

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
PADOVA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE,
GIURIDICHE E STUDI INTERNAZIONALI

Corso di laurea
Triennale in Diritto
dell'economia



LA POLITICA DI CONCORRENZA
DELL'UNIONE EUROPEA

Relatore: Prof.ssa Elisa Chiaretto

Laureando: GIULIA ZANIRATO
matricola N. 1226585

A.A. 2021/2022

*A mamma e papà,
perché ogni mio traguardo è anche il vostro.*

INDICE

Introduzione.....	2
Capitolo I. La concorrenza nell'Unione Europea.....	3
1.1 Concorrenza: etimologia, origini e prospettive.....	3
1.2 Evoluzione storica della politica della concorrenza nell'Unione Europea.....	4
1.3 La concorrenza nel TFUE: base giuridica e competenza.....	8
Capitolo II. Le regole di concorrenza applicabili alle imprese.....	11
2.1 Questioni preliminari all'analisi degli articoli 101 e 102 TFUE.....	11
2.2 Portata degli articoli 101 e 102 TFUE.....	12
2.3 L'articolo 101 TFUE – il divieto di intese.....	14
2.4 L'articolo 102 TFUE – l'abuso di posizione dominante.....	21
Capitolo III. La correlazione tra concorrenza e consumatori.....	25
3.1 La tutela del consumatore nell'Unione Europea.....	25
3.2 Segue: esame di alcuni elementi della concorrenza in relazione al consumatore...	27
3.3 Correlazione tra artt. 101 e 102 del TFUE.....	29
3.4 La direttiva 29/2005.....	30
3.5 Concorrenza sleale: la direttiva 2161/2019.....	34
3.6 Il ruolo delle istituzioni.....	36
Conclusioni.....	38

INTRODUZIONE

La tesi mira ad analizzare, oltre che l'evoluzione della materia della concorrenza nell'Unione europea dalle origini ad oggi, le principali norme in materia di concorrenza applicabili alle imprese, ovvero gli artt. 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Centrale è lo sviluppo della correlazione che intercorre tra le norme citate e la tutela del consumatore, prevista da varie norme all'interno del TFUE, ma specificatamente contenuta nella direttiva 2161/2019, che ha mutato vari elementi rispetto alla direttiva precedente (29/2005). Quest'ultima, regola le c.d. pratiche commerciali scorrette, che pregiudicano notevolmente gli interessi dei consumatori, che sono considerati la parte più debole del sistema e pertanto meritevoli di strumenti che gli garantiscano una protezione. Nel 2019, l'Unione ha aggiornato la normativa riguardante le pratiche commerciali scorrette ampliando l'elenco delle fattispecie vietate ed inoltre, assicurando ai consumatori dei rimedi concreti in caso di danno subito. La tesi si concentra sulle modalità con cui l'ordinamento dell'Unione europea tutela i soggetti coinvolti dal meccanismo della concorrenza, non solo in quanto imprese, ma soprattutto in quanto consumatori, per proteggerli da condotte particolarmente scorrette da parte di imprese, rendendo più equo e più efficiente il mercato stesso. L'Unione attraverso le sue istituzioni attua una politica di protezione attiva a riguardo attraverso molteplici poteri ed iniziative. Si vedrà infine come la concorrenza possa essere un fattore negativo e positivo allo stesso tempo, e come sia assolutamente necessario porre delle regole giuridiche a tutela delle imprese stesse e dei consumatori finali da parte dell'Unione.

CAPITOLO I

LA CONCORRENZA NELL'UNIONE EUROPEA

1.1 Concorrenza: etimologia, origini e prospettive

Per poter iniziare ad approfondire la materia della concorrenza, ed effettuare quindi una valutazione completa, è necessario partire dall'analisi etimologica del termine stesso. Il termine 'concorrenza' deriva dal latino giuridico 'concurrere'¹: competizione, emulazione, confronto tra persone che cercano di prevalere l'una sull'altra, fare concorrenza a qualcuno². Citando l'economista Adam Smith: «Pura concorrenza vuol dire compenso a coloro che forniscono i beni migliori al prezzo più basso. Essa offre un compenso immediato e naturale che una folla di rivali si affanna ad ottenere»³; questa affermazione offre la possibilità di cogliere quella che è la vera essenza della concorrenza: raggiungere più potenziali utenti possibili attuando spietate strategie che normalmente vertono sulla guerra a ribasso del prezzo. Il concetto di concorrenza, è estremamente legato al concetto economico di scelta razionale dell'individuo, in quanto essa diviene un fenomeno economico proprio in funzione di quel meccanismo di scambio che intercorre tra trasferimento di beni e servizi e soddisfacimento dei bisogni della persona, in quanto individuo di una determinata società. Questo meccanismo incarna l'aspetto più intuitivo e commerciale della concorrenza. La definizione e lo studio del fenomeno della concorrenza vennero sviluppati per la prima volta dagli economisti appartenenti al filone mercantilista del XVIII secolo⁴, i quali sostenevano che essa fosse una naturale conseguenza delle libertà fondamentali dell'individuo, come accennato pocanzi. Di certo, con lo sviluppo del settore industriale prima, e con l'avvento della globalizzazione poi, la tematica della concorrenza ha assunto una notevole rilevanza all'interno dell'ordinamento domestico, ma soprattutto nel contesto del panorama giuridico europeo, in ragione del fatto che la concorrenza assume un duplice aspetto: essa, se incondizionata e non regolamentata con strumenti efficaci, rischia di pregiudicare le attività degli altri soggetti concorrenti, con conseguenti danni all'intero mercato, e soprattutto, pregiudica le condizioni di benessere del singolo individuo come il

¹ <https://it.wiktionary.org/wiki/concorrenza>

² <https://www.treccani.it/vocabolario/ricerca/concorrenza/>

³ Adam Smith, *La ricchezza delle nazioni*, 1776.

⁴ [https://it.wikipedia.org/wiki/Concorrenza_\(economia\)](https://it.wikipedia.org/wiki/Concorrenza_(economia))

consumatore, che, dotato di una quasi irrilevante forza negoziale, si troverebbe nelle condizioni di subire le conseguenze negative che il “gioco” della concorrenza impone. Per tali motivi, l’Unione Europea ha ritenuto fondamentale regolare questa materia, sia per le possibili conseguenze avverse che potrebbe procurare all’intero sistema economico, sia perché è considerata uno dei punti cardine per un’economia aperta: essa infatti stimola il progresso e la crescita economica da un lato, e dall’altro offre ai consumatori una vasta scelta di beni e servizi, migliorandone la qualità e la competitività del prezzo⁵. I veri beneficiari in termini pratici sembrano essere tanto i consumatori stessi, quanto anche i soggetti economici operanti nei vari settori, cioè le imprese. Sin da subito, è doveroso notare che la politica di concorrenza dell’Unione Europea è per certi aspetti propedeutica alla tutela delle libertà fondamentali, nello specifico alla libertà di circolazione di merci e servizi, sulla quale si basa il corretto funzionamento del mercato unico: gestire la concorrenza cercando di regolamentare le condotte delle imprese stesse evita che vengano vanificati gli sforzi fatti per rendere ‘unico’ il mercato europeo e rischiare che venga compromesso l’equilibrio e i progressi raggiunti nei decenni scorsi. La propedeuticità sta infatti nel coordinare l’obiettivo del mercato unico europeo con una corretta condotta delle imprese coinvolte.⁶

1.2 Evoluzione storica della politica della concorrenza nell’Unione Europea

La concorrenza del Trattato C.E.C.A. del 1951

Risalendo ad un excursus storico, il Trattato C.E.C.A. del 1951 introduceva per la prima volta a livello comunitario due norme: gli artt. 65 e 66. Queste due disposizioni, secondo gli studiosi, non furono il frutto di un’analisi del panorama europeo nella sua interezza, ma vennero pressoché copiate dall’ordinamento statunitense, che in materia di concorrenza aveva già una propria normativa antitrust (tale sistema cercava di coniugare efficienza economica e benessere dei consumatori). Vennero riscritte in modo che fossero “più vicine” alle tradizioni giuridiche europee: il risultato ottenuto fu un miscuglio di influenze provenienti dai singoli stati federali e da elementi delle prassi statunitensi, non

⁵ https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/competition.html?locale=it&root_default=SUM_1_CODED%3D08

⁶ Luigi Daniele, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, Giuffrè, 2019, p. 254.

di certo appartenenti agli istituti e alle disposizioni del contesto europeo. Ciò accadde in quanto si avvertiva l'esigenza a livello comunitario di predisporre norme a tutela di un fenomeno, la concorrenza, che restava ancora sottovalutato, ma che in altri ordinamenti già esisteva e veniva applicato. L'importanza di esaminare queste due norme del Trattato C.E.C.A. è giustificata in quanto esse saranno poi contenute anche nel Trattato C.E.⁷ L'art. 65 par. 1 «vieta tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che tendono, direttamente o indirettamente, a prevenire, restringere o falsare il normale gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, ed in particolare: a) a fissare o influenzare i prezzi; b) a restringere o controllare la produzione, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) a ripartire i mercati, i prodotti, la clientela o le fonti di approvvigionamento.»⁸ Inoltre nella seconda parte della norma, l'Alta Autorità aveva la facoltà di autorizzare accordi tra imprese al solo fine di specializzarsi o cooperare nell'acquisto o vendita di alcuni prodotti, in presenza di alcune condizioni (che tali accordi apportassero benefici alla produzione e/o distribuzione dei prodotti, che fossero indispensabili, che non influenzassero i prezzi). Un sistema basato sul divieto non poteva di certo appartenere alla tradizione giuridica europea; infatti, i giuristi che a loro modo trascrissero la norma statunitense inserendola nel Trattato C.E.C.A. scelsero la strada meno intrusiva dell'autorizzazione come esenzione del divieto (seconda parte dell'art. 65).⁹ Per quanto concerne l'art. 66, che riguardava abuso di potere economico e concentrazioni, mancava una definizione chiara di quelle che fossero le condotte che potevano rientrare nella categoria dell'abuso di potere economico poiché la norma era troppo vaga e generale. Questo primo passo verso un'esperienza antitrust europea delineò un senso generalizzato di incertezza che si rifletteva sulla normativa, ispirata al sistema americano, e anticipò quello che venne delineato nel Trattato C.E., seppur in maniera marginale: dal lato pratico, queste norme vennero applicate di rado da parte dell'Alta Autorità (quasi esclusivamente nel settore carbo-siderurgico). A conseguenza di ciò, con il Trattato C.E.C.A. non si fondarono le prime pietre per una normativa antitrust, ma diversamente, ad esso si fecero risalire i primi passi verso un mercato comune europeo più in generale.

⁷ Stefano Bastianon, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano, 2005, p. 56 e ss.

⁸ Articolo 65 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio del 1951.

⁹ Stefano Bastianon, *op. cit.*, p. 59 e ss.

