

UNIVERSITÀ LUIGI BOCCONI

DOTTORATO DI RICERCA
IN DIRITTO INTERNAZIONALE DELL'ECONOMIA

✓
- XV CICLO -

T E S I

FONDAMENTI TEORICI E DOTTRINALI DELLA
TUTELA DELLA CONCORRENZA:
IL CASO DEL MERCOSUL

COORDINATORE: CH.MO PROF. GIORGIO SACERDOTI

RELATORE: CH.MO PROF. MANLIO FRIGO

DOTTORANDO: DOTT. ARNO DAL RI JÚNIOR

SOMMARIO

INTRODUZIONE	p. X
PARTE PRIMA	
I fondamenti dell' <i>Antitrust</i>	p. 2
CAPITOLO PRIMO	
Le Radici Storiche e Filosofiche dell' <i>Antitrust</i>	p. 3
1.1 Aspetti politico-filosofici del liberalismo economico ...	p. 8
1.2 Le esperienze europee in materia di protezione del mercato anteriori alla Seconda Guerra Mondiale	p. 28
1.2.1 Gran Bretagna	p. 29
1.2.2 Francia	p. 40
1.2.3 Impero Austro-Ungarico	p. 44
1.2.4 Germania: La Repubblica di Weimar e il Nazional Socialismo	p. 52
1.2.5 Democrazia e mercato negli inizi degli Stati Uniti ..	p. 66
1.2.5.1 Il <i>Sherman Antitrust Act</i>	p. 70
1.2.5.2 Il <i>Clayton Act</i>	p. 85
1.2.5.3 Il <i>Federal Trade Act</i>	p. 90
1.2.5.4 Il <i>Robinson-Patman Act</i>	p. 93
CAPITOLO SECONDO	
Le Attuali Scuole di Pensiero	p. 96
2.1 La Scuola strutturalista di Harvard	p. 99
2.2 La Scuola di Chicago	p. 106
2.2 La Scuola evoluzionista di Boston	p. 115
2.3 La Scuola nihilista o della distruzione creatrice	p. 116
2.4 La Scuola ordoliberalista tedesca	p. 117

2.6 La Scuola di Bruxelles e l'esperienza dell' <i>Antitrust</i> della Comunità Europea	p. 125
PARTE SECONDA	
La dimensione internazionale dell'<i>Antitrust</i>	p. 138
CAPITOLO TERZO	
L' <i>antitrust</i> nell'ambito del Diritto internazionale economico	p. 139
3.1 Dalla Carta di Avana al GATT 94	p. 142
3.2 L'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC)	p. 149
3.2.1 La politica <i>antitrust</i> dell'OMC	p. 152
3.2.2 Il progetto di Codice <i>antitrust</i> dell'OMC	p. 156
3.3 La Conferenze delle Nazioni Unite per il Commercio e lo Sviluppo (UNCTAD)	p. 159
3.4 L'Organizzazione per lo Sviluppo e la Cooperazione Economica (OCSE)	p. 166
CAPITOLO QUARTO	
L'extraterritorialità delle norme <i>antitrust</i> e gli accordi bilaterali in materia ...	p. 180
4.1 L'extraterritorialità delle norme <i>antitrust</i> statunitensi	p. 181
4.2 L'extraterritorialità delle norme <i>antitrust</i> della Comunità europea.	p. 185
4.3 L'accordo in materia di <i>antitrust</i> fra l'Unione europea e gli Stati Uniti	p. 192
PARTE TERZA	
II MERCOSUL	p. 201
CAPITOLO QUINTO	
L'integrazione in America Latina: Gli Antecedenti Storici e la nascita del MERCOSUL	p. 202
5.1 I Trattati di Montevideo: dall'ALALC alla ALADI	p. 212
5.2 Il Mercato comune centro-americano e gli Stati Uniti	p. 216

5.3	Il Patto andino e la ripresa del Mercato comune latino-americo	p. 221
5.4	Argentina e Brasile: un passo verso l'integrazione	p. 224
5.5	Dal Trattato di Asunción al consolidamento del MERCOSUL	p. 228

CAPITOLO SESTO

La Struttura Organica	p. 235
6.1 Il Consiglio Mercato Comune	p. 237
6.2 Il Gruppo Mercato Comune	p. 243
6.3 La Commissione di Commercio del MERCOSUL	p. 249
6.4 I Comitati Tecnici	p. 254
6.5 Il Foro Consultivo Economico e Sociale	p. 256
6.6 La Segreteria Amministrativa del MERCOSUL	p. 257
6.7 La Commissione Parlamentare Congiunta	p. 260
6.8 Il Tribunale arbitrale e il sistema di soluzione delle controversie	p. 261
6.8.1 Le controversie fra Stati parti	p. 267
6.8.2 I Reclami dei Privati	p. 275

CAPITOLO SETTIMO

Le Fonti del Diritto del MERCOSUL	p. 279
7.1 Le Fonti Primarie	p. 282
7.1.1 Il Trattato di Asunción	p. 288
7.1.2 Il Protocollo di Ouro Preto	p. 296
7.1.3 Il Protocollo di Brasilia	p. 302
7.2 Le Fonti Secondarie	p. 308
7.2.1 Decisioni del Consiglio	p. 316
7.2.2 Risoluzioni del Gruppo	p. 316
7.2.3 Direttive della Commissione	p. 316
7.3 Le Fonti Internazionali Esterne al MERCOSUL	p. 317

PARTE QUARTA

La Tutela della Concorrenza nel Mercosul	p. 319
--	--------

CAPITOLO OTTAVO

Gli Antecedenti del Protocollo di Fortaleza nel Diritto Primario e Secondario del MERCOSUL	p. 320
--	--------

8.1 Nel Diritto Primario: Il Trattato di Asunción	p. 321
---	--------

8.2 Nel Diritto secondario	p. 325
----------------------------------	--------

8.2.1 Decisioni del Consiglio (03/92, 07/93, 20/94, 21/94, 15/96, 17/96, 18/96)	p. 326
---	--------

8.2.2 Risoluzioni del Gruppo (63/93, 129/94)	p. 339
--	--------

8.2.3 Direttive della Commissione (05/95, 11/95)	p. 341
--	--------

CAPITOLO NONO

Il Protocollo di Tutela della Concorrenza nel MERCOSUL. Diritto Sostanziale.	p. 345
--	--------

9.1 Ambito di Applicazione	p. 346
----------------------------------	--------

9.1.1 Ambito Temporale	p. 346
------------------------------	--------

9.1.2 Ambito Materiale	p. 348
------------------------------	--------

9.1.3 Ambito Spaziale	p. 352
-----------------------------	--------

9.2 Condotte e pratiche restrittive	p. 355
---	--------

9.2.1 Accordi	p. 364
---------------------	--------

9.2.2 Abuso di Potere Dominante	p. 400
---------------------------------------	--------

9.2.3 Concentrazioni fra imprese	p. 429
--	--------

CAPITOLO DECIMO

Il Protocollo di Tutela della Concorrenza nel MERCOSUL. Diritto Oggettivo.	
--	--

.....	p. 431
-------	--------

10.1 Controllo degli atti e contratti	p. 432
---	--------

10.2 Gli organi di applicazione	p. 432
---------------------------------------	--------

10.2.1 La <i>Comissão de Comércio do MERCOSUL</i>	p. 436
---	--------

10.2.2 Il <i>Comitê de Defesa da Concorrência no MERCOSUL</i>	p. 437
---	--------

10.2.3 Il sistema e l'Autorità garante brasiliana	p. 438
---	--------

10.2.4 Il sistema e l'Autorità garante argentina	p. 444
--	--------

10.2.5 Il sistema e l'Autorità garante uruguayana	p. 453
---	--------

10.2.6	La problematica del Paraguay	p. 460
10.3	Procedura di applicazione	p. 461
10.4	Il Compromesso di cessazione	p. 463
10.5	Le sanzioni	p. 463
CONCLUSIONE	p. 465
Riferimenti Bibliografici	p. 469

ABBREVIAZIONI

ALADI	Associação Latino Americana de Integração Econômica
ALALC	Associação Latino Americana de Livre Comércio
ALCA	Acordo de Livre Comércio das Américas
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CCM	Comissão de Comércio do MERCOSUL
CDC	Comissão de Defesa da Concorrência
CE	Comunità Europea (anche comprensivo delle tre Comunità)
CEPAL	Comissão Econômica para a América Latina
CGCE	Corte di Giustizia delle Comunità Europee
CMC	Conselho Mercado Comum
CNC	Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
CT	Comitê Técnico
GMC	Grupo Mercado Comum
GATT	Accordo Generale sulle Tariffe doganali e Commercio
MCCA	Mercado Comum Centro Americano
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
NAFTA	North American Free Trade Agreement
OEA	Organização dos Estados Americanos
OMC	Organizzazione Mondiale del Commercio
ONU	Organizzazione delle Nazioni Unite
SAM	Secretaria Administrativa do MERCOSUL
SDE	Secretaria Nacional de Direito Económico
TEC	Tarifa Externa Comum
UE	Unione Europea

RINGRAZIAMENTI



È molto lungo l'elenco delle persone che direttamente o indirettamente hanno contribuito alla costruzione ed affinamento di questa tesi di dottorato.

Queste persone mi hanno accompagnato sin dall'inizio, ben cinque anni fa, nel 1997, quando il progetto di costruire una tesi di dottorato in Italia si è realizzata, e mi sono potuto stabilire a Treviso ed iniziare lo studio e la ricerca attorno alla tematica della tutela giuridica del mercato.

L'avventura di uscire dal mio Paese e sbarcare nelle terre che hanno visto nascere la scienza giuridica e le università, ha comportato uno sforzo notevole non solo da parte mia, ma anche di un gruppo di persone che mi hanno sostenuto ed appoggiato in questo cammino che mi porta, oggi, a concludere questa mia ricerca. Persone che mi sono veramente care e alle quali voglio esprimere dal profondo del cuore la mia gratitudine.

Tale ringraziamento va ... agli amici delle associazioni dell'emigrazione del Triveneto, che mi hanno dato grande supporto e sono stati un po' la mia famiglia in questi cinque lunghi anni.

... ai professori Gabriele Orcalli, Francesco Leita e Gigliola Landucci, che nel 1997 mi hanno accolto all'Università di Padova e in tutto questo mio percorso accademico mi hanno sempre aiutato e sostenuto con amicizia e grande disponibilità.

... al professor Tito Ballarino, che per lunghi mesi ha profuso senza risparmio il Suo impegno personale per prepararmi ad entrare nel dottorato di ricerca, discutendo temi e correggendo i miei papers.

... ai professori Jayme Paviani e Odete Maria de Oliveira che dal Brasile, grazie ai loro consigli e alle loro indicazioni sulla sostanza di ciò che mi accingevo a scrivere, sempre mi hanno dato forza e sostegno nell'elaborazione di questo lavoro.

... all'avvocato Simone Rossini, un grande amico che con un lavoro titanico ha letto e riletto diverse volte questa tesi, correggendone minuziosamente la grammatica, la sintassi, l'idiomatica

Ringrazio moltissimo i professori Giorgio Sacerdoti, Gabriella Venturini e Carlo Secchi, che nell'a.a. 1999/2000 mi hanno voluto come allievo del dottorato di ricerca in diritto internazionale dell'economia dell'Università Luigi Bocconi.

Ringrazio il collegio dei docenti del mio dottorato, e in particolare i professori Giorgio Sacerdoti e Manlio Frigo, per l'amicizia, per il rigore nel coordinamento e per la dedizione nel tutoraggio delle mie attività accademiche in Bocconi.

Ringrazio, in modo del tutto speciale, l'Avvocato Onorevole Dino De Poli. Per avermi accolto e sostenuto in questi cinque anni di grande e meravigliosa avventura nella terra dei miei nonni. Per avermi dato l'occasione di umilmente seguirLo, volendomi tra i suoi discepoli più intimi, e facendomi dono di una filosofia di vita fondata sul primato dell'Uomo sul diritto, sulla politica, sul mondo.

Ringrazio, con il cuore innamorato, la mia Aline, per essermi sempre stata accanto, sostenendomi in ogni momento di questo lungo percorso italiano senza di Te non sarei mai potuto arrivare fin qui ...

INTRODUZIONE



L'idea di elaborare una tesi di dottorato sul tema dei Fondamenti teorici e dottrinali del diritto della concorrenza con particolare riguardo al Mercato Comune del Sud (MERCOSUL) ha degli obiettivi molto precisi. Come si potrà osservare nel prosieguo, questo lavoro, oltre a fondarsi, naturalmente, sull'esegesi della norma positiva – propedeutica allo sviluppo della materia –, vuole, per una necessità che sentiamo dal punto di vista culturale e “politico”, leggere il sistema di tutela della concorrenza del succitato accordo attraverso e grazie all'analisi dei principi e valori che animano il testo normativo. In un certo qual modo, si può affermare che il lavoro che abbiamo svolto in questa tesi è quello di ri-scoprire e ri-velare la cultura giuridica che ha creato i presupposti per l'emanazione della normativa *antitrust* del MERCOSUL.

In questa prospettiva, si tratta non solo di esaminare dal punto di vista positivo le disposizioni che vanno a comporre il sistema normativo di disciplina dell'*antitrust* del mercato comune del *Cone Sul* – contenute nella grande maggioranza nel Protocollo firmato a Fortaleza il 17 dicembre 1996 –, ma anche di porle a confronto con le principali teorie sviluppate in materia e con la giurisprudenza degli ordinamenti giuridici esterni all'accordo che ne hanno influenzato la costruzione.

Si cercherà inoltre di approfondire la nostra ricerca alla luce dei conflitti tra le teorie delle principali scuole di analisi dell'*antitrust* – che possono essere riassunte nel continuo confronto-scontro fra etica ed efficienza economica – e del grande dilemma posto dal fenomeno quanto mai attuale della globalizzazione economica. In entrambi i casi, la questione più scottante riguarda sempre la necessità o meno di rinforzare le norme di tutela della concorrenza in ambito regionale e globale.

La discussione circa il ruolo della concorrenza al di là e al di fuori dei confini nazionali è ampia e proficua. In alcuni spazi regionali, come quello della Comunità europea (CE), la disciplina della concorrenza ha avuto un ruolo essenziale nella costruzione del Mercato unico. Possiamo affermare, crediamo con una certa fondatezza, che, grazie a quest'ultimo sistema, l'Uomo, tanto come cittadino quanto come

consumatore, ha visto maggiormente rispettata e tutelata la propria dignità. In termini un po' più tecnici, ha potuto godere di una vera e propria democrazia di mercato, che gli ha consentito di interagire col mercato, ovvero di entrare, di partecipare attivamente e passivamente, e di uscire nell'ambito del mercato interno europeo.

In altri sistemi regionali, come per esempio quelli facenti capo al Trattato di Libero Scambio dell'America del Nord (NAFTA) o all'Area di libero scambio delle Americhe (ALCA), l'insistenza nel non voler istituire una politica di tutela della concorrenza coerente ed efficace fa in modo che si perpetuino condizioni che potenzialmente mettono a rischio la dignità dell'Uomo, prima ancora che quella del consumatore e del cittadino.

Attualmente il MERCOSUL attraversa non solo una crisi economica di grandi proporzioni, ma anche, e soprattutto, una profonda crisi d'identità. L'immensa pressione attuata dal governo degli Stati Uniti nel tentativo di indebolire politicamente il MERCOSUL – rinforzando in tale modo l'ALCA – porta con sé non solo conseguenze dannose per l'economia, ma anche per l'identità e per il profilo giuridico-culturale dell'accordo sudamericano. Come è possibile constatare dalle dichiarazioni delle parti in causa nei diversi giornali del continente americano¹, si tratta di aderire non solo a modelli – come quello comunitario o quello dell'ALCA –, ma anche a teorie politiche ed economiche che possono avere delle conseguenze non indifferenti sul commercio e sullo sviluppo di tutta l'area.

Anche se fino ad oggi non ha acquistato un carattere veramente “comunitario”, il MERCOSUL si è sin dalle origini rispecchiato nell'esperienza europea. Le discussioni, i negoziati, i trattati e gli atti giuridici derivati hanno sempre lasciato trasparire una chiara ispirazione “comunitaria”, palesando l'intento di preparare la via per l'avvento di una struttura sopranazionale. Come si osserverà, il Protocollo di Fortaleza si caratterizza proprio per questa ispirazione, riprendendo al suo interno gran parte dei concetti e dei meccanismi di tutela della concorrenza presenti nell'ordinamento della Comunità europea, nella forma in cui sono stati attuati dalla Commissione e posteriormente sviluppati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

¹ Al riguardo vedi l'articolo dal suggestivo titolo “Per gli Stati Uniti l'opzione per il Brasile è tra Alca o Antartide” (ROSSI, Clóvis. Para Estados Unidos, opção do Brasil é Alca ou Antártida. Folha Online, 15/10/2002), nel quale viene riferito quanto il segretario del commercio estero statunitense Robert

Grazie all'adozione di questi concetti e meccanismi, il Protocollo di Fortaleza ha saputo assorbire lo zoccolo duro della teoria della Scuola di Bruxelles e, come conseguenza, si è fatto portatore dei principi di ampio respiro propri delle tesi dell'etica economica elaborate dalla Scuola di Harvard e di Mercato Sociale elaborato dagli Ordoliberali della Scuola di Friburgo. In quest'ambito, i redattori del Protocollo di Fortaleza hanno saputo ispirarsi a presupposti teorici direttamente legati ad un inestimabile patrimonio filosofico-culturale che ha le sue radici più lontane nell'umanesimo di Thomas Jefferson e nell'umanesimo cristiano tedesco.

La gigantesca operazione che attualmente cerca di ridurre il MERCOSUL ad un sistema che fa della tecnica – più precisamente dell'efficienza economica – una vera e propria ideologia, crea dei problemi etici di difficile risoluzione. Come potrebbe un sistema normativo non rinnegare i suoi principi fondamentali, basati su un lungo percorso storico di tutela della dignità della Persona tanto come cittadino quanto come consumatore, nel momento in cui aderisce ad un altro sistema, nel quale quegli stessi sacrosanti valori sono considerati inferiori e sacrificabili rispetto a "principi" come quello dell'efficienza economica? Con una metafora, si potrebbe parlare di conflitti fra *les esprits des lois*.

Un tale quadro fa emergere l'urgente necessità di rafforzare il MERCOSUL e i principi e i meccanismi che lo hanno reso operativo. Oltre all'azione chiaramente politica in questa direzione, diventa necessario rivisitare e valorizzare le più profonde radici storiche e filosofiche del sistema giuridico. Nel caso della normativa di tutela della concorrenza istituita dall'accordo, è necessario individuare e analizzare le linee direttrici che costituiscono il supporto teorico alla norma, e dimostrare il perché queste possono essere ritenute maggiormente ragionevoli di quelle offerte dagli interlocutori del *North*. Si tratta di contribuire ad una discussione sulla validità di un sistema rispetto all'altro, ricercando motivazioni concrete per dimostrare quale modello può essere il più adatto ad un continente che per anni è stato caratterizzato da immense differenze sociali e da un pessima distribuzione del reddito, ma che, d'altra parte, dagli anni ottanta sta operando un sforzo immenso per cambiare la sua faccia e per diventare un continente nel quale predomina la democrazia, tanto politica che economica.

Zoellick, ha comunicato al Governo brasiliano: o il Brasile accetta l'ALCA o dovrà andare a vendere i suoi prodotti nell'Antartide, regione nella quale, come è noto, non esistono mercati.

In questi tempi di crisi d'identità, occorre approfondire lo studio di ogni norma del MERCOSUL che possa avere effetti benefici per la società e per l'economia locale. Occorre valorizzare tutto quello che abbiamo di buono.

Anche se il Protocollo di Fortaleza ha molte lacune da colmare e molti errori da correggere, esso costituisce un grande ed importantissimo passo avanti nella tutela della concorrenza nel quadro dell'accordo regionale, ed è, sotto tale profilo, imparagonabile rispetto ai fragili meccanismi istituiti dal NAFTA o dall'ALCA.

In questo senso, va sottolineato che il Protocollo di Fortaleza, facendo propria la miglior materia prima sul tema, possiede delle fondamenta teoriche e dottrinali solide e profonde.

La nostra ricerca si articolerà in una prima parte dedicata all'esame dei presupposti storici e filosofici che hanno condotto alla creazione di strumenti idonei alla tutela della libera concorrenza, e all'approfondimento delle teorie delle principali scuole di pensiero sorte in quest'ambito nella metà del secolo XX. La seconda parte darà continuità alla prima, descrivendo le iniziative di tutela della concorrenza sorte in ambito internazionale. La terza sarà dedicata all'esegesi del diritto istituzionale del MERCOSUL, alla sua genesi come accordo di integrazione regionale e alle principali norme che l'hanno eretto. La quarta ed ultima parte vedrà protagonista la normativa primaria e secondaria del MERCOSUL in materia di tutela della concorrenza, con particolare riguardo alle disposizioni contenute nel Protocollo di Fortaleza.



"Competition is not merely the only method which we know for utilizing the knowledge and skills that other people may possess, but it is also the method by which we all have been led to acquire much of the knowledge and skills we do possess. This is not understood by those who maintain that the argument for competition rests on the assumption of rational behaviour of those who take part in it. But rational behaviour is not a premise of economic theory, though it is often presented as such. The basic contention of theory is rather that competition will make it necessary for people to act rationally in order to maintain themselves. It is based not on the assumption that most or all the participants in the market process are rational, but, on the contrary, on the assumption that it will in general be through competition that a few relatively more rational individuals will make it necessary for the rest to emulate them in order prevail. In a society in which rational behaviour confers an advantage on the individual, rational methods will progressively be developed and be spread by imitation. It is no use being more rational than the rest if one is not allowed to derive benefits from being so".

FRIEDRICH VON HAYEK. Law, Legislation and Liberty. The Political Order of a Free People, Chicago University Press, 1979, p. 75.

PARTE PRIMA

I Fondamenti dell'Antitrust



CAPITOLO PRIMO

Le Radici Storiche e Filosofiche dell'Antitrust



L'analisi svolta nell'ambito di questo capitolo ha per obiettivo quello di illustrare le influenze filosofiche e dottrinali che hanno condizionato il percorso storico delle prime iniziative statali di tutela della libera concorrenza e del mercato. Attualmente, queste forme di tutela sono più conosciute attraverso la significativa espressione inglese *antitrust*.

Partendo da contributi forniti dagli importanti teorici che hanno collaborato alla costruzione dello Stato moderno e, in seguito, alla versione liberale dello stesso fenomeno, si cercherà di dimostrare quali sono gli elementi politici e filosofici che hanno fatto sì che il libero mercato divenisse la principale legge regolatrice dell'ordine sociale, così come si cercherà di dimostrare il rafforzamento di tale concezione nell'età moderna e contemporanea.

Mediante l'esame di alcuni elementi del pensiero liberale economico – e dei suoi equivoci –, si intende verificare quanto la radicalizzazione di tale corrente di pensiero, alla fine del secolo XIX e all'inizio del secolo XX, abbia portato ad un lento processo di degrado della concorrenza, e, quindi, della forma di mercato dallo stesso creata.

In tale prospettiva, saranno percorse varie esperienze europee e quella statunitense, evidenziando, là dove si saranno rilevati, gli elementi di antropofagia nel nascente capitalismo. Saranno fonte di analisi ancora le prime iniziative dirette a proteggere tale modo di produzione tramite l'imposizione di limiti agli interventi dei privati nel mercato. Come si potrà osservare, si trattava più che altro della creazione di regole chiare per l'entrata e la partecipazione al mercato, impedendo che la voracità degli operatori economici mettesse a rischio tutto il sistema. Come affermato da diversi

autori, si tratta di “proteggere il capitalismo dai capitalisti”.

Nell’ambito europeo, si partirà dai primi casi sorti nel quadro della giurisprudenza inglese – collegati alle significative sentenze *Dyer* (1414), *Merchant Tailor's Case* (1599), *Darcy v. Allen* (1602), *Mitchell v. Reynolds* (1711) –, passando per le prime norme francesi in materia – come il *Décret d'Allarde* e la *Loi Le Chapelier* (entrambe del 1791) –, così come quelle austro-ungariche (1848 e 1870) e tedesche – in particolare la *UWG* (1909) e il *Kartellverordnug* (1923) – e si cercherà di svolgere un’analisi degli elementi che hanno creato i presupposti per la nascita e il rafforzamento della disciplina in tutta Europa.

La genesi del sistema *antitrust* statunitense e le sue particolarità saranno contemplate mediante la presentazione dei presupposti storico-filosofici che l’hanno originato e l’esame delle principali normative emanate al riguardo nel periodo anteriore al Secondo conflitto mondiale, ovvero, lo *Sherman Antitrust Act* (1890), il *Clayton Antitrust Act* (1914), il *Federal Trade Commission Act* (1914) e il *Robinson Patman Act* (1936), così come le conseguenze dirette della loro attuazione in quel sistema normativo.

Questo capitolo si propone, inoltre, di dimostrare che in diverse scuole e in diversi periodi lo scopo delle norme *antitrust* è stato quello di rinforzare il ruolo centrale alla Persona umana nei sistemi giuridici ed economici. Ciò sarà fatto tramite un esame dei fondamenti e dell’evoluzione storica delle norme di tutela della libera concorrenza.

La prospettiva fondata sulla centralità del Uomo è estremamente chiara principalmente negli scritti dei pensatori che hanno composto e che compongono la Scuole di Harvard – guidata dallo spirito umanista stoico che ha fortemente caratterizzato le teorie sviluppate dai padri fondatori degli Stati Uniti, come Thomas Jefferson e James Madison – e dagli scritti dei pensatori della Scuola ordoliberalte tedesca di Friburgo – imbevuti dell’umanesimo cristiano degli scritti di Walter Eucken e Franz Böhm.

In questa prospettiva, la Scuola di Harvard ha manifestato pubblicamente tale preoccupazione attraverso molti contributi scientifici. Tra questi, quella che può senza dubbio essere indicata come una [^]mirabile sintesi del “Credo” di Harvard è la

dichiarazione di Eleanor Fox e Lawrence Sullivan¹:

"We believe in the competitive ethic. We see individuals who participate in our economic system not as pawns driven by the economics forces, but as feeling, choosing human beings who can improve their lot by participating in the economic enterprise. We do not believe that a system of competition, complemented by antitrust, tends inexorably to produce the all powerful, exploitative monopolist".

Nell'ambito della Scuola ordoliberal tedesca non ci si può esimere dal citare la testimonianza data da Leonhard Miksch² – attualmente uno dei suoi più espressivi esponenti – sull'umanesimo che ha profondamente caratterizzato l'opera di Walter Eucken, fondatore della Scuola:

"The battle that he waged with his growing group of supporters for a free order for the economy and the society did not emerge from economic theory. It was a battle for the eternal truths of humanity. For him, the economic theory was only a means to develop an 'Ordnung' that was to liberate those values from their threatened encirclement by chaotic, anarchic, collectivistic and, finally, neo-liberal forces".

Tale affermazione, proveniente da uno dei principali discepoli di Walter Eucken, è ribadita da David Gerber³, storico delle politiche di tutela della concorrenza, che così afferma:

"Against the backdrop of chaos, devastation and amassed power, the ordoliberals set out to create a tolerant and humane society that would protect human dignity and personal freedom".

¹ FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. Antitrust. Retrospective and Prospective: Where are we coming from? Where are we going? New York University Law Review, n.° 62 (1987), p. 963.

² MIKSCH, Leonhard. Walter Eucken. Kyklos, n.° 4 (1950), p. 279. Vedi inoltre BEHLKE, Reinhard. Der Neoliberalismus und die Gestaltung der Wirtschaftsverfassung in der Bundesrepublik Deutschland. Volkswirtschaftliche Schriften Heft, n.° 55 (1961), p. 38.

La consapevolezza che la formazione storica della disciplina *antitrust* e dei suoi strumenti di attuazione trova il suo fondamento e principale presupposto su questo elemento – la centralità dell'Uomo – è presente in quasi tutte le odierne correnti dottrinali in materia. Anche in quelle più sottomesse alla dittatura della tecnica come ideologia. È prova di tale fatto l'affermazione fatta da Robert Bork⁴, esponente della Scuola di Chicago, sul ruolo del benessere del consumatore nella storia delle norme di tutela della concorrenza negli Stati Uniti:

"The language of the antitrust statutes, their legislative histories, the major structural features of antitrust law, and considerations of the scope, nature, consistency, and ease administration of the law all indicate that the law should be guided solely by the criterion of consumer welfare".

L'autore⁵ in seguito tenta di rafforzare il principio contenuto nella propria affermazione, cercando di sistematizzare il primato del *welfare* del consumatore – e della Persona umana – nell'applicazione delle norme *antitrust*:

"(A) consumer welfare goal is superior in that it
(1) gives faire warning,
(2) places intensely political and legislative decisions in Congress
instead of the courts,
(3) maintains the integrity of the legislative process,
(4) requires real rather than unreal economic distinctions, and
(5) avoids arbitrary or anticonsumer rules".

Nel concludere il suo ragionamento, Roberto Bork⁶ ribadisce ogni aspetto di

³ GERBER, David. *Law and Competition in Twentieth Century Europe*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 239.

⁴ BORK, Robert. *The Antitrust Paradox. A Policy at War with itself*. New York: The Free Press, 1993, p. 57. Vedi a proposito SCHMIDT, Ingo et RITTALER, Jan. *Die Chicago School of Antitrust Analysis. Wettbewerbstheoretische und- politische Analyse eines Credos*. Baden-Baden: Nomos, 1986, p. 38 ss.

⁵ BORK, Robert. *Opus cit.*, p. 81.

⁶ Idem, *ibidem*.

questa centralità, affermando che:

"Finally, a consumer welfare orientation makes change in the law predictable and less likely to produce unfairness".

Analizzando l'evoluzione storica e gli elementi filosofico-politici che compongono la base teorica delle norme di tutela della concorrenza, questo capitolo, ha cercato di raggiungere i due obiettivi sopra indicati. Come si potrà osservare, si è tentato di riscattare quella che è stata la preoccupazione originale dell'*antitrust* – la democrazia di mercato –, riportando a galla la sacralità della Persona Umana⁷ contro le concezioni di capitalismo antropofago che tentano di appropriarsi dei sistemi giuridici ed economici del secolo XXI.⁸

1.1 Aspetti politico-filosofici del liberalismo economico.

Il liberalismo economico ha avuto le sue radici più profonde nelle teorie fisiocratiche della scuola di Quesnay e negli scritti di Adam Smith⁹. Queste matrici teoriche poggiavano sulla premessa che il mercato avesse dei meccanismi di auto regolazione, e che qualsiasi intervento pubblico nel contesto economico fosse autoritario ed esorbitante. Il pensiero liberista veniva così a riassumersi nel motto che da sempre lo contraddistingue: *"laissez faire, laissez passer"*.

È significativo in questa prospettiva il fatto che lo sviluppo di tali teorie in

⁷ La sacralità della Persona Umana nel mondo giuridico è un concetto nato con la nozione di cittadinanza elaborata dal diritto romano e sviluppata da diversi autori nel corso dei secoli. L'Umanesimo che guidava l'esperienza del diritto romano classico ha avuto il suo punto più alto nelle parole di Marco Tulio Cicerone, che concepì e difese il cittadino come elemento sacro dell'ordinamento giuridico romano (vedi l'opera di Cicerone *In Verrem secundae liber V*, capitoli 62, 161-63, 163; 65, 167-65, 168), e di Gaio, che tramite le sue *Institutiones*, impone la Persona (*personae*) come elemento preminente nel sistema giuridico, prevedendo un ruolo sussidiario per le Cose (*res*) e le Azioni (*actiones*). La stessa centralità dell'Uomo nell'ordinamento giuridico romano può essere constatata nel caso della prigionia di Paolo di Tarso, cittadino dell'Impero, nel libro *Atti degli Apostoli* (16, 35-37; 22, 25-29; 25, 9-12). Vedi a riguardo DAL RI JÚNIOR, Arno. Humanismo Latino e Cultura Jurídica. In: PAVIANI, Jayme et DAL RI JÚNIOR, Arno. Globalização e Humanismo Latino. Porto Alegre: Editora da PUC/RS, 2000, p. 129; e, DAL RI JÚNIOR, Arno. Evolução histórica e fundamentos político-jurídicos da cidadania. In: DAL RI JÚNIOR, Arno et OLIVEIRA, Odete M. Cidadania e Nacionalidade. Efeitos e Perspectivas Nacionais, Regionais, Globais. Ijuí: Unijui, 2002, p. 25 ss.

⁸ Vedi a riguardo l'opera ALBERT, Michel. Capitalismo contro capitalismo. Bologna: Il Mulino, 1993.

Europa e in Nord America abbia portato alla credenza che il mercato potesse veramente costituire la legge regolatrice dell'ordine sociale senza che ci fosse alcun legislatore. Per questo motivo, il mercato non poteva essere toccato dal potere pubblico. Questo contesto è stato l'ambiente proficuo per la nascita di un processo nel quale la rappresentazione economica della società pretendeva di essere la risposta teorica al problema della armonizzazione sociale, così come il rinnovamento della teoria dell'istituzione sociale.¹⁰

È possibile affermare in quest'ambito che il problema dell'armonizzazione sociale ha trovato origine nell'indebolimento della struttura che reggeva l'assolutismo monarchico. Nel periodo in cui i teorici fisiocratici iniziano ad avanzare l'idea che il mercato costituisca la legge regolatrice dell'ordine sociale, lo Stato assoluto è già in crisi. Una crisi d'identità significativa, che richiedeva una rivisitazione dell'obbligazione generata dal Patto sociale che lo aveva istituito. Per capire il movimento sociale che ha fatto in modo che il mercato diventasse la legge regolatrice dell'ordine sociale occorre analizzare alcuni presupposti importanti di questa ristrutturazione nel Patto sociale.

Le basi teoriche su cui si fondava il Patto sociale nell'assolutismo possono essere rinvenute nell'opera del filosofo inglese Thomas Hobbes¹¹. Secondo questo autore, l'armonizzazione sociale creata dal Patto si fondava sulla mutua rinuncia alla libertà a favore di una terza persona, il sovrano¹². Un vincolo personale fra suddito e sovrano che imponeva un determinato tipo di organizzazione sociale¹³.

Con il già evidenziato indebolimento dell'assolutismo monarchico e la crescente influenza della borghesia nella politica, tale premessa non era più valida. In tale ambito,

⁹ Adam Smith è nato a Kirkcaldy, Scozia, nel 1723 ed è morto a Edimburgo nel 1790.

¹⁰ ROSANVALLON, Pierre. *Le Libéralisme Économique*. Paris: Editions du Seuil, 1989, p. 47.

¹¹ Thomas Hobbes è nato in Inghilterra nel 1588 e li è morto nel 1679. Considerato il maggiore teorico dell'assolutismo, ha vissuto la fase culminante del processo di formazione del "sistema degli Stati" europei e, in particolare, i movimenti attorno la pace di Vestfalia. La sua grande opera, il "Leviathan", fu pubblicata nel 1651.

¹² È interessante, in tale ambito, il fatto che Hobbes concepisca la nascita dello Stato e il vincolo fra Sovrano e cittadino in una prospettiva individualista. Mentre Jean Bodin presupponeva una battaglia fra capi clan (collettività), che culminava nella vittoria di uno e nella sottomissione degli altri a questo vincitore, Hobbes afferma che l'individuo, cercando una fuga dalla guerra perpetua propria dello Stato di natura, è condotto irresistibilmente e volontariamente a sottomettersi al sovrano. Ciò perché, se non ci fosse la paura, per natura gli uomini sarebbero portati a dominare gli uni gli altri. Ma, per timore reciproco, cercano individualmente la protezione del potere assoluto del sovrano. Vedi a riguardo DAL RI JÚNIOR, Arno. *Evolução histórica e fundamentos político-jurídicos da cidadania*. *Opus cit.*, p. 52 ss.

il giurista sassone Samuel von Pufendorf¹⁴ e il filosofo svizzero Jean-Jacques Rousseau¹⁵ ripropongono il Patto sociale come frutto della libera scelta degli individui¹⁶ di aderire a un contratto in posizione di parità rispetto agli altri aderenti¹⁷. Tutto il processo di adesione avviene nel massimo rispetto della libertà di ciascuno degli individui. Non sussiste nessun tipo di autorità che possa condizionare l'adesione. L'obbligazione viene riconosciuta dal cittadino soltanto nella misura in cui il proprio interesse coincide con quello della collettività. Con ciò, secondo quanto affermato da Pierre Rosanvallon¹⁸, si mette fine alla contraddizione fra libertà e necessità nella

¹³ È possibile verificare elementi di tale concezione in HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 73 ss.

¹⁴ Conosciuto come uno dei padri della cultura giuridica tedesca, Samuel von Pufendorf è nato nel 1632, di una nobile famiglia sassone luterana ed è morto a Berlino nel 1694. Ha insegnato diritto nelle università di Heidelberg, in Germania, e di Lund, in Svezia, avendo in questa ultima occupato la prima cattedra di diritto naturale fondata in Europa. Le sue principali opere sono *De Jure naturae et gentium*, pubblicata nel 1672, e *De officio hominis et civis*, pubblicata nel 1673. Vedi a riguardo MALAURIE, Philippe. *Anthologie de la Pensée Juridique*. Paris: Cujas, 1996, p. 85.

¹⁵ Jean-Jacques Rousseau è nato a Ginevra (Svizzera) nel 1712, da una famiglia calvinista di piccoli artigiani. Abbandonata la casa paterna, si è convertito al cattolicesimo. Ha avuto i primi contatti con gli illuministi quando va ad abitare a Parigi, nel 1742. Mantenendo stretta amicizia con Diderot, ha collaborato nell'elaborazione dell'*Encyclopédie*, fino al momento in cui entrò in polemica con Voltaire, rompendo con tutto il gruppo degli illuministi. Ha criticato, nelle sue opere, la società organizzata e il suo presunto progresso. I suoi principali scritti in questo periodo furono: "Discorso sull'origine e i fondamenti della ingiustizia fra gli uomini", "Discorso sull'economia politica" (entrambi nel 1755), "La nuova Eloisa" (1761), "Il contratto sociale" (1762) e "Emilio" (1762). Nel 1776, a causa delle sue posizioni ideologiche, fu violentemente attaccato dall'arcivescovo di Parigi e dal Parlamento. Si è visto costretto a fuggire prima in Svizzera e in seguito in Inghilterra, per ritornare in Francia per ivi morire, a Ermenonville, nel 1778. Negli ultimi anni della sua vita scrive "Le confessioni" e "Sogni di un viandante solitario".

¹⁶ Secondo la lettura di Pufendorf, il contratto sociale cessa di essere un atto libero di sottomissione per venire a configurarsi come una convenzione fra associati, a vantaggio della comunità nel suo insieme. L'individuo, e futuro cittadino, secondo questa teoria, nasce e vive libero e in parità con gli altri. Conseguentemente, la superiorità naturale di un determinato uomo (fisica o morale) non dà diritto allo stesso di imporre la sua volontà sugli altri, così come di sottometterli alla sua autorità. Ciò significa, nella visione di Pufendorf, che l'individuo, nel camminare in direzione della piena cittadinanza, non sarebbe vincolato a un obbligo naturale, basato sulla forza, di sottomissione ad un altro essere umano. L'obbedienza nascerebbe dal consenso fra gli individui sulla necessità di istituire la vita in società, o meglio, lo Stato. Questo trova la forma istituzionale mediante il patto fra gli individui che, a partire da quel momento, vengono a chiamarsi cittadini. In tal modo, l'obbedienza verrebbe a caratterizzarsi come frutto del consenso, generato da una convenzione fra le parti. Convenzione in cui devono essere chiari i benefici che ognuno riceverà attraverso la propria adesione. Vedi DAL RI JÚNIOR, Arno. *Evolução histórica e fundamentos político-jurídicos da cidadania*. In: DAL RI JÚNIOR, Arno et OLIVEIRA, Odete M. *Cidadania e Nacionalidade. Efeitos e Perspectivas Nacionais, Regionais, Globais*. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 52 ss.

¹⁷ Vedi a tale riguardo PUFENDORF, Samuel v. *De Jure Naturae et Gentium*. Berlin: Akademie Verlag, 1998, p. 639-644; e, ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Il Contratto Sociale*. Paris: GF Flammarion, 1992, p. 40; e, ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Oeuvres Complètes*. Paris: Gallimard, 1964, p. 171 e 736.

¹⁸ Pierre Rosanvallon ancora sottolinea il ruolo assunto negli scritti di Friedrich Hegel della teoria di Rousseau: "C'est Etat hégélien qui la rendra concrètement opérationnelle en la médiatisant. La théorie rousseauiste de l'imédiateté entre l'individu et le corps politique appelle la conception hégélienne de

formazione del Patto Sociale:

"Rousseau comprend déjà la liberté come intèriorisation de la nécessité (...). Il abolit ainsi la distance entre l'intérieur e l'extérieur du politique".

La teoria sviluppata da Jean-Jacques Rousseau appena indicata si riveste di significativa importanza proprio perché viene a costituire la base per alcuni dei principali elementi del sistema liberale descritto da Adam Smith. È importante sottolineare, in tale quadro, che la radicalizzazione del liberalismo economico della fine del secolo XIX – che a sua volta ha avuto come conseguenza la nascita dello *Sherman Antitrust Act* – trova le sue più profonde radici in queste parole rousseauiane.

La nozione di "mano invisibile" elaborata da Adam Smith crea i presupposti per la messa in pratica della teoria di Rousseau, facendo in modo che sia possibile risolvere la questione dell'obbligazione nel Patto sociale senza che ci sia bisogno di ricorrere a elementi teorici tipici dell'assolutismo¹⁹. Con il liberalismo della "mano invisibile" nasce una concezione di società senza centro, propizia alla sostituzione dei vincoli reciproci previsti dal Contratto per meccanismi di mercato. Secondo quanto afferma Pierre Rosanvallon²⁰:

"Les mécanismes du marché (...) permettent en effet de penser la société biologiquement et non plus politiquement (mécaniquement)".

È possibile constatare, in questo modo, l'importante passaggio in cui il mercato viene effettivamente a costituirsi come una legge regolatrice dell'ordine sociale, senza che sia stata prevista la presenza del legislatore e l'intervento degli enti pubblici. Viene elaborata così l'attesa risposta teorica al problema dell'armonizzazione sociale.

È di significativa importanza in quest'ambito, l'opera del Barone di Montesquieu²¹. Attraverso i suoi scritti, il filosofo e nobile francese ha offerto un

l'Etat moderne comme figure, nécessairement séparée, de l'identité de l'universel et du particulier". In: ROSANVALLON, Pierre. Opus cit., p. 46.

¹⁹ Idem, ibidem.

²⁰ Idem, ibidem.

²¹ Charles de Secondat, barone della Brède e de Montesquieu, è nato nel castello de la Brède nel 1689 e morto a Parigi nel 1755. Nella vita pubblica ha svolto le funzioni di consigliere e in seguito di

significativo contributo per la consolidazione del c. d. *Esprit de Commerce* come regolatore sociale. Secondo l'autore, tale *esprit* era uno fra i pochi elementi adatti a correggere e a moderare gli istinti dell'essere umano²². Nell'opera *L'Esprit des Lois*, in particolare, il filosofo francese fa una vera apologia del commercio (vedi libri XX e XXI della succitata opera), legittimando l'espansione del mercato come istituzione politica²³ e considerandolo elemento propizio a limitare il potere assoluto del sovrano²⁴. È da sottolineare comunque che Montesquieu, anche se era un grande entusiasta del commercio e dell'espansione del mercato, aveva già constatato che l'ambizione degli uomini poteva portare a degli abusi. Secondo l'autore²⁵, l'avidità poteva trasformare l'uomo e il mercato, facendo in modo che, per alcune monete, venissero dimenticate delle:

“(...) *vertus morales qui font qu'on ne discute pas toujours ses intérêts avec rigidité*”.

Il tema del rinnovamento della teoria dell'istituzione sociale tramite il mercato viene sviluppato nelle opere dell'inglese James Steuart e di diversi esponenti della scuola scozzese di Adam Smith, come Adam Ferguson, William Robertson e John Millar. Basandosi principalmente sugli scritti di Montesquieu sul commercio e sulla limitazione del potere sovrano, questi pensatori sono riusciti ad articolare una teoria in cui la società viene vista non più come istituita dalla politica, bensì come mercato economico. In tale scuola di pensiero, tutti i vincoli di potere vengono analizzati come derivati della condizione economica o della dipendenza economica fra gli individui.²⁶

Presidente del Parlamento di Bordeaux. Ha vissuto in diversi paesi dell'Europa, principalmente in Inghilterra, di cui ha potuto analizzare il sistema politico. In seguito ad una lunga permanenza a Parigi, ritorna al suo castello per dedicarsi, in vent'anni di costante lavoro, a scrivere uno dei principali capolavori della scienza politica moderna, l'opera *L'Esprit des lois*, pubblicata nel 1748 (MALAURIE, Philippe. *Opus cit.*, p. 93).

²² “*C'est que, écrit-il, l'esprit de commerce entraîne avec soi celui de frugalité, d'économie, de modération, de travail, de sagesse, de tranquillité, d'ordre et de règle. Ainsi, tandis que cet esprit subsiste, les richesses qu'il produit n'ont aucun mauvais effet*”. In: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. *L'Esprit des Lois*. Volume I. Paris: Flammarion, 1979, p. 173.

²³ Su Montesquieu e il suo pensiero politico, vedi in particolare COTTA, Sergio. *Montesquieu*. Roma: Laterza, 1995; ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, la politique et l'histoire*. Paris: PUF, 1959.

²⁴ Vedi a riguardo HIRSCHMAN, Albert. *Les Passions et les Intérêts*. Paris: PUF, 1977, p. 67 ss.

²⁵ MONTESQUIEU. *Opus cit.*. Volume 2, p. 10.

²⁶ Pierre Rosanvallon cita alcune significative frasi di questi pensatori che illustrano le loro teorie, tra cui William Robertson, che afferma: “*dans toute recherche concernant l'action des hommes quand ils*

La teoria di James Steuart, in particolare, chiarisce che il commercio e l'industria sono nati per volontà dei principi, ma che una volta istituito il mercato all'interno di un Stato, difficilmente il potere sovrano potrebbe non essere limitato. Secondo l'autore, i meccanismi che compongono il mercato sarebbero stati troppo complessi per essere controllati dalla fragile struttura statale di allora, facendo in modo che ogni iniziativa economica pericolosa fosse adatto a far sorgere altre nuove difficoltà per l'autorità del sovrano. In tale modo, l'economia moderna veniva proclamata dall'autore inglese come il freno più efficace mai inventato contro le follie del dispotismo.²⁷

Secondo quanto afferma Albert Hirschman²⁸, Montesquieu e Steuart sono d'accordo nel concepire lo sviluppo del commercio e dell'industria – e di conseguenza del mercato –, come un mezzo idoneo a mettere fine agli interventi arbitrari e autoritari del potere politico. Il filosofo francese, in particolare, dimostrava tale fenomeno tramite l'apparizione di certe tecniche finanziarie – come la lettera di cambio –, che hanno avuto l'effetto di privare lo Stato del suo potere tradizionale ed incondizionato di confiscare i beni e di alterare la moneta²⁹. Steuart, invece, vedeva nella struttura dell'economica e nella complessità e vulnerabilità intrinseche a questa gli elementi che indeboliscono le decisioni e l'arbitrarietà del potere sovrano.³⁰

Ma è lo scozzese John Millar che riuscì a fornire un quadro concreto di come il mercato riesca a effettivamente condizionare l'azione del potere politico. Nella sua opera *The Advancement of Manufacture, Commerce and the Arts; and the Tendency of this Advancement to diffuse a Spirit of Liberty and Independence*, l'autore affermava che già alla fine del secolo XVIII la politica e l'amministrazione nella Gran Bretagna erano prigioniere della classe dei commercianti, capaci di penetrare in grande profondità

s'unissent dans la société, il faut d'abord porter son attention sur leur mode de subsistance". Com'è possibile constatare, inoltre, vengono lanciate le basi per la nascita del materialismo storico. Vedi ROSANVALLON, Pierre. *Opus cit.*, p. 48.

²⁷ Vedi HIRSCHMAN, Albert. *Opus cit.*, p. 76 ss.

²⁸ Idem, p. 81.

²⁹ Come afferma il barone francese, la lettera di cambio può fare in modo che i beni diventino 'invisibili' e, pertanto, non raggiungibili dal potere sovrano: "(...) et, par ce moyen, le commerce put éluder la violence, et se maintenir partout, le négociant le plus riche n'ayant que des biens invisibles, qui pouvaient être envoyés partout, et ne laissaient de trace nulle part. (...) Ainsi, nous devons (...) à l'avarice des princes, l'établissement d'une chose qui le met (le commerce) en quelque façon hors de leur pouvoir". In: MONTESQUIEU. *Opus cit.* Volume II, p. 64; Citato anche da HIRSCHMAN, Albert. *Opus cit.*, p. 68.

³⁰ Vedi, a riguardo di questo tema CARREAU, Dominique. *La Souveraineté monétaire de l'Etat à la fin du XX^{ème} Siècle: Mythe ou Réalité?* In: SOCIETÀ ITALIANA DIRITTO INTERNAZIONALE. *La moneta tra sovranità statale e diritto internazionale*. Napoli: Scientifica, 2001, p. 11.

nell'amministrazione e d'intimidire il più intrepido dei ministri. Secondo Millar, la forza politica di tali gruppi era tale da comandare le sessioni e le deliberazioni dei consigli della Nazione.³¹

Oltre alle iniziative dirette a limitare il potere del sovrano tramite l'espansione del commercio interno, è frutto di questo stesso dibattito il concetto moderno di mercato e concorrenza nell'ambito internazionale. I primi argomenti in questo senso sorgono con gli scritti di Montesquieu³², in cui l'autore affermava che il commercio fra le nazioni conduceva allo stabilimento della pace³³:

"L'effet naturel du commerce est de porter à la paix. Deux nations qui négocient ensemble se rendent réciproquement dépendantes: si l'une a intérêt d'acheter, l'autre a l'intérêt de vendre; et toutes les unions sont fondées sur des besoins mutuels".

Il percorso evolutivo concernente la storia dei rapporti fra mercato e potere politico fin qui compiuto dimostra come, durante i secoli, il mercato si è rafforzato all'interno della comunità politica. Gli scritti di Thomas Hobbes, Samuel von Pufendorf, Jean-Jacques Rousseau, del Barone di Montesquieu e degli economisti anglo-scozzesi del secolo XVIII tracciano un itinerario preciso in cui il mercato, indebolendo il potere sovrano, viene ad essere considerato elemento primordiale per la caduta del dispotismo.

Alla fine del secolo XVIII, con l'avvento del liberalismo, la teoria secondo la quale la società viene vista come mercato economico, e non più come istituita dalla politica, incomincia il suo processo di consolidazione nelle principali potenze dell'Occidente. Lentamente, il mercato viene ad essere concepito e rispettato come una specie di despota assoluto, che detta le regole alla politica e alle amministrazioni statali. Il problema che nasce in tale contesto si riferisce al fatto che le regole dettate dal mercato non sempre portano benefici a tutte le fasce della società. Al contrario, la

³¹ Vedi HIRSCHMAN, Albert. *Opus cit.*, p. 84; e, LEHMANN, William. *John Millar of Glasgow, 1735-1801*. Cambridge: Cambridge University Press, 1960, p. 337 ss.

³² MONTESQUIEU. *Opus cit.*, Volume II, p. 10.

³³ In quest'ambito, come afferma Pierre Rosavallon: "*Le concept de marché permet ainsi de repenser les rapports internationaux sur une base nouvelle, en substituant la logique d'un jeu à somme positive (celle du commerce) à la logique d'un jeu à somme nulle (celle de la puissance). C'est une révolution intellectuelle décisive à l'intérieur même de la pensée des Lumières*". In: ROSANVALLON, Pierre. *Opus cit.*, p. 44.

tendenza naturale in quel momento storico – e ancora oggi – era quella di concentrare le ricchezze nelle mani di poche persone, creando un vero caos sociale fra tutti quelli che si trovavano ai margini della nascente società liberale.³⁴

Gli ideali illuministici proclamati da Rousseau, Voltaire, Montesquieu, Condorcet, Diderot, Sieyès ed altri sono stati compromessi da uno degli elementi utilizzati da loro stessi per combattere la tirannide. La libertà, la fraternità e l'uguaglianza venivano messe a rischio dal potere del nuovo despota, il mercato. Occorreva urgentemente creare degli strumenti idonei a regolare, a disciplinare l'azione del nuovo "Leviathan". Occorreva limitare le arbitrarie di questo "mostro indomabile", facendo in modo che venissero a prevalere i suoi aspetti positivi. Occorreva mettere il mercato a servizio dell'Uomo e della società. Era necessario ricreare nell'ambito del mercato quello che in un certo modo era già stato fatto nell'ambito politico: far nascere una democrazia, ma questa volta di "mercato".

I presupposti politici e filosofici che hanno fatto sorgere tale "democrazia di mercato" si sono formati durante lunghi anni di dibattiti e iniziative nelle società più sviluppate dell'Occidente, dalla fine del secolo XVIII in poi.

In tale ambito, la figura di Thomas Jefferson³⁵, filosofo e Presidente degli Stati

³⁴ Sullo Stato e le imperfezioni del liberalismo, vedi GRAU, Eros R. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 15 ss.

³⁵ Una interessante sintesi biografica di Thomas Jefferson è quella elaborata da Carlo Stagnaro: "Thomas Jefferson nasce il 13 aprile 1743 a Shadwell, in Virginia, da una famiglia benestante dell'aristocrazia locale. Dopo aver conseguito la laurea in legge presso l'Università di Williamsburg, nel 1764 inizia a praticare la professione forense, che eserciterà con discreti successi per sette anni. Pian piano, però, il suo interesse per l'avvocatura declina di pari passo all'aumento delle sue attenzioni nei confronti della politica, alla quale si dedicherà a tempo pieno dal 1769, anno in cui conquista un seggio alla "House of Burgesses". Nel 1775, sarà uno dei delegati virginiani al primo Congresso continentale. Pur non potendo partecipare, a causa di altri impegni, alla stesura della Costituzione della Virginia (approvata nel giugno del 1776), riuscirà a far sentire la propria influenza, promuovendo alcuni provvedimenti come l'abolizione del diritto di primogenitura, il riconoscimento della libertà di coscienza in materia religiosa e l'impegno statale per l'istruzione universitaria. Ottiene un successo non da poco, poi, riuscendo a far abolire la pena capitale per un gran numero di reati: degno di nota è il fatto che, all'origine di questa sua azione, è la lettura del padano Cesare Beccaria. È lui inoltre, come già ricordato, il principale (per non dire unico) autore della Dichiarazione di Indipendenza del 4 luglio 1776 (...). Dal 1785 al 1789 è ambasciatore degli Stati Uniti in terra francese. Richiamato poco dopo in patria da George Washington in qualità di Segretario di Stato, si dedica interamente alla politica (...). Ricopre la carica di vicepresidente sotto John Adams dal 1796, viene eletto alla presidenza nel 1800 e riconfermato una seconda volta nel 1804. Rifiutando una terza candidatura, si ritira nella propria villa a Monticello, dove coltiva per diciotto anni il proprio ideale di "vita buona", dando un particolare ruolo alle lettere, alle amicizie e allo strettissimo rapporto con la terra. Morirà il 4 luglio 1826, il cinquantesimo anniversario della nascita degli Stati Uniti d'America". In: STAGNARO, Carlo. *Thomas Jefferson, un Uomo d'altri Tempi*. Documento disponibile su internet, sito <http://www.unicel.it/jefferson.htm>, il 23 luglio 2002. Sulla vita ed l'opera di Thomas Jefferson vedi RANDALL, Willard. *Thomas Jefferson. A Life*. New York: Harper Collins, 1993.

Uniti d'America fra il 1801 e il 1809, ha una grande importanza. Il contributo dato dagli scritti di Jefferson – e di altri celebri pensatori come James Madison³⁶ – alla filosofia politica ha fornito delle importanti risposte alla questione concernente la tutela dei cittadini contro gli abusi svolti da operatori economici nell'ambito del mercato. In sintesi, la teoria da Jefferson elaborata si basa sul principio che tutti gli uomini sono uguali, pertanto, tutti hanno il diritto ad accedere al mercato come operatori diretti. Ciò presuppone il diritto di ogni cittadino di liberamente entrare, partecipare ed uscire dal mercato.

Il principio dell'uguaglianza proclamato da Jefferson è diventato così importante per gli uomini che hanno liberato le 13 Colonie del dominio britannico, da essere affermato come uno degli elementi fondamentale – se non addirittura il principio centrale – della Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti³⁷. In questo modo, i padri fondatori degli Stati Uniti hanno affermato che:

"We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness".

Inspirato dall'esperienza del diritto romano classico e dal principio di cittadinanza elaborato dai giuristi dell'antica Roma – di cui era un grande ammiratore –, Jefferson credeva che un sistema giuridico dovesse creare ed attuare costantemente i presupposti per la tutela dei suoi cittadini. Ciò secondo i criteri di un senso umano di giustizia, cercando di condurre tutta la società ad un futuro migliore³⁸. Da questa

³⁶ James Madison "Nacque (1751) e morì (1836) nella Virginia. Dirigente di primo piano dell'Assemblea costituente lavorò con Hamilton per la ratifica della Costituzione (1787) ma si separò da lui per via delle questioni fiscali. Guidò l'adozione della Carta dei Diritti (1789-91). Il più stretto collaboratore di Jefferson nel tentativo dopo la Rivoluzione di riformare il proprio stato, nella lotta contro i Federalisti negli anni '90 ed quando fu il suo segretario di Stato (1801-9). Durante la sua presidenza (1809-17) moderò l'opposizione al protezionismo mentre viene criticato per la sua condotta incerta della Guerra del 1812 contro la Gran Bretagna". In: SYLVERS, Malcolm. *Il Pensiero politico e sociale di Thomas Jefferson. Saggio introduttivo e antologia di testi*. Roma: Lacaia, 1993, p. 350.

³⁷ KOCH, Adrienne et PEDEN, William (a cura di). *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*. New York: The Modern Library, 1998, p. 24. Sulla storia dell'indipendenza degli Stati Uniti, vedi RINALDI, Renato. *Storia degli Stati Uniti d'America. Volume I*. Roma: Curcio, 1964, p. 503 ss.

³⁸ "But, above all, Roman law represented 'the system of civil law most conformable with the principles of justice of any which has ever yet been established among men'. In Roman law the innate human sense of justice had reasonably operated to the extent that it had covered most of the possible issues of litigation between citizens (...) The sense of justice was but one facet of the shining crystal of man's

concezione, nasceva la necessità che il sistema giuridico statunitense fosse munito di strumenti idonei a tutelare “umanisticamente” i suoi cittadini, conducendoli ad un futuro migliore.

È possibile affermare che lo spirito stoico di uguaglianza contenuto nel corpo della Dichiarazione di Indipendenza elaborata da Jefferson viene rafforzato con l’affermazione dei principi classici del giusnaturalismo. Seguendo la traccia del filosofo inglese John Locke³⁹, il documento elaborato da Thomas Jefferson prevede l’esistenza di diritti naturali, inalienabili ed assolutamente autoevidenti a ciascuno.⁴⁰

È interessante in questo contesto, inoltre, che il pensiero politico di Jefferson abbia introdotto fra i diritti naturali il diritto alla ricerca della felicità (*pursuit of happiness*)⁴¹. In tale prospettiva, questo nuovo diritto viene intimamente collegato al

innate moral sense which would eventually lead humanity into a better social future”. In: LEHMANN, Karl. Thomas Jefferson. American Humanist. Charlottesville: University Press of Virginia, 1994, p. 134.

³⁹ È importante sottolineare in quest’ambito che, anche se l’influenza del pensiero politico di John Locke su Thomas Jefferson è stata molto importante, fra i due pensatori sussistono grandi differenze. Una di queste è proprio la questione dell’uguaglianza fra gli uomini, non contemplata dal filosofo inglese. In questo senso, gli scritti di John Locke non concepivano i servi come soggetti di diritti politici. Nell’opera “Secondo Trattato sul Governo” il filosofo inglese affermava che poteva essere soggetto di diritti politici – ovvero, cittadino – soltanto colui che aveva proprietà del proprio corpo. Questa proprietà non è esattamente il corpo, ma il prodotto realizzato dal corpo attraverso il lavoro d’appropriazione della natura. Locke argomentava che quest’appropriazione non ha bisogno del consenso espresso di tutti gli uomini. In questo modo, le cose che mi appartengono non sono soltanto quelle che io stesso prendo dalla natura, ma anche quelle cose prese dalla natura dal mio cavallo o dal mio servitore. Qui si afferma che i cittadini sono soltanto quelli che hanno la proprietà sul corpo, mentre i non cittadini sono quelli che hanno il corpo comandato dagli altri, ovvero, i servi. Il processo di costruzione della cittadinanza viene caratterizzato da Locke, in questo modo, come un processo di sfruttamento fra gli uomini. Nella teoria di Locke l’individuo è proprietario di quello che riesce ad avere attraverso il sudore del suo viso, con la forza del suo lavoro. La ricchezza che possiede l’individuo è vista come conseguenza del suo lavoro e non come risultato dello sfruttamento della proprietà altrui. È possibile constatare che l’individualismo e l’élitarismo sono elementi molto presenti tanto nell’opera di Thomas Hobbes quanto in quella di John Locke. Tale constatazione si materializza nell’analisi della tutela dell’uguaglianza, concepita dai due filosofi come di natura astratta, generale e puramente formale, in cui soltanto le minoranze, ovvero i proprietari, possiedono la cittadinanza piena. Vedi, a proposito, BARBATO, Maurizio. Thomas Jefferson o della felicità. Palermo: Sellerio, 1999, p. 17; MANZINE COVRE, M. de L. O que é cidadania. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 25; LANER, Aline. L’interconnessione fra Lavoro e Cittadinanza. Tesi finalizzata al conseguimento del titolo di Dottore di Ricerca in Psicologia del Lavoro e delle Organizzazioni presso il Dipartimento di Organizzazione e Sistema Politico dell’Università degli studi di Bologna, 2002, p. 114.

⁴⁰ BARBATO, Maurizio. *Opus cit.*, p. 13.

⁴¹ È significativo il fatto che Thomas Jefferson abbia introdotto il diritto alla ricerca della felicità nella triade dei diritti naturali, dopo il diritto alla vita e il diritto alla libertà. Senz’altro, Jefferson fa uso del principio creato da John Locke, sostituendo il diritto alla proprietà, che nel sistema lockiano è l’elemento centrale da dove derivano gli altri due diritti, con il diritto alla felicità. Qui risiede un’altra grande differenza fra la dottrina politica di Jefferson e di Locke. Differenza che fa diventare la prima dottrina molto più umana ed umanizzante. La sostituzione fatta da Jefferson così viene commentata da Malcolm Sylvers: “Tale sostituzione è straordinariamente importante e non occasionale, né può essere attribuita al bisogno di ‘simboli eleganti’ e non ‘legalistici’. Jefferson, seguendo lo svizzero Burlamaqui

principio dell'uguaglianza⁴². Ciò perché l'ex-Presidente degli Stati Uniti credeva che combattere le ineguaglianze fosse l'unico modo di dare reale efficacia al diritto alla ricerca della felicità. In questo senso, secondo quanto afferma Maurizio Barbato⁴³, Jefferson è fedele all'idea del governo minimo, ma contemporaneamente la sua idea è quella di un governo capace di agire sulle ineguaglianze che rendono inefficace quel diritto. L'asserzione della libera ricerca della felicità porta con sé conseguenze che vanno al di là dei principi teorici del liberalismo classico.

Il ruolo del governo nella lotta contro le ineguaglianze – aprendo ad ogni uomo la possibilità di far valere il diritto alla felicità – è centrale. In tale modo, ai fini di garantire l'uguaglianza fra gli uomini, Jefferson ha creato i presupposti per un intervento di controllo da parte del governo sull'azione degli operatori economici nel mercato. In questo modo viene costruito un altro importante pilastro per la futura politica *antitrust* statunitense. A tale riguardo è estremamente significativo quanto affermato proprio dal Jefferson⁴⁴ nel primo discorso come Presidente degli Stati Uniti d'America, il 4 marzo 1801 :

"(...) with all theses blessings, what more is necessary to make us a happy and prosperous people? Still one thing more, fellow citizens – a wise and frugal government, which shall restrain men from injuring one another, which shall leave them otherwise free to regulate their own pursuits of industry and improvement, and shall not take from the mouth of labor the bread it has earned. This is the sum of good government, and this is necessary to close the circle of our felicities".

e lo scozzese Hutcheson, non considerava la proprietà un diritto naturale. Per lui era una consuetudine sociale, un'usanza che la società poteva regolamentare, in breve un diritto civile ma non naturale (...). Quando si afferma, nel suo primo articolo, che diritti inalienabili sono 'il godimento della vita e della libertà, con i mezzi di acquisire e possedere la proprietà e di proseguire e ottenere la felicità e la sicurezza' sembra che la proprietà non sia in sé un diritto ma qualcosa che dipenda, come la ricerca della felicità, dalla vita e dalla libertà che sono invece gli autentici diritti inalienabili". In: SYLVERS, Malcolm. *Opus cit.*, p. 41. Vedi inoltre KOCH, Adrienne. *Power, Morals and the Founding Fathers. Essays in the Interpretation of the American Enlightenment*. New York: Ithaca, 1961, p. 28 ss.

⁴² Secondo quanto afferma Malcolm Sylvers, tutta la dottrina jeffersoniana parte da questi due principi, uguaglianza fra gli uomini e diritti naturali inalienabili: "Si parte dall'affermazione di due verità ritenute per se stesse evidenti: 1) che gli uomini sono creati uguali e 2) che sono stati dotati dal Creatore di certi inalienabili diritti. L'uguaglianza risiede in questi diritti stessi che sono poi identificati in tre: la vita, la libertà e la ricerca della felicità". In: SYLVERS, Malcolm. *Opus cit.*, p. 40.

⁴³ BARBATO, Maurizio. *Opus cit.*, p. 85.

⁴⁴ KOCH, Adrienne et PEDEN, William (Org.s). *Opus cit.*, p. 300.

