imprese private»<sup>2</sup>. I giudizi su tale scelta di fondo sono stati e sono diversi oggi come allora.

Per alcuno nella Carta manca la cultura del mercato e c'è solo la difesa contro una ideologia opposta sicché parrebbe dominare un sentimento che si rivolge all'iniziativa privata con lo strumento dei

<sup>2</sup> F. CAVAZZUTI, *Un confronto che viene da lontano*, in *Arel*, 2002, 2, p. 13 ss.



programmi e dei controlli<sup>3</sup> e non della concorrenza. Per altri quella esperienza, senza contrapporre concorrenza e regolazione, mostra «una loro pacifica coesistenza e la ricerca di una possibile integrazione tra tecniche diverse, nell'incontro comune tra Ordinamento giuridico e processo economico»<sup>4</sup>.

Certo è che dopo il periodo di rigido intervento statale nell'economia protratto sino ai primi decenni della seconda metà del 900 sono due ai nostri fini le svolte significative da rimarcare.

Il passaggio negli anni 80 dalla Stato imprenditore allo Stato regolatore<sup>5</sup> e la piena consapevolezza, circa venti anni dopo, di un vero e proprio diritto di ciascuno alla concorrenzialità del mercato.

In Italia ciò è avvenuto per effetto di una decisione importante delle Sezioni Unite della Cassazione<sup>6</sup> e nell'Unione europea, in modo definitivo, con il caso Manfredi<sup>7</sup> e il libro bianco del 2008. Con il primo i Giudici della Corte di Giustizia hanno indicato «l'obiettivo sistematico di preservare la concorrenzialità del mercato» tramite anche la funzione deterrente della responsabilità aquiliana azionata da ogni soggetto anche non consumatore<sup>8</sup>.

Il libro bianco si è posto il fine di unire «alla cultura della concorrenza.. un altro principio guida» basato su un «metodo autenticamente europeo» e su «misure equilibrate radicate nella cultura e nelle tradizioni giuridiche europee» con riguardo anche ai meccanismi di «aggregazione delle singole istanze delle vittime» e delle azioni collettive<sup>9</sup>.

D'altra parte che cosa è accaduto negli ultimi anni in Italia ed in Europa è noto.

La finanza è stata per almeno due decenni una fonte di reddito primario in America e nel Mondo sino ad incidere, limitandole, sulle stesse funzioni sovrane della regolazione e del controllo monetario. Gli esiti sono ora evidenti. Da un lato la crisi dell'economia reale e le difficoltà dei paesi più deboli. Dall'altro il ritorno della politica e del denaro pubblico con interventi e regole nuove, sino a mutare consapevolezze radicate, perché l'alternativa non

è più fra lo Stato e il mercato, ma all'interno dello Stato fra protezione sociale e mercato che non è certo forza spontanea, ma motore di sviluppo da regolare<sup>10</sup>.

Resta da comprendere come e perché le Istituzioni europee enunciano finalità diverse dal passato.

## 2. Il mercato unico nell'Unione europea.

La Commissione europea all'inizio del suo nuovo mandato ha avvertito con chiarezza i pericoli resi evidenti dalla crisi mondiale e si è proposta di sciogliere tre nodi essenziali<sup>11</sup>.

Di fronte al tentativo di rifugiarsi in forme di nazionalismo economico, si è ribadita la volontà di agire con determinazione in difesa del Mercato unico nella consapevolezza che un suo indebolimento «comporterebbe lo sgretolamento dell'integrazione economica in un momento in cui nuove potenze si affacciano sulla scena internazionale e gravi rischi ambientali si addensano nel nostro futuro».

Si è così espressa la volontà di agire per il completamento di quella priorità individuando gli «anelli mancanti che impediscono ad un mercato ancora frammentato di fare da traino alla crescita e di indurre effetti benefici per i consumatori».

Ma l'obiettivo antico si arricchisce di una nuova finalità dopo Lisbona.

Ci si è proposti espressamente di «esplorare le modalità di un mutuo rafforzamento tra il mercato e la dimensione sociale dell'economia europea» attuando il principio, espresso con chiarezza nel Trattato, secondo cui l'Unione «si adopera per lo sviluppo sostenibile basato su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva»<sup>12</sup>.

Il primo frutto di questa attività politica sono stati un Rapporto per una «Nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea», redatto da Mario Monti, e il Programma di Stoccolma ove si indicano gli obiettivi prioritari della Unione nei prossimi anni<sup>13</sup>.

Su entrambi occorre soffermarsi in breve per completare la cornice dei principi entro cui deve inserirsi l'analisi dei rimedi civilistici.

a) La Relazione individua tre aspetti di crisi. Anzitutto «l'indebolimento del sostegno politico e sociale dell'integrazione del mercato» in una fase

<sup>3</sup> G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, in *Quad. cost.*, 1, 1992, p. 12 ss.