La concorrenza nel trattato C.E.E. e la definizione del mercato unico

Il Trattato che istituiva la Comunità Economica Europea fu firmato il 25 marzo 1957 dai sei stati membri che erano già firmatari del Trattato CECA ed entrò in vigore il 1° gennaio 1958 per un periodo indeterminato, così come il Trattato Euratom¹⁰. Con la realizzazione della C.E.E., a seguito di un esito positivo dell'accordo C.E.C.A., quale prova di un'ipotetica 'alleanza' tra stati, si tenta un'integrazione economica estesa a tutti i settori merceologici creando un mercato comune e «un ambiente idoneo a favorire la prosperità dell'economia europea post-guerra».¹¹ Svolta di questo passaggio nel processo di integrazione fu la creazione di un mercato comune generale e non più settoriale, fondato sulle 4 libertà e sull'unione doganale tra stati membri, oltre che alla definizione di politiche comuni in merito a scambi internazionali, trasporti e agricoltura¹², come infatti citato all'interno dell'art. 3 del Trattato che istituiva la Comunità Economica Europea. La Comunità Economica Europea aveva dunque come obiettivo quello di agevolare gli scambi tra i paesi aderenti, ed abbattere i dazi doganali, ma quello fondamentale, era la realizzazione della libera circolazione di beni, servizi, persone e capitali, che apportò un fattore di novità con rispetto a tutte le altre forme di cooperazione internazionale viste finora. La connotazione 'economica' di tale comunità fu resa ancora più accentuata dal fatto che la libera circolazione di persone non fu intesa come libera circolazione di cittadini, ma libera circolazione di lavoratori all'interno della comunità, in quanto gli stessi erano percepiti come un fattore produttivo vero e proprio e, pertanto, una possibile fonte di produzione della ricchezza. L'effetto voluto era esattamente quello di creare uno spazio appositamente costituito per permettere una libera concorrenza tra le imprese, e favorire condizioni di scambio di beni e servizi. La correlazione tra mercato unico europeo e concorrenza risale al fatto che a tutela dell'obiettivo del mercato unico l'art. 3 del Trattato prevedeva espressamente alla lett. h) «la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata dal mercato comune». Nel panorama europeo, ma dal punto di vista dei singoli ordinamenti nazionali, si faceva strada, già da metà degli

¹⁰ Lorenzo Federico Pace, *Diritto europeo della concorrenza: divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Padova, CEDAM, 2007.

¹¹ Stefano Bastianon, *op. cit.* p. 62.

¹² Luigi Daniele, *op. cit.*, p. 3.

anni Cinquanta, l'adozione di una normativa domestica a tutela della concorrenza in Irlanda (1953), in Danimarca (1955), in Gran Bretagna (1956) ed in Olanda (1956). In Italia venne in quegli anni presentata una proposta di legge da parte di Tullio Ascarelli, in merito ad una legislazione che riguardasse la concorrenza, la quale diede inizio ad un primo dibattito sul tema, ma che di fatto non portò mai all'introduzione di una normativa esclusivamente dedicata, come diversamente avvenne nel resto dei singoli stati¹³. Successivamente, a livello di normativa europea, un'esigenza non tanto economica ma tutt'al più politica, portò all'elaborazione del Titolo V del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, firmato nel 1957: ci si riferisce agli artt. 85 – 94 del Trattato, il quale verrà in futuro sempre considerato come base di partenza nell'evoluzione delle fonti dell'Unione stessa, pur subendo graduali modifiche. Il Trattato tuttavia, non conteneva alcuna disposizione che riguardasse le concentrazioni di imprese, che sono state regolamentate solamente più tardi con l'introduzione del Regolamento n. 4064/1989 per la prima volta, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese.¹⁴ L'art. 85 pone il divieto di «accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni d'impresa e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune»¹⁵. Questo articolo oltre ad elencare le fattispecie attraverso le quali si potrebbero realizzare questi accordi (par. 1, lett. a - e) dichiara la nullità di tutti gli accordi che corrispondano a questo modello (par. 2). L'ultima parte di tale articolo lascia un'eccezionale possibilità di sottrarsi al divieto solo per alcune categorie di accordi in presenza di particolari condizioni (par. 3). L'art. 86 parla invece di incompatibilità con il mercato comune dell'abuso di posizione dominante: «È incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra 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 questo»¹⁶. Come per l'art. 85, anche in questo caso vengono elencate le fattispecie che costituiscono pratiche abusive e anticoncorrenziali. Il resto degli articoli richiamati riguardano altre norme applicabili alle

¹³ Stefano Bastianon, *op. cit.*, p. 62 e ss.

¹⁴ Lorenzo Federico Pace, *op. cit.*, p. 28.

¹⁵ Articolo 85 del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea.

¹⁶ Articolo 86 T.C.E.E.

condotte delle imprese, partiche antidumping, aiuti concessi dagli Stati. Analizzare questa coppia di articoli è fondamentale per dire che si trattava di norme brevi e generali, che si riferivano a concetti generici ma senza definirli propriamente, e pertanto, il sistema antitrust nel presente Trattato non può definirsi completo: essi delineano a grandi linee una normativa comunitaria, che verrà applicata però solo grazie all'intervento della Corte di Giustizia.¹⁷ Il primo caso che sembrava riferirsi alla materia della concorrenza venne elaborato in relazione alla celebre sentenza Flaminio Costa contro Enel¹⁸, grazie alla quale si sancì il fondamentale principio secondo il quale l'ordinamento europeo prevale sui singoli ordinamenti nazionali degli stati membri stessi. Con il Trattato di Maastricht, altrimenti detto Trattato dell'Unione Europea del 1992, si sancì il passaggio da Comunità Economica Europea a Comunità Europea. Durante questa fase l'obiettivo centrale rimaneva quello dell'espansione del mercato unico creato nel 1957, ed infatti si assistette ad un incremento delle competenze della Comunità. Le norme di riferimento in questa nuova formulazione del Trattato sono gli artt. 81 e 82, che rimangono pressoché immutate. Dal Trattato di Roma non vi è mai stato un drastico cambiamento nella struttura lessicale delle norme, ma sicuramente un mutamento l'ha subito la loro applicazione.¹⁹ Questa fase è il periodo in cui il tema della concorrenza, da essere sottovalutato nel contesto della C.E.C.A., arriva ad essere centrale giacché viene concepito non tanto come un elemento accessorio alla tutela del mercato unico, ma si parla di un vero e proprio diritto della concorrenza: si scindono i concetti di mercato unico e concorrenza, essa rimane una condizione necessaria per il buon funzionamento del mercato ma assume una portata propria nel processo di integrazione europea. Gli anni successivi saranno segnati da importanti mutamenti nel sistema europeo delle fonti del diritto, e il diritto della concorrenza vedrà attribuirsi un ruolo esclusivo e più specifico.

1.3 La concorrenza nel TFUE: base giuridica e competenza

In seguito al Trattato di Lisbona del 2007, che muta notevolmente l'assetto costitutivo del diritto europeo, si introducono nuove fonti per il funzionamento di quella che è l'Unione

¹⁷ Stefano Bastianon, *op. cit.*, p. 65.

¹⁸ Sentenza Flaminio Costa contro ENEL del 15/07/1964 causa 6/64

¹⁹ Maria Chiara Malaguti, *I valori della concorrenza e del mercato nell'Unione Europea: da Roma, a Maastricht, a Lisbona*, 2015, p. 404.

Europea come la si immagina attualmente: vengono introdotto il sistema dei Trattati, ovvero Trattato sull'Unione Europea e Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Oggi, l'art. 3, par. 1, lett. b) del TFUE attribuisce all'Unione Europea la competenza esclusiva nella definizione di regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno in virtù del fatto che obiettivo fondamentale dell'Unione è il corretto funzionamento del mercato interno a tutela del benessere dei cittadini e delle imprese operanti. La ragione fondamentale che quindi spinge l'Unione a riservarsi una competenza esclusiva in materia di concorrenza è conservare e promuovere una concorrenza che sia leale nella sua duplice accezione (consumatori – competitors), e inoltre, evitare che le condotte dei soggetti economici che operano all'interno del mercato falsino le reali condizioni vigenti nel mercato. Le materie che l'Unione Europea prende in considerazione sono molteplici, e l'Unione se ne attribuisce la competenza esclusiva di alcune, in ragione della loro importanza e tutela. Questo accade in ragione del c.d. principio di attribuzione, disciplinato dall'art. 5 TUE par. 1 e 2.²⁰ L'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea (TUE) elenca gli obiettivi dell'UE, ma non vi include la concorrenza: ciò non significa che la concorrenza non sia di rilevante importanza. In merito a ciò, è proprio il Protocollo n. 27 che, citando la clausola di flessibilità, menziona la concorrenza e afferma che «il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata, a tal fine l'Unione adotta, se necessario, misure in base alle disposizioni dei trattati, ivi compreso l'articolo 352 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea»²¹. Il fatto che nel protocollo n. 27 venga fatto palese riferimento all'art. 352 TFUE induce ad affermare che la concorrenza, quindi, sia da considerare come uno degli obiettivi dell'Unione, tanto che giustificerebbe un'azione spontanea dell'Unione in caso di

²⁰ «La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri.». Questo principio traccia una linea netta tra quelle che devono considerarsi come materie di competenza dell'Unione e quelle rimangono di competenza dei singoli stati membri. Una deroga è però prevista dal TFUE come eccezione a tale principio, e cioè l'art. 352 (c.d. clausola di flessibilità); essa permette all'Unione di intervenire nel caso in cui un'azione del singolo stato membro possa risultare insufficiente al perseguimento di un obiettivo sancito dagli artt. 2 e 3 TUE. Questo articolo consente perciò al Consiglio, previa approvazione da parte del Parlamento, di adottare (anche senza che i Trattati lo autorizzino espressamente) atti finalizzati al raggiungimento di uno degli obiettivi previsti dai Trattati.

²¹ Protocollo (n. 27) sul mercato interno e sulla concorrenza del 09/05/2008.

inerzia degli Stati.²² L'effetto di questa riserva di competenze è che in queste ipotesi espresse solamente l'Unione può legiferare e adottare atti vincolanti in materia. Ciò non deriva solo come effetto del sopra citato principio di attribuzione, ma ha una ragione più ampia: garantire condizioni eque e leali alle imprese nel mercato, e lo fa applicando una serie di severe norme che vietano il concretizzarsi di alcune pratiche, cioè condotte anticoncorrenziali poste in essere dai soggetti operanti. Per regolare tali condotte, il TFUE dispone di una serie di norme: gli artt. 101 – 109.

²² Luigi Daniele, *op. cit.*, p. 253.

CAPITOLO II

LE REGOLE DI CONCORRENZA APPLICABILI ALLE IMPRESE

In questo capitolo si vedrà nello specifico quali sono le principali norme che regolano il sistema antitrust a livello europeo per le imprese. Queste sono essenzialmente: dall'art. 101 all'art. 109 del TFUE, il regolamento sulle concentrazioni n. 139/2004, protocollo n. 27. Nel TFUE si distinguono 2 importanti gruppi di norme: dall'art. 101 all'art. 106 sono comprese le disposizioni applicabili alle imprese; dall'art. 107 all'art. 109 sono citati gli articoli che riguardano gli aiuti di Stato alle imprese.