Come è possibile constatare, la preoccupazione di tutelare i diritti del cittadino nei confronti degli abusi del mercato si rifà all'ideale di creazione di uno Stato il cui sistema politico fosse basato sull'uguaglianza e la democrazia. Il problema degli abusi nel mercato nel periodo di indipendenza degli Stati Uniti e negli anni posteriori, alimentato dai conflitti fra ricchi e poveri in virtù della mancata distribuzione paritaria delle ricchezze nel territorio⁴⁵, in un certo modo minacciava il sogno americano. Secondo Thomas Jefferson, era necessario dare ad ogni americano la possibilità di essere un piccolo proprietario⁴⁶ – un piccolo operatore economico –, e tutelare a tutti i costi il suo diritto di liberamente partecipare al gioco del mercato. In tale ambito, come afferma Malcolm Sylvers⁴⁷, la concezione di economia politica attuata da Thomas Jefferson riteneva che il pericolo principale per questo modello:

“(...) era l'asservimento dell'individuo che portava alla depravazione politica e morale; per questo, Jefferson vedrà nella piccola proprietà, soprattutto agricola, la economia sociale che più poteva far emergere la natura buona dell'uomo”.

⁴⁵ “Questo è il dilemma che preoccupava quelli che avrebbero voluto governare la nuova nazione. [James]Madison lo ha dichiarato chiaramente nel famoso Foglio Federalista Numero Dieci. Alcuni tipi di sistemi rappresentativi avevano bisogno di mantenere la pace fra le numerose fazioni nella nuova nazione. Ma un sistema rappresentativo poneva anche pericoli, per le fazioni alle quali Madison si riferiva, erano non solo quelli basati sulle numerose divisioni di culture, regioni o interessi. La più seria e minacciosa divisione di fazione era quella fra i ricchi e i poveri, la divisione generata da ‘le varie ed ineguali distribuzioni di proprietà. Quanti possedevano e quanti non avevano la proprietà hanno sempre formato distinti interessi nella società’. Il vero pericolo, quindi, non era una ‘fazione’; era una maggioranza senza proprietà, una maggioranza che avrebbe potuto usare i diritti democratici contro la minoranza”. In: FOX-PIVEN, Francis et CLOWARD, Richard A. *The New Class War 1982/1985*. New York : Pantheon Books, 1982, p. 36.

⁴⁶ La teoria elaborata da Jefferson nei confronti delle grandi proprietà terriere è stata un importante strumento della sua dottrina sull'uguaglianza. Combattendo le leggi sulla primogenitura, ereditate dal *Common Law* inglese, Jefferson è riuscito in pochi anni a far sparire l'antica aristocrazia di origini feudali e a dividere le terre a questa appartenente. Secondo Maurizio Barbato, l'azione compiuta da Jefferson in questo senso: “(...) articolava un disegno antiaristocratico attraverso la cancellazione delle norme feudali di fedecomesso, che proteggevano dalla suddivisione e dalla alienazione, le grandi tenute aristocratiche, e l'abolizione delle norme della primogenitura in favore di eredità uguali per tutti gli eredi maschili e femminili: questo, secondo Jefferson avrebbe permesso nel corso del tempo, non solo la scomparsa dell'oligarchia terriera dominante, ma anche il superamento del latifondo in favore della piccola proprietà (...) l'inalienabilità, come spiega Jefferson era uno dei mezzi per ostacolare la libertà di commercio, congelare i sistemi tradizionali di vita e le gerarchie sociali nei villaggi contadini, e soprattutto per perpetuare un'aristocrazia, nobile o di fatto, impedendone la mobilità o l'inflazione”. In: BARBATO, Maurizio. *Opus cit.*, p. 58.

Tramite l'evoluzione di questo ragionamento sulla tutela dei piccoli proprietari nasce la concezione per la quale il governo dovrebbe combattere i monopoli. Già nell'ottobre 1785, in una lettera scritta da Thomas Jefferson⁴⁸ a James Madison, è possibile costatare l'effettivo consolidamento di tale concezione di tutelare le piccole iniziative economiche contro il pericolo della disuguaglianza e dell'accentramento di potere economico nelle mani di pochi:

"The property of this country is absolutely concentrated in a very few hands, having revenues of from half a million of guineas a year downward. These employ the flower of the country as servants, some of them having as many as 200 domestics, not laboring. They employ also a great number of manufacturers and tradesman, and lastly the class of laboring husbandmen".

Questa stessa lettera inviata a James Madison contiene l'esternazione di uno fra i più importanti principi della filosofia di Thomas Jefferson. In un'unica frase, che acquista un particolare significato nel contesto politico-economico degli Stati Uniti, Jefferson⁴⁹ crea i presupposti per la nascita e l'evoluzione del concetto di tutela della libera concorrenza in favore delle piccoli iniziative:

"The small landholders are the most precious part of a State".

Nello stesso modo in cui sosteneva le piccole iniziative, Thomas Jefferson affermava che era necessario lottare per l'indipendenza di ogni piccolo proprietario. Non bastava avere dei diritti "uguali", ma si doveva avere anche la garanzia di un minimo di indipendenza relativamente al resto del sistema.

In seguito al suo soggiorno negli Stati Uniti, Alexis de Tocqueville ha sviluppato una teoria sull'uguaglianza fra gli Uomini⁵⁰ che riesce a tradurre in gran parte l'ideale

⁴⁷ SYLVERS, Malcolm. *Opus cit.*, p. 38.

⁴⁸ KOCH, Adrienne et PEDEN, William (Org.s). *Opus cit.*, p. 361.

⁴⁹ Idem, p. 362.

⁵⁰ Vedi a proposito Luigi Corvaglia: "(...) nella sua celeberrima esaltazione della democrazia americana, la descrisse come la concreta realizzazione dell'ideale illuministico di libertà, tolleranza ed uguaglianza di opportunità. L'elemento centrale di questo santificato 'credo americano' è proprio il concetto liberale

jeffersoniano. Tale teoria viene presentata nell'opera *De La Democratie en Amérique*, in particolare quando l'autore commenta l'influenza della democrazia sui sentimenti degli americani⁵¹:

"Je suppose que tous les citoyens concourent au gouvernement et que chacun ait un droit égal d'y concourir. Nul ne différant alors de ses semblables, personne ne pourra exercer un pouvoir tyrannique; les hommes seront parfaitement égaux parce qu'il seront entièrement libres. C'est vers cet idéal que tendent les peuples démocratiques".

L'analisi degli scritti di Thomas Jefferson, James Madison e Alexis de Tocqueville dimostra che la loro concezione di diritto, politica ed economia si ricollega direttamente alla tradizione filosofico-giuridica stoica, elaborata principalmente da Cicerone⁵², Seneca e dall'Imperatore romano Marco Aurelio, e riproposta da diversi pensatori nel corso della storia della cultura giuridica e politica⁵³. Principi della uguaglianza fra gli uomini proclamati, ad esempio, da Seneca nei libri quinto⁵⁴ e

delle pari opportunità; gli uomini cioè essendo tutti uguali, dovranno essere forniti di un contesto istituzionale e culturale in cui a ciascuno – indipendentemente dalla propria razza, lingua, religione, origine sociale – sia data la possibilità di competere in vista del conseguimento delle più alte vette in ciò che ritiene importante (rendendolo pertanto 'felice')". In: CORVAGLIA, Luigi. *La Sovranità dell'Individuo. Perché l'America non è anarchica?* Don Juan, 2001, p. 10.

⁵¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la Démocratie en Amérique*. Paris: Robert Laffont, 1986, p. 494.

⁵² È significativo in quest'ambito sottolineare il particolare sentimento di ammirazione ed affetto nutrito da Thomas Jefferson nei confronti del filosofo e giurista romano Marco Tullio Cicerone. In questo senso, come affermato da Karl Lehmann: "*Jefferson had looked up to Cicero as to preceptor, from the days of his boyhood. Temperamentally, a natural bond existed between these two philosophers in action – eclectic critics, humane Humanists, great letter writers that they were. Even in later years, Jefferson would incidentally and conventionally call Cicero 'the father of eloquence and philosophy' (...) He was a gifted, charming, struggling human being, 'enchanted', as Jefferson called him*". In: LEHMANN, Karl. *Opus cit.*, p. 119.

⁵³ Ancora è possibile constatare nel pensiero filosofico di Thomas Jefferson una grande influenza dell'Umanesimo del Rinascimento come continuazione dell'Umanesimo antico: "*The Humanism of the Renaissance was the soil in which Thomas Jefferson grew. However much we may today appreciate subconscious tradition from the Middle Ages which pervaded the Renaissance, the concept of the human individual as an independent, free and self-reliant genius was a continuation of that line of antique Humanism*". In: LEHMANN, Karl. *Opus cit.*, p. 3.

⁵⁴ "*Vis tu cogitare istum quem servum tuum vocas ex isdem seminibus ortum eodem frui caelo, aequae spirare, aequae vivere, aequae mori! Tam tum illum vedire ingenuum potes quam illete servum. Variana clade multos splendissime natos, senatorium per militiam auspicientes gradum, fortuna depressit: alium ex illis pastorem, alium custodem casae fecit. Contemne nunc eius fortunato hominem in quam transire dum contemnis potes. Nolo in ingentem me locum inmittere et de usu servorum disputare, in quos superbissimi, crudelissimi, contumeliosissimi sumus. Haec tamen praecepti mei summa est: sic cum inferiore vivas quemadmodum tecum superiore velis vivere. Quotiens in mentem venerit quantum tibi in servum (tuum) liceat, veniat in mentem tantundem in te domino tuo licere. 'At ego' inquis 'nullum*

quindicesimo⁵⁵ dell'opera *Ad Lucilium epistularum moralium libri XX*. Come osserva Malcolm Sylvers⁵⁶, il pensiero politico di Thomas Jefferson è particolarmente influenzato da tale filosofia⁵⁷:

“Il suo concetto di uomo, che non era che una parte di questa natura, venne fortemente condizionato dagli stoici e da Epicuro, quest'ultimo letto anche attraverso Orazio e Lucrezio. Nel carattere di Jefferson elementi stoici e ascetici (virtù richieste per sopportare le difficoltà della vita ma anche la meschinità della politica) si integrano con elementi epicurei: un apprezzamento delle cose migliori di questa stessa vita e la necessità che le passioni non alterino un certo equilibrio”.

In questo senso, si può affermare che la concezione stoica di uguaglianza, e le dottrine politiche e filosofiche da questa derivata, hanno senz'altro influenzato l'evoluzione storica e i fondamenti dottrinali della tutela della concorrenza. Tramite il

habeo dominum'. Bona aetas est: forsitan habebis. Nescis qua aetate Hecuba servire coeperit, qua Croesus, qua Darei mater, qua Platon, qua Diogenes? Vive cum servo clementer, comiter quoque, et in sermonem illum admitte et in consilium et in convictum. Hoc loco adclamabit mihi tota manus delicatorum 'nihil hac re humilius, nihil turpius'. Hos ego eosdem deprehendam alienorum servorum osculantes manum, Ne illud quidem veditis, quam omnem invidiam maiores nostri dominis, omnem contumeliam servis detraxerint? Dominum patrem familiae appellaverunt, servos, quod etiam in mimis adhuc durat, familiares; instituerunt diem festum, non quo solo cum servis domini vescerentur, sed quo utique; honores illis in domo gerere, ius dicere permiserunt et domum pusillamrem publicam esse iudicaverunt. 'Quid ergo? Omnes servos admovebo mensae meae?' Non magis quam omnes liberos. Erras si existimas me quosdam quasi sordidioris operae reiecturum, ut puta illum mulionem et illum bubulcum. Non ministeriis illos aestimabo sed moribus: sibi quisque dat mores, ministeria casus adsignat". In: SENECA, Lucio A. Lettere a Lucilio. Vol. I. Roma: Bur, 1998, p. 290 ss.

⁵⁵ "Quare omnia quae praestanda ac vitanda sunt dicam? cum possim breviter hanc illi formulam humani officii tradere: omne hoc quod veditis, quo divina atque humana conclusa sunt, unum est; membra sumus corporis magni. Natura nos cognatos edidit, cum ex isdem et in eadem gigneret; haec nobis amorem indidit mutuum et sociabilis fecit. Illa aequum iustumque composuit; ex illius constitutione miserius est nocere quam laedi; ex illius imperio paratae sint invandis manus. Ille versus et in pectore et in ore sit: Habeamus in commune: (in commune) nati sumus. Societas nostra lapidum fornicationi simillima est, quae, casura nisi in vicem obstarent, hoc ipso sustinetur". In: SENECA, Lucio A. Lettere a Lucilio. Vol. II. Roma: Bur, 1998, p. 801 ss. Sullo la concezione di uguaglianza dello stoicismo vedi, inoltre SENECA, Lucio A. Sapienza stoica. L'uomo, il mondo e Dio. Torino: Magnanelli, 1997, p. 11 ss. Sullo stoicismo in generale vedi RADICE, Roberto. Oikeiosis. Ricerche sul fondamento del pensiero stoico e sulla sua genesi. Milano: Vita e Pensiero, 2000; ARMIN, Hans von (a cura di). Stoici Antichi. Milano: Bompiani, 2002.

⁵⁶ SYLVERS, Malcolm. *Opus cit.*, p. 34.

⁵⁷ In diversi scritti Thomas Jefferson ha indicato i principi morali elaborati dalle scuole di Cicerone e Seneca come fra le più stimate della storia antica. Così ha fatto, ad esempio, nella lettera a Benjamin Rush del 21 aprile 1803 e nella lettera a Peter Carr del 10 agosto 1787. Vedi, a riguardo, SYLVERS, Malcolm. *Opus cit.*, p. 265 ss. e 291 ss.

contributo politico e filosofico degli scritti di Thomas Jefferson, tale concezione va a condizionare direttamente l'elaborazione dello *Sherman Antitrust Act* e delle norme che ne derivano, così come va a ispirare le teorie attualmente sviluppate dalle Scuole di Harvard. È possibile constatare un fenomeno analogo nell'ambito della Scuola di Friburgo, nella quale i principi dell'umanesimo tedesco di Walter Eucken, Franz Böhm e Ludwig Erhard hanno condizionato oltre che il diritto *antitrust* tedesco anche il diritto della concorrenza europeo.

In questa prospettiva è significativo il contributo offerto dalla dottrina sociale della Chiesa cattolica in materia di mercato e libera concorrenza, fondato anche questo su una nozione di uguaglianza di radici stoiche. Ciò perché, oltre l'umanesimo proclamato nel Vangelo, lo stoicismo viene inserito nella dottrina della Chiesa tramite la cultura greca – presente negli scritti di Paolo di Tarso –, e l'importante influenza che hanno avuto gli scritti di Cicerone e Seneca nelle opere dei padri della Chiesa, come Agostino da Ippona⁵⁸ e Ambrogio da Milano⁵⁹.

In quest'ambito, la dottrina sociale della chiesa ha potuto elaborare una teoria critica nella quale i principi in materia di mercato e libera concorrenza vengono severamente vincolati ad un'etica cristiana ed umanistica. Come osserva al riguardo il

⁵⁸ L'influenza diretta della filosofia stoica in Agostino si manifesta, ad esempio, nel libro V delle Confessioni: "*Ego itaque incrassatus corde nec mihi met ipsi vel ipse conspicuus, quidquid non per aliquanta spatia tenderetur vel diffunderetur vel conglobaretur vel tumeret vel tale aliquid caperet aut capere posset, nihil prorsus esse arbitrabar. per quales enim formas ire solent oculi mei, per tales imagines ibat cor meum, nec vedibam hanc eandem intentionem qua illas ipsas imagines formabam non esse tale aliquid, quae tamen ipsas non formaret nisi esset magnum aliquid. ita etiam te, vita vitae meae, grandem per infinita spatia undique cogitabam penetrare totam mundi molem et extra eam quaquaversum per immensa sine termine, ut haberet te terra, haberet caelum, haberent omnia et illa finirentur in te, tu autem nusquam. sicut autem luci solis non obsisteret aeris corpus, aeris huius qui supra terram est, quominus per eum traiceretur penetrans eum, non dirrumpendo aut concidendo sed implendo eum totum, sic tibi putabam non solum caeli et aeris et maris sed etiam terrae corpus pervium et ex omnibus maximis minimisque partibus penetrabile ad capiendam praesentiam tuam, occulta inspiratione intrinsecus et extrinsecus administrantem omnia quae creasti. ita suspicabar, quia cogitare aliud non poteram; nam falsum erat. illo enim modo maior pars terrae maiorem tui partem haberet et minorem minor, atque ita te plena essent omnia ut amplius tui caperet elephanti corpus quam passeris, quo esset isto grandius grandioreque occuparet locum, atque ita frustatim partibus mundi magnis magnas, brevibus breves partes tuas praesentes faceres. non est autem ita, sed nondum inluminaveras tenebras meas". In: AGOSTINO. *Le Confessioni*. Roma: Rizzoli, 1999, p. 196. Sull'influenza degli stoici romani vedi TESTARD, M. *S. Augustin et Cicéron*. Vol. I. Paris: Etudes augustiniennes, 1958; BROWN, Peter. *Augustine of Hippo – A biography*. London: Faber and Faber, 2000, p. 81 ss.*

⁵⁹ Vedi a proposito l'opera HOMES-DUDDEN, F. *The Life and Times of St. Ambrose*. Oxford: Clarendon Press, 1935; Pépin, Jean. *Théologie cosmique et théologie chrétienne*. Paris: PUF, 1964, p. 44 ss.

filosofo Mario Toso⁶⁰, la dottrina sociale cattolica accetta la prospettiva del libero mercato fondata sul libero scambio e sulla concorrenza, ma impone la condizione che, in questo stesso concetto di concorrenza, non ci siano elementi di monopolio. Dev'essere una nozione di concorrenza diretta a privilegiare una sostanziale uguaglianza di opportunità.

In altre parole, è possibile constatare che la dottrina cattolica è apertamente contraria a qualsiasi possibilità di radicalizzazione "liberal-liberista" che venga a portare, nell'ambito economico, ad una concorrenza sfrenata e senza limiti etici. Tale atteggiamento è presente già nel 1931 quando, nel paragrafo 89⁶¹ dell'enciclica *Quadragesimo Anno* scritta dal Papa Pio XI, viene affermato che l'ordine dell'economia non può essere abbandonato alla libera concorrenza delle forze. Secondo il Pontefice, da questo capo sono derivati tutti gli errori della scienza economica individualistica, la quale dimenticando o ignorando che l'economia ha un suo carattere sociale, non meno che morale, ritenne che l'autorità pubblica la dovesse stimare e lasciare assolutamente libera a sé, come quella che nel mercato o libera concorrenza doveva trovare il suo principio direttivo, secondo cui si sarebbe diretta molto più perfettamente che per qualsiasi intelligenza creata. In tale ambito, la libera concorrenza è utile se contenuta entro limiti bene determinati, non potendo essere in alcun modo il timone dell'economia. Sarebbe necessario, ancora, che l'economia venisse regolata da un vero ed efficace principio direttivo.

Il paragrafo 110 della stessa enciclica⁶² approfondisce tale ragionamento, affermando che la filosofia sociale cristiana sostiene le iniziative dell'ente pubblico dirette a limitare la potenza economica o la libera concorrenza, nei casi in cui queste

⁶⁰ TOSO, Mario. *Umanesimo Sociale. Viaggio nella dottrina sociale della Chiesa e dintorni*. Roma: LAS, 2001, p. 210.

⁶¹ "*Aliud praetera est curandum (...) Quemadmodum unitas societatis humanae inniti non potest oppositione 'classium', ita rei oeconomicae rectus ordo non potest permitti libero virium certamini. Ex hoc enim capite, tamquam ex inquinato fonte omnes errores disciplinae oeconomicae 'individualisticae' dimanarunt; quae, oblivione aut inscitia sociale ac moralem indolem rei oeconomicae delens, hanc existimavit ab auctoritate publica ut solutam prorsus ac liberam iudicandam esse et tractandam, propterea quod in mercatu seu libero competitorum certamine principium sui ipsius directivum haberet, quo multo perfectius quam ullo intellectu creato interveniente regeretur. At liberum certamen, quamquam dum certis finibus contineatur, aequum sit et sane utile, rem oeconomicam dirigere plane nequit; id quod eventus satis superque comprobavit, postquam pravi individualistici spiritus placita executioni sunt mandata. Perquam necessarium igitur est rem oeconomicam vero atque efficaci principio direttivo iterum subdi et subiici*". In: *Enchiridion delle Encicliche*. Vol. 5. Bologna: EDB, 1995, p. 748 ss.

⁶² *Idem*, p. 762.

possano minacciare il bene comune o la giustizia sociale:

*"Quandonquidem re et operâ maxime innititur praesens oeconomiae ratio, rectae rationis seu christianae philosophiae socialis principia circa rem, operam earumque consociationem et mente agnoscantur et opere ad effectum deducantur necesse est (...) Liberum certamen certis ac debitis limitibus saeptum, magis etiam oeconomicus potentatus publicae auctoritati in iis, quae ad eius munus spectant, efficaciter subdantur oportet. Ipsa vero populorum publica instituta ad boni communis necessitates seu ad iustitiae socialis normam totam humanam consortionem conformare debent; quo fieri nequit quin etiam gravissima illa viate socialis pars, quae est res oeconomica, ad rectum et sanum ordinem redeat".*⁶³

In tale modo, viene compiuta la subordinazione della libera concorrenza alle esigenze della giustizia sociale, principio consolidato dal paragrafo della 59 enciclica *Populorum Progressio*⁶⁴ scritta dal Papa Paolo VI nel 1966:

*"(...) nam negotiandarum rerum ratio et disciplina in sola lege liberae immoderataeque competitorum aemulationis iam nequit consistere, quippe quae oeconomicum imperium quam saepissime etiam pariat. Quam ob rem liber mercaturae usus tunc tantum aequus dicendus est, cum socialis iustitiae postulatis congruit".*⁶⁵

⁶³ "Essendo dunque l'ordinamento economico moderno fondato particolarmente sul capitale e sul lavoro, devono essere conosciuti e praticati i precetti della retta ragione, ossia della filosofia sociale cristiana (...) È necessario che la libera concorrenza, confinata in ragionevoli e giusti limiti, e più ancora che la potenza economica siano di fatto soggetti all'autorità pubblica, in ciò che concerne l'ufficio di questa. Infine le istituzioni dei popoli dovranno venire adattando la società tutta quanta alle esigenze del bene comune, cioè alle leggi della giustizia sociale; onde seguirà necessariamente che una sezione così importante della vita sociale, qual è l'attività economica, verrà a sua volta ricondotta ad un ordine sano e bene equilibrato".

⁶⁴ *Enchiridion delle Encicliche*. Vol. 7. Bologna: EDB, 1994, p. 701.

⁶⁵ "(...) un'economia di scambio non può più poggiare esclusivamente sulla legge della libera concorrenza, anch'essa troppo spesso generatrice di dittatura economica. La libertà degli scambi non è equa se non subordinatamente alle esigenze della giustizia sociale".

Il testo dell'enciclica da seguito a questo ragionamento nel suo paragrafo 58⁶⁶, in cui viene affermato che la legge del libero scambio non è più in grado di reggere da sola le relazioni internazionali e che i prezzi che si formano "liberamente" sul mercato internazionale possono condurre a risultati iniqui; nel paragrafo 60⁶⁷, in cui si osserva che gli Stati così detti sviluppati avevano già capito il valore della concorrenza, istituendo politiche dirette a equilibrarla, e, nel paragrafo 61⁶⁸, in cui si afferma che il mercato basato sulla concorrenza dev'essere tenuto dentro limiti che lo rendano giusto e morale, e dunque umano.

Nel paragrafo 49 dell'enciclica *Centesimus Annus*⁶⁹, pubblicata nel 1991 da Papa Giovanni Paolo II in commemorazione del centesimo anniversario della enciclica *Rerum Novarum*, viene ripresa la tematica del mercato e della libera concorrenza. Nel suo paragrafo 34⁷⁰ si afferma che, anche se sembra che tanto a livello delle singole Nazioni quanto a quello dei rapporti internazionali, il libero mercato sia lo strumento più efficace per collocare le risorse e rispondere efficacemente ai bisogni, è certo che lo

⁶⁶ "*Patet igitur, liberae negotiationis normam iam non sufficere, si sola adhibeatur in publicis regendis omnium populorum necessitudinibus. Ea ex contrario prodest, quotiescumque partes inter se opibus non nimium differunt; immo ad ultra progrediendum exstimulat, atque conatus merito afficit praemio. Hanc ob causa civitates, quae in operosis artificibus plurimum profecerunt, in hac liberae negotiationis norma quandam iustitiae legem inesse iudicant. Aliter tamen dicendum est, cum rerum condiciones inter nationes nimis impares fiunt: pretia enim, de quibus inter negotiationes 'libero pacto' convenit, exitus prorsus iniquos habere possunt. Fatendum quidem est, in hac rerum provincia praecipuum caput 'liberalismi', quem appellant, uti negotiationum normam in dubium vocari*". In: *Enchiridion delle Encicliche*. Vol. 7. *Opus cit.*, p. 698.

⁶⁷ "(...) *ipsae quae in rebus oeconomicis profecerunt civitates id iam intellexerunt, quandoquidem, accommodis captis consiliis, in sua quaeque rerum oeconomicarum procurationem quandam aequabilitatem instaurari annuntuntur, quam competitorum aemulatio plerumque perturbat, cum ad suum cuiusque arbitrium grassetur*". In: *Idem*, p. 700.

⁶⁸ "(...) *Quae de administrandis bonis in singulis nationibus servantur, quaeque civitatibus oeconomica progressionem praestantibus concenduntur, eadem sane servari debent ad negotiationum rationes interdiores et egentiores populos quod attinet. Competitorum aemulatio a mercatura non est quidem pellenda, sed iis continenda modis, quibus reapse iusta et honesta, atque adeo hominedigna efficiatur*". In: *Idem*, p. 702.

⁶⁹ IOANNIS PAULI PP. II. *Litterae Encyclicae. Acta Apostolicae Sedis. Commentarium Officiale*, n.° 10 (1991), p. 855 ss.

⁷⁰ "*Simul quod ad singulas Nationes spectat simul quod rationes internationales, liberum commercium veditur efficacissima via ad opes collocandas et ad necessitatibus feliciter respondendum. Hoc tamen solum valet de eis necessitatibus, quae 'ad solvendum sunt' quae pondus emptionis habent et de opibus quae 'ad vendendum' sunt quanti aequum est. Sed quaedam existunt postulata humana quae ad mercaturam non attinent. Grave est caritatis et iustitiae officium prohibere ne fundamentales humanae necessitates non satiatiae maneant et homines qui iis premuntur pereant. Est praeterea necesse hos homines indigentes adiuvari ad consequendas cognitiones, ad ineundas mutuas conexiones, ad excolendas suas dotes et habilitates quibus possint suarum opum et facultatum virtutem augere. Ante rationem permutationis rerum parium et ante iustitiae genera quae eius sunt propria, aliquid viget quod homini debetur quia homo est ob eius eminentem dignitatem. Hoc aliquid, quod debetur, potestatem*

stesso mercato è inaccessibile a numerosi bisogni umani. In tale senso, dev'essere considerato dovere di giustizia e di verità impedire che i bisogni umani fondamentali rimangano insoddisfatti e che gli uomini che ne sono oppressi periscano. Il paragrafo 40⁷¹, a sua volta, richiama lo Stato al suo dovere di provvedere alla difesa e alla tutela di quei beni collettivi la cui salvaguardia non può essere assicurata dai semplici meccanismi di mercato. Ciò perché il mercato possiede dei limiti di fronte a delle importanti esigenze umane che sfuggono alla sua logica: ci sono dei beni che, in base alla loro natura, non si possono e non si debbono vendere e comprare. E tali beni devono essere tutelati contro il rischio di una "idolatria" del mercato, che ignora l'esistenza di una tipologia di beni che, per loro natura, non sono né possono essere semplici merci. Il paragrafo 42⁷² apertamente critica la concezione di capitalismo che cerca di consolidare un sistema in cui la libertà nel settore dell'economia non è inquadrata in un solido contesto giuridico che la metta al servizio della libertà umana integrale e la consideri come una particolare dimensione di questa libertà, il cui centro è etico e religioso⁷³. Viene avvertito inoltre il rischio che si diffonda un'ideologia radicale, la quale rifiuta perfino di prendere in considerazione la libertà umana integrale

flagitat qua quis superstes vivat et reapse ad bonum commune totius generis humani conducat". In: IOANNIS PAULI PP. II. *Opus cit.*, p. 835 ss.

⁷¹ *"Reipublicae est illa bona communia defendere et tueri, qualia sunt loca naturae et circumstantia resque exteriores hominis, quae protegi non possunt solis mercatus viis et rationibus. Sicut temporibus veteris capitalismi Respublica debebat iura laboris fundamentalia defendere, ita nunc novo in capitalismo et illa et universa societas communia defendere debent, quae ceteroquin saeptum sunt intra quod tantummodo potest quisque legitime sua ipsius consequi proposita. Alius hic mercatus terminus invenitur: necessitates existunt communes et qualitativae, quae istius modis et institutis expleri nequeunt. Humana postulata existunt quae eius logicam consecutionem effugiunt. Bona existunt quae ex sua natura nec possunt nec debent venire et emi. Haud dubie, viae rationesque mercatus multa praebent auxilia; adiuvant praeter cetera, ad melius opibus tendem; mercium commutationem fovent, et imprimis maximi faciunt voluntates et proposita personae humanae, quae in pactione incidunt in voluntatem et proposita alterius personae; attamen pericula afferunt 'idololatriae' mercatus, qui bona esse nescit quae suapte natura nec sint nec esse possint simplices merces*". In: Idem, p. 843 ss.

⁷² *"(...) Si 'capitalismus' existimatur ratio oeconomica, quae pondus praecipuum et positivum agnoscit administrationis, mercatus, possessionis privatae et hinc consequentis responsalis officii de instrumentis confectionis, liberae hominis facultatis moliendi in oeconomiae regione, responsio est certe adfirmans, etsi forte magis proprium est loqui de 'oeconomia administrationis', vel 'peconomia mercatus', vel simpliciter 'oeconomia libera'. At si 'capitalismus' existimatur ratio, ubi libertas in provincia oeconomiae, non in soludum contextum politicum tamquam in formam stabilem includitur, qui eam immittat ad ministerium integrae libertatis humanae eamque putet peculiarem mensuram libertatis cuius cardo ethicus est et religiosus, tum responsio tantundem negans est (...) Quin immo periculum est ne radicalis diffundatur ideologia capitalismo consentanea, quae renuit eas etiam tractandas suscipere, cum iam in antecessum putet irritum fore omne nisum eis occurrendi, easque temere credit componendas ausgescentibus mercatus viribus*". In: Idem, p. 845 ss.

⁷³ Vedi a riguardo CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA. *Democrazia sviluppo e bene comune*. Milano: Paoline, 1994, p. 12 ss.

e ne affida fideisticamente il libero sviluppo alle forze di mercato. Infine, il paragrafo 48⁷⁴ della enciclica afferma che l'attività economica, in particolare quella dell'economia di mercato, non può svolgersi in un vuoto istituzionale, giuridico e politico, ovvero, gli abusi alla libera concorrenza devono essere tenuti sotto controllo. In quest'ambito, come afferma categoricamente Giovanni Paolo II, lo Stato ha il diritto di intervenire quando situazioni particolari di monopolio abbiano creato remore o ostacoli per lo sviluppo.⁷⁵

1.2 Le Esperienze Europee in Materia di Protezione del Mercato anteriori alla Seconda Guerra Mondiale.

Il principio della libera concorrenza viene condizionato dalla possibilità di entrare nel mercato, ovvero, di esercitare il commercio. Come si potrà constatare in

⁷⁴ "(...) *Oeconomica enim actio, potissimum quae mercatum respicit, deficientibus institutionum legibus ac iudicialibus normis et politicis, explicari non potest. Contra ipsa fiduciam praeponebat de libertate singulorum et rerum possessione praeter rem nummariam stabilem et publica ministeria valida. Itaque Civitatis praecipuum munus in securitate ponitur ita praestanda (...) Haec quidem securitas si deest, grassante publicarum potestatum corruptione et increbrescentibus rei familiaris illicite augendae capitibus ac facili lucro, quae omnia in actibus constant illegitimis vel simpliciter speculativis, unum ex praecipuis habetur impedimentum ad progressum oeconomicumque ordinem (...) Ius habet exinde Civitas ut auctoritatem suam interponat, cum monopolii condiciones impedimenta quaedam inferunt et ad progressionem retardationes". In: Idem, p. 853 (sottolineato aggiunto).*

⁷⁵ Ancora nel paragrafo 49 dell'enciclica *Centesimus Annus*, è possibile constatare quanto la dottrina della Chiesa sia preoccupata non solo della dittatura del mercato, ma anche dello Stato liberale, che tenta di ridurre la Persona Umana a mero contribuente, finanziatore di un Stato minimizzato che non vuole più garantire prerogative basiche al cittadino, come istruzione, sanità e sicurezza: "*Hodie homo saepe a duobus coangustatur lateribus, Civitate scilicet et mercatu. Tamquam enim solus rerum effector exstare interdum videtur et consumptor mercium vel Civitates subiectum administrationis, dum illud ex animo excidit: hominum convictum neque ad mercatum referri neque ad Civitatem, cum in se collocet ipse peculiare bonum, cui tum mercatu est servientem. Is quidem est homo qui ante omnia veritatem perquirat quique similiter vivendo eandem complere contendat eandemque altius percipere dialogo nempe cum praeteritis usque instituto ac venturis saeculis*". In: Idem, p. 855. Con riguardo allo Stato contemporaneo e alla riduzione della Persona Umana a semplice contribuente, è significativo il saggio di Ubaldo C. Balthazar: "*Principalmente no chamado "Terceiro Mundo" (Tiers Monde), globalização significa abertura de mercado, ausência de protecionismo econômico, absentismo estatal etc. Estado mínimo, mas Estado forte, sem qualquer faceta humanística. Como fica o contribuinte, neste paradoxo? Ousariamos forçar um pouco a terminologia, afirmando que fica em uma situação paradoxal: dele é exigido cada vez mais impostos para, aparentemente, financiar os custos de manutenção dos serviços públicos, mas cada vez menos é ele estimulado a participar das grandes decisões que lhe dizem respeito, na instituição das políticas públicas. A esmagadora maioria não participa, fica à mercê das decisões estatais, até mesmo no que concerne à aplicação de recursos ditos "públicos". O homo politicus, de Platão e Aristóteles, que no liberalismo transformara-se no homo economicus, torna-se, em tempos neoliberais, no ex-homo, ou seja, simples instrumento de arrecadação, mero pagador de impostos, apático, preocupado tão somente em garantir seu emprego, quando o tem, ou em comer uma ou duas vezes ao dia, quando não o tem*". BALTHAZAR, Ubaldo C. O Cidadão Contribuinte ante o "Estado Mínimo" no contexto da Globalização. In: PAVIANI, Jayme et DAL RI JÚNIOR, Arno.

seguito, nei primi periodi in cui inizia il processo di uscita dalle strutture politiche ed economiche feudali verso la liberalizzazione del mercato, riuscire ad esercitare tale presupposto teorico non era un compito facile. In tale ambito, come affermato da Francesco Galgano :

▼

“L’esercizio del commercio è concepito come privilegio concesso dal sovrano: condizione necessaria per esercitarlo è di ottenere la iscrizione alle corporazioni, che sono tante quante i settori dell’attività mercantile”.⁷⁶

Nei punti che seguono verrà svolta un’analisi dell’evoluzione storica che ha subito la libera concorrenza nei paesi in cui, prima del 1940, sono sorti strumenti giuridici diretti a limitare le possibili restrizioni al libero mercato. In quest’ambito, verranno presi in considerazione: l’Inghilterra, i cui tribunali già nel XV secolo avevano emanato importanti sentenze in materia di concorrenza; la Francia, con le iniziative in materia di commercio e mercato istituite dai ministri Coubert e Turgot, l’emanazione delle norme del periodo rivoluzionario e del *Code de Commerce* nel 1807; l’Impero Austro-ungarico, con l’emanazione delle norme del 1848 e del 1870 e le discussioni attorno al disegno di legge sulla tutela della concorrenza proposto da Adolf Menzel; la Germania, con l’emanazione della UWG del 1909 e della legge del 1923 e la questione della cartellizzazione dell’economia durante il periodo nazional-socialista; e, infine, gli Stati Uniti d’America, con l’emanazione nel 1890 dello *Sherman Antitrust Act* e delle norme da esso derivate.

1.2.1 Gran Bretagna

Durante i secoli XVI, XVII e XVIII l’Inghilterra avvia il lungo processo di liberalizzazione del proprio mercato. Fino allora rigidamente gerarchizzato dai monopoli concessi dalla corona, il mercato inglese portava con sé i segni di una lunga prigionia fatta da politiche aristocratiche. Agli effetti causati dai monopoli

Opus cit., p. 150.

⁷⁶ GALGANO, Francesco. *La Costituzione Economica*. Padova: CEDAM, 1977, p. 41.

nell'economia, venivano ad aggiungersi quelli originati dalle regole emanate dalle corporazioni (*guilds*)⁷⁷. Tali enti, di somma importanza in questo contesto, vengono definiti dal sociologo tedesco Max Weber⁷⁸ come:

"(...) eine nach der Art der Berufsarbeit spezialisierte Vereinigung von Handwerkerkern. Sie funktioniert, indem sie zwei Dinge in Anspruch nimmt: Regelung der Arbeit nach innen und Monopolisierung nach außen. Sie erreicht das, indem sie verlangt, daß jeder der Zunft beitrifft, der an dem betreffenden Ort das Handwerk ausübt (...) Der Geist der abendländisch-mittelalterlichen Zunft wird am einfachsten wohl durch den Satz charakterisiert: Zunftpolitik ist Nahrungspolitik. Sie bedeutet Regulierung des gut bürgerlichen Fortkommens der Zunftangehörigen trotz erhöhter Konkurrenz infolge Engerwerdens des Nahrungsspielraumes: der einzelne Zunftgenosse soll seine traditionelle Nahrung haben und darin erhalten bleiben; dieser Begriff der traditionellen Nahrung ist das Seitenstück zu den

⁷⁷ Adam Smith, nel libro "La ricchezza delle nazioni", ha svolto una fra le prime riflessioni sui danni che possono sorgere a scapito della libera concorrenza in un mercato chiuso e gerarchizzato come quello inglese, in cui erano presenti tantissime istituzioni riferenti all'esperienza medioevale. Smith, in particolare, ha sottolineato i problemi nati da tre politiche tipiche dell'Europa di quei tempi che presentavano degli effetti restringenti la libera concorrenza: "(...) la politica d'Europa, siccome non lascia le cose in perfetta libertà, provoca altre disequaglianze di importanza assai maggiore. Ciò avviene principalmente nei tre modi seguenti: in primo luogo, restringendo la concorrenza in alcuni impieghi ad un numero di persone più piccolo di quello che altrimenti sarebbe disposto ad entrarvi; in secondo luogo, accrescendo in altri la concorrenza al di là di quella che vi sarebbe naturalmente; e in terzo luogo, ostacolando la libera circolazione del lavoro e del capitale da un impiego ad un altro e da un luogo ad un altro". In: SMITH, Adam. *Ricerche sopra la natura e le cause della Ricchezza delle Nazioni*. Torino: UTET, 1965, p. 110. Logicamente, la nozione di concorrenza di Adam Smith è molto diversa da quella adoperata nei giorni attuali. In tale senso, osserva Ingo Schmidt: "Smith hat den Begriff der Konkurrenz i.S. einer Wettkampfrivalität gebraucht, die von mehreren implizit oder explizit genannten Wettbewerbsbedingungen abhängt: - Unabhängiges Handeln der Wirtschaftssubjekte, d. h. keine absprachen (Kartelle); - ausreichend große Zahl potentieller und tatsächlicher Wettbewerber, um außergewöhnliche Gewinne zu eliminieren; - ausreichendes Wissen über die Marktverhältnisse (Marktinformation) sowie; - ausreichendes Zeit für notwendige Anpassungsvorgänge bei der Faktorallokation". In: SCHMIDT, Ingo. *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*. Stuttgart: Lucius, 2001, p. 2. Vedi anche STIGLER, G. J. Die vollständige Konkurrenz im historischen Rückblick. In: HERDZINA, Klaus (a cura di). *Wettbewerbstheorie*. Köln: Kiepenheuer & Witsch, 1975, p. 30 ss. Le restrizioni alla concorrenza, invece, erano esaminate da Adam Smith come: "(...) beziehen sich vorrangig auf die merkantilistische Wirtschaftspolitik. Hierbei stehen Marktzutrittschranken, die durch das Zunftwesen begründet und durch Gesetz abgesichert sind, im Vordergrund. Zu nennen sind die Regelung der Lehrzeit, die Begrenzung der Zahl der Auszubildenden in einem Gewerbe sowie die Bestimmungen für den Marktzutritt und den Marktaustritt in Handwerksberufen". In: SCHMIDT, Ingo. *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*. *Opus cit.*, p. 3.

⁷⁸ WEBER, Max. *Wirtschaftsgeschichte*. Berlin: Dunker & Humblot, 1991, p. 127 ss.

Gli effetti provocati dalle regole corporative nel restringere la concorrenza sono stati ampiamente denunciate da Adam Smith nell'opera *la Ricchezza delle Nazioni*. Per Adam Smith le corporazioni erano degli ostacoli alla costituzione di una società di mercato, senza la quale non sarebbe possibile raggiungere una vera economia di mercato.⁸⁰

Come è possibile osservare, le principali restrizioni alla concorrenza originavano dai privilegi esclusivissimi concessi dalla corona. Questi, a loro volta, erano alle radici dei monopoli che mettevano in pratica il divieto di qualsiasi tipo di competizione all'interno del mercato. Come dimostra Smith⁸¹, era una politica che tendeva apertamente a portare all'allargamento della povertà⁸². In questo senso, come affermato da William Letwin⁸³, è evidente in tale periodo quanto le istituzioni del *common law* erano dirette a sostenere la pratica dei monopoli in detrimento alla libertà di commercio:

"The common law did not always defend freedom of trade and abhor monopoly. For a long time it did quite the opposite: it supported an economic order in which the individual's getting and spending were closely

⁷⁹ "(...) un'unione di artigiani specializzata in base al tipo di lavoro professionale. Essa funziona con una duplice pretesa: di *regolamentare il lavoro* all'interno e di *monopolizzarlo* all'esterno. Ottiene questo risultato esigendo che chiunque eserciti l'artigianato nel luogo dove essa opera entri nella corporazione (...) Lo *spirito* della corporazione occidentale e medioevale può essere ben caratterizzato nel modo più semplice con il principio: 'la politica corporativa è politica del livello di sostentamento'. Significa una regolamentazione del benessere dei membri della corporazione nonostante l'aumento della concorrenza dovuto al restringersi delle opportunità di sostentamento: il singolo membro della corporazione deve avere il suo tradizionale livello di sostentamento e conservarlo; questo concetto del livello tradizionale di sostentamento è il corrispettivo del *living-wage* odierno" (traduzione di Carlo Trigilia).

⁸⁰ In tale senso, come sottolineato da Pierre Rosanvallon: "*Pour lui, les corporations jouent au niveau social un rôle équivalent à celui des droits et contingents dans le commerce, comme nous l'avons déjà souligné. Il fait ainsi une lecture à la fois sociologique et économique du concept de monopole*". In: ROSANVALLON, Pierre. *Opus cit.*, p. 104.

⁸¹ La teoria economica di Adam Smith non prevedeva che lo Stato avesse una funzione di regolamentatore diretto del mercato o di tutela della libera concorrenza, come succede nei giorni attuali. Anzi, in tutta la sua opera, come afferma Ingo Schmidt, lo Stato aveva soltanto tre doveri: "*Nach Smith hat der Staat drei Aufgaben: - Die Pflicht, das Gemeinwesen gegen Gewalt und Invasion anderer Staaten zu schützen (Verteidigungspolitik); - die Pflicht, jedes Mitglied der Gesellschaft - soweit wie möglich - vor Ungerechtigkeiten oder Unterdrückung durch andere Mitglieder der Gesellschaft zu schützen und daher eine funktionsfähige Rechtsordnung zu etablieren, sowie; - die Pflicht, eine bestimmte Infrastruktur bereitzustellen, die privat mangels Gewinnmöglichkeiten nicht bereitgestellt werden würde*". In: SCHMIDT, Ingo. *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht. Opus cit.*, p. 3.

⁸² SMITH, Adam. *Lecciones sobre Jurisprudencia (Curso 1762-3)*. Granada: Comares, 1995, p. 116.

controlled by kings, parliaments, and mayors, statutes and customs, and his opportunities limited by the exclusive powers of guilds, chartered companies, and patentees".

La strada verso la liberalizzazione del mercato in Inghilterra e la successiva istituzione di meccanismi che venissero a tutelarlo dagli abusi posti in essere dai suoi stessi operatori si è dimostrata lunga e accidentata. Un percorso storico che, come osserva Letwin⁸⁴, è stato possibile principalmente grazie ad un sviluppo nell'atteggiamento dei magistrati e avvocati in materia. Tale cambiamento può essere facilmente constatato tramite l'analisi della giurisprudenza dei tribunali della corona nel corso dei secoli.

Una fra le prime pronunzie di cui si ha notizia, emessa da un tribunale in materia di tutela del mercato, è quella relativa al *Dyer's case*⁸⁵, accaduto in Inghilterra durante il regno di Henry VI, nell'anno 1414. Le poche informazioni che sono rimaste di tale giurisprudenza raccontano di un processo in cui si allegava che il reo, un tintore di nome John, aveva violato un'obbligazione imposta da un contratto in cui avrebbe promesso di non continuare a fare commercio in un determinato paese per un periodo di sei mesi. Secondo quanto osserva Lawrence Sullivan, nell'analizzare il caso la Corte ha ritenuto che :

"(...) the defendant's demurrer on the ground that an undertaking by an individual not to carry on his trade was void. The vehemence of the court, which proposed 'per Dieu, if the plaintiff were here, he should go to prison until he paid a fine to the King,' seems not to reflect concern for the improvident dyer, much less a concern about the effect on the market for

⁸³ LETWIN, Willian. *Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Act*. Chicago: University of Chicago Press, 1981, p. 18.

⁸⁴ "Changes in common law are changes in the attitudes of judges and of lawyers; it would have been remarkable if they had persistently opposed monopoly when the rest of the community did not know the word and considered the phenomenon natural or desirable. It would have been strange if lawyers had upheld laissez-faire policies centuries before any statesman or economist had advocated or stated the, and had continued following them long after they had been abandoned or denied by the rest of the community. In fact, English laws governing monopoly and English policies for the economic organization of society changed together, except for minor differences in timing". In: LETWIN, Willian. *Opus cit.*, p. 19.

⁸⁵ Anonimo - "*Dyer's case*", Y. B. 2 Henry V, f. 5, pl. 26 (1414).

*dye's services consequent upon the withdrawal of this part of the supply. It was the simple presumption of the contracting parties which called forth the judicial ire. They sought to alter the economic status of the dyer by their private arrangement, a mode of assigning tasks and status which must have seemed quite unsettling".*⁸⁶

Anche se il *Dyer's case* si riferiva più che altro ad un contratto stipulato fra commercianti, nel quale una delle obbligazioni è stata ritenuta illegale dai tribunali di Sua Maestà, la vera questione in Inghilterra fa capo ai monopoli istituiti dalle corporazioni – istituzione ereditate dall'età medioevale⁸⁷. L'esercizio di un'attività commerciale in una determinata città comportava l'adesione alla corporazione locale titolare del monopolio. Ciò presupponeva che il candidato ad inserirsi nel commercio dovesse assoggettarsi ad un percorso formativo all'interno della propria corporazione, fin che questa venisse a dichiararlo adatto all'esercizio del commercio nell'ambito del monopolio della corporazione stessa. Dovuto alla complessità del percorso formativo, che di solito iniziava con sette anni di apprendistato e poteva estendersi per un periodo altrettanto lungo di lavoro come ufficiale, diventava quasi impossibile la mobilità dei commercianti. La questione sollevata nei giudizi che vedeva coinvolto John Dyer, si riferisce direttamente a questa problematica di immobilità dei fattori produttivi generata dalle norme rigidamente imposte dalle corporazioni.⁸⁸

La crescita e il rinforzo delle corporazioni in Inghilterra durante del basso medioevo e, in particolare nel secolo XVI, ha culminato con l'emanazione, nel 1563,

⁸⁶ Una altra sentenza dello stesso periodo è quella relativa al *The Schoolmaster Case*, del 1410, in cui un "(...) *schoolmaster, having no freehold or inheritance in his schoolmastership, has no cause of action against another schoolmaster offering competition*". In: SULLIVAN, Lawrence A. *Antitrust*. St. Paul: West Publishing Co., 1977, p. 156 ss.

⁸⁷ Per una più ampia comprensione dell'economia medioevale e le sue influenze in quella contemporanea, vedi DUBY, Georges. *L'Économie rurale et la vie des campagnes dans l'Occident médiéval*. Paris: Flammarion, 1977. Sulla cultura medioevale in generale, DUBY, Georges. *Feodalité*. Paris: Gallimard, 1996; e, DUBY, Georges. *Qu'est-ce que la société féodale?* Paris: Flammarion, 2002. Per il caso specifico delle istituzioni giuridiche medioevali, vedi SAVIGNY, Friederich Karl von. *Storia del diritto romano nel medioevo*. Roma: Multigrafica, 1972 (in 3 volumi); CALASSO, Francesco. *Medioevo del diritto. Le fonti*. Milano: Giuffrè, 1954; CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*. Milano: Giuffrè, 1982; ELLUL, Jacques. *Histoire des institutions. Le moyen age*. Paris: PUF, 1999.

⁸⁸ Interessante il commento di William Letwin a riguardo: "*The power of the guilds to regulate entrance into trade had begun to weaken by the sixteenth century, although cities and towns retained fragments of such powers until 1835, when the Municipal Corporations Act finally gave anyone the right to keep any shop or follow any trade in any borough*". In: LETWIN, William. *Opus cit.*, p. 41.

dello *Statute of Artificers*. Tale norma fissava delle regole imperative per tutti i mestieri stabiliti in tutti i paesi (*incorporated towns*). Nasceva, come osserva Pierre Rosanvallon⁸⁹, un vero codice di lavoro che precisava le condizioni di accesso ad un mestiere, lo svolgimento dell'apprendistato, le obbligazioni reciproche del maestro e dell'apprendista.

Ad un secolo e mezzo dal *Dyer's case*, nel 1599, viene giudicato a Londra il primo caso riguardante direttamente le corporazioni: il *Merchant Tailor's Case*⁹⁰. Tale pronuncia si riferisce all'applicazione di un atto emanato dalla *London Tailor's Guild*⁹¹ nel 1571, in cui veniva disposto che tutti i commercianti appartenenti a tale istituzione che dovessero inviare almeno una parte dell'abbigliamento per la finitura, dovessero servirsi soltanto da sarti affiliati alla suddetta *Guild*⁹². Nell'ambito del processo, è stato possibile rilevare che :

" (...) clothworkers claimed competences which overlapped those of tailor's, the case had elements of a jurisdictional dispute between guilds, each contending for dominance in controlling an important trade. Despite a dearth of helpful authority, Lord Coke, who appeared for the argument that it would be unreasonable and thus contrary to law to allow a guild to require merchants to give business only to its members without any

⁸⁹ ROSANVALLON, Pierre. *Opus cit.*, p. 104.

⁹⁰ *Davenant v. Hurdis (The "Merchant Tailor's Case")*, 72 Eng. Rep. 769 (K.B. 1599).

⁹¹ William Letwin fornisce alcune interessanti informazioni supplementari sull'atto emanato dalla *Guild* londinese: *"The case arose under a by-law (...) titled 'An Ordinance for Nourishing and Relieving the Poor Members of the Merchant Tailors Company'. The ordinance begins with a noble preamble 'Forasmuch as it the duty of every Christian society to help and relieve every willing labouring brother in the Commonwealth, and especially such as are incorporated, grafted, and knit together in brotherly society (...)'"*. In: LETWIN, William. *Opus cit.*, p. 23.

⁹² Le corporazioni hanno avuto un'altra importante sconfitta nell'ambito giurisprudenziale nell'anno 1690, con l'emanazione della sentenza *Hobbs v. Young* (87 Eng. Rep. 206, K.B. 1690). In questo caso, una *guild* aveva fatto causa contro un uomo di affari perché quest'ultimo esercitava il commercio di abbigliamento anche se non aveva fra i suoi impiegati uomini che avessero avuto l'apprendistato nell'arte presso una corporazione. Nell'emanazione della sua sentenza, la Corte ha accolto la tesi della difesa, affermando che il titolare del commercio era l'uomo di affari e non gli impiegati. L'impatto di tale pronuncia è stato quasi fatale per le corporazioni. In questo senso, come ha osservato Lawrence Sullivan: *"Far from supporting the control of the guild, the decision when placed in that ground established the basis for a journeyman in a trade, acting as an entrepreneur, to hire untrained workers. The guild's control over the entry of labor and skilled was significantly undercut. Workers could now move about and employers, so long as they were themselves guild qualified, could hire whom they wanted. Moreover, it was also becoming established that the power of the guilds was limited to the chartered towns, that even an unqualified employer could set up trade elsewhere and hire whom he would"*. In: SULLIVAN, Lawrence A. *Antitrust. Opus cit.*, p. 158.

*commensurate requirement on members to do the work or to complete it in a satisfactory way and at reasonable prices".*⁹³

Come è possibile osservare tramite l'esame di questo caso, le corporazioni ancora avevano un ruolo importante nei nascenti sistemi economici dell'Europa seicentesca. Come pesanti e lenti pachidermi, impedivano lo sviluppo naturale della libera concorrenza e, per conseguenza, dei rapporti commerciali, che si dimostravano una grande fonte di ricchezza. Adam Smith⁹⁴ non risparmia critiche alle corporazioni come elemento restrittivo della libera concorrenza :

“In primo luogo, la politica d'Europa provoca un'importantissima diseguaglianza nel complesso dei vantaggi e degli svantaggi dei diversi impieghi del lavoro e del capitale restringendo la concorrenza ad un numero più piccolo di quello che altrimenti sarebbe disposto ad entrarvi. I privilegi esclusivi delle corporazioni sono il mezzo principale di cui essa usa per questo oggetto. Il privilegio esclusivo del corpo d'un mestiere restringe necessariamente la concorrenza, nella città ove è stabilito, a coloro i quali hanno la libertà d'esercitarlo. Per ottenere la quale, è comunemente requisito necessario l'aver fatto l'apprendistato in una città sotto un maestro qualificato”.

Questi privilegi esclusivi delle corporazioni, contestualizzati in modo concreto nella figura del monopolio, vengono concepiti dallo studioso tedesco Max Weber come parte di una politica delle corporazioni verso l'esterno. Mediante l'utilizzazione di artifici politici e dell'emanazione di veri atti giuridici in base alle concessioni monopolistiche ricevute dalla corona – come quello emanato dalla *London Tailor's Guild* nel 1571 –, la corporazione istituisce una rete di controlli che impedisce l'entrata

⁹³ Idem, p. 157.

⁹⁴ Continua l'autore scozzese: “I regolamenti della corporazione regolano talvolta il numero degli apprendisti che un maestro può tenere e quasi sempre il numero degli anni che ciascun apprendista è obbligato a servire. L'intenzione di entrambi questi regolamenti è di restringere la concorrenza ad un numero di persone molto più piccolo di quello che altrimenti sarebbe disposto ad entrare nel mestiere. La limitazione del numero degli apprendisti lo restringe direttamente. Un lungo periodo di apprendistato lo restringe più indirettamente, ma altrettanto efficacemente, accrescendo la spesa dell'istruzione”. In: SMITH, Adam. *Opus cit.*, p. 110.

di nuovi competitori nel mercato.⁹⁵

Nel caso *Darcy v. Allen*⁹⁶, che nell'anno 1602 è passato alla storia nella giurisprudenza inglese come *Case of Monopolies*, viene dato un impeto ancora più forte al movimento tendente alla liberalizzazione del mercato e alla tutela da abusi commessi dai suoi operatori. Come viene raccontato da Lawrence Sullivan⁹⁷, la Regina Elizabeth concesse a Edward Darcy, uno dei suoi favoriti, il monopolio di produzione e importazione di carte da gioco⁹⁸. Allen, un altro suddito di Sua Maestà, ignorando la concessione reale, produsse e commercializzò carte da gioco a Londra e, perciò, venne chiamato in giudizio dal concessionario del monopolio. Con il sostegno del sindaco di Londra e di alcuni consiglieri comunali, Allen portò avanti una brillante difesa che convinse i magistrati della *Court of King* a sospendere la concessione del monopolio reale.⁹⁹

⁹⁵ Max Weber presenta come elementi di questa politica le seguenti "strategie" corporative: "1. Die Zunft betreibt und erreicht, daß in sehr vielen Fällen die Gewerbepolizei in Zunftssachen in ihre Hand gelegt wird, und unterhält dann ein Gewerbegericht; andernfalls kann sie die Kontrolle der Technik und des Betriebes zur Aufrechterhaltung der Gleichheit unter den Genossen nicht durchführen. 2. Sie erstrebt und erreicht regelmäßig den Zunftzwang, wenigstens dem Buchstaben nach, wenn er auch tatsächlich oft umgangen wurde. 3. Sie erreicht in sehr vielen Fällen den Zunftbann (...) bedeutet Gebietsmonopol. 4. Für den Fall des Überganges des Produktes der einen Zunft in die Hand der anderen stellten die Zünfte Preistaxen auf; der Preis war nach innen ein Minimalpreis, nach außen monopolistisch gestaltet. 5. Damit die Zunftmaßregeln wirkungsvoll durchgeführt werden konnten, mußte die Differenzierung der Arbeit möglichst durch Spaltung, nicht durch Zerlegung des Arbeitsprozesses erfolgen, d.h., wie schon geschildert, der gleiche Arbeiter ein spezialisiertes Endprodukt von Anfang bis zu Ende herstellen und in seiner Hand behalten". In: WEBER, Max. *Opus cit.*, p. 131.

⁹⁶ *Darcy v. Allen*, 77 Eng. Rep. 1260 (K. B. 1602)

⁹⁷ SULLIVAN, Lawrence A. *Antitrust*. *Opus cit.*, p. 158.

⁹⁸ Sulle politiche monopolistiche istituite dai sovrani, in particolari da quelli inglesi, osserva Max Weber: "Im 16. und 17. Jahrhundert trat Maßregeln die Monopolpolitik der Fürsten neu hinzu. Teils handelte es sich um monopolistischen Eigenhandel der Fürsten, teils um monopolistischen Konzessionshandel, der von der politischen Gewalt an die Zahlung bedeutender Prämien geknüpft war (...) Diese fürstliche Monopolkonzessionierung, deren erste Vorstufe Kaiser Friedrichs II. Versuch zu einem Getreidemonopol für Sizilien bildet, ist in England in größtem Umfang und am systematischsten von den Stuarts entwickelt worden, dort aber unter dem Protest des Parlaments auch am frühesten zusammengebrochen. Alle neuen Industrien und Werkstätten der Stuartperiode sind der Absicht nach an königliche Konzession gebunden und mit Monopol versehen worden: sie haben auf Grund dieser Privilegien dem König erheblichen Gewinn abgeworfen und ihm die Mittel zum Kampfe gegen das Parlament geliefert". In: WEBER, Max. *Opus cit.*, p. 246.

⁹⁹ Secondo quanto afferma Paula Forgioni, i magistrati hanno accolto la tesi della difesa che sosteneva l'illegalità dei monopoli nel sistema del *common law* perché quelli potrebbero provocare l'aumento dei prezzi e allo stesso tempo la diminuzione della qualità dei prodotti. In tale ambito, rileggendo la sentenza, è possibile affermare che la condanna sia stata fondata su tre motivazioni, che potrebbero essere individuate attualmente nei seguenti contesti: a) pratiche potenziali di prezzi di monopoli; b) diminuzione potenziale della qualità del prodotto; c) stabilimento di barriere all'entrata di nuovi agenti economici nel mercato. Vedi a riguardo FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 49. Tale riflessione trova conferma nella lettura fatta da Adam Smith sui prezzi di monopolio: "Il prezzo di monopolio è in ogni occasione il più alto che possa ottenersi. Invece il prezzo naturale o prezzo di libera concorrenza, è il più basso che possa essere

L'importanza di tale sentenza britannica è senza precedenti in tutta la storia della tutela della libera concorrenza¹⁰⁰. Essa dimostra apertamente un interesse sociale da parte del potere pubblico a proteggere il commercio di atti o istituzioni monopolistiche che possano su di questo avere un effetto restringente¹⁰¹. Prende avvio, in tale modo, il processo che porta alla coscienza che la libera concorrenza porta dei vantaggi ai consumatori, e, come affermato da Lawrence Sullivan :

" (...) and in part to the notion that those who would enter a trade or business have an interest which the society should protect. In the society the notion that who wanted to engage in a business ought to have unrestricted access had been gaining increasing ascendancy, but to the law it was a new one, quite out of place with those which had prevailed at the time of the Dyer's case ".¹⁰²

Diventa chiaro in tale contesto, inoltre, il vivo interesse della classe politica

strappato ai compratori, o che si suppone che essi siano disposti a pagare; il secondo è il più basso che i venditori possono generalmente permettersi di accettare, pur continuando nello stesso tempo i loro affari". In: SMITH, Adam. *Opus cit.*, p. 57. È significativa, inoltre, l'opinione di Harold Fox sui riflessi della sentenza *Commonwealth*: "*Their expatiation upon the inconvenience of monopolies has become a classic; and the exposition of the law in the arguments of counsel and the reasons for judgment, having formed the basis of the patent systems of England, the British Dominions, the United States of America, and many foreign states, ranks as one of the most valuable contributions ever made to a theory of jurisprudence*". In: FOX, Harold G. *Monopolies and Patents: a Study of the History and Future of the Patent Monopoly*. Toronto: The University of Toronto Press, 1947, p. 87.

¹⁰⁰ È significativo il commento di William Letwin a riguardo: "*They held it void as a 'dangerous' and 'unprecedented' innovation, apparently because no other patent of this sort had previously been issued under the Great Seal. They held it void although it had undoubtedly been granted by the Queen, but in order not to attack royal prerogative directly, they adopted the fiction '[t]he Queen was deceived in her grant; for the Queen, as by the preamble appears, intended it to be for the weal public, and it will be employed for the private gain of the patentee, and for the prejudice of the weal public'. It prejudiced the public good by raising the price and lowering the quality of palying cards, but even more by depriving various workmen of a living*". In: LETWIN, William. *Opus cit.*, p. 27.

¹⁰¹ È interessante il fatto che, nello svolgimento della sua analisi, Adam Smith abbia voluto ribadire che, anche se in minori dimensioni, i monopoli mantenuti dalle corporazioni portavano ai rapporti commerciali gli stessi danni cagionati dai grandi monopoli. In grande anticipo rispetto ai suoi contemporanei, l'autore scozzese riuscì a concepire, in questo modo, quanto possono essere pericolosi gli atti originari di tali istituzioni diretti a mascherare le vie e le conseguenze naturali della libera concorrenza: "La stessa tendenza, benché in grado minore, hanno i privilegi esclusivi delle corporazioni, degli statuti di apprendistato e tutte quelle leggi che restringono la concorrenza in particolari mestieri ad un numero di soggetti minore di quello che altrimenti si dedicherebbe a tali attività. Essi sono una specie di monopoli allargati, e spesso per secoli consecutivi, e presso intere categorie di mestieri, possono mantenere il prezzo di mercato di certe merci al di sopra del prezzo naturale, mantenendo sia i salari del lavoro che i profitti del capitale impiegato alquanto al di sopra del loro saggio naturale". In: SMITH, Adam. *Opus cit.*, p. 57.

borghese ad indebolire il potere reale in materia di concessione di monopoli¹⁰³ e di strutturare una politica industriale libera da interferenze che non siano quelle del naturale svolgimento del mercato¹⁰⁴. Come affermato da Willian Letwin¹⁰⁵, non si tratta di un campione solitario che con grande bravura contesta il monopolio concesso dal potere reale. Più che altro, Allen è il rappresentante dei politici borghesi – nella fattispecie il sindaco e il Consiglio Comunale di Londra – che tentavano di imporre il loro potere in confronto a quello della Corona.

Negli anni che seguirono questa sentenza, l'azione della classe politica inglese contro i monopoli reali ha guadagnato sempre più forza, fino al punto che, nel 1624, il Parlamento inglese emanò lo *Statute of Monopolies*¹⁰⁶, limitando in modo drastico il potere del sovrano in materia¹⁰⁷. È significativo, in tale ambito, il testo contenuto nella sezione prima dello *Statute*, in cui vengono dichiarati nulli :

" (...) all monopolies and all commissions, grants, licenses, charters, and letter patents heretofore made or granted, or hereafter to be made or granted to any person or persons, bodies politic or corporate whatsoever, of or for the sole buying, selling, making, working, or using of anything, or of any other monopolies ".

Mediante il dispositivo previsto nella sezione 6, a sua volta, venivano risparmiati da tale nullità pochissimi monopoli di carattere privato, come per esempio quelli che

¹⁰² SULLIVAN, Lawrence A. *Antitrust. Opus cit.*, p. 158.

¹⁰³ Ciò accadeva anche perché era evidente che i concessionari dei monopoli sempre avevano appoggiato politicamente i sovrani nella lotta contro il Parlamento e la nascente borghesia.

¹⁰⁴ È interessante il modo in cui Adam Smith ha affrontato tale problematica, configurando alcune di quelle che saranno, due secoli più tardi, le figure antigiuridiche del diritto della concorrenza: "Un monopolio, concesso ad un individuo o ad una compagnia commerciale, ha il medesimo effetto di un segreto commercio o nelle industrie. I monopolisti, tenendo il mercato costantemente scarso, non facendo pienamente fronte alla domanda effettuale, vendono le loro merci molto al di sopra del prezzo naturale, ed elevano molto al di sopra del saggio naturale i loro emolumenti, consistano questi di salario o di profitto". In: SMITH, Adam. *Opus cit.*, p. 57.

¹⁰⁵ LETWIN, Willian. *Opus cit.*, p. 31.