<sup>4</sup> B. SORDI, *Ordine e disordine giuridico del Mercato*, in *Ordo juris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, 2003, p. 345. G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, cit., p. 765 ss

<sup>5</sup> V. su tale vicenda N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

<sup>6</sup> Cass.sez.un. 4 febbraio 2005 n. 2207 in *De Jure*.

<sup>7</sup> Corte di Giustizia, cause riunite da C-295/04 a C 298/04.

<sup>8</sup> v. E. CAMILLERI, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008, p. 65 ss.; N. DELLA BIANCA, *Illecito antitrust e la tutela collettiva dei consumatori*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 278., ma in particolare F.D. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 300.

<sup>9</sup> F.D. BUSNELLI, *op. cit.*, p. 301.

<sup>10</sup> Così G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Riv.dir.civ.*, 2010, p.120-121. ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 2 ss.

<sup>11</sup> J.M. BARROSO, Lettera di incarico a Mario Monti del 20 ottobre 2009, in [www.europa.eu](http://www.europa.eu)

<sup>12</sup> J.M. BARROSO, *op. cit.*

<sup>13</sup> V. entrambi i documenti in [www.europa.eu](http://www.europa.eu).



politica ove domina il sospetto verso un'Europa più grande e la stanchezza nei confronti del mercato che è sempre più impopolare ma sempre più necessario.

D'altra parte si sottolinea non solo una saldatura incompleta dei mercati nazionali ma anche il ritardo nell'espansione verso nuovi settori cruciali e nel garantire spazio di opportunità per tutti, cittadini, consumatori e piccole e medie imprese. Ritardo dovuto spesso all'errata convinzione che l'integrazione economica si sia in qualche misura realizzata tanto da non essere più una priorità politica rispetto ad altre scelte come l'unione monetaria, l'allargamento e la riforma delle istituzioni.

La strategia enunciata mira, insomma, a proteggere il mercato unico rispetto ai nazionalismi economici, ad estendere il suo ruolo verso nuovi settori cruciali, a creare attorno ad esso un adeguato livello di consenso. Sono queste le priorità politiche dei prossimi anni e chiari sono anche la strategia e gli strumenti. Conciliare le libertà economiche con i diritti dei lavoratori, la concorrenza e la coesione mediante politiche di sviluppo regionale. Potenziare i servizi sociali. Elaborare norme efficaci ma leggere.

Il tutto con un "pacchetto globale" in cui ogni Stato membro, con le proprie tradizioni culturali i propri timori e le proprie preferenze politiche possa trovare motivi di interesse tali da giustificare alcune concessioni rispetto alle posizioni assunte nel passato<sup>14</sup>.

Emerge ancor più e in modo deciso l'antinomia dell'Unione che non può essere indifferente alle culture e tradizioni nazionali e deve procedere verso l'integrazione con un faticoso processo per formare da un arcipelago di culture e diritti nazionali un continente coeso e competitivo<sup>15</sup>.

Una unità nella diversità che può risolversi in un solo modo, espresso da due parole: equilibrio e dialogo per trovare la regola nelle diverse culture che vanno interrogate sino a porre in luce «un ordine europeo che si auto-manifesta come espressione delle culture giuridiche nazionali in evoluzione e in continuo confronto»<sup>16</sup>.

Un dialogo fra le scienze sociali (economia, politica e diritto) ma anche fra la politica e la filosofia che abbandonata l'ideologia assoluta e l'ontologia, incapaci di scongiurare le tragedie del 900, possono con l'ermeneutica e la ragionevolezza pratica contribuire a creare le basi di una koinè difficile quanto necessaria.

Il percorso è anche qui tracciato.

Gli Stati che si basano già su un economia sociale di mercato dovrebbero essere preparati ad accogliere, potenziare ed estendere il mercato unico, gli Stati di tradizione anglosassone «dovrebbero dimostrare di essere disposti a risolvere alcuni problemi sociali con misure mirate, comprendenti anche forme limitate di coordinamento e cooperazione fiscale», i nuovi Stati membri interessati a nuove infrastrutture, ad una coesione più efficiente e a consolidare un mercato di cui far parte, potrebbero aprirsi a forme di maggiore coordinamento fiscale e sociale.

Tutto ciò dovrebbe assicurare ai cittadini che l'integrazione economica «non è nemica della sicurezza sociale ma è anzi una sua importante alleata» se la necessità di più concorrenza si associa a maggiori risposte alle preoccupazioni sociali. Fra le quali «misure contro la concorrenza sleale tra fornitori di servizi con base in diversi Paesi (la sindrome dell'idraulico polacco); la difesa dei diritti sociali compreso il diritto di sciopero; un maggior coordinamento delle politiche fiscali».