2.1 Questioni preliminari all'analisi degli articoli 101 e 102 TFUE

Questa coppia di norme (gli artt. 101 e 102, che come è stato detto verranno analizzate in questo capitolo apposito) dispongono in particolar modo la repressione delle condotte che potrebbero causare un pregiudizio al commercio tra Stati membri da parte delle imprese, sono perciò, in linea di massima, prescrizioni negative in quanto impongono generalmente un divieto ai loro destinatari. Al fine di poter analizzare tali norme, necessario è approfondire ciò che riguarda il concetto giuridico di impresa, in quanto il TFUE non ne dà nessuna definizione. Per ovviare a questo problema la Corte, in qualità di interprete massimo del diritto dell'Unione, ha fornito grazie alla sentenza Höfner dell'aprile 1991 la definizione di impresa asserendo che impresa è «qualsiasi entità che esercita un'attività economica».²³ Per la Corte quindi è sufficiente che si eserciti un'attività economica, ed anche per quest'ultimo concetto la Corte nella sentenza Fenin del 2003 ne offre una definizione, affermando che si intende per attività economica l'offerta di beni e servizi sul mercato. Per tale motivo dunque, la Corte di Giustizia sostiene che si potrebbero includere nella grande categoria delle imprese anche gli enti pubblici, qualora svolgessero attività economiche e pertanto non rilevarebbero ai fini di questa distinzione né la qualificazione della natura giuridica, né le modalità di svolgimento dell'attività del soggetto. Sono altresì inclusi i liberi professionisti, in quanto l'esercizio dell'attività economica in maniera meramente intellettuale non è fattore di

²³ Luigi Daniele, *op. cit.*, p. 263 e ss.

discrimine, e anche le attività economiche che non abbiano scopo di lucro, poiché emerge comunque la natura di scambio di beni e servizi. Eccezione invece è fatta per tutti gli enti che abbiano funzione sociale: la Corte nella sentenza a cause riunite Poucet e Pistre ha negato l'economicità dell'attività degli enti con funzione sociale visto che «la funzione esclusivamente sociale si basa sul principio della solidarietà nazionale e non ha alcuno scopo di lucro».²⁴

2.2 Portata degli articoli 101 e 102 TFUE

I divieti espressi dagli artt. 101 e 102 hanno c.d. efficacia diretta. Le conseguenze di questa loro caratteristica sono piuttosto rilevanti: essi possono essere «oggetto di applicazione da parte dei giudici nazionali nell'ambito dei giudizi di loro competenza»²⁵. Detto principio è stato esplicitato nella sentenza 10 luglio 1980 causa 37/79 tra Anne Marty e Estée Lauder SA, società entrambe aventi sede in Parigi, tramite domanda pregiudiziale vertente sull'interpretazione dell'art. 85 del Trattato CEE e di alcune norme per l'applicazione di tale articolo. La Corte di Giustizia con questa sentenza al punto n. 13, motivando la risposta indirizzata al Tribunale di commercio di Parigi in merito alla seconda questione chiesta, spiega che come considerato nella precedente causa 123/73 tra Belgische Radio en Televisie e SV Sabam (Unione belga degli autori, compositori ed editori) per loro natura, i divieti prescritti dagli artt. 85 e 86 TCEE (ora artt. 101 e 102 TFUE) «sono atti a produrre direttamente effetti nei rapporti fra i singoli, detti articoli attribuiscono direttamente a questi diritti che i giudici nazionali devono tutelare. Il negare la competenza di questi giudici (...), equivale a spogliare i singoli di diritti loro spettanti in forza del Trattato»²⁶. Pertanto, la Corte decide al punto 1° che «una lettera amministrativa, che comunica all'impresa interessata l'opinione della Commissione, secondo cui essa non ha motivo di intervenire a norma dell'art. 85, n. 1, del Trattato nei confronti di determinati accordi, non ha l'effetto di impedire ai giudici nazionali, dinanzi ai quali si faccia valere l'incompatibilità degli accordi con l'art. 85, di valutare diversamente, in funzione degli elementi di cui essi dispongono, gli accordi in questione. Pur non vincolando i giudici nazionali, l'opinione comunicata con tali lettere costituisce

²⁴ Sentenza Poucet e Pistre del 17/02/1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91.

²⁵ Principio prodotto dalla sentenza Estée Lauder del 10/07/1980, causa 37/79.

²⁶ Sentenza Estée Lauder del 10/07/1980, causa 37/79, punto n. 13.

nondimeno un elemento di fatto di cui i giudici nazionali possono tener conto nel loro sindacato della conformità all'art. 85 degli accordi o dei comportamenti di cui trattasi».²⁷ Parallelamente al principio dell'efficacia diretta, è opportuno affermare che l'efficacia diretta produce un diritto specifico nei confronti dei singoli che abbiano subito una lesione derivante dalla violazione degli artt. 101 e 102, cioè il diritto al risarcimento del danno. Come si è precedentemente detto, la competenza in materia di concorrenza è riservata esclusivamente all'Unione (art. 3 TFUE par. 1, lett. b). Tuttavia, sembra che non sia fatto divieto ai singoli stati membri dell'Unione di legiferare in merito a condotte di imprese che causino effetti di tipo anticoncorrenziale solamente se circoscritti all'interno del mercato nazionale, e non anche in quello comunitario. Tale affermazione ha come base giuridica l'art. 103 TFUE par. 2 lett. e).

Art. 103 TFUE

(...)

2. Le disposizioni di cui al paragrafo 1 hanno, in particolare, lo scopo di:

(...)

*e) definire i rapporti fra le legislazioni nazionali da una parte e le disposizioni della presente sezione nonché quelle adottate in applicazione del presente articolo, dall'altra.*²⁸

In altre parole, ne consegue che l'intervento legislativo dell'Unione Europea sarebbe quindi circoscritto alla definizione di regole relative soltanto al buon andamento del mercato comune europeo, e ovviamente, non anche ai singoli mercati nazionali. In merito a questa prassi si possono configurare aspetti critici sul piano della concreta applicazione pratica delle norme: la condotta di un'impresa può essere giuridicamente rilevante sia sul piano comunitario sia sul piano nazionale, pertanto si pone un problema di «applicazione parallela del diritto della concorrenza dell'Unione e nazionale ad una medesima fattispecie». Per far fronte a tale problema applicativo la dottrina ha formulato due possibili vie percorribili: la c.d. doppia barriera, tale per cui se la condotta prescritta dallo

²⁷ Sentenza Poucet e Pistre del 17/02/1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, punto n.1.

²⁸ Articolo 103 TFUE.

stato membro risulta la medesima prescritta anche dall'Unione Europea, allora si applica una sorta di sommatoria tra normative UE e normativa nazionale, mantenendo inalterate entrambe le normative; la c.d. barriera unica invece prevede che venga sostanzialmente applicata la normativa europea nel caso in cui entrambe le fattispecie interessino il diritto europeo, e quindi si faccia venir meno l'applicazione della normativa domestica. In realtà, la Corte di Giustizia ha affermato di preferire la soluzione della c.d. doppia barriera e pertanto è possibile un'applicazione per l'appunto parallela di entrambe le normative ma pur sempre riferite ad una stessa condotta descritta: tuttavia secondo la Corte, questa prassi deve necessariamente essere coniugata con il principio di primato dell'Unione Europea. A sostegno di ciò, la Corte illustra la visione di questo principio ponendo un paletto nella sentenza 13 febbraio 1969, causa 14/68 conosciuta come sentenza Wilhelm, in cui viene asserito che «l'applicazione parallela della disciplina nazionale è ammissibile solo in quanto non pregiudichi l'uniforme applicazione, nell'intero mercato comune, di norme comunitarie sulle intese e il pieno effetto dei provvedimenti adottati in applicazione delle stesse».²⁹ Viene dunque tracciato un elemento di confine tra la possibilità di applicazione parallela di diritto europeo e di quello nazionale e il non pregiudizio del diritto comunitario stesso in materia di intese; non è la prima volta che la Corte rimarca una certa supremazia dell'ordinamento europeo nei confronti di quello nazionale dei singoli stati membri, in ragione del rapporto fra ordinamenti sancito dagli artt. 11 e 117 della nostra carta costituzionale.

2.3 L'articolo 101 TFUE – il divieto di intese

La norma pone un divieto di intese fra imprese, ma non menziona il significato proprio della parola 'intese'. Secondo una deduzione logica che verrebbe istintiva, si definiscono intese le relazioni che intercorrono tra due o più imprese in merito a condotte da porre in essere. Le condotte che vengono descritte e che sono dunque oggetto del divieto di tale norma sono essenzialmente tre: gli accordi, le decisioni di associazioni di imprese, e le pratiche concordate. Secondo la Corte di Giustizia, non vi è un netto margine di separazione tra loro ma fattori di distinzione potrebbero essere l'entità e la forma con cui esse vengono poste in essere nella realtà, aldilà della descrizione teorica. Sembrerebbero

²⁹ Sentenza Wilhelm del 13/02/1969, causa 14/68.

non rientrare nella categoria delle intese vietate invece tutte quelle imprese che siano legate dal c.d. principio di unità economica, secondo il quale risulterebbe ragionevole non includerle nel grande insieme delle intese poiché legate da un vincolo economico che si estrinseca in un controllo concreto ed effettivo l'una sull'altra quasi formando un'unica entità operativa; ne fa esempio la casistica delle holding, in cui la capogruppo esercita un controllo giuridico ed economico sulle imprese controllate, e pertanto, non sarebbe erroneo pensare che le controllate non potrebbero in nessun caso discostarsi dalle scelte decisionali della capogruppo in termini di strategie concorrenziali.³⁰ Tornando alle condotte vietate dall'art. 101, si parla di accordi qualora vi sia come presupposto «l'esistenza di un vero e proprio incontro di volontà tra le parti».³¹ Avrebbero quindi in questo caso natura pattizia, similmente ad una qualsivoglia fattispecie contrattuale, con la quale i vari soggetti concordano sul verificarsi di una determinata strategia nel mercato: tanto formale sarà l'impegno preso, maggiore sarà la probabilità (quasi certezza, trattandosi di un accordo vincolante per le parti) che la strategia verrà messa in atto, con il fine di trarre maggiore vantaggio a discapito dei concorrenti o dei consumatori finali. Interessante è notare che tali accordi, definiti anche "gentlemen's agreement" (tradotto, accordi tra gentiluomini), possono non consistere in un accordo con tutti i crismi di un contratto formale come lo conosciamo nel diritto nazionale, potendo anche non essere stipulati in forma scritta, e ammettendo inoltre una tacita esecuzione come accettazione, mancando il sollecito della controparte a tenere quel dato comportamento. Dunque, per comprenderne meglio l'essenza, serve dire che unica condizione sufficiente e necessaria per trattarsi di accordo è che tra i soggetti vi sia una «comune volontà»³² di procedere in un determinato modo. Bisogna ora interrogarsi su quale sia l'oggetto dell'accordo e perciò quali siano i comportamenti vietati dall'art. 101.

³⁰ Luigi Daniele, *op. cit.*, p. 274.

³¹ Luigi Daniele, *op. cit.*, p. 246.

³² Sentenza Tréfileurope del 6/04/1995, causa T-141/89.