¹⁰⁶ 21 James I, c. 3 (1623).

¹⁰⁷ "This statute became the basis for all subsequent patent grants in countries whose law is derived from English common law, whereby patents are distinguished from illegal monopolies. However, while the Statute of Monopolies limited the kinds of monopolies that the monarch could grant, it did nothing to give an inventor a right to a patent. An inventor still could get a patent only on the whim of the monarch".

tutelavano la proprietà intellettuale¹⁰⁸. In modo generale, lo *Statute* imponeva a tali monopoli delle condizioni precise per fare in modo che la dichiarazione di nullità venisse attuata. Fra queste, non dovevano esserci monopoli :

" (...) *contrary to the law nor mischievous to the State by raising prices of commodities at home or hurt of trade*".

Come ha affermato Willian Letwin¹⁰⁹, l'attuazione dello *Statute of Monopolies* nel sistema normativo inglese è riuscita a mettere fine soltanto alla concessione arbitraria di monopoli privati, fino allora liberamente svolta dalla Corona. Ciò perché, chiaramente la normativa non aveva per finalità quella di combattere i monopoli e i vari tipi di privilegi stabiliti a favore delle corporazioni. In tale senso, osserva l'autore:

"*Cities and boroughs, guilds and chartered trading companies continued to exercise their monopoly powers to exclude strangers from various trades*".

Lo sviluppo della giurisprudenza inglese in materia ha avuto continuazione nel 1711, con il caso *Mitchell v. Reynolds*¹¹⁰. Qui viene affermato che qualsiasi persona ha il diritto di liberamente esercitare il commercio, in qualsiasi posto, bastando che essa non ponga in essere restrizioni al libero scambio¹¹¹. Come osserva Willian Letwin¹¹², la fama che ha ricevuto questo caso non è collegata alla decisione presa dall'organo giurisdizionale che lo ha giudicato, ma dalla sistematica classificazione di tutti i comportamenti ritenuti restrittivi al commercio e alla libera concorrenza fatta dall'allora *Chief Justice Parker*.¹¹³

¹⁰⁸ "(...) *for the term of 14 years or under hereafter to be made of the sole working or making of any manner of new manufactures within this Realm to the true and first inventor*".

¹⁰⁹ LETWIN, Willian. *Opus cit.*, p. 32.

¹¹⁰ 24 Eng. Rep. 347 (Ch. 1711).

¹¹¹ SULLIVAN, Lawrence A. *Antitrust. Opus cit.*, p. 159.

¹¹² LETWIN, Willian. *Opus cit.*, p. 43.

¹¹³ Nell'analisi di tali comportamenti, il *Chief Justice* ha per primo diviso tutte le restrizioni al commercio in due gruppi, quello dei volontari e quello degli involontari. In tale ambito, le restrizioni di carattere volontario sono state suddivise fra quelle in cui la restrizione è generale nel commercio di tutto il territorio del regno e quelle in cui la restrizione si limita soltanto ad una determinata parte del regno. Ancora secondo il ragionamento del *Chief Justice*, le restrizioni generali – con effetti in tutto il territorio del regno – sono sempre state considerate nulle, costituendosi come un non beneficio ad entrambe le parti ed unicamente oppressive. La regola nata da questa interpretazione si basava sulla premessa che un

1.2.2 Francia

Diversamente da quanto avvenuto in terra inglese, i presupposti legali per la tutela della libera concorrenza sorgono in Francia molto più tardi¹¹⁴. Tale ritardo può essere in parte attribuito all'azione di Jean-Baptiste Colbert¹¹⁵, Ministro delle Finanze del re Luigi XIV¹¹⁶. Essendo uno dei più influenti uomini politici della Francia nel seicento, Colbert ha sempre basato la sua politica commerciale sul sistema delle corporazioni. Nel 1673, in particolare, ha emanato un gran numero di normative dirette a forzare tutti i liberi commercianti ad aderire alle corporazioni¹¹⁷. Norme che non avevano niente a che fare con l'*Ordonnance sur le commerce*, emanata nello stesso anno dal re.

determinato contratto con effetti restrittivi al commercio poteva essere considerato ragionevole unicamente se gli effetti fossero di carattere "particolare" e se il contratto "*appears to be made upon a good adequate consideration, so as to make it a proper and useful contract*". In: Idem, ibidem.

¹¹⁴ In verità, i movimenti a favore della liberalizzazione del commercio promossi dalla borghesia già da parecchi anni si facevano sentire in tutta la Francia. Le teorie fisiocratiche liberiste erano ampiamente propagate, in contrapposizione al vecchio mercantilismo interventista della monarchia. Un esempio validissimo di questo fenomeno è il fatto successo già sotto Luigi XIV, in cui il Ministro Colbert ha voluto domandare agli uomini di affari "Che cosa lo Stato può fare a vostro favore?" e questi pronunciano con vigore la frase "*Laissez faire, laissez passer*", moto delle scuole economiche liberiste del settecento. Vedi, sull'argomento, GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 1993, p. 75.

¹¹⁵ Jean-Baptiste Colbert è nato a Reims il 29 agosto 1619 ed è morto a Parigi il 6 settembre 1683. Avendo lavorato con il potente cardinale Mazarino, viene da quest'ultimo raccomandato al re Luigi XIV. Subito viene incaricato dal monarca di seguire la gestione delle finanze dello Stato. Nominato alla *surintendant des finances* nel 1661, arriva alle importanti cariche di *contrôleur général des finances*, e di *secrétaire d'État à la maison du roi et à la marine* nel 1669. Lentamente lui eserciterà il suo potere in tutti i domini dell'amministrazione pubblica, favorendo l'industria e il commercio, moltiplica le fabbriche dello Stato e lo sviluppo in grande scala di certe industrie, facendo venire in Francia degli artigiani stranieri per creare nuove industrie come quella dei prodotti di lusso. Colbert ha riorganizzato le finanze, la giustizia, la marina. Colbert fu inoltre un intellettuale. Membro dell'*Académie Française*, ha creato l'*Académie des sciences* nel 1666 e sostenuto le arti e le lettere. Fu il precursore del "mercantilismo nazionale" creando il "Colbertisme", dottrina nazionalista secondo la quale la potenza militare, politica e economica di uno Stato dipendeva dalla massa monetaria di cui disponeva.

¹¹⁶ Sulle politiche finanziarie di Luigi XIV, vedi DUBY, Georges. *Storia della Francia*. Milano: Bompiani, 1997, p. 679 ss.

¹¹⁷ Romuald Szramkiewicz fornisce delle informazioni interessanti sull'azione di Colbert in questo senso e sulle sue conseguenze: "*Il fait prendre au roi un édit qui oblige tous les métiers à se constituer en corporations, Par conséquence, tous les commerçants, tous les fabricants, toutes les professions libérales doivent s'organiser obligatoirement sous le système des vieilles corporations médiévales. Or n'était dans le cadre corporatif que les vieux métiers (...)* L'Édit de 1673 précise: '*Toute profession, tout art, tout métier doit s'organiser sous le modèle corporatif*'. Chez les métiers qui étaient encore libres, il y a une résistance. Malgré cela, on est obligé de passer par les volontés du monarque et de son ministre des Finances. Le résultat est là: à Paris, avant cet édit, le nombre des corporations était simplement de 60; après l'édit il y en a 129". In: SZRAMKIEWICZ, Romuald. *Histoire du Droit des Affaires*. Paris: Montchrestien, 1989, p. 121.

Le prime iniziative francesi dirette a combattere i monopoli corporativi e le corporazioni sorgono intorno al 1770¹¹⁸, ovvero, cent'anni dopo l'avvio della politica corporativa imposta da Colbert. La rottura con quella tradizione inizia, in particolare, tramite l'azione di Robert-Jacques Turgot¹¹⁹, Ministro del Re Luigi XVI, e viene svolta tramite l'emanazione di un editto già nel febbraio 1776, nel quale viene espressa una grande preoccupazione per tutti gli individui che sono stati marginalizzati dal sistema corporativo, così come viene dichiarata la soppressione delle corporazioni e delle "communautés de commerce, arts et métiers".¹²⁰

Nonostante la bontà degli intenti, questi interventi sono tuttavia rimasti senza effetti concreti, e per la prima vera disciplina della materia bisogna attendere il periodo immediatamente posteriore alla rivoluzione. Si può affermare che ciò si realizza

¹¹⁸ Per meglio poter comprendere la profondità del fenomeno, è validissima, in questo contesto, la presentazione del diritto commerciale francese durante il secolo XVIII, fornita da Giovanni Tarello: "Il diritto mercantile francese agli inizi del secolo XVIII e sino alla Rivoluzione va visto nel contesto di un sistema complesso, in cui esso assumeva il ruolo di diritto speciale applicabile da una giurisdizione speciale ad una speciale classe di persone, cioè i commercianti. Quantunque al suo interno razionalizzato, questo diritto veniva ad accrescere la lista delle distinzioni soggettive (come si è accennato) e dei conflitti di giurisdizione; e, quantunque le fattispecie che disciplinava fossero razionalizzate e obiettivate, restava una disciplina eminentemente soggettivistica, applicandosi non già a chi fa il commerciante, bensì a chi è commerciante. Esso pertanto veniva a costituire oramai una sorta di prolungamento di una regolamentazione pubblicistica, ispirata tra l'altro in gran parte a ragioni di politica fiscale e di controllo dei traffici in base a principi mercantilistici, e non può considerarsi perciò come una disciplina autonoma e completa di taluni tipi di rapporti da chiunque e con chiunque intrattenuti". In: TARELLO, Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 358

¹¹⁹ Turgot è nato a Parigi il 10 maggio 1727, figlio di un magistrato durante il regno di Re Luigi XV. In seguito agli studi fatti nei seminari cattolici, nel gennaio 1752 inizia la sua vita pubblica come consigliere-sostituto del procuratore generale e, subito dopo, come consigliere al parlamento. Parallelamente a queste cariche pubbliche, Turgot ha avuto intensa attività come scrittore e come traduttore. È in questo periodo che ha redatto cinque articoli per l'*Encyclopédie*, dei quali "Foire" e "Fondation". L'8 agosto 1761 Turgot è chiamato a fare l'intendente a Limoges. In tale carica, prese una serie di misure a favore dell'agricoltura, come la soppressione della servitù, la creazione di una scuola veterinaria a Limoges, ha incoraggiato l'agronomia, l'apertura di nuove rotte e canali per il trasporto di grano, l'avvio del catasto delle terre. In tale periodo scrive l'opera *Réflexions sur la formation et la distribution des richesses* (1766). Il 20 luglio 1774, è nominato da Maurepas (1701-1781) Ministro della Marina, in seguito, il 4 agosto, Luigi XVI lo chiama a fare il *Contrôleur général du commerce*, succedendo all'abate Terray (1715-1778). Il 13 settembre dello stesso anno, Turgot ha emanato un decreto stabilendo la libertà del commercio del grano all'interno del regno. Nel 1776, ha emanato sei editti che portavano alla soppressione della servitù, delle corporazioni, dei diritti sul grano, delle tasse sui porti ed alla diminuzione dei diritti sui grassi animali importati. Turgot muore per un attacco di gotta il 20 marzo 1781 all'età di 54 anni. Vedi, a proposito: idem., p. 358, nota 112.

¹²⁰ La lettura del preambolo di tale editto permette di constatare una chiara influenza del pensiero di Adam Smith: "Nous devons surtout protection à cette classe d'hommes, qui, n'ayant de propriété que leur travail et leur industrie, ont d'autant plus le besoin et le droit d'employer dans toute leur étendue, les seules ressources qu'ils aient pour subsister (...) toutes les classes de citoyens sont privées du droit de choisir les ouvriers qu'ils voudraient, et des avantages que leur donnerait la concurrence pour le bas prix et la perfection du travail". In: ROSANVALLON, Pierre. *Opus cit.*, p. 105. Vedi inoltre BEUAD, Michel. *Histoire du Capitalisme de 1500 à 2000*. Paris: Editions du Seuil, 2000, p. 94.

mediante l'entrata in vigore dell'articolo 7 della Legge 2-17 marzo 1791, più conosciuta come *Décret d'Allarde*. Soltanto attraverso la norma contenuta in tale decreto è stato possibile inserire nell'ambito della sfera giuridica francese il principio della libertà del commercio e dell'industria¹²¹. L'articolo succitato così disponeva :

"Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier, qu'elle trouvera bon, mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix d'après les taux déterminés, et de se conformer aux réglemens de police qui sont ou pourront être faits".

In seguito viene emanata la *Loi Le Chapelier*, del 14 e 17 giugno 1791, con la quale il legislatore francese – che aveva chiaramente optato per un concezione liberale dell'economia¹²² – ha creato il reato di *entrave*¹²³. È di grande interesse in questo contesto l'articolo 4 della stessa *Loi*, nel quale si affermava essere contro i principi della libertà, contro i diritti umani e di carattere incostituzionale qualsiasi accordo stipulato fra cittadini di una stessa professione diretto a determinare un prezzo comune da praticare nel commercio.¹²⁴

¹²¹ Come affermato da Romuald Szramkiewicz: *"Aussi n'est-il pas étonnant qu'à ses débuts la Révolution ne s'intéresse que peu au commerce, sauf pou lui appliquer le principe nouveau de liberté. Les résolutions de la nuit du 4 août 1789 mettent fin aux privilèges des communautés comme des individus et l'on peut dire que la liberté du commerce y est virtuellement proclamée"*. In: SZRAMKIEWICZ, Romuald. *Opus cit.*, p. 257.

¹²² Più che altro, la *Loi Chapelier* è entrata alla storia come la norma che ha annientato in modo definitivo le corporazioni. Lo ha fatto tramite il disposto nel suo articolo primo: *"L'anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit"*. Ancora è significativa, in quest'ambito, la proibizione contenuta nell'articolo secondo: *"Les citoyens d'un même état ou profession, les entrepreneurs, ceux qui ont boutique ouverte, les ouvriers et compagnons d'un art quelconque ne pourront, lorsqu'ils se trouveront ensemble, se nommer ni président, ni secrétaires, ni syndics, tenir des registres, prendre des arrêtés ou délibérations, former des réglemens sur leurs prétendus intérêts communs"*. Vedi BEUAD, Michel. *Opus cit.*, p. 94.

¹²³ Questo reato è quello che si trova all'origine della proibizione dei comportamenti di collusione nel Codice penale francese del 1810 (articolo 419) e, in seguito, delle intese nel diritto moderno della concorrenza. Vedi, a proposito, LIGNEUL, Nicolas. *L'Elaboration d'un Droit International de la Concurrence entre les Entreprises*. Bruxelles: Bruylant, 2001, p. 2.

¹²⁴ *"Art. 4 - Si, contre les principes de la liberté et de la constitution, des citoyens attachés aux mêmes professions, arts et métiers, prenaient des délibérations, ou faisaient entre eux des conventions tendant à n'accorder qu'à un prix déterminé le secours de leur industrie ou de leurs travaux, lesdites délibérations et conventions, accompagnées ou non du serment, sont déclarées inconstitutionnelles, attentatoires à la liberté et à la déclaration des droits de l'homme, et de nul effet; les corps administratifs et municipaux seront tenus de les déclarer telles. Les auteurs, chefs et instigateurs, qui*

L'approvazione ed entrata in vigore di questi due atti normativi hanno radicalmente cambiato l'ordinamento francese. Il *Décret d'Allarde* ha inserito in tale sistema giuridico il principio della libertà del commercio e dell'industria, che sarà implementato con l'emanazione della *Loi Chapelier*, che vietava ai cittadini di uno stesso mestiere di raggrupparsi per difendere i "loro pretesi interessi comuni". Lo studioso francese Yves Chaput¹²⁵ al riguardo commenta:

"Ces dispositions libérales destinées à briser le corporatisme ont eu des effets sur la concurrence qui doivent être nuancés non pas seulement parce que l'article 419 du Code pénal, en 1806, réprimant entre autres les accaparements de denrées, destinés à faire monter les prix, établit une première prohibition d'ententes, mais parce que l'interventionisme latent en France se réveillera avec les exigences d'une économie de guerre, tout spécialement à partir de 1914".

Come osservato da Romuald Szramkiewicz, le due norme del 1791 hanno avuto una forte influenza sulle costituzioni del periodo rivoluzionario – come, ad esempio, nell'articolo 17 della Magna carta del 1793 –, così come nella costituzione repubblicana del 1848 (articolo 13)¹²⁶. E' importante, inoltre, collegare il movimento fisiocratico di liberalizzazione degli scambi con certi aspetti della disciplina del *Code Civil* elaborato dalla commissione presieduta da Portalis¹²⁷ ed emanato da Napoleone. Come osserva Francesco Galgano, il *Code Civil* di Bonaparte imponeva una ideologia di matrice liberista che si basa su concetto di "società naturale". Tale forma di società costituirebbe un consesso di uomini liberi, uguali, indipendenti fra loro, nel quale i borghesi non godono di privilegi, non fruiscono di posizioni giuridiche di vantaggio sulle altre classi. È il codice di una borghesia ancora convinta dell'esistenza di leggi economiche

les auront provoquées, rédigées ou présidées, seront cités devant le tribunal de police, à la requête du procureur de la commune, condamnés chacun en cinq cent livres d'amende, et suspendus pendant un an de l'exercice de tous droits de citoyen actif, et de l'entrée dans toutes les assemblées primaires".

¹²⁵ CHAPUT, Yves. *Le Droit de la Concurrence*. Paris: PUF, 1991, p. 7.

¹²⁶ SZRAMKIEWICZ, Romuald. *Opus cit.*, p. 257.

¹²⁷ Avvocato, parlamentare, ministro e filosofo, Jean-Etienne-Marie Portalis (1745-1807) fu il principale redattore del *Code civil* "ordinato" da Napoleone Bonaparte. Anche se contrario alla codificazione, fu costretto da Napoleone a partecipare della commissione che dovette redigere l'opera "napoleonica". Grazie al suo lavoro, il *Code* fu profondamente segnato dallo spirito giusnaturalista e da un linguaggio puro e succinto. Vedi, a riguardo, MALAURIE, Philippe. *Opus cit.*, p. 143 ss.

universali e necessarie, fiduciosa del loro “naturale” operare a suo favore.¹²⁸

Secondo le richieste avanzate dalla borghesia in tale momento storico, le leggi dello Stato, nel ricreare la “società naturale”, porterebbero ad un ritorno allo “stato naturale” che era stato violato ed ostruito dai poteri statali durante tutto il medioevo fino alla rivoluzione. Era necessario sbloccare il corso “naturale” delle leggi economiche, liberalizzando gli scambi¹²⁹. Ovviamente, tale impostazione significava che anche le norme contenute nel nascente *Code civil* dovevano tutelare il mercato da monopoli – pubblici o privati – che venissero ad avere effetti restrittivi sulla libera concorrenza.¹³⁰

Con l’emanazione del *Code de commerce*, nel 1807, e la classificazione dei rapporti commerciali come rapporti fra particolari, si apre ufficialmente la nuova era liberista in Francia. Il diritto dei commercianti passa, così come voleva il grande giurista francese Jean Domat¹³¹, ad essere parte del diritto privato.¹³²

1.2.3 Impero Austro-Ungarico

¹²⁸ GALGANO, Francesco. *La Costituzione Economica. Opus cit.*, p. 60.

¹²⁹ Idem, *ibidem*.

¹³⁰ In risposta alla richiesta della borghesia, il *Code civil* ha direttamente influito sulla liberalizzazione degli scambi tramite dispositivi che hanno ridimensionato aspetti fondamentali dei rapporti fra privati. Ne sono prova le norme presenti nell’articolo 6, in cui l’autonomia contrattuale veniva limitata soltanto dal rispetto all’ordine pubblico e del buon costume; nell’articolo 1.134, nel quale veniva previsto che soltanto l’autonomia contrattuale può determinare il contenuto e la sorte del vincolo contrattuale; nell’articolo 1.138, nel quale si affermava che al solo consenso delle parti è attribuito effetto traslativo della proprietà; nell’articolo 1.108, che ha sensibilmente ridotto i requisiti indispensabili per la validità dei contratti, prevedendo, in tale ambito, soltanto il consenso della parte che si obbliga, la sua capacità di contrattare, un oggetto certo ed una causa lecita; e nell’articolo 372 che, disponendo sulla famiglia, ha estinto la c. d. famiglia patriarcale ed insieme a questa il principio dell’unità del patrimonio familiare “che rendeva difficile ogni tipo di iniziativa economica da parte dei figli di famiglia”. Vedi, a proposito, TARELLO, Giovanni. *Le Ideologie della Codificazione nel Secolo XVIII*. Genova: ECIG, 1973, p. 170; GALGANO, Francesco. *La Costituzione Economica. Opus cit.*, p. 61-62.

¹³¹ Jean Domat è nato a Clermont-Ferrant, Francia, nel 1625, ed è morto a Parigi nel 1696. Brillante giurista, distaccato avvocato e procuratore del regno, Domat fu inoltre amico personale di Luigi XIV. Le principali opere che ha pubblicato furono “*Les Lois Civiles dans le ordre naturel*”, del 1689, e “*Droit public*”, pubblicata nel 1717, dopo la sua morte. Nella prima opera, Domat introduce, attraverso una visione sistematizzata ed ordinata del diritto, la filosofia cartesiana nel mondo giuridico francese. È considerato uno dei precursori del *Code civil* (MALAURIE, Philippe. *Opus cit.*, p. 81-82). Secondo quanto osserva Giovanni Tarello, la teoria di Domat ebbe una grande influenza nell’elaborazione del *Code de commerce*; si può affermare, in particolare, che tale Code sarebbe direttamente corrispondente ai titoli XII e XIII del Libro I dell’opera *Droit public*, scritta dal francese. In: TARELLO, Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna. Opus cit.*, p. 182.

¹³² Diventa importante sottolineare, comunque, che diversi autori affermano che il *Code de commerce* sia soltanto una copia dell’ordinanza emanata dal Re Luigi XIV sul commercio di terra e di mare. Sull’argomento, vedi GALGANO, Francesco. *La Costituzione Economica. Opus cit.*, p. 64; MARIAGE, Henri. *Evolution Historique de la Législation Commerciale de l’Ordennance de Colbert à nos Jours (1673-1949)*. Paris: Pedone, 1951, p. 126; BERLINGUER, Luigi. *Sui Progetti di Codice di Commercio del Regno d’Italia (1807-1808)*. Milano: Giuffrè, 1970, p. 21 ss.

Le prime iniziative rivolte alla tutela del mercato nell'area germanica prendono avvio in un'epoca ancora più tarda in relazione all'analogo fenomeno verificatosi in terra inglese e francese. È possibile affermare, in tale ambito, che le prime normative "germaniche" in materia sono state emanate nel seno dell'Impero Austro-ungarico. Secondo quanto afferma Giovanna Landi¹³³, queste si ricollegano alla realtà socio economica dell'Impero asburgico a cavallo tra la prima e la seconda metà del secolo XIX:

"Già durante la monarchia austro-ungarica, infatti, nel 1838, un decreto reale dichiarò che tutti gli accordi che limitavano l'offerta dei beni sul mercato fossero considerati privi di ogni efficacia. Nel 1870, inoltre, un nuovo decreto dichiarò illegali tutti quegli accordi che intercorrevano tra datori di lavoro e lavoratori al fine di controllare il mercato dell'occupazione".

L'emanazione delle normative dirette a disciplinare l'azione degli operatori economici nel mercato appare come il frutto della rapida espansione e decadenza del liberalismo nelle terre dell'Impero. Ciò perché, la messa in pratica di alcuni principi radicalizzati del liberalismo ottocentesco ha generato una forte crisi economica in Austro-Ungheria già a partire della fine degli anni 60 del secolo scorso¹³⁴. I primi cartelli sarebbero nati, secondo tale teoria, come una possibilità di difesa degli operatori del commercio contro questa crisi che stava devastando le imprese austriache.

Inizialmente, come osserva David Gerber¹³⁵, i cartelli vengono istituiti soltanto nell'ambito delle grandi industrie, ma, gradualmente, il fenomeno si espande a quasi tutte le aree dell'industria austriaca. Ciò ha fatto in modo che, già nel 1890 i cartelli

¹³³ LANDI, Giovanna. La Disciplina della Concorrenza in Austria. Una Complessa Legge Nazionale cerca di riequilibrare il Mercato Interno seguendo i Principi Comunitari. In: AMMANNATI, Laura. La Concorrenza in Europa. Sistemi Organizzativi e Autorità di Garanzia. Padova: CEDAM, 1998, p. 161 ss.

¹³⁴ Vedi, sull'economia austroungarica nel secolo XIX e influenza delle politiche liberali, MATIS, Herbert. *Österreichs Wirtschaft 1848 bis 1913: Konjunkturelle Dynamik und Gesellschaftlicher Wandel im Zeitalter Franz Josephs I.* Berlin: Dunker, 1972; FRANZ, Georg. *Liberalismus: Die Deutschliberale Bewegung in der Habsburgischen Monarchie.* München: Callwey, 1955.

¹³⁵ GERBER, David J. *Opus cit.*, p. 51.

siano diventati un'immensa forza economica all'interno dell'Impero, controllando la produzione e i prezzi di industrie chiave dell'economia austriaca.¹³⁶

È significativo sottolineare, in questo quadro, che gran parte delle teorie che sostenevano la cartellizzazione dell'economia austroungarica indicavano i cartelli come una specie di cooperazione fra imprese, con l'importante finalità di mantenere la stabilità sui prezzi. Dello stesso modo, come osserva Alan Milward¹³⁷, queste teorie spesso indicavano i cartelli austriaci come finalizzati:

"(...) to achieve the economies of specialization in a low-income market which were otherwise not possible".

Il successo ottenuto fra i principali teorici della comunità scientifica dell'epoca ha sensibilmente contribuito alla velocissima espansione dei cartelli anche oltre i confini dell'Impero. In questo modo, già nel 1880 in varie parti del continente europeo, i cartelli vengono considerati fenomeni naturali, come valvole di sfogo dell'economia rivolte a regolare gli eccessi della competizione fra imprese¹³⁸. Osserva al riguardo David Gerber¹³⁹:

"Cartel arrangements took many forms, but their common objective was a to eliminate or regulate competition among cartel members. They were a mechanism for avoiding the harms of 'excessive' competition, and in countries such as Germany and Austria where they were most successful they fundamentally changed views of competition. Competition that was not

¹³⁶ Non solo l'industria, ma anche alcuni settori chiave del commercio dei servizi austroungarici hanno aderito ai benefici, in particolare la stabilità, portati dai cartelli. Fra questi, il settore bancario è stato il primo e più significativo esempio. A riguardo, è di particolare interesse l'opera pubblicata da RUDOLPH, Richard L. *Banking and Industrialization in Austria-Hungary: The Role of Banks in the Industrialization of the Czech Crownlands, 1873-1914*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976.

¹³⁷ MILWARD, Alan S. et al. *The Development of the Economies of Continental Europe. 1850-1914*. London: Allen & Unwin, 1977, p. 322.

¹³⁸ Come osserva David Gerber, dal 1878 in poi il governo dell'Impero ha emanato una serie di norme in materia di commercio estero che hanno rafforzato il potere dei cartelli nel mercato interno: *"A protective tariff policy also encouraged cartel development. Especially after 1878, tariffs excluded all or most foreign competition on many domestic markets and thus allowed cartels to raise prices higher than otherwise would have been possible. This made cartel membership more attractive and increased the power of cartels vis-à-vis their members"*. In: GERBER, David J. *Opus cit.*, p. 51.

¹³⁹ Idem, p. 26.

'managed' came to be seen as 'excessive' and thus a justification for competitors to join together to regulate it''.

Il continuo sviluppo di queste teorie sulla validità dei cartelli nell'economia austroungarica del fine ottocento ha fatto nascere un ampio dibattito, segnato da una vera ed imponente effervescenza intellettuale. L'*incipit* di tale discussione accademica viene individuato nella pubblicazione, avvenuta nel 1883, dell'opera *"Die Kartelle"*, nella quale lo studioso austriaco Friederich Kleinwächter¹⁴⁰ svolge un'analisi delle cause e delle conseguenze dei cartelli. A quest'opera seguono diversi contributi di eminenti studiosi nelle riviste scientifiche austriache specializzate in diritto ed economia, la cui ampia maggioranza ribadisce l'idea che i cartelli sono enti di un naturale e inevitabile stadio di sviluppo del capitalismo, e non un problema da combattere.

Nelle parole del teorico Albert Schäffle¹⁴¹, apertamente favorevole al fenomeno, i cartelli erano imprescindibili perché:

"(...) descended almost like lightning from the no longer so bright heaven of belief in the 'free play of forces', the harmony of competition of liberal economics. They have perhaps more than any other of the new patterns that sprang from economic liberalism contributed to giving a swift blow to the dogma of the 'free competition', even by practitioners".

A partire dal 1890, però, alcuni studiosi hanno incominciato a pubblicare degli articoli scientifici in cui vengono presentate posizioni nettamente critiche al riguardo delle conseguenze sorte dalla cartellizzazione dell'economia. In particolare, vengono sottolineati gli effetti dell'aggressività con cui i cartelli si erano abituati ad agire nel mercato¹⁴². A questo fenomeno, può essere aggiunta, inoltre, l'insoddisfazione generale

¹⁴⁰ KLEINWÄCHTER, Friederich. *Die Kartelle*. Innsbruck: s/n, 1883.

¹⁴¹ Vedi GERBER, David. *Opus cit.*, p. 52. Il testo originale in lingua tedesca incontra in SCHÄFFLE, Albert. *Zum Kartellwesen und Zur Kartellpolitik*. *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, n.° 54 (1898), p. 467.

¹⁴² L'aggressività che da un determinato momento in poi si è potuta constatare nella condotta dei cartelli nasce dall'eccessiva crescita del numero di cartelli e della conseguente mancanza di "spazio" per una civile convivenza in un mercato economicamente fragile. Vedi, a proposito, WITTELSHÖFER, Otto.

per le soluzioni adottate dai liberali per contrastare la crisi economica che continuava a colpire l'Impero. In tale quadro, come osserva Gerber¹⁴³, la cartellizzazione dell'economia veniva ora ad essere considerata come l'ennesimo tentativo dei liberali viennesi di continuare nel comando dell'economia austro-ungarica. L'esistente rancore contro i liberali, nato dalla profonda crisi economica provocata dalle loro politiche, viene trasferito, in un certo modo, a tutta l'aggressiva politica messa in pratica dai cartelli.

Come anteriormente affermato, già nei primi anni della crisi economica della seconda metà del secolo scorso, l'Impero austro-ungarico poteva contare sul suo ordinamento giuridico con delle norme dirette alla tutela del mercato. Trattasi, in particolare, della norma contenuta nella sezione 4 della *Koalitions-gesetz*, legge emanata nell'aprile 1870, in cui veniva proibito qualsiasi tipo di accordo fra datori di lavoro e lavoratori al fine di controllare il mercato dell'occupazione.¹⁴⁴

Ovviamente, avendo come finalità quella di combattere un tipo unico di condotta restrittiva della libera concorrenza – molto specifico in sé –, in tutti gli anni che seguirono, la norma del 1870 non aveva come colmare l'immensa lacuna sorta nel sistema normativo austro-ungarico. Era necessario istituire dei meccanismi con un raggio di azione più ampio, che potessero contemplare tutte le dimensioni della problematica che si presentava attorno alla tutela del mercato.

La proposta capace di risolvere il problema cominciava ad emergere, come osserva Gerber¹⁴⁵, nel 1894, in occasione di una delle riunioni della *Verein für Sozialpolitik*, associazione di studiosi austriaci con grande influenza nel panorama scientifico dei paesi di lingua tedesca:

"The proposal was presented by Adolf Menzel, a highly-respected Austrian legal scholar. The legal treatment of cartels was a central topic of the conference, and Menzel presented the principal paper on that topic".

Der Österreichische Kartellgesetzentwurf. Archiv für Soziale Gesetzgebung und Statistik, n.º 13 (1899), p. 122 ss.

¹⁴³ GERBER, David. *Opus cit.*, p. 53.

¹⁴⁴ Idem, *ibidem*. Vedi, inoltre, SCHULTE, Helmut. Das Österreichische Kartellrecht vor 1938. Münster: Univ. doktorarbeit, 1979, p. 32.

¹⁴⁵ GERBER, David. *Opus cit.*, p. 54.

Giurista di grande rilievo nella comunità scientifica dell'Impero, Adolf Menzel aveva un'idea chiara della problematica che coinvolgeva i cartelli in quel delicato momento vissuto dall'economia austriaca. Secondo quanto affermava¹⁴⁶, la proposta di disciplinare l'azione dei cartelli si basava su fatti che comprovavano la tendenza naturale dei cartelli ad eliminare la concorrenza e, in questo modo, aprire la strada per aumenti ingiustificabili dei prezzi¹⁴⁷. Seguendo tale ragionamento, il giurista austriaco affermava che l'azione svolta dai cartelli poteva avere degli effetti benefici sulla società soltanto se costantemente controllata dall'autorità statale. In questo modo, sarebbe stato possibile impedire che questi sviluppassero la succitata tendenza ad eliminare la concorrenza.

La proposta presentata da Menzel prevedeva un controllo amministrativo dell'azione dei cartelli: in concreto, la autorità statale avrebbe dovuto avere il potere di fiscalizzare gli accordi fra membri di cartelli, invalidandoli nel caso fosse stato necessario¹⁴⁸. A ciò si aggiungeva, inoltre, il potere di emanare delle sanzioni di carattere civile contro gli operatori economici e i propri cartelli coinvolti in condotte restrittive della libera concorrenza.¹⁴⁹

Come osserva David Gerber¹⁵⁰, per Adolf Menzel tale soluzione amministrativa era l'unica risposta possibile, proprio perché era in grado di sviluppare un flessibile meccanismo di valutazione del comportamento del cartello. Tale meccanismo, secondo il giurista austriaco, sarebbe guidato da due principi generali: in primo luogo l'autorità statale doveva essere in grado di acquisire le informazioni necessarie per svolgere il controllo sulle azioni del cartello e tutti i cartelli dovevano essere considerati associazioni di carattere pubblico, soggette ad un specifico regime legale.

¹⁴⁶ Vedi, a proposito, MENZEL, Adolf. Referat über die wirtschaftlichen Kartelle und die Rechtsordnung. In: *Schriften des Vereins für Socialpolitik*, n.° 61 (1895).

¹⁴⁷ Vedi, a riguardo, HERMMAN, Klaus. Die Haltung der Nationalökonomie zu den Kartellen bis 1914. In: *Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart*. Stuttgart: Hans Pohl, 1985, p. 42 ss; GERBER, David. *Opus cit.*, p. 54 ss.

¹⁴⁸ È significativo che la proposta presentata da Adolf Menzel partisse dal presupposto che la materia doveva essere disciplinata più che altro da un punto di vista amministrativo. È possibile affermare, in tale modo, che questa ha preceduto e ha direttamente ispirato la soluzione trovata per la regolamentazione della concorrenza nell'ambito della Comunità europea.

¹⁴⁹ David Gerber sottolinea ancora il fatto che Adolf Menzel aveva sempre rifiutato qualsiasi tipo di proposta basata nella non regolamentazione della concorrenza, ovvero, nel modo in cui, attualmente, la Scuola di Chicago risponde alla problematica: "Finally, he rejected what today might be called a 'Chicago-school' response to the problem. Some people believed that no legislation was needed, he reported, because free competition would itself prevent the cartel from significantly raising prices and would eventually lead to its collapse". In: GERBER, David. *Opus cit.*, p. 56.

Il primo principio si basa sul fatto che l'autorità statale deve aver un pieno controllo di tutte le azioni dei cartelli, venendo a conoscenza di ogni piccola informazione sui comportamenti e sul potere di ogni cartello nel mercato. Da questo contesto è sorta la necessità, che in vari paesi è stata recepita in forma di legge, che gli accordi dei cartelli siano previamente autorizzati e registrati presso la autorità statale.

Il secondo principio, che concede allo stesso tempo ai cartelli uno statuto speciale in confronto agli altri operatori economici presenti nel mercato, cerca di imprigionarli in un sistema di norme giuridiche appositamente elaborate per controllare il loro comportamento nel mercato. David Gerber¹⁵¹ osserva al riguardo:

"Each legal system would provide the substantive content for might mean this legal regime according to its own needs and values. In Menzel's view this might mean that a state agency should have authority to invalidate particular acts of a cartel or even terminate its existence, but he specified neither the norms themselves nor the sanctions to be used in enforcing them".

È importante sottolineare ancora, secondo la teoria sviluppata da Menzel, che per la risoluzione di ogni caso in cui venisse rilevata una condotta restrittiva della libera concorrenza, diventava necessaria una profonda ed esauriente analisi giuridica. Soltanto così, sarebbe possibile dotare il sistema normativo di ogni paese di strumenti adatti a offrire delle risposte chiare e concrete ai comportamenti abusivi.

La proposta presentata da Menzel nella conferenza della *Verein für Sozialpolitik* ha influenzato direttamente il disegno di legge in materia di cartelli (*Kartellgesetz*) elaborato dal governo austriaco nel 1897. Ma, come spiega Gerber¹⁵², la presenza di una fragile maggioranza parlamentare – in un momento di grande stabilità economica e politica –, ha fatto in modo che lo stesso disegno di legge venisse bocciato¹⁵³. Tale

¹⁵⁰ Idem, ibidem.

¹⁵¹ Idem, ibidem.

¹⁵² Idem, p. 57.

¹⁵³ Il progetto di legge presentato dal governo in parlamento prevedeva un meccanismo per tutelare i competitori da accordi diretti a falsare o ad eliminare la libera concorrenza. Il suo scopo principale era quello di tutelare la libera concorrenza, garantire il potere di acquisto del consumatore nei confronti dei membri del cartello. Dal punto di vista tecnico, come osserva Gerber, il progetto del governo: "(...) authorized an office within the finance ministry to secure, evaluate and publicize information about

fallimento può essere considerato frutto di alcune caratteristiche non gradite a certi gruppi politici di quel momento storico. In particolare, i Socialdemocratici – che credevano che i cartelli potevano configurarsi come un gradino verso l'economia pianificata di matrice socialista – e i Cristiano sociali – che consideravano il progetto di legge molto debole in confronto agli abusi del *big business*.

D'altra parte, sono stati diversi gli studiosi che hanno rilevato gli aspetti tecnici sfavorevoli all'approvazione del disegno di legge. In particolare, tali studiosi si sono impuntati su tre fattori. Il primo, sottolineato da Otto Wittelshöfer¹⁵⁴, riguardava la discrezionalità che veniva concessa al ministero delle finanze nel controllo dei cartelli. Infatti, il progetto apriva un largo spazio di manovra in materia a tale ministero, facendo in modo che il governo potesse interferire, anche in modo eccessivo, nell'amministrazione dei cartelli.¹⁵⁵

Il secondo fattore tecnico colpito da critiche è intimamente collegato al primo, e consiste nel fatto che il disegno di legge prevedeva una grande centralizzazione di potere nelle mani dell'autorità statale garante della concorrenza. Secondo gli oppositori dell'iniziativa, tale contesto avrebbe potuto creare delle condizioni favorevoli alla soggezione dell'organo a forti pressioni economiche e politiche, anche esterne all'ambito governativo. Questo problema potrebbe essere risolto, secondo quanto affermavano gli studiosi Julius Landesberger e Emil Steinbach¹⁵⁶, soltanto se l'autorità

cartels and to regulate their conduct according to a general statutory standard. A central task of this office was to gain and publicize information about cartels. According to the proposal, cartels would be required to have a detailed charter containing information such as the objectives of the cartel and the activities, characteristics, rights and duties of its members (§ 2) No cartel agreement would be valid unless such information was in writing, approved by a notary, and reported to the finance ministry within eight days (§ 4). Particularly important decisions of the cartel, including, for example, those relating to the establishment of prices and production quotas were required to be reported within 24 hours. The material reported to the ministry was to be included in a cartel register that would be open for public inspection (§ 5). The proposal also provided the finance ministry with broad authority to inspect books and documents of cartels and their members, and it provided powerful enforcement tools for coercing information from firms that were not inclined to provide such information (§ 7). Information acquired in such inspections was not, however, to be made available to the public". Come è possibile osservare nell'elaborazione del progetto di legge, il governo ha seguito attentamente la teoria di Menzel circa il fatto che i cartelli, anche se con tendenze a portare danni alla libera concorrenza, possono per alcuni aspetti beneficiare l'economia. In: Idem, p. 58 ss.

¹⁵⁴ WITTELSHÖFER, Otto. *Opus cit.*, p. 133 ss.

¹⁵⁵ Vedi GERBER, David. *Opus cit.*, p. 62; SCHOENLANK, Bruno. Die Kartelle: Beiträge zu einer Morphologie der UnternehmerVerbände. Archiv für Soziale Gesetzgebung und Statistik, n.° 3 (1890), p. 591 ss.

¹⁵⁶ LANDESBERGER, Julius. Der Österreichische Cartellgesetzentwurf. Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht, n.° 24 (1897), p. 595 ss.; STEINBACH, Emil. Der Staat und die modernen Privatmonopole. Vienna, 1903, p. 41 ss.

garante fosse indipendente dal governo e sottomessa ad una clausola di responsabilità amministrativa .

Il terzo fattore tecnico, secondo i critici del disegno di legge, appariva di impossibile risoluzione. Tale constatazione si ricollegava soprattutto, secondo quanto spiega David Gerber¹⁵⁷, a circostanze esistenziali, perché:

" (...) those that would be affected by the legislation were so powerful that, in practice, the bureaucrats would not be able significantly to influence their conduct. For them, the only solution to the problem was to limit the ministry's authority to intervene. Broad regulatory authority would (...) create new problems without having realistic chance of achieving its stated goals".

In ogni caso, è importante sottolineare che la principale causa del fallimento della proposta di legge elaborata dal governo austro-ungarico nel 1897 è dovuta alla caotica situazione politica in cui si trovava l'Impero. Riflesso della contundente crisi economica di matrice liberale, il confronto fra partiti e correnti politiche impediva qualsiasi tipo di iniziativa in materia.

1.2.4 Germania: Repubblica di Weimar e Nazional-Socialismo

L'evoluzione storica e i fondamenti politici e giuridici della tutela della libera concorrenza in terra tedesca si dimostrano particolarmente significativi. Ciò perché la Germania, dalla seconda metà del secolo XIX alla prima metà del secolo XX ha sempre avuto un atteggiamento particolare con riguardo alla disciplina in materia, con una grande tendenza a tutelare giuridicamente i cartelli e non la libera concorrenza. In tale prospettiva, lo studioso francese François Souty fornisce un'interessante panoramica della dinamica dei mercati in Germania dal 1865 al 1909, sottolineando una spaventosa crescita dei cartelli come fenomeno parallelo allo sviluppo dell'industrializzazione:

"Dans les années 1890, avant les premiers textes de droit de la

¹⁵⁷ GERBER, David. *Opus cit.*, p. 62.

*concorrenza, il a même été possible dans certaines circonstance de forcer par voie judiciaire un membre récalcitrant à respecter la discipline du cartel. En 1865, il y avait 4 cartels en Allemagne, puis 8 en 1875 et 14 en 1879. En 1887, le chiffre est passé à 70 puis à 117 en 1890. En 1900, la tendance s'accélère avec 300 cartels, puis 385 cartels concernant 12.000 usines en 1905. Ce chiffre passe a 2.100 en 1930. On comprend aujourd'hui la forte identification ordolibérale des cartels à un danger pour la démocratie".*¹⁵⁸

Questo stesso fenomeno di cartellizzazione dell'economia che ha caratterizzato la Germania dell'inizio del secolo viene sottolineato inoltre dal giurista tedesco Emmerich Volker¹⁵⁹:

*"Die Kartellierung der Märkte hatte in Deutschland bereits verhältnismäßig früh begonnen. Mit Macht setzte diese Entwicklung jedoch erst im Zuge der wirtschaftlichen Rezession ab Mitte der siebziger Jahre des 19. Jahrhunderts ein, nicht zuletzt dank der Großzügigkeit der Gerichte, die unter Berufung auf die damals in der Nationalökonomie vorherrschenden Meinungen Kartelle nahezu unbeschränkt zuließen. Deutschland wurde so zum klassischen Land der Kartelle".*¹⁶⁰

Durante gli anni si è potuto osservare che la crescita così rilevante di tale fenomeno non tendeva a fermarsi, propiziando delle conseguenze complesse per l'economia. È possibile capire tale contesto se si tiene presente l'intensità e il carattere del processo d'industrializzazione tedesca. Così forte ed imponente, il fenomeno

¹⁵⁸ SOUTY, François. *La Politique de la Concurrence en Allemagne Fédérale*. Paris: PUF, 1996, p. 20.

¹⁵⁹ VOLKER, Emmerich. *Kartellrecht*. München: C.H. Beck, 2001, p. 11 ss. Vedi inoltre BÖHM, Franz. *Ordo. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, n.° 1 (1958), p. 197; MÖSCHEL, Wernhard. *70 Jahre deutsche Kartellpolitik*. *Ordo. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, n.° 37 (1972), p. 32.

¹⁶⁰ In una traduzione approssimativa: "La cartellizzazione dei mercati in Germania era iniziata relativamente presto. Con forza, questo processo entra nel periodo della recessione economica a partire della metà degli anni 70 del XIX secolo, non solo grazie alla generosità dei tribunali, ma anche sotto l'appello delle opinioni che all'epoca reggevano l'economia nazionale ed ammettevano quasi illimitatamente i cartelli. La Germania si trasforma, in questo modo, nella classica terra dei cartelli".

precedentemente descritto ha fatto in modo che la concorrenza fosse vista come una minaccia al bene comune. Secondo quanto affermato da David Gerber¹⁶¹, questa eccezionale e veloce crescita dell'industria aveva creato delle rotture nel sistema economico e sociale, rivestendo la concorrenza di arie demoniache. Il sistema dei cartelli fra imprese, che doveva avere un carattere di difesa al fine di poter implementare settori deboli dell'industria, si è sviluppato in modo tale che ampi settori dell'economia sono diventati fonti di politiche abusive. Così è successo, ad esempio per tutto il settore bancario e per le industrie della calce, del ferro e dei prodotti chimici. A questi fattori si aggiunge un importante fatto, collegato alla politica estera perseguita dall'allora cancelliere Otto von Bismarck¹⁶². Nel 1879 il governo di von Bismarck ha sensibilmente cambiato la politica tedesca del commercio internazionale, abbandonando una concezione liberale per istituire un sistema di tariffe. Ciò allo scopo di proteggere l'industria nazionale dalla competizione mondiale. Come afferma Gerber¹⁶³, questa restrizione artificiale all'accesso al mercato subito dagli operatori stranieri ha creato un ambiente ancora più propizio ad articolazioni di prezzi irreali da parte degli operatori nazionali.

In questo modo, la Germania nel decennio 1890-1900 viene conosciuta in Europa come la "terra dei cartelli". Lo sviluppo di questo complesso contesto e le controversie di difficile risoluzione che sorgevano attorno alla tematica ha fatto in modo che, come osserva Laura Ammanati¹⁶⁴, il Tribunale dell'Impero tedesco fosse chiamato a pronunciarsi in materia. Nell'anno di 1897, nell'esaminare per la prima volta la

¹⁶¹ GERBER, David. *Opus cit.*, p. 71. È possibile approfondire tale punto di vista in BORCHARDT, Knut. *Die Industrielle Revolution in Deutschland*. München: R. Piper & Co. Verlag, 1972.

¹⁶² Vedi a riguardo POIDEVIN, Raymond et SCHIRMANN, Sylvain. *Storia della Germania. Dal Medioevo alla Caduta del Muro*. Milano: Bompiani, 2001, p. 77 ss.

¹⁶³ Lo stesso David Gerber indica altri fattori politici che hanno contribuito alla cartelizzazione dell'economia tedesca negli ultimi decenni del secolo scorso: "*A second political factor was more direct, if less apparent. The imperial bureaucracy often favored cartels because they served its interests, providing a convenient and low cost means of acquiring information about and influencing economic developments. Moreover, for the Kaiser and much of the ruling elite, cartels were not only a means of control, but tools for the attainment of other political and military end. Cartels predominated in those areas of the economy – heavy industry and chemicals, for exempla – that were most important for Germany's international influence and for the development of its military potential. Finally, cartels reflected a string co-operative ethos in German society. The values of co-operation and community had long enjoyed relatively high status in Germany, and during the final decades of the century there was a renewed emphasis on community in response to the threat of class conflict and social disintegration. Social support for the general proposition that co-operation is better than individualism nourished the growth of cartels*". In: GERBER, David. *Opus cit.*, p. 75-76.

¹⁶⁴ AMMANNATI, Laura. *Il Sistema Tedesco di Tutela della Concorrenza. Un Modello Consolidato alla Prova dei Tempi*. In: AMMANNATI, Laura. *Opus cit.*, p. 14.

questione della concorrenza, il Tribunale ha assunto una posizione favorevole al fenomeno di cartellizzazione dell'economia. In tale prospettiva, ha ritenuto che i cartelli rispondessero all'interesse generale della società e, pertanto, dovevano essere tutelati dallo Stato. Lo stesso Tribunale, in seguito, ha potuto sviluppare una giurisprudenza costante volta a interpretare in modo negativo unicamente le forme di abuso del fenomeno.

Le prime iniziative legislative relative al controllo dell'azione dei cartelli nel mercato tedesco risalgono al 1908. In quest'anno, anche se di fronte alla manifesta opposizione del Kaiser, il *Reichstag* votava una prima risoluzione diretta a istituire un Ufficio dei cartelli (*Kartellamt*)¹⁶⁵ con potere di inchiesta sulle pratiche dei cartelli nel mercato¹⁶⁶. Pochissimi mesi dopo, il 7 giugno 1909, il parlamento tedesco approvava un'altra normativa correlata, la Legge n.º 3619, intitolata *Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG)*, prima disciplina in materia di concorrenza sleale del *Kaiserreich*. In quest'ambito, è importante sottolineare che l'emanazione di tale legge ha un particolare rilievo fra le iniziative di tutela della concorrenza a livello europeo, in quanto essa concretamente costituiva la prima normativa europea diretta a tutelare la libera concorrenza nel senso attuale della espressione.

Emanata da Guglielmo, *von Gottes Gnaben Deutscher Kaiser, König von Preußen*, l'UWG si caratterizzava per il fatto di essere una norma applicata unicamente dai tribunali civili, sulla base dell'iniziativa quasi esclusiva delle parti private¹⁶⁷. Il principio fondamentale della normativa sulla concorrenza sleale, dando la possibilità a chi è vittima di concorrenza sleale di chiedere in giudizio il risarcimento dei danni, si trovava nel paragrafo primo¹⁶⁸:

“Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden”.

¹⁶⁵ Idem, p. 15.

¹⁶⁶ Vedi GERBER, David. *Opus cit.*, p. 113.

¹⁶⁷ Idem, p. 21

¹⁶⁸ Una traduzione approssimativa di questo testo normativo: “Contro chi, nell'esercizio commerciale, per azione od omissione, contravviene la legge allo scopo della concorrenza può essere richiesto il risarcimento dei danni per reato contro il buon costume”.

Da questa stessa norma generale prendevano ispirazione tutti gli altri dispositivi della legge. In tale modo, il terzo paragrafo¹⁶⁹ della normativa prevedeva il divieto totale alle condotte finalizzate alla concorrenza sleale:

▼

“Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit, den Ursprung, die Herstellungsart oder die Preisbemessung einzelner Waren oder gewerblicher Leistungen oder des gesamten Angebots, über Preislisten, über die Art des Bezugs oder die Bezugsquelle von Waren, über den Besitz von Auszeichnungen, über den Anlaß oder den Zweck des Verkaufs oder über die Menge der Vorräte irreführende Angaben macht, kann auf Unterlassung der Angaben in Anspruch genommen werden. Angaben über geschäftliche Verhältnisse im Sinne des Satzes 1 sind auch Angaben im Rahmen vergleichender Werbung”.

Secondo quanto afferma François Souty¹⁷⁰, queste due clausole erano fondamentali in tutto il sistema dell'UWG del 1909, giacché riuscivano a coprire un'ampia gamma di pratiche molto diversificate, capaci di far fronte alla evoluzione della struttura dei mercati e dei comportamenti da questa originati.

I comportamenti restrittivi della libera concorrenza, e perciò punibili secondo la UWG, erano divisi in due categorie: quelli orizzontali, considerati direttamente contro la concorrenza, e quelli verticali, considerati portatori di effetti indiretti contro la concorrenza. Nel caso di quest'ultima categoria di condotte, secondo il ragionamento proposto dalla legge, gli effetti generati si riflettebbero soltanto sui concorrenti e non sulla concorrenza.

I principali comportamenti previsti come orizzontali si suddividono in tre gruppi, di cui il primo gruppo si riferisce più che altro ai prezzi predatori (*ruinöse Preisunterbietung*) e ad alcuni aspetti delle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale

▲

¹⁶⁹ Un traduzione approssimativa: “Contro chi, in pubblici manifesti o in comunicazioni, destinati ad un gruppo allargato di persone, fa delle dichiarazioni false in circostanze commerciali, soprattutto sulla condizione, l'origine, il modo di confezione, oppure il calcolo del prezzo della merce, sul possesso di qualità, sul motivo o lo scopo della vendita, oppure sulla quantità delle provviste, che siano adatte a suscitare l'apparenza di un'offerta specialmente favorevole, può essere citato per false dichiarazioni”.

¹⁷⁰ SOUTY, François. La Politique de la Concurrence en Allemagne Fédérale. *Opus cit.*, p. 22.

(Verstöße gegen gewerbliche Schutzrechte), secondo quanto previsto dal paragrafo primo; il secondo gruppo si riferisce alle diffamazioni contro il credito personale dei commercianti¹⁷¹, mentre il terzo gruppo agli aspetti delle violazioni dei diritti di proprietà intellettuale, il tradimento di segreti commerciali¹⁷² e l'imitazione del nome di un'impresa concorrente.¹⁷³

¹⁷¹ Segue il testo integrale dei paragrafi 14 e 15 dell'UWG 1909: "§ 14 (1) Wer zu Zwecken des Wettbewerbes über das Erwerbsgeschäft eines anderen, über die Person des Inhabers oder Leiters des Geschäfts, über die Waren oder gewerblichen Leistungen eines anderen Tatsachen behauptet oder verbreitet, die geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts oder den Kredit des Inhabers zu schädigen, ist, sofern die Tatsachen nicht erweislich wahr sind, dem Verletzten zum Ersatze des entstandenen Schadens verpflichtet. Der Verletzte kann auch den Anspruch geltend machen, daß die Behauptung oder Verbreitung der Tatsachen unterbleibe. (2) Handelt es sich um vertrauliche Mitteilungen und hat der Mitteilende oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse, so ist der Anspruch auf Unterlassung nur zulässig, wenn die Tatsachen der Wahrheit zuwider behauptet oder verbreitet sind. Der Anspruch auf Schadensersatz kann nur geltend gemacht werden, wenn der Mitteilende die Unrichtigkeit der Tatsachen kannte oder kennen mußte. (3) Die Vorschrift des § 13 Abs. 4 findet entsprechende Anwendung.

§ 15 (1) Wer wider besseres Wissen über das Erwerbsgeschäft eines anderen, über die Person des Inhabers oder Leiters des Geschäfts, über die Waren oder gewerblichen Leistungen eines anderen Tatsachen der Wahrheit zuwider behauptet oder verbreitet, die geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts zu schädigen, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahre und mit Geldstrafe bis zu fünftausend Mark oder mit einer dieser Strafen bestraft. (2) Werden die in Absatz 1 bezeichneten Tatsachen in einem geschäftlichen Betriebe von einem Angestellten oder Beauftragten behauptet oder verbreitet, so ist der Inhaber des Betriebs neben dem Angestellten oder Beauftragten strafbar, wenn die Handlung mit seinem Wissen geschah".

¹⁷² Tale dispositivo viene previsto nel paragrafo 17: "§ 17 (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer als Angestellter, Arbeiter oder Lehrling eines Geschäftsbetriebs ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das ihm vermöge des Dienstverhältnisses anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt an jemand zu Zwecken des Wettbewerbs aus Eigennutz zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebs Schaden zuzufügen, mitteilt. (2) Ebenso wird bestraft, wer zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebs Schaden zuzufügen, 1. sich ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis durch a) Anwendung technischer Mittel, b) Herstellung einer verkörperten Wiedergabe des Geheimnisses oder c) Wegnahme einer Sache, in der das Geheimnis verkörpert ist, unbefugt verschafft oder sichert oder 2. ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das er durch eine der in Absatz 1 bezeichneten Mitteilungen oder durch eine eigene oder fremde Handlung nach Nummer 1 erlangt oder sich sonst unbefugt verschafft oder gesichert hat, unbefugt verwertet oder jemandem mitteilt. (3) Der Versuch ist strafbar. (4) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter bei der Mitteilung weiß, daß das Geheimnis im Ausland verwertet werden soll, oder wenn er es selbst im Ausland verwertet".

¹⁷³ Disposizione presente nel paragrafo 16: "§ Wer im geschäftlichen Verkehr einen Namen, eine Firma oder die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, eines gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift in einer Weise beuntz, welche geeignet ist, Verwechslungen mit dem Namen, der Firma oder der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren sich ein anderer befugterweise bedient, kann von diesem auf Unterlassung der Benutzung in Anspruch genommen werden. Der Benutzende ist dem Verletzten zum Ersatze des Schadens verpflichtet, wenn er wußte oder wissen mußte, daß die mißbräuchliche Art der Benutzung geeignet war, Verwechslungen hervorzurufen. Der besonderen Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts stehen solche Geschäftsabzeichen und sonstigen zur Unterscheidung des Geschäfts von anderen Geschäften bestimmten Einrichtungen gleich, welche innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen des Erwerbsgeschäfts gelten, Auf den Schutz von Warenzeichen und Ausstattungen (§ 1, 15 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12.

Le pratiche verticali restrittive della libera concorrenza, a loro volta, potevano essere suddivise in quattro gruppi¹⁷⁴. Il primo gruppo concerneva la pubblicità aggressiva (*anreisserische Werbung*), la pratica forzata e la vendita forzata (*Zusendung unbesteller Ware*); il secondo gruppo ricopriva pratiche come le indicazioni erronee sui prodotti e le comparazioni di prezzi inesatte; il terzo gruppo riguardava l'interdizione di rivendita con omaggio; il quarto gruppo riguardava la fattispecie del suscitare l'impressione di ottenimento di vantaggi particolari in vendite speciali.

Le violazioni alla UWG del 1909 erano di due tipi, ovvero quelle che toccavano l'interesse generale, previste dai paragrafi 1, 3, 4, 7 e 8, alle quali poteva far ricorso qualsiasi commerciante, industriale od artigiano e certe associazioni con personalità giuridica come le associazioni di categoria; e quelle che toccavano le persone fisiche o private, disposte nei paragrafi 14 e 15, per le quali soltanto queste persone potevano richiedere la tutela giurisdizionale.

La UWG poteva essere contestualizzata come parte integrante di un determinato momento economico della storia europea. In tale prospettiva, anche se nel campo politico la Germania iniziava un cammino in direzione opposta, la UWG si trovava largamente condizionata dai principi della filosofia liberale propri dell'inizio del secolo XX. In una lettura attenta del testo di tale normativa è possibile osservare quanto questa si serva di metodi e strumenti riconducibili al liberalismo. Come affermato dall'ex presidente del *BundesKartellamt* tedesco Wolfgang Kartte :

" (...) si la loi anti-cartels s'est développée sur la base d'un libéralisme corrigé où l'on s'est rendu compte que le marché ne peut pas lui-même garantir la liberté des usagers du marché et que cette tâche – jusqu'à l'ultima ratio de l'interdiction des fusions – revient à l'Etat, la loi contre la concurrence déloyale s'inspire davantage du principe du droit libéral classique en vertu duquel l'Etat ne devrait promulguer que des lois abstraites dans le cadre desquelles doit pouvoir évoluer le marché. Il s'ensuit que ce que l'on appelle la grande clause générale de l'article 1er est liée, par l'interdiction d'accomplir des actes de concurrence déloyaux,

Mai 1894, Reichs-Gesetzbl, S. 441) finden diese Vorschriften keine Anwendung. Die Vorschrift des § 13 Abs. 3 findet entsprechende Anwendung".

*aux 'bons mœurs' qui se sont développés entre les usagers du marché et qui sont acceptées comme justes et équitables par la communauté de droit".*¹⁷⁵

Anche se non disciplinava in modo diretto gli accordi con effetti restrittivi, la UWG – così come è stata emanata – è rimasta in vigore per parecchi anni come l'unica disciplina di tutela della concorrenza nel sistema giuridico tedesco.

Ma questa legge diretta a combattere la concorrenza sleale, anche se portava delle novità importanti nella cultura giuridica europea, si dimostrava inefficiente nei confronti degli abusi commessi dai cartelli. Ancora di più nel periodo immediatamente anteriore allo scoppio del primo conflitto mondiale, nel quale il governo del *Kaiserreich* si era reso conto che l'industria, organizzata tramite pochi ed efficienti cartelli, poteva essere facilmente controllata e diventare, in questo modo, un elemento chiave per il successo militare della Germania¹⁷⁶. In questo senso, secondo gli analisti dell'epoca, l'economia nazionale organizzata tramite i cartelli avrebbe potuto portare ad una coesione fino allora inesistente in ogni settore del mercato. Perciò tutti i settori strategici per l'economia già "organizzati" avrebbero dovuto essere rafforzati, e quelli ancora non "organizzati" essere "messi in ordine" il più velocemente possibile. Nel periodo del conflitto, l'istituzionalizzazione di questo ragionamento ha portato alla glorificazione dei cartelli come un elemento "bellico", adatto a dare supporto all'esercito e a difendere gli interessi della nazione tedesca nel mondo. Lentamente, i cartelli venivano visti nell'immaginario della società come simbolo della potenza e superiorità del popolo tedesco ed essere utilizzati come ariete del nazionalismo radicale.

Con la fine della guerra e le immense perdite economiche subite, la Germania si è vista con gran parte della sua capacità industriale distrutta, trovandosi in una situazione economica e politica estremamente disagiata nei confronti delle altre potenze europee.

Nel periodo immediatamente posteriore alla guerra sono rimasti attivi pochissimi cartelli. Questa situazione di fragilità economica, caratterizzata da una alta inflazione, ha condotto i politici tedeschi a cercare di proteggere quel poco che era rimasto dell'economia con l'istituzione di nuovi cartelli. Tale soluzione è apparsa al governo e

¹⁷⁴ SOUTY, François. La Politique de la Concurrence en Allemagne Fédérale. *Opus cit.*, p. 23.

¹⁷⁵ KARTTE, Wolfgang. *Lois sur la Concurrence*. Bonn: Internationales EV, 1990, p. 18.

alla restante parte della popolazione quasi come naturale, giacché nel periodo anteriore alla guerra e durante il conflitto i cartelli erano stati protagonisti di un solido sviluppo nell'ambito industriale tedesco.¹⁷⁷

Però, durante gli anni che seguirono l'opzione del governo per questa politica di rafforzamento dell'economia, è possibile notare una crescente insoddisfazione da parte della popolazione in virtù degli abusi commessi dai cartelli nel mercato. L'inflazione diventava ogni giorno più alta, la popolazione più povera e i cartelli più ricchi. In questa prospettiva, i cartelli vengono associati con il *big business* e con una politica economica che manteneva l'inflazione a livelli alti come forma di guadagno da parte dei grandi operatori economici.¹⁷⁸

Tutti questi elementi hanno creato i presupposti per l'emanazione nel 1923 di una vera e propria normativa tedesca diretta a controllare i cartelli¹⁷⁹ e a combattere le restrizioni alla concorrenza da questi commessi nel mercato¹⁸⁰. In quest'ambito, è

¹⁷⁶ Idem, p. 116.

¹⁷⁷ Come osserva David Gerber al riguardo: "During the immediate postwar period, cartels continued to be seen primarily as positive contributors to the national well-being, fitting nicely into the then popular categories and assumptions of *Gemeinwirtschaft*. They represented co-operation and organization rather than individualism and conflict. The trust of postwar political and economic thought emphasized the need for planning toward a socially desirable goal and eschewed *laissez-faire* individual striving, and cartels seemed to correspond to those needs". In: GERBER, David. *Opus cit.*, p. 120.

¹⁷⁸ Idem, p. 121.

¹⁷⁹ "In der Zeit der galoppierenden Inflation nach dem ersten Weltkrieg wurden die Kartelle für den ungewollten Preisanstieg verantwortlich gemacht. Diese populistische Fehleinschätzung führte dazu, dass am 2.11.1923 die erste Kartellverordnung eingeführt wurde, mit der der Machtmissbrauch der Kartelle vor allem bei der Preissetzung verhindert werden sollte. Die darin eingeführte Missbrauchsaufsicht blieb jedoch weitgehend wirkungslos. Sie konnte natürlich die Bildung neuer Kartelle nicht verhindern und auch deren Möglichkeiten zu wettbewerbsbeschränkenden Maßnahmen wurden durch die Verordnung nur unwesentlich beschränkt. Nach der Weltwirtschaftskrise verschärfte der Staat deshalb die Gesetzgebung, indem er die Eingriffsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörde verbesserte. Dabei wurde jedoch an der Grundidee festgehalten, dass man die Fehlentwicklungen durch Kartelle am besten beseitigt, indem man diese Organisationen lenkt. So erhielt die Regierung am 26.7.1930 in der Kartellnotverordnung zwar das Recht, gebundene Preise zu senken. Ein grundsätzliches Verbot von Kartellen wurde jedoch auch in dieser Zeit nicht ernsthaft erwogen". In: KAMECKE, Ulrich. *Kartellrecht*, documento disponibile in internet il 2 settembre 2002, site <http://www.wiwi.hu-berlin.de/foewp/wpoll/docs/kap1wrt.pdf>, p. 5. Vedi inoltre BECHTOLD, Rainer. *Kartellgesetz. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. Darmstadt: Beck Juristischer, 1999, p. 2 ss.; VOLKER, Emmerich. *Opus cit.*, p. 11 ss.; SOUTY, François. *La Politique de la Concurrence en Allemagne Fédérale*. *Opus cit.*, p. 20.