Una tale strategia trova sostegno nel Programma di Stoccolma.

b) Il Consiglio europeo di Bruxelles del 10 e 11 dicembre 2009 ha enunciato come priorità la promozione e la garanzia del reale godimento dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo, con particolare attenzione alla protezione dei dati personali e alle esigenze delle persone vulnerabili, alle norme sulle pari opportunità e sulla non discriminazione.

Tutto al fine di ribadire e potenziare l'idea che «l'Unione non è solo mercato e vincoli di bilancio, ma anche una comunità politica basata su nuovi diritti di cittadinanza»<sup>17</sup> da rendere effettivi superando l'attuale frammentazione e istituendo meccanismi che agevolino l'accesso alla giustizia ovunque nell'Unione europea, intensificando la cooperazione tra i professionisti del settore e il riconoscimento delle decisioni giuridiche in altri Stati membri.

Insomma il messaggio che proviene dalle Istituzioni è chiaro: «mercato e concorrenza sono strumenti per migliorare le condizioni di vita e le opportunità di scelta di tutti, sono i migliori servitori del progresso, ma non devono diventarne i padroni»<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> M. MONTI, *op. cit.*, p. 10.

<sup>15</sup> P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 5 ss.

<sup>16</sup> G. VETTORI, *Dialogo con Giuseppe Benedetti su Ermeneutica e diritto europeo*, in *Persona e Mercato*, 2, 2010, in [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

<sup>17</sup> M. FERRERA, *Il mercato che non fa paura*, *Corr. della sera* del 19/05/2010, p.1.

<sup>18</sup> M. FERRERA, *op.cit.*



### 3. Il Mercato interno.

Nell'ultima relazione annuale del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato il messaggio è altrettanto chiaro<sup>19</sup>.

Contro la crisi l'Italia ha necessità di dosi massicce di concorrenza e di una maggiore libertà economica in ogni settore di attività. Prioritaria è la riduzione dei costi che incidono sulla competitività delle aziende come l'energia, i finanziamenti, le assicurazioni, ma è necessario un intervento deciso sui singoli mercati. Con un'unica indicazione. La liberalizzazione.

Dalla energia alle comunicazioni, dai servizi pubblici locali al credito, dalle poste ai servizi privati e professionali sino alla sanità. In ogni settore si indica un percorso di interventi e si sollecita un'attività di regolazione con cadenza annuale e vincolata che dovrà «sulla scorta delle segnalazioni delle autorità di vigilanza, proporre le norme necessarie a promuovere lo sviluppo della concorrenza e garantire la tutela dei consumatori». Con un'estensione utilissima.

Un ampliamento dei poteri di intervento dell'Autorità «in favore delle piccole e medie imprese, esposte alle stesse scorrettezze che colpiscono i consumatori» e molte spesso «costrette a tollerare prassi illecite di grandi aziende e di pubbliche amministrazioni, come la mora nei pagamenti». Ciò perché «I tempi della giustizia civile non consentono una tutela immediata contro i ritardi» e perché il problema non è di stabilire scadenze certe, già previste dall'ordinamento, ma di farle rispettare con efficacia<sup>20</sup>.

### 4. Mercato regole e rimedi: il ruolo del diritto privato.

Le osservazioni che sin ora si sono svolte mirano ad un solo obiettivo. L'individuazione delle tecniche e dei soggetti che sono in grado di assicurare l'efficacia della concorrenza e della regolazione.

Le radici della nostra Carta fondamentale e la storia degli ultimi decenni del secolo breve hanno indotto ad interrogarsi sulla centralità del ruolo dello Stato e dell'intervento pubblico e sul ruolo che le tecniche e gli strumenti del diritto privato possono svolgere per «modificare i comportamenti degli at-

tori privati» e per affiancare o sostituire l'*enforcement* pubblico<sup>21</sup>.

La convinzione è che il civilista abbia oggi come allora un compito preciso perché «nell'ampliare gli spazi di libertà e di giustizia lo strumento pubblico, lo Stato, è sempre più inidoneo e insufficiente mentre è per eccellenza il diritto privato il terreno su cui si può manifestare la volontà di capire, in primo luogo, e poi di innovare la realtà e il sistema»<sup>22</sup>. L'analisi concreta dei rimedi vuole essere di ciò conferma e riprova.

<sup>19</sup> vedila in Diritto e Giustizia@, 16 giugno 2010, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it).

<sup>20</sup> Relazione del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, *op. cit.*

<sup>21</sup> v. sul punto il bel volume curato da M. MAUGERI e A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009.

<sup>22</sup> P. RESCIGNO, Laurea ad Honoris causa conferita dall'Università di Macerata, in *Teoria e tecniche della normazione giuridica*, 21 maggio 2008; v. anche G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 2 ss.