Articolo 101

1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:

a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;

b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;

c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;

d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;

e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

Oltre che come esplicitato nell'art. 101 alle lett. dalla a) alla e) del comma 1, ciò viene anche chiarito dalla Corte tramite la sentenza del 14 luglio 1942 della ricorrente Imperial Chemical Industries Ltd. la quale, oltre a spiegare la differenza tra le condotte richiamate dall'allora art. 85 del Trattato della Comunità Economica Europea, spiega al punto 67 che: «ciò si verifica quando il comportamento parallelo permette agli interessati di trovare l'equilibrio dei prezzi ad un livello diverso da quello che si sarebbe determinato in regime di concorrenza, nonché di cristallizzare le posizioni acquisite a detrimento dell'effettiva libertà di circolazione delle merci nel mercato comune e della libera scelta dei fornitori da parte dei consumatori».³³ A differenza degli accordi, le pratiche concordate sono

³³ Sentenza Imperial Chemical Industries Ltd del 14/07/1972, causa C 48-69, P. 67.

un'altra opzione contemplata dall'art. 101. La stessa sentenza I.C.I. del 1972 cita le pratiche concordate e fa una riflessione sulla dissomiglianza rispetto alla figura degli accordi al punto 65 «per natura, la pratica concordata non presenta tutte le caratteristiche di un accordo; la sua esistenza si può desumere dal coordinamento che si concreta nella condotta dei partecipanti».³⁴ La differenza sostanziale tra accordo e pratica concordata è la mancanza di manifestazione di volontà dei soggetti coinvolti³⁵, unico elemento è quindi la mera condotta posta in essere, e non presenta invece come l'accordo un carattere pattizio più marcato: infatti, come viene citato nella sentenza della Corte, unico indizio dell'esistenza della pratica concordata è solo il comportamento tenuto in maniera coordinata. Per meglio definire il carattere proprio della pratica concordata, va fatto riferimento alla Sentenza Suiker Unie del 16 dicembre 1975 con cui la Corte asserisce che la pratica concordata è una «forma di coordinamento tra imprese che costituisce in pratica una consapevole collaborazione tra le stesse imprese a danno della concorrenza, e che porti a condizioni di concorrenza non corrispondenti a quelle normali del mercato»³⁶; pertanto, non è necessario un accordo, è sufficiente un coordinamento tra imprese con effetti negativi sul mercato per i concorrenti. Va segnalato che questa fattispecie contrasta con il regime di libera concorrenza tanto desiderato dall'Unione Europea poiché per realizzare e mantenere effettivamente un regime in cui si assicuri la libera concorrenza è fondamentale una certa autonomia decisionale e la non influenza tra imprese. Ciò significa che ogni soggetto economico deve prendere in maniera del tutto autonoma decisioni in merito alle proprie strategie di mercato. Come detto all'inizio, se questo meccanismo viene falsato, allora non si hanno condizioni di parità per tutti gli operatori economici nel mercato e le conseguenze pertanto saranno quelle di far avvantaggiare solamente alcuni soggetti a discapito di altri, oltre che pregiudicare l'equità del mercato. Infine, le decisioni di associazioni tra imprese sono esattamente le scelte che la stessa associazione, come organizzazione costituita da imprese, prende ponendo condizioni che vanno a vincolare i soggetti che aderiscono all'associazione stessa. Trattandosi di associazioni, la decisione può essere presa attraverso un atto che possa risultare vincolante per tutti gli associati in base allo statuto dell'associazione stessa; in alternativa, la

³⁴ Sentenza Imperial Chemical Industries Ltd del 14/07/1972, causa C 48-69, P. 65.

³⁵ Luigi Daniele, *op. cit.*, p. 278.

³⁶ Sentenza Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA del 16/12/1975, cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73.

decisione può essere presa attraverso la manifestazione di assenso della maggioranza degli associati, e anche in tal caso la decisione diviene vincolante per tutti gli associati. Sono soggette al divieto di tale norma, come detto, tutte quelle imprese che concludono intese fra loro. Nella prima parte dello stesso articolo sono riportate le condizioni attraverso le quali si può individuare una condotta negativa e pregiudizievole, al fine di vietarla in funzione dell'obiettivo stesso della norma. I criteri di applicazione dell'art. 101 considerano tanto il pregiudizio al commercio tra stati membri quanto il pregiudizio alla concorrenza. Nel primo caso, l'intesa è vietata se può arrecare anche solo potenzialmente pregiudizio al commercio tra stati membri. Nel secondo caso, l'intesa viene vietata qualora essa abbia come oggetto o anche come effetto quello di impedire, restringere o falsare la concorrenza stessa nel mercato interno dell'Unione. Queste due condizioni sicuramente sembrano andare nella stessa ottica di tutela del sistema concorrenziale posto in essere dall'Unione Europea, ma la loro differenza è che sono mosse da esigenze senz'altro congruenti ma contrapposte: se la prima ha come obiettivo la tutela del mercato unico dell'Unione, la seconda ha invece come obiettivo la tutela del commercio tra stati membri, e pertanto, la disuguaglianza è rappresentata dalla dimensione a cui esse fanno riferimento, ovvero una più generale e l'altra più specifica, cioè tra stati membri in quanto nazioni poste tutte sullo stesso piano in condizioni di parità. È estremamente rilevante notare che l'applicazione di tale divieto avviene non solo qualora la condotta venga concretamente tenuta da parte del soggetto impresa, ma è sufficiente che la condotta ritenuta pregiudizievole possa avere effetti anche solo potenziali atti a causare un danno.³⁷ Più nel dettaglio, il pregiudizio al commercio tra stati membri è stato nel tempo oggetto di un'interpretazione sempre più estensiva da parte della Corte di Giustizia, poiché si ritiene che sia pregiudizievole qualsiasi intesa che nuoce alla realizzazione degli scopi del mercato unico attraverso l'isolamento dei mercati nazionali o l'alterazione del meccanismo concorrenziale del mercato comune. Se questa interpretazione fa riferimento a condotte che si verificano nel panorama generale del mercato unico europeo, c'è però da chiedersi in che misura possano risultare problematiche (quindi pregiudizievoli e vietate) le intese concluse all'interno dei confini nazionali, ovvero tra imprese appartenenti allo stesso territorio nazionale. Le intese nazionali sono vietate per il semplice fatto che esse ostacolano il mercato comune e

³⁷ Luigi Daniele, *op. cit.*, p. 281.

attuano una sorta di meccanismo a barriera nei confronti delle altre imprese estere concorrenti. La seconda condizione, ovvero il pregiudizio alla concorrenza, si estrinseca a sua volta in due fattispecie diverse: condotta avente ad oggetto restrizioni e condotta avente per effetto restrizioni. Nella prima ipotesi, per sua natura l'intesa ha come ratio la volontà di recare danno alla concorrenza per attribuirsi un vantaggio. Esempio di ciò sono le c.d. hardcore restrictions³⁸, particolarmente negative, che prevedono la fissazione di determinati prezzi o la ripartizione di fette di mercato (esempi più pratici sono gli accordi di distribuzione selettiva oppure i contratti di licenza). Nella seconda ipotesi tuttavia, non risulterebbe intuitivo ed evidente, ma al contrario più complesso, individuare il pregiudizio alla concorrenza, in quanto bisognerà valutarne gli effetti esaminando le conseguenze che quella determinata condotta produce. Esaminando le condizioni di concorrenza in cui l'impresa si trova, necessario sarà prendere in considerazione tanto la concorrenza attuale quanto quella potenziale al fine di verificare se ci siano i presupposti affinché le imprese si facciano concorrenza.³⁹ Il pregiudizio di cui si parla deve essere rilevante e per questo prende il nome di pregiudizio sensibile, intendendosi tale il danno che possa causare materialmente effetti estremamente negativi come quello di escludere una buona parte delle imprese concorrenti, innalzare eccessivamente il prezzo di vendita dei prodotti abbassando significativamente la qualità dei prodotti a discapito dei consumatori. Per inverso, il pregiudizio si considera irrilevante qualora sia arrecato da un soggetto ritenuto debole e privo di forza sul mercato; inoltre, qualora il pregiudizio abbia un effetto irrilevante nei confronti dell'esterno, come riportato nella sentenza Völk del 1969, nella quale si esplicitano le conseguenze della mancanza del c.d. pregiudizio sensibile, l'effetto non è altro che la non applicazione del divieto di cui all'art. 101 in quanto non sussistono le ragioni per considerarlo come evento pregiudizievole.⁴⁰ Al terzo paragrafo sono indicate una serie di fattispecie di intese che paradossalmente, in via del tutto eccezionale, sfuggono dall'applicazione dell'art. 101. Le ragioni di queste esenzioni sono ricomprese negli stessi punti elencati dalla norma, trattandosi di condizioni che per vari aspetti sono meritevoli di non ricadere all'interno del campo del divieto. In totale troviamo quattro condizioni, di cui due positive e due negative. La prima prevede che

³⁸ Comunicazione della Commissione n. C101 del 27 aprile 2004 "Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, par. 3, punto 21.

³⁹ Luigi Daniele, *op. cit.*, p. 283 e ss., e Sentenza European Nights Services 15/09/1998.

⁴⁰ Sentenza Franz Völk contro J. Vervaecke s.p.r.l. del 9/07/1969, causa C 5-69.

non siano vietate le intese che in qualche modo apportino miglioramenti al sistema produttivo o distributivo dei prodotti, oppure che promuovano il progresso tecnico e economico. Doveroso è notare che questa miglioria apportata dall'intesa deve essere oggettiva, e ciò significa che i vantaggi derivanti da essa devono, in misura consistente, compensare gli svantaggi che allo stesso tempo l'intesa comporta al meccanismo della concorrenza. Al secondo punto, vengono menzionati i consumatori in quanto non è vietata l'intesa che produca come effetto quello di apportare comunque un vantaggio anche per i consumatori.⁴¹ Al terzo punto, viene indicato il c.d. principio di indispensabilità della restrizione, secondo il quale, basandosi sul principio di proporzionalità, i pregiudizi alla concorrenza intesi come limitazioni effettive alle imprese stesse derivanti da intese, non sarebbero vietati se proporzionati al progresso tecnico ed economico che grazie ai loro effetti apportano al mercato; questo principio è stato affermato dalla corte nella sentenza *Matra Hachette*.⁴² Infine, la norma impone che per tali imprese vi possa essere la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte definita sostanziale dei prodotti. È stato spesso detto che l'effetto dell'applicazione dell'art. 101 è il divieto dell'intesa creata: questo non è un concetto completo. L'effetto sanzionatorio che scaturisce dall'applicazione della norma è la nullità di qualsiasi intesa, più l'applicazione di sanzioni amministrative da parte dei giudici nazionali. Le caratteristiche di questa nullità sono in primo luogo l'assolutezza, nel senso che l'intesa risulterà priva di effetti nei rapporti tra le parti e non produrrà effetti nei confronti di parti terze; in secondo luogo, la parzialità, poiché la nullità colpirà solamente le parti dell'accordo di intesa che rientreranno nel divieto dell'art. 101, mantenendo in vita invece quelle che non vi rientrano. Sorge però un problema che riguarda la natura delle tre tipologie di intese evidenziate: se gli accordi e le decisioni di associazioni di imprese risultano avere caratteristiche più formali, il problema dell'applicazione della nullità si presenta però per le pratiche concordate, in quanto queste fattispecie mancano di requisiti formali giacché in questi casi non è previsto un metodo specifico per la formazione del consenso.

⁴¹ Tale principio è contenuto nella Sentenza *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co* del 25/10/1977, causa 26/76.

⁴² Luigi Daniele, *op. cit.*, p. 292.

2.4 L'articolo 102 TFUE – l'abuso di posizione dominante

Articolo 102

È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo.