¹⁸⁰ Vedi al riguardo Emmerich Volker: "Der Gesetzgeber sah dieser bedrohlichen Entwicklung (viel zu) lange tatenlos zu. Erst die allgemeine Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse nach dem verlorenen Krieg und der wachsende Druck der Öffentlichkeit zwangen ihn 1923 schließlich zum Eingreifen. Die endlich erlassene Kartellverordnung enthielt indessen lediglich ein Missbrauchsverbot, das – wie bisher alle anderen Missbrauchsverbote auch – praktisch wirkungslos blieb, da die Reichsregierung tatsächlich nur in ganz wenigen Fällen gegen Kartelle einschritt". In: VOLKER, Emmerich. *Opus cit.*, p. 11. Vedi inoltre CALLMANN, Rudolf. *Das deutsche Kartellrecht*. Berlin: Philo Verlag, 1934; MÜLLENSIEFEN, Heinz et DÖRJNKEL, Wolfram. *Kartellrecht: einschliesslich*

possibile affermare che la legislazione tedesca ha un'altra volta portato delle significative innovazioni rispetto agli altri stati europei, giacché fino ad allora non sussistevano nel continente legislazioni specifiche in materia. Secondo quanto affermato da David Gerber¹⁸¹, tale normativa era : ▼

" (...) the first general legislation in Europe specifically intended to protect the process of competition, and thus it attracted attention not only from those in other European countries who sought such legislation, but also from those who opposed it".

Le norme contenute nel disegno del Decreto sugli abusi commessi dai cartelli (*Kartellverordnung*) – presentato dal cancelliere Gustav Stresemann¹⁸² ed approvato dal *Reichstag* il 2 novembre 1923 – si articolavano in un sistema centrato sulla concessione di poteri di controllo amministrativo¹⁸³ al Ministero dell'Economia allo scopo di combattere gli abusi di potere economico da parte dei cartelli. Tale sistema è stato progettato da Hans Schäffer, un alto funzionario del Ministero dell'Economia con grande influenza nel governo di Stresemann. In particolare, Schäffer affermava che la funzione della nuova normativa era quella di disciplinare e pacificare la cooperazione fra il governo e l'economia.¹⁸⁴

Nella forma nella quale era stato elaborato ed approvato, il *Kartellverordnung* del 1923 presentava due norme principali. La prima concernente il potere del governo di procedere con azioni specifiche contro i cartelli la cui condotta configurasse pericolo per il pubblico interesse. In questo senso, il paragrafo 4 del testo disponeva che il Ministero dell'Economia aveva il potere di adottare delle misure di controllo sempre che l'azione dei cartelli o di qualsiasi altro accordo venisse a minacciare sia l'economia

neuer Kartellaufsicht, -Preisbildung, Schiedsgerichtsbarkeit und -Steuerrecht. Berlin: Heymann, 1938.

¹⁸¹ GERBER, David. *Opus cit.*, p. 115.

¹⁸² Sul coinvolgimento di Gustav Stresemann nella questione della regolamentazione dei cartelli vedi BLAICH, Fritz. *Kartell- und Monopolpolitik im kaiserlichen Deutschland: Das Problem der Marktmacht im deutschen Reichstag zwischen 1879 und 1914*. Düsseldorf: Droste, 1973, p. 138 ss.

¹⁸³ Vedi a riguardo NÖRR, Knut. *Die Leiden des Privatrechts: Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. Tübingen: Mohr, 1994, p. 49 ss.

¹⁸⁴ WANDEL, Eckhard. *Hans Schäffer: Stresemann in wirtschaftlichen und politischen Krisen*. Stuttgart: Dt. Verlags-Anst., 1974, p. 56. Citato anche da GERBER, David. *Opus cit.*, p. 125.

globale, sia il benessere comune. In questo contesto, il paragrafo 10 della normativa stabiliva la nozione di "abuso" di potere economico, prevedendone il divieto non soltanto per i cartelli, ma per qualsiasi altra impresa o gruppo di imprese. Nel caso fosse accertato tale abuso, il Ministero poteva chiedere alla Corte dei Cartelli l'autorizzazione a procedere alla rescissione del contratto.¹⁸⁵

La seconda norma prevedeva delle misure specifiche dirette ad impedire azioni abusive svolte dai cartelli. In questa prospettiva, il paragrafo 8 conteneva dei dispositivi finalizzati a ridurre il potere dei cartelli sui propri membri, permettendo che un membro del cartello lo abbandonasse in caso di contrasto fra l'azione svolta dal cartello e i dispositivi del *Kartellverordnung*. Meccanismo collegato a quello del paragrafo 8 si trova nell'ambito del paragrafo 9 della stessa normativa, nel quale viene previsto il divieto per i cartelli di far uso di boicottaggi o condotte analoghe che non siano stati autorizzati dal Presidente della Corte dei Cartelli.¹⁸⁶

Come osservano diversi esperti in diritto tedesco della concorrenza, il decreto non ha risolto la problematica degli abusi commessi dai cartelli, anzi, si è rivelato un completo fallimento¹⁸⁷. In tale ambito, secondo quanto affermato da Ingo Schmidt¹⁸⁸:

"Bien qu'en 1923 une Ordonnance contre les abus de pouvoir économique ait été prise, elle n'a finalement eu que peu d'effet".

La maggioranza degli Autori, tra i quali spicca David Gerber¹⁸⁹, attribuiscono le colpe di tale fallimento alla struttura burocratica del Ministero dell'Economia e alla Corte dei Cartelli. Secondo costoro, la Corte avrebbe emanato pochissime decisioni aventi ad oggetto gli abusi dei cartelli e nell'ambito di queste avrebbe svolto una vera e propria riduzione dei divieti contenuti nei paragrafi 4 e 10 del decreto. Ciò sarebbe accaduto in virtù di un probabile accordo tra funzionari del ministero e gli ormai potenti cartelli, allo scopo di diminuire l'impatto dell'attuazione del decreto sui cartelli e sul *status quo* dell'economia.

¹⁸⁵ Idem, p. 126.

¹⁸⁶ Idem, ibidem.

¹⁸⁷ Vedi a riguardo KRONSTEIN, Heinrich et LEIGHTON, Gertrude. Cartel Control: A Record of Failure. *Yale Law Journal*, n.° 55 (1946), p. 297; KESSLER, William. German cartel Regulation under the Decree of 1923. *Quarterly Journal of Economics*, n.° 50 (1936), p. 680.

¹⁸⁸ SOUTY, François. *La Politique de la Concurrence en Allemagne Fédérale. Opus cit.*, p. 3.

Bloccata l'attuazione di questa normativa, il contesto economico tedesco ha potuto soltanto peggiorare, aggravato dagli indici dell'inflazione. Il potere economico dei cartelli agiva liberamente all'interno della macchina del governo e del parlamento, corrompendo politici e burocrati, e come tale concorreva a portare al collasso la repubblica di Weimar. Nella popolazione si creava un sentimento di totale disperazione, che ha raggiunto il suo apice nelle elezioni del 1933, nel quale le promesse del partito nazional-socialista sono state accolte dagli elettori.

Preso il potere e preoccupati di riportare la Germania fra le potenze dell'Occidente, o farla diventare la Potenza dell'Occidente, i componenti del governo nazista hanno fatto scattare una serie di misure politiche ed economiche per far scendere l'inflazione e ristrutturare l'industria tedesca. In questa prospettiva, si preoccupano di controllare e riorganizzare i cartelli, facendoli far parte dell'apparato statale. È possibile affermare, in questo senso, che la politica economica nazista vedeva e amministrava i cartelli come patrimonio diretto dello Stato, mentre la libera concorrenza veniva messa ai margini della società. In tale ambito, i cartelli subivano da parte dello Stato un controllo diretto sulle proprie produzioni e venivano considerati strumenti essenziali per il nazionalismo totalitario di Adolf Hitler.¹⁹⁰

Finito il secondo conflitto mondiale e persa un'altra guerra, la Germania viene occupata ed amministrata dalle forze alleate. In questo contesto parte la politica degli alleati rivolta a smontare tutti i cartelli, fino ad allora utilizzati come macchine da guerra dallo Stato nazista. Tale azione iniziava già nei primi anni dopo la seconda guerra, rafforzandosi sensibilmente dal 1950 in poi attraverso l'emanazione di una serie di normative che vietavano nuovi cartelli e controllavano le concentrazioni fra imprese. Come osserva Emmerich Volker¹⁹¹, tale operazione di contrasto rispetto all'economia cartellizzata ha avuto il suo punto massimo nell'emanazione della legge del 1957:

¹⁸⁹ GERBER, David. *Opus cit.*, p. 129.

¹⁹⁰ Secondo quanto afferma Ulrich Kamecke, docente di diritto della concorrenza all'Humboldt Universität di Berlino, i nazisti: "(...) behielten diesen dirigistischen Ansatz konsequent bei. Am 15.7.1933 änderten sie die Kartellverordnung so, dass die Zuständigkeit für die Kontrolle der Kartelle von den Gerichten ganz auf den Reichswirtschaftsminister überging. Gleichzeitig schufen sie das Zwangskartellgesetz, mit dem sie die Unternehmen zwingen konnten, sich ihrer Kontrolle zu unterstellen. Im Krieg übernahmen dann immer mehr die politischen Stellen direkt die Kontrolle über die Wirtschaft, und mit dem Kartellvereinigungserlass vom 20.5.1943 wurden schließlich alle marktregelnden Aufgaben auf die (natürlich gleichgeschaltete) Organisation der gewerblichen Wirtschaft übertragen, so dass es danach zwar noch Kartelle aber kein Kartellrecht (keine Kartellverordnung) mehr gab". In: KAMECKE, Ulrich. *Opus cit.*, p. 6.

*"Die Bundesregierung bemühte sich seit 1950 um eine Ablösung der alliierten Dekartellierungsgesetze durch ein deutsches Kartellgesetz, in dessen Mittelpunkt ein Kartellverbot und eine Fusionskontrolle stehen sollten. Die Folge war ein regelrechter Glaubenskrieg zwischen den Anhängern eines grundsätzlichen Kartellverbots und den Befürwortern einer bloßen Mißbrauchsgesetzgebung nach dem Vorbild der Kartellverordnung von 1923. Im Verlauf dieser Auseinandersetzung wurde der Entwurf des GWB immer weiter verwässert. Hervorzuheben sind die Zulassung zahlreicher neuerer Ausnahmen vom Kartellverbot, die Streichung der ursprünglich geplanten Fusionskontrolle, die Erlaubnis der Preisbindung für Markenartikel sowie die ständige Ausdehnung der sogenannten Ausnahmehereiche. Die Verabschiedung des GWB gelang infolgedessen erst 1957; in Kraft getreten ist das neue Gesetz am 1. Januar 1958".*¹⁹²

Successivamente la nuova legge viene modificata ben cinque volte. Tali modifiche riflettono i diversi momenti storici vissuti dalla propria normativa, partendo dal compito iniziale di smontare il sistema nazista e andando verso i principi del nuovo sistema economico basato sulla *Soziale Marktwirtschaft*¹⁹³. La nuova legge si

¹⁹¹ VOLKER, Emmerich. *Opus cit.*, p. 12.

¹⁹² In una traduzione approssimativa: "Dal 1950 il governo studiava una successione alle normative allecate dirette a smontare i cartelli. Questa doveva avvenire tramite l'emanazione di una legge tedesca riguardante i cartelli, nel quale centro doveva esserci un divieto per i cartelli e il controllo delle fusioni fra imprese. La conseguenza fu una vera guerra religiosa fra i seguaci di un divieto fondamentale per i cartelli e quelli favorevoli ad una legislazione concernente gli abusi conforme al precedente quadro del decreto del 1923. Durante questa disputa, il disegno della GWB veniva diluito sempre di più. A evdiziare sono stati l'ammissione di diverse e nuove eccezioni al divieto ai cartelli, l'annullamento del controllo sulle fusioni come era stato progettato, il permesso per fissare i prezzi per articoli, così come l'espansione continua dei così detti settori di eccezioni. Per ciò sono riusciti soltanto nel 1957 a concludere la normativa. Questa nuova legge entrava in vigore il 1 gennaio 1958".

¹⁹³ Il ruolo avuto dal mercato sociale nella politica tedesca del dopo guerra viene sottolineato da François Souty: "*La Soziale Marktwirtschaft est une véritable doctrine économique d'essence libérale et d'inspiration démocrate-chrétienne, mais aussi pleinement adoptée par la social-démocratie allemande: toute comme l'économie et la société de la France républicaine se sont bâties par référence au programme du parti radical-socialiste de Belleville de la fin du XIX^e siècle, la Soziale Marktwirtschaft repose notamment sur les éléments d'un programme de parti politique démocrate-chrétien, celui du CDU, établi en 1949. La CDU a alors élaboré les Directives de Düsseldorf sur les fondements des travaux de l'école allemande ordolibérale fondée (Wirtschaftsordnung) par Franz Böhm et dominée après guerre par la personnalité du grand ministre fédéral de l'Economie Ludwig*

caratterizza, in particolare, per avere una clausola generale che dichiara invalidi tutti gli accordi con effetti restrittivi alla libera concorrenza. Ma si caratterizza anche, come appena dimostrato da Volker, per prevedere un grande numero di eccezioni a tale norma generale, da concedersi secondo il parere del *Bundeskartellamt*, l'autorità tedesca garante della concorrenza. In tale ambito, si dimostra particolarmente significativa la critica fatta da Friedrich A. Hayek, nell'opera "Diritto, Legislazione e Società"¹⁹⁴ alla *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* del 1957:

"There is probably no better illustration of the failure of the more ambitious attempt than the German Federal Republic's law against restrictions of competition. It begins with a sweeping provision which, wholly in the sense of what has been suggested, declares as invalid all agreements in restraint of competition. But after it has also made such agreements a punishable offence, it ends up by performance the general rule with so many exceptions, which wholly exempt various kinds of contracts, or confer upon authorities discretionary powers to permit them, and finally confines the application of the law to such a limited sector of the economy, that it deprives the whole of most of its effectiveness. There would have been no need for most of if not for all of these exceptions if the law had confined itself to what it provided in the first paragraph and had not added to the declaration of the invalidity of agreements in restraint of trade a prohibition under penalties".

Con l'emanazione della legge del 1957, la Germania raggiunge il sistema di tutela della libera concorrenza che attualmente è in vigore. Un esame approfondito dei principi che reggono tale sistema normativo viene svolto nell'ambito del capitolo secondo di questa tesi, dedicato alle scuole di analisi della tutela della concorrenza del secondo dopo guerra. In tale contesto, verrà analizzata la Scuola Ordoliberal di Friburgo, elaboratrice della normativa.

Erhard". In: SOUTY, François. *La Politique de la Concurrence en Allemagne Fédérale. Opus cit.*, p. 6. Vedi inoltre SCHLECHT, Otto. *Grundlagen und Perspektiven der Sozialen Marktwirtschaft*. Tübingen: Mohr, 1990, p. 35 ss.

1.2.5 Democrazia e mercato negli inizi degli Stati Uniti.

La storia della tutela della concorrenza negli Stati Uniti d'America è intimamente connessa ai principi di uguaglianza e libertà elaborati dal pensiero politico e filosofico di Thomas Jefferson. È possibile affermare, in quest'ambito, che la presentazione del disegno di legge contro le restrizioni alla libera concorrenza da parte del Senatore John Sherman¹⁹⁵ e la sua approvazione da parte del Congresso americano il 2 luglio 1890, trova radici in un terreno intensamente imbevuto degli ideali jeffersoniani.

Veniva istituito uno degli strumenti più efficaci per l'effettiva attuazione della concezione di Democrazia di mercato auspicata da Thomas Jefferson e da James Madison. Una democrazia di mercato a lungo pensata e voluta dagli americani, ma che per diversi problemi politici mai aveva potuto stabilirsi. L'ispirazione jeffersoniana dello *Sherman Antitrust Act* e della giurisprudenza in materia emanata nei decenni che seguiranno all'approvazione della succitata norma vengono così commentate da Giuliano Amato¹⁹⁶:

“(...) è indubbio che la catena che porta dallo Sherman Act al Clayton Act e i principi a cui la giurisprudenza si venne ispirando nell'interpretazione dell'uno e dell'altro si riconducono trasparentemente a quei fili, dando ragione a chi vede nell'antitrust una traduzione, aggiornata al primo Novecento, degli ideali democratici di Jefferson: una società di produttori possibilmente tutti eguali fra loro e tutti indipendenti fra loro, in modo da

¹⁹⁴ HAYEK, Friedrich A. *Law, Legislation and Liberty. The Political Order of a Free People*. Chicago: Chicago University Press, 1979, p. 87.

¹⁹⁵ Nel momento in cui ha presentato il progetto di legge *antitrust* nel senato statunitense, John Sherman era già una personalità conosciuta in tutto il territorio degli Stati Uniti. Membro del Partito Repubblicano ed originario dello Stato d'Ohio, aveva già fatto otto anni come deputato nella Camera dei Rappresentanti e altri venticinque come senatore. Nel 1880 e nel 1888 aveva presentato la sua candidatura alla nomina del partito per le elezioni presidenziali degli Stati Uniti. Avendo perso entrambi, e a causa di queste delusioni, ha cominciato a interessarsi per l'*antitrust*. Come afferma Letwin, di là in poi ha iniziato "by establishing personal jurisdiction over the antitrust problem". In: LETWIN, William. *Opus cit.*, p. 87 ss.

evitare la diseguaglianza della ricchezza e il divario di potere che essa comporta, non solo nei rapporti civili, ma nello stesso rapporto con il potere politico, che può essere corrotto tanto dalla prevaricazione dei potenti, quanto dalle pretese redistributive di masse di lavoratori dipendenti. I piccoli agricoltori di Jefferson sono divenuti i *little men* di Woodrow Wilson".¹⁹⁷

Come è possibile constatare, i sistemi normativi appartenenti alla famiglia del *common law* – come quello americano –, guardano alla giurisprudenza come punto di riferimento fondamentale per l'attuazione delle norme positive¹⁹⁸. In tale contesto, si può osservare che anche l'attuazione dello *Sherman Antitrust Act* è stata condizionata dall'emanazione di sentenze che hanno esaltato lo spirito della democrazia di mercato di stampo jeffersoniano. Fra le sentenze emanate nel primo periodo di attuazione dello *Sherman Act* va evidenziata¹⁹⁹ la sentenza *United States v. Trans Missouri Freight Association*²⁰⁰ del 1897. In tale decisione, la Suprema Corte statunitense ha condannato il potere della compagnie ferroviarie di privare il paese:

"(...) dei servizi di un largo numero di operatori, piccoli ma indipendenti, che conoscevano i loro affari, avevano speso la loro vita nel coltivarli e avevano mantenuto se stessi e le loro famiglie col piccolo profitto che ne ricavavano".

Segue nello stesso senso, tentando di consolidare la democrazia di mercato voluta dal Senatore Sherman, la sentenza *United States v. Aluminum Co. of America (ALCOA)*²⁰¹, emanata nel 1945, nella quale viene vigorosamente affermato che :

¹⁹⁶ AMATO, Giuliano. *Il Potere e L'antitrust. Il Dilemma della Democrazia Liberale nella Storia del Mercato*. Bologna: Il Mulino, 1998, pag. 94.

¹⁹⁷ Vedi, a proposito degli ideali democratici del filosofo e ex-Presidente degli Stati Uniti JEFFERSON, Thomas. *Notes on the State of Virginia*. In: *Writings*, New York: The Library of America, 1984, p. 290.

¹⁹⁸ Vedi a riguardo LEVASSEUR, Alain. *Droit des États-Unis*. Paris: Dalloz, 1990, p. 30 ss.

¹⁹⁹ AMATO, Giuliano. *Opus cit.*, pag. 94.

²⁰⁰ *Supreme Court of the United States*, causa *United States v. Trans Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290, 312, 323, 329, 331-332, 340, 347 (1897).

²⁰¹ Seguono alcuni presupposti importanti presenti nel testo della stessa sentenza (148 F.2d 416 - 2d Cir.) del 1945: "*The wider purposes. Indeed, even though we disregarded all but economic considerations, it*

" (...) because of its indirect social or moral effect, to prefer a system of small producers, each dependent for his success upon his own skill and character, to one in which the great mass to those engaged must accept the direction of a few".

Come osservano i teorici americani Thomas Sullivan e Herbert Hovenkamp²⁰², sono state varie e frequenti le occasioni in cui la Suprema Corte degli Stati Uniti – nel periodo posteriore alla fine del secondo conflitto mondiale – ha potuto emanare delle sentenze che hanno fornito supporto alla teoria di Sherman, in certi casi raffinandola. È quello che succede, ad esempio, nell'ambito della sentenza *United States v. von's Grocery Co.*²⁰³ del 1966, in cui viene affermato che le norme *antitrust* non hanno il loro obiettivo fondamentale nell'economia, ma nella preservazione delle istituzioni democratiche e dell'organizzazione industriale basata in piccole unità. Analoga

would by no means follow that such, concentration of producing power is to be desired, when it has not been used extortionately. Many people believe that possession of unchallenged economic power deadens initiative, discourages thrift and depresses energy; that immunity from competition is a narcotic, and rivalry is a stimulant, to industrial progress; that the spur of constant stress is necessary to counteract an inevitable disposition to let well enough alone. Such people believe that competitors, versed in the craft as no consumer can be, will be quick to detect opportunities for saving and new shifts in production, and be eager to profit by them. In any event the mere fact that a producer, having command of the domestic market, has not been able to make more than a 'fair' profit, is no evidence that a 'fair' profit could not have been made at lower process (...) True, it might have been thought adequate to condemn only those monopolies which could not show that they had exercised the highest possible ingenuity, had adopted every possible economy, had anticipated every conceivable improvement, stimulated every possible demand. No doubt, that would be one way of dealing with the matter, although it would imply constant scrutiny and constant supervision, such as courts are unable to provide. Be that as it may, that was not the way that Congress chose; it did not condone 'good trusts' and condemn 'bad' ones; it forbade all. Moreover, in so doing it was not necessarily actuated by economic motives alone (...) These considerations, which we have suggested only as possible purposes of the Act, we think the decisions prove to have been in fact its purposes".

²⁰² SULLIVAN, Thomas et HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law, Policy and Procedure. Cases, Materials, Problems*. Charlottesville: Lexis Law Publishing, 1994, p. 3.

²⁰³ La sentenza *United States v. von's Grocery Co.* (384 U.S. 270, 274-75) del 1966 dimostra chiaramente tale preoccupazione per i piccoli commercianti e per le opportunità di concorrere nel mercato: "It is enough for a us that Congress feared that a market marked at the same time by both a continuous decline in the number of small businesses and a large number of mergers would slowly but inevitably gravitate from a market of many small competitors to one dominated by one or a few giants, and competition would thereby destroyed". Sono di interesse inoltre aspetti sollevati dalle opinioni dissidenti dei giudici Stewart e Harlan: "The harsh standard now applied by the Court to horizontal mergers may prejudice irrevocably the already difficult choice faced by numerous successful small and medium-sized businessmen in the myriad smaller markets where the effect of today's decision will be felt, whether to expand by buying or by building additional facilities. And by foreclosing future sale as one attractive avenue of eventual market exit, the Court's decision may over the long run deter new market entry and tend to stifle the every competition it seeks to foster".

posizione viene presa con la sentenza *Brown Shoe Co. v. United States* del 1962, nella quale la Suprema Corte incoraggia eque opportunità di concorrenza.²⁰⁴

Un altro punto importante in tale contesto concerne la salvaguardia della democrazia e delle istituzioni politiche e sociali nei confronti di possibili influenze del potere economico. Essendo uno dei punti centrali della teoria di Sherman – di chiara ispirazione jeffersoniana –, tale principio di salvaguardia viene ribadito dalla Suprema Corte nella sentenza *Northern Pac. Ry. V. United States*²⁰⁵ del 1958:

“The Sherman Act was designated to be a comprehensive charter of economic liberty aimed at preserving free and unfettered competition as the rule of trade. It rests on the premise that the unrestrained interaction of competitive forces will yield the best allocation of our economic resources, the lowest prices, the highest quality and the greatest material progress, while at the same time providing an environment conducive to the preservation of our democratic, political and social institutions”.

Queste prese di posizione della Suprema Corte statunitense fanno riflettere sul fatto che la tutela della concorrenza a favore della attuazione di un'efficienza democratica, oltre che di quella economica, sia stato un ambito particolarmente combattuto e denso di contrasti. In questo senso, l'influenza di valori ai quali si sono ispirati i padri fondatori degli Stati Uniti per la costruzione del nuovo Stato ha contribuito in modo determinante affinché le prime elaborazioni teoriche dell'*antitrust* americano si fondasse sulla necessità di un'efficienza democratica. Illuminante a tale riguardo è quanto affermato da Giuliano Amato²⁰⁶:

²⁰⁴ L'affermazione fatta dalla Suprema Corte in *Brown Shoe Co. v. United States* (370 U.S. 294, 344) nel 1962 sul fatto che le norme *antitrust* sono state storicamente elaborate per tutelare la concorrenza e non i concorrenti: *“Taken as a whole, the legislative history illuminates congressional concern with the protection of competition, not competitors, and its desire to restrain mergers only to the extent such combinations may tend to lessen competition (...). Of course, some of the results of large integrated or chain operations are beneficial to consumers. Their expansion is not rendered unlawful by the mere fact that small independent stores may be adversely affected. It is competition, not competitors, which the Act protects. But we cannot fail to recognize Congress' desire to promote competition through the protection of viable, small, locally owned business. Congress appreciated the occasional higher costs and prices might result from the maintenance of fragmented industries and markets. Its resolved these competing considerations in favor of decentralization. We must give effect to that decision”.*

²⁰⁵ *Supreme Court of the United States*, causa *Northern Pac. Ry. V. United States*, 356 U.S. 1, 4 (1958).

²⁰⁶ AMATO, Giuliano. *Opus cit.*, p. 95.

“Nelle sue prime impostazioni, insomma, l’antitrust americano porta su di sé sia il peso dell’efficienza economica, sia quello dell’efficienza democratica, l’una e l’altra identificate in pari misura nella dispersione del potere, tanto nel mercato che nelle istituzioni; sulla esplicita premessa, per quanto riguarda il potere economico, che esso non ha legittimazione alcuna, giacché la sua stessa esistenza contrasta non solo con le ragioni di efficienza, ma con i principi democratici”.

Come si è potuto verificare, questa prima parte relativa all’analisi della normativa *antitrust* degli Stati Uniti ha inteso prevalentemente dimostrare come siano stati attuati i principi filosofici jeffersoniani nel sistema di tutela della concorrenza statunitense, in particolare per quel che riguarda i suoi principali sviluppi nell’ambito giurisprudenziale.

L’analisi che sarà svolta nei prossimi paragrafi ha l’obiettivo di illustrare le principali norme giuridiche che, nell’ordinamento statunitense, hanno il fine di tutelare la libera concorrenza. Nel far ciò, si darà particolare rilievo al contesto storico nel quale sono state emanate le succitate leggi *antitrust*.

1.2.5.1 Lo *Sherman Antitrust Act*.

Quando negli Stati Uniti divennero maturi i tempi per l’approvazione dello *Sherman Antitrust Act*, molti americani vivevano ancora in campagna o in piccoli comuni. Gran parte di loro era formata da contadini e gli operatori economici erano piccoli imprenditori che avevano da poco cominciato a sviluppare l’industrializzazione del Paese.

Alla fine della guerra civile americana, secondo quanto osservano gli studiosi Eleanor Fox e Lawrence Sullivan²⁰⁷, questo processo di industrializzazione era già visibile e comportava un mutamento del modo di pensare di alcuni segmenti della società.

Gli elementi che spingevano l’industrializzazione del paese erano la costituzione

²⁰⁷ FOX, Eleanor M. et SULLIVAN, Lawrence A. *Opus cit.*, p. 937.

di un mercato nazionale per prodotti manufatti; l'innovazione tecnologica, che faceva acquistare alla produzione grandi potenzialità; e, infine, la generazione di notevoli montanti di capitale, necessari a finanziare questa crescita. Tali Autori evidenziano inoltre come elementi importanti in questo contesto, la crescita accelerata della popolazione urbana, la creazione di collegamenti fra le piccole comunità e le grandi città attraverso le ferrovie e i mezzi di comunicazione.

I cambiamenti ideologici che cominciavano a venire alla luce generavano tra gli operatori economici il desiderio di istituire un nuovo approccio etico, molto diverso da quello che aveva ispirato i padri fondatori degli Stati Uniti. Un'etica "più adeguata" al nuovo periodo di sviluppo economico: Citando lo storico dell'*antitrust* statunitense Willian Letwin²⁰⁸, gli studiosi Lawrence Sullivan e Warren Grimes²⁰⁹ spiegano così questo fenomeno:

"America has long embraced the notion of equality enshrined in Thomas Jefferson's words in the Declaration of independence in 1776 ('all men are created equal'). Although the United States has never quite succeeded in making this aspiration a reality, the independence and freedom of the nineteenth-century American farmer fit nicely with the notions of equality it embodies. The rapid industrialization of the threatened this ideology".

In un quadro concorrenziale dal tutto nuovo, l'ideologia che velocemente si propagava fra le imprese degli Stati Uniti aveva le sue basi nella pratica del *free rider*, ovvero, in una corsa libera in cui erano validi tutti i metodi e tutte le strategie per accaparrarsi una bella fetta di mercato (o anche per monopolizzarlo).

Lo sviluppo di questa "corsa libera" faceva in modo che, lentamente, gli operatori economici sentissero la necessità di elaborare nuove tecniche, dirette a controllare l'azione delle varie imprese di un medesimo settore del mercato. Occorreva "organizzare" la presenza e l'attuazione delle imprese concorrenti, cercando di

²⁰⁸ LETWIN, Willian. Congress and the Sherman Antitrust Law: 1887-1890. University Chicago Law Review, n.° 23 (1956), p. 221.

²⁰⁹ Continuano gli autori: "The Jeffersonian ideal was diffused power left in the hands of citizen farmers and small businessmen. Thus, late nineteenth-century reformers tended to favor breaking up monopolies, not a government takeover of these firms". In: SULLIVAN, Lawrence Anthony et GRIMES, Warren S. The Law of Antitrust: an Integrated Handbook. *Opus cit*, p. 5.

guadagnare molto sfruttando l'economia, ma anche di dividere il profitto in modo tale che non si verificassero autentiche guerre fra le imprese stesse. Il modo utilizzato per attuare questa "organizzazione" era quello della stipulazione di accordi fra le ditte allo scopo di studiare insieme il mercato e, in seguito, di trovare le migliori soluzioni per guadagnare senza essere disturbati da piccoli concorrenti o dai consumatori. In questa prospettiva, come indicano Eleanor Fox e Lawrence Sullivan²¹⁰:

"By the late 1870s and early 1880s, entrepreneurs were seeking ways to obtain relief from unrelenting competition. Agreements to lessen price competition and to coordinate output became a common solution".

Il primo e più rozzo metodo utilizzato fu il *pooling*, un tipo d'intesa fra imprese nella quale la fissazione delle quote di mercato e dei margini di profitto che ogni impresa appartenente al *pool* poteva conseguire veniva affidato ad un "gestore". Questo metodo ha avuto una larga utilizzazione nell'ambito dei servizi di trasporto ferroviario statunitense.²¹¹

Ma il più importante e suggestivo metodo, che inoltre ha dato l'ispirazione al titolo della legge di contrasto alle restrizioni del commercio, era il *trust*.

Strumento giuridico tipico del *common law*, il *trust*, mai prima era stato utilizzato con finalità anticoncorrenziali. Però, con l'avvento dei "nuovi tempi", questa situazione è cambiata radicalmente. Giuliano Amato²¹² illustra molto bene come veniva utilizzato questo strumento per restringere il commercio:

"Il *Trust* era un tradizionale istituto della *Common Law* tramite il quale si delegava a un fiduciario, tra l'altro, il proprio diritto di voto nel consiglio di amministrazione di una società. Attraverso scambi incrociati di deleghe di voto nei rispettivi consigli di amministrazione, gli amministratori di più società concorrenti decidevano insieme le politiche di prezzo e di mercato,

²¹⁰ FOX, Eleanor M. et SULLIVAN, Lawrence A. *Antitrust – Retrospective and Prospective: Where are we coming? Where are we going*, p. 939.

²¹¹ Le operazioni compiute dalle imprese ferroviarie in quest'ambito sono state talmente forti che il Congresso degli Stati Uniti già aveva tentato, senza successo, attraverso *Interstate Commerce Act* del 1887, imporre divieto.

²¹² AMATO, Giuliano. *Opus cit.*, 1998, p. 13.

restando ciascuno sotto il controllo degli altri. Si creavano così veri e propri cartelli, mascherati sotto l'uso del *Trust*".

Tale fenomeno portava grandi disagi ai consumatori, che si vedevano prigionieri di una o di un gruppo di grandi imprese, generando d'altro canto l'espulsione dal mercato degli imprenditori più piccoli. In questo senso, come affermato da Alan Rhode²¹³, lo sviluppo della grande impresa (*corporation*) negli Stati Uniti di fine ottocento :

"(...) da un lato è leva per un'espansione senza precedenti dell'economia americana, dall'altro crea forti problematiche: i grandi interessi finanziari, garantiti con i mezzi predatori più vari attraverso forme di concentrazione industriale (*trusts, pools, cartels*), suscitano il risentimento e la protesta dei nostalgici dell'età di Thomas Jefferson, nella quale gli ideali di uguaglianza e pari opportunità erano stati recepiti come diritti fondamentali all'interno di ogni realtà imprenditoriale".²¹⁴

Dal punto di vista giuridico, nel periodo anteriore all'emanazione dello *Sherman Antitrust Act*, diventava molto difficile per il potere pubblico combattere le strategie commerciali che utilizzavano questi strumenti per restringere la libera concorrenza. Ciò perché veniva subito sollevato dai legali delle grandi imprese il principio della *Liberty of contract*²¹⁵, istituto che nel sistema giuridico nordamericano del secolo XIX aveva

²¹³ RHODE, Alan. La vicenda della "Rule of Reason" attraverso la Storia del Diritto Antitrust Statunitense. *Diritto & Diritti*, n.° 2 (2002). Documento disponibile su *internet* il 23 luglio 2003, sito <http://www.diritto.it/articoli/transnazionale/rhode.html>.

²¹⁴ Continua l'autore: "È un problematica morale, non solo economica: la plutocrazia di pochi è vista come un nemico della libertà, della giustizia ed il monopolio un male da estirpare perché tiranno degli individui e dello Stato. Alle origini della normativa statunitense in campo monopolistico soggiacciono dunque motivazioni dissimili da quelle prettamente economiche sotto la luce delle quali le norme oggi sono lette, anche se gli obbiettivi del diritto antitrust appaiono i medesimi: permettere la concorrenza, l'entrata nel mercato di nuove imprese ed evitare abusi da parte di potenze economiche. L'atmosfera – però – che pervade i primi passi legislativi non è scindibile dagli ideali dell'epoca e dalla visione che gli americani avevano della società. Come non è possibile raffrontare la normazione statunitense con quella europea senza tenere conto delle diverse politiche che le indirizzano".

²¹⁵ Il ruolo e le diverse teorie sui contratti sorti nell'ambito del diritto statunitense del secolo XIX è stato un capitolo a parte della storia giuridica di quel paese. Il veloce sviluppo del capitalismo richiedeva strumenti giuridici adatti ai nuovi tipi di scambi, sviluppando così molte teorie contrattuali e anche la libertà di contratto. Come osserva Lawrence Friedman, nel secolo XIX il diritto dei contratti: "(...) was a body of law well suited to a market economy. It was the general branch of law that the made and

toni sacrali. In tale modo, i membri dei cartelli sono riusciti a creare un meccanismo di autodifesa adatto a respingere qualsiasi iniziativa di aperto contrasto o di regolamentazione proposta dal governo. In questo senso, come affermato da Rudolph Peritz²¹⁶ :

"Given the social and economic conditions of its development, common-law regulation did not address adequately the new threat of entirely 'private' monopoly – whether appearing as an individual, trust, or cartel. Liberty of contract, once conceptualized as the individual's shields against a threatening sovereign, now provided armor for powerful private interest against majoritarian government."

Come è possibile osservare, pian piano si va formando nel seno della società statunitense un sentimento di ripudio di tutti i tipi di iniziative dirette a restringere in modo feroce la concorrenza, sterminando le piccole ditte e togliendo al consumatore possibilità di scelta. Iniziative che, date le loro proporzioni, cominciarono a mettere a rischio non solo l'economia, ma anche la politica e le più profonde radici democratiche degli Stati Uniti. In particolare, sono stati i grandi produttori rurali i primi a reagire contro questo tipo di abuso. Anche se, in generale, non potevano capire bene quale fenomeno stava accadendo nell'economia del paese, i grandi produttori rurali hanno saputo muoversi nel campo politico con delle azioni severe contro questo meccanismo di controllo del mercato. Secondo quanto osservano gli studiosi Lawrence Sullivan e Warren Grimes²¹⁷:

applied rules for arm's-length bargains, in a free, impersonal market (...) The amazing expansion of the contract clause also illustrate the voracious appetite of the concept of contract. The Constitution forbade states from impairing the obligation of a contract. But what was a contract? The Supreme Court gave broad and unexpected answers. A legislative land grant, a college charter, even a part, these cases used the concept as a metaphor, as a tool of the constitutional trade. The root notion was no metaphor, however. The states was a duty-bound to support a broad, free market; to do so, business needed the right to rely on the stability of arrangements legally made, at least in the short and middle run. The contract guaranteed precisely that kind of stability". In: FRIEDMAN, Lawrence M. A History of American Law. New York: Simon and Chuster, 1973, p. 244. Vedi al riguardo, le seguenti sentenze della Suprema Corte statunitense: *Fletcher v. Peck*, 6 Cranch 87 (1810); *Dartmouth College v. Woodward*, 4 Wheat. 518 (1819); *Piqua Branch of the State Bank of Ohio v. Knoop*, 16 Wow. 369 (1853).

²¹⁶ PERITZ, Rudolph, *Competition Policy in America. History, Rhetoric, Law*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 11.

²¹⁷ SULLIVAN, Lawrence A. et GRIMES, Warren S. *Opus cit.*, p. 5.

"Farmers and small tradesmen resented the economic power of railroads and other large firms, all the more so because they quickly became dependent on these firms to supply transportation and machinery needed for farming. The resentment was fueled by a sense that they were targets of discriminatory treatment, as in the case of railroad rates that favored large businesses and disfavored the small tradesman and farmer".

All'inizio, il fenomeno veniva più che altro collegato agli abusi commessi dalle compagnie ferroviarie, così come alla commercializzazione di alcune merci sotto lo stretto controllo di cartelli, come ad esempio l'olio, lo zucchero e lo whisky. Con il passare degli anni, le ostilità verso questa forma di amministrare i *trust* sono diventate molto ampie e forti. L'idea che fosse necessaria l'istituzione di strumenti giuridici idonei a controllare, o anche a vietare tali abusi si va trasformare lentamente in un consenso generale tra la popolazione. Come afferma Alan Rhode²¹⁸, si trattava di un'ondata riformista che chiedeva allo Stato interventi normativi per ripristinare condizioni più favorevoli all'inserimento di nuove imprese nel mercato e porre argini allo strapotere dei cartelli, che finiscono – agli occhi di molti – per consociarsi col mondo politico in un'alleanza ostile ad ogni principio democratico.²¹⁹

Questo consenso ha preso dimensioni tali che, per le elezioni del 1888, quasi tutti i partiti politici – e tra questi sia il Partito Repubblicano sia il Partito Democratico – hanno inserito nei loro progetti di governo delle strategie rivolte a bloccare l'uso indiscriminato ed anticoncorrenziale degli accordi di *trust*. Come osserva William Letwin²²⁰, ciò fecero anche perché cominciavano ad essere accusati di connivenza con il

²¹⁸ RHODE, Alan. *Opus cit.*

²¹⁹ Come afferma Rudolph Peritz diversi stati federali americani, prima dell'emanazione dello *Sherman Act*, avevano già emanato atti normativi diretti a combattere le condotte restrittive della libera concorrenza all'interno del loro territorio: "In a small number of state, trust and cartels were the object of active regulation. For example, the attorneys general of Ohio, Michigan, and New York were actively prosecuting holding companies and trusts for exceeding the privileges granted under state incorporation statutes. An anti-monopoly persuasion led several other state – in particular Kansas and Missouri – to prosecute corporations for restraint of trade or pass new anti-trust legislation. In most states, however, there was little activity. Moreover, in the years immediately preceding the *Sherman Act's* passage, the legislatures of New Jersey, Delaware, and New York passed new incorporation statutes allowing, and thus beckoning, trust and holding companies". In: PERITZ, Rudolph. *Opus cit.*, p. 10.

²²⁰ LETWIN, William. *Opus cit.*, p. 85.

sistema:

"The political parties officially recognized the trust problem soon after it arose. The 'third parties' needed no urging; they were eager to extend the campaign that the Greenback and Anti-Monopoly parties had carried on since 1880 against 'land, railroad, money and other gigantic monopolies'. It was a matter of course that the Union Labor Party, formed by a coalition of Greenbackers, Knights of Labor, and farmer organizations, should make much of this new opportunity, and indeed they made it one of their great causes. The platform they adopted in the spring of 1888 concluded with the declaration: 'The paramount issues to be solved in the interests of humanity are the abolition of usury, monopoly, and trusts, and we denounce the Democratic and Republican parties for creating and perpetuating these monstrous evils'".

La pressione popolare e degli operatori economici esclusi dalle pratiche abusive ha fatto in modo che nel 1888 venissero presentati al Congresso degli Stati Uniti due progetti di legge sull'*antitrust*, il primo elaborato dal Senatore John Sherman, del Partito Repubblicano, e il secondo firmato dal Senatore John Reagan, del Partito Democratico. Il fatto di essere stato presentato nel Congresso un secondo disegno di legge, proposto dal democratico Reagan, ha messo in allerta tutto il Partito Repubblicano. Ciò perché, già in quella epoca, tale partito godeva della reputazione di essere "il partito dei ricchi" e le principali accuse di connivenza con i *trust* abusivi erano dirette proprio contro i repubblicani. D'altro lato, il potentissimo Senatore John Sherman si considerava il principale esperto in materia nel Congresso, e non voleva e non poteva perdere l'occasione di essere il fautore della così attesa disciplina *antitrust*. Così stando le cose, Sherman ha fatto una pressione immensa allo scopo che i repubblicani approvassero il più velocemente possibile il progetto nell'ambito della Commissione Finanze e, in seguito, nel Congresso.

Come è possibile constatare, tramite la presentazione di questi due progetti di legge il Congresso statunitense aveva trovato delle risposte idonee alla problematica sollevata dalla società civile. Adesso si trattava di scegliere quale poteva essere il più

interessante ed approvarlo velocemente. Però, prima di farlo, il Congresso americano ha voluto avvertire la cittadinanza sulla natura e sul funzionamento dei meccanismi di quella "cosa" che da quel momento in poi sarebbe stata combattuta. In tale senso, come osservano Lawrence Sullivan e Warren Grimes:

"Chief among them were preventing the high prices associated with monopoly or cartel activity (transfer of wealth from consumers to monopolists), a basic pocketbook issue that every voter could grasp. Another goal was protecting the right of every person to practice a trade of choice. Both of these goals were seen as consistent with suppressing or restraining the growth of big business".

Con l'emanazione di questa norma giuridica il legislatore nordamericano sperava di mettere fine alla crescita del *free rider* e all'espansione del *trust* per fini anticoncorrenziali. Di conseguenza, si riteneva di mettere la parola fine alle situazioni di guerra di mercato che così fortemente contrastavano con le tradizioni ideologiche degli Stati Uniti²²¹ e con la storia del diritto americano²²². In base a tale ragionamento, il Congresso americano – utilizzando la proposta di legge firmata dal Senatore John Sherman – ha approvato il 2 luglio 1890 una nuova legge, diretta a tutelare la concorrenza²²³. Questa combatteva tutte le manovre che potessero creare delle "restrizioni del commercio", originate da accordi e pratiche concordate fra più imprese

²²¹ Le preoccupazioni circa i possibili effetti di tali guerre di mercato nella società nordamericana erano senz'altro grandi. Si prevedeva che nel caso in cui il governo federale non emanasse urgentemente delle norme che disciplinassero i *trust* e gli abusi dei cartelli, si potesse arrivare a delle rivolte popolari, che facilmente sarebbero state manipolate da gruppi politici radicali. È significativo in tale ambito l'allarme lanciato dal Senatore John Sherman, in uno dei dibattiti sull'approvazione della legge nel Congresso, al riguardo i pericoli che rappresentavano *"the socialist, the communist e the nihilist"*. Vedi a proposito PERITZ, Rudolph. *Opus cit.*, p. 9.

²²² Per una più vasta comprensione della storia del diritto statunitense, vedi FRIEDMAN, Lawrence M. *Opus cit.*; e, HORWITZ, Morton. *The Transformation of American Law 1780-1860*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1977.

²²³ È importante sottolineare in tale contesto che alcuni anni prima della promulgazione dello *Sherman Antitrust Act* un piccolo gruppo di Stati americani avevano già emanato delle leggi dirette al controllo delle attività dei grandi gruppi commerciali, prevedendo anche delle norme *antitrust*. Come osserva Rudolph Peritz: *"In a small number of states, trust and cartels were the object of active regulation. For example, the attorneys general of Ohio, Michigan and New York were actively prosecuting holding companies and trusts for exceeding the privileges granted under states incorporation statutes. An anti-monopoly persuasion led several other states – in particular Kansas and Missouri – to prosecute corporations for restraint of trade or pass new antitrust legislation"*. In: PERITZ, Rudolph. *Opus cit.*, p. 10.

o da tentativi di monopolizzazione da parte di singole imprese.

Secondo quanto osservato da William Letwin²²⁴, l'emanazione dello *Sherman Antitrust Act* diede inizio ad una politica di repressione degli abusi nella concorrenza che è divenuta patrimonio della tradizione giuridica angloamericana. E ciò accadde, nonostante si tratti di una novità nell'ambito giuridico, inserendosi nelle principali linee direttrici che caratterizzano il *common law*:

"The Sherman Act was founded on the common law, the body of judicial decisions that the United States inherited from England. The common law, it has been widely believed, always favored freedom of trade. When English and American judges during the eighteenth and nineteenth centuries decided cases against monopolists, engrossers, or restrainers of trade, they thought they were continuing a tradition that reached back into 'time of which no man hath memory'".

Nel dichiarare l'illegalità di fattispecie che storicamente sempre sono stati considerati proibite dal *common law*, tale normativa dimostrava, secondo quanto afferma il medesimo autore, di appartenere a questa tradizione angloamericana.²²⁵

Dal punto di vista del diritto positivo, lo *Sherman Antitrust Act* prevede attraverso due "sezioni" l'imposizione di severe proibizioni a chi opera o vuole operare nel mercato. Da una parte prevede un rigoroso divieto a qualsiasi intesa che venga a restringere la concorrenza e, dall'altra, vieta i monopoli od i tentativi di monopolizzare il mercato.

In questa prospettiva, la prima sezione dello *Sherman Act* dichiara l'illegalità di tutte le intese che possano avere degli effetti restrittivi sul commercio fra gli Stati federali statunitensi, disponendo inoltre sulla sanzione da applicarsi in caso di trasgressione della normativa:

"Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or

²²⁴ LETWIN, William. *Opus cit.*, p. 18.

²²⁵ Idem, *ibidem*.

with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court”.

Il divieto dei monopoli e dei tentativi di monopolizzare il mercato vengono previsti, a loro volta, dalla seconda sezione della normativa:

“Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court”.

È importante sottolineare che all'interno di entrambe le sezioni dello *Sherman Act* sono presenti dei dispositivi tipici di diritto penale. Questi ultimi rappresentano una differenza abbastanza significativa fra le norme *antitrust* europee e quelle statunitensi. Tale contesto viene illustrato da François Souty²²⁶:

“A la différence de la plupart des lois en matière de concurrence en Europe, les violations des articles 1 e 2 du Sherman Act peuvent constituer act des crimes sous l'angle pénal et être sanctionnés comme tels”.

In questo quadro, le normative statunitensi prevedono delle pene che possono essere relativamente pesanti per coloro che abbiano violato i relativi precetti. I privati possono subire fino a tre anni di prigione, potendo inoltre essere costretti a pagare una multa salatissima, fino a 350.000 dollari statunitensi, o due volte il montante dei

²²⁶ SOUTY, François. *La Politique de la Concurrence aux États-Unis*. Paris: PUF, 1995, p. 9.

guadagni illeciti percepiti, o, ancora, due volte il montante delle perdite avute dalla vittima.²²⁷

È importante sottolineare in quest'ambito che, in contrasto con le affermazioni fatte da William Letwin al riguardo della caratterizzazione dello *Sherman Act* come norma tipica del *common law*, lo studioso Rudolph Peritz²²⁸ afferma che il fatto che il legislatore abbia incluso una fattispecie penalmente sanzionabile all'interno della norma giuridica – prevedendo sanzioni come la reclusione e la confisca dei beni – allontana lo *Sherman Act* dal modello proposto dal *common law*. In questa prospettiva, Peritz²²⁹ afferma che la previsione di tali pene sarebbe incompatibile con la tradizione del diritto comune perché:

"At common law, the consequence of finding a restraint of trade unreasonable and thus illegal was, at worst, a judicial declaration that the agreement could not be enforced against the parties: If trusts or holding companies were found to have exceeded their authority under state incorporation statutes, their charters could be revoked".

È significativa in quest'ambito, inoltre, l'opinione espressa dallo studioso Friedrich A. Hayek²³⁰ sul questo tipo di sistema che si basa sulla previsione di fattispecie penali nelle norme dirette a combattere gli accordi restrittivi della libera concorrenza. In particolare, l'autore si sofferma nell'esame del meccanismo che caratterizza lo *Sherman Antitrust Act*, e che in seguito fu copiato da diversi altri ordinamenti giuridici:

"The example set in the USA by the Section One of the Sherman Act 1890 has been widely imitated. It seem also that this provision of the Act has been

²²⁷ I giuristi statunitensi Richard Posner e Frank Easterbrook, entrambi esponenti della Scuola di Chicago, ricostruiscono il percorso storico delle pene dello *Sherman Act*: originalmente il tetto massimo delle multe imposte era di 5.000 dollari USA, aumentato nel 1955 al valore di 50.000 dollari statunitensi, e nel 1974 a 100.000 dollari statunitensi. La pena massima di reclusione era di 1 anno, aumentato nel 1974 a 3 anni. In: POSNER, Richard et EASTERBROOK, Frank. *Antitrust. Cases, Economic Notes and other Materials*. St. Paul: West Publishing Co., 1981, p. 38.

²²⁸ PERITZ, Rudolph. *Opus cit.*, p. 25.

²²⁹ Idem, *ibidem*.

²³⁰ HAYEK, Friedrich A. *Opus cit.*, p. 86 ss.

remarkably successful in creating in the business world a climate of opinion which regards as improper such explicit agreements to restrict competition. I have no doubt that such a general prohibition of all cartels, if it were consistently carried through, would be preferable to any discretionary power given to authorities for the purpose of merely preventing 'abuses'. The latter leads to a distinction between good and bad monopolies and usually to governments becoming more concerned with protecting the good monopolies than with combating the bad one. There is no reason to believe monopolistic organization deserves protection against threatening competition, and much reason to believe that some wholly voluntary organizations of firms that do not rely on compulsion are not only not harmful but actually beneficial".

Secondo quanto afferma Haiyek²³¹, in quest'ambito, il divieto penalmente sanzionato non potrebbe essere applicato senza la presenza di un potere discrezionale per concedere le eccezioni, o senza incaricare i tribunali di decidere se un determinato accordo è o meno in conformità con il pubblico interesse. L'autore evidenzia il fenomeno accaduto negli Stati Uniti, nella vigenza dello *Sherman Antitrust Act* e dei suoi diversi emendamenti, per il quale, come osservato da William Letwin²³²:

"(...) antitrust law, as now applied, tells some businessmen that they must not cut prices, others that they must not raise prices, and still others that there is something evil in similar prices".

Una volta approvata la legge dal potere legislativo, il compito di applicarla passa al potere giudiziario. E nel sistema giuridico americano – così come in tutti i sistemi normativi che hanno avuto la loro origine nel *common law* inglese –, l'interpretazione dei tribunali ha un ruolo centrale nello sviluppo del diritto. In tale ambito, il primo fattore da sottolineare al riguardo dell'attuazione dello *Sherman Act* si riferisce alla difficoltà avuta dai tribunali statunitensi nel procedere alla sua interpretazione. Tale

²³¹ Idem, ibidem.

²³² LETWIN, William. *Opus cit.*, p. 281.

fenomeno è collegato a diversi fattori con origini diverse. In primo luogo, i casi di violazione delle norme *antitrust* e il loro giudizio da parte del magistrato richiedeva un'analisi di complesse questioni economiche, che nei primi tempi di attuazione della normativa mettevano in crisi i tribunali statunitensi. L'altro problema sollevato – e forse il più complesso – si ricollegava all'interpretazione del significato dei dispositivi del proprio statuto. Secondo quanto osservato William Letwin²³³, il linguaggio adottato nell'elaborazione della norma non era di facile comprensione:

*"The language of the Act aggravated the problem of interpretation. The first section of the Act declared illegal: 'every contract, combination ... or conspiracy, in restraint of trade ...' Congress had intended by this concise formula to outlaw three sorts of agreement known to the common law, each having a proper common-law name: contracts in restraint of trade, combinations in restraint of trade, and conspiracies in restraint of trade. The phrase, 'or commerce among the several states,' was appended to assert the constitutional power on which the Act rested. But the entire formula, commendable for its brevity, was for that very reason dangerously equivocal".*²³⁴

Nel 1911, con l'emanazione della sentenza *Standard Oil*²³⁵, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha iniziato a stabilire i presupposti per l'aggiornamento e l'approfondimento delle norme *antitrust*, e ciò con riferimento ai principi stabiliti dallo *Sherman Act*. Tale iniziativa si è articolata attraverso la teoria che tutte le intese o contratti in supposta violazione alle norme contenute nello *Sherman Act* dovevano essere sottoposti ad un accurato esame in relazione al loro reale contesto di origine. In

²³³ LETWIN, William, *Opus cit.*, p. 143.

²³⁴ L'autore cita ancora alcuni altri problemi sollevati dall'interpretazione dei dispositivi del *Sherman Act*: *"For one thing, it could be read as condemning 'every ... conspiracy, in restraint of ... commerce among the several states,' though many agreements that might be so described – for instances a malicious compact to derail a locomotive – would not have violated the common-law rules against monopoly. The word 'every' also created doubts, for it could be taken to mean that the act went beyond the common law, which did not forbid 'every' restraint of trade but only 'unreasonable' restraints. Uncertainty about the word 'every' was contagious; judges who disagreed about its significance were apt to differ next about the technical meaning of the succeeding words, 'restraint of trade'. All these ambiguities had somehow to be resolved before the Act could be given a workable meaning".*

²³⁵ *Supreme Court of the United States, causa Standard Oil of New Jersey v. United States*, 221 US 1, 66

quest'ambito, come affermavano i giudici statunitensi nella succitata sentenza, dovevano essere configurati ogni effetto anti e proconcorrenziale originato da detto accordo:

▼

"The second section seeks, if possible, to make the prohibitions of the act all the more complete and perfect by embracing all attempts to reach the end prohibited by the first section, that is, restraints of trade, by any attempt to monopolize, or monopolization thereof, even although the acts by which such results are attempted to be brought about or are brought about to be not embraced within the general enumeration of the first section".

Il ragionamento svolto nella sentenza *Standard Oil* finisce per proclamare la necessità di far uso nell'ambito dell'*antitrust* di una *Rule of Reason*. La consolidazione di questo istituto nella giurisprudenza statunitense ha fatto in modo che, fino ai nostri giorni, questa venisse ad assumere un importante ruolo all'interno delle analisi dei casi di violazione delle norme di tutela della libera concorrenza.²³⁶

La revisione nata con la sentenza *Standard Oil* ha in parte il merito di aver aperto la strada per l'emanazione del *Clayton Antitrust Act* e del *Federal Trade Commission Act*, norme giuridiche che in un primo momento sono venute ad attualizzare e completare i principi dello *Sherman Act*.

Però, è da sottolineare che lo *Sherman Antitrust Act* è rimasto fino ad oggi come il principale strumento di tutela della libera concorrenza nel sistema normativo degli Stati Uniti d'America. Tutte le norme giuridiche in materia che si sono susseguite durante gli anni derivano dell'impostazione iniziale sorta con l'emanazione dello

(1911).

²³⁶ Come affermato a riguardo da Rudolph Pertiz: *"The Supreme Court in Standard Oil (1911) announced the antitrust Rule of Reason, which resolved the lingering question of how to treat commercial collectives organized as formal entities, as corporations or trusts: economic power was to be tolerated unless abused (...) Standard Oil decided a conflict not only wrapped in ideological controversy but also rife with material consequences. Just as the two more recent opinions confronted questions of the government's role in race and gender relations, Standard Oil can be understood as deciding fundamental questions of political economy, if not economic class relations. The public's identification with Justice Peckham's earlier antitrust image of 'small dealers and worthy men' at the mercy of the powerful trust and the symbolic power of 'the Standard' to provoke fears of individual helplessness and political corruption proved a context for understanding how the Rule of Reason quickly became the pro-trust idiom that stirred public sentiment and legislative reaction, the apparently severe consequence of corporate dissolution notwithstanding"*. In: PERITZ, Rudolph. *Opus cit.*, p. 59 ss.

Sherman Act. In tale senso, secondo quanto affermato da Lawrence Sullivan²³⁷ :

"The basic antitrust legislation is the Sherman Antitrust Act of 1890. Most substantive antitrust law derives from the analysis and application of the concepts contained in Sections 1 and 2 of that Act".

Lo studioso francese François Souty²³⁸, a sua volta, afferma che nel corso degli anni lo *Sherman Antitrust Act* aveva acquistato un carattere quasi costituzionale all'interno della sfera giuridica statunitense. Infatti, così è successo proprio perché lo *Sherman Act* aveva definito gli obiettivi della politica della concorrenza che si è diffusa in tutto il mondo sviluppato alla fine del secolo XIX. In questa prospettiva, dopo quasi 70 anni di attuazione delle norme contenute nello *Sherman Act*, il giudice Black della Corte Suprema degli Stati Uniti – nell'emanazione della sentenza *Northern Pacific Railway*²³⁹ –, ha potuto sottolineare l'importanza di questa normativa, così definendola:

"The Sherman Act was designated to be a comprehensive charter of economic liberty aimed at preserving free and unfettered competition as the rule of trade. It rests on the premise that the unrestrained interaction of competition forces will yield the best allocation of our economic resources, the lowest prices, the highest quality and the greatest material progress, while at the same time providing an environment conducive to the preservation of our democratic political and social institutions".

È interessante il fatto che delle tre discipline giuridiche in materia di *antitrust* che seguirono lo *Sherman Act*, due sono state emanate per volere diretto di Woodrow Wilson²⁴⁰, Presidente degli Stati Uniti fra il 1913 e il 1921. L'emanazione di queste due

²³⁷ SULLIVAN, Lawrence A. *Antitrust*. *Opus cit*, p. 13.

²³⁸ SOUTY, François. *La Politique de la Concurrence aux États-Unis*. *Opus cit*, p. 8.

²³⁹ *Supreme Court of the United States*, causa *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 365 US 1, 4 (1958).

²⁴⁰ Woodrow Thomas Wilson è nato a Staunton, Virginia, il 28 dicembre 1856 e li è morto il 3 febbraio 1924. Originario di famiglia povera e figlio di un pastore presbiteriano, Wilson si laurea in legge all'*University of Virginia* e fa un dottorato di ricerca (Ph.D) in diritto costituzionale – con tesi intitolata *Congressional Government*, pubblicata nel 1885 – per la *Johns Hopkins University*. Ha lavorato come avvocato e professore di giurisprudenza. Nel 1902 viene eletto Presidente della *Princeton University*. La sua carriera politica inizia con l'elezione al Senato e posteriormente, con l'elezione a Governatore dello

leggi, il *Clayton Antitrust Act* e il *Federal Trade Commission Act* – entrambe approvate dal Congresso americano nel 1914 –, hanno fatto parte di un più ampio pacchetto di misure di politica economica istituito da W. Wilson.

1.2.5.2 Il *Clayton Antitrust Act*

Il disegno di legge all'origine del *Clayton Act* è nato dal desiderio del Presidente Wilson di riformare lo *Sherman Act*. L'idea era di far approvare una nuova normativa che venisse a colmare le lacune lasciate aperte dal testo della normativa del 1890. In altre parole, si trattava di impostare un nuovo testo – sussidiario a quello dello *Sherman Act* – in cui venissero dettagliati diversi aspetti delle violazioni alla libera concorrenza. Come ha osservato al riguardo William Letwin²⁴¹, l'obiettivo del Presidente Wilson nell'impostare questa riforma era chiaro, ed era quello di limitare la discrezionalità dei tribunali statunitensi in materia:

"The Sherman Act should stand unaltered 'with its debatable ground about it,' but the area of that debatable ground should be reduced by 'further and more explicit legislation,' which would reduce the discretion of the courts and dispel the uncertainties of businessmen".

All'inizio di 1914 la stesura del testo della nuova normativa viene affidata a Henry Clayton, presidente della Commissione di Giustizia del Congresso. In poche settimane viene presentato il disegno di legge, che prevedeva il divieto assoluto della vendita basata su prezzi discriminatori, il divieto dei contratti di vendita *tie-in* e dei contratti che vincolano la vendita alla condizione di non acquistare prodotti di terzi. Il disegno prevedeva inoltre l'implementazione di nuove regole relative alle denunce presentate da privati, sulla situazione delle *Labor Union* sotto le norme *antitrust*, sugli accordi fra *corporations* per fare in modo che una possa acquistare lo *stock* di altra, e,

Stato di New Jersey (1911-1913) per il Partito Democratico. Nel 1913 viene eletto Presidente degli Stati Uniti. In questa carica, inizia un vasto programma di riforme delle politiche economiche diretto a promuovere la competitività, a rimuovere vecchi privilegi e a riformare il sistema bancario. Nel 1916 viene rieletto Presidente degli Stati Uniti. In: KAVANAGH, Dennis. *Dictionary of Political Biography*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 507.

²⁴¹ LETWIN, William. *Opus cit.*, p. 271.

infine, sui contatti fra amministrazioni di aziende. A tutto ciò vengono aggiunte diverse nuove regole procedurali²⁴². Come osserva François Souty²⁴³ l'obiettivo di queste disposizioni era molto chiaro:

▼

"Le Clayton Antitrust Act (15 USC, § 12-27) visait à compléter le Sherman Act en proposant une réelle définition de ce qui devait être considéré comme légal ou illégal en matière d'antitrust".

Si tentava, in tale modo, di colmare le lacune dello *Sherman Act* cercando di tutelare le imprese minori dalle pratiche coercitive e di esclusione tutte le volte che da queste potesse derivare una sostanziale restrizione della concorrenza.²⁴⁴

Il disegno di legge non veniva approvato senza delle difficoltà. In particolare, come ha affermato William Letwin²⁴⁵, l'iniziativa ha subito lunghi e violenti attacchi da parte di diversi parlamentari:

"On the one hand, congressmen of all parties and persuasions argued that the list of prohibited practices should be much longer, indeed that it should be a detailed and comprehensive catalogue of both prohibited and pretermitted practices. On the other hand, some congressmen insisted that as no complete catalogue of good and bad practices could possibly be constructed, general language should be included to guide the courts and the regulatory commission in dealing with the specific and unpredictable circumstances of future cases".

All'esito di tale agguerrito dibattito, il *Clayton Antitrust Act* viene finalmente

²⁴² Idem, p. 273.

²⁴³ SOUTY, François. La Politique de la Concurrence aux États-Unis. *Opus cit.*, p. 32.

²⁴⁴ AMATO, Giuliano. *Opus cit.*, p. 19. In quest'ambito, è significativo il commento fatto dagli studiosi Eleanor Fox e Lawrence Sullivan: *"The Clayton Act, enacted twenty-four years after the Sherman Act, derived as well from a perception that abuses of business power were unchecked. Most of the practices singled out for legislative condemnation in 1914, such as exclusive dealing, tying contracts, and interlocking directors, were wrongs of exclusion: big business fencing out competitors from access to markets; big business leaders depriving the 'little man' of a fair chance to participate in the governance of business".*

In: FOX, Eleanor M. et SULLIVAN, Lawrence A. *Opus cit.*, p. 940.