Anzitutto, prima di fare considerazioni in merito è fondamentale analizzare l'oggetto di questo divieto. Parlando di abuso di posizione dominante, s'intende lo sfruttamento eccessivo ed in maniera del tutto non consona alle disposizioni del TFUE della posizione sul mercato da parte di un'impresa che detiene una particolarmente rilevante ed influente fetta di mercato. Si noti quindi che oggetto del divieto non è tanto la posizione dominante di un'impresa ma piuttosto, le modalità con cui essa viene utilizzata per ottenere vantaggi a discapito di altri soggetti. I quattro punti analizzati nella seconda parte della norma indicano quali siano le pratiche oggetto del divieto, e descrivono in modo specifico le condotte vietate. Oggetto del divieto, può essere l'abuso di posizione dominante di un'impresa unica ma anche di un gruppo societario, perciò di capogruppo e collegate, oppure può verificarsi anche il caso in cui più imprese collegate tra loro abusino tutte nello stesso momento della loro posizione dominante che esse condividano perché legate da vincoli economici.⁴³ La norma non è un divieto assoluto per l'impresa ad acquisire una forza rilevante sul mercato, ma ha la funzione di porre un paletto a tutte quelle imprese che in determinate circostanze rischiano di diventare dei veri e propri monopoli. L'applicazione di questo divieto non è immediata, ma necessita di un'indagine che si concretizza in tre differenti momenti. In un primo momento l'esigenza è quella di focalizzarsi sul tipo di mercato in cui opera l'impresa stessa e cioè definire quello che è il c.d. mercato rilevante, ovvero il contesto in cui l'impresa può o potrebbe avere una posizione dominante. Questo passaggio ha un duplice fine: quello di definire il contesto geografico in cui l'azienda si stanziava, e inoltre quello di definire il tipo di mercato (nell'accezione più economica del termine) in cui l'azienda opera, e perciò determinare

⁴³ C.d. abuso di posizione dominante collettiva, Sentenza Compagnie maritime belge del 16/03/2000, causa C-395/96 P.

che tipo di beni o servizi e offre, in che modi e a che prezzi; è proprio in questa fase che si studia sotto più punti di vista il prodotto o il servizio offerto in termini di caratteristiche, somiglianze con i prodotti o servizi dei concorrenti, il grado di sostituibilità o meno rispetto a prodotti o servizi dei concorrenti e in che entità vi sia concorrenza con altre imprese; in pratica, viene operato un collocamento concettuale dell'azienda in base alla sua attività economica vera e propria. Dopo aver definito il mercato rilevante, si esamina se l'impresa posseda o meno una posizione dominante nel mercato rilevante di riferimento, e se sì oltre alla definizione della grandezza di questa posizione, vengono esaminate le conseguenze che essa ha nei confronti del mercato. Il concetto di posizione dominante non è lasciato alla concezione soggettiva che ha l'impresa stessa di sé, ma la Corte di Giustizia ha dato definizione del concetto grazie alla sentenza 13 febbraio 1979 Hoffmann La Roche. La Corte ha testualmente asserito che per tale si debba intendere «una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione e ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, di clienti e in ultima analisi dei consumatori».⁴⁴ In questo passaggio si nota ulteriormente come anche l'abuso di posizione dominante sia un comportamento anticoncorrenziale che nuoce agli interessi dei consumatori come singoli individui che subiscono ripercussioni negative in funzione di elementi che non è in loro potere in nessun modo mutare. È legittimo chiedersi quindi in che modo tali fattispecie danneggino i consumatori. La risposta a tale quesito sta nella definizione dei c.d. *exploitative abuses*, ovvero tutte quelle condotte che hanno come mero scopo quello di massimizzare il profitto della parte più forte del rapporto, l'impresa. Come detto, il rischio dell'inerzia del sistema nei confronti degli abusi delle imprese dominanti nel mercato è il mutamento delle loro condizioni in contesti di monopolio: infatti, nella stessa sentenza la Corte ha fornito la differenza che intercorre tra le due fattispecie, cioè posizione dominante e monopolio, dicendo che la stessa posizione dominante non esclude l'esistenza della concorrenza ma fa in modo che l'impresa dominante riesca ad influenzare notevolmente il modo in cui la concorrenza stessa si svolge, comportandosi in modo da ignorarne le conseguenze. Per delineare concretamente quando ci si trovi in presenza di una posizione dominante vi sono vari indici: oltre alla quota di mercato detenuta

⁴⁴ Sentenza Hoffmann-La Roche & Co. AG del 13/02/1979, causa C 85/76.

dall'impresa, bisognerà valutare anche la struttura dell'impresa, quanti e quali siano i concorrenti e la loro forza; inoltre, se sussistano o meno barriere di ingresso sul mercato per i concorrenti entranti, intendendosi per barriere tutti quegli ostacoli giuridici o economici che fattualmente impediscono o rendono complesso l'accesso a tale mercato da parte di nuove imprese concorrenti.⁴⁵ Se l'oggetto del divieto dell'art. 102 è l'abuso di posizione dominante, questa è condizione necessaria ma non sufficiente. In realtà la Corte precisa che l'elemento dello sfruttamento abusivo di tale posizione dominante è necessario, intendendosi per tale un comportamento che influenzi la dinamica del mercato ostacolando attraverso dinamiche diverse da quelle che l'impresa userebbe in un contesto di concorrenza non alterata, mantenendo come regole guida le prestazioni degli operatori economici la conservazione del grado di concorrenza esistente e il suo sviluppo.⁴⁶ Interessante è notare che la concorrenza di un mercato in cui vi sia ubicata un'impresa particolarmente forte e rilevante sicuramente subirà a prescindere dall'abuso o meno della stessa delle conseguenze negative ma del tutto legittime in forza del gioco naturale della concorrenza. Il problema che si pone nei casi di abuso invece è rappresentato dal fatto che l'impresa dominante è ulteriormente avvantaggiata da questa dinamica precedentemente creata a causa della sua sola esistenza, e pertanto sarà facilitata nell'abuso del suo status. L'effetto negativo che vuole essere scongiurato dal divieto dell'art. 102 è certamente un pregiudizio al commercio tra stati membri all'interno del mercato unico. Interessante è la differenza fatta notare da Luigi Daniele tra art. 101 e art. 102: nel campo di applicazione dell'art. 102 non è rilevante che l'abuso di posizione dominante sia oggetto o effetto della condotta tenuta poiché il solo fatto di avere un'impresa che abusi della sua condizione è già di fatto una conseguenza negativa che pregiudica la concorrenza.⁴⁷ Ulteriore differenza è che sempre in questo contesto non esistono esenzioni per la sua non applicazione, a differenza del par. 3 dell'art. 101. Il collegamento tra l'analisi di questo articolo e la tutela dei consumatori sta nella dinamica stessa dell'abuso di posizione dominante da parte di un'impresa: il fatto che il soggetto dominante all'interno del mercato disponga di una relevantissima forza contrattuale e impositiva fa in modo che esso possa liberamente imporre prezzi elevati per l'acquisto dei suoi beni o servizi, fattispecie descritta dai c.d. *exploitative abuses*. Questa dinamica

⁴⁵ Luigi Daniele, *op. cit.*, p. 300 e ss.

⁴⁶ Sentenza Hoffmann-La Roche & Co. AG del 13/02/1979, causa C 85/76.

⁴⁷ Luigi Daniele, *op. cit.*, p. 309.

produce un duplice effetto in quanto se da una parte i consumatori non avranno altra scelta se non quella di acquistare quel bene o quel servizio a quel dato prezzo imposto dall'impresa non potendo effettuare un'analisi razionale basata sui prezzi dei concorrenti, dall'altra il mercato vedrà l'ingresso di altre nuove imprese che riterranno quel mercato particolarmente profittevole, innescando una pericolosa spirale.⁴⁸

⁴⁸ Alberto Pera, *op. cit.*, p. 204.

CAPITOLO III

LA CORRELAZIONE TRA CONCORRENZA E CONSUMATORI

Non è erroneo pensare che possa esistere una correlazione tra concorrenza e consumatori. Il nucleo fondamentale dell'analisi contenuta in questo capitolo è l'interrelazione che sussiste in maniera indiretta tra gli artt. 101 e 102 del TFUE, norme che si riferiscono principalmente a destinatari quali le imprese stesse ma che come si è visto hanno effetti anche sui consumatori finali, e la tutela dei consumatori, in quanto soggetti che vengono coinvolti nei meccanismi della concorrenza.

3.1 La tutela del consumatore nell'Unione Europea

Non solo gli articoli del TFUE menzionati riportano un collegamento al tema del consumo; al contrario, l'Unione Europea pone come base giuridica a misure a protezione del consumatore gli artt. 12, 114 e 169 del TFUE, l'ultimo contenuto all'interno del titolo XV del TFUE, dedicato appositamente alla protezione dei consumatori. Inoltre, fondamentale è citare l'art. 4 par. 2 lett. F del TFUE che pone infatti la protezione dei consumatori come materia oggetto di competenza concorrente con gli stati membri dell'Unione. Infine, nell'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si afferma espressamente che «nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori».⁴⁹ A livello di atti giuridici derivanti dall'Unione troviamo due importantissime direttive: la direttiva 2005/29 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e la direttiva che la modifica, ovvero la direttiva 2019/2161 del 27 novembre 2019 del Parlamento europeo e del Consiglio per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori. La ragione per cui l'Unione Europea inserisce in più contesti la tematica del consumo la si trova nel corpo stesso del TFUE, all'art. 12 (ex art. 153 del TCE) poiché esso recita che «nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei

⁴⁹ Articolo 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Protezione dei consumatori.

consumatori^{50[OB]}. Tale norma offre uno spunto di riflessione per affermare che ogni policy che l'Unione Europea deciderà di attuare, dovrà sempre tenere conto, in qualsiasi circostanza, degli effetti che l'introduzione di una nuova normativa o l'approvazione di una nuova norma potrebbero avere nella sfera giuridica di quelli che sono i soggetti consumatori, e anzi, non solo nel momento della definizione di tali politiche, ma anche nella fase di attuazione delle stesse. In questa dinamica è evidente l'attenzione che l'Unione Europea pone nei riguardi della protezione dei consumatori in maniera piuttosto generale e ad ampio spettro, e non circoscritto ad un ambito specifico. Al contrario, ad esempio, lo sarebbe se la norma fosse riferita solamente alla materia commercio. Si cerca così di estendere la tutela attraverso una norma contenuta in una fonte primaria. L'Unione Europea all'art. 169 pone alcuni obiettivi in materia di tutela del consumatore quali «la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori, nonché il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi»^{51[OB]}. Il fine di questa norma è quello di proteggere i consumatori da eventi dannosi posti in essere dal resto dei soggetti economici presenti nel mercato, ed inoltre, quello di assicurare un livello di tutela che non lascia spazio ad interpretazioni, poiché viene esplicitamente riportato che tale livello deve essere elevato. Oltre a ciò, è l'art. 169 che comprende il riferimento normativo all'art. 114 al 2° comma alla lett. a): «L'Unione contribuisce al conseguimento degli obiettivi di cui al paragrafo 1 mediante: a) misure adottate a norma dell'articolo 114 nel quadro della realizzazione del mercato interno^{52[OB]}. Questa parte dell'art. 169 prevede che, in virtù del fatto che la tutela del consumatore è prevista come materia concorrente ai sensi dell'art. 4 par. 2 lett. F del TFUE, per il raggiungimento degli obiettivi sopra citati anche l'Unione possa adottare atti a riguardo, ed inoltre, alla lett. b) è sempre fatta salva l'ipotesi per l'Unione di intervenire adottando misure a sostegno, di integrazione e di controllo alla politica svolta dagli Stati membri. L'art. 114 è la norma con cui il TFUE prevede la concreta attuazione della competenza concorrente in questa materia: il riavvicinamento delle ^{53[OB]} viene attuato secondo la procedura legislativa ordinaria da Parlamento europeo e Consiglio, consultando prima il

⁵⁰ Articolo 12 TFUE.

⁵¹ Articolo 169 TFUE.

⁵² Articolo 169 TFUE.

⁵³ Il capo 3 del TFUE è intitolato "Riavvicinamento delle legislazioni" in ragione del fatto che le legislazioni dei vari stati membri (legislative, amministrative e regolamentari) devono senz'altro convergere con le disposizioni dell'Unione attuando un coordinamento.

parere del Comitato economico e sociale. Dato che nell'ambito della procedura legislativa ordinaria è la Commissione ad avere un potere di iniziativa, il 3° comma dell'art. 114 prevede che tale istituzione debba considerare il livello di protezione riservato soprattutto ai consumatori come elevato⁵⁴. Proprio a riguardo della competenza concorrente che intercorre tra Unione e Stati membri, l'art. 169 al comma 4° specifica che in ogni caso, le legislazioni nazionali possono comunque introdurre disposizioni più rigorose ed efficaci, ponendo come obiettivo primario la salvaguardia del consumatore attraverso gli obiettivi posti dall'Unione. L'unica caratteristica che la norma impone per le varie normative nazionali è il fatto che queste ultime debbano essere coerenti con i Trattati.

3.2 Segue: esame di alcuni elementi della concorrenza in relazione al consumatore

Il motivo per cui disciplinare la concorrenza risulta importante anche per i consumatori sta nel fatto che essa, se regolata in maniera efficace, non nuoce al meccanismo dello scambio commerciale. La concorrenza, come si è precedentemente spiegato, se da un lato può avere conseguenze pregiudizievoli non solo per le imprese concorrenti ma anche per i consumatori finali, dall'altro riserva per questi ultimi effetti piuttosto positivi. La motivazione che sta alla base di questo aspetto vantaggioso è il fatto che nella "battaglia" tra imprese ad assicurarsi più clientela possibile, influiscono aspetti che apportano benefici all'utente finale. Andando per gradi, se due o più imprese attuano la c.d. guerra a ribasso del prezzo, in cui un'azienda fissa un dato prezzo per la vendita di quel bene/servizio al fine di incrementarne le vendite e quindi il profitto in termini di utile, a sua volta un'altra azienda competitor fisserà un prezzo più basso per lo stesso bene/servizio, e così via. Questa tecnica innesca nel consumatore l'esigenza di effettuare un'attenta analisi nella scelta del prodotto che può attribuirgli il beneficio maggiore in termini di utilità, soddisfacendo più bisogni possibili attraverso l'uso più limitato possibile delle risorse che il soggetto può permettersi di scambiare per quel bene/servizio: il fattore che permette il vantaggio sta proprio nella competitività del prezzo attuato dalle strategie imprenditoriali. E' bene ricordare che in un regime di libera concorrenza tali strategie non devono in nessun caso essere concordate tra i vari concorrenti, infatti il principio che tutti gli operatori economici devono osservare è l'autonomia della scelta

⁵⁴ Articolo 114 TFUE par. 3.

decisionale: non è ammesso che le imprese si influenzino in modo preventivo, aggiungendo il fatto che esse potrebbero essere mosse da un fine secondario, ovvero quello di escludere altri concorrenti o approfittare della condizione di disparità che sussiste nei riguardi del consumatore; per tali ragioni infatti, come si è osservato, ha ragione di esistere l'art. 101 del TFUE. Criticità in merito a questa strategia tuttavia possono essere due; in primo luogo, questa tecnica può essere attuata più facilmente da aziende di grande entità, e non da piccole o medie imprese, poiché queste ultime non potranno far fronte ad una strategia a ribasso del prezzo nel lungo periodo. In secondo luogo, per alcune tipologie di consumatore talvolta trovare beni/servizi a prezzi molto competitivi e perciò a basso costo potrebbe essere sinonimo di una qualità non conforme a quella degli altri offerenti a prezzi maggiori, e potrebbero perciò reputare scadente il prodotto spinto dal fatto il suo prezzo è il più basso. L'effetto che si verifica è paradossalmente l'inverso: il consumatore sarà spinto a preferire un bene/servizio con un prezzo maggiore, considerandolo di maggiore qualità. Il tema della qualità, rappresenta anche il secondo aspetto positivo per il consumatore, dove in questo caso si verifica l'opposto: sono le imprese stesse ad operare un'attenta analisi tecnico scientifica in merito alla qualità offerta dai loro prodotti, spronati dagli standard qualitativi dei competitors. L'effetto diretto sarà sicuramente quello di offrire sul mercato un prodotto migliore di quello della concorrenza, ma indirettamente è corretto affermare che così facendo gli standard di qualità del settore, in termini di progresso tecnico e scientifico, aumenteranno spinti dall'innovazione tecnologica. Per il consumatore fondamentale quindi sarà l'analisi qualità – prezzo del prodotto: la scelta ottimale ricadrà sul bene che può offrire le migliori prestazioni in base alle risorse che il consumatore detiene. Questo fattore introduce quello che altresì è un terzo vantaggio degli effetti positivi che la concorrenza attua, ovvero l'aumento della scelta intesa come vasta quantità di opzioni di beni e servizi che il consumatore può considerare. La strategia che in questo contesto può attuare l'impresa è quella della differenziazione del prodotto: cercare di attribuire al proprio prodotto o servizio offerto elementi di novità con rispetto a quelli della concorrenza. In conclusione, per le imprese, un regime efficiente di concorrenza fa in modo che la competitività che sussiste tra le imprese nell'ambito del mercato unico europeo le renda più forti nei confronti dei mercati esterni: attuare una sana concorrenza all'interno dell'Unione

consente alle imprese europee di potersi considerare competitive agli occhi del panorama internazionale.⁵⁵

3.3 Correlazione tra artt. 101 e 102 del TFUE

L'art. 101 del TFUE non impone solamente il divieto generale di accordi restrittivi della concorrenza, come prescritto al comma 1, ma introduce quello che è il collegamento tra tutela della libera concorrenza e, al medesimo tempo, tutela dei consumatori. Questa coppia di articoli non si limita a normare alcune condotte relative solamente alle imprese, ma da una certa prospettiva sono propedeutici alla tutela che l'Unione riserva al consumatore. Il comma 3 dell'art. 101, tra le altre prescrizioni, dichiara che l'intesa "deve riservare agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva". Non è, in questo caso, esplicitato chi debba intendersi per 'utilizzatore' ma per analogia devono intendersi tali i soggetti che utilizzano in modo finale e in senso stretto il bene o il servizio, e pertanto, questi soggetti sono proprio i consumatori finali: rilevante e significativo è notare che una fonte primaria come il TFUE all'art. 101 voglia dunque evidenziare l'importante nesso che intercorre tra concorrenza e consumatori. Altro fattore di legame tra questi articoli e il tema del consumo, è l'ulteriore richiamo contenuto nell'art. 102 del TFUE al comma 2 lett. b), il quale nell'elencare le ipotesi di pratiche considerate abusive di un'impresa dominante in un mercato, specifica proprio che sono vietate quelle pratiche che "limitano la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;". Vengono menzionati, in questo caso esplicitamente, i consumatori, che oltre alle imprese di ogni singolo stato membro, rappresentano i destinatari di questa politica. Secondo Luigi Daniele, infatti, parlando delle prospettive originarie che hanno portato alla creazione degli artt. 101 e 102, viene espressamente riportato che «in un regime di concorrenza leale e non falsata, le imprese hanno infatti interesse a lavorare in maniera efficiente, offrendo prodotti o servizi migliori a prezzi più bassi e producendo così maggiore ricchezza. In particolare, si è andato diffondendo il convincimento che un regime di concorrenza libera e non falsata rappresenti uno strumento a vantaggio dei consumatori». ⁵⁶ L'art. 101 ha subito varie modifiche nel corso del tempo, e con l'introduzione del sistema dei Trattati, intendendosi per tali TUE e TFUE, come sistema

⁵⁵ https://ec.europa.eu/competition-policy/consumers/why-competition-policy-important-consumers_it

⁵⁶ Luigi Daniele, *op. cit.*, p. 255.

che supera il sistema dei pilastri con il Trattato di Lisbona del 2007, è divenuta la norma a cui ora si fa riferimento in materia di intese restrittive. Tuttavia, prima di questo passaggio, l'art. 101 era conosciuto come art. 81 del Trattato della Comunità Europea. All'interno della Comunicazione della Commissione denominata "Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato" (2004/C 101/08), al paragrafo 33 viene spiegato che è doveroso effettuare un bilanciamento tra accordi restrittivi e conseguenze positive, poiché viene specificato che si deve «tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'efficiente allocazione delle risorse».⁵⁷ Pertanto, ancora oggi l'art. 101 nella sua odierna formulazione contiene ancora questa deroga al paragrafo 3 a salvaguardia di tutte quelle fattispecie di accordi che, anche se pericolosi sotto alcuni punti di vista per le imprese concorrenti, avvantaggiano però gli utilizzatori finali, e per questa ragione vengono accettati e mantenuti. Dunque, si può affermare che sussistono alcuni aspetti positivi della concorrenza che non sempre hanno effetti negativi.

3.4 La direttiva 29/2005

In questo ambito, trattare la direttiva 29/2005 è rilevante in quanto essa ha introdotto il concetto di pratiche commerciali scorrette, che nel nostro ordinamento sono disciplinate dal decreto legislativo n. 146 del 2007 (in attuazione della direttiva 2005/29), il quale è stato inserito successivamente negli artt. 20 e seguenti del Codice del consumo nel 2005. Le ragioni che hanno all'approvazione di questa direttiva sono essenzialmente due: in primis, le istituzioni europee volevano cercare di stimolare il commercio, e quindi le transazioni che coinvolgessero il consumatore finale, rafforzando l'opinione dei consumatori stessi. In secondo luogo, si voleva dare una spinta alle piccole e medie imprese, poiché con l'introduzione di questa direttiva, si sarebbero facilitati gli scambi.⁵⁸ Oltre a ciò, gli effetti che si volevano realizzare con l'introduzione di questo atto erano quelli di regolamentare le pratiche commerciali sleali ma non solo in relazione ad un

⁵⁷ Commissione europea, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 par. 3 del Trattato a categorie di accordi e pratiche concordate, 2004/C 101/08, paragrafo 33.