²⁴⁵ LETWIN, William. *Opus cit.*, p. 273.

approvato dal Congresso. In sintesi, la legge si articola in tre gruppi di disposizioni distinte fra loro, essendo la maggior parte delle disposizioni dirette a rendere la normativa *antitrust* più esplicita e precisa. Il primo gruppo di queste disposizioni stabilisce, fra gli altri, il divieto assoluto delle vendite basate su prezzi discriminatori²⁴⁶,

²⁴⁶ Paragrafo 2 del *Clayton Antitrust Act*, sulle "Discrimination in price, services, or facilities": "(a) *Price; selection of customers: It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them: Provided, That nothing herein contained shall prevent differentials which make only due allowance for differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to such purchasers sold or delivered: Provided, however, That the Federal Trade Commission may, after due investigation and hearing to all interested parties, fix and establish quantity limits, and revise the same as it finds necessary, as to particular commodities or classes of commodities, where it finds that available purchasers in greater quantities are so few as to render differentials on account thereof unjustly discriminatory or promotive of monopoly in any line of commerce; and the foregoing shall then not be construed to permit differentials based on differences in quantities greater than those so fixed and established: And provided further, That nothing herein contained shall prevent persons engaged in selling goods, wares, or merchandise in commerce from selecting their own customers in bona fide transactions and not in restraint of trade: And provided further, That nothing herein contained shall prevent price changes from time to time where in response to changing conditions affecting the market for or the marketability of the goods concerned, such as but not limited to actual or imminent deterioration of perishable goods, obsolescence of seasonal goods, distress sales under court process, or sales in good faith in discontinuance of business in the goods concerned. (b) *Burden of rebutting prima-facie case of discrimination: Upon proof being made, at any hearing on a complaint under this section, that there has been discrimination in price or services or facilities furnished, the burden of rebutting the prima-facie case thus made by showing justification shall be upon the person charged with a violation of this section, and unless justification shall be affirmatively shown, the Commission is authorized to issue an order terminating the discrimination: Provided, however, That nothing herein contained shall prevent a seller rebutting the prima-facie case thus made by showing that his lower price or the furnishing of services or facilities to any purchaser or purchasers was made in good faith to meet an equally low price of a competitor, or the services or facilities furnished by a competitor. (c) *Payment or acceptance of commission, brokerage, or other compensation: It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to pay or grant, or to receive or accept, anything of value as a commission, brokerage, or other compensation, or any allowance or discount in lieu thereof, except for services rendered in connection with the sale or purchase of goods, wares, or merchandise, either to the other party to such transaction or to an agent, representative, or other intermediary therein where such intermediary is acting in fact for or in behalf, or is subject to the direct or indirect control, of any party to such transaction other than the person by whom such compensation is so granted or paid. (d) *Payment for services or facilities for processing or sale: It shall be unlawful for any person engaged in commerce to pay or contract for the payment of anything of value to or for the benefit of a customer of such person in the course of such commerce as compensation or in consideration for any services or facilities furnished by or through such customer in connection with the processing, handling, sale, or offering for sale of any products or commodities manufactured, sold, or offered for sale by such person, unless such payment or consideration is available on proportionally equal terms to all other customers competing in the distribution of such products or commodities. (e) *Furnishing services or facilities for processing, handling, etc: It shall be unlawful for any person to discriminate in favor of one purchaser against another purchaser or*****

delle vendite vincolate dalla condizione di non acquistare prodotti di terzi²⁴⁷, dei contatti fra amministrazioni di aziende, così come stabiliva la regola che in determinati casi i giudizi in materia *antitrust* dovevano svolgersi secondo una cognizione sommaria, sulla base delle risultanze evidenti *prima facie*. ✓

Il secondo gruppo di disposizioni del *Clayton Act* si rivolge ai procedimenti relativi alle *Labor unions*, che godevano del privilegio di essere del tutto irraggiungibili dalle norme *antitrust*. In particolare, il paragrafo 6 della normativa in esame, intitolato "*Antitrust laws not applicable to labor organizations*", disponeva:

"The labor of a human being is not a commodity or article of commerce. Nothing contained in the antitrust laws shall be construed to forbid the existence and operation of labor, agricultural, or horticultural organizations, instituted for the purposes of mutual help, and not having capital stock or conducted for profit, or to forbid or restrain individual members of such organizations from lawfully carrying out the legitimate objects thereof; nor shall such organizations, or the members thereof, be held or construed to be illegal combinations or conspiracies in restraint of trade, under the antitrust laws".

È da sottolineare in quest'ambito che l'inclusione di tale norma nel corpo del *Clayton Act* aveva una finalità precisa. La concessione fatta dal legislatore alle *unions* si configurava, più che altro, come una strategia impostata dal Presidente W. Wilson per

purchasers of a commodity bought for resale, with or without processing, by contracting to furnish or furnishing, or by contributing to the furnishing of, any services or facilities connected with the processing, handling, sale, or offering for sale of such commodity so purchased upon terms not accorded to all purchasers on proportionally equal terms. (f) Knowingly inducing or receiving discriminatory price: It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, knowingly to induce or receive a discrimination in price which is prohibited by this section".

²⁴⁷ Paragrafo 3 del *Clayton Antitrust Act*, sulle "*Sale, etc., on agreement not to use goods of competitor*":
"It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to lease or make a sale or contract for sale of goods, wares, merchandise, machinery, supplies, or other commodities, whether patented or unpatented, for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, or fix a price charged therefor, or discount from, or rebate upon, such price, on the condition, agreement, or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in the goods, wares, merchandise, machinery, supplies, or other commodities of a competitor or competitors of the lessor or seller, where the effect of such lease, sale, or contract for sale or such condition, agreement, or understanding may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce".

ringraziare il sostegno dato dalle stesse *unions* al suo progetto politico nel 1912.

Il terzo gruppo di disposizioni del *Clayton Act* è diretto alla regolamentazione dell'acquisto, da parte di una determinata impresa, dello *stock* di un'altra²⁴⁸. Secondo quanto osservato da William Letwin²⁴⁹, tale normativa veniva incontro al desiderio del governo e della Commissione di Giustizia del Senato di mettere fine a queste pratiche che, in quell'epoca, erano alle radici dei più forti *trust*.

Gli ultimi significativi contributi del *Clayton Act* riguardano l'impostazione di nuove regole per le denunce svolte da privati²⁵⁰ e ai cambiamenti nella procedura in

²⁴⁸ Paragrafo 7 del *Clayton Antitrust Act*, sulle "Acquisition by one corporation of stock of another": "No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly. No person shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of one or more persons engaged in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition, of such stocks or assets, or of the use of such stock by the voting or granting of proxies or otherwise, may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly. This section shall not apply to persons purchasing such stock solely for investment and not using the same by voting or otherwise to bring about, or in attempting to bring about, the substantial lessening of competition. Nor shall anything contained in this section prevent a corporation engaged in commerce or in any activity affecting commerce from causing the formation of subsidiary corporations for the actual carrying on of their immediate lawful business, or the natural and legitimate branches or extensions thereof, or from owning and holding all or a part of the stock of such subsidiary corporations, when the effect of such formation is not to substantially lessen competition. Nor shall anything herein contained be construed to prohibit any common carrier subject to the laws to regulate commerce from aiding in the construction of branches or short lines so located as to become feeders to the main line of the company so aiding in such construction or from acquiring or owning all or any part of the stock of such branch lines, nor to prevent any such common carrier from acquiring and owning all or any part of the stock of a branch or short line constructed by an independent company where there is no substantial competition between the company owning the branch line so constructed and the company owning the main line acquiring the property or an interest therein, nor to prevent such common carrier from extending any of its lines through the medium of the acquisition of stock or otherwise of any other common carrier where there is no substantial competition between the company extending its lines and the company whose stock, property, or an interest therein is so acquired".

²⁴⁹ LETWIN, William. *Opus cit.*, p. 275.

²⁵⁰ Paragrafo 4 del *Clayton Act* sulle "Suits by persons injured": "(a) Amount of recovery; prejudgment interest Except as provided in subsection (b) of this section, any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee. The court may award under this section, pursuant to a motion by such person promptly made, simple interest on actual damages for the period beginning on the date of service of such person's pleading setting forth a claim under the antitrust laws and ending on the date of judgment, or for any shorter period therein, if the court finds that the award of such interest for such period is just in the circumstances. In determining whether an award of interest under this section for any period is just in the circumstances, the court shall consider

materia di violazioni delle norme *antitrust*, anche queste più chiare e precise rispetto allo *Sherman Act*.²⁵¹

1.2.5.3 Il *Federal Trade Commission Act* ✓

Come quanto affermato precedentemente, anche il *Federal Trade Commission Act* (FTCA) è stato emanato per volere diretto di Woodrow Wilson. Ciò perché la nuova legge apparteneva all'ampio programma di riforme della politica economica statunitense – *The New Freedom* – da lui promosso. In quest'ambito, secondo il progetto elaborato dal Presidente, istituire una commissione federale incaricata di fiscalizzare le azioni degli operatori economici nel mercato avrebbe potuto raggiungere due obiettivi importanti:

"(...) it would be an 'indispensable instrument of information and

only - (1) whether such person or the opposing party, or either party's representative, made motions or asserted claims or defenses so lacking in merit as to show that such party or representative acted intentionally for delay, or otherwise acted in bad faith; (2) whether, in the course of the action involved, such person or the opposing party, or either party's representative, violated any applicable rule, statute, or court order providing for sanctions for dilatory behavior or otherwise providing for expeditious proceedings; and (3) whether such person or the opposing party, or either party's representative, engaged in conduct primarily for the purpose of delaying the litigation or increasing the cost thereof. (b) Amount of damages payable to foreign states and instrumentalities of foreign states (1) Except as provided in paragraph (2), any person who is a foreign state may not recover under subsection (a) of this section an amount in excess of the actual damages sustained by it and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee. (2) Paragraph (1) shall not apply to a foreign state if - (A) such foreign state would be denied, under section 1605(a)(2) of title 28, immunity in a case in which the action is based upon a commercial activity, or an act, that is the subject matter of its claim under this section; (B) such foreign state waives all defenses based upon or arising out of its status as a foreign state, to any claims brought against it in the same action; (C) such foreign state engages primarily in commercial activities; and (D) such foreign state does not function, with respect to the commercial activity, or the act, that is the subject matter of its claim under this section as a procurement entity for itself or for another foreign state".

²⁵¹ Paragrafo 15 del *Clayton Act*, sulle "Restraining violations; procedure": "The several district courts of the United States are invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of this Act, and it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations. Such proceedings may be by way of petition setting forth the case and praying that such violation shall be enjoined or otherwise prohibited. When the parties complained of shall have been duly notified of such petition, the court shall proceed, as soon as may be, to the hearing and determination of the case; and pending such petition, and before final decree, the court may at any time make such temporary restraining order or prohibition as shall be deemed just in the premises. Whenever it shall appear to the court before which any such proceeding may be pending that the ends of justice require that other parties should be brought before the court, the court may cause them to be summoned whether they reside in the district in which the court is held or not, and subpoenas to that end may be served in any district by the marshal thereof".

publicity'; and it would be assigned the expert work of drawing up dissolution decrees in antitrust suits, a job too involved in masses of detail about business conditions to be left to lawyers and judges" ²⁵²

In questa prospettiva, è possibile constatare che l'istituzione della *Federal Trade Commission* aderisce alla tesi che riteneva necessario, per poter effettivamente attuare la normativa *antitrust*, l'utilizzo di un organo specializzato, competente a svolgere il controllo delle azioni degli operatori economici. A tale riguardo, come osserva il giurista statunitense Robert Bork²⁵³:

"The third major idea of 1914 was that antitrust policy could best be developed by an administrative body that would gradually acquire an economic expertise that Congress felt itself and the federal courts to lack: hence the creation of the Federal Trade Commission by the Act of that name".

Come segnala il medesimo autore²⁵⁴, il mandato della *Federal Trade Commission* è contenuto all'interno della sezione 5 della normativa²⁵⁵. Questo dispositivo prevede che la FTC possa ordinare la cessazione immediata di tutta una categoria di condotte identificabili unicamente con "*unfair methods of competition*". La *Federal Trade Commission*, inoltre, ha il potere di fermare in modo temporaneo le

²⁵² LETWIN, William. *Opus cit.*, p. 272.

²⁵³ BORK, Robert. *Opus cit.*, p. 48.

²⁵⁴ Idem, *ibidem*.

²⁵⁵ Attualmente l'atto d'istituzione della *Federal Trade Commission* viene riportato nell'ambito della sezione 41 dell'*United States Code*, intitolata "*Federal Trade Commission established; membership; vacancies; seal*", in cui viene affermato che: "*A commission is created and established, to be known as the Federal Trade Commission (...), which shall be composed of five Commissioners, who shall be appointed by the President, by and with the advice and consent of the Senate. Not more than three of the Commissioners shall be members of the same political party. The first Commissioners appointed shall continue in office for terms of three, four, five, six, and seven years, respectively, from September 26, 1914, the term of each to be designated by the President, but their successors shall be appointed for terms of seven years, except that any person chosen to fill a vacancy shall be appointed only for the unexpired term of the Commissioner whom he shall succeed: Provided, however, That upon the expiration of his term of office a Commissioner shall continue to serve until his successor shall have been appointed and shall have qualified. The President shall choose a chairman from the Commission's membership. No Commissioner shall engage in any other business, vocation, or employment. Any Commissioner may be removed by the President for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office. A vacancy in the Commission shall not impair the right of the remaining Commissioners to exercise all the powers of the Commission*".

imprese sospettate di tenere condotte restrittive della concorrenza nel mercato, mentre il Dipartimento di Giustizia svolge le inchieste e inizia i processi in tribunale.

Come osservato dal giornale *The Washington Post*²⁵⁶, la *Federal Trade Commission* e la Divisione *Antitrust* del Dipartimento di Giustizia negli anni 90 hanno svolto un'azione di controllo ad ampio raggio, con effetti significativi :

"Antitrust laws are enforced by the Federal Trade Commission and the Antitrust Division of the Department of Justice (...) America's robust economy and the policies of the Clinton Administration is causing the number of antitrust investigations to increase. In 1997, the two agencies received 3,702 notifications of mergers – twice that of 1991. As of May 1998, the Justice Department was is in the midst of 415 antitrust investigations and 93 court cases".

Oltre all'istituzione della *Federal Trade Commission*, il FTCA prevede il divieto della concorrenza sleale, illecito parallelamente collegato al fenomeno dell'*antitrust*. In tale senso, come osserva Giuliano Amato²⁵⁷, il *Federal Trade Commission Act* aveva introdotto una dettagliata serie di norme contro la concorrenza sleale, che si prestavano altresì a colpire (e furono usate più tardi per farlo) gli stessi tentativi, anche unilaterali, di collusione.

Secondo quanto affermano Thomas Sullivan e Herbert Hovenkamp, lo scopo finale del legislatore nell'emanare il *Clayton Antitrust Act* e il *Federal Trade Commission Act* era quello di continuare il processo di rafforzamento della tutela delle piccole iniziative iniziato con lo *Sherman Act*, sottolineando in tale modo lo spirito jeffersoniano del sistema *antitrust* statunitense. In questa prospettiva, come osservano gli autori²⁵⁸ :

"Congress also expressed concern for preserving business opportunities for small firms. The opportunities to compete has been viewed as particularly

²⁵⁶ The Washington Post, 1998. Documento disponibile sull'internet il 14 agosto 2002, sito <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/washtech/longterm/antitrust/enforcement.htm>.

²⁵⁷ AMATO, Giuliano. *Opus cit.*, p. 19.

²⁵⁸ SULLIVAN, Thomas et HOVENKAMP, Herbert. *Opus cit.*, p. 22.

important for small entrepreneurs, perhaps because of their vulnerability to predatory activities (...) The Clayton Act of 1914 and The Federal Trade Act, passed also in 1914, are important supplementary statutes which elaborate and extend some of the Sherman Act concepts and provide additional enforcement mechanism".

1.2.5.4 Il Robinson Patman Act

Nel 1936, ovvero, quarantasei anni dopo l'emanazione dello *Sherman Act* e ventidue anni dopo l'entrata in vigore del *Clayton Act* e del *Federal Trade Commission Act*, il Congresso statunitense ha approvato una nuova normativa in materia *antitrust*.

Tale iniziativa nasceva, come ha osservato François Souty²⁵⁹, già durante le crisi del 1930 quando l'attività del Congresso statunitense si era sensibilmente sviluppata in diversi domini economici, come la politica del lavoro, la regolamentazione dei settori bancari e delle borse e la politica delle grandi opere. In questa prospettiva, l'emanazione di una normativa in materia *antitrust* per iniziativa esclusiva del Congresso diventava quasi naturale. Però, come la storia può comprovare, ciò è avvenuto in un quadro, abbastanza particolare in relazione al processo politico che ha culminato nell'approvazione delle altre normative in materia.

Nel quadro di questa politica legislativa, il Congresso statunitense ha voluto elaborare un disegno di legge che prevedeva l'istituzione di un Codice della Concorrenza Leale (*Code of Fair Competition*). Gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità di tale disegno di legge – affermata dai giudici della Corte Suprema –, hanno cambiato sensibilmente il cammino intrapreso dal Congresso, generando una reazione tale fra i parlamentari da culminare nella presentazione ed approvazione di un'altra normativa, ovvero, il *Robinson-Patman Act*.²⁶⁰

Così come accaduto con le due normative del 1914 che l'hanno preceduto, il

²⁵⁹ SOUTY, François. *La Politique de la Concurrence aux États-Unis. Opus cit.*, p. 34.

²⁶⁰ In questa prospettiva, come afferma Rudolph Peritz: "In July 1935, House hearings were convened to consider Representative Wright Patman's Act (D. Tex.) bill to amend the price discrimination provision of the Clayton Act of 1914. Largely the work of H. B. Teegarden, counsel to the U.S. Wholesale Grocers Association, the Patman bill and its Senate counterpart (sponsored by Joseph T. Robinson (D. Ark.)), sought to strengthen the provision whose judicial interpretation, according to the amendment's sponsors, left too much room for large corporations to abuse their economic power". In: PERITZ, Rudolph. *Opus cit.*, p. 148.

Robinson-Patman Act è norma di carattere sussidiario rispetto allo *Sherman Act*. Il principale scopo di tale normativa, secondo Giuliano Amato²⁶¹, è quello di adeguare la disciplina dei prezzi discriminatori alle nuove situazioni di mercato nelle quali distributori di elevata forza contrattuale potevano strappare ai produttori prezzi più bassi, conseguendo vantaggi competitivi a volte non giustificati a danno dei piccoli. Tale finalità viene prevista nella sezione seconda della normativa stessa, intitolata "*Discrimination in price, services, or facilities*".²⁶²

²⁶¹ AMATO, Giuliano. *Opus cit.*, p. 19.

²⁶² "(a) That it shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them: *Provided*, That nothing herein contained shall prevent differentials which make only due allowance for differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to such purchasers sold or delivered: *Provided*, however, That the Federal Trade Commission may, after due investigation and hearing to all interested parties, fix and establish quantity limits, and revise the same as it finds necessary, as to particular commodities or classes of commodities, where it finds that available purchasers in greater quantities are so few as to render differentials on account thereof unjustly discriminatory or promotive of monopoly in any line of commerce; and the foregoing shall then not be construed to permit differentials based on differences in quantities greater than those so fixed and established: *And provided* further. That nothing herein contained shall prevent persons engaged in selling goods, wares, or merchandise in commerce from selecting their own customers in bona fide transactions and not in restraint of trade: *And provided* further. That nothing herein contained shall prevent price changes from time to time where in response to changing conditions affecting the market for or the marketability of the goods concerned, such as but not limited to actual or imminent deterioration of perishable goods, obsolescence of seasonal goods, distress sales under court process, or sales in good faith in discontinuance of business in the goods concerned. (b) Upon proof being made, at any hearing on a complaint under this section, that there has been discrimination in price or services or facilities furnished, the burden of rebutting the prima facie case thus made by showing justification shall be upon the person charged with a violation of this section, and unless justification shall be affirmatively shown, the Commission is authorized to issue an order terminating the discrimination: *Provided*, however, That nothing herein contained shall prevent a seller rebutting the prima facie case thus made by showing that his lower price or the furnishing of services or facilities to any purchaser or purchasers was made in good faith to meet an equally low price of a competitor, or the services or facilities furnished by a competitor. (c) That it shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to pay or grant, or to receive or accept, anything of value as a commission, brokerage, or other compensation, or any allowance or discount in lieu thereof, except for services rendered in connection with the sale or purchase of goods, wares, or merchandise, either to the other party to such transaction or to an agent, representative, or other intermediary therein where such intermediary is acting in fact for or in behalf, or is subject to the direct or indirect control, of any party to such transaction other than the person by whom such compensation is so granted or paid. (d) That it shall be unlawful for any person engaged in commerce to pay or contract for the payment of anything of value to or for the benefit of a customer of such person in the course of such commerce as compensation or in consideration for any services or facilities furnished by or through such customer in connection with the processing, handling, sale, or offering for sale of any products or commodities manufactured, sold, or offered for sale by such person, unless such payment or consideration is available on

246 Paragrafo 2 del Clayton Antitrust Act, sulle "Discrimination in price, services, or facilities": "(a) Price; selection of customers: It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them: Provided, That nothing herein contained shall prevent differentials which make only due allowance for differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to such purchasers sold or delivered: Provided, however, That the Federal Trade Commission may, after due investigation and hearing to all interested parties, fix and establish quantity limits, and revise the same as it finds necessary, as to particular commodities or classes of commodities, where it finds that available purchasers in greater quantities are so few as to render differentials on account thereof unjustly discriminatory or promotive of monopoly in any line of commerce, and the foregoing shall then not be construed to permit differentials based on differences in quantities greater than those so fixed and established: And provided further, That nothing herein contained shall prevent persons engaged in selling goods, wares, or merchandise in commerce from selecting their own customers in bona fide transactions and not in restraint of trade: And provided further, That nothing herein contained shall prevent price changes from time to time where in response to changing conditions affecting the market for or the marketability of the goods concerned, such as but not limited to actual or imminent deterioration of perishable goods, obsolescence of seasonal goods, distress sales under court process, or sales in good faith in discontinuance of business in the goods concerned. (b) Burden of rebutting prima-facie case of discrimination: Upon proof being made, at any hearing on a complaint under this section, that there has been discrimination in price or services or facilities furnished, the burden of rebutting the prima-facie case thus made by showing justification shall be upon the person charged with a violation of this section, and unless justification shall be affirmatively shown, the Commission is authorized to issue an order terminating the discrimination: Provided, however, That nothing herein contained shall prevent a seller rebutting the prima-facie case thus made by showing that his lower price or the furnishing of services or facilities to any purchaser or purchasers was made in good faith to meet an equally low price of a competitor, or the services or facilities furnished by a competitor. (c) Payment or acceptance of commission, brokerage, or other compensation: It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to pay or grant, or to receive or accept, anything of value as a commission, brokerage, or other compensation, or any allowance or discount in lieu thereof, except for services rendered in connection with the sale or purchase of goods, wares, or merchandise, either to the other party to such transaction or to an agent, representative, or other intermediary therein where such intermediary is acting in fact for or in behalf of or is subject to the direct or indirect control, of any party to such transaction other than the person by whom such compensation is so granted or paid. (d) Payment for services or facilities for processing or sale: It shall be unlawful for any person engaged in commerce to pay or contract for the payment of anything of value to or for the benefit of a customer of such person in the course of such commerce as compensation or in consideration for any services or facilities furnished by or through such customer in connection with the processing, sale, or offering for sale of any products or commodities manufactured, sold, or offered for sale by such person, unless such payment or consideration is available on proportionally equal terms to all other customers competing in the distribution of such products or commodities. (e) Furnishing services or facilities for processing, handling, etc: It shall be unlawful for any person to discriminate in favor of one purchaser against another purchaser or

approvato dal Congresso. In sintesi, la legge si articola in tre gruppi di disposizioni distinte fra loro, essendo la maggior parte delle disposizioni dirette a rendere la normativa antitrust più esplicita e precisa. Il primo gruppo di queste disposizioni stabilisce, fra gli altri, il divieto assoluto delle vendite basate su prezzi discriminatori,

"It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to lease or make a sale or contract for sale of goods, wares, merchandise, machinery, supplies, or other commodities, whether patented or unpatented, for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, or fix a price charged herefor, or discount from, or rebate upon, such price, on the condition, agreement, or understanding that the lessee or purchaser thereof shall not use or deal in the goods, wares, merchandise, machinery, supplies, or other commodities of a competitor or competitors of the lessor or seller, where the effect of such lease, sale, or contract for sale or such condition, agreement, or understanding may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce";

È da sottolineare in quest'ambito che l'inclusione di tale norma nel corpo del Clayton Act aveva una finalità precisa. La concessione fatta dal legislatore alle unions si configurava, più che altro, come una strategia impostata dal Presidente W. Wilson per

"The labor of a human being is not a commodity or article of commerce. Nothing contained in the antitrust laws shall be construed to forbid the existence and operation of labor, agricultural, or horticultural organizations, instituted for the purposes of mutual help, and not having capital stock or conducted for profit, or to forbid or restrain individual members of such organizations from lawfully carrying out the legitimate objects thereof; nor shall such organizations, or the members thereof, be held or construed to be illegal combinations or conspiracies in restraint of trade, under the antitrust laws";

"Antitrust laws not applicable to labor organizations", disponeva: dalle norme antitrust. In particolare, il paragrafo 6 della normativa in esame, intitolato relativi alle Labor unions, che godevano del privilegio di essere del tutto inraggiungibili. Il secondo gruppo di disposizioni del Clayton Act si rivolge ai procedimenti base delle risultanze evidenti prima facie. Tra amministrazioni di aziende, così come stabiliva la regola che in determinati casi i giudizi in materia antitrust dovevano svolgersi secondo una cognizione sommaria, sulla delle vendite vincolate dalla condizione di non acquistare prodotti di terzi²⁴⁷, dei contatti

Paragrafo 4 del Clayton Act sulle "Suits by persons injured": "(a) Amount of recovery: prejudgment interest Except as provided in subsection (b) of this section, any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee. The court may award under this section, pursuant to a motion by such person promptly made, simple interest on actual damages for the period beginning on the date of service of such person's pleading setting forth a claim under the antitrust laws and ending on the date of judgment, or for any shorter period therein, if the court finds that the award of such interest for such period is just in the circumstances. In determining whether an award of interest under this section for any period is just in the circumstances, the court shall consider

²⁵⁰ LETWIN, William. *Opus cit.*, p. 275.

the company whose stock, property, or an interest therein is so acquired".
 the common carrier where there is no substantial competition between the company extending its lines and extending any of its lines through the medium of the acquisition of stock or otherwise of any other main line acquiring the property or an interest therein, nor to prevent such common carrier from competition between the company owning the branch line so constructed and the company owning the stock of a branch or short line constructed by an independent company where there is no substantial company so aiding in such construction or from acquiring or owning all or any part of the branch lines, nor to prevent any such common carrier from acquiring and owning all or any part of the construction of branches or short lines so located as to become feeders to the main line of the be construed to prohibit any common carrier subject to the laws to regulate commerce from aiding in effect of such formation is not to substantially lessen competition. Nor shall anything herein contained thereof, or from owning and holding all or a part of the stock of such subsidiary corporations, when the carrying on of their immediate lawful business, or the natural and legitimate branches or extensions actively affecting commerce from causing the formation of subsidiary corporations for the actual Nor shall anything contained in this section prevent a corporation engaged in commerce or in any other or otherwise to bring about, or in attempting to bring about, the substantial lessening of competition, shall not apply to persons purchasing such stock solely for investment and not using the same by voting otherwise, may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly. This section acquisition, of such stocks or assets, or of the use of such stock by the voting or granting of proxies or more persons engaged in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of one or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly. No person shall acquire, directly or activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition of the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, Paragrapho 7 del Clayton Antitrust Act, sulle "Acquisition by one corporation of stock of another": "No

nuove regole per le denunce svolte da privati²⁵⁰ e ai cambiamenti nella procedura in

Gli ultimi significativi contributi del Clayton Act riguardano l'impostazione di

che, in quell'epoca, erano alle radici dei più forti trust.

governo e della Commissione di Giustizia del Senato di mettere fine a queste pratiche

quanto osservato da William Letwin²⁴⁹, tale normativa veniva incontro al desiderio del

dell'acquisto, da parte di una determinata impresa, dello stock di un'altra²⁴⁸. Secondo

Il terzo gruppo di disposizioni del Clayton Act è diretto alla regolamentazione

ringraziare il sostegno dato dalle stesse unions al suo progetto politico nel 1912.

251 Paragrafo 15 del Clayton Act, sulle "Restrainings violations; procedure": "The several district courts of the United States are invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of this Act, and it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations. Such proceedings may be by way of petition setting forth the case and praying that such violation shall be enjoined or otherwise prohibited. When the parties complained of shall have been duly notified of such petition, the court shall proceed, as soon as may be, to the hearing and determination of the case; and pending such petition, and before final decree, the court may at any time make such temporary restraining order or prohibition as shall be deemed just in the premises. Whenever it shall appear to the court before which any such proceeding may be pending that the ends of justice require that other parties should be brought before the court, the court may cause them to be summoned whether they reside in the district in which the court is held or not, and subpoenas to that end may be served in any district by the marshal thereof."

the subject matter of its claim under this section as a procurement entity for itself or for another foreign state".

(D) such foreign state does not function, with respect to the commercial activity, or the act, that is brought against it in the same action; (C) such foreign state engages primarily in commercial activities; foreign state waives all defenses based upon or arising out of its status as a foreign state, to any claims upon a commercial activity, or an act, that is the subject matter of its claim under this section; (B) such would be denied, under section 1605(a)(2) of title 28, immunity in a case in which the action is based upon a commercial activity; (2) Paragraph (1) shall not apply to a foreign state if - (A) such foreign state reasonable attorney's fee. (2) Paragraph (1) shall not apply to a foreign state if - (A) such foreign state this section an amount in excess of the actual damages sustained by it and the cost of suit, including a provided in paragraph (2), any person who is a foreign state may not recover under subsection (a) of amount of damages payable to foreign states and instrumentalities of foreign states (1) Except as engaged in conduct primarily for the purpose of delaying the litigation or increasing the cost thereof; proceedings; and (3) whether such person or the opposing party, or either party's representative, or court order providing for sanctions for dilatory behavior or otherwise providing for expeditious such person or the opposing party, or either party's representative, violated any applicable rule, statute, intentionally for delay, or otherwise acted in bad faith; (2) whether, in the course of the action involved, asserted claims or defenses so lacking in merit as to show that such party or representative acted only - (1) whether such person or the opposing party, or either party's representative, made motions or

"(...) it would be an indispensable instrument of information and

due obiettivi importanti:

fiscalizzare le azioni degli operatori economici nel mercato avrebbe potuto raggiungere progetto elaborato dal Presidente, istituire una commissione federale incaricata di statunitense - *The New Freedom* - da lui promosso. In quest'ambito, secondo il legge apparteneva all'ampio programma di riforme della politica economica Act (FTCA) è stato emanato per volere diretto di Woodrow Wilson. Ciò perché la nuova

Come quanto affermato precedentemente, anche il *Federal Trade Commission*

1.2.5.3 Il *Federal Trade Commission Act*

251 *Sherman Act*,
 materia di violazioni delle norme *antitrust*, anche queste più chiare e precise rispetto

sezione 41 dell'United States Code, intitolata "Federal Trade Commission established; membership; vacancies; seat", in cui viene affermato che: "A commission is created and established, to be known as the Federal Trade Commission (...), which shall be composed of five Commissioners, who shall be appointed by the President, by and with the advice and consent of the Senate. Not more than three of the Commissioners shall be members of the same political party. The first Commissioners appointed shall continue in office for terms of three, four, five, six, and seven years, respectively, from September 26, 1914, the term of each to be designated by the President, but their successors shall be appointed for terms of seven years, except that any person chosen to fill a vacancy shall be appointed only for the unexpired term of the Commissioner whom he shall succeed: Provided, however, That upon the expiration of his term of office a Commissioner shall continue to serve until his successor shall have been appointed and shall have qualified. The President shall choose a chairman from the Commission's membership. No Commissioner shall engage in any other business, vocation, or employment. Any Commissioner may be removed by the President for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office. A vacancy in the Commission shall not impair the right of the remaining Commissioners to exercise all the powers of the Commission".

²⁵² LETWIN, William, *Opus cit.*, p. 272.
²⁵³ BORK, Robert, *Opus cit.*, p. 48.
²⁵⁴ Idem, *ibidem*.
²⁵⁵ Attualmente l'atto d'istituzione della Federal Trade Commission viene riportato nell'ambito della

Come segnala il medesimo autore²⁵⁴, il mandato della *Federal Trade Commission* è contenuto all'interno della sezione 5 della normativa²⁵⁵. Questo dispositivo prevede che la FTC possa ordinare la cessazione immediata di tutta una categoria di condotte identificabili unicamente con "unfair methods of competition". La *Federal Trade Commission*, inoltre, ha il potere di fermare in modo temporaneo le

"The third major idea of 1914 was that antitrust policy could best be developed by an administrative body that would gradually acquire an economic expertise that Congress felt itself and the federal courts to lack: hence the creation of the Federal Trade Commission by the Act of that name".

In questa prospettiva, è possibile constatare che l'istituzione della *Federal Trade Commission* aderisce alla tesi che riteneva necessario, per poter effettivamente attuare la normativa *antitrust*, l'utilizzo di un organo specializzato, competente a svolgere il controllo delle azioni degli operatori economici. A tale riguardo, come osserva il giurista statunitense Robert Bork²⁵³:

"dissolution decrees in antitrust suits, a job too involved in masses of detail publicity"; and it would be assigned the expert work of drawing up about business conditions to be left to lawyers and judges"²⁵²

imprese sospettate di tenere condotte restrittive della concorrenza nel mercato, mentre il Dipartimento di Giustizia svolge le inchieste e inizia i processi in tribunale.

Come osservato dal giornale *The Washington Post*²⁵⁶, la *Federal Trade Commission* e la *Divisione Antitrust* del Dipartimento di Giustizia negli anni 90 hanno svolto un'azione di controllo ad ampio raggio, con effetti significativi :

"Antitrust laws are enforced by the Federal Trade Commission and the Antitrust Division of the Department of Justice (...) America's robust economy and the policies of the Clinton Administration is causing the number of antitrust investigations to increase. In 1997, the two agencies received 3,702 notifications of mergers – twice that of 1991. As of May 1998, the Justice Department was is in the midst of 415 antitrust investigations and 93 court cases".

Oltre all'istituzione della *Federal Trade Commission*, il FTCA prevede il divieto della concorrenza sleale, illecito parallelamente collegato al fenomeno dell'*antitrust*. In tale senso, come osserva Giuliano Amato²⁵⁷, il *Federal Trade Commission Act* aveva introdotto una dettagliata serie di norme contro la concorrenza sleale, che si prestavano altresì a colpire (e furono usate più tardi per farlo) gli stessi tentativi, anche unilaterali, di collusione.

Secondo quanto affermano Thomas Sullivan e Herbert Hovenkamp, lo scopo finale del legislatore nell'emanare il *Clayton Antitrust Act* e il *Federal Trade Commission Act* era quello di continuare il processo di rafforzamento della tutela delle piccole iniziative iniziato con lo *Sherman Act*, sottolineando in tale modo lo spirito jeffersoniano del sistema *antitrust* statunitense. In questa prospettiva, come osservano gli autori²⁵⁸ :

"Congress also expressed concern for preserving business opportunities for small firms. The opportunities to compete has been viewed as particularly

²⁵⁶ The Washington Post, 1998. Documento disponibile sull'Internet il 14 agosto 2002, sito <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/washtech/longterm/antitrust/enforcement.htm>.

²⁵⁷ AMATO, Giuliano. *Opus cit.*, p. 19.

²⁵⁸ SULLIVAN, Thomas et HOVENKAMP, Herbert. *Opus cit.*, p. 22.

259 SOUTY, François. La Politique de la Concurrence aux États-Unis. *Opus cit.*, p. 34.
 260 In questa prospettiva, come afferma Rudolph Peritz: "In July 1935, House hearings were convened to consider Representative Wright Patman's Act (D. Tex.) bill to amend the price discrimination provision of the Clayton Act of 1914. Largely the work of H. B. Teegarden, counsel to the U.S. Wholesale Grocers Association, the Patman bill and its Senate counterpart (sponsored by Joseph T. Robinson (D. Ark.)), sought to strengthen the provision whose judicial interpretation, according to the amendment's sponsors, left too much room for large corporations to abuse their economic power". In: PERITZ, Rudolph. *Opus cit.*, p. 148.

Così come accaduto con le due normative del 1914 che l'hanno preceduto, il un'altra normativa, ovvero, il *Robinson-Patman Act*.²⁶⁰ reazione tale fra i parlamentari da culminare nella presentazione ed approvazione di hanno cambiato sensibilmente il cammino intrapreso dal Congresso, generando una incostituzionalità di tale disegno di legge – affermata dai giudici della Corte Suprema –, elaborare un disegno di legge che prevedeva l'istituzione di un Codice della Concorrenza Leale (*Code of Fair Competition*). Gli effetti della dichiarazione di Nel quadro di questa politica legislativa, il Congresso statunitense ha voluto

nell'approvazione delle altre normative in materia. abbastanza particolare in relazione al processo politico che ha culminato quasi naturale. Però, come la storia può comprovare, ciò è avvenuto in un quadro di una normativa in materia *antitrust* per iniziativa esclusiva del Congresso diventava bancari e delle borse e la politica delle grandi opere. In questa prospettiva, l'emancipazione diversi domini economici, come la politica del lavoro, la regolamentazione dei settori del 1930 quando l'attività del Congresso statunitense si era sensibilmente sviluppata in Tale iniziativa nasceva, come ha osservato François Souty²⁵⁹, già durante le crisi

Act, il Congresso statunitense ha approvato una nuova normativa in materia *antitrust*. ventidue anni dopo l'entrata in vigore del *Clayton Act* e del *Federal Trade Commission Act* e Nel 1936, ovvero, quarantasei anni dopo l'emancipazione dello *Sherman Act* e

1.2.5.4 Il *Robinson Patman Act*

important for small entrepreneurs, perhaps because of their vulnerability to predatory activities (...) The Clayton Act of 1914 and The Federal Trade Act, passed also in 1914, are important supplementary statutes which elaborate and extend some of the Sherman Act concepts and provide additional enforcement mechanism."

principale scopo di tale normativa, secondo Giuliano Amato²⁶¹, è quello di adeguare la disciplina dei prezzi discriminatori alle nuove situazioni di mercato nelle quali distributori di elevata forza contrattuale potevano strappare ai produttori prezzi più bassi, conseguendo vantaggi competitivi a volte non giustificati a danno dei piccoli. Tale finalità viene prevista nella sezione seconda della normativa stessa, intitolata

"Discrimination in price, services, or facilities".²⁶²

261 AMATO, Giuliano. *Opus cit.*, p. 19.
262 "(a) That it shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them: Provided, That nothing herein contained shall prevent differential which make only due allowance for differences in the cost of manufacture, sale, or delivery resulting from the differing methods or quantities in which such commodities are to such purchasers sold or delivered: Provided, however, That the Federal Trade Commission may, after due investigation and hearing to all interested parties, fix and establish quantity limits, and revise the same as it finds necessary, as to particular commodities or classes of commodities, where it finds that available purchasers in greater quantities are so few as to render differentials on account thereof unjustly discriminatory or promotive of monopoly in any line of commerce; and the foregoing shall not be construed to permit differentials based on differences in quantities greater than those so fixed and established: And provided further, That nothing herein contained shall prevent persons engaged in selling goods, wares, or merchandise in commerce from selecting their own customers in bona fide transactions and not in restraint of trade: And provided further, That nothing herein contained shall prevent price changes from time to time where in response to changing conditions affecting the market for or the marketability of the goods concerned, such as but not limited to actual or imminent deterioration of perishable goods, obsolescence of seasonal goods, distress sales under court process, or sales in good faith in discontinuance of business in the goods concerned. (b) Upon proof being made, at any hearing on a complaint under this section, that there has been discrimination in price or services or facilities furnished, the burden of rebutting the prima facie case thus made by showing justification shall be upon the person charged with a violation of this section, and unless justification shall be affirmatively shown, the Commission is authorized to issue an order terminating the discrimination: Provided, however, That nothing herein contained shall prevent a seller rebuying the prima facie case thus made by showing that his lower price or the furnishing of services or facilities to any purchaser or purchasers was made in good faith to meet an equally low price of a competitor, or the services or facilities furnished by a competitor. (c) That it shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, to pay or grant, or to receive or accept, anything of value as a commission, brokerage, or other compensation, or any allowance or discount in lieu thereof, except for services rendered in connection with the sale or purchase of goods, wares, or merchandise, either to the other party to such transaction or to an agent, representative, or other intermediary therein where such intermediary is acting in fact for or in behalf, or is subject to the direct or indirect control, of any party to such transaction other than the person by whom such compensation is so granted or paid. (d) That it shall be unlawful for any person engaged in commerce to pay or contract for the payment of anything of value to or for the benefit of a customer of such person in the course of such commerce as compensation or in consideration for any services or facilities furnished by or through such customer in connection with the processing, handling, sale, or offering for sale of any products or commodities manufactured, sold, or offered for sale by such person, unless such payment or consideration is available on

proportionally equal terms, to all other customers competing in the distribution of such products or commodities. (e) That it shall be unlawful for any person to discriminate in favor of one purchaser against another purchaser or purchasers of a commodity bought for resale, with or without processing, by contracting to furnish or furnishing, or by contributing to the furnishing of, any services or facilities connected with the processing, handling, sale, or offering for sale of such commodity so purchased upon terms not accorded to all purchasers on proportionally equal terms. (f) That it shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, knowingly to induce or receive a discrimination in price which is prohibited by this section.":

Con la fine della seconda guerra mondiale si può constatare l'inizio di un nuovo ciclo a livello mondiale. Questo si apre con le attività degli studiosi che andranno a comporre i quadri della Scuola di Friburgo e di quella di Harvard. Da questo momento in poi, è possibile osservare che la maggioranza delle normative emanate dai governi delle principali potenze capitalistiche occidentali – così come la giurisprudenza dei tribunali – sono state condizionate dall'azione delle diverse Scuole.

Per questa ragione, il prossimo capitolo di questa tesi verrà dedicato interamente all'esame delle teorie elaborate dalle principali scuole di analisi *antitrust*.

* * *

È possibile affermare che con l'entrata in vigore del *Robinson Patman Act* e l'inizio del secondo conflitto mondiale – avvenuto pochi anni dopo –, si chiude il primo ciclo del percorso storico concernente le iniziative di carattere normativo dirette a tutelare la libera concorrenza negli Stati Uniti.

CAPITOLO SECONDO

Le Attuali Scuole di Pensiero





L'analisi dell'*antitrust* nel periodo successivo alla seconda guerra mondiale ha avuto uno sviluppo diverso da quello degli anni precedenti. Le condizioni politiche ed economiche in cui si trovavano le grandi potenze dell'Occidente alla fine del secondo conflitto mondiale hanno fatto sì che fosse necessario una rivalutazione dei concetti e delle politiche utilizzati fino a quel momento. Più che mai, in quel difficile momento storico le norme di tutela della libera concorrenza dovevano essere configurate all'interno degli Stati come elemento di consolidazione della stabilità politica ed economica.

Le prime due Scuole di pensiero che sorgono in questo periodo riflettono apertamente questo spirito di stabilità. Come si potrà osservare nelle prossime pagine, sia la Scuola strutturalista di Harvard, nata negli Stati Uniti all'inizio degli anni 50, sia la Scuola ordoliberalista di Friburgo, attiva in Germania già nei primi anni del governo del cancelliere Konrad Adenauer²⁶³, hanno cercato di condurre le economie dei propri Paesi tramite l'attuazione di particolari normative in materia di *antitrust*, ad una crescita equilibrata e stabile, nella quale veniva contemplata la distribuzione delle ricchezze fra i cittadini. A questo scopo, le teorie elaborate dagli studiosi di Harvard e di Friburgo

²⁶³ Konrad Adenauer è nato a Colonia il 5 gennaio 1876 e li è morto il 19 aprile 1967. Laureato in Giurisprudenza ed Economia, entrò nella politica nel 1906, quando fu eletto consigliere comunale a Colonia per il partito di orientazione cattolica. Nel 1917 viene eletto sindaco di Colonia, carica a cui viene continuamente rieletto fino al 1933, quando viene rimosso e messo in pensione dai nazisti. Accusato di essere complice nell'attentato contro Hitler del 1944, viene incarcerato fino alla fine della guerra. Nel 1946 viene acclamato leader dell'Unione Democratica Cristiana (CDU), partito per il quale dal 1949 al 1963 viene eletto e rieletto cancelliere della Repubblica Federale Tedesca. Insieme ad Alcide De Gasperi ed a Robert Schuman, non è stato solo il padre delle istituzioni europee dopo la tragedia della Seconda Guerra Mondiale. È stato uno dei grandi protagonisti della storia del movimento politico dei democratici cristiani in Germania ed in tutta Europa, uno dei punti di riferimento nella costruzione di una identità democratico cristiana europea. Vedi a riguardo KAVANAGH, Dennis. *Opus cit.*, p. 3; e il sito <http://www.democraticicristiani.it/documenti/adenauer.html>, disponibile su internet il 30 agosto 2002.

hanno privilegiato la tutela delle piccole iniziative ed hanno cercato di severamente impedire abusi e restrizioni al mercato da parte degli operatori economici.

La Scuola di Chicago, nata negli Stati Uniti intorno agli anni 70 e di grande influenza durante il governo del Presidente Richard Nixon si basa su un'altra linea di pensiero sensibilmente diversa di quelle seguite da Friburgo e da Harvard. Gli studiosi *chicagoans* hanno elaborato una teoria in cui le norme *antitrust* vengono viste come una sorta di strumento destinato a migliorare l'efficienza dei mercati. In questo senso, le condotte restrittive alla concorrenza andrebbero proibite soltanto se abbiano la tendenza a causare diminuzioni dell'efficienza del mercato. Accade, in questo modo, il fenomeno della riduzione delle leggi *antitrust* a meri strumenti diretti a combattere – unicamente – le condotte che portano inefficienza al mercato.

Ancora negli Stati Uniti, nel corso degli anni 80, sono nate altre due Scuole, radicalmente diverse fra loro. La Scuola evoluzionista di Boston sorge come una reazione alle iniziative prese dai giudici e dai governi statunitensi di matrice neoliberista, come quello del Presidente Ronald Reagan. Tale scuola si fonda su un neo keynesismo empirico, per molti versi simile alle teorie elaborate da Schumpeter. La Scuola Nihilista o della distruzione creatrice, invece, è molto prossima al pensiero della Scuola di Chicago, per certi aspetti radicalizzandolo. In particolare, i teorici di questa scuola affermano che le condotte restrittive sono totalmente esogene alla struttura dei mercati e vengono determinate soltanto dalle economie di costi di transazione e dall'efficienza allocativa.

Parallelamente allo sviluppo delle scuole di Harvard e Friburgo, ma in un ambito completamente distinto, è nata la c. d. Scuola di Bruxelles, dedicata all'analisi della tutela della concorrenza nell'ambito della Comunità Economica europea. L'elaborazione teorica della Scuola di Bruxelles si fonda su elementi sviluppati sia dai pensatori di Harvard sia da quelli di Friburgo, con un'influenza maggiore da parte della scuola tedesca. È significativa inoltre l'influenza degli scritti del giurista austriaco Adolf Menzel, principalmente per quel che riguarda il controllo amministrativo dei cartelli. Logicamente, come si potrà constatare, la teoria della Scuola di Bruxelles si riferisce alla tutela della concorrenza nello spazio comunitario e non in quello nazionale. Ciò vuol dire che le norme *antitrust* previste dall'Accordo d'integrazione regionale (articoli 81 a 86 del Trattato CE) sono dirette a combattere soltanto le condotte che creano delle

restrizioni alla libera concorrenza nel commercio fra gli Stati membri.

Seguendo lo schema sopra descritto, si inizierà l'analisi delle teorie delle scuole succitate con quelle sviluppate dalla Scuola strutturalista di Harvard.



2.1 La Scuola strutturalista di Harvard

Se si potesse sintetizzare la linea teorica adottata dalla Scuola di Harvard in una sola espressione, senz'altro la più idonea sarebbe quella coniata da Ernst Schumacher²⁶⁴, "*small is beautiful*". In questo senso, la nota frase di Schumacher viene utilizzata da Roger Van Den Bergh²⁶⁵ per caratterizzare la tendenza a proteggere le imprese individuali proposta dagli studiosi della Scuola di Harvard.

Tale tendenza dei teorici di Harvard viene attuata principalmente attraverso alcuni concetti base che caratterizzano l'azione della Scuola. Il primo concetto di grande importanza per una comprensione della dottrina strutturalista di Harvard è quello concernente la *Workable competition*²⁶⁶. Apparso per la prima volta nel 1940 in un articolo scritto dall'economista americano John Maurice Clark, tale concetto nega la validità dell'ideale della concorrenza perfetta quale modello di politica economica²⁶⁷. Secondo quanto insegna Roger Van Der Bergh²⁶⁸, questa teoria punta sul

²⁶⁴ SCHUMACHER, Ernst F. *Small is Beautiful. A Study of Economics as if People Mattered*. London: Harper & Row, 1973.

²⁶⁵ VAN DER BERGH, Roger. L'analisi economica del diritto della concorrenza. In: FRIGNANI, Aldo et al. *Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n.º 287*. Volume I. Bologna: Zanichelli, 1993, p. 33, nota 77.

²⁶⁶ Come affermano dalla gran maggioranza degli studiosi in materia, la Scuola di Harvard è famosa per aver assunto come base teorica il principio del *workable competition*, al quale venne subito a questo associata: "*Die Harvard School (u.a. Scherer, Ross, Kantzenbach) orientiert sich am Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs (workable competition). Der Wettbewerb soll bestimmten ökonomischen und metaökonomische Leitbildern entsprechen (Verteilungsgerechtigkeit, Konsumentensouveränität, optimale Faktorallokation, Anpassungsflexibilität, Dezentralisierung wirtschaftlicher Macht). Anhand dieser normativen Merkmale wird beurteilt, ob bestimmte Marktverhältnisse wettbewerbspolitisch zufriedenstellend sind oder nicht. Der Beurteilung liegt die Analyse von Marktstruktur (market structure), Marktverhalten (market conduct) und Marktergebnis (market performance) zugrunde, wobei man in der Marktstruktur und dem Marktverhalten die kausalen Determinanten des Marktergebnisses sieht*". In: GASSNER, Ulrich. *Opus cit.*, p. 4.

²⁶⁷ Secondo quanto afferma Ingo Schmidt, John Clark: "(...) selbst hat in seinem 1961 erschienenen Werk 'Competition as a Dynamic Process' seinem ansatz rückblickend als einen Versuch charakterisiert, einen Ausweg aus den negativen Schlußfolgerungen der Theorie des unvollkommenen Wettbewerbs zu finden. Er hielt 1940 *workable competition* für einen zwar tolerierbaren, jedoch inferioreren Ersatz für den reinen und vollständigen Wettbewerb als wettbewerbspolitisches Leitbild. Jedoch bahnte sich mit seiner 'Gegengifthese' (remedial imperfections) bereits der entscheidende Wandel in der

fatto che la politica della concorrenza non sia rivolta ad eliminare tutte le imperfezioni, perché queste possono risultare neutralizzate da altre imperfezioni del mercato. In questa prospettiva, la persistenza delle imperfezioni non pregiudicherebbe il raggiungimento di un regime concorrenziale di fatto funzionante.

È importante sottolineare il fatto che anche il diritto comunitario della concorrenza si è basato ampiamente su questo concetto di *workable competition*, utilizzato negli Stati Uniti come teoria dominante fino agli anni 70. Nell'ambito della tutela della concorrenza nel MERCOSUL, oggetto di questo studio, è significativa la definizione di *Workable competition* data dal senatore argentino Eduardo Vaca²⁶⁹, difensore dell'applicazione delle teorie della Scuola di Harvard in Sud America²⁷⁰:

*"Se trata (...) de garantizar a los usuarios e consumidores ciertos resultados (...). Este modelo responde a una filosofía simple: conceder a la libertad de los agentes económicos un valor propio, pero, y sin permitir su completa negación, admitir un posible sacrificio de tal libertad, en función de las circunstancias y de los resultados económicos".*²⁷¹

wettbewerbspolitischen Beurteilung von Marktunvollkommenheiten an. Wenn auf einem Markt mehrere Unvollkommenheiten (im Sinne von Abweichungen von den Modellbedingungen) vorlängen so könne unter bestimmten Konstellationen das Hinzutreten eines weiteren Unvollkommenheitsfaktors den Wettbewerb funktionsfähiger machen. Daß folge aus der Überlegung daß die Merkmale der vollständigen Konkurrenz einen geschlossenen Satz von Bedingungen darstelle, also logisch komplementär sind. Demnach könnten andere Bedingungen auch ihren Vollkommenheitscharakter verlieren, wenn nur eine Bedingung nicht mehr vollkommen ist. In der Theorie des zweitbesten wird daher die Auffassung vertreten, daß bei Vorliegen sog. Marktunvollkommenheiten das Hinzutreten weiterer Unvollkommenheiten eine bessere Annäherung an das Wohlfahrtsmaximum darstellen kann als die Verminderung der existierenden Unvollkommenheiten". In: SCHMIDT, Ingo. Wettbewerbspolitik und Kartellrecht. *Opus cit.*, p. 9.

²⁶⁸ VAN DER BERGH, Roger. L'analisi economica del diritto della concorrenza. *Opus cit.*, p. 17.

²⁶⁹ Mariana Herz e Alejandro Perotti rilevano che l'allora proposta di modifica della legge *antitrust* argentina (n.º 22.262/80) avanzata dal senatore Eduardo Vaca, era già un tentativo di armonizzare la vecchia legislazione interna argentina con il testo del Protocollo di tutela della concorrenza del MERCOSUL. Nel Parlamento Argentino sono stati proposti, inoltre, otto progetti di modifica della stessa legge – presentati dal Senatore Manfredotti e dai Deputati Flores, Becerra, Baglini, Baylac, Arguello, Albamonte, Parola e Paterson. Vedi a riguardo HERZ, Mariana et PEROTTI, Alejandro. *Influencia del Derecho de la Integración en el Derecho Privato. Derecho de Defensa de la Competencia. Revista del MERCOSUR*, n.º 3 (1998), p. 46.

²⁷⁰ La definizione data dal Senatore Vacca è stata presentata nella proposta di riforma alla Legge argentina n.º 22.262/80, che fino a 1999 regolava la *Defensa de la Competencia*.

²⁷¹ "Si tratta (...) di garantire agli utenti e consumatori certi risultati (...). Questo modello risponde a una filosofia semplice: concedere alla libertà degli agenti economici un valore proprio, però, e senza permettere la sua completa negazione, ammettere un possibile sacrificio di tale libertà, in ragione delle circostanze e dei risultati economici".

Come è possibile dedurre da queste affermazioni, le basi teoriche e dottrinali a cui fa riferimento il pensiero di John M. Clark cercano di tutelare la libertà del mercato e la dignità del consumatore, combattendo modelli di politica economica che possono condurre all'oppressione dei diritti e della dignità della Persona Umana. In tale modo, tutta l'elaborazione teorica di Clark, cui la nozione di *Workable competition* appare come uno degli elementi centrali, si ricollega ad una imminente necessità di impedire che nell'ambito economico avvengano sia l'anarchia di mercato, sia l'intervento pianificatore totalitario dello Stato. In questo senso, come osserva lo stesso autore²⁷²:

"The world is in the grip of a mighty struggle. On one side are forces driving toward chaos and anarchy (...) On the other side are forces of centralized control. Between them stand the forces and men who are trying desperately to salvage a workable basis for a human and ordered community in which some effective degree of freedom and democracy may be kept alive, without wrecking society by their undisciplined exercise and disruptive excess".

Come sopra affermato, la teoria proposta da John M. Clark ha avuto una grande propagazione nella Scuola di Harvard. La nozione di diritto *antitrust* utilizzata da questa Scuola si ricollega direttamente alla concezione che vuole le norme che disciplinano la tutela della libera concorrenza essere state emanate allo scopo di preservare la concorrenza come un processo, frenando condotte coercitive o di sfruttamento del mercato. Tali norme devono innanzitutto preservare l'ambiente, conducendo al normale spirito di rivalità fra concorrenti. In questa prospettiva secondo gli esponenti della *Harvard School* Eleanor Fox e Lawrence Sullivan²⁷³, la libera concorrenza dev'essere valorizzata e tutelata perché:

"(...) it keeps powerful firms from exploiting consumers through excessive prices (and, in so doing, it also tends to increase the 'allocative efficiency' about which economists speak)".

²⁷² CLARK, John M. *Alternative to Serfdom*. Oxford: Oxford, 1948, p. 6 ss.

²⁷³ FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Opus cit.*, p. 970 ss.

La libera concorrenza dev'essere valorizzata, inoltre, perché tende a ridurre le perdite e tende ad aumentare l'innovazione. In questa prospettiva, è chiaro che il concetto centrale del diritto *antitrust* è la concorrenza, e non l'efficienza. Infatti, secondo gli autori, dal momento in cui il diritto viene ad essere utilizzato come fattore per l'aumento dell'efficienza allocativa e per incoraggiare un'efficienza dinamica o, ancora, non proibisce le condotte restrittive della concorrenza perché queste sarebbero necessarie per guadagnare efficienza nella produttività, la tensione fra libera concorrenza e efficienza è largamente illusoria.

Fondamentalmente, gli esponenti della Scuola di Harvard sostengono che nella formazione e gestione del mercato si deve cercare di evitare un'eccessiva concentrazione di potere. Costoro partono dal principio che tali fenomeni concentrativi inducano nel mercato disfunzioni che verrebbero a pregiudicare il flusso dei rapporti economici.

In questo quadro, i teorici di Harvard presentano la loro concezione di potere di mercato in una ampia visione che fa uso di elementi economici e giuridici, ma anche sociologici e politici. Il potere di mercato viene concepito come una possibilità di controllo sui fatti e sulla vita delle persone – che in termini economici vengono chiamati “consumatori” – presenti in un determinato mercato. In tale ambito, essi presentano le norme *antitrust* come frutto del timore che grandi concentrazioni di potere di mercato nelle mani di poche persone possano condurre in modo artificiale l'economia e la vita dei consumatori, trasferendo le ricchezze polverizzate nelle mani della popolazione ai grandi operatori del mercato. In termini tecnici, il potere di mercato viene concepito come il potere di aumentare i prezzi o di detenere il loro normale ribasso (sia mantenendo un eccessivo profitto, sia non controllando i costi, od anche entrambi i casi), allo scopo di degradare la qualità del prodotto o di limitare le possibilità di scelta o, ancora, di determinare il suo *stock*, chi lo farà e quando verrà fatto. Secondo quanto affermano tali autori, il concetto di potere di mercato include sia il potere di esclusione di altri competitori del mercato o sia il potere di soppressione di nuove forme di competizione²⁷⁴. In questo modo, come affermano Eleanor Fox e Lawrence Sullivan:

²⁷⁴ Idem, p. 976 ss.

"(...) power may derive from control over unique assets, from high concentration in markets with high barriers, or from sheer size. It may also derive from tradition and from socialization to traditional standards. As steel and several other industries have illustrated, large firms in big and highly concentrated industries have been able to wield political power to obtain government intervention, including intervention that lessens competition. Antitrust law is available to control or limit power. Merger law was designed to limit the growth of economic and political power through its prohibition of anticompetitive mergers. The Sherman Act and provisions of the Clayton Act were also designed to limit power through their prohibitions against restraints, monopolization, interlocking directorates, exclusive dealing, and tying".²⁷⁵

Questa linea di azione concernente il potere nel mercato viene confermata da François Souty²⁷⁶. Tale autore sottolinea il fatto che la Scuola di Harvard, nel piano politico della concorrenza, ha sempre combattuto il potere di mercato considerandolo nocivo per natura all'efficacia economica, dovendo dunque essere vietato *per sé*. In quest'ambito, è interessante rilevare l'affermazione fatta da Barry Hawk²⁷⁷, secondo il quale la teoria economica di Harvard – fondata sui divieti *per sé* –, viene rafforzata da opinioni politiche e sociali favorevoli al decentramento, alla diffusione del potere economico, alla libertà di manovra dei piccoli commercianti e alla libertà di scelta del consumatore.

Il modo in cui gli esponenti di Harvard esaminano il ruolo delle norme *antitrust* e il loro concetto di potere di mercato permettono di percepire chiaramente l'influenza della teoria sviluppata da John Clark. In tale ambito, gli studiosi di Harvard cercano anzitutto di creare la *workable competition*, combattendo direttamente le supposte cause delle imperfezioni di mercato – ossia, le concentrazioni di potere – e incrementando il numero di operatori economici.

Ancora nella stessa linea di ragionamento, la battaglia contro le concentrazioni

²⁷⁵ Idem, *ibidem*.

²⁷⁶ SOUTY, François. La Politique de la Concurrence aux États-Unis. *Opus cit.*, p. 103.

²⁷⁷ HAWK, Barry. La révolution antitrust américaine: une leçon pour la Communauté européenne ? *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.° 25 (1989), p. 12.

di potere economico dev'essere svolta attraverso un durissimo giudizio nei confronti degli strumenti tipicamente utilizzati per sviluppare questo tipo di "politica", ovvero, i cartelli e i monopoli basati sull'abuso di posizione dominante da parte di un'unica impresa.

In quest'ambito, i cartelli vengono visti dai teorici di Harvard come operazioni fra diverse imprese con la finalità di ottenere un accordo sullo stabilimento e sul controllo di prezzi comuni. Lo scopo finale di tali operazioni è quello di trasferire le ricchezze dai consumatori per i produttori, pregiudicando il funzionamento del sistema nervoso del mercato. Agendo in tale modo, i cartelli diventano pericolosissimi ostacoli alla libera concorrenza e al naturale sviluppo dei mercati. Passano ad essere in latente contraddizione con gli interessi dei consumatori.²⁷⁸

La posizione adottata dalla Scuola di Harvard relativamente ai monopoli si ricollega direttamente al contesto politico sociale degli Stati Uniti, nel quale, secondo quanto affermano Eleanor Fox e Lawrence Sullivan²⁷⁹, esistono delle norme che disciplinano la materia dei monopoli per il fatto che il Congresso degli Stati Uniti sempre ha avuto paura del sorgere di una "monarchia del commercio" in ambito federale. In questa prospettiva, il diritto che disciplina la materia della posizione dominante nel mercato, secondo l'opinione dei predetti autori, deve essere rivolto a tutelare il processo competitivo e a difendere i consumatori da pratiche restrittive che possano in qualsiasi modo creare degli ostacoli all'accesso dei consumatori ai prodotti desiderati.

Un elemento importante da non tralasciare in tale contesto riguarda il fatto che il produttore che applica misure restrittive sulla propria produzione può dimostrare di essere in posizione dominante nel mercato, ma non necessariamente tale atto, di per se stesso, deve essere definito come illecito. La sussistenza dell'atto illecito si verifica nel momento in cui colui che è – o colui che vuole essere – in posizione dominante, in ragione della restrizioni applicate alla propria produzione, crea dei danni ai propri concorrenti.

²⁷⁸ Un esempio chiaro di tale danno è quello svolto dall'OPEP, il cartello internazionale del petrolio: "As the OPEC cartel reminds us, cartels can last and they can continue to do damage for decades. Moreover, cartels can do significant harm even when they last for relatively short periods. The law should treat them harshly". In: FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Opus cit.*, p. 982 ss.

²⁷⁹ Idem, *ibidem*; FOX, Eleanor. Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness. *Notre Dame Law Review*, n.° 61 (1986), p. 981.

Le restrizioni verticali sono viste dagli studiosi di Harvard come condotte che spesso presentano delle compressioni della libera concorrenza. Per ciò, le norme che tutelano la concorrenza sono chiaramente dirette a favorire una politica di prezzi bassi, combattendo qualsiasi tipo di sfruttamento illecito del mercato tramite le restrizioni verticali. Proibendo le suddette restrizioni, queste norme favoriscono l'apertura di ulteriori canali per sconti nella catena di distribuzione. Così facendo, le norme *antitrust* tendono a valorizzare l'indipendenza e l'accesso degli operatori economici al mercato. Tutto ciò si riflette in benefici diretti al consumatore, di facile constatazione nella possibilità di scelta di prodotti a differenti prezzi e qualità.²⁸⁰

Dal punto di vista dottrinale, gli studiosi Philipp Areeda e Donald Turner²⁸¹, anche loro componenti della Scuola di Harvard, hanno dato un importante contributo che riassume in poche parole cos'è la Scuola di Harvard e come quest'ultima si propone nell'analisi della tutela della concorrenza. Tale testo è stato pubblicato nel 1978 nell'opera "*Antitrust Law*":

"Populist values are served, to a very considerable extent, by the antitrust policies that promote economic efficiency and progressiveness. The competitive market is one in which power is not unduly concentrated in the hands of one or a few firms. They are sufficiently numerous to offer real alternatives to their suppliers and customers, whose fate is thus determined by impersonal market forces rather than by the arbitrary fiat of another. And the several firms that share that market will necessarily have less individual economic or political significance than would be had by a single firm, or by substantially fewer firms, controlling that market. Accordingly, the goals of dispersed power and wider business opportunities are served by an scale or superior skill, and which prevent those mergers, agreements, or practices which obstruct efficient competition. Populist against and efficiency goals are consistent over a wide range".

²⁸⁰ FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Opus cit.*, p. 983 ss; FOX, Eleanor. *Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*. Cornell Law Review, n.° 66 (1981), p. 1182; SCHERER, Frederic M. et ROSS, David. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Boston: Houghton Mifflin, 1990, p. 78 ss.

In un ultimo sguardo ai fondamenti teorici e dottrinali della Scuola di Harvard, è di particolare interesse la sorta di “dichiarazione di principi” presentata dagli studiosi Eleanor Fox e Lawrence Sullivan²⁸², dichiarazione che può essere definita come una sintesi del “Credo” di Harvard, già citato nell’ambito di questa tesi:

“We believe in the competitive ethic. We see individuals who participate in our economic system not as pawns driven by the economics forces, but as feeling, choosing human beings who can improve their lot by participating in the economic enterprise. We do not believe that a system of competition, complemented by antitrust, tends inexorably to produce the all powerful, exploitative monopolist”.

2.2. La Scuola di Chicago

L’elaborazione della teoria, propria della Scuola di Chicago, critica nei confronti delle politiche di tutela della libera concorrenza di mercato è iniziata intorno agli anni 70, tramite un gruppo di pensatori collegati alle idee di Milton Friedman. In questo senso, come affermano Ingo Schmidt e Jan Rittaler²⁸³ si trattava di un prolungamento della scuola neo-liberale sviluppata nell’ambito monetarista da Friedman:

“Die Chicago School, die in der Vergangenheit nur mit dem Monetarismus (Milton Friedman u.a.) identifiziert worden ist, hat in den siebziger Jahren auch ein Credo zu Fragen der Antitrustpolitik entwickelt. Die wettbewerbspolitische Variante der Chicago School wird durch eine Gruppe von Ökonomen und Juristen repräsentiert, zu denen u. a. Bork, Demsetz, Director, Posner und Stigler gehören; diese Gruppe hat einen erheblichen

²⁸¹ Il testo viene citato da FORGIONI, Paula. *Opus cit.*, p. 156.

²⁸² FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Opus cit.*, p. 963.

²⁸³ SCHMIDT, Ingo et RITTALER, Jan. Die Chicago School of Antitrust Analysis. Wettbewerbstheoretische und- politische Analyse eines Credo. *Opus cit.*, p. 11. Vedi inoltre REDER, Melvin. Chicago Economics: Permanence and Change. *The Journal of Economic Literature*, n.° 20 (1982), p. 1 ss.

Gli studi sviluppati dai membri della Scuola di Chicago sono iniziati attraverso la critica alle classiche teorie sulla tutela della concorrenza, in particolare, alla teoria dell'oligopolio di Edward Chamberlain²⁸⁵. È significativo, in tale ambito, il fatto che i primi articoli scientifici di questa Scuola²⁸⁶, pubblicati in 1963, si contestualizzano proprio come una diretta contrapposizione alle teorie di Chamberlain²⁸⁷. In questo senso, Rudolph Peritz²⁸⁸ osserva che i professori Robert Bork e Ward Bowman, entrambi della *Yale University* e membri della Scuola di Chicago:

"(...) insisted that rational antitrust policy required strict adherence to the dictates of efficiency – that is, to determining effects on market price and output".

²⁸⁴ "La *Chicago School*, conosciuta nel passato soltanto nell'ambito del monetarismo (Milton Friedman et al.), ha sviluppato durante agli anni settanta anche un Credo sulla questione della politica *antitrust*. Questo approccio della politica della concorrenza della *Chicago School* ha il supporto di un gruppo di economisti e giuristi al quale appartengono Bork, Demsetz, Director, Posner e Stigler; questo gruppo ha guadagnato una considerevole influenza nella politica *antitrust* statunitense".

²⁸⁵ "Die *Chicago School* (u.a. Stigler, Bork, Posner) entstand als Gegenbewegung zur *Harvard School* und lehnt das Struktur-Verhalten-Ergebnis-Paradigma ab. Maßstab ist allein die Effizienz, d.h. die alloкатive Effizienz im Sinne einer optimalen Allokation der volkswirtschaftlichen Ressourcen und die produktive Effizienz im Sinne einer optimalen Ressourcenverwendung in den einzelnen Unternehmen. Leitbild ist nicht die Bekämpfung wirtschaftlicher Macht, sondern die Konsumentenwohlfahrt. Die Anhänger der *Chicago School* vertrauen aufgrund ihres langfristigen Betrachtungshorizonts stark auf die Selbstheilungskräfte des Marktes. Deshalb genügt es aus ihrer Sicht, daß der Staat künstliche Marktzutrittschranken (barriers to entry) bekämpft. Im übrigen werden staatliche Eingriffe in die Marktstruktur weitgehend abgelehnt". In: GASSNER, Ulrich. *Opus cit.*, p. 4 ss.

²⁸⁶ BORK, Robert et BOWMAN, Ward. *The Crisis in Antitrust*. *Fortune*, 1963, p. 138; BLAKE, Harlan et JONES, William. *The Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy*. *Columbia Law Review*, n.° 65 (1965), p. 363. Altri saggi importanti pubblicati nei primi anni della Scuola contro gli oligopoli, sono BORK, Robert. *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*. *Journal Law & Economics*, n.° 6 (1966), p. 7; STIGLER, George. *A theory of Oligopoly and Barriers to Entry*, *Economics of Scale, and Firm Size*. *The Organization of Industry*, n.° 39 (1968), p. 67

²⁸⁷ PERITZ, Rudolph. *Opus cit.*, p. 236. Secondo quanto afferma Ingo Schmidt, il punto di partenza della teoria elaborata da Edward Chamberlain è molto simile a quello utilizzato nell'ambito della teoria sviluppata da Joan Robinson, ossia, è: "Von 'monopolistic competition' spricht er, wenn die Güter heterogen sind, also Präferenzen existieren. Der auf den ersten Blick widersprüchlich erscheinenden Terminus 'monopolistic competition' ist so zu interpretieren, daß trotz monopolistischer Tendenzen noch Wettbewerb bestehen kann. Bei heterogenen Gütern besitzt jeder Anbieter eigenen Teilmarkt, auf den er sein Gleichgewicht durch Variation des Preises, des Produktes oder der Werbung beeinflussen kann (also Berücksichtigung des Nicht-Preiswettbewerbs). Das individuelle Firmengleichgewicht ergibt sich auch hier wieder im Cournot'schen Punkt". In: SCHMIDT, Ingo. *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*. *Opus cit.*, p. 8.

²⁸⁸ *Idem*, p. 237.

Se nei primi anni di lavoro le teorie elaborate dai pensatori di Chicago non hanno avuto grande successo, nel governo di Richard Nixon – tramite l'influenza di alcuni dei pensatori *chicagoans* sul potere centrale – e, posteriormente, nei governi dei Presidenti Ronald Reagan e di George Bush senior, la Scuola ha conosciuto il suo apice. Dal punto di vista tecnico, come osserva Lawrence Sullivan²⁸⁹, l'influenza delle teorie *chicagoans* sull'esecutivo e sul legislativo statunitense in questo periodo è giustificata dal fatto che queste teorie si presentano come un sistema chiuso, capace di dare risposte razionali ad ogni questione e di risolvere anche i problemi più complessi senza che sia necessario giungere ad una soluzione giudiziale.

Nel governo di Nixon, in particolare tramite le teorie del giudice federale Richard Posner, la Scuola di Chicago ha potuto allargare ed approfondire questa fortissima influenza nei *decisionmakers*.

La teoria elaborata da Richard Posner partiva dal presupposto che l'intervento dello Stato nell'economia era in contrasto con il sistema del *common law* e, pertanto, portava all'inefficienza. Secondo l'autore, le regole e le istituzioni del sistema della *common law*, per sé stesse, promuovevano l'efficienza economica. Ciò significava che l'intervento dello Stato nell'economia diventava esorbitante.²⁹⁰

Un altro pensatore di spicco della Scuola di Chicago è Robert Bork, professore di diritto alla *Yale University*. La teoria elaborata da Bork e condivisa dagli altri pensatori della Scuola di Chicago riconferma che le norme dirette a disciplinare la tutela della concorrenza sono degli strumenti destinati a migliorare l'efficienza dei mercati. Essi proibiscono le condotte restrittive alla libera concorrenza perché queste avrebbero la tendenza a causare la diminuzioni dell'efficienza. In tale ambito, come spiega

²⁸⁹ SULLIVAN, Lawrence. Antitrust, Microeconomics and Politics: Reflections on Some Recent Relationships. *California Law Review*, n.° 68 (1980), p. 1 ss. Vedi anche SCHMIDT, Ingo et RITTALER, Jan. *Opus cit.*, p. 12.

²⁹⁰ La teoria di Richard Posner si inquadra perfettamente nel discorso sulla tecnica ed ideologia analizzato dal filosofo tedesco Jürgen Habermas. In tale ambito, Posner afferma che lo studio da lui svolto si caratterizza dal fatto di essere positivo, e non normativo, scientifico e non ideologico. Posner utilizza la scusa della tecnica – matematica, precisa, infallibile – per proporre una lettura giuridica dei fatti economici suppostamente svincolata da fattori politici e sociali. Dietro un'infinità di numeri e calcoli diretti a raggiungere l'efficienza economica si nasconde una politica che chiaramente tenta di ignorare la centralità della Persona Umana nel sistema giuridico. Per approfondimenti sull'uso della tecnica come ideologia, vedi HABERMAS, Jürgen. *Technik und Wissenschaft als Ideologie*. Frankfurt-am-Main: Suhrkamp, 1968.

proprio Robert Bork²⁹¹, le leggi *antitrust* dovrebbero essere interpretate come strumenti diretti a proibire unicamente le condotte che portano inefficienza al mercato.²⁹²

Uno fra gli elementi più significativi che caratterizzano la Scuola di Chicago è la sua concezione di potere di mercato. In tale prospettiva, il potere di mercato verrebbe ad essere il potere di uno o più operatori di ridurre in modo artificiale la produzione. Come si può presupporre, questa riduzione si riflette direttamente nei prezzi delle merci, creando il potere di aumentare in misura significativa il prezzo sul costo – ad esempio, dieci percento o più – per un significativo periodo di tempo – ad esempio, due anni o più – senza che ci sia una possibilità di difesa da parte dei consumatori²⁹³. In tale senso, come affermano William Landes e Richard Posner²⁹⁴:

"The term 'market power', refers to the ability of a firm (or a group of firms, acting jointly) to raise price above a competitive level without losing so many sales so rapidly that the price increase is unprofitable and must be rescinded".

I teorici della Scuola di Chicago considerano i cartelli inefficienti dal momento in cui i membri del cartello possiedono potere sufficiente per concludere il loro obiettivo, ovvero, la riduzione della produzione e l'aumento dei prezzi. Ciò è dovuto al fatto che la riduzione della concorrenza è considerata un'inefficienza allocativa, non

²⁹¹ BORK, Robert. *Opus cit.*, p. 15 ss. e 81 ss.; FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Opus cit.*, p. 970 ss.

²⁹² Nella definizione di Emmerich Volker: "Die Chicago-Schule hat sich vor allem in Auseinandersetzung mit der Harvard-Schule der Anhänger der workability-Konzepte herausgebildet. An ihrem Anfang steht daher – nicht anders als bei den Anhängern des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit – die Leugnung empirisch nachweisbarer Zusammenhänge zwischen Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnissen. Die Anhänger der Chicago-Schule ziehen hieraus jedoch ganz andere Folgerungen als die Vertreter eines Konzepts der Wettbewerbsfreiheit, da sie als legitime Ziele einer staatlichen Wettbewerbspolitik allein die Vermehrung der allgemeinen Wohlfahrt und die Steigerung der Effektivität der einzelnen Unternehmen anerkennen. Sie vertrauen außerdem aufgrund langfristiger Betrachtungsweise weitgehend auf die Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs, weshalb sich der Staat ihrer Meinung nach im wesentlichen auf die Bekämpfung künstlicher Marktzutrittschranken beschränken sollte. Daraus folgt z.B. eine grundsätzlich positive Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen und von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, weil derartige Maßnahmen in der Regel geeignet seien, die Effektivität der einzelnen Unternehmen und damit den allgemeinen Wohlstand zu fördern". In: VOLKER, Emmerich. *Opus cit.*, p. 9.

²⁹³ FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Opus cit.*, p. 976 ss; EASTERBROOK, Frank. *Workable Antitrust Policy*. Michigan Law Review, n.° 84 (1986), p. 19 ss.; BORK, Robert. *Opus cit.*, p. 192 ss.

²⁹⁴ LANDES, William et POSNER, Richard. *Market Power in Antitrust Cases*. Harvard Law Review, n.° 94 (1981), p. 937. Il testo è citato anche da SCHMIDT, Ingo et RITTALER, Jan. *Opus cit.*, p. 65.

compensata dai guadagni che potrebbero essere avvenuti tramite un processo naturale di concorrenza. Al contrario, secondo tale scuola, associazioni tra concorrenti che si prefiggono scopi diversi da una mera revisione della produzione, sarebbero sufficienti. Quindi si deve fare attenzione a non inibire tali efficienze attraverso un'ampia politica contro i cartelli. La prudenza è particolarmente appropriata poiché i cartelli spesso sono vani nella riduzione della produzione e, persino se hanno successo per un periodo, si autodistruggono facilmente poiché i loro membri hanno un inesorabile stimolo ad imbrogliare e gli esterni irrompono nel mercato per fornire l'offerta rimossa.²⁹⁵

Secondo quanto affermano i *chicagoans* l'unico interesse delle leggi dovrebbe essere combattere l'abuso di potere diretto a ridurre la produzione. In questa prospettiva, non ci sarebbe infrazione a meno che l'azienda dominante tagliasse la sua produzione dopo aver ottenuto il potere per farlo attraverso azioni e non sulla base di meriti competitivi (per esempio azioni finalizzate unicamente a penalizzare concorrenti e che non promettono benefici ai consumatori). In tale linea di ragionamento, si dovrebbe stare attenti a non condannare ogni altra azione, concedendo a tutte le aziende la libertà di distruggere i propri concorrenti attraverso una dura competizione; dovrebbe sempre assicurarsi la libertà di essere il migliore e, quindi, il vincitore.²⁹⁶

Secondo i membri della Scuola di Chicago, le restrizioni verticali non sono quasi mai anticompetitive. In questo senso, si presumerebbe che quando un produttore impone una restrizione al suo distributore, lo scopo è quello di migliorare la distribuzione del suo prodotto. Se la restrizione è diretta ad incrementare il prezzo, il distributore impiegherà l'addizionale ritorno per maggiore promozione o servizio, quindi incrementando produzione e benessere del consumatore. Restrizione verticale, cliente e controlli territoriali servirebbero normalmente gli interessi comuni di produttori e consumatori nell'impedire ai distributori non-produttori-di-servizi di porre in essere un *free ride* nei confronti dei fornitori di servizi. L'effetto *free ride* farebbe in modo che i fornitori di servizi fornissero meno dell'ottimale quantità di servizio e questo priverebbe i consumatori del pacchetto di prodotto/servizio che chiedono. In quest'ambito, l'unico appropriato interesse *antitrust* nell'area delle restrizioni verticali dovrebbe essere la remota possibilità che un'apparente restrizione verticale sia in realtà una copertura per

²⁹⁵ FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Opus cit.*, p. 982 ss.; EASTERBROOK, Frank. The Limits of Antitrust. *Opus cit.*, p. 19 ss.

un cartello di distributori e l'ugualmente remota possibilità che la restrizione sia una copertura per un cartello di produttori. Quest'ultimo fenomeno è improbabile che venga in essere a meno che tutti i produttori si accordino nell'usare la stessa restrizione verticale al fine di ridurre il rischio di truffe/inganni dal cartello²⁹⁷. Esaminate le premesse appena descritte, è possibile constatare quanto affermato da Paula Forgioni²⁹⁸, ovvero:

*"A Escola de Chicago traz para o antitruste, de forma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficia os consumidores. Esse fato é verdadeiro esteja o agente econômico em posição monopolista ou sujeito à competição. Os principais institutos antitruste passam a ser pensados em termos de 'eficiência alocativa': sob esse prisma as concentrações (e o poder econômico que dela deriva) não são vistas como um mal a ser evitado, os acordos verticais passam a ser explicados em termos de eficiência e ganho para os consumidores".*²⁹⁹

In una delle critiche svolte da Robert Bork³⁰⁰ all'azione della Suprema Corte statunitense in materia di *antitrust* principalmente negli 60-70, ovvero, sotto l'influenza dalle teorie della Scuola di Harvard, è già possibile identificare i principi teorici che caratterizzano e contrappongono la teoria della Scuola di Chicago a quella di Harvard:

²⁹⁶ Idem, p. 982; EASTERBROOK, Frank. *The Limits of Antitrust*. *Opus cit.*, p. 15 ss.

²⁹⁷ FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Opus cit.*, p. 983 ss.; EASTERBROOK, Frank. *The Limits of Antitrust*. *Opus cit.*, p. 13 ss. In quest'ambito, la Scuola di Harvard critica ferocemente la nozione offerta dai teorici di Chicago: "*Chicagoans greatly overstate the frequency and significance of the free-rider effect. Its empirical significance is at best 'modest'. Vertical price and territory restraints, when not in furtherance of cartels, are often the toll of multiproduct dealers to exploit the manufacturer and consumer, forcing inframarginal consumers to buy services they do not want. Exclusive dealing enables powerful manufacturers to impose costs on smaller competitors by prohibiting them from contracting with more efficient distributors, thereby increasing the price they must charge consumers*". In: FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Opus cit.*, p. 983 ss.

²⁹⁸ FORGIONI, Paola. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 165.

²⁹⁹ "La Scuola di Chicago porta all'antitrust, in modo indelebile, l'analisi economica, strumento per il raggiungimento di uno scopo maggiore: l'efficienza allocativa del mercato, che sempre è benefica ai consumatori. Tale fatto è veritiero tanto nel caso in cui l'agente economico sia in posizione monopolista ovvero sia soggetto alla competizione. I principali istituti antitrust sono pensati in termini di 'efficienza allocativa': sotto questo prisma le concentrazioni (e il potere economico che da ciò deriva) non sono visti come un male da evitare, gli accordi verticali sono espliciti in termini di efficienza e guadagno per i consumatori".

³⁰⁰ BORK, Robert. *Opus cit.*, p. 4.

"In modern times the Supreme Court, without compulsion by statute, and certainly without adequate explanation, has inhibited or destroyed a broad spectrum of useful business structures and practices. Internal growth to large market size has been made dangerous. Growth by merger with rival is practically impossible, as is growth by acquisition of customers or suppliers. Even acquisitions for the purpose of moving into new markets have been struck down, as the law evolves a mythology about the dangers of conglomerate mergers. Cooperative ventures between independent business are outlawed through a misapplication of the sound policy against price fixing and market division. The Court has destroyed the most useful forms of manufacturer control over the distribution of products, requiring higher-cost modes of reaching the public. It has needlessly proliferated rules about pricing behavior that have the effect of making prices higher and markets less effective allocators of society's resources".

Tuttavia, una possibile risposta a tale critica può essere trovata negli scritti di Eleanor Fox e Lawrence Sullivan³⁰¹, due fra i più importanti esponenti della Scuola di Harvard:

"Economists have both praised and criticized mainstream antitrust law. Many economists, especially those with Chicago leanings, think that because antitrust is about markets, as is microeconomics, antitrust law should be economics. They react as though the law is out kilter whenever it diverges from their particular economic insight; and they so react regardless of whether the law diverges because empirical process have not factual assumptions, or because the law has identified social goals other than or in addition to allocative efficiency".

Gli stessi autori approfondiscono tali precisazioni dando enfasi sempre più grande alle specificità proprie del diritto *antitrust*, ed affermando che queste non

³⁰¹ FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Opus cit.*, p. 956.

possono essere imprigionate in analisi di efficienza economica:

"Law is not economics. Not were the antitrust laws adopted to squeeze the greatest possible efficiency out of business. Nonetheless, we would not want an antitrust system that hurts consumers rather than helps them. Most people agree that economics is a tool that can help keep the system on course to help consumers and to facilitate dynamic competition. Economic analysts have provided important insights into why business acts the way it does, and what the probable effect of a practice will be on the marketplace. Despite the consensus that economics can play a supporting role, the Chicago School, in the name of law and economics has waged ideological warfare, assaulting antitrust itself".

In poche parole, Fox e Sullivan sottolineano che la *Chicago School* difende la possibilità che la regolamentazione della tutela della libera concorrenza venga minimizzata al massimo possibile, e ciò sempre in relazione alla misura in cui detta tutela non sia cagione di inefficienza economica³⁰². In questa prospettiva, il diritto

³⁰² Secondo gli autori, ci sono alcune caratteristiche della teoria della Scuola di Chicago che rinforzano questo voluto profilo minimalista del diritto antitrust. Tutte, come dimostrano Fox e Sullivan, rifiutabili dal punto di vista scientifico: *"First, the Chicago School claims that it has the right prescription for efficiency. This is unprovable; some would say highly suspect, and others would say wrong. Economic experts have intense debates as to what scheme is likely to produce a more efficient or a more dynamic, inventive economy. Economics does not provide a conclusive answer. Within a wide range, the answer is indeterminate. Second, the Chicago School always opts for norms that presuppose that markets are robust and that firms, imbued with perfect knowledge and risk neutrality, move their resources quickly and easily to the most profitable opportunity. Data about how people actually behave belie these assumptions. Yet Chicagoans continue to press for legal rules that accept these assumptions as true. It is this mind-set that led Judge Posner to dissent in a recent case in which a prisoner was blinded in jail and sued prison authorities for neglect. A majority of the appellate court thought that appointment of counsel was improperly denied to the prisoner, but Judge Posner disagreed. Assuming the existence of a market for lawyers that would function like a Chicago model market, Judge Posner argued that if the prisoner's case was any good, a lawyer did 'prove' that the prisoner's case lacked merit. Third, the Chicago School defines competition in terms of efficiency; defines efficiency as the absence of inefficiency; defines inefficiency in terms of artificial output restraint; and thus concludes that any activity that does not demonstrably limit output is efficient and therefore procompetitive. Thus, it 'proves' that almost all business activity is efficient—a neat trick. Chicagoans next declare that efficiency (defined as above) is identical to consumer welfare. For Chicagoans, however, producers' welfare is almost always treated as a surrogate for consumer welfare, regardless of the structure of the market. Although it is true that producer and consumer interest would be in harmony in perfectly competitive market, most markets are not competitive to this degree. Finally, the producer-plus-consumer-welfare paradigm presses the analyst to think only in terms of aggregate outcomes or wealth of the nation. But this concept is static and outcome-oriented, while the antitrust law are dynamic and process-oriented. They protect not an outcome, but a process-competition. Antitrust law set fair rules of the game. They*

dovrebbe soltanto prevedere l'illegalità dei cartelli e delle concentrazioni che venissero chiaramente a contestualizzarsi come creatori di monopoli in mercati con una percettibile concorrenza.³⁰³

Secondo quanto osservano gli stessi autori³⁰⁴ i principali elementi che caratterizzano il pensiero giuridico ed economico della Scuola di Chicago possono essere riassunti in cinque fattori :

"(1) Efficiency should be the exclusive goal of all commercial law, and virtually all law other than constitutional law.

(2) Efficiency should be measured only in a negative sense; that is, the law should reprehend only that which is inefficient. Output restraint is the inefficiency to be prevented.

(3) The market punishes inefficiency faster and better than the machinery of the law.

(4) There is no margin between the efficient and the inefficient. Therefore (since private firm inefficiency is seen only in terms of output restraint), activity that does not restrain output is efficient, and legal regulation of such activity will suppress the freedom of producers to serve consumers in ways that consumers desire

(5) Law is economics (except to the extent that generalizations are required for administrability). Efficiency is justice".

give rights of access and opportunity. The antitrust laws preserve and foster dynamic interactions among those in the market. They deal not with aggregate national wealth, but with the expectations and behavior of the people who participate in the markets". In: Idem, p. 958. Vedi, inoltre, HOVENKAMP, Herbert. Rhetoric and Skepticism in Antitrust Argument. Michigan Law Review, n.° 84 (1986), p. 1721.

³⁰³ È molto significativo, inoltre, il modo in cui Fox e Sullivan rispondono alla domanda "Is non-Chicago antitrust law 'mush'?" presentata nell'appendice all'articolo "Antitrust – Retrospective and Prospective: Where are we coming from? Where are we going". Segue la risposta: "No. Antitrust law is by definition not Chicago School Law. If Chicago School economists were the lawmakers, antitrust would not exist. By confirming antitrust law to proscribing output limitation and by assuming that free market forces will not tolerate output limitation, Chicagoans would drive the world closer to their ideal society in which firms have maximum freedom to act, unencumbered by government constraints. But antitrust law does exist, and the law is coherent. Through its century of evolution, the law has balanced competing values embedded within it. The Chicago School does not have the prescription for squeezing the last ounce of efficiency out of scarce resource or even for providing incentives likely to produce the most dynamic economy". In: FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Opus cit.*, p. 988; FOX, Eleanor. The Politics of Law and Economics in Judicial Decision Market: Antitrust as a Window. New York University Law Review, n.° 61 (1986), p. 556 ss.

³⁰⁴ FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Opus cit.*, p. 957.

Tali caratteristiche sono facilmente riscontrate in diversi scritti di alcuni fra i principali esponenti della Scuola di Chicago, ovvero, di Robert Bork³⁰⁵, Richard Posner³⁰⁶ e Frank Easterbrook³⁰⁷.

Riepilogando, la principale accusa fatta nei confronti della Scuola di Chicago è quella di aver creato una “moda” in cui soltanto l’approccio economico viene visto come idoneo a risolvere i problemi di restrizioni della tutela della libera concorrenza. In quest’ambito, la dottrina elaborata dalla Scuola nel corso degli anni verrebbe escludendo quasi tutti gli altri presupposti storici, sociologici, giuridici e politici di carattere non-economico. Come afferma Robert Pitofsky³⁰⁸, sono stati sistematicamente esclusi dall’ambito della politica *antitrust* statunitense importanti considerazioni che in passato avevano avuto un ruolo determinante.

2.3 La Scuola Evoluzionista di Boston

Un’analisi degli argomenti utilizzati dalla Scuola evoluzionista di Boston permette di verificare quanto questa sia frutto diretto degli effetti causati dalle politiche economiche messe in moto dal governo statunitense negli ultimi decenni. In tale ambito, è possibile affermare che questa Scuola sorge come una forte reazione alle iniziative prese dai giudici e dai governi statunitensi di matrice neoliberista.

La caratteristica principale della Scuola evoluzionista è la sua adesione ad un neo keinesismo empirico, molto simile alla teoria elaborata da Schumpeter. In tale ambito, si esamina l’economia in via di globalizzazione come un spazio in cui le nazioni sono messe in concorrenza tanto quanto le imprese. Tale carattere empirico della Scuola, come affermato da François Souty³⁰⁹:

“(…) vise à proscrire une approche dogmatique et donc à promouvoir une

³⁰⁵ BORK, Robert. *Opus cit.*, p. 90 ss.

³⁰⁶ POSNER, Richard. *The Economics of Justice*. Boston: Harvard University Press, 1981, p. 13 ss.

³⁰⁷ EASTERBROOK, Frank. *The Limits of Antitrust*. *Texas Law Review*, n.° 63 (1984), p. 21 ss.; EASTERBROOK, Frank. *Workable Antitrust Policy*. *Opus cit.*, p. 1696 ss.

³⁰⁸ PITOFSKY, Robert. *The Political Content of Antitrust*. *University of Pennsylvania Law Review*, n.° 127 (1979), p. 1075. Vedi inoltre SCHMIDT, Ingo et RITTALER, Jan. *Opus cit.*, p. 54 ss.

approche pragmatique de l'étude du fonctionnement des marchés".

Nell'ambito internazionalistico, è significativa tale posizione adottata dalla Scuola evoluzionista sulla tutela della concorrenza. Infatti, gli studiosi di tale corrente di pensiero sono stati i pionieri nell'esigere l'istituzione di normative in materia *antitrust* applicabili nell'ambito globale.³¹⁰

2.4 La Scuola Nihilista o della Distruzione Creatrice.

A causa delle sue teorie estremamente critiche circa l'intervento dello Stato nell'economia, la Scuola Nihilista si contraddistingue come il gruppo di pensatori più radicale nel mondo della tutela della libera concorrenza. A tale riguardo così afferma François Souty³¹¹:

"Les Nihilistes constituent – comme les structuralistes – un des courants issus de la pensée de Joseph Schumpeter, mais ils rejettent sans appel les supports de la théorie économique néo-classique de la concurrence parfaite, que ce soit dans ses modalités de concurrence praticable ou contestable".

Nella teoria elaborata dalla Scuola Nihilista, secondo quanto afferma Souty³¹², possono essere riscontrati quattro punti di convergenza con il pensiero della Scuola di Chicago:

- a) Le condotte sono totalmente esogene alla struttura dei mercati (visione diametralmente opposta a quella degli strutturalisti), per il fatto che quest'ultima viene determinata soltanto dalle economie di costi di

³⁰⁹ SOUTY, François. La Politique de la Concurrence aux États-Unis. *Opus cit.*, p. 113.

³¹⁰ L'evoluzione di tale dibattito è commentata da François Souty: "(...) leur contestations a donc mûri au détour des années 1990 pour revenir à des conceptions sommes toutes très 'bostoniennes' (empiriques et managériales), mais qui tiennent compte du facteur international nouveau dans le mise en œuvre de la répression des pratiques anticoncurrentielles". In: Idem, p. 118.

³¹¹ Idem, p. 103.

³¹² Idem, p. 123.

transazione e dall'efficienza allocativa³¹³;

- b) Il dominio di un mercato non è fonte di profitti elevati, come pensano gli strutturalisti³¹⁴;
- c) La contestazione della problematica delle barriere d'ingresso è molto viva, come nella Scuola di Chicago. In tale senso, come afferma Harold Demsetz³¹⁵, tutte le pretese barriere all'entrata – come la pubblicità³¹⁶, l'integrazione verticale e il bisogno di capitale – costituiscono delle categorie di tattiche competitive, che devono essere molto di più associate ad un processo di rivalità produttiva che a quello di monopolio improduttivo;
- d) L'applicazione della politica *antitrust* da tempo produce esclusivamente imprese inefficienti. Per tale causa, secondo gli esponenti nihilisti, la produzione regolare degli Stati Uniti si trova in declino.

2.5 La Scuola Ordoliberal Tedesca

È possibile affermare che la Scuola di Friburgo, detta "Ordoliberale", abbia le

³¹³ "Une concentration persistante du marché, en l'absence de barrières à l'entrée (les seules barrières sont de nature réglementaire) n'est que le reflet des conditions de coûts sous-jacentes. Ainsi, tandis que les structuralistes considèrent que l'échelle d'efficience minimale détermine les conditions d'opération dans la plupart des industries, les nihilistes soulignent que la structure du marché ne saurait être reflétée par un système atomistique : la rivalité entre firmes impose une discipline concurrentielle dans laquelle les économies de coûts de transaction peuvent imposer en retourne un marché concentré". In: Idem, p. 121.

³¹⁴ "Cette domination constitue plutôt le reflet d'une aptitude supérieure d'anticipation et de gestion. La concentration persistante n'indique pas l'existence de barrières à l'entrée ou de pratiques d'exclusion voire d'éviction, mais résulte d'une performance concurrentielle supérieure, sensée refléter les préférences des consommateurs". In: Idem, ibidem. Vedi inoltre ARMENTANO, Dominick T. *Antitrust and Monopoly: Anatomy of a Policy Failure*. New York: Holmes & Meier, 1982, p. 40.

³¹⁵ DEMSETZ, Harold. *Economics as a Guide to Antitrust Regulation*. *Journal of Law & Economics*, n.º 19 (1976), p. 739.

³¹⁶ A riguardo della pubblicità, completa François Souty: "(...) dans le Market Rivalry Model, les dépenses de publicité constituent un moyen de promotion de la concurrence par la diffusion d'informations. Si ce moyen n'était pas efficient dans la durée pour satisfaire la demande du consommateur en matière d'information, les coûts élevés induits conduiraient l'entreprise à l'échec. (Mais notons quand même qu'il demeure que dans un contexte gouverné par l'asymétrie de l'information, la fiabilité de la publicité reste à la seule appréciation de l'entreprise. Celle-ci peut chercher à tromper délibérément le consommateur, auquel cas le dommage ne peut être apprécié que sur le long terme, le cas échéant après le décès du consommateur trompé, ce qui n'est pas nécessairement indifférent au défenseur de l'intérêt public ...)". In: SOUTY, François. *La Politique de la Concurrence aux États-Unis*. *Opus cit*, p. 122.

sue radici nelle discussioni nate attorno il fenomeno della cartellizzazione dell'economia tedesca prima e durante il secondo conflitto mondiale. La nascita della scuola è avvenuta, in particolare, attraverso la formazione di un piccolo gruppo di pensatori che già nei primi anni del nazismo hanno rifiutato le concezioni d'intervento statale nell'economia offerte sia dal governo nazionalista totalitario sia dai difensori dello Stato socialista³¹⁷. In un mondo che tentava di uscire dai totalitarismi, i teorici di questa scuola hanno potuto influenzare l'elaborazione delle norme di tutela della concorrenza dal dopo guerra fino ai nostri giorni sia nella Repubblica Federale Tedesca³¹⁸, sia nella nascente Comunità Economica europea. In tale senso, come afferma David Gerber³¹⁹:

"The ideas of the so-called 'Freiburg School' were the matrix of a new brand of liberal thought that has much influenced the evolution of social and economic policy in Europe since the war and has played a central role in the development of competition law".

Le attività svolte dai membri della Scuola tedesca, secondo quanto afferma François Souty³²⁰, possono essere divise in due periodi. Il primo, dagli anni trenta fino alla seconda guerra mondiale ha creato le basi teoriche dell'ordoliberalismo. Il secondo periodo, iniziato negli anni 50 – periodo che, peraltro, ha generato la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* del 1957 –, ha portato la teoria sviluppata dalla Scuola ai principi che attualmente la contraddistinguono.

Già nel suo primo periodo di attività, gli studiosi che più tardi verranno a comporre la Scuola di Friburgo hanno diretto le sue iniziative scientifiche ad un rifiuto del liberalismo sfigurato ed oppresso dalle conseguenze della Prima Guerra Mondiale. Tramite diverse esperienze, hanno cercato di ricreare il liberalismo dentro di una visione

³¹⁷ Vedi GERBER, David. *Opus cit.*, p. 232.

³¹⁸ Sulle norme di tutela della libera concorrenza attualmente in vigore nel diritto tedesco, vedi, in generale: WIEDMANN, Gerhard. *Handbuch des Kartellrechts*. München: C.H. Beck, 1999; BARON, Michael. *Das Neue Kartellgesetz*. Köln: Bundesanzeiger, 1999; IMMENDA, Ulrich et MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *GWB. Kommentar zum Kartellgesetz*. München: C.H. Beck, 2001; VON WALLEMBERG, Gabriella. *Kartellgesetz*. Wiesbaden: Luchterhand, 2002; VOLKER, Emmerich. *Opus cit.*; BECHTOLD, Rainer. *Opus cit.*; GASSNER, Ulrich. *Opus cit.*

³¹⁹ GERBER, David. *Opus cit.*, p. 232.

³²⁰ SOUTY, François. *La Politique de la Concurrence en Allemagne Fédérale*. *Opus cit.*, p. 114

più ordinata, ovvero, di farlo rinascere attraverso un ordine – dal quale originano le espressioni “Ordo” e “ordoliberalismo” – in cui fosse possibile correggere i disfunzioni verificatesi nell’ambito delle politiche economiche sviluppate nel periodo anteriore alla Prima Guerra Mondiale.³²¹

All’avvento del nazismo e durante il lungo governo di Adolf Hitler, tali studiosi si sono dimostrati severamente critici circa le scelte di politica economica fatte dal *Führer*. Per ciò, hanno dovuto pagare un alto prezzo politico. L’ordoliberalismo, in tale modo, chiaramente si allontanava sia del modello liberale puro sia dell’interventismo statale.

I teorici della Scuola di Friburgo, come Walter Eucken, propongono una concezione di economia costituita da multipli mercati concorrenziali, economie dove regnino diritti di proprietà privata e l’applicazione di regole contrattuali. In tale sistema, la regolamentazione può essere garantita da un intervento statale minimo, come i controlli dei monopoli, la politica congiunturale, la politica sociale ed altri³²². Tale proposta di Eucken, presentata nel libro da lui pubblicato nel 1932³²³, segna la nascita ufficiale della Scuola di Friburgo.

Una fra le ragioni che hanno portato tale teoria ad aver un grande successo è stata il modo in cui l’autore affronta la tematica. Non si trattava soltanto di esaminare la tutela della concorrenza dal punto di vista economico, ma di estendere tale esame anche a livello epistemologico e filosofico³²⁴, tracciando le basi per una comprensione più

³²¹ GERBER, David. *Opus cit.*, p. 238.

³²² SOUTY, François. La Politique de la Concurrence en Allemagne Fédérale. *Opus cit.*, p. 114.

³²³ Il libro è stato ristampato diverse volte, l’ultima nel 1989: EUCKEN, Walter. *Die Grundlagen der Nationalökonomie*. Berlin: Springer, 1989. È importante sottolineare in quest’ambito che l’opera si configura come il primo risultato concreto delle discussioni fra Walter Eucken, Franz Böhm e Hans Grossmann-Doerth, sulla “(...) questione del potere privato in una società libera”. In: BÖHM, Franz. *Die Forschungs- und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universität Freiburg in den dreissiger und vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts*. In: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim (Org.). Franz Böhm. *Reden und Schriften: über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung*. Karlsruhe: C.F. Müller, 1960, p. 162. Vedi inoltre HEUSS, Ernst. “Grundlagen der Nationalökonomie” vor 50 Jahren und Heute. *Ordo. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, n.º 40 (1989), p. 21 ss.

³²⁴ Per aver iniziato un processo di esame dei rapporti fra diritto ed economia nella società, la Scuola di Friburgo, come afferma David Gerber, può essere considerata una fra le pioniere nel campo del diritto dell’economia: “*The need to integrate theoretical and historical perspectives led Eucken and his colleagues to call for another form of intellectual integration – between legal and economic knowledge. Since economic phenomena occurred in an institutional and normative context, economic knowledge. The legal system provided the rules for the economic game, and thus one could not understand economic process without integrating knowledge of those rules*”. In: GERBER, David. *Opus cit.*, p.

ampia ed articolata della problematica³²⁵. La grande intuizione di Eucken, in un periodo in cui gli strumenti adoperati dalla scienza economica e dalla scienza giuridica si trovavano in una profonda crisi esistenziale, è stata proprio quella di rivisitare le radici delle scienze ripensandole e, in questo modo, cercando di estrarre nuove soluzioni per il mondo in cui viveva.³²⁶

Dallo sviluppo di tale ragionamento è nata l'espressione "Ordo". Questa espressione viene utilizzata per la prima volta da Eucken, facendo riferimento alla necessità di integrare fatti con teorie, così come il pensiero giuridico con quello economico. Tale azione verrebbe svolta attraverso il metodo da lui chiamato "*Denken in Ordnungen*" – ovvero, "pensare in ordine". Come afferma Eucken stesso³²⁷:

"(...) die Erkenntnis der Wirtschaftsordnung sogar der erste Schritt zur Erkenntnis wirtschaftlicher Wirklichkeit".³²⁸

In quest'ambito, la teoria riteneva esistere due "ordini" fondamentali³²⁹. Il primo

242-243. Vedi anche BÖHM, Franz. *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*. Stuttgart: Kohlhammer, 1937, p. 107.

³²⁵ All'interno dell'opera *Grundsätze der Wirtschaftspolitik* l'autore stesso afferma che la vera importanza del proprio testo va al di là dei dettagli in esso presenti ma nel suo metodo di approccio, fondato sul pensiero politico economico dal quale conseguono la formulazione e la soluzione dei problemi: "*Wichtiger als alle Einzelheiten ist auch in diesem Buch die Methode – das wirtschaftspolitische Denken, für das es sich einsetzt und aus dem sich Fassung und Lösung des Problems ergeben*". Vedi EUCKEN, Walter. *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990, p. 369.

³²⁶ È di grande interesse il riferimento fatto dai pensatori della Scuola di Friburgo alla crisi del positivismo giuridico – così come il suo quasi totale discredito –, dinanzi alla problematica dei rapporti fra liberalismo e diritto in Germania nell'inizio del secolo XX: "*The inability of economics to supply answers was matched, according to Franz Böhm, by the ineffectiveness of legal thought. Here the culprit was legal positivism. For him, the late nineteenth century German focus on the words of the statute as the primary, if not sole, source of law had once operated as a bulwark against discretionary power and as an objective – and, therefore, dependable – framework for social relations. Under the circumstances of the 1920s, however, it no longer played that role. When the political system from which legislation emanated merely represented those private interests that were strongest at a particular time, legal positivism perverted law into a tool of those interests. According to Eucken, the idea that law was whatever the legislature said it was promoted chaos and injustice rather than providing legal security. It has allowed not only courts, but society in general to lose sight of fundamental values and common objectives, and it had helped pave the way for Nazism*". In: GERBER, David. *Opus cit.*, p. 232. Vedi inoltre BÖHM, Franz. *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*. *Opus cit.*, p. ix-xii.

³²⁷ EUCKEN, Walter. *Die Grundlagen der Nationalökonomie*. *Opus cit.*, p. 58.

³²⁸ "La conoscenza dell'ordine dell'economia è il primo passo per l'intendimento della realtà economica".

³²⁹ "*Zwei Grundformen – nicht mehr – sind in aller Geschichte feststellbar, Der wirtschaftliche Alltag eines Gemeinwesens kann durch Pläne eines Planträgers gelenkt werden. Dann ist die reine Grundform der 'zentral geleiteten Wirtschaft' gegeben. Falls das Gemeinwesen klein ist, also von einem Menschen*

si riferiva alla "Verkehrswirtschaft"³³⁰, nella quale la condotta economica veniva organizzata direttamente dai privati, ossia, le imprese elaboravano i loro piani sulla base dell'esistenza o meno di incentivi generati dalla libera concorrenza. Il secondo era costituito dalla "Zentralverwaltungswirtschaft"³³¹, nella quale gli interventi del governo organizzavano l'attività economica d'accordo con criteri esterni al proprio sistema economico.³³²

Partendo da questa lettura fatta da Eucken, lentamente la Scuola tedesca avvia lo sviluppo di un'analisi del fenomeno economico strettamente collegata al contesto politico e giuridico. In tale modo, gli ordoliberali iniziano a concepire la dimensione costituzionale come strumento di analisi economica dei loro principali problemi³³³. Pensano il sistema economico come frutto diretto di un processo di formazione avviato nell'ambito giuridico e politico. È importante sottolineare questo passaggio proprio perché il principio di tutta la teoria ordolibérale risiede in questa concezione di costituzione economica – il *wirtschaftsverfassung* proclamato da Eucken³³⁴ – formata e

überblickt werden kann, wie es in einer geschlossenen Kleinfamilie geschieht, sprechen wir von 'Eigenwirtschaft'. – Oder es handelt sich um die zentrale Planung des Wirtschaftsprozesses eines ganzen Volkes. Hier ist ein Verwaltungsapparat nötig: 'Zentralverwaltungswirtschaft'. – Die andere Form ist die 'Verkehrswirtschaft', in der viele Einzelwirtschaften – Betriebe und Haushalte – selbständig Pläne machen, in wirtschaftlichen Verkehr miteinander treten und ein Automatismus der Märkte besteht, der sie koordiniert". In: EUCKEN, Walter. Grundsätze der Wirtschaftspolitik. Opus cit., p. 21.

³³⁰ A riguardo, afferma Eucken: "'Verkehrswirtschaft' ist eine reine, konstitutive, idealtypische Grundform – ebenso wie die 'Zentralgeleitete Wirtschaft' –, die sich in allen Epochen der Menschheitsgeschichte findet und die auf Grund exakter Beobachtung der Einzelwirtschaften und durch pointiered hervorhebende Abstraktion gewonnen wird". In: EUCKEN, Walter. Die Grundlagen der Nationalökonomie. Opus cit., p. 87.

³³¹ "Amministrazione centrale dell'economia".

³³² In questo senso, continua David Gerber: "The impact of Eucken's analysis lay in this systemic focus. His 'orders' were constructs through which he sought to demonstrate that certain characteristics of economy systems were related to each other systemically – that is, they fit together such that the density of those characteristics in an actual economic system necessarily increased the capacity of that system to achieve its goals (...) A corollary to this analysis was that the intermingling of components from these two fundamentally incompatible 'orders' in an actual economic system necessarily impaired the functioning of that system. A transaction economy would be harmed, for example, by each instance of governmental intervention, and vice versa! The power of this insight can hardly be imagined from today's perspective, but at the time it had great impact". In: GERBER, David. Opus cit., p. 243 ss. Vedi a proposito GUTMANN, Gernot. Euckens Ansätze zur Theorie der Zentralverwaltungswirtschaft und die Weiterentwicklung durch Hensel. Ordo. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, n.° 40 (1989), p. 55.

³³³ GERBER, David. Opus cit., p. 245.

³³⁴ Come osserva David Gerber, il termine *wirtschaftsverfassung* non è stato una invenzione di Eucken e della Scuola ordolibérale: "The Freiburg School did not invent the term 'economic constitution'. It had been used during the 1920s, generally referring loosely to the basic characteristics of an economic system. There was discussion during the Weimar period, for example, of the relative merits of 'capitalist' and 'socialist' economic constitutions. As they did with other key terms, however, the

direttamente condizionata dalle decisioni prese nell'ambito giuridico e politico di un determinato sistema.

Come si è potuto osservare, i pensatori della Scuola Ordoliberal da sempre hanno ritenuto che la tutela della libera concorrenza e il contrasto rispetto le concentrazioni di potere economico nel mercato dovevano essere considerati come strumenti primordiali per la difesa della democrazia. In tale quadro, la Scuola di Friburgo approfondisce alcuni principi affermati dalla Scuola di Harvard. La tutela della libera concorrenza nel mercato, in particolare, è vista come un bene della società che non finisce in sé stesso, ma comprende un ambito molto più ampio: quello di proteggere la stessa società da concentrazioni di potere economico, che possono a loro volta facilmente diventare potere politico.³³⁵

Un sistema economico competitivo, secondo loro, è strumento necessario perché ci sia prosperità, libertà e parità sociale. In questi termini, una determinata società potrebbe svilupparsi economicamente e socialmente soltanto se fosse fondata su un mercato regolato da una "struttura costituzionale". Tale struttura avrebbe il compito di tutelare il processo di concorrenza contro restrizioni, assicurando che i benefici portati dal mercato siano distribuiti nella società in modo paritario e con una riduzione drastica dell'intervento statale nell'economia³³⁶. Come si può osservare, i sistemi giuridico ed economico si collegano strettamente allo scopo finale di tutelare la democrazia di mercato e, principalmente, la società. In questo senso, come afferma François Souty³³⁷:

"(...) la politique allemande de la concurrence prend assise sur une réflexion très étayée non seulement du phénomène concurrentiel, mais également sur une analyse de la politique économique propre à maximiser l'efficacité

ordoliberals imbued this one with a new analytical precision and a new interpretative framework". In: GERBER, David. Opus cit., p. 246. L'autore indica come lettura a riguardo NÖRR, Knut. Auf dem Wege zur Kategorie der Wirtschaftsverfassung: Wirtschaftliche Ordnungsvorstellungen im Juristischen Denken vor und nach dem Ersten Weltkrieg. In: NÖRR, Knut et Al (Org.s). Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik. Stuttgart: Franz Steiner, 1994, p. 423 ss.

³³⁵ Vedi a riguardo Bilger, François. La Pensée Économique Libérale dans l'Allemagne Contemporaine. Paris: Cepec, 1964, p. 78 ss.

³³⁶ GERBER, David. Opus cit., p. 232. ^

³³⁷ L'autore ancora svolge un interessante paragone fra le analisi economiche al riguardo svolte in Germania e in Francia, abbastanza divergenti fra loro: *"(...) la science économique française a très peu défriché le terrain des conséquences politiques de la protection du phénomène concurrentiel, pas plus que celui de l'efficacité optimale des instruments administratifs nécessaires à cet égard"*. In: SOUTY, François. La Politique de la Concurrence en Allemagne Fédérale. Opus cit., p. 108.

collective et individuelle".

L'azione svolta dai componenti della Scuola di Friburgo è diventata una delle colonne dei governi cristiano democratici del dopo guerra, in particolare di quello guidato da Konrad Adenauer. In tale prospettiva, i pensatori ordoliberali come Walter Eucken, Wilhelm Röpke, e specialmente, Ludwig Ehrard – super ministro dell'economia della *Bundesrepublik* dal 1949 al 1963 e cancelliere federale dal 1963 al 1966 – possono essere considerati i padri fondatori del mercato sociale tedesco.³³⁸

Tramite la politica di ricostruzione del sistema economico, i governi di Konrad Adenauer e di Ludwig Ehrard hanno potuto istituire ed implementare un vero compromesso fra efficacia economica e giustizia sociale. In tale prospettiva, questi due governanti hanno più che altro cercato di impostare una politica basata sul controllo e mantenimento delle regole della libera concorrenza. In questo senso, come indica Joachim Starbatty³³⁹:

"La pratique de la politique économique s'est largement tenue aux consignes des programmes :

- poursuites de la libéralisation du marché, par exemple sous forme de reprivatisation du patrimoine de l'Etat (par exemple – dès 1949, Volkswagen – le Renault allemand – dès 1961, alors que la France n'a comencé un programme équivalent que trente-cinq ans plus tard, en 1986-1988 puis en 1993);*
- mise en place d'une 'loi contre les limitations de la concurrence' (la loi des cartels) et d'un Office des cartels, largement indépendant (1957) ;*
- politique socio-économique dans le cadre de l'ordre économique de marché (conformité au marché);*

³³⁸ "(...) Ludwig Ehrard est le concepteur politique du programme de libéralisme économique adopté par le parti démocrate-chrétien allemand en 1949, connu sous le nom de directives de Düsseldorf, constituant l'architecture conceptuelle de l'économie sociale de marché (...) il s'agit, d'après ces directives, de trouver le juste niveau d'organisation en vue de l'efficacité économique et le juste compromis social". In: Idem, p. 115.

³³⁹ STARBATTY, Joachim. L'Economie Sociale des Programmes de la CDU-CSU. In: BARRE, R. et PORTELLI, Hugues. Les Démocrates-Chrétiens et l'Economie Sociale de Marché. Paris: Economica, 1988, p. 92.

– *élargissement du système d'assurance sociale sur la base du développement économique*”.

Un altro pensatore di spicco della Scuola ordoliberal tedesca – fra i più significativi – è Franz Böhm, professore di diritto, rettore dell'Università di Friburgo e redattore della legge *antitrust* tedesca (GWB) del 1957. Già nella redazione della GWB è possibile constatare il filo conduttore del pensiero di Franz Böhm, ovvero, la costante preoccupazione nel permettere l'efficacia ottimale del sistema economico tramite la libera determinazione dei prezzi. Ciò perché, secondo l'autore, tale fenomeno dovrebbe avere il ruolo di regolatore essenziale della vita economica. Infatti Franz Böhm considerava la libera determinazione dei prezzi come l'unico mezzo idoneo ad esprimere gli interessi degli operatori economici. Essendo tali interessi il motore della prosperità generale e del benessere comune, lo Stato dovrebbe intervenire per proteggerli dall'evoluzione naturale del mercato e da dominazioni abusive dello stesso³⁴⁰.

Lo stesso Franz Böhm è stato quello fra i pensatori di Friburgo che meglio ha saputo fornire una sintesi di quella che era la grande sfida della Scuola Ordoliberale, ovvero, provare che l'economia fondata sul libero mercato e il processo concorrenziale dovevano essere capiti come elementi di una costituzione economica, come un ordine legale con una struttura costituzionale precisa.³⁴¹

In fondo, è l'umanesimo tedesco l'elemento che primordialmente caratterizza il pensiero della Scuola di Friburgo e lo differenzia di quello delle altre Scuole. Un umanesimo che si avvicina molto a quello jeffersoniano sviluppato dalla Scuola di Harvard, ma che, senza ombra di dubbio, viene approfondito ed allargato negli scritti di Eucken, Böhm, Röpke, Ehrard e di altri membri della Scuola. Di fronte alle minacce del positivismo kelseniano o dell'efficienza tecnicista dei *chicagoans*, la Scuola di Friburgo, fino ai nostri giorni, lotta per mantenere la Persona Umana come elemento di centralità sia nel sistema giuridico che in quello economico.

³⁴⁰ Resta molto chiaro in questo contesto il riferimento fatto dall'autore al fenomeno verificatosi durante il periodo del III *Reich*. In: SOUTY, François. *La Politique de la Concurrence en Allemagne Fédérale*. *Opus cit.*, p. 117.

³⁴¹ Vedi a riguardo BÖHM, Franz. *Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung der Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*. Berlin: Heymann, 1933.

2.6. La Scuola di Bruxelles e l'esperienza dell'*Antitrust* della Comunità Europea.

La creazione della Comunità Economica Europea nel 1957 ha iniziato un processo d'integrazione in cui il diritto della concorrenza ha avuto un ruolo centrale³⁴². È abbastanza facile trovare conferma a tale affermazione tramite una lettura attenta della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee e dei diversi rapporti pubblicati annualmente dalla Commissione europea nell'ambito della concorrenza. Questa centralità della tutela della concorrenza ha fatto in modo che sia avvenuta, durante la storia della Comunità, una crescita notevole degli studi sull'integrazione economica e il diritto della concorrenza. In questo quadro, diversi sono stati gli studiosi che in materia si riferirono alla nascita di una vera e propria "Scuola di Bruxelles". Questa sarebbe la titolare dell'elaborazione teorica che fonda sia le normative della Comunità a tale riguardo, sia le sentenze emanate dalla Corte.

Partendo da un punto di vista tecnico, è possibile affermare che la teoria della Scuola di Bruxelles ha fornito al mondo della tutela della concorrenza un sistema normativo con una nuova immagine, così come nuove ed importanti prospettive. Questa nuova impronta, messa in moto con l'entrata in vigore e l'effettiva attuazione del diritto comunitario della concorrenza, ha fatto in modo che quest'ultimo venisse a possedere un carattere sensibilmente diverso da quelli che caratterizzano le normative fino a quel momento emanate nell'ambito dei diversi diritti nazionali. In tale prospettiva, il nascente diritto comunitario della concorrenza si è rivestito di un carattere strumentale, ovvero, strettamente collegato ai fini della Comunità, espressamente disposti all'interno degli articoli secondo³⁴³ e terzo, lettera g)³⁴⁴, del Trattato istitutivo della Comunità.

³⁴² GERBER, David. *Opus cit.*, p. 334.

³⁴³ "Articolo 2 - La Comunità ha il compito di promuovere nell'insieme della Comunità, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 4, uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un elevato grado di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione dell'ambiente e il miglioramento di quest'ultimo, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri".

³⁴⁴ "Articolo 3 - 1. Ai fini enunciati all'articolo 2, l'azione della Comunità comporta, alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente trattato: (...) g) un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno (...)".

Ciò è avvenuto in ragione del nuovo modo in cui doveva essere attuato il diritto comunitario della concorrenza, ovvero, in uno spazio soprannazionale. In tale contesto, diventa essenziale adeguare l'attuazione e l'interpretazione giurisprudenziale delle norme contenute negli articoli 81³⁴⁵ e 82³⁴⁶ del Trattato di Roma alle necessità strumentali collegate all'istituzione e amministrazione di un mercato interno. Su questo fenomeno, afferma François Souty³⁴⁷:

"L'école de Bruxelles peut être caractérisée directement par ce qui vient d'être indiqué précédemment: le droit communautaire de la concurrence n'est pas conçu comme un droit purement économique mais intègre une série de préoccupations en vue de l'édification d'une Communauté pluri-nationale jusqu'ici inédite dans l'histoire".

Questo carattere strumentale fa in modo che sussista nell'ambito comunitario

³⁴⁵ "Articolo 81 - 1. Sono incompatibili con il mercato comune 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 comune 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. 2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto. 3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili: - a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese, - a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e - a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi, b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi".

³⁴⁶ "Articolo 82 - 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. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque, b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori, c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza, d) nel 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".

³⁴⁷ SOUTY, François. Le droit de la concurrence de l'Union Européenne. Paris: Montchrestien, 1997, p. 34.

una differenza radicale in relazione all'attuazione delle normative della concorrenza nei diritti nazionali. In tale ambito, secondo quanto afferma François Souty³⁴⁸, la finalità ultima del diritto comunitario della concorrenza è quella di creare un'economia di mercato efficace perché fondata sul processo concorrenziale, essendo uno dei suoi obiettivi prioritari la ricerca dell'integrazione del mercato comunitario tramite la tutela della concorrenza³⁴⁹. Tale impostazione presenta delle sensibili differenze, ad esempio, rispetto all'obiettivo principale del diritto *antitrust* statunitense – quello più sviluppato in materia in ambito nazionale –, diretto a preservare lo spazio economico federale in un ambiente in cui si erano già costituite delle tendenze monopolistiche con i grandi *trusts* industriali e i conglomerati economici ivi stabilitisi dalla fine del XIX secolo. In questa stessa prospettiva, Remo Franceschelli sottolinea la differenza esistente già nel modo in cui vengono elaborate le normative europee sulla concorrenza e quelle statunitensi:

“(...) mentre nel diritto americano, come vedremo, le leggi *antitrust* nacquero in un sistema economico giuridico geneticamente concorrenziale per combattere gli abusi e i *trust*, le norme europee sono pensate e applicate per creare un mercato unico concorrenziale, mercato che non esisteva”.

Questa differenza fra i presupposti teorici della Scuola di Bruxelles e quelli del sistema normativo *antitrust* statunitense si allarga sensibilmente nella misura in cui si analizzano entrambi sistemi. In tale ambito, l'obiettivo delle norme condizionate dalla teoria della Scuola di Bruxelles può essere suddiviso in tre elementi – tutti i quanti in chiaro contrasto con l'obiettivo del sistema americano –, che a loro volta hanno nature diverse, ovvero:

- la natura autenticamente politica³⁵⁰;

³⁴⁸ Idem, p. 26. Vedi inoltre GEORGE, Ken et JACQUEMIN, Alex. Competition Policy in the European Community. In: COMANOR, W.S. Competition Policy in Europe and North America: Economic Issues and Institutions. New York: Harwood, p. 207.

³⁴⁹ In questo senso, afferma Barry Hawk: “Single market integration, and the elimination of restrictive practices which interfere with that integration, is the first principle of EEC antitrust law (...)”. In: HAWK, Barry E. Antitrust in the ECC – The First Decade. Fordham Law Review, n.° 41 (1972), p. 229 ss.

³⁵⁰ Vale citare in quest'ambito la dichiarazione fatta dalla Commissione europea nella IX Relazione sulla Politica della Concorrenza: “Son premier objectif fondamental est de (...) imposer des termes déloyaux à l'égard de leurs clients”. In: COMMISSION EUROPÉENNE. IX Rapport au Parlement européen sur la Politique de la Concurrence. Bruxelles: UPUCE, 1979, p. 18.

- la natura economica e non semplicemente concorrenziale³⁵¹;
- la natura morale o sociale³⁵².

L'ultimo di questi tre elementi, ovvero, quello relativo alla natura morale o sociale, costituisce uno dei fattori più significativi in quest'operazione di differenziazione rispetto al diritto *antitrust* statunitense. Ciò perché il diritto europeo della concorrenza ha sempre avuto una costante preoccupazione in materia per l'equità fra le imprese presenti nel suo territorio, per la tutela degli interessi dei lavoratori e la tutela del consumatore. La premura nel tutelare questi elementi è stata precisata con molto vigore dalla IX Relazione al Parlamento Europeo sulla Politica della Concorrenza, pubblicato nel 1979 dalla Commissione Europea:

"Le système de concurrence institué par le Traité requiert que les conditions dans lesquels peut jouer la concurrence demeurent soumises au principe de loyauté sur le marché. Du point de vue de la Commission, ce principe est d'une importance primordiale dans les circonstances économiques présentes (...) Trois aspects principaux émergent à cet égard: Premièrement, l'égalité des chances doit être préservée pour tous les opérateurs commerciaux dans le marché commun. Ceci signifie d'abord que les Etats membres (...) doivent éviter d'octroyer des aides ou d'autres

³⁵¹ Con riguardo alla natura economica e non semplicemente concorrenziale del diritto comunitario della concorrenza, è significativa l'affermazione contenuta nel XXIII Rapporto sulla Concorrenza: "L'incentivazione della crescita, competitività e occupazione è sempre stata in realtà uno degli elementi qualificanti della politica di concorrenza. La concorrenza stimola un'allocazione efficiente delle risorse e sprona la ricerca e lo sviluppo, l'innovazione e gli investimenti, essendo lo strumento attraverso il quale le risorse e il lavoro vengono indirizzati verso i settori in crescita a scapito di quelli dalle prospettive meno promettenti. L'importanza del ruolo tradizionale della politica di concorrenza è andata crescendo negli ultimi anni su due versanti: anzitutto ne è stato riconosciuto l'apporto alla realizzazione del mercato unico che creerà occupazione stimolerà la crescita e la competitività; in secondo luogo è diventata centrale per la politica industriale della Comunità (...) Una delle priorità della Commissione consiste nell'agevolare, grazie a una politica chiara e a procedure decisionali rapide, i movimenti di concentrazione e le forme di cooperazione fra imprese che non pregiudichino l'efficacia della concorrenza e il dinamismo del mercato. Mentre le operazioni di concentrazioni possono concorrere alla ristrutturazione dell'economia, le forme di cooperazione possono consentire di realizzare, per esempio, importanti economie di scala, le quali, a loro logica e l'applicazione dei suoi risultati, oltre a facilitare l'accesso delle imprese ai nuovi mercati (...). In particolare in molti settori la struttura della concorrenza deve essere analizzata in un contesto di crescente globalizzazione. L'equilibrio fra i vantaggi della cooperazione e il reale contesto concorrenziale all'interno del quale si manifesta tale cooperazione sono elementi essenziali da prendere in considerazione, valutando la cooperazione medesima alla luce delle regole di concorrenza". In: COMMISSIONE EUROPEA. XXIII Relazione sulla Politica della Concorrenza. Bruxelles: UPUCE, 1994, p. 22-23.

mesures d'assistance pour favoriser les firmes de leurs pays au détriment d'autres firmes. Ensuite, ceci implique que les relations financières entre ces Etats et les entreprises du secteur public devraient être suffisamment transparentes pour qu'il soit possible d'apprécier si ces dernières opèrent sur un pied d'égalité avec leurs concurrents du secteur privé, pourvu que ceci ne s'effectue pas au préjudice du maintien des services d'intérêt économique général. Enfin, la préservation d'une égalité de traitement signifie que les firmes extérieures à la Communauté opérant à l'intérieur, que ce soit directement ou à travers des filiales, soient sujettes aux mêmes règles que les firmes d'origine communautaire.

Un second aspect du principe de loyauté sur le marché tient au besoin de prendre en compte la grande variété de situations dans lesquelles les firmes exercent leur activité. Pour ce qui concerne la politique de la concurrence, ce facteur rend nécessaire l'adaptation des règles de concurrence communautaire en vue de prêter une attention particulière aux petites et moyennes entreprises qui manquent d'une puissance de marché suffisante.

Enfin, l'équité commande que la politique de la concurrence de la Commission prenne en compte les intérêts légitimes des travailleurs, des usagers et des consommateurs. Ces personnes doivent se voir réserver une part raisonnable des bénéfices obtenus par les firmes à partir des accords qui restreignent la concurrence entre elle (...) Les mêmes considérations, particulièrement le développement des perspectives d'emplois, jouent un rôle important dans l'appréciation par la Commission des propositions d'Aides d'Etats".

Come si può osservare, sono diversi gli aspetti della formazione della teoria sviluppata dalla Scuola di Bruxelles di analisi della tutela della concorrenza condizionati da elaborazione teoriche fatte nell'ambito di esperienze anteriori. Sono di grande rilevanza in questo contesto i contributi specifici offerti dalla Scuola di

^
^

³⁵² COMMISSION EUROPÉENNE. IX Rapport au Parlement européen sur la Politique de la Concurrence. *Opus cit.*, p. 26.

Friburgo³⁵³, dalla Scuola di Harvard e dalla teoria elaborata dal giurista austriaco Adolf Menzel.

Diversi elementi teorici che costituiscono la base della Scuola di Friburgo sono facilmente riscontrati nella elaborazione della Scuola di Bruxelles. Ciò è avvenuto, principalmente, grazie al fatto che la redazione degli articoli sulla concorrenza previsti nel trattato di Roma sia stata fatta nel periodo in cui il governo del cancelliere tedesco Konrad Adenauer aveva una forte influenza sull'iniziativa comunitaria³⁵⁴. Come già affermato nell'ambito di questa tesi, tutta la politica economica sviluppata dal governo di Adenauer nella Germania del dopo guerra era gestita dai principali esponenti della Scuola di Friburgo. In seguito a quello di Adenauer sono seguiti altri governi, tutti chiaramente collegati alla Scuola dell'Ordoliberalismo, come ad esempio quello del cancelliere Ludwig Erhard. Significativo in quest'ambito, inoltre, è il fatto che il primo presidente della Commissione europea sia stato il tedesco Walter Hallstein, anche lui entusiasta dall'Ordoliberalismo e dalla teoria della *Soziale Marktwirtschaft*. Secondo quanto afferma David Gerber³⁵⁵, l'elaborazione teorica sulla concorrenza della Scuola di Bruxelles ha ereditato dalla Scuola di Friburgo la prospettiva ordolibérale manifestata nel fatto che :

"(...) the treaty provided the 'economic constitution' from which more specific 'regulative principles' were to be derived. At the very last, the decade-long controversy over the introduction of a German competition law conditioned German participants to think of Community competition as 'law'".

Per quel che riguarda l'influenza dell'esperienza statunitense – in particolare quella vissuta dalla Scuola di Harvard – sulla formazione del diritto della concorrenza

³⁵³ Sull'influenza della Scuola tedesca, osserva François Souty: "(...) l'école de Bruxelles a été profondément influencée par l'école ordolibérale allemande qui a déterminé les éléments constitutifs du paradigme de l'économie sociale de marché". In: SOUTY, François. Le droit de la concurrence de l'Union Européenne. *Opus cit.*, p. 34.

³⁵⁴ Sui dibattiti attorno la redazione degli articoli del Trattato di Roma sulla concorrenza vedi GERBER, David. *Opus cit.*, p. 340 ss. L'autore indica con grande precisione tutte le tappe del processo, come ad esempio, la prospettiva delle norme sulla concorrenza nell'*European Coal and Steel Community*.

³⁵⁵ Idem, p. 346. Vedi a riguardo KUTSCHER, Hans. Über den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft. *Europarecht*, n.° 16 (1981), p. 393 ss.

della Comunità, si può affermare che quest'ultimo abbia beneficiato moltissimo del primo, però, la sua elaborazione avviene in un nuovo edificio giuridico, diretto a servire degli scopi più intermedi e diversi. Secondo quanto affermato da François Souty³⁵⁶, sono stati diversi i fattori politici che hanno portato a questa rottura fra i due sistemi di tutela della libera concorrenza. In quest'ambito, parallelamente alla crescita delle influenze liberista negli Stati Uniti:

"(...) les intentions des constituants européens se sont situées en rupture avec la tradition de nationalisme qui a amené deux guerres mondiales, nées sur notre Continent. Les objectifs de ces constituants – plus empreints de la culture démocrate-chrétienne que populiste à l'américaine – se situent dans le droit fil des objectifs de réconciliation continentale voulue autant par des français comme Robert Schuman ou le général de Gaulle que des allemands comme Konrad Adenauer ou Ludwig Erhard, sur les décombres d'une Europe morcelée et ruinée".

La teoria sviluppata da Adolf Menzel alla fine dell'ottocento, invece, ha particolarmente influenzato il modo in cui i teorici che compongono la Scuola di Bruxelles concepiscono il controllo amministrativo degli organi sovrastatali della Comunità europea sulle attività degli operatori economici nel mercato. A tale riguardo, osserva David Gerber³⁵⁷:

"The competition law ideas developed in Austria at the turn of the twentieth century provided the seeds for the development of the European competition law tradition. They provided not only a framework for analysis of the problem of economic competition, but also a model for responding to that problem. As we shall see, Austrian ideas, leaders and experience were to play an influential role during the parliamentary and scholarly debates in Germany tradition that would eventually lead to the first European competition legislation".