⁵⁸ https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/consumer-protection-law/unfair-commercial-practices-law/unfair-commercial-practices-directive_en ; e Comunicazione della Commissione "Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno" (2021/C 526/01) [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021XC1229\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021XC1229(05)&from=EN)

singolo momento della transazione, bensì prima, dopo e durante tutto lo scambio commerciale tra imprese e consumatori finali. Il collegamento con i temi sin qui analizzati e la direttiva 29/2005 è rappresentato dal fatto che essa ha previsto per la prima volta nell'ordinamento comunitario le fattispecie di pratiche commerciali ingannevoli e aggressive, oltre a fornire diverse definizioni, estendendo il divieto di pratiche scorrette a tutte le transazioni commerciali che vedono coinvolti consumatori e imprese (le c.d. transazioni business-to-consumers o "B2C"), peraltro, in ogni fase della transazione stessa. È doveroso rendere noto da ora che tale direttiva è stata modificata dalla direttiva 2019/2161 del Parlamento europeo e del Consiglio, al fine di migliorare l'applicazione e modernizzare le norme dell'Unione che riguardassero la protezione dei consumatori. Come riportato nella prima relazione sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE del della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo dell'11 maggio 2005⁵⁹, l'introduzione di questa direttiva è inoltre legata a diverse esigenze: senza dubbio, la prima è il dovere dell'Unione di garantire un livello di protezione alto dei consumatori in sintonia con l'art. 169 del TFUE, e la seconda è quella di migliorare alcune condizioni del mercato interno per renderlo più accessibile agli utenti uniformando la disciplina a livello comunitario piuttosto che a livello nazionale dei vari stati membri, fattore che, peraltro, porterebbe a disparità di trattamento all'interno dello stesso mercato unico. Non a caso, questo concetto è quello che viene riportato nei punti n. 3) e 4) dei considerando che precedono il corpo normativo della direttiva: le varie leggi nazionali sono sostanzialmente diverse l'una dall'altra, e l'effetto è quello di creare situazioni analoghe regolate in maniera differente, contrariamente all'obiettivo di armonizzazione del diritto a cui aspira l'Unione. In aggiunta, tali disparità causerebbero «sensibili distorsioni della concorrenza»⁶⁰ tra le imprese di diversi Stati membri, provocando effetti negativi al consumatore: come si evince dal considerando (4), queste differenze sono considerati veri e propri ostacoli alla libertà delle imprese nel mercato interno, e soprattutto, rappresentano impedimenti all'applicazione uniforme del diritto per le imprese e per la tutela dei diritti dei consumatori.⁶¹ L'art. 1 della direttiva rivela per l'appunto che il suo fine principale è, oltre ad un corretto funzionamento del mercato

⁵⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013DC0139&from=PT>

⁶⁰ Considerando (3) della direttiva 2005/29 del Parlamento e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno.

⁶¹ Considerando (4) direttiva 2005/29.

interno, il conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori, e propone di farlo attraverso l'armonizzazione delle disposizioni, di tipo legislativo, regolamentare e amministrativo degli Stati membri. L'ambito di applicazione della direttiva è ampio; l'art. 3 infatti ne descrive l'ambito specifico di applicazione, ovvero tutte le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori (regolate nel dettaglio dall'art. 5 in seguito) in tutte le fasi del rapporto. Il par. 4 impone un importante limite per le disposizioni nazionali: in caso di antinomie, e quindi di contraddizioni tra norme comunitarie e le disposizioni contenute nella direttiva, prevalgono le norme della direttiva, in quanto regolatrici di rapporti specifici delle pratiche commerciali sleali. La direttiva si applica a tutte le transazioni che coinvolgono imprese e consumatori, e questo principio è chiarito, oltre che dall'art. 3, anche dall'art. 2 alla lett. d), in cui si definisce il significato di pratica commerciale tra imprese e consumatori, e cioè «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresi la pubblicità e il marketing, posta in essere da un professionista, direttamente connessa alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori». ⁶² Come evidenzia giustamente la relazione della Commissione sopra citata, gli Stati membri si sono limitati a recepire la direttiva, senza regolare ulteriori fattispecie estendendone la portata ispirandosi a quest'ultima: la direttiva infatti, regola solamente le operazioni B2C, lasciando proprio agli Stati membri la facoltà di prendere in considerazione tutti gli altri aspetti quali le operazioni tra imprese (business-to-business o "B2B"), tra consumatori (consumer-to-consumer o "C2C") e quelle che vedono i consumatori fornire un prodotto ad un professionista (consumer-to-business o "C2B").⁶³ Oltre a chiarirne il campo di applicazione, l'art. 2 offre una lista di definizioni dalla lett. a) alla lett. l), e le più rilevanti riguardano la definizione di consumatore, professionista, prodotto, pratiche commerciali; la più rilevante la si trova alla lett. e) in quanto essa incarna a pieno l'essenza del divieto posto dalla direttiva, e cioè il divieto per le imprese di «falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori: l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso»⁶⁴;

⁶² Articolo 2 lett. d) direttiva 2005/29.

⁶³ Punto 3.2.1 della Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005.

⁶⁴ Articolo 2 lett. e) direttiva 2005/29.

questo induce ad affermare che non solo è vietato il mero comportamento scorretto dell'impresa, ma si prende in considerazione anche l'intenzione che una pratica commerciale posta in essere dall'impresa ha nell'influenzare le decisioni del soggetto più debole del rapporto. L'art. 5 della direttiva è il cuore della direttiva, in quanto prevede il divieto di pratiche commerciali sleali, ponendovi alcune condizioni: sono sleali se contrarie alla diligenza professionale del soggetto da cui sono poste in essere, ed in aggiunta, se false o con il solo effetto potenziale di poter falsare il comportamento del consumatore, inteso come intenzione a voler acquistare o usufruire del bene o del servizio (la prospettiva ottimale sarebbe quella di farlo in maniera del tutto spontanea e autonoma). Tale norma introduce anche le fattispecie di pratiche commerciali ingannevoli e aggressive. Il primo gruppo è regolato dall'art. 6, e considera come pratiche ingannevoli tutte quelle fattispecie con cui si forniscano informazioni false o ingannevoli, seppur veritiere, al consumatore, con l'effetto di indurlo anche solo potenzialmente a prendere decisioni che altrimenti non avrebbe preso in assenza di quella condotta ingannevole. Vengono inoltre elencati gli elementi che possono essere oggetto di una pratica ingannevole. L'art. 7 disciplina le omissioni ingannevoli, intendendosi per tali tutte quelle pratiche commerciali che omettano volontariamente informazioni importanti necessarie per una scelta consapevole da parte del consumatore, e che di fatto, lo inducano anche solo potenzialmente a prendere una decisione non in condizioni di autonomia decisionale. Al par. 2 dell'art. 7 si precisa inoltre che vi rientrano anche quelle fattispecie in cui si forniscano in modo «oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo» o quelle in cui non sia specificata la natura meramente commerciale della transazione. Per quanto riguarda il secondo gruppo di articoli, a partire dall'art. 8 vengono regolate le pratiche aggressive, consistenti nel limitare anche solo potenzialmente il potere decisionale del consumatore attraverso «molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento». Per garantire che si tratti effettivamente di pratiche aggressive, l'art. 9 fornisce una serie di elementi per poter analizzare se si possa parlare di pratica aggressiva o meno. La facoltà di vigilare e applicare il diritto imposto dalla direttiva spetta ai sensi dell'art. 11 agli Stati membri, e si prevedono misure precauzionali al fine di contrastare il verificarsi di pratiche commerciali scorrette, come ad esempio: la promozione di azioni giudiziarie contro tali pratiche e/o il controllo di ciò da parte di autorità amministrative competenti. Da ciò consegue che quindi gli Stati

membri sono lasciati liberi di decidere i mezzi con i quali meglio provvedere alla tutela del consumatore in questo ambito.⁶⁵ Il potere di irrogare sanzioni è previsto dall'art. 13 in capo agli Stati membri, e la direttiva pone dei criteri per queste: esse dovranno essere «effettive, proporzionate e dissuasive». Trattandosi di una direttiva comunitaria, sono necessarie per la sua concreta applicazione ulteriori norme di livello nazionale interno: questa dinamica spiega perché l'art. 13 impone che tali sanzioni dovranno essere irrogate in violazione delle norme nazionali adottate per rendere attuativa questa direttiva.

3.5 Concorrenza sleale: la direttiva 2161/2019

In data 27 novembre 2019 è entrata in vigore la direttiva 2161/2019 del Parlamento Europeo e del Consiglio⁶⁶, che modifica la direttiva sulle pratiche commerciali sleali 29/2005. Una delle ragioni principali che hanno portato al superamento della normativa precedente con questa è espressa nel punto (2) della direttiva stessa, in cui viene riportato che secondo le stime della Commissione a riguardo, la tutela del consumatore non era abbastanza efficace: la motivazione con cui la Commissione ha motivato questo difetto è legata all'inesistenza di un vero e proprio apparato di norme volte a tutelare il consumatore, ed inoltre, ha segnalato il bisogno di introdurre misure sanzionatorie più stringenti.⁶⁷ Nel panorama comunitario, prima dell'introduzione della direttiva 2161/2019, erano considerate carenti le varie normative nazionali di contrasto alle condotte scorrette, e conseguentemente, erano assolutamente necessarie misure di rimedio per i singoli consumatori danneggiati⁶⁸: si può dire che la tutela nazionale degli Stati membri risultasse essere insufficiente per il raggiungimento dell'obiettivo espresso dall'art. 169 del TFUE, ovvero un livello di protezione dei consumatori alto. La soluzione secondo l'Unione sarebbe stata quella di introdurre «criteri comuni non esaustivi e indicativi di applicazione delle sanzioni che dovrebbero includere la natura, la gravità, l'entità e la durata dell'infrazione, e anche un'eventuale azione di riparazione proposta dal professionista al consumatore per il danno causato»⁶⁹, quindi cercare di armonizzare

⁶⁵ Punto 4.1 della Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005.

⁶⁶ Direttiva 2019/2161 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori.

⁶⁷ Considerando (2) direttiva 2019/2161.

⁶⁸ Considerando (5) direttiva 2019/2161.

⁶⁹ Considerando (7) direttiva 2019/2161.

il più possibile la normativa europea per non lasciare campi scoperti, che nemmeno le normative nazionali coprono. Notevole è stato anche il cambiamento che i mercati hanno subito negli ultimi 15 anni, non solo grazie all'avvento degli e-commerce, ma anche allo slancio che i social network hanno dato al commercio tradizionale. Per questo motivo, la direttiva apporta elementi di novità anche per quanto riguarda i servizi digitali è tutto ciò che è inerente al mondo digitale. Viene modificato l'art. 2 alla lett. C, introducendo, per l'appunto, i c.d. servizi digitali, definendoli come «qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i servizi digitali e il contenuto digitale, nonché i diritti e gli obblighi»⁷⁰; viene aggiunto anche il termine “mercato on-line”, visto l'impatto positivo che le transazioni hanno subito grazie ai social network, intendendosi come tale: «un servizio che utilizza un software, compresi siti web, parte di siti web o un'applicazione, gestito da o per conto del professionista, che permette ai consumatori di concludere contratti a distanza con altri professionisti o consumatori»⁷¹. L'art. 6 della direttiva precedente che regolava le pratiche ingannevoli, subisce un'integrazione in quanto viene aggiunta una fattispecie all'elenco già previsto: risulta una pratica ingannevole e quindi vietata la promozione di un bene identico ad un altro ma originario di un diverso Stato membro, che ha in realtà caratteristiche molto diverse. Parte piuttosto rilevante delle novità introdotte da quest'ultima direttiva è quella relativa agli articoli 11 e 13. Si introduce un nuovo articolo, ovvero l'art. 11 bis, che contiene dei veri e propri rimedi a favore del consumatore danneggiato da queste pratiche: si parla finalmente di risarcimento del danno, riduzione del prezzo e risoluzione del contratto. Non solo vengono introdotte queste misure, ma con esse si determinano i criteri a cui tali misure devono ispirarsi, e cioè, i rimedi dovranno essere proporzionati ed effettivi. Proporzionati, nel senso che essi dovranno sicuramente tener conto del pregiudizio subito dal consumatore e porvi un equo rimedio; effettivi, nel senso che dovranno cercare di apportare un concreto sollievo al consumatore danneggiato. La scelta tecnica del legislatore comunitario di inserire criteri qualitativi degli strumenti di tutela vuole garantire che tutte le varie legislazioni nazionali degli Stati membri siano ispirate agli stessi principi e che perseguano tutto lo stesso scopo, senza lasciare spazio a livelli disuguali di tutela, paradossalmente all'interno dello stesso mercato. L'art. 13 viene sostituito da una nuova formulazione, la quale prevede che il

⁷⁰ Articolo 2 par. 1 lett. c) direttiva 2019/2161.