³⁵⁶ SOUTY, François. Le droit de la concurrence de l'Union Européenne. *Opus cit.*, p. 22.

³⁵⁷ GERBER, David. *Opus cit.*, p. 67.

Da un punto di vista pratico, è di facile constatazione l'influenza dei presupposti elaborati dalla teoria di Menzel nel severo meccanismo di controllo amministrativo attuato dal diritto comunitario della concorrenza³⁵⁸ tramite le norme contenute nell'articolo 85³⁵⁹ del trattato di Roma e nel Regolamento n.° 17 del 21 gennaio 1962. Sono di particolare interesse in quest'ambito alcune norme del Regolamento n.° 17/62, come l'articolo 9³⁶⁰, che fissa le regole di competenza del controllo amministrativo degli organi comunitari; l'articolo 4³⁶¹, che fissa le norme sulle notificazioni dei nuovi

³⁵⁸ Questa preoccupazione per la severità è stata da sempre fonte di dibattiti nell'ambito della Comunità. Vedi al riguardo: *"The Commission's preoccupation [with centralizing enforcement in its own hands] was understandable. The principles embodied in the competition law rules were novel and almost revolutionary. They required fundamental changes in deeply ingrained habits of thought and patterns of economic conduct. The officials of the new competition Directorate-General did not trust businessmen, lawyers and judges to apply the rules correctly (or even, as the case might be, in good faith) (...)"*. In: FORRESTER, Ian et NORALL, Christopher. *The Laicization of Community Law: Self-Help and the Rule of Reason: How Competition Law Is and Could be Applied*. *Common Market Law Review*, n.° 11 (1984), p. 13; GERBER, David. *Opus cit.*, p. 349.

³⁵⁹ "Articolo 85 – 1. Senza pregiudizio dell'articolo 84, la Commissione vigila perché siano applicati i principi fissati dagli articoli 81 e 82. Essa istruisce, a richiesta di uno Stato membro o d'ufficio e in collegamento con le autorità competenti degli Stati membri che le prestano la loro assistenza, i casi di presunta infrazione ai principi suddetti. Qualora essa constati l'esistenza di un'infrazione, propone i mezzi atti a porvi termine. 2. Qualora non sia posto termine alle infrazioni, la Commissione constata l'infrazione ai principi con una decisione motivata. Essa può pubblicare tale decisione e autorizzare gli Stati membri ad adottare le necessarie misure, di cui definisce le condizioni e modalità, per rimediare alla situazione".

³⁶⁰ "Articolo 9 – Competenza: 1) Fatto salvo il controllo della decisione da parte della Corte di Giustizia, la Commissione ha competenza esclusiva per dichiarare inapplicabili in virtù dell'articolo 85, paragrafo 3 del Trattato le disposizioni dell'articolo 85, paragrafo 1; 2) La Commissione è competente per l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1 e dell'articolo 86 del Trattato anche se non sono scaduti i termini per la notificazione, indicati nell'articolo 5, paragrafo 1 e nell'articolo 7, paragrafo 2; 3) Fino a quando la Commissione non abbia iniziato alcuna procedura a norma degli articoli 2, 3 o 6, le autorità degli Stati membri restano competenti per l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1 e dell'articolo 86, in conformità all'articolo 88 del Trattato, anche se non sono scaduti i termini per la notificazione, indicati nell'articolo 5, paragrafo 1 e nell'articolo 7, paragrafo 2".

³⁶¹ "Articolo 4 – Notificazione dei nuovi accordi, decisioni e pratiche: 1. Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate, di cui all'articolo 85, paragrafo 1 del Trattato, intervenuti dopo l'entrata in vigore del presente regolamento, e per i quali le imprese interessate intendono avvalersi dell'articolo 85, paragrafo 3, devono essere notificati alla Commissione. Fino a quando non siano stati notificati, la dichiarazione di cui all'articolo 85, paragrafo 3 non può essere rilasciata. 2. Il paragrafo 1 non si applica agli accordi, decisioni e pratiche concordate, quando 1) vi partecipano imprese di un solo Stato membro e gli accordi, le decisioni e le pratiche non riguardano l'importazione o l'esportazione tra Stati membri, 2) vi partecipano soltanto due imprese e gli accordi hanno unicamente per effetto: a) di limitare la libertà di formazione dei prezzi o delle condizioni contrattuali di uno dei contraenti nella rivendita di merci che egli acquista dall'altro contraente, b) di imporre all'acquirente o all'utilizzatore di diritti relativi alla proprietà industriale, c) in particolare di brevetti, modelli di utilità, modelli e disegni ornamentali o marchi, limitazioni all'esercizio di tali diritti oppure di imporre al beneficiario di contratti di cessione o di concessione di procedimenti di fabbricazione o di cognizioni relative all'utilizzazione o all'applicazione di tecniche industriali, limitazioni all'utilizzazione di questi procedimenti o cognizioni, 3) hanno come unico oggetto: a) l'elaborazione o l'applicazione uniforme di norme e tipi, b) la ricerca

accordi, decisioni e pratiche; l'articolo 12³⁶², concernente i poteri della Commissione di svolgere delle inchieste per settore economico; e l'articolo 14³⁶³, sui poteri di accertamento della Commissione.

Come si può osservare, nel porre le basi dell'ordinamento comunitario il legislatore europeo ha voluto portare dentro del sistema questa teoria, modificandola in accordo con la dinamica comunitaria. L'ha fatto attraverso un significativo processo di adeguamento della teoria elaborata da Adolf Menzel agli obiettivi finali della Comunità.

Effettuato l'esame delle tre teorie che hanno condizionato l'evoluzione della

in comune di miglioramenti tecnici, se il risultato è accessibile a tutti i partecipanti e può essere utilizzato da ciascuno di essi".

³⁶² "Articolo 12 – Inchieste per settore economico: 1. Se in un settore economico l'evoluzione degli scambi fra Stati membri, le fluttuazioni di prezzo, la rigidità dei prezzi o altre circostanze fanno presumere che nel settore economico considerato la concorrenza è ristretta o falsata all'interno del mercato comune, la Commissione può decidere di procedere ad una inchiesta generale e, nel quadro di quest'ultima, richiedere alle imprese di detto settore economico le informazioni necessarie per l'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 85 e 86 del Trattato e per l'assolvimento dei compiti che le sono affidati. 2. La Commissione può, in particolare, chiedere a tutte le imprese e gruppi di imprese del settore considerato di comunicarle tutti gli accordi, decisioni e pratiche concordate esentati dalla notificazione in virtù dell'articolo 4, paragrafo 2 e dell'articolo 5, paragrafo 2. 3. Quando la Commissione procede alle inchieste previste dal paragrafo 2, chiede anche alle imprese e ai gruppi di imprese, la cui dimensione fa presumere che occupino una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo, di comunicare gli elementi relativi alla struttura delle imprese ed al loro comportamento, necessari per valutare la loro posizione nei confronti dell'articolo 86 del Trattato. 4. Sono applicabili, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 10, paragrafi 3, 4, 5 e 6 e degli articoli 11, 13 e 14".

³⁶³ "Articolo 14 – Poteri di accertamento della Commissione: 1. Per l'assolvimento dei compiti affidateli dall'articolo 89 e dalle norme emanate in applicazione dell'articolo 87 del Trattato, la Commissione può procedere a tutti gli accertamenti necessari presso le imprese e le associazioni di imprese. Gli agenti della Commissione incaricati a tal fine dispongono dei seguenti poteri: a) controllare i libri e gli altri documenti aziendali; b) prendere copie o estratti dei libri e degli altri documenti aziendali; c) richiedere spiegazioni orali «in loco»; d) accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto delle imprese. 2. Gli agenti incaricati dalla Commissione di procedere ai suddetti accertamenti esercitano i loro poteri su presentazione di un mandato scritto che precisi l'oggetto e lo scopo dell'accertamento, nonché la sanzione prevista dall'articolo 15, paragrafo 1, lettera c), per l'ipotesi in cui i libri e gli altri documenti aziendali richiesti siano presentati in modo incompleto. La Commissione avvisa in tempo utile, prima dell'accertamento, l'autorità competente dello Stato membro nel cui territorio deve essere compiuto l'accertamento, della missione di accertamento e dell'identità dei suddetti agenti. 3. Le imprese e le associazioni di imprese sono obbligate a sottoporsi agli accertamenti ordinati dalla Commissione mediante decisione. La decisione precisa l'oggetto e lo scopo dell'accertamento, ne fissa la data di inizio ed indica le sanzioni previste dall'articolo 15, paragrafo 1, lettera c) e dall'articolo 16, paragrafo 1, lettera d), nonché il diritto di presentare ricorso dinanzi alla Corte di Giustizia avverso la decisione. 4. La Commissione prende le decisioni di cui al paragrafo 3 dopo aver sentito l'autorità competente dello Stato membro nel cui territorio deve essere effettuato l'accertamento. 5. Gli agenti dell'autorità competente dello Stato membro nel cui territorio deve essere effettuato l'accertamento possono, su domanda di tale autorità o della Commissione, prestare assistenza agli agenti della Commissione nell'assolvimento dei loro compiti. 6. Quando un'impresa si oppone ad un accertamento ordinato a norma del presente articolo, lo Stato membro interessato presta agli agenti incaricati dalla Commissione

Scuola di Bruxelles – ovvero, quelle delle scuole di Friburgo e di Harvard e la teoria sul controllo amministrativo dei cartelli di Menzel –, è interessante sottolineare in quest'ambito che la teoria sviluppata dalla Scuola di Chicago non è mai stata capace di avere una vera influenza sul diritto della concorrenza comunitario. Come ha osservato al riguardo la giurista brasiliana Paula Forgioni³⁶⁴, il testo del Trattato istitutivo della Comunità – in cui sono presenti innumerevoli interessi e finalità da conciliare –, non autorizza qualsiasi interpretazione che riduca la concorrenza ad un fine unico, sia questo fine l'efficienza economica o la tutela del consumatore.

Dal punto di vista giurisprudenziale, nel suo ruolo di garante del diritto comunitario, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha sempre accolto la teoria elaborata dalla Scuola di Bruxelles, convalidando il carattere strumentale del diritto comunitario della concorrenza. Anche in momenti estremamente delicati della storia della Comunità, come quello in cui il Presidente francese Charles De Gaulle volle immobilizzare il processo d'integrazione con la politica della "sedia vuota", la Corte ha saputo riconoscere il valore delle norme di tutela della libera concorrenza come strumento privilegiato per l'integrazione economica. In tale senso, come affermato da Ulrich Everling³⁶⁵, l'ex-giudice europeo:

"In evaluating the case law of the Court it is necessary to recognize that the competition rules of the Community are placed in the service of the central objective of the Community, namely the opening of the markets of the Member States".

È possibile effettivamente verificare tale atteggiamento, ad esempio, nell'emanazione della sentenza *Continental Can*³⁶⁶ del 1973, in cui i giudici di Lussemburgo dichiarano che la concorrenza risponde:

"(...) agli imperativi dell'articolo 2 del Trattato, il quale affida alla

l'assistenza necessaria per l'esecuzione del loro mandato. A tal fine, gli Stati membri, anteriormente al 1.º ottobre 1962, e dopo aver consultato la Commissione, prendono le necessarie misure".

³⁶⁴ FORGIONI, Paula. *Opus cit.*, p. 165.

³⁶⁵ EVERLING, Ulrich. *Zur Wettbewerbskonzeption in der neuen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Wirtschaft und Wettbewerb*, s/n.º (1990), p. 995 ss. Citato anche da GERBER, David. *Opus cit.*, p. 352.

Comunità il compito di 'promuovere lo sviluppo armonioso dell'attività economica' nell'intero mercato comune".

Alcuni anni più tardi, nell'ambito della sentenza *Metro*³⁶⁷ del 1977, la Corte di Giustizia ha avuto occasione di ribadire il suo intendimento al riguardo, dichiarando che:

"La concorrenza non falsata di cui gli articoli 3 e 85 del Trattato CEE implica l'esistenza sul mercato di una concorrenza efficace (*workable competition*), cioè di un'attività concorrenziale sufficiente a far ritenere che siano rispettate le esigenze fondamentali e conseguite le finalità del Trattato e – in particolare – la creazione di un mercato unico che offra condizioni analoghe a quelle di un mercato interno".

Secondo quanto affermato da François Souty³⁶⁸, a partire dagli anni 90 è possibile osservare che la Corte di Giustizia si è preoccupata sempre di più nell'emanare una giurisprudenza più severa circa l'azione delle imprese pubbliche e l'intervento diretto degli Stati membri sull'economia³⁶⁹. Tale preoccupazione viene ampiamente condivisa da altre istituzioni della Comunità, come ad esempio, la Commissione europea. Quest'ultima, in particolare, si è manifestata nel Libro Bianco pubblicato nel 1994³⁷⁰:

"Si l'expression de politique industrielle demeure controversée, plus personne ne doute de la responsabilité des gouvernements et de la Communauté dans création d'un environnement aussi favorable que possible à la compétitivité des entreprises. Le respect des règles de concurrence en est un élément important. Il contribue à faire du marché une réalité bien vivante. Pourtant, du point de vue des entreprises, des progrès

³⁶⁶ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 21 febbraio 1973, causa 6/72.

³⁶⁷ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 25 ottobre 1977, causa 26/76.

³⁶⁸ SOUTY, François. Le droit de la concurrence de l'Union Européenne. *Opus cit.*, p. 20.

³⁶⁹ Vedi, a proposito, BIANCARELLI, J. et GENESTE, Bernard. Europe. Droit de la concurrence applicable aux entreprises. *Revue de la concurrence et de la consommation*, n.° 2 (1992), p. 5 ss.

sont nécessaires (...) Son évolution ultérieure doit être garantie contre les risques d'incohérence entre les législations nationales et communautaires. Cela suppose une coopération nouvelle entre les administrations au stade de la conception et du suivi des législations."

In conclusione, è possibile affermare che nella sua sostanza la teoria della Scuola di Bruxelles sul diritto comunitario della concorrenza non è conservatrice, ma nemmeno ultra liberale³⁷¹. In questa prospettiva, l'esistente tendenza a rifiutare una impostazione ultra-liberale da parte degli elaboratori del diritto della concorrenza della Comunità europea ha trovato origine, secondo François Souty³⁷², nel fatto che questo diritto ha sempre cercato di prevenire nell'ambito di una economia liberale possibili restrizioni alla libera concorrenza da parte delle potenze economiche private, siano queste svolte sotto la forma di cartelli o di monopoli o anche di posizioni dominanti nel mercato. Come afferma lo stesso autore, se è vero che il diritto europeo della concorrenza è nato su un terreno che ha consacrato il regno assoluto della grande industria, è altrettanto vero che certe branche del mercato super concentrate o cartellizzate sono state riconosciute come i diretti responsabili per le due guerre mondiali.

* * *

Al termine di questo capitolo, nel quale sono state prese in esame le teorie delle principali scuole di analisi della tutela della libera concorrenza, diventa importante fare un collegamento fra tali scuole e la filosofia del Protocollo del MERCOSUL firmato a Fortaleza, Brasile, il 17 dicembre 1996. Ciò perché i rappresentanti degli Stati parti del MERCOSUL, quando hanno posto le fondamenta per il loro nascente diritto della concorrenza hanno voluto farlo d'accordo con le premesse di alcune delle scuole

³⁷⁰ COMMISSION EUROPÉENNE. *Croissance, Competitivité, emploi. Les défis et les pistes pour entrer dans le XXI^e siècle. Livre Blanc.* Bruxelles: UPUCE, 1994, p. 28.

³⁷¹ SOUTY, François. *Le droit de la concurrence de l'Union Européenne. Opus cit.*, p. 19.

³⁷² SOUTY, François. *Le droit de la concurrence de l'Union Européenne. Opus cit.*, p. 19. Vedi inoltre SCHERER, Frederic M. *Competition Policies for an Integrated World Economy.* Washington: Brookings, 1994, p. 133.

esaminate nell'ambito di questo capitolo, ed in particolare, la Scuola di Harvard, la Scuola di Friburgo e, logicamente, la Scuola di Bruxelles. L'adesione del legislatore del MERCOSUL alla teoria comunitaria che propone questo carattere strumentale al diritto della concorrenza è molto nitida già nelle motivazioni che precedono i dispositivi del Protocollo di tutela della concorrenza del MERCOSUL. In questo senso, il primo paragrafo di queste motivazioni iniziali evidenzia tale carattere strumentale della normativa, nel prevedere la necessità di:

*" (...) assegurar condições adequadas de concorrência, que contribuam à consolidação da União aduaneira".*³⁷³

Gli elaboratori del testo ribadiscono questo stesso carattere nel quarto ed ultimo paragrafo delle suddette motivazioni, quando puntano sulla tutela della libera concorrenza nel MERCOSUL come:

*" (...) um instrumento capaz de assegurar o livre acesso ao mercado e a distribuição equilibrada dos benefícios do processo de integração econômica".*³⁷⁴

L'analisi approfondita dei dispositivi contenuti nel Protocollo di tutela libera concorrenza del MERCOSUL verrà svolta nell'ambito della Parte Quarta di questa tesi.

³⁷³ "(...) assicurare condizioni adeguate di concorrenza, che contribuiscano alla consolidazione dell'Unione doganale".

³⁷⁴ "(...) uno strumento capace di assicurare il libero accesso al mercato e la distribuzione equilibrata dei benefici del processo d'integrazione economica".

PARTE SECONDA

La dimensione internazionale dell'Antitrust



CAPITOLO TERZO

Antitrust e Diritto Internazionale dell'economia





La tutela della libera concorrenza non costituisce certo una novità recente nell'ambito del diritto internazionale dell'economia; non è tuttavia mai stato un compito di facile attuazione quello di individuare e cristallizzare una disciplina della concorrenza all'interno di accordi internazionali, e ancor meno quello di dare alla stessa una concreta ed effettiva applicazione¹. In ben cinquant'anni di attività delle diverse organizzazioni internazionali create con lo specifico fine di seguire il commercio e lo sviluppo economico, poco si è riusciti a realizzare.

Come si potrà constatare nel prosieguo di questo capitolo, i contrasti che hanno contrassegnato la storia dei rapporti tra le scuole di analisi *antitrust* statunitensi si sono puntualmente riprodotti con tutto il loro vigore in ambito internazionale. Se da un lato i tecnici della Scuola di Chicago, per la loro consistente presenza nell'ambito degli enti governativi, cercano di avere un ruolo di regia nel panorama giuseconomicistico internazionale, dall'altro gli esponenti della Scuola di Harvard continuano a denunciare dalle loro cattedre la mancanza di un *corpus iuris* vincolante nell'ambito della concorrenza e del commercio internazionale.

A questo fenomeno – che in alcuni momenti assume toni quasi bellici – si somma l'azione svolta dalla Comunità europea, che, influenzata dall'ordoliberalismo della Scuola di Friburgo, si è da sempre dimostrata favorevole all'emanazione di norme chiare e precise

¹ In questo senso, secondo quanto afferma Dominique Carreau: "*Commerce et concurrence entretiennent des relations étroites, que ce soit au plan interne ou international. C'est ainsi qu'au niveau interne, la plupart des pays développés se sont dotés d'une législation protectrice du respect de saines conditions de concurrence à l'instar de que les Etats-Unis avaient fait dès le siècle dernier avec le célèbre Sherman act complété quelque temps plus tard par le Clayton act. D'aucuns n'ont pas manqué de voir là l'un des piliers de tout régime démocratique. Autrement dit, la protection de la concurrence fait partie des éléments constitutifs de l'ordre public interne des nations. Or les moins à l'échelon universel qui est le nôtre. Le GATT était quasiment muet en la matière (§ 1) tandis que l'OMC n'y consacre qu'une approche limitée et parcellaire*". In: CARREAU, Dominique. *Droit International économique*. Paris: LGDJ, 1998, p. 202.

con riguardo all'*antitrust*.

Inoltre, non si può prescindere in questo quadro dagli interessi e dalla pressione posta in essere dai paesi in via di sviluppo. Questi stati compongono un corpo disomogeneo e instabile, che nella maggioranza dei casi non riesce a costituire un fronte comune a causa di contraddizioni interne, vagando, a seconda del momento storico o delle linee politiche dei rispettivi governi, fra l'una e l'altra delle posizioni summenzionate.

Un quadro così variegato e complesso dimostra quanto siano strategicamente importanti le norme di tutela della concorrenza nell'ambito del commercio internazionale. Imprese che oggi operano senza contrasti in determinati paesi, creando degli effetti devastanti sull'economia di altri, potrebbero vedere la loro posizione messa in seria discussione a causa di una inchiesta internazionale e ad un passo dall'essere punite per le loro condotte restrittive. Una tale prospettiva potrebbe addirittura mettere in crisi economie nazionali e i relativi governi: in taluni casi infatti, la apparente solidità di alcune economie fonda la propria fortuna sullo sfruttamento di segmenti del mercato di Stati terzi, fortuna che una seria disciplina *antitrust* potrebbe pregiudicare.

In questo senso, come afferma lo studioso statunitense John Jackson², il fatto che le norme *antitrust* siano continuamente indicate come promotrici della libera concorrenza:

"(...) suggest their importance to international trade. If private parties are permitted to interfere with free market forces and to restrain trade between countries, e.g., by entering into anticompetitive price-fixing or market-sharing agreements, they many effectively replace the government-imposed barriers to trade that the WTO/GATT system is supposed to limit".

La prima parte del presente titolo ripercorrerà la storia dell'*antitrust* nelle iniziative internazionali nel periodo che va dalla Carta dell'Avana al *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) del 1994. In seguito, l'esame della tutela della concorrenza avrà ad oggetto l'ordinamento dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) e le politiche attuate nel seno di tale Organizzazione, come, ad esempio, il progetto di un codice *antitrust* dell'OMC. Successivamente, saranno analizzate le iniziative in materia di concorrenza e

² JACKSON, John et Al. *Legal Problems of International Economic Relations. Cases, Materials and Text*. Saint Paul: West Group, 1995, p. 1065.

commercio internazionali sviluppate nell'ambito della Conferenza delle Nazioni Unite sul Commercio e lo Sviluppo (UNCTAD) e dell'Organizzazione per la Cooperazione e Sviluppo Economico (OCSE).

3.1 Dalla Carta dell'Avana al GATT '94

Frutto del lavoro del Comitato preparatorio della *United Nations Conference on Trade and Employment* – tenutasi nel mese di novembre del 1947 –, la Carta dell'Avana aveva lo scopo di istituire l'Organizzazione Internazionale del Commercio (ITO). In questa prospettiva, la Carta era stata elaborata dai suoi ideatori con il fine di essere uno degli strumenti chiave per la disciplina del diritto internazionale economico nel dopo guerra. Fine ulteriore e non secondario era quello di avviare processi di sviluppo delle economie nazionali e i flussi d'interscambio commerciale fra gli Stati.

Il testo della Carta si articolava in cinque capitoli, ripartiti in disposizioni sostanziali, che sancivano i diritti e gli obblighi reciproci degli Stati, e disposizioni istituzionali, che prevedevano l'articolazione della struttura organizzativa preposta a favorire la liberalizzazione degli scambi e a tutelare giuridicamente i membri dell'Organizzazione.³

Il capitolo V della Carta dell'Avana⁴ era dedicato interamente alle pratiche restrittive della concorrenza. In quest'ambito, venivano inglobate le intese commerciali abusive, i cartelli e gli accordi simili. In tal senso, come viene affermato da Dominique Carreau⁵:

"La Charte de La Havane là comme ailleurs bien souvent en avance sur son

³ ADINOLFI, Giovanna. *L'Organizzazione Mondiale del Commercio. Profili Istituzionali e Normativi*. Padova: CEDAM, 2001, p. 7 ss.

⁴ Sui fondamenti e il processo di elaborazione della Carta dell'Avana, così come sull'Organizzazione Internazionale del Commercio, vedi WILCOX, Clair. *A Charter for World Trade*. New York: MacMillan, 1949, p. 105 ss.; COPPOLA D'ANNA, Francesco. *L'Organizzazione Internazionale del Commercio*. Roma: Castaldi, 1947, p. 38 ss.; COPPOLA D'ANNA, Francesco. *La conferenza mondiale del commercio. La Comunità Internazionale*, n.° 3 (1948), p. 189 ss.; ROYER, Jean. *La genesi e i principi fondamentali della Carta dell'Avana. La Comunità Internazionale*, n.° 3 (1948), p. 541 ss.; VANONI, Ezio. *L'Organizzazione Internazionale del Commercio. La Comunità Internazionale*, n.° 4 (1949), p. 175 ss.

⁵ CARREAU, Dominique. *Droit International économique. Opus cit.*, p. 203.

temps, avait intégré la concurrence au commerce international. Elle consacrait en effet tout un chapitre, le cinquième, aux 'pratiques commerciales restrictives' que celles-ci émanent des opérateurs privés ou publics. Sans doute, contrairement aux lois américaines précitées par exemple, ces pratiques n'étaient-elles pas interdites per se, ni même réglementées. Toutefois elles pouvaient faire l'objet de plaintes auprès de l'OIC qui pouvait y porter remède grâce à son pouvoir d'investigation qui pouvait déboucher sur des recommandations appropriées. Ce n'était certes qu'un premier, mais il était significatif".

Come si potrà osservare nel corso di questo titolo, l'inserzione di tale capitolo concernente la concorrenza e il commercio internazionale nell'ambito della Carta è avvenuto per motivi molto precisi. Secondo quanto ha osservato il giudice statunitense Diane Wood⁶, anche se lo scopo principale dell'ITO era quello di espandere il commercio riducendo le barriere tariffarie e non tariffarie:

"(...) the drafters of the Charter believed that their efforts might be 'defeated if no action were taken to prevent the erection of private tariff and quota systems by international cartels'. They therefore included in Chapter V prohibitions against a variety of anticompetitive practices: price-fixing, territorial allocations, discriminations, limitations on production, the prevention through agreement of the development or application of technology, expansion of intellectual property rights beyond their statutory scope, and other similar practices. The Charter also established a consultation procedure for countries that believed they were harmed by these practices in another country, and an investigatory procedure for the ITO itself".

Dal punto di vista del diritto positivo, il nuovo assetto contemplato dalla Carta

⁶ WOOD, Diane. *The Trade Effects of Domestic Antitrust Enforcement*, p. 6, *paper* presentato in occasione della *International Economic Law Conference* (Washington, 6 maggio 1995). Vedi inoltre BILANDARI, Jagdeep S. et SYKES, Alan O (a cura di). *Economic dimensions in international law. Comparative and empirical perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 513 ss.

prevedeva – già nel paragrafo primo dell'articolo 44⁷ – l'obbligo per ogni Stato parte di adottare misure appropriate per impedire le pratiche commerciali che creino, nell'ambito del commercio internazionale, degli ostacoli alla libera concorrenza, restringano l'accesso ai mercati o favoriscano il controllo a carattere monopolistico, in tutti i casi in cui tali pratiche cagionino effetti dannosi allo sviluppo della produzione, del commercio, od impediscano il raggiungimento di un qualsiasi altro obiettivo indicato nell'articolo primo⁸ della stessa Carta. In tale ambito, le misure da intraprendere dovevano contrastare le condotte poste in essere tanto da imprese internazionali private quanto da imprese pubbliche. Lo stesso paragrafo prevedeva che le misure potevano essere adottate sia da un singolo Stato membro, sia tramite l'Organizzazione Internazionale del Commercio, o anche combinando i due interventi.⁹

Il paragrafo primo dell'articolo 47¹⁰ della Carta dell'Avana, a sua volta, ribadiva l'obbligo affermato sopra, stabilendo il dovere di ogni Stato membro di adottare tutti i

⁷ "Articolo 44 – 1. Ogni Stato Membro, sia individualmente, sia per tramite dell'Organizzazione, sia combinando i due sistemi, adotterà misure appropriate per impedire le pratiche commerciali (siano esse costituite dal fatto di imprese commerciali tanto private quanto pubbliche) che colpiscono il commercio internazionale ostacolando la concorrenza, restringendo l'accesso ai mercati o favorendo il controllo a carattere monopolistico, ogni qual volta che tali pratiche producono effetti nocivi per lo sviluppo della produzione o del commercio, od impediscono il raggiungimento di uno qualsiasi degli altri scopi indicati nell'articolo primo."

⁸ "Articolo 1 – Riconoscendo la determinazione delle Nazioni Unite di promuovere pacifici ed amichevoli rapporti fra le nazioni, gli Stati firmatari di questa carta s'impegnano a cooperare fra loro e con le Nazioni Unite nel campo del commercio e dell'occupazione, allo scopo, di raggiungere gli obiettivi fissati nella Carta delle Nazioni Unite e particolarmente l'elevazione del tenore di vita, la piena occupazione e le condizioni di sviluppo e di progresso economico e sociale, indicate nell'art. 55 (a) di detta Carta. A tale scopo essi s'impegnano, individualmente e collettivamente, a promuovere un'azione nazionale e internazionale intesa a raggiungere i seguenti obiettivi: 1. Assicurare un volume considerevole e sempre crescente del reddito reale e della comanda effettiva, sviluppare la produzione, il consumo e gli scambi di merci, e così contribuire allo equilibrio e alla espansione dell'economia mondiale. 2. Incoraggiare ed assistere lo sviluppo industriale e lo sviluppo economico generale, particolarmente di quei paesi che sono ancora ai primi stadi dello sviluppo industriale, ed incoraggiare il movimento internazionale dei capitali in vista di investimenti produttivi. 3. Favorire, per tutti i paesi, l'accesso, in condizioni di parità, ai mercati, alle fonti d'approvvigionamento ed alle facilità di produzione di cui hanno bisogno per la loro prosperità economica ed il loro sviluppo. 4. Ridurre le tariffe doganali e gli altri ostacoli al commercio ed eliminare le discriminazioni in materia di commercio internazionale. 5. Permettere ai vari paesi, moltiplicando le possibilità d'accrescimento del loro commercio e di sviluppo delle loro economie su una base vantaggiosa per tutti, di astenersi dallo adottare provvedimenti suscettibili di disorganizzare il commercio mondiale, di ridurre l'occupazione produttiva e di ritardare il progresso economico. 6. Facilitare, attraverso la promozione d'una reciproca comprensione, di consultazione e di una reciproca collaborazione, la soluzione dei problemi che riguardano il commercio internazionale nel campo dell'occupazione, dello sviluppo economico, della politica commerciale, delle pratiche commerciali e della politica dei prodotti primari".

⁹ COPPOLA D'ANNA, Francesco. L'Organizzazione Internazionale del Commercio. *Opus cit.*, p. 59.

¹⁰ "Articolo 47 – Ogni Stato adotterà tutti i possibili provvedimenti, sia legislativi che d'altra natura, per impedire che imprese commerciali private o pubbliche si diano, nella sua giurisdizione, a pratiche che producano gli effetti indicati al paragrafo primo dell'articolo 44, ed inoltre darà all'Organizzazione, nel

provvedimenti, sia d'ordine legislativo che d'altra natura, diretti ad impedire che imprese commerciali, private o pubbliche, possano porre in essere, nella loro giurisdizione, pratiche restrittive della concorrenza. In questo senso, ogni Stato membro doveva concorrere, nel quadro della propria legislazione e della propria organizzazione economica, con l'ITO per impedire l'attuazione delle suddette pratiche.¹¹

Come osservato da William Diebold¹², una delle considerazioni più importanti che sono state tratte dall'esperienza del periodo fra le due guerre e che ebbero grande influenza nella configurazione dell'Organizzazione Internazionale del Commercio, è direttamente collegata alla tutela della libera concorrenza. In tale prospettiva, l'autore citato evidenzia quanto viene sancito nel documento elaborato nell'ambito della Società delle Nazioni¹³, là dove si afferma che:

“(...) la politica commerciale non può essere considerata per sé stessa (...) Deve essere considerata come una parte delle direttive politiche costruttive più generali concordate fra i governi per la prevenzione (o la attenuazione) delle depressioni economiche e per assicurare la stabilità sociale”.

In questo quadro, l'autore osserva che nel periodo fra le due guerre l'aver troppo insistito sulle tariffe, sulle quote, sulle tasse e sui sussidi aveva relegato i problemi speciali delle materie prime, che diedero origine ad accordi pubblici o privati per i prodotti essenziali, a materia secondaria, con l'effetto di lasciare in disparte la disciplina dei cartelli, dei monopoli e degli accordi restrittivi del commercio internazionale. In tale prospettiva, gli abbondanti piani di “stabilità” dei mercati mondiali delle materie prime, la guerra economica e la confisca della proprietà straniera propiziavano la crescita accelerata dei diversi tipi di cartelli all'interno degli Stati.

L'atteggiamento dei gruppi d'affari rispetto al capitolo V della Carta dell'Avana si dimostrava un po' dubbioso¹⁴. Tutti rifiutavano le restrizioni alla libera concorrenza e

quadro della propria legislazione e della propria organizzazione economica, il suo concorso per impedire tali pratiche”.

¹¹ Idem, *ibidem*.

¹² DIEBOLD, William. L'Organizzazione Mondiale del Commercio (ITO): Ragioni di un insuccesso e prospettive di superamento. *La Comunità Internazionale*, n.° 8 (1953), p. 229.

¹³ SOCIETÀ DELLE NAZIONI. *Politica Commerciale tra le due guerre. Proposte Internazionali e Politiche Nazionali*. Ginevra: SN, 1942, p. 157.

¹⁴ DIEBOLD, William. *Opus cit.*, p. 233.

prendevano posizione a favore della tutela del mercato. Però, grande parte di loro non aveva ancora delle certezze sulle disposizioni previste nella Carta:

“Da un lato sembrava che si avesse qualche timore che la portata di quelle disposizioni fosse incerta, di modo che i governi o le istituzioni internazionali potessero interpretarle come un impedimento sia ad utili accordi di affari come a quelli indesiderabili. Da un altro lato, il fatto che le disposizioni della Carta lasciavano ad ogni governo una notevole discrezionalità nell'applicare il divieto alle pratiche restrittive, suggeriva ai critici 'dell'ambiente degli affari' l'idea che quelle norme avrebbero potuto dar luogo a interpretazioni differenti in differenti paesi. Quello che un governo poteva sostenere come atto legale, poteva essere vietato da un altro. Ne sarebbe risultato non solo confusione ed incertezza sul piano giuridico, ma anche un vantaggio per certe aziende nei confronti dei concorrenti esteri”.

Le maggiori preoccupazioni delle *lobbies* dei gruppi economici erano fondate proprio sul sospetto che, mentre la Divisione *Antitrust* del Dipartimento di Giustizia statunitense sarebbe stata diligente nel perseguimento di alcune condotte vietate, in Europa Occidentale ed altrove le stesse condotte sarebbero state tollerate, conducendo a situazioni completamente sperequate e a prassi antitetiche.¹⁵

Il fallimento della ITO e la firma del *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) nel 1947 hanno costituito una grande sconfitta per tutti coloro che hanno cercato di articolare un sistema normativo che tutelasse la libera concorrenza a livello internazionale. Lo sforzo profuso nella Carta dell'Avana per tentare di dare un assetto certo alla concorrenza e al commercio internazionale viene pressoché dimenticato nell'Accordo generale, che rimane pressoché indifferente circa tale materia. Questa disciplina veniva relegata ad un ruolo periferico e secondario rispetto a tutte le altre voci del sistema. A tale riguardo Dominique Carreau afferma¹⁶:

“Le GATT devait se situer fort en retrait de l'OIC : cette approche globale n'y

¹⁵ *Idem*, p. 234.

¹⁶ CARREAU, Dominique. *Droit International économique. Opus cit.*, p. 203.

figure plus car, appartenant à la catégorie des dispositions de la charte de La Havane non reprises par l'Accord Général de 1947. Ce dernier devait concentrer ses efforts en la matière sur certaines pratiques déloyales classiques de nature, entr autres, à fausser les conditions d'une saine concurrence. C'est ainsi que furent abordés le dumping (article VI), les subventions (article XVI) ou les comportements des entreprises commerciales d'Etat de nature à fausser le jeu normal des forces du marché (article XVII)".

La materia acquistò un carattere secondario, tanto che solo tre dispositivi del nuovo trattato la contemplavano: l'articolo VI, relativo al *dumping*¹⁷, l'articolo XVI, concernente

¹⁷ "Article VI Anti-dumping and Countervailing Duties: 1. The Contracting Parties recognize that dumping, by which products of one country are introduced into the commerce of another country at less than the normal value of the products, is to be condemned if it causes or threatens material injury to an established industry in the territory of a contracting party or materially retards the establishment of a domestic industry. For the purposes of this Article, a product is to be considered as being introduced into the commerce of an importing country at less than its normal value, if the price of the product exported from one country to another (a) is less than the comparable price, in the ordinary course of trade, for the like product when destined for consumption in the exporting country, or, (b) in the absence of such domestic price, is less than either (i) the highest comparable price for the like product for export to any third country in the ordinary course of trade, or (ii) the cost of production of the product in the country of origin plus a reasonable addition for selling cost and profit. Due allowance shall be made in each case for differences in conditions and terms of sale, for differences in taxation, and for other differences affecting price comparability. 2. In order to offset or prevent dumping, a contracting party may levy on any dumped product an anti-dumping duty not greater in amount than the margin of dumping in respect of such product. For the purposes of this Article, the margin of dumping is the price difference determined in accordance with the provisions of paragraph 1. 3. No countervailing duty shall be levied on any product of the territory of any contracting party imported into the territory of another contracting party in excess of an amount equal to the estimated bounty or subsidy determined to have been granted, directly or indirectly, on the manufacture, production or export of such product in the country of origin or exportation, including any special subsidy to the transportation of a particular product. The term "countervailing duty" shall be understood to mean a special duty levied for the purpose of offsetting any bounty or subsidy bestowed, directly or indirectly upon the manufacture, production or export of any merchandise. 4. No product of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be subject to anti-dumping or countervailing duty by reason of the exemption of such product from duties or taxes borne by the like product when destined for consumption in the country of origin or exportation, or by reason of the refund of such duties or taxes. 5. No product of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be subject to both anti-dumping and countervailing duties to compensate for the same situation of dumping or export subsidization. 6. (a) No contracting party shall levy any anti-dumping or countervailing duty on the importation of any product of the territory of another contracting party unless it determines that the effect of the dumping or subsidization, as the case may be, is such as to cause or threaten material injury to an established domestic industry, or, is such as to retard materially the establishment of a domestic industry. (b) The Contracting Parties may waive the requirement of sub-paragraph (a) of this paragraph so as to permit a contracting party to levy an anti-dumping or countervailing duty on the importation of any product for the purpose of offsetting dumping or subsidization which causes or threatens material injury to an industry in the territory of another contracting party exporting the product concerned to the territory of the importing contracting party. The Contracting Parties shall waive the requirements of sub-paragraph (a) of this paragraph, so as to permit the levying of a countervailing duty, in cases in which they find that a subsidy is causing or

gli aiuti statali¹⁸, e l'articolo XVII, sulle condotte restrittive alla concorrenza poste in essere da imprese commerciali di natura pubblica.¹⁹

threatening material injury to an industry in the territory of another contracting party exporting the product concerned to the territory of the importing contracting party. c) In exceptional circumstances, however, where delay might cause damage which would be difficult to repair, a contracting party may levy a countervailing duty for the purpose referred to in sub-paragraph (b) of this paragraph without the prior approval of the Contracting Parties; Provided that such action shall be reported immediately to the Contracting Parties and that the countervailing duty shall be withdrawn promptly if the Contracting Parties disapprove. 7. A system for the stabilization of the domestic price or of the return to domestic producers of a primary commodity, independently of the movements of export prices, which results at times in the sale of the commodity for export at a price lower than the comparable price charged for the like commodity to buyers in the domestic market, shall be presumed not to result in material injury within the meaning of paragraph 6 if it is determined by consultation among the contracting parties substantially interested in the commodities concerned that: (a) the system has also resulted in the sale of the commodity for export at a price higher than the comparable price charged for the like commodity to buyers in the domestic market, and (b) the system is so operated, either because of the effective regulation of production, or otherwise, as not to stimulate exports unduly or otherwise seriously prejudice the interests of other Contracting Parties".

¹⁸ "Article XVI – Subsidies, Section A - Subsidies in General: 1. If any contracting party grants or maintains any subsidy, including any form of income or price support, which operates directly or indirectly to increase exports of any product from, or to reduce imports of any product into, its territory, it shall notify the Contracting Parties in writing of the extent and nature of the subsidization, of the estimated effect of the subsidization on the quantity of the affected product or products imported into or exported from its territory and of the circumstances making the subsidization necessary. In any case in which it is determined that serious prejudice to the interests of any other contracting party is caused or threatened by any such subsidization, the contracting party granting the subsidy shall, upon request, discuss with the other contracting party or parties concerned, or with the Contracting Parties, the possibility of limiting the subsidization. Section B - Additional Provisions on Export Subsidies: 2. The contracting parties recognize that the granting by a contracting party of a subsidy on the export of any product may have harmful effects for other contracting parties, both importing and exporting, may cause undue disturbance to their normal commercial interests, and may hinder the achievement of the objectives of this Agreement. 3. Accordingly, contracting parties should seek to avoid the use of subsidies on the export of primary products. If, however, a contracting party grants directly or indirectly any form of subsidy which operates to increase the export of any primary product from its territory, such subsidy shall not be applied in a manner which results in that contracting party having more than an equitable share of world export trade in that product, account being taken of the shares of the contracting parties in such trade in the product during a previous representative period, and any special factors which may have affected or may be affecting such trade in the product. 4. Further, as from 1 January 1958 or the earliest practicable date thereafter, contracting parties shall cease to grant either directly or indirectly any form of subsidy on the export of any product other than a primary product which subsidy results in the sale of such product for export at a price lower than the comparable price charged for the like product to buyers in the domestic market. Until 31 December 1957 no contracting party shall extend the scope of any such subsidization beyond that existing on 1 January 1955 by the introduction of new, or the extension of existing, subsidies. 5. The Contracting Parties shall review the operation of the provisions of this Article from time to time with a view to examining its effectiveness, in the light of actual experience, in promoting the objectives of this Agreement and avoiding subsidization seriously prejudicial to the trade or interests of contracting parties".

¹⁹ "Article XVII State Trading Enterprises: 1. (a) Each contracting party undertakes that if it establishes or maintains a State enterprise, wherever located, or grants to any enterprise, formally or in effect, exclusive or special privileges, such enterprise shall, in its purchases or sales involving either imports or exports, act in a manner consistent with the general principles of non-discriminatory treatment prescribed in this Agreement for governmental measures affecting imports or exports by private traders. (b) The provisions of sub-paragraph (a) of this paragraph shall be understood to require that such enterprises shall, having due regard to the other provisions of this Agreement, make any such purchases or sales solely in accordance with commercial considerations, including price, quality, availability, marketability, transportation and other conditions of purchase or sale, and shall afford the enterprises of the other contracting parties

La situazione non muta negli anni che seguirono e nei diversi *Round* organizzati dal GATT. Il grande sforzo teso a liberalizzare importanti segmenti del commercio internazionale ha fatto sì che la tutela della concorrenza divenisse un tema troppo pesante e complesso per essere affrontato. Soltanto con l'*Uruguay Round* (1986-1993) si comincia a discutere, seppur timidamente, della scottante e delicata questione.

3.2 L'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC)

La tutela della concorrenza è contemplata in tre distinte fonti dell'attuale ordinamento dell'OMC, aventi ad oggetto il commercio dei servizi, i diritti di proprietà intellettuale e le misure concernenti gli investimenti collegati al commercio.

Nell'ambito del commercio dei servizi, gli articoli VIII²⁰ e IX²¹ del *General*

adequate opportunity, in accordance with customary business practice, to compete for participation in such purchases or sales. (c) No contracting party shall prevent any enterprise (whether or not an enterprise described in sub-paragraph (a) of this paragraph) under its jurisdiction from acting in accordance with the principles of sub-paragraphs (a) and (b) of this paragraph. 2. The provisions of paragraph 1 of this Article shall not apply to imports of products for immediate or ultimate consumption in governmental use and not otherwise for re-sale or use in the production of goods for sale. With respect to such imports, each contracting party shall accord to the trade of the other contracting parties fair and equitable treatment. 3. The contracting parties recognize that enterprises of the kind described in paragraph 1 (a) of this Article might be operated so as to create serious obstacles to trade; thus negotiations on a reciprocal and mutually advantageous basis designed to limit or reduce such obstacles are of importance to the expansion of international trade. 4. (a) Contracting parties shall notify the Contracting Parties of the products which are imported into or exported from their territories by enterprises of the kind described in paragraph 1 (a) of this Article. (b) A contracting party establishing, maintaining or authorizing an import monopoly of a product, which is not the subject of a concession under Article II, shall, on the request of another contracting party having a substantial trade in the product concerned inform the Contracting Parties of the import markup on the product during a recent representative period, or, when it is not possible to do so, of the price charged on the resale of the product. (c) The Contracting Parties may, at the request of a contracting party which has reason to believe that its interest under this Agreement are being adversely affected by the operations of an enterprise of the kind described in paragraph 1 (a), request the contracting party establishing, maintaining or authorizing such enterprise to supply information about its operations related to the carrying out of the provisions of this Agreement. (d) The provisions of this paragraph shall not require any contracting party to disclose confidential information which would impede law enforcement or otherwise be contrary to the public interest or would prejudice the legitimate commercial interests of particular enterprises".

²⁰ "Article VIII – Monopolies and Exclusive Service Suppliers: 1. Each Member shall ensure that any monopoly supplier of a service in its territory does not, in the supply of the monopoly service in the relevant market, act in a manner inconsistent with that Member's obligations under Article II and specific commitments. 2. Where a Member's monopoly supplier competes, either directly or through an affiliated company, in the supply of a service outside the scope of its monopoly rights and which is subject to that Member's specific commitments, the Member shall ensure that such a supplier does not abuse its monopoly position to act in its territory in a manner inconsistent with such commitments. 3. The Council for Trade in Services may, at the request of a Member which has a reason to believe that a monopoly supplier of a service of any other Member is acting in a manner inconsistent with paragraph 1 or 2, request the Member

Agreement on Trade in Services (GATS) prevedono la repressione delle condotte poste in essere da monopoli e fornitori esclusivi di servizi che abbiano effetti restrittivi sulla libera concorrenza.

L'articolo 40²² dell'accordo TRIPS (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) prevede esplicitamente il controllo delle condotte anticoncorrenziali nella concessione di licenze. All'interno degli articoli 8²³ e 39²⁴, come osserva Dominique

establishing, maintaining or authorizing such supplier to provide specific information concerning the relevant operations. 4. If, after the date of entry into force of the WTO Agreement, a Member grants monopoly rights regarding the supply of a service covered by its specific commitments, that Member shall notify the Council for Trade in Services no later than three months before the intended implementation of the grant of monopoly rights and the provisions of paragraphs 2, 3 and 4 of Article XXI shall apply. 5. The provisions of this Article shall also apply to cases of exclusive service suppliers, where a Member, formally or in effect, (a) authorizes or establishes a small number of service suppliers and (b) substantially prevents competition among those suppliers in its territory".

²¹ "Article IX – Business Practices: 1. Members recognize that certain business practices of service suppliers, other than those falling under Article VIII, may restrain competition and thereby restrict trade in services. 2. Each Member shall, at the request of any other Member, enter into consultations with a view to eliminating practices referred to in paragraph 1. The Member addressed shall accord full and sympathetic consideration to such a request and shall cooperate through the supply of publicly available non-confidential information of relevance to the matter in question. The Member addressed shall also provide other information available to the requesting Member, subject to its domestic law and to the conclusion of satisfactory agreement concerning the safeguarding of its confidentiality by the requesting Member".

²² "Article 40 - 1. Members agree that some licensing practices or conditions pertaining to intellectual property rights which restrain competition may have adverse effects on trade and may impede the transfer and dissemination of technology. 2. Nothing in this Agreement shall prevent Members from specifying in their legislation licensing practices or conditions that may in particular cases constitute an abuse of intellectual property rights having an adverse effect on competition in the relevant market. As provided above, a Member may adopt, consistently with the other provisions of this Agreement, appropriate measures to prevent or control such practices, which may include for example exclusive grantback conditions, conditions preventing challenges to validity and coercive package licensing, in the light of the relevant laws and regulations of that Member. 3. Each Member shall enter, upon request, into consultations with any other Member which has cause to believe that an intellectual property right owner that is a national or domiciliary of the Member to which the request for consultations has been addressed is undertaking practices in violation of the requesting Member's laws and regulations on the subject matter of this Section, and which wishes to secure compliance with such legislation, without prejudice to any action under the law and to the full freedom of an ultimate decision of either Member. The Member addressed shall accord full and sympathetic consideration to, and shall afford adequate opportunity for, consultations with the requesting Member, and shall cooperate through supply of publicly available non-confidential information of relevance to the matter in question and of other information available to the Member, subject to domestic law and to the conclusion of mutually satisfactory agreements concerning the safeguarding of its confidentiality by the requesting Member. 4. A Member whose nationals or domiciliaries are subject to proceedings in another Member concerning alleged violation of that other Member's laws and regulations on the subject matter of this Section shall, upon request, be granted an opportunity for consultations by the other Member under the same conditions as those foreseen in paragraph 3".

²³ "Article 8 - Principles: 1. Members may, in formulating or amending their laws and regulations, adopt measures necessary to protect public health and nutrition, and to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement. 2. Appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement, may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology".

Carreau²⁵, è possibile constatare la presenza di dispositivi diretti a reprimere comportamenti restrittivi della concorrenza che possano condizionare i trasferimenti di tecnologia ovvero ad impedire che informazioni ancora non rese pubbliche siano utilizzate con scopi anti concorrenziali.

L'articolo 9²⁶ dell'accordo TRIMs (*Agreement on Trade-Related Investment Measures*) a sua volta prevede che il Consiglio del commercio di merci possa valutare, nel termine di cinque anni dall'entrata in vigore dell'accordo, la possibilità e il modo di introdurre delle disposizioni riguardanti la politica in materia di concorrenza.

E' importante sottolineare che le disposizioni previste all'interno dei citati accordi sono state da sempre fonte di plurime critiche²⁷, che si accentravano sul carattere troppo limitato, timido e parziale di tali disposizioni, incapaci così di combattere in modo efficace le pratiche commerciali restrittive della concorrenza. Tale fragilità, insieme ad altri fattori esterni al sistema OMC²⁸, provocava una sensibile difficoltà nell'attuazione di una vera e propria politica della concorrenza globale.

Grazie ai risultati positivi ottenuti con la conclusione dell'*Uruguay Round*, un gruppo di giuristi specializzati in diritto internazionale della concorrenza ha iniziato a

²⁴ "Article 39 – 1. In the course of ensuring effective protection against unfair competition as provided in Article 10bis of the Paris Convention (1967), Members shall protect undisclosed information in accordance with paragraph 2 and data submitted to governments or governmental agencies in accordance with paragraph 3. 2. Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or used by others without their consent in a manner contrary to honest commercial practices so long as such information: (a) is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question; (b) has commercial value because it is secret; and (c) has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret. 3. Members, when requiring, as a condition of approving the marketing of pharmaceutical or of agricultural chemical products which utilize new chemical entities, the submission of undisclosed test or other data, the origination of which involves a considerable effort, shall protect such data against unfair commercial use. In addition, Members shall protect such data against disclosure, except where necessary to protect the public, or unless steps are taken to ensure that the data are protected against unfair commercial use".

²⁵ CARREAU, Dominique. *Droit International économique*. Opus cit., p. 204.

²⁶ "Article 9 – Review by the Council for Trade in Goods: Not later than five years after the date of entry into force of the WTO Agreement, the Council for Trade in Goods shall review the operation of this Agreement and, as appropriate, propose to the Ministerial Conference amendments to its text. In the course of this review, the Council for Trade in Goods shall consider whether the Agreement should be complemented with provisions on investment policy and competition policy".

²⁷ CARREAU, Dominique. *Droit International économique*. Opus cit., p. 204.

²⁸ L'autore ancora indica, fra questi fattori, che: "(...) la cartellisation notable de certains secteurs freine ou oriente artificiellement les échanges commerciaux. Enfin, les prétensions de certains pays (à commencer par les Etats-Unis) de donner un large effet extra-territorial à leurs lois nationales de la concurrence ne cesse depuis de longues années d'être la source de frictions dues à des prétensions conflictuelles de juridiction de la part d'Etat ayant des titres à agir différents". In: CARREAU, Dominique. *Droit International économique*. Opus cit., p. 204.

lavorare sulle diverse ipotesi di normativa della concorrenza in ambito mondiale²⁹; uno tra questi, l'ex-commissario europeo per la concorrenza, Leon Brittan³⁰, si è particolarmente distinto per il proprio lavoro, nel quale viene sottolineata la necessità che sia elaborato un disegno di norme comuni sulle condotte restrittive e sui cartelli, in virtù delle quali i governi abbiano la responsabilità di attuare le normative e le rispettive procedure.

3.2.1 La politica *antitrust* dell'OMC

Se da una lato l'ordinamento del sistema GATT/OMC non ha mai fornito delle risposte concrete e ad ampio raggio per risolvere il problema della concorrenza e del commercio internazionale, dall'altro la comunità scientifica ha formulato innumerevoli proposte per tentare di colmare la lacuna esistente.

In questa prospettiva, già nel 1977 Eleanor Fox³¹, docente alla *New York University*, insieme ad altri esponenti di spicco della Scuola di Harvard, aveva formulato una proposta intermedia, diretta ad un graduale raggiungimento di un'intesa multinazionale, che doveva passare attraverso una progressiva armonizzazione, fondata inizialmente su pochissimi ed essenziali concetti comuni.

Sull'esempio di Eleanor Fox, altri componenti della Scuola di Harvard e i suoi fautori nel resto del mondo si impegnarono nel tentativo di elaborare delle proposte concrete che portassero un minimo di stabilità e certezza giuridica nell'ambito della concorrenza internazionale. A questi sforzi si affiancarono quelli dei membri della Scuola di Bruxelles e della Scuola di Friburgo.

L'elaborazione concettuale delle accademie europee si tradusse poi, grazie al peso intellettuale di queste ultime, in proposte concrete presentate dalla Commissione europea, che divenne così, da quando iniziò ufficialmente l'*Era OMC*, la principale fautrice dell'elaborazione di norme multilaterali in materia.

Il 1996 costituisce un anno particolarmente proficuo in questo senso. Nel 1996

²⁹ WOOD, Diane. *Opus cit.*, p. 8 ss.

³⁰ Leon Brittan espone parte del suo lavoro in due importanti opere, BRITTAN, Leon. *European Competition Policy: Keeping the Playing Field Level*. Bruxelles: Center for European Policy Studies, 1992; e, BRITTAN, Leon. *Europe: The Europe We Need*. London: Hamish Hamilton, 1994. Vedi inoltre BRITTAN, Leon. *The need for a Multilateral Framework of Competition Rules*. In: *OECD Proceedings, Trade and Competition Policies. Exploring the ways Forward*. Paris, 1999.

³¹ FOX, Eleanor. *Toward World Antitrust and Market Access*. *American Journal of International Law*, n.° 1 (1977), p. 34.

infatti la Commissione presentò una comunicazione al Consiglio europeo, lanciando l'idea di istituire nell'ambito dell'OMC un comitato di lavoro con il compito di verificare le possibilità di emanazione di norme multilaterali in materia³². Basandosi sul principio fondamentale di non-discriminazione – per il quale il diritto interno di uno Stato non può discriminare le imprese sulla base della nazionalità –, la Commissione proponeva che tutti i membri dell'OMC rendessero illegali i cartelli.

La Comunicazione presentata dalla Commissione partiva dal presupposto – non chiaramente esplicitato ma evidente – della debolezza dell'attuale sistema dell'OMC nei confronti del tema della concorrenza e del commercio internazionale. Invero, tale debolezza è da sempre riconosciuta dall'Organizzazione, tanto è vero che nella *home-page*³³ dell'OMC si afferma che il lavoro svolto in materia di politica della concorrenza fino ad oggi è stato diretto a risolvere specifiche questioni di politica commerciale, senza che ci fosse una vera preoccupazione nell'articolare un sistema generale di tutela *antitrust*³⁴. Nella stessa *home-page* si afferma tuttavia che, in virtù delle nuove indicazioni emerse nella Conferenza di Singapore del 1996, la situazione sarebbe mutata, giacché, da quel momento in poi, sarebbe divenuto operativo nell'ambito dell'Organizzazione il *Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy*.

La Conferenza interministeriale di Singapore del dicembre 1996 ebbe un ruolo importantissimo nel quadro delle iniziative a favore della tutela della concorrenza internazionale. Il motivo di tale importanza è dato dal fatto che, oltre al rilievo che ebbero in questo senso i lavori svolti in materia all'interno della conferenza, la Dichiarazione ministeriale adottata alla fine della Conferenza³⁵ ufficialmente rimise in discussione nel

³² MONTI, Mario. La dimensione internazionale della politica di concorrenza europea. Mercato Concorrenza Regole, n.° 3 (2001), p. 436.

³³ http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/bey6_s.htm, il 10 settembre 2002.

³⁴ "Work in the WTO on investment and competition policy issues so far has largely taken the form of specific responses to specific trade policy issues, rather than a look at the broad picture".

³⁵ "Investment and Competition – 20. Having regard to the existing WTO provisions on matters related to investment and competition policy and the built-in agenda in these areas, including under the TRIMs Agreement, and on the understanding that the work undertaken shall not prejudge whether negotiations will be initiated in the future, we also agree to: * establish a working group to examine the relationship between trade and investment; and * establish a working group to study issues raised by Members relating to the interaction between trade and competition policy, including anti-competitive practices, in order to identify any areas that may merit further consideration in the WTO framework. These groups shall draw upon each other's work if necessary and also draw upon and be without prejudice to the work in UNCTAD and other appropriate intergovernmental fora. As regards UNCTAD, we welcome the work under way as provided for in the Midrand Declaration and the contribution it can make to the understanding of issues. In the conduct of the work of the working groups, we encourage cooperation with the above organizations to make the best use of available resources and to ensure that the development dimension is taken fully into

quadro dell'OMC il tema della concorrenza e del commercio internazionale. In particolare, la dichiarazione istituiva il Comitato di lavoro sull'interazione fra commercio e politica della concorrenza dell'OMC, con il compito di approfondire le questioni sottopostegli dagli Stati membri circa l'interazione fra queste due sfere. Il Comitato ha avuto la sua riunione iniziale nel luglio del 1997, ma ha potuto effettivamente svolgere i suoi lavori soltanto a partire dal dicembre 1998, momento in cui il Consiglio Generale dell'OMC adottò la decisione necessaria al suo avvio, ovvero l'istituzione del programma di attività del Comitato³⁶. In questo senso, il Comitato si riunisce periodicamente e cerca di creare un ambiente di riflessione e discussione attorno alla necessità di elaborazione di norme multilaterali in materia³⁷. In particolare, le discussioni nell'ambito del Comitato si articolano su quattro assi portanti e distinti: a) la pertinenza dei principi fondamentali dell'OMC di trattamento nazionale, trasparenza e trattamento della nazione più favorita con riguardo alla politica della concorrenza; b) possibili proposte per promuovere la cooperazione e la comunicazione fra i membri, incluso l'ambito della cooperazione tecnica; c) il contributo della politica della concorrenza al raggiungimento degli obiettivi dell'OMC, incluso la promozione del commercio internazionale; d) altre questioni sottoposte dai membri a rientranti nel mandato del Comitato.

Oltre alle proposte nel quadro dell'OMC, sono di particolare rilevanza in quest'ambito le comunicazioni presentate al Comitato di lavoro dall'*United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD), dall'*Organization for Economic Co-*

account. The General Council will keep the work of each body under review, and will determine after two years how the work of each body should proceed. It is clearly understood that future negotiations, if any, regarding multilateral disciplines in these areas, will take place only after an explicit consensus decision is taken among WTO Members regarding such negotiations".

³⁶ "The General Council decides that the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy shall continue the educative work that it has been undertaking pursuant to paragraph 20 of the Singapore Ministerial Declaration. In the light of the limited number of meetings that the Group will be able to hold in 1999, the Working Group, while continuing at each meeting to base its work on the study of issues raised by Members relating to the interaction between trade and competition policy, including anti-competitive practices, would benefit from a focused discussion on: (i) the relevance of fundamental WTO principles of national treatment, transparency, and most-favoured-nation treatment to competition policy and vice versa; (ii) approaches to promoting cooperation and communication among Members, including in the field of technical cooperation; and (iii) the contribution of competition policy to achieving the objectives of the WTO, including the promotion of international trade. The Working Group will continue to ensure that the development dimension and the relationship with investment are fully taken into account. It is understood that this decision is without prejudice to any future decision that might be taken by the General Council, including in the context of its existing work programme". In: WT/GC/M/32, p. 56.

³⁷ Vedi, a riguardo le attività svolte dal Comitato, WTO. Report (2001) of the Working Group on the interaction between Trade and Competition Policy to the General Council. Geneva, 2001

operation and Development (OCSE) e dai singoli paesi membri.

Nell'ambito poi della Conferenza interministeriale che ha avuto luogo a Doha nel 2001, la politica della concorrenza è stata presa maggiormente in seria considerazione da parte della Organizzazione, tanto è vero che tale atteggiamento si è concretizzato nei paragrafi 23, 24 e 25 della dichiarazione finale emanata il 20 novembre 2001, là dove gli Stati membri dell'OMC presenti alla conferenza hanno affermato che:

"23. Recognizing the case for a multilateral framework to enhance the contribution of competition policy to international trade and development, and the need for enhanced technical assistance and capacity-building in this area as referred to in paragraph 24, we agree that negotiations will take place after the Fifth Session of the Ministerial Conference on the basis of a decision to be taken, by explicit consensus, at that session on modalities of negotiations.

24. We recognize the needs of developing and least-developed countries for enhanced support for technical assistance and capacity-building in this area, including policy analysis and development so that they may better evaluate the implications of closer multilateral cooperation for their development policies and objectives, and human and institutional development. To this end, we shall work in cooperation with other relevant intergovernmental organizations, including UNCTAD, and through appropriate regional and bilateral channels, to provide strengthened and adequately resourced assistance to respond to these needs.

25. In the period until the Fifth Session, further work in the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy will focus on the clarification of: core principles, including transparency, non-discrimination and procedural fairness, and provisions on hardcore cartels; modalities for voluntary cooperation; and support for progressive reinforcement of competition institutions in developing countries through capacity-building. Full account shall be taken of the needs of developing and least-developed country participants and appropriate flexibility provided to address them".

(WT/WGTCP/5). Sono d'interesse in quest'ambito, inoltre, i rapporti presentati dal Comitato negli anni anteriori: 2000 (WT/WGTCP/4), 1999 (WT/WGTCP/3), 1998 (WT/WGTCP/2) e 1997 (WT/WGTCP/1).

La dichiarazione citata può essere considerata un importante passo verso la costruzione di un sistema normativo vincolante in materia di concorrenza. Infatti, mai prima d'ora nell'ambito del GATT-OMC si era parlato così apertamente della necessità di elaborare norme multilaterali in materia. Questo sembra essere un chiaro sintomo della necessità condivisa a livello internazionale di costituire una nuova struttura multilaterale il cui scopo sia quello di consolidare il sistema del commercio mondiale, garantendo così che le pratiche commerciali anticoncorrenziali non vanifichino la liberalizzazione e l'accesso ai mercati.³⁸

3.2.2 Il progetto di Codice *antitrust* dell'OMC

Per iniziativa della Commissione Europea, all'inizio degli anni '90 un gruppo di ricercatori riuniti attorno al Max Planck Institute di Monaco di Baviera, in Germania, ha elaborato e pubblicato un progetto di codice mondiale *antitrust*³⁹. Bisogna dire tuttavia che non si tratta della prima iniziativa al riguardo. Come è stato possibile osservare, già i redattori della Carta dell'Avana hanno cercato di dare al capitolo V del documento, relativo all'*antitrust*, un respiro mondiale. Attualmente il progetto è oggetto di incontri e discussioni in diverse organizzazioni internazionali, tra queste principalmente l'OCSE e l'UNCTAD.⁴⁰

L'iniziativa della Commissione Europea sul codice mondiale *antitrust* ha avuto una ripercussione positiva nei principali ambienti accademici del pianeta⁴¹. In questo senso, il

³⁸ In una certa maniera tale dichiarazione ha già sortito i primi effetti. Infatti l'UNCTAD, in collaborazione con l'OMC e con altre organizzazioni internazionali, è riuscita a promuovere delle riunioni regionali dirette a dare continuità alle discussioni con i governi, non riducendole ai dibattiti fra comitati di esperti della OMC e dell'UNCTAD. Su queste riunioni, vedi il punto 3.3, dedicato all'azione dell'UNCTAD in materia di concorrenza e commercio internazionale.

³⁹ Vedi il documento INTERNATIONAL ANTITRUST CODE WORKING GROUP. Draft International Antitrust Code as a GATT-MTO-Plurilateral Trade Agreement, München, 1993.

⁴⁰ Con riguardo al Gruppo di Monaco, osserva Matthias Herdegen: "Eine Projektgruppe von Wissenschaftlern (Munich Group) hat einen Entwurf für Grundprinzipien für eine internationale Wettbewerbsordnung (Draft International Antitrust Code) erarbeitet. Angesichts der bestehenden Schwierigkeiten mit der Rechtsharmonisierung auf diesem Gebiet zielt der Entwurf in erster Linie auf einen Mindeststandard elementarer Wettbewerbsregeln (etwa Verbot von Preiskartellen) ab. Ein weiterer Leitgedanke des Entwurfes ist das Prinzip der Inländergleichbehandlung (Diskriminierungsschutz ausländischer Marktteilnehmer)". In: HERDEGEN, Matthias. Internationales Wirtschaftsrecht. München: C. H. Beck, 2002, p. 206.