⁷¹ Articolo 2 par. 1 lett. m) direttiva 2019/2161.

potere di determinare la normativa in merito alle sanzioni da applicare sia degli stessi Stati membri. Vengono anche in questo caso individuati criteri per la determinazione di queste sanzioni, che devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Al paragrafo 2 vengono elencate, al fine di istruire le varie autorità nazionali circa l'applicazione dei rimedi e delle sanzioni previsti, tutti i criteri da tenere presenti per la concreta irrogazione della sanzione. Il paragrafo 3 stabilisce che queste sanzioni debbano essere di tipo pecuniario e commisurate in base al 4% del fatturato annuo del professionista che ha posto in essere una pratica commerciale scorretta.

3.6 Il ruolo delle istituzioni

Come visto sinora, il tema del consumo è inserito in più norme nell'ordinamento dell'Unione, ed anche le sue istituzioni svolgono un ruolo coerente con tale posizione. È proprio l'art. 13 del Trattato sull'Unione Europea al 1° comma che elenca e definisce la relazione tra le varie istituzioni. Partendo dal Parlamento Europeo, esso costituisce l'assemblea dei rappresentanti dei cittadini dell'Unione; la ragione della sua esistenza si può riscontrare nell'art. 10 TUE dove vi esplicita che il funzionamento dell'Unione è basato sulla democrazia rappresentativa. In merito al tema preso in esame, il Parlamento detiene una commissione permanente al suo interno, denominata "Commissione per il mercato interno e protezione dei consumatori" (IMCO), che è composta da 45 eurodeputati ed è attualmente presieduta da Anna Cavazzini. Nella sostanza, tale commissione permanente ha cura di osservare la corretta applicazione delle regole in merito alla tutela del consumatore, oltre che quelle sul mercato unico, il mercato unico digitale, le dogane.⁷² Il Parlamento Europeo ha senza dubbio un ruolo fondamentale poiché è coinvolta nel meccanismo del procedimento legislativo ordinario, che consiste nell'adozione congiunta di un atto giuridico da parte del Parlamento Europeo e Consiglio, su proposta della Commissione, come descritto dall'art. 289 TFUE. Il Parlamento europeo, durante lo scorso anno, ha ottenuto un buon risultato potendo stanziare fondi di bilancio per l'attuazione di misure a tutela dei consumatori i cui interessi sono stati coinvolti negativamente dalla pandemia Covid – 19: le risorse sono servite da copertura per far fronte a rimborsi per cancellazioni di servizi, ed hanno contrastato il diffondersi

⁷² <https://www.europarl.europa.eu/committees/it/imco/about>

di notizie non veritiere circa dispositivi medici - chirurgici falsi o eccessivamente onerosi. Oltre alla Commissione permanente IMCO, è bene menzionare anche la Commissione per le petizioni (PETI), presieduta da Dolores Montserrat, composta da 35 membri, a cui ci si può rivolgere al fine di presentare reclami o osservazioni sulle norme dell'Unione, sia per questioni pubbliche, sia anche per questioni private. La Commissione Europea, è un organo collegiale composto da 1 commissario per ogni stato membro, ed è l'organo esecutivo: essa detiene un ruolo fondamentale, ovvero l'iniziativa legislativa, che in questo contesto è solo governativa poiché nell'ordinamento comunitario non è previsto che l'iniziativa legislativa sia una prerogativa parlamentare, per tale ragione qualsiasi proposta deve essere necessariamente presa dalla Commissione, ai sensi dell'art. 17 del TUE, in cui sono elencate le sue funzioni specifiche. All'interno della Commissione Europea è presente la Direzione Generale Giustizia e Consumatori (DG JUST) studia le politiche da attuare in tema di giustizia, diritti dei consumatori ed uguaglianza di genere.⁷³ Il Consiglio dell'Unione Europea è un organo collegiale di stati che riunisce i rappresentanti degli stati membri a livello ministeriale sul piano nazionale, ed è competente per quanto riguarda le materie occupazione, politica sociale, salute e consumatori. Per meglio esercitare quest'ultimo compito affidato al Consiglio, possono svolgersi al suo interno delle riunioni informali tra ministri competenti, nelle quali vengono definite le linee generali delle politiche da attuare. Infine, il Comitato Economico e Sociale Europeo (CESE), composto da 329 membri, è un organo consultivo dell'Unione, ed infatti è obbligatoria la sua consultazione ai sensi dell'art. 114 del TFUE, poiché Consiglio e Commissione sono tenute a consultarlo per poter deliberare. Il CESE dà inoltre pareri di propria iniziativa qualora lo ritenga necessario, e tra le materia di cui si occupa, esiste un gruppo di lavoro costituito appositamente per occuparsi di temi quali il mercato unico, la produzione ed il consumo (INT). Infine, è proprio dal CESE che è nata nel 1999 l'iniziativa di istituire la giornata europea del consumatore, che ha come finalità quella di riunire rappresentanti delle varie istituzioni nazionali per discutere di tali tematiche, oltre che sensibilizzare le istituzioni stesse delle criticità che possono costituire impedimenti più o meno gravi al godimento di determinate prerogative dei cittadini europei in materia di commercio e consumo.

⁷³ Dossier n° 56 - 15 febbraio 2022, Camera dei Deputati, Ufficio relazioni con l'Unione Europea <https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/AT056.Pdf>

CONCLUSIONI

Le due normative, quella in merito alla concorrenza nel TFUE, e le direttive a tutela dei consumatori dalle pratiche commerciali scorrette, hanno ratio diverse: se la prima regola le relazioni tra imprese rivali che hanno come obiettivo il profitto, la seconda tutela la parte debole del sistema volendo garantire un certo livello di protezione ed equità. Non vi è dubbio che questi siano obiettivi totalmente opposti, ma, secondo una certa prospettiva, si potrebbe dire che essi siano complementari. Il prodotto del concorrere tra le varie imprese fa in modo che sul mercato vengano introdotto prodotti e servizi qualitativamente migliori, a prezzi più vantaggiosi per i consumatori. La criticità che si presenta in questo contesto è rappresentata dal fatto che attualmente la normativa è incentrata maggiormente sul regolamento delle condotte tra imprese, cioè sugli effetti dell'interazione tra imprese e non direttamente sui rapporti con i consumatori. Una possibile soluzione sarebbe quella di portare la tendenza della normativa a concentrarsi più sull'aspetto diretto che coinvolge impresa e consumatore.⁷⁴ La concorrenza, come sin qui analizzata, sembra tutelare i consumatori dagli atteggiamenti scorretti delle imprese, ma essa non deve essere vista necessariamente come un fattore nocivo per il nostro sistema. Il legislatore, sia comunitario quanto nazionale, dovrebbe essere in grado di coniugarla con un duplice aspetto, ovvero una duplice libertà. Essa dovrebbe garantire la libertà di accesso ai mercati per le imprese, punto cardine piuttosto importante del nostro sistema economico, e al medesimo tempo, garantire una libertà di selezione ai consumatori delle migliori opzioni di beni e servizi presenti sul mercato, in assenza di condizionamenti esterni attuati dalle imprese secondo gli artt. 101 e 102 del TFUE. La situazione attuale del consumatore europeo non è compromessa, anzi, è agevolata dalla struttura e dalle libertà del mercato unico: egli può beneficiare della scelta di beni e servizi provenienti da 27 nazioni differenti. Il compito dell'Unione Europea è quello di curare la tutela del consumatore, e vigilare sulle corrette condotte delle imprese europee.

⁷⁴ Alberto Pera, *op. cit.*, p. 285.

Bibliografia

Adam Smith, *La ricchezza delle nazioni*, 1776.

Luigi Daniele, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, Giuffrè, 2019.

Stefano Bastianon, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano, 2005.

Lorenzo Federico Pace, *Diritto europeo della concorrenza: divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, Padova, CEDAM, 2007.

Maria Chiara Malaguti, *I valori della concorrenza e del mercato nell'Unione Europea: da Roma, a Maastricht, a Lisbona*, 2015.

Alberto Pera, *Concorrenza e antitrust*, Bologna, il Mulino, 2009.

Indice degli atti dell'Unione Europea

Protocollo (n. 27) sul mercato interno e sulla concorrenza del 09/05/2008.

Comunicazione della Commissione “Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno” (2021/C 526/01).

Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 par. 3 del Trattato a categorie di accordi e pratiche concordate, 2004/C 101/08.

Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005.

Direttiva 2005/29 del Parlamento e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno.

Comunicazione della Commissione n. C101 del 27 aprile 2004 “Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81.

Direttiva 2019/2161 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019 che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori.

Dossier n° 56 - 15 febbraio 2022, Camera dei Deputati, Ufficio relazioni con l'Unione Europea.

Indice delle sentenze della Corte di Giustizia

Sentenza Wilhelm del 13/02/1969, causa 14/68.

Sentenza Franz Völk contro J. Vervaecke s.p.r.l. del 9/07/1969, causa C 5-69.

Sentenza Imperial Chemical Industries Ltd del 14/07/1972, causa C 48-69.

Sentenza Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA del 16/12/1975, cause riunite 40 a 48, 50, 54 a 56, 111, 113 e 114-73.

Sentenza Metro SB-Großmärkte GmbH & Co del 25/10/1977, causa 26/76.

Sentenza Hoffmann-La Roche & Co. AG del 13/02/1979, causa C 85/76.

Sentenza Estée Lauder del 10/07/1980, causa 37/79, punto n. 13.

Sentenza Poucet e Pistre del 17/02/1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91.

Sentenza Matra Hachette del 15/07/1994, causa T-17/93.

Sentenza Tréfileurope del 6/04/1995, causa T-141/89.

Sentenza European Nights Services 15/09/1998.

Sentenza Compagnie maritime belge del 16/03/2000, causa C-395/96 P.

Sentenza Fenin del 4/03/2003, Causa T-319/99.

Sitografia

<https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/AT056.Pdf>

https://ec.europa.eu/competition-policy/consumers/why-competition-policy-important-consumers_it

https://ec.europa.eu/competition-policy/consumers/why-competition-policy-important-consumers_it

https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/consumer-protection-law/unfair-commercial-practices-law/unfair-commercial-practices-directive_en ;

<https://eur-lex.europa.eu/legal->

[content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021XC1229\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021XC1229(05)&from=EN)

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52013DC0139&from=PT>

https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/competition.html?locale=it&root_default=SUM_1_CO_DED%3D08

<https://it.wiktionary.org/wiki/concorrenza>

https://rosa.uniroma1.it/rosa04/moneta_e_credito/article/view/13189/12995

[https://it.wikipedia.org/wiki/Concorrenza_\(economia\)](https://it.wikipedia.org/wiki/Concorrenza_(economia))

<https://www.treccani.it/vocabolario/ricerca/concorrenza/>