⁴¹ WOOD, Diane. *Opus cit.*, p. 12.

professor Frederick M. Scherer, esponente di spicco della Scuola di Harvard, ha elaborato uno studio nel quale difende l'idea di utilizzazione di un unico strumento giuridico per tutelare la libera concorrenza a livello mondiale⁴². Sembrava volgere nella stessa direzione lo studio sviluppato dalla Sezione *Antitrust* dell'*American Bar Association*, che aveva lo scopo di vagliare la necessità di un codice mondiale sulla tutela della concorrenza. Come si potrà osservare, invece, gli esperti statunitensi in materia sono arrivati alla conclusione che tale iniziativa porterebbe più aspetti negativi che positivi all'attuale sistema di commercio internazionale⁴³. In quest'ambito, l'analisi dell'ABA ha rilevato quattro punti negativi:

"1) the near impossibility of meaningful agreement on standards; 2) the inadvisability of negotiations away critical points; 3) the benefits of nations freedom to differ due to the need from time to time to pursue non-efficiency goals, and 4) enforcement problems".

Della stessa opinione è Randolph Tritell⁴⁴, Direttore Assistente per le Questioni *Antitrust* dell'Ufficio di Concorrenza della *Federal Trade Commission*, che segnala come le istituzioni preposte al controllo *antitrust* possiedano già oggi gli strumenti necessari per proteggere i consumatori e le imprese dei propri paesi. In tale prospettiva, secondo lo stesso autore, l'ipotesi di istituzione di un codice *antitrust* in ambito mondiale come meccanismo globale di controllo non è realista e nemmeno desiderabile per il futuro. Queste due posizioni – dell'*American Bar Association* e di Randolph Tritell –, riassumono la posizione del governo degli Stati Uniti in materia, contrario a qualsiasi tentativo di

⁴² SCHERER, Frederick M. *Competition Policies for an Integrated World Economy. Opus cit.*, p. 89 ss.

⁴³ WOOD, Diane. *Opus cit.*, p. 12. Vedi inoltre AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Report of the Special Committee on International Antitrust*, chapter 11, 1.º settembre 1981.

⁴⁴ TRITELL, Randolph. *A Aplicação das Leis Antitruste Americanas à conduta de outros Países: Fatos Recentes. Perspectivas Econômicas. Revistas Eletrônicas da USIA. Vol. 4, n.º 1 (1999)*. Ancora sulla posizione presa dagli Stati Uniti in materia, afferma Maria Cecília Andrade: *"O posicionamento dos EUA pode ser resumido em quatro idéias principais: a) a OMC não seria o foro adequado para discutir problemas de concorrência internacionais, possuindo a política da concorrência objetivos diversos da política comercial; b) a política da concorrência e a política comercial, apesar de possuírem pontos de contato, não deveriam estar reunidas sob uma mesma perspectiva de análise, pois, enquanto, que a primeira está concentrada nas práticas privadas, a segunda dirige-se às medidas governamentais; c) existe uma preferência pela assistência técnica e pela celebração de acordos bilaterais de cooperação; d) o seu foco de atenção seria a garantia do livre acesso das empresas norte-americanas no mercado internacional"*. In: ANDRADE, Maria Cecília. *Concorrência*. In: BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 306. Vedi inoltre SCHERER, Frederick. *International Trade and Competition Policy*. In: HOPE, Einar et MAELENG, Per. *Competition and Trade Policies: coherence or conflict*. London: Routledge, 1998, p. 17 ss.

disciplina multilaterale delle norme di tutela della libera concorrenza.

In tale ambito, però, è significativo che la Commissione europea abbia parallelamente rafforzato la sua posizione favorevole all'emanazione di un codice in materia. Afferma il Commissario europeo incaricato della concorrenza Mario Monti⁴⁵:

“Siamo pertanto convinti che occorra un accordo multilaterale su un *corpus* di regole di concorrenza fondamentali e comuni che facciano da complemento alla liberalizzazione del commercio. A ragione di tale complementarità fra il commercio internazionale e la politica di concorrenza appare chiaro che l'OMC sia l'organizzazione multilaterale più opportuna per promuovere e 'ospitare' questo accordo”.

La pressione svolta dalla Commissione europea sull'OMC per l'elaborazione di un *corpus iuris* multilaterale sulla concorrenza è un elemento forte e continuo a favore di un'apertura razionale dei mercati internazionali⁴⁶, senza con ciò, come la Commissione in

⁴⁵ MONTI, Mario. La dimensione internazionale della politica di concorrenza europea. *Opus cit.*, p. 436. Vedi a riguardo, inoltre, i seguenti documenti EUROPEAN COMMISSION. Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Cooperation rules – Report of the Group of Experts. Bruxelles, 1995; EUROPEAN COMMISSION. Seattle Conference preparation: EC Approach to Trade and Competition. Bruxelles, 1999; EUROPEAN COMMISSION. Trade and Competition. Bruxelles, 1999.

⁴⁶ Tale pressione appare evadente, ad esempio, nelle parole pronunciate da Mario Monti nella relazione di apertura della Giornata della Concorrenza Europa, a Copenaghen, il 17 settembre 2002: “*First let me present you the case for a multilateral WTO agreement on competition. In the absence of a specialised world-wide competition organisation and in view of the complementary relationship between trade and competition policy, the World Trade Organisation is the institution best suited to house an International Competition Agreement. The WTO possesses the advantages of a very broad membership and a tradition of enforcing binding rules. That is why the Commission has been at the forefront of efforts to persuade member countries of the merits of a WTO multilateral agreement in the area of competition. During the current "pre-negotiating period", we are clarifying with our partners from developed and developing countries the issues on which we will negotiate and we expect to open formal negotiations on a Multilateral Agreement immediately after the 5th WTO Ministerial in 2003 in Cancun. Of course, we have to be pragmatic and focus initially on what can be achieved. I believe a WTO agreement should: - put in place a framework that would facilitate co-operation between competition authorities world-wide. The co-operation modalities could be modelled closely on existing and well functioning bilateral agreements. - pay close attention to ensuring that the development dimension is an integral part of the new multilateral framework. I must stress that a WTO multilateral framework agreement would assist developing countries in the process of progressively establishing effective enforcement mechanisms at the domestic level which would be in the interest of their own citizens. - Finally, we should strive to reach an agreement on core competition principles of domestic competition law and policy. These would include transparency of rules, the removal of discrimination between firms based on their nationality, and the provision of fair procedural rules and judicial review. Most crucially the agreement should include a commitment to prohibit hard core cartels which are the worst form of antitrust violation. Studies presented at a joint Symposium on international cartels organised by the WTO and the United Nations Conference on Trade and Development*

diversi documenti ha chiaramente manifestato, voler provocare dei danni alla sovranità nazionale degli Stati membri dell'OMC.⁴⁷

La vera battaglia da compiersi sulla concorrenza nell'ambito dell'OMC riguarda proprio la possibilità di elaborare e rendere cogenti norme multilaterali, che andrebbero a formare un vero e proprio codice *antitrust*. Nonostante le parti chiamate alla discussione abbiano già manifestato le loro posizioni al riguardo, poche sono state le vere occasioni di approfondire dette posizioni, anche e soprattutto perché l'OMC sta affrontando la tematica molto lentamente, con gli studi svolti dal Comitato di lavoro e le dichiarazioni ministeriali di "buona volontà". Anche se le parti più "diligenti" stanno già stipulando una serie di accordi bilaterali in materia, la tendenza è che in futuro – che ci auguriamo non troppo lontano – questi stessi accordi siano sostituiti da un'unica norma, come è successo nel caso degli accordi bilaterali fra la CE e i paesi dell'Associazione Europea di Libero Scambio (EFTA), sostituiti dall'accordo sullo Spazio Economico Europeo.

Le principali scuole di analisi dell'*antitrust* stanno giocando a tale riguardo una grande e storica partita. La Scuola di Harvard dalle principali cattedre di diritto *antitrust* statunitense; la Scuola di Chicago dagli uffici del governo di George W. Bush; le Scuole di Bruxelles e di Friburgo dalle cattedre delle università europee e dagli uffici della Commissione.

3.3 La Conferenza delle Nazioni Unite per il Commercio e lo Sviluppo (UNCTAD)

Il coinvolgimento ufficiale dell'UNCTAD sul tema della concorrenza e del commercio internazionale è iniziato nel 1979, quando le Nazioni Unite hanno indetto una

(UNCTAD) last April show that the effect of merely 16 cartels on developing country imports was estimated at euro 80 billion. I believe that the most efficient way to fight global cartels is through global co-operation. I am also confident that if we can make time work on our side and not against us, the Multilateral Competition Agreement can see the day in 2005". In: MONTI, Mario. *A Global Competition Policy?*, Documento disponibile su internet il 27 settembre 2002, sito http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=SPEECH/02/39910|RAPID&lg=EN&display=

⁴⁷ È quello che contestualmente afferma Mario Monti: "Occorre però chiarire un punto importante: il nostro invito a stringere un accordo in seno all'OMC non è un tentativo surrettizio di istituire un'autorità di concorrenza globale al fine di erodere la sovranità delle autorità nazionali. Al contrario, occorre che siano presenti autorità della concorrenza forti a livello nazionale per garantire il successo dell'accordo quadro. La proposta dell'UE non cerca neppure di armonizzare il diritto sostanziale della concorrenza o di assoggettare

Conferenza diretta ad analizzare le pratiche commerciali restrittive della libera concorrenza internazionale. Svolta in due sessioni distinte⁴⁸, tale conferenza si è conclusa il 22 aprile 1980, data in cui è stata approvata la risoluzione sulle pratiche commerciali restrittive⁴⁹. I risultati di questa conferenza hanno una significativa importanza nel quadro dei dibattiti sulla necessità di tutelare la libera concorrenza in ambito internazionale. Soltanto in seguito a tale riunione e sull'impulso dato da questa, l'UNCTAD si è effettivamente impegnata in materia⁵⁰. Lo scopo generale di tale risoluzione era quello di creare un ambiente in seno alla comunità internazionale in cui fosse possibile approvare un *corpus* di principi e norme multilaterali in materia di pratiche commerciali restrittive⁵¹. Questo è in parte avvenuto alcuni mesi dopo la conferenza, tramite l'approvazione della risoluzione n.° 35/63 fatta dall'Assemblea generale il 5 dicembre 1980.

Secondo la risoluzione, gli obiettivi di tale *corpus* sono proclamati tenendo in debito conto gli interessi di tutti i paesi, in particolare quelli in via di sviluppo. Tali obbiettivi sono:

- a) fare in modo che le condotte commerciali restrittive non impediscano né annullino i benefici derivati dalla liberalizzazione delle barriere tariffarie e non tariffarie che viziano il commercio mondiale, in particolare il commercio e la crescita dei paesi in via di sviluppo;

le singole decisioni delle autorità con giurisdizione nazionale all'arbitrato dell'OMC". In: MONTI, Mario. La dimensione internazionale della politica di concorrenza europea, p. 437.

⁴⁸ La Conferenza delle Nazioni Unite sulle Pratiche Commerciali Restrittive, convocata dalla Assemblea Generale in virtù della risoluzione n.° 33/153 del 20 dicembre 1978, ha svolto il suo primo periodo di lavori dal 19 novembre al 8 dicembre 1979. Il secondo periodo di lavori è stato indetto dalla decisione n. 34/447 della Assemblea Generale del 19 dicembre 1979, e si è svolto dal 8 al 22 aprile 1980.

⁴⁹ ONU. *Resolution adopted by the United Nations Conference on Restrictive Business Practices, on 22 April 1980. The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices: "The United Nations Conference on Restrictive Business Practices, Recalling General Assembly resolution 33/153 of 20 December 1978, which required the Conference to negotiate, on the basis of the work of the Third Ad hoc Group of Experts on Restrictive Business Practices, and to take all decisions necessary for the adoption of, a set of multilaterally agreed equitable principles and rules for the control of restrictive business practices having adverse effects on international trade, particularly that of developing countries, and on the economic development of those countries, including a decision on the legal character of the principles and rules, Having held its first session from 19 November to 8 December 1979 and its second session from 8 to 22 April 1980, 1. Approves the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices annexed hereto; 2. Transmits to the General Assembly at its thirty-fifth session this Set of Principles and Rules, having taken all decisions necessary for its adoption as a resolution; 3. Recommends also that the General Assembly, five years after the adoption of the Set of Principles and Rules, convene a United Nations Conference under the auspices of UNCTAD for the purpose of reviewing all the aspects of the Set of Principles and Rules".*

⁵⁰ Prima della Conferenza del 1980 l'UNCTAD ha fatto altri tentativi di occuparsi della materia. In particolare nella Sessione che avuto luogo a Nuova Delhi, nel 1968, e in quella di Santiago de Cile, nel 1972.

- b) raggiungere una maggiore efficienza nel commercio internazionale e nella crescita, specialmente dei paesi in via di sviluppo, compatibilmente con gli obiettivi nazionali di progresso economico e sociale e con le strutture economiche esistenti tramite, ad esempio, *i*) la creazione, lo stimolo e la tutela della concorrenza; *ii*) il controllo della concentrazione del capitale, o del potere economico, o di entrambe cose; *iii*) lo stimolo alla innovazione;
- c) proteggere e promuovere il benessere sociale in generale e, in particolare, gli interessi dei consumatori, tanto nei paesi sviluppati quanto in quelli in via di sviluppo;
- d) eliminare gli svantaggi che le condotte commerciali restrittive delle imprese transnazionali o di altre imprese possono portare al commercio e allo sviluppo, e contribuire a massimizzare i vantaggi per il commercio internazionale e in particolare per il commercio e la crescita dei paesi in via di sviluppo;
- e) Formulare principi e norme equitative concordati in ambito multilaterale per il controllo delle condotte commerciali restrittive, e facilitare l'adozione e il rafforzamento di norme e politiche nei piani nazionale e regionale in tale ambito.

I principi contenuti nel *corpus* sono stati divisi in tre categorie distinte: i principi equitativi convenuti in ambito multilaterale per il controllo delle pratiche commerciali restrittive; i principi e norme applicabili alle imprese, incluse le imprese transnazionali; i principi e norme che devono seguire gli Stati negli ambiti nazionale, regionale e sub-regionale.

I principi equitativi convenuti in ambito multilaterale per il controllo delle pratiche commerciali restrittive sono cinque; il primo raccomanda l'adozione, a livello nazionale, regionale ed internazionale, di misure idonee ad eliminare o impedire in modo efficace le pratiche commerciali restrittive, incluse quelle svolte dalle imprese transnazionali con effetti negativi sul commercio internazionale, in particolare quello dei paesi in sviluppo. Il secondo principio invita gli Stati membri a cercare un rafforzamento nella collaborazione fra i governi, sia sul piano bilaterale che su quello multilaterale, per facilitare il controllo delle pratiche commerciali restrittive. Il terzo principio afferma che dovrebbero essere ideati sul piano internazionale, ovvero essere meglio utilizzati quelli esistenti, meccanismi

⁵¹ *Set of multilaterally agreed equitable principles and rules for the control of restrictive business practices.*

internazionali idonei a facilitare l'interscambio e la diffusione di informazione fra i governi sulle pratiche commerciali restrittive. Il quarto principio invita gli Stati membri ad elaborare mezzi adeguati a facilitare le consultazioni multilaterali su questioni politiche relative al controllo delle pratiche commerciali restrittive. Il quinto ed ultimo principio afferma che le disposizioni del documento non dovrebbero essere interpretate in modo tale da giustificare delle condotte delle imprese che siano ritenute illegali dalla normativa nazionale o regionale applicabile in materia.

I principi e norme applicabili alle imprese, incluse le imprese transnazionali, si configurano più che altro come un elenco di condotte alle quali le imprese dovrebbero positivamente adeguarsi nell'ambito della concorrenza ed altre dalle quali dovrebbero assolutamente astenersi.⁵²

⁵² "1. Enterprises should conform to the restrictive business practices laws, and the provisions concerning restrictive business practices in other laws, of the countries in which they operate, and, in the event of proceedings under these laws, should be subject to the competence of the courts and relevant administrative bodies therein. 2. Enterprises should consult and co-operate with competent authorities of countries directly affected in controlling restrictive business practices adversely affecting the interests of those countries. In this regard, enterprises should also provide information, in particular details of restrictive arrangements, required for this purpose, including that which may be located in foreign countries, to the extent that in the latter event such production or disclosure is not prevented by applicable law or established public policy. Whenever the provision of information is on a voluntary basis, its provisions should be in accordance with safeguards normally applicable in this field. 3. Enterprises, except when dealing with each other in the context of an economic entity wherein they are under common control, including through ownership, or otherwise not able to act independently of each other, engaged on the market in rival or potentially rival activities, should refrain from practices such as the following when, through formal, informal, written or unwritten agreements or arrangements, they limit access to markets or otherwise unduly restrain competition, having or being likely to have adverse effects on international trade, particularly that of developing countries, and on the economic development of these countries: (a) Agreements fixing prices, including as to exports and imports; (b) Collusive tendering; (c) Market or customer allocation arrangements; (d) Allocation by quota as to sales and production; (e) Collective action to enforce arrangements, e.g. by concerted refusals to deal; (f) Concerted refusal of supplies to potential importers; (g) Collective denial of access to an arrangement, or association, which is crucial to competition. 4. Enterprises should refrain from the following acts or behaviour in a relevant market when, through an abuse* or acquisition and abuse of a dominant position of market power, they limit access to markets or otherwise unduly restrain competition, having or being likely to have adverse effects on international trade, particularly that of developing countries, and on the economic development of these countries: (a) Predatory behaviour towards competitors, such as using below cost pricing to eliminate competitors; (b) Discriminatory (i.e. unjustifiably differentiated) pricing or terms or conditions in the supply or purchase of goods and services, including by means of the use of pricing policies in transactions between affiliated enterprises which overcharge or undercharge for goods or services purchased or supplied as compared with prices for similar or comparable transactions outside the affiliated enterprises; (c) Mergers, takeovers, joint ventures or other acquisitions of control, whether of a horizontal, vertical or a conglomerate nature; (d) Fixing the prices at which goods exported can be resold in importing countries; (e) Restrictions on the importation of goods which have been legitimately marked abroad with a trademark identical with or similar to the trademark protected as to identical or similar goods in the importing country where the trademarks in question are of the same origin, i. e. belong to the same owner or are used by enterprises between which there is economic, organizational, managerial or legal interdependence and where the purpose of such restrictions is to maintain artificially high prices; (f) When not for ensuring the achievement of legitimate business purposes, such as quality, safety, adequate distribution or service: (i)

I principi e norme contenuti nella risoluzione concernenti l'azione degli Stati negli ambiti nazionale, regionale e sub regionale si riferiscono soprattutto alla necessità che siano emanate ed effettivamente attuate dagli Stati norme idonee a disciplinare il controllo delle pratiche restrittive sul commercio.⁵³

Il documento ancora propone che sia percorso un itinerario diretto a:

- l'elaborazione di misure internazionali in materia di condotte restrittive, che abbiano come scopo intermedio l'armonizzazione delle legislazioni nazionali sulla concorrenza;
- la creazione di un sistema di informazione fra l'UNCTAD e gli Stati membri circa lo stato delle iniziative compiute in ambito nazionale⁵⁴;

Partial or complete refusals to deal on the enterprise's customary commercial terms; (ii) Making the supply of particular goods or services dependent upon the acceptance of restrictions on the distribution or manufacture of competing or other goods; (iii) Imposing restrictions concerning where, or to whom, or in what form or quantities, goods supplied or other goods may be resold or exported; (iv) Making the supply of particular goods or services dependent upon the purchase of other goods or services from the supplier or his designee".

⁵³ "1. States should, at the national level or through regional groupings, adopt, improve and effectively enforce appropriate legislation and implementing judicial and administrative procedures for the control of restrictive business practices, including those of transnational corporations. 2. States should base their legislation primarily on the principle of eliminating or effectively dealing with acts or behavior of enterprises which, through an abuse or acquisition and abuse of a dominant position of market power, limit access to markets or otherwise unduly restrain competition, having or being likely to have adverse effects on their trade or economic development, or which through formal, informal, written or unwritten agreements or arrangements among enterprises have the same impact. 3. States, in their control of restrictive business practices, should ensure treatment of enterprises which is fair, equitable, on the same basis to all enterprises, and in accordance with established procedures of law. The laws and regulations should be publicly and readily available. 4. States should seek appropriate remedial or preventive measures to prevent and/or control the use of restrictive business practices within their competence when it comes to the attention of States that such practices adversely affect international trade, and particularly the trade and development of the developing countries. 5. Where, for the purposes of the control of restrictive business practices, a State obtains information from enterprises containing legitimate business secrets, it should accord such information reasonable safeguards normally applicable in this field, particularly to protect its confidentiality. 6. States should institute or improve procedures for obtaining information from enterprises including transnational corporations, necessary for their effective control or restrictive business practices, including in this respect details of restrictive agreements, understandings and other arrangements. 7. States should establish appropriate mechanisms at the regional and subregional levels to promote exchange of information on restrictive business practices and on the application of national laws and policies in this area, and to assist each other to their mutual advantage regarding control of restrictive business practices at the regional and subregional levels. 8. States with greater expertise in the operation of systems for the control or restrictive business practices should, on request, share their experience with, or otherwise provide technical assistance to other States wishing to develop or improve such systems. 9. States should, on request, or at their own initiative when the need comes to their attention, supply to other States, particularly developing countries, publicly available information, and, to the extent consistent with their laws and established public policy, other information necessary to the receiving interested State for its effective control of restrictive business practices".

⁵⁴ "2. Communication annually to the Secretary-General of UNCTAD of appropriate information on steps taken by States and regional groupings to meet their commitment to the Set of Principles and Rules, and

- l'elaborazione di una procedura di consultazioni fra gli Stati in materia⁵⁵;
- la continuazione dei lavori, nell'ambito dell'UNCTAD, sull'elaborazione di una o varie norme modello sulle pratiche commerciali restrittive, con la finalità di aiutare i paesi in via di sviluppo a formulare una legislazione idonea⁵⁶;
- infine, l'elaborazione e finanziamento di programmi di assistenza tecnica, consulenza e formazione sulle pratiche commerciali restrittive, in particolare per i paesi in via di sviluppo.⁵⁷

Dalla data di approvazione del documento, nel 1980, le Nazioni Unite e l'UNCTAD hanno organizzato ben quattro Conferenze incaricate di esaminare tutti gli aspetti di tale *corpus*. Queste si sono svolte nel 1985, 1990, 1995 e 2000⁵⁸. La quarta

information on the adoption, development and application of legislation, regulations and policies concerning restrictive business practices".

⁵⁵ "4. Consultations: (a) Where a State, particularly of a developing country, believes that a consultation with another State or States is appropriate in regard to an issue concerning control of restrictive business practices, it may request a consultation with those States with a view to finding a mutually acceptable solution. When a consultation is to be held, the States involved may request the Secretary-General of UNCTAD to provide mutually agreed conference facilities for such a consultation; (b) States should accord full consideration to requests for consultations and, up on agreement as to the subject of and the procedures for such a consultation, the consultation should take place at an appropriate time; (c) If the States involved so agree, a joint report on the consultations and their results should be prepared by the States involved and, if they so wish, with the assistance of the UNCTAD secretariat, and be made available to the Secretary-General of UNCTAD for inclusion in the annual report on restrictive business practices".

⁵⁶ "5. Continued work within UNCTAD on the elaboration of a model law or laws on restrictive business practices in order to assist developing countries in devising appropriate legislation. States should provide necessary information and experience to UNCTAD in this connection".

⁵⁷ "6. Implementation within or facilitation by UNCTAD, and other relevant organizations of the United Nations system in conjunction with UNCTAD, of technical assistance, advisory and training programmes on restrictive business practices, particularly for developing countries: (a) Experts should be provided to assist developing countries, at their request, in formulating or improving restrictive business practices legislation and procedures; (b) Seminars, training programmes or courses should be held, primarily in developing countries, to train officials involved or likely to be involved in administering restrictive business practices legislation and, in this connection, advantage should be taken, inter alia, of the experience and knowledge of administrative authorities, especially in developed countries, in detecting the use of restrictive business practices; (c) A handbook on restrictive business practices legislation should be compiled; (d) Relevant books, documents, manuals and any other information on matters related to restrictive business practices should be collected and made available, particularly to developing countries; (e) Exchange of personnel between restrictive business practices authorities should be arranged and facilitated; (f) International conferences on restrictive business practices legislation and policy should be arranged; (g) Seminars for an exchange of views on restrictive business practices among persons in the public and private sectors should be arranged. 7. International organizations and financing programmes, in particular the United Nations Development Programme, should be called upon to provide resources through appropriate channels and modalities for the financing of activities set out in paragraph 6 above. Furthermore, all countries are invited, in particular the developed countries, to make voluntary financial and other contributions for the above-mentioned activities".

⁵⁸ La tematica della concorrenza è stata presa in considerazione nell'ambito della Conferenza dell'UNCTAD sul commercio e lo sviluppo, che ha avuto luogo a Bangkok dal 12 a 19 febbraio 2000. I paragrafi 69-70 del documento finale della conferenza propone un'importante riflessione sul ruolo delle imprese multinazionali nel commercio internazionale e l'impatto di possibili fusioni fra loro o anche di condotte commerciali

Conferenza di riesame⁵⁹, tenutasi il 25-29 settembre 2000, ha approvato una risoluzione⁶⁰ nella quale viene riaffermato che:

"(...) the validity of the UN Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, recommends to the General Assembly to subtitle the Set for reference as 'UN Set of Principles and Rules on Competition', and calls upon all member States to implement the provisions of the Set".

Tale risoluzione ancora ha sollecitato gli Stati a intensificare la cooperazione a tutti i livelli tra le loro autorità garanti della concorrenza e i governi allo scopo di dare maggiore effettività all'azione in materia di controllo di fusioni e contro i cartelli, in conformità con il *corpus*, specialmente quando queste attività siano svolte a livello internazionale. La risoluzione osserva inoltre che, pur restando essenziali gli sforzi bilaterali di cooperazione in materia di concorrenza, è necessario stimolare iniziative di concorrenza regionali e multilaterali, soprattutto per le economie più piccole e in via di sviluppo. E' stato richiesto peraltro alla segreteria della UNCTAD che venga vagliata la possibilità di formulare un accordo modello di cooperazione sul diritto e politica della concorrenza, basato su tale *corpus* di principi e norme sulla concorrenza delle Nazioni Unite.

Di significativa importanza ai nostri fini è la Conferenza interministeriale tenutasi a Doha nel novembre 2001. Da tale conferenza, l'UNCTAD, in collaborazione con l'OMC e altre organizzazioni internazionali, ha organizzato quattro riunioni regionali sul tema diritto e politica della concorrenza⁶¹. I dibattiti che si sono tenuti nelle riunioni, come

restrittive alla concorrenza. Un modo di limitare sensibilmente tale impatto, secondo il documento, sarebbe quello di rafforzare principalmente nei paesi in via di sviluppo la formulazione ed attuazione di norme dirette alla tutela della libera concorrenza. Per il raggiungimento di questa finalità il documento propone che i paesi sviluppati con più esperienza nella formulazione ed attuazione di questo tipo di normative possano sostenere tecnicamente quelli con meno esperienza. In questo stesso ambito, la maggior preoccupazione espressa nel documento si riferisce al fatto che le condotte restrittive non vengano ad impedire o invalidare il raggiungimento dei benefici risultanti dalla liberalizzazione delle barriere tariffarie e non tariffarie che reggono il commercio mondiale, in particolare quelle che viziano il commercio e la crescita dei paesi in via di sviluppo. Vedi a riguardo il documento UNCTAD TD/390 del 21 settembre 2000.

⁵⁹ *Fourth United Nations Conference to Review all Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*, Ginevra, 25 Settembre 2000.

⁶⁰ TD/RBP/CONF.5/15, del 4 ottobre 2000.

⁶¹ Le riunioni hanno avuto luogo nella città del Panama dal 21 al 23 marzo 2002 (per l'America Latina e Caraibi), a Tunisi dal 28 al 29 marzo 2002 (per l'Africa e per i paesi arabi), a Hong Kong dal 16 al 18 aprile

affermato nella comunicazione inviata dall'UNCTAD al Comitato sul commercio e politica della concorrenza dell'OMC⁶², sono partiti dalle affermazioni contenute nei paragrafi 23 e 24 della Dichiarazione di Doha del 20 novembre 2001 – entrambi relativi all'interazione fra commercio e competenza. In tale prospettiva, si è cercato di dare un minimo di assistenza ai paesi in via di sviluppo e sottosviluppati, nel senso di far loro valutare i probabili effetti di una cooperazione multilaterale più stretta in materia di concorrenza. Nella stessa comunicazione, l'UNCTAD ha richiesto di dare continuità a queste riunioni, tramite un secondo e un terzo ciclo di dibattiti da organizzare durante il secondo semestre del 2002 e il primo semestre del 2003.

Un aspetto di non scarso rilievo, costantemente prospettato quando si parla di queste iniziative dell'UNCTAD, riguarda la sfera di azione della stessa Istituzione e i limiti che ne derivano. L'UNCTAD infatti opera nell'ambito delle Nazioni Unite, con l'effetto di essere vincolato da un processo formale e di doversi limitare ai temi inclusi nel *corpus* sulla base di un piano di lavoro rigido stabilito ogni cinque anni tramite una risoluzione dell'ONU⁶³. Come si può immaginare, in questo modo diventa quasi impossibile all'UNCTAD accompagnare dinamicamente i mutamenti nell'economia mondiale in materia di concorrenza, rendendoli presenti nel *corpus*. A tale difficoltà si aggiunge quella, di non poco conto, che l'ONU, attraverso le sue risoluzioni, può escludere dai dibattiti argomenti ritenuti essenziali per la società internazionale, che tuttavia sono in contrasto con gli interessi di alcuni Stati.

3.4 L'Organizzazione per lo Sviluppo e la Cooperazione Economica (OCSE)

Nell'ambito del nostro studio, oltre all'esperienza avuta nel seno dell'OMC, suscita notevole interesse quella che dalla fine degli anni 60 ha visto protagonista l'Organizzazione per lo Sviluppo e la Cooperazione Economica.

L'OCSE infatti ha svolto studi significativi circa la libera concorrenza e il commercio internazionale, tra i quali in particolare va segnalata l'opera *Competition and*

2002 (per l'Asia e Pacifico) e a Odessa dal 24 al 26 aprile 2002 (paesi del Mar Nero).

⁶² WTO. *Closer Multilateral Cooperation on Competition Policy: The Development Dimension*, WT/WGTCP/W/197, 15 agosto 2002.

⁶³ MONTI, Mario. La dimensione internazionale della politica di concorrenza europea. *Opus cit.*, p. 439.

Trade Policies: Their Interaction, pubblicata nel 1984, nella quale l'OCSE sottolinea la capacità delle pratiche restrittive al commercio di avere significativi effetti sul funzionamento della concorrenza dei mercati internazionali⁶⁴. Nell'ambito di detto documento viene affermato:

*"(...) trade policy measures exercise a significant impact on competition and on markets. This is also the case with the enforcement of laws relating to unfair trade practices. While designed to adjust competitive disequilibria brought about by unfair and injurious import pricing practices, the enforcement of these laws can, in certain circumstances, restrict competition in domestic markets by a raising entry barriers to foreign competitors. In this respect, two fundamental concerns arise for competition policy. The first is whether private firms abuse unfair trade laws by bringing actions to gain leverage over foreign competitors and either control or exclude their presence in domestic markets. Second, the question arises whether the effects on competition of proceedings under laws relating to unfair trade practices are adequately considered, in particular in the measurement of injury to domestic industry and in level of relief granted".*⁶⁵

⁶⁴ "(...) restrictive business practices can have significant effects on the competitive functioning of international markets and are thus of concern to trade policy. It is similarly the case that trade policy measures that result in barriers to international trade can have important detrimental effects on domestic market structures by diminishing competition. For example, a trade policy that permits domestic firms to co-ordinate their exports in a cartel-like manner may weaken competition to the extent that export co-ordination also facilitates co-ordination of domestic sales: On the other hand, trade policy that permits a free flow of imports is likely to cause domestic markets to behave more competitively. Thus, trade policy can either significantly promote or substantially impede the economic goals of competition policy. With national economies being increasingly linked and interdependent, trade liberalisation policies maintain a climate conducive to the effective functioning of competition in national and international markets". In: OECD. *Competition and Trade Policies: Their Interaction*. Paris, 1984, p. 87.

⁶⁵ Continua il documento: "There are certain common elements in competition policy and laws relating to unfair trade practices. Both share the common objective of seeking to remove artificial distortions in markets. But differences emerge in the nature of the interests they seek to protect and in the ways in which standards are applied. The principal goal in competition policy is to preserve and maintain competitive domestic market structures and the efficient allocation of resources by prohibiting practices that restrain competition or impose barriers to new entrants. Emphasis is placed on market performance, costs and scale economies. The principal concern is to protect competition, and not competitors. Competition policy does not seek to protect inefficient competitors against lower prices that are achieved through efficiency, economies of scale, cheap labour or technological expertise, so long as the advantage is fairly attained. Nor, in most countries, does competition policy allow a departure from competitive principles for firms buffeted by recessionary conditions, shrinking markets or technological obsolescences". In: Idem, p. 112 ss.

Sono di grande importanza nel quadro delle attività svolte dall'OCSE le relazioni concernenti l'istituzione di norme bilaterali e multilaterali sulla tutela della concorrenza, sviluppate dal Comitato sul commercio e dal Comitato sul diritto e politica della concorrenza della stessa Organizzazione. Grazie a queste relazioni, il Consiglio dell'OCSE ha potuto emanare diverse raccomandazioni in materia.

Una fra le prime raccomandazioni è stata quella emanata il 15 dicembre 1971⁶⁶, con la quale l'Organizzazione invitava gli Stati membri a prendere delle misure dirette a sorvegliare le condotte commerciali con effetti restrittivi sulla libera concorrenza e i movimenti dei prezzi nei settori chiave delle loro economie che possano trovarsi in contesti monopolistici od oligopolistici, in modo tale da ridurre tramite azioni legali od amministrative le politiche dei prezzi considerate eccessive. La stessa raccomandazione invitava gli Stati membri ad esaminare la possibilità di adozione di misure a lunga scadenza dirette a combattere i movimenti dei prezzi del mercato che siano frutto di politiche restrittive della concorrenza.⁶⁷

Altre due nuove raccomandazioni in materia sono state emanate il 26 aprile⁶⁸ e il 20 luglio 1978⁶⁹. La prima concerne le azioni che gli Stati membri dovrebbero adottare contro

⁶⁶ OECD. *Recommendation of the Council concerning Action against Inflation in the Field of Competition Policy*, C(71)205(Final).

⁶⁷ "The Council (...) recommends to the Governments of Member countries 1) that they should promptly take steps, within the framework of their existing legislation: i) to apply their restrictive business practices legislation with great vigilance against the detrimental effects especially a) of price-fixing and market-sharing agreements, b) of monopolistic and oligopolistic practices affecting prices, and c) of restrictive business practices in the field of patents and patent licensing; ii) to keep under review the price situation in key sectors of their economies which have a monopolistic or oligopolistic structure in order to reduce any excessive prices by administrative or legal means at their disposal; iii) to examine whether the bodies responsible for the enforcement of the restrictive business practices legislation have adequate means at their disposal to carry out the measures outlined in paragraphs i) and ii) above; iv) to strengthen their consumer policies in relation to consumer protection, education and information, where they assist competition to function more effectively; 2) that they should examine the advisability of adopting the following longer-term measures, which may require new legislation: i) stronger action - by means of prohibition or control - against resale price maintenance, recommended prices when they operate with a similar effect to resale price maintenance, and refusal to sell employed in connection with resale price maintenance or with recommended prices; ii) effective actions against the harmful practices of monopolies and oligopolies; iii) effective actions against undesirable mergers and concentrations of enterprises which limit competition unduly; iv) extension of their legislation to cover restrictive business practices in service industries or in those sectors to which it does not apply or does not fully apply, when these exemptions are insufficiently justified having regard to the public interest".

⁶⁸ OECD. *Recommendation of the Council concerning Action against Restrictive Business Practices relating to the Use of Trademarks and Trademark Licences*, C(78)40(Final).

⁶⁹ OECD. *Recommendation of the Council concerning Action against Restrictive Business Practices Affecting International Trade including those involving Multinational Enterprises*, C(78)133(Final).

le pratiche commerciali con effetti restrittivi sulla proprietà intellettuale⁷⁰, mentre la seconda riguarda le misure nei confronti delle pratiche restrittive della concorrenza con effetti sul commercio internazionale, incluse quelle in cui sono coinvolte imprese multinazionali.⁷¹

Il 29 settembre 1979⁷² l'Organizzazione ha emanato un'altra raccomandazione, questa volta sulla politica della concorrenza, con indicazione degli specifici settori che debbono essere regolati e quelli che ne debbono rimanere esenti. In tale documento, gli Stati membri, tramite le loro autorità garanti della concorrenza, venivano invitati a

⁷⁰ "The Council (...) recommends to the Governments of Member countries that they should consider the following actions, if not already considered or provided for in their legislation : a) elimination of restrictions on the importation of a product legitimately marked abroad with a trademark of the same origin, identical or similar to the trademark protected in the importing country, where the purpose of such restrictions is to maintain artificially high prices or is otherwise anticompetitive; b) action in the legislative, administrative or judicial fields prohibiting or, by means of an abuse or rule of reason principle, controlling the following restrictive practices involving the use of trademarks in national or international trade: i) with regard to horizontal market division agreements among competitors: agreements allocating exclusive territories for the sale of trademarked products, where such agreements involve effective or potential competitors; ii) with regard to trademark-related restraints as to sales or resales by licensees: agreements between a trademark owner and his licensees restricting the sale or resale of trademarked products to specified territories or customers; iii) with regard to tying arrangements: arrangements tying the granting or continuance of a trademark licence to the purchase of products or services by the licensee from the licensor or his designated sources, unless such tied products or services are essential to maintaining the identity and quality of the trademarked products or services and are not susceptible to specification due to technical reasons or to considerations of trade secrecy; iv) with regard to price maintenance involving licensees or distributors: agreements between trademark owners and their licensees or distributors under which sale or resale prices among competing sellers of trademarked products are fixed".

⁷¹ "The Council, recommends the Governments of Member countries to consider the following action: 1) to adopt new or supplement existing measures on restrictive business practices so as to prohibit or control effectively such practices, particularly: a) actions adversely affecting competition in the relevant market by abusing a dominant position of market power by means of, for example, anti-competitive acquisitions; predatory behaviour toward competitors; unreasonable refusal to deal; anti-competitive abuse of industrial property rights; discriminatory (i.e. unreasonably differentiated) pricing and using such pricing transactions between affiliated enterprises as a means of affecting adversely competition outside these enterprises; b) cartels or other restrictive agreements which without justification adversely affect or eliminate competition; 2) to develop, consistent with established rules of international law and taking international comity into account, appropriate national rules to facilitate investigation and discovery by their respective competition authorities of relevant information within the control of an enterprise under investigation, where such information is located outside their respective national territories and when it is not contrary to the law or established policies of the country where the information is located; 3. to allow, subject to appropriate safeguards, including those relating to confidentiality, the disclosure of information to the competent authorities of Member countries by the other parties concerned, whether accomplished unilaterally or in the context of bilateral or multilateral understandings, unless such co-operation or disclosure would be contrary to significant national interests; 4) to facilitate, through conclusion of or adherence to bilateral or multilateral agreements or understandings, mutual administrative or judicial aid in the field of restrictive business practices; 5) whilst vigorously enforcing their legislation on restrictive business practices, to make use as far as possible of the OECD procedures on co-operation between Member countries in the field of restrictive business practices affecting international trade so as to facilitate consultation and resolution of problems".

⁷² OECD. Recommendation of the Council on Competition Policy and Exempted or Regulated Sectors, C(79)155(Final).

procedere ad una revisione generale delle loro normative dirette a disciplinare l'esenzione di condotte abusive nell'ambito della concorrenza, con particolare riguardo ai presupposti economici, politici e giuridici che fondano tali normative e la loro attuale attendibilità.⁷³

Con la raccomandazione emanata il 23 ottobre 1986⁷⁴, il Consiglio dell'OCSE ha manifestato la sua preoccupazione circa gli effetti dei possibili conflitti fra politiche nazionali di concorrenza e commercio nell'ambito della cooperazione fra Stati membri. In tale quadro, la prima parte della raccomandazione è dedicata alle principali politiche di rafforzamento della concorrenza nei mercati nazionale ed internazionale, invitando gli Stati membri a rivedere le misure che abbiano degli effetti sulla concorrenza⁷⁵. La seconda

⁷³ "The Council (...) recommends to the Governments of Member countries: 1) to undertake, with the participation of competition authorities, reviews of regulatory regimes and of exemptions from restrictive business practices laws to consider: a) whether the initial reasons or circumstances which gave rise to regulations, or to particular aspects thereof, remain valid under contemporary conditions; b) the extent to which those regulatory regimes or particular aspects thereof have achieved their objectives, and the true social, economic and administrative costs, as compared to benefits, of achieving those objectives by means of regulation; c) whether the same objectives could in fact be achieved under contemporary conditions by the operation of competition subject to control under restrictive business practices laws, or by forms of government intervention which restrict competition to a lesser degree; 2. in undertaking the reviews mentioned in paragraph 1 above, to take into account the experience of other countries in which specific policies regarding regulated sectors have been achieved with a reduction in the extent of regulation or with a more extensive application of competition policies and competition laws; 3. where the reviews mentioned in paragraph 1 indicate that regulation remains desirable to achieve public policies or where public enterprises are involved, to consider whether increased competition and increased application of restrictive business practices laws, consistent with the objectives of regulatory policy, would be useful in alleviating the adverse effects which may result from extensive regulation. More specifically, they should a) reconcile, as far as possible, existing regulatory schemes with their competition policy and restrictive business practices laws; b) ensure that express or implied exemptions from restrictive business practices statutes are no broader than necessary to achieve the public interest objectives of the regulatory schemes; c) exempt from the operation of competition laws only those restrictive activities of enterprises in regulated industries which are required or expressly approved by the competent authorities as desirable or necessary to achieve the purposes of the regulatory scheme; 4. to grant competition authorities appropriate powers to challenge abusive practices, including unfair discriminations and refusals to deal, by monopolies or cartels approved by the competent authorities particularly where such behaviour is beyond the purposes for which the regulatory scheme was enacted; 5. to make efforts to detect non-filed or unapproved agreements which, although lawful if notified to or approved by the competent authorities, have not been so notified and approved; and to treat such agreements under appropriate restrictive business practices standards; 6. to provide adequate means of consultation and co-ordination of action between regulatory authorities and competition authorities so as to enable the latter to have a positive impact on the formulation and implementation of regulatory schemes and policies regarding issues".

⁷⁴ OECD. Recommendation of the Council for Co-operation between Member Countries in Areas of Potential Conflict, C(86)65(Final).

⁷⁵ "The Council recommends to the Governments of Member countries (...) 1. Member governments should undertake, on the basis of the attached checklist, as systematic and comprehensive an evaluation as possible of proposed trade and trade-related measures as well as of existing measures when the latter are subject to review; 2. In the course of negotiations or discussions concerning export limitation arrangements, governments should take into account the interests of their trading partners and give consideration to the effects of such arrangements on competition in the markets concerned, as well as to the applicability of competition laws; 3. They should respond as positively as possible to requests for consultations by other Member countries which express concern about the impact on competition in their

parte, invece, invita gli Stati membri a creare un sistema di consultazioni basato su accordi procedurali, attraverso il quale si possano evitare o perlomeno minimizzare i conflitti fra commercio e politiche della concorrenza⁷⁶. Nell'ambito della stessa raccomandazione, veniva indicato al Comitato di esperti sulle pratiche restrittive della concorrenza di lavorare in stretta cooperazione con il Comitato di commercio nell'esame periodico dell'implementazione della raccomandazione, e a riportare al Consiglio le informazioni sull'implementazione stessa. Lo stesso doveva accadere per tutte le materie relative a questioni di politica commerciale.

Nel 1995 è stata emanata un'altra raccomandazione, nella quale viene rivista la cooperazione fra gli Stati membri circa le pratiche commerciali con effetti restrittivi sul

markets of measures referred to in paragraphs 1 and 2 above; 4. Because of the potential effects on competition, governments, when supplying or purchasing goods or services or granting subsidies to enterprises, whether privately owned or under government control, should make these practices and policies as transparent as possible; 5. Care should be exercised that proceedings under laws dealing with unfair trade practices, especially proceedings initiated by enterprises, are not misused for anti-competitive purposes; b) Application of competition laws to restrictive practices by enterprises affecting international trade; 6. When considering action to apply or otherwise exempt export cartels, export limitation arrangements or import cartels from the application of their competition laws, governments should, as far as possible, within existing national laws, take into account the impact of such practices on competition in domestic and foreign markets. Member countries which have not yet done so should consider the possibility of requiring the notification of export cartels, export limitation arrangements and import cartels to competition authorities or similar procedures to obtain more information about the nature and extent of these practices; 7. While recognising that policies designed to allow interfirm co-operation in export trade can stimulate trade flows, governments in general should not encourage the exercise of market power in foreign markets through the use of export cartels. Nor should they encourage other restrictive business practices in export or import markets, e.g., export limitation arrangements and import cartels, which restrain competition in these markets; 8. The government of the country where such cartels or export arrangements exist, should, without prejudice to each government's full freedom of action and according to the procedures of the Revised Council Recommendation concerning Co-operation between Member Countries on Restrictive Business Practices Affecting International Trade, be ready to co-operate within existing national laws with the authorities of other countries in any investigation into possible anti-competitive effects of arrangements located in their countries, recognising the jurisdictional difficulties that sometimes arise when information is sought from abroad or where the parties to a restrictive agreement are located abroad; 9. When assessing restrictive business practices of enterprises within relevant markets, the role of imports and the existence of trade barriers should be taken into account".

⁷⁶ "a) At the national level 10. Governments should seek to ensure that competition policy considerations are taken into account in the formulation and implementation of trade policies, including laws dealing with unfair trade practices; b) At the international level 11. Where a Member country considers that the implementation of a trade measure by another Member country of which it has notice from any source would or may significantly affect the application of its competition laws or policies, the Government of the first mentioned Member country may communicate its concerns to the Government of the other Member country; 12. Where a Member country implements or proposes to implement a trade measure which may lead to the application of competition laws in or by another Member country, the first mentioned Member country may notify the other Member country; 13. Member countries should respond as positively as possible to requests they may receive for consultations in relation to such measures and their implications for their competition laws or policies, without prejudice to each government's full freedom of action; 14. Where the governments of the Member countries concerned agree, the consultations could be a matter for

commercio internazionale⁷⁷. Tale raccomandazione, nel suo preambolo, si riferisce in modo esplicito alle difficoltà di implementare una strategia comune nell'ambito internazionale in materia della concorrenza e alla necessità che siano elaborate delle norme multilaterali dirette a combattere le condotte restrittive, viste come un ostacolo al commercio fra gli Stati e alla crescita della economia mondiale⁷⁸. Nella prima parte del documento veniva esteso agli Stati membri l'invito ad accogliere la proposta di procedura di notificazione e interscambio di informazioni sulle inchieste riguardanti la concorrenza, così come ad intraprendere le azioni coordinate in materia previste nell'ambito della medesima raccomandazione⁷⁹. La seconda parte, invece, invitava gli Stati membri a

report and discussion within the Committee of Experts on Restrictive Business Practices, in close co-operation with the Trade Committee".

⁷⁷ OECD. *Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation between member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade*, C(95)130/Final.

⁷⁸ "The Council, Having regard to Article 5 b) of the Convention on the Organization for Economic Co-operation and Development of 14th December 1960; Having regard to the fact that international co-operation among OECD countries in the control of anticompetitive practices affecting international trade has long existed, based on successive Recommendations of the Council (...) Having regard to the recommendations made in the study of transnational mergers and merger control procedures prepared for the Committee on Competition Law and Policy; Recognising that anticompetitive practices may constitute an obstacle to the achievement of economic growth, trade expansion and other economic goals of Member countries; Recognising that the continued growth in internationalisation of business activities correspondingly increases the likelihood that anticompetitive practices in one country or co-ordinated behaviour of firms located in different countries may adversely affect the interests of Member countries and also increases the number of transnational mergers that are subject to the merger control laws of more than one Member country; Recognising that the unilateral application of national legislation, in cases where business operations in other countries are involved, raises questions as to the respective spheres of sovereignty of the countries concerned; Recognising the need for Member countries to give effect to the principles of international law and comity and to use moderation and self-restraint in the interest of co-operation on the field of anticompetitive practices; Recognising that anticompetitive practices investigations and proceedings by one Member country may, in certain cases, affect important interests of other Member countries; Considering therefore that Member countries should co-operate in the implementation of their respective national legislation in order to combat the harmful effects of anticompetitive practices; Considering also that closer co-operation between Member countries is needed to deal effectively with anticompetitive practices operated by enterprises situated in Member countries when they affect the interests of one or more other Member countries and have a harmful effect on international trade; Considering moreover that closer co-operation between Member countries in the form of notification, exchange of information, co-ordination of action, consultation and conciliation, on a fully voluntary basis, should be encouraged, it being understood that such co-operation should not, in any way be construed to affect the legal positions of Member countries with regard to questions of sovereignty, and in particular, the extra-territorial application of laws concerning anticompetitive practices, as may arise; Recognising the desirability of setting forth procedures by which the Competition Law and Policy Committee can act as a forum for exchanges of views, consultations and conciliation on matters related to anticompetitive practices affecting international trade (...)"

⁷⁹ "1. When a Member country undertakes under its competition laws an investigation or proceeding which may affect important interests of another Member country or countries, it should notify such Member country or countries, if possible in advance, and, in any event, at a time that would facilitate comments or consultations; such advance notification would enable the proceeding Member country, while retaining full freedom of ultimate decision, to take account of such views as the other Member country may wish to express and of such remedial action as the other Member country may find it feasible to take under its own

seguire la procedura di consultazione e conciliazione prevista dalla raccomandazione stessa⁸⁰. La raccomandazione, inoltre, richiedeva al Comitato su diritto e politiche della concorrenza di esaminare periodicamente i progressi nell'implementazione della Raccomandazione stessa; a servire periodicamente come *forum* per discussioni in materie, principalmente per quel che riguarda la condotta individuale delle imprese o dei governi; ad analizzare le relazioni inviate dagli Stati membri; a considerare le richieste di conciliazione sottoposte dagli Stati membri e a dare assistenza, tramite consigli o con qualsiasi altro mezzo, per la risoluzione dei conflitti in materia fra gli Stati membri coinvolti; infine, a tenere il Consiglio informato sull'attuazione della stessa

laws, to deal with the anticompetitive practices; 2. Where two or more Member countries proceed against an anticompetitive practice in international trade, they should endeavour to co-ordinate their action insofar as appropriate and practicable; 3. Through consultations or otherwise, the Member countries should co-operate in developing or applying mutually satisfactory and beneficial measures for dealing with anticompetitive practices in international trade. In this connection, they should supply each other with such relevant information on anticompetitive practices as their legitimate interests permit them to disclose; and should allow, subject to appropriate safeguards, including those relating to confidentiality, the disclosure of information to the competent authorities of Member countries by the other parties concerned, whether accomplished unilaterally or in the context of bilateral or multilateral understandings, unless such co-operation or disclosure would be contrary to significant national interests".

⁸⁰ "4. a) A Member country which considers that an investigation or proceeding being conducted by another Member country under its competition laws may affect its important interests should transmit its views on the matter to or request consultation with the other Member country; b) Without prejudice to the continuation of its action under its competition law and to its full freedom of ultimate decision the Member country so addressed should give full and sympathetic consideration to the views expressed by the requesting country, and in particular to any suggestions as to alternative means of fulfilling the needs or objectives of the competition investigation or proceeding; 5. a) A Member country which considers that one or more enterprises situated in one or more other Member countries are or have been engaged in anticompetitive practices of whatever origin that are substantially and adversely affecting its interests, may request consultation with such other Member country or countries recognising that entering into such consultations is without prejudice to any action under its competition law and to the full freedom of ultimate decision of the Member countries concerned; b) Any Member country so addressed should give full and sympathetic consideration to such views and factual materials as may be provided by the requesting country and, in particular, to the nature of the anticompetitive practices in question, the enterprises involved and the alleged harmful effects on the interests of the requesting country; c) The Member country addressed which agrees that enterprises situated in its territory are engaged in anticompetitive practices harmful to the interests of the requesting country should attempt to ensure that these enterprises take remedial action, or should itself take whatever remedial action it considers appropriate, including actions under its legislation on anticompetitive practices or administrative measures, on a voluntary basis and considering its legitimate interests; 6. Without prejudice to any of their rights, the Member countries involved in consultations under paragraphs 4 and 5 above should endeavour to find a mutually acceptable solution in the light of the respective interests involved; 7. In the event of a satisfactory conclusion to the consultations under paragraphs 4 and 5 above, the requesting country, in agreement with, and in the form accepted by, the Member country or countries addressed, should inform the Competition Law and Policy Committee of the nature of the anticompetitive practices in question and of the settlement reached; 8. In the event that no satisfactory conclusion can be reached, the Member countries concerned, if they so agree, should consider having recourse to the good offices of the Competition Law and Policy Committee with a view to conciliation. If the Member countries concerned agree to the use of another means of settlement, they should, if they consider it appropriate, inform the Committee of such features of the settlement as they feel they can disclose".

Raccomandazione. Lo stesso documento contiene un'appendice nella quale vengono elencati principi per le procedure di notifica, scambio d'informazione, cooperazione in inchieste, consultazioni e conciliazioni nei casi di condotte in cui siano rilevati effetti restrittivi al commercio internazionale⁸¹. Trattasi più che altro di un utile strumento di lavoro per gli organi nazionali incaricati di seguire la dimensione internazionale della tutela della libera concorrenza.

Il 13 maggio 1998⁸² il Consiglio emanava una prima ed importantissima raccomandazione avente ad oggetto i cartelli, nella quale si invitavano gli Stati membri a prendere delle misure effettive contro gli accordi stabiliti fra imprese allo scopo di restringere la concorrenza. Secondo quanto viene affermato nell'ambito di tale documento, i cartelli sono violazioni alle normative *antitrust* e pregiudicano i consumatori in diversi paesi, aumentando prezzi e restringendo l'offerta, facendo in modo che i beni e i servizi diventino completamente indisponibili per alcuni compratori ed eccessivamente cari per altri, causando distorsioni nel commercio mondiale e creando posizione dominante, e inefficienza. La prima parte del documento evidenzia la necessità di una convergenza fra le norme degli Stati membri dirette a proibire i cartelli e soprattutto dell'effettiva attuazione⁸³ di tali norme. La seconda parte della raccomandazione concerne la cooperazione internazionale e il principio della *comitas gentium*⁸⁴, e richiede l'istituzione ed attuazione

⁸¹ *Guiding principles for notifications, exchanges of information, co-operation in investigations and proceedings, consultations and conciliation of anticompetitive practices affecting international trade.*

⁸² OECD. *Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, C(98)35(Final).

⁸³ "1. Member countries should ensure that their competition laws effectively halt and deter hard core cartels. In particular, their laws should provide for: a) effective sanctions, of a kind and at a level adequate to deter firms and individuals from participating in such cartels; and b) enforcement procedures and institutions with powers adequate to detect and remedy hard core cartels, including powers to obtain documents and information and to impose penalties for non-compliance. 2. For purposes of this Recommendation: a) a "hard core cartel" is an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce; b) the hard core cartel category does not include agreements, concerted practices, or arrangements that (i) are reasonably related to the lawful realisation of cost-reducing or output-enhancing efficiencies, (ii) are excluded directly or indirectly from the coverage of a Member country's own laws, or (iii) are authorised in accordance with those laws. However, all exclusions and authorisations of what would otherwise be hard core cartels should be transparent and should be reviewed periodically to assess whether they are both necessary and no broader than necessary to achieve their overriding policy objectives. After the issuance of this Recommendation, Members should provide the Organisation annual notice of any new or extended exclusion or category of authorisation".

⁸⁴ Secondo quanto insegna Mario Monti, il principio di *Comitas gentium* o di cortesia, può essere svolto in modo attivo o passivo: "La cortesia attiva prevede che una parte di un accordo di cooperazione possa richiedere all'altra di dare esecuzione a una norma. Il caso tipico è quello di una o più imprese sospettate di condotta anticoncorrenziale che si trovano, o il cui comportamento si tiene, in un punto chiaramente

delle normative di repressione dei cartelli⁸⁵. In quest'ambito, il Consiglio ha previsto che il Comitato su diritto e politica della concorrenza crei un archivio con le esclusioni ed autorizzazioni notificate all'Organizzazione, che servirà, su richiesta dello Stato membro coinvolto, come *forum* per le consultazioni sull'attuazione della Raccomandazione. Ha chiesto inoltre che il Comitato proceda alla valutazione dell'attività svolta dagli Stati membri nell'attuazione della Raccomandazione, dando comunicazione al Consiglio ogni due anni circa ogni ulteriore azione intrapresa per rafforzare la cooperazione nell'ambito della repressione dei cartelli.

L'ultimo documento pubblicato dal Consiglio dell'OCSE per quanto ci riguarda è stato il progetto di raccomandazione concernente la separazione strutturale nell'ambito delle industrie regolamentate⁸⁶. In questo documento viene affermato che nel caso in cui

lontano dalla giurisdizione richiedente, mentre gli effetti si avvertono decisamente all'interno della giurisdizione richiedente. Se si dà seguito a tale richiesta, normalmente l'autorità richiedente si astiene dall'intraprendere in proprio iniziative per l'esecuzione della norma, in attesa del risultato delle indagini condotte dall'autorità che ha ricevuto la richiesta. La cortesia attiva o tradizionale prevede che una parte prenda in considerazione tutti i fattori pertinenti importanti dell'altra parte. In altre parole, l'autorità della giurisdizione che adotta una misura terrà conto del punto di vista della giurisdizione terza". In: MONTI, Mario. La dimensione internazionale della politica di concorrenza europea. *Opus cit.*, p. 432.

⁸⁵ "1. Member countries have a common interest in preventing hard core cartels and should co-operate with each other in enforcing their laws against such cartels. In this connection, they should seek ways in which co-operation might be improved by positive comity principles applicable to requests that another country remedy anticompetitive conduct that adversely affects both countries, and should conduct their own enforcement activities in accordance with principles of comity when they affect other countries' important interests. 2. Co-operation between or among Member countries in dealing with hard core cartels should take into account the following principles: a) the common interest in preventing hard core cartels generally warrants co-operation to the extent that such co-operation would be consistent with a requested country's laws, regulations, and important interests; b) to the extent consistent with their own laws, regulations, and important interests, and subject to effective safeguards to protect commercially sensitive and other confidential information, Member countries' mutual interest in preventing hard core cartels warrants co-operation that might include sharing documents and information in their possession with foreign competition authorities and gathering documents and information on behalf of foreign competition authorities on a voluntary basis and when necessary through use of compulsory process; c) a Member country may decline to comply with a request for assistance, or limit or condition its co-operation on the ground that it considers compliance with the request to be not in accordance with its laws or regulations or to be inconsistent with its important interests or on any other grounds, including its competition authority's resource constraints or the absence of a mutual interest in the investigation or proceeding in question; d) Member countries should agree to engage in consultations over issues relating to cooperation. In order to establish a framework for their co-operation in dealing with hard core cartels, Member countries are encouraged to consider entering into bilateral or multilateral agreements or other instruments consistent with these principles. 3. Member countries are encouraged to review all obstacles to their effective co-operation in the enforcement of laws against hard core cartels and to consider actions, including national legislation and/or bilateral or multilateral agreements or other instruments, by which they could eliminate or reduce those obstacles in a manner consistent with their important interests. 4. The co-operation contemplated by this Recommendation is without prejudice to any other cooperation that may occur in accordance with prior Recommendations of the Council, pursuant to any applicable bilateral or multilateral agreements to which Member countries may be parties, or otherwise".

⁸⁶ Draft Council Recommendation Concerning Structural Separation in Regulated Industries, C(2001)78.

un'azienda regolata operi o possa in futuro operare contemporaneamente in un'attività restrittiva della concorrenza ed in un'attività complementare potenzialmente competitiva, i Paesi membri dovrebbero attentamente bilanciare costi e benefici di provvedimenti strutturali rispetto a benefici e costi di provvedimenti comportamentali. In tale prospettiva, i benefici e i costi da bilanciare includono gli effetti sulla competizione, gli effetti sulla qualità e sul costo del regolamento, i costi di transizione delle modifiche strutturali e i benefici economici e pubblici della integrazione verticale, basati sulle caratteristiche economiche dell'industria del paese sotto esame. I benefici e i costi da bilanciare dovrebbero essere quelli riconosciuti dall'intervento rilevante, incluso quello dell'autorità della concorrenza, basato su principi definiti dal paese membro. Questa operazione, secondo il giudizio del Consiglio, appare opportuna specialmente in un contesto di privatizzazione, liberalizzazione o di riforma della disciplina interessata⁸⁷. Nella stessa prospettiva, il Comitato su Diritto e Politica della Concorrenza doveva servire, su richiesta dello Stato membro interessato, come *forum* per la consultazione sulla futura applicazione della raccomandazione. Viene previsto inoltre un meccanismo di costante valutazione dell'esperienza fatta dagli Stati membri per l'implementazione della futura raccomandazione, che si concretizzerebbe in forma di relazione da inviarsi al Consiglio.

⁸⁷ "The Council recommends as follows to Governments of Member countries: 1. When faced with a situation in which a regulated firm is or may in the future be operating simultaneously in a non-competitive activity and a potentially competitive complementary activity, Member countries should carefully balance the benefits and costs of structural measures against the benefits and costs of behavioural measures. The benefits and costs to be balanced include the effects on competition, effects on the quality and cost of regulation, the transition costs of structural modifications and the economic and public benefits of vertical integration, based on the economic characteristics of the industry in the country under review. The benefits and costs to be balanced should be those recognised by the relevant agency(ies) including the competition authority, based on principles defined by the member country. This balancing should occur especially in the context of privatisation, liberalisation or regulatory reform. 2. For the purposes of this Recommendation: (a) a "firm" includes a legal entity or a group of legal entities where the degree of interlinkages (such as shareholding) among the entities in the group is sufficient for these entities to be considered as a single entity for the purposes of national laws controlling economic concentrations; (b) a "regulated firm" is a firm, whether privately or publicly owned, which is subject to economic regulation intended to constrain the exercise of market power by that firm; (c) a "non-competitive activity" is an economic market, defined according to generally accepted competition principles, in which, as a result of regulation or underlying properties of demand and supply in the market, one firm in the market has substantial and enduring market power; (d) a "competitive activity" is an economic market, defined according to generally accepted competition principles, in which the interaction among actual and potential suppliers would act to effectively limit the market power of any one supplier; (e) "complementary" is used in the broad sense to include products (and services) that enhance each other. Products that are complementary to the regulated firm's non-competitive activity therefore include (1) products bought by the firm from (upstream) suppliers, (2) products sold by the firm to (downstream) customers, and (3) other products used in conjunction with the firm's non-competitive product, and where competitors' success in providing such products depends on their or their customers' ability to obtain access to the non-competitive product".

Uno degli elementi più lodevoli della politica dell'OCSE in materia di tutela della concorrenza nel commercio internazionale, è l'apertura della discussione ad altri Stati importanti nel contesto internazionale ma non appartenenti ai suoi quadri. Da un lato, si tratta di un'importante modo di globalizzare il dibattito e di cercare di armonizzare le iniziative statali in materia. D'altro lato, come osserva Mario Monti⁸⁸, anche se l'OCSE tenta questa globalizzazione, coinvolgendo nei suoi lavori una cerchia più ampia di paesi, il mandato e gli scopi di questa organizzazione internazionale non possono cambiare radicalmente e non consentiranno di farne un *forum* nel quale le autorità in materia di concorrenza dei paesi sviluppati e in via di sviluppo possano discutere delle sfide che la globalizzazione lancia alle politiche e all'applicazione delle regole della concorrenza a livello nazionale.

* * *

Come è stato possibile osservare nel corso di questo titolo, molte sono oggi le iniziative a livello globale dirette a creare meccanismi di tutela della concorrenza.

Spesso tuttavia queste iniziative vengono bloccate da alcuni Stati in relazione a loro interessi più o meno strategici; ciò è chiaro indice che in pieno secolo XXI il mondo delle relazioni internazionali non riesce ancora a mettersi d'accordo su un argomento così importante per lo sviluppo sia dei paesi industrializzati sia per quelli in via di industrializzazione.

Nell'impossibilità, allo stato, di disegnare un *corpus iuris* vincolante in materia di concorrenza internazionale, occorre in ogni caso dare continuità al processo di rafforzamento della cooperazione fra gli organi nazionali incaricati di tutelare la libera concorrenza. In quest'ambito, un elemento di traino può essere costituito non solo dalla comunicazione fatta dalla Comunità europea nel 1996, ma anche da quelle operate da altri

⁸⁸ MONTI, Mario. La dimensione internazionale della politica di concorrenza europea. *Opus cit.*, p. 439

enti come, ad esempio, l'*International Competition Policy Advisory Committee* (ICPAC)⁸⁹. In una importante raccomandazione emanata nel febbraio 2001⁹⁰, l'ICPAC ha invitato gli Stati ad esplorare spazi di collaborazione per creare una struttura nuova nella quale si potessero incontrare i rappresentanti dei governi, le imprese private, le organizzazioni non governative e altri soggetti interessati per scambiare idee e collaborare nella ricerca di soluzioni comuni per il diritto della concorrenza e i problemi politici connessi.⁹¹

Occorre inoltre dare continuità alla proposta di creazione di un *forum* internazionale sulla concorrenza, proposta che ha avuto un primo risultato con l'incontro fra autorità nazionali a Ditchley Park, in Gran Bretagna nel febbraio 2001⁹², riunitesi per riflettere su

⁸⁹ Idem, p. 438.

⁹⁰ Vedi il testo della Raccomandazione.

⁹¹ Già esiste un'iniziativa in questo senso, nata nel novembre 2001, quando le autorità garanti degli Stati Uniti, del Canada, dell'Unione europea e di diversi altri paesi si sono riunite a New York per annunciare la costituzione della *International Competition Network* (ICN). In questo senso, secondo quanto affermato nella *home-page* dell'Organizzazione: "*The International Competition Network (ICN) will seek to provide antitrust authorities with a specialized yet informal venue for maintaining regular contacts and addressing practical competition issues. The focus will be on improving world-wide cooperation and on enhancing convergence through focussed dialogue. The ICN is unique. It is first and foremost a competition authority forum supported by participating authorities themselves. It is the only international body devoted exclusively to competition law enforcement. Membership is voluntary and open to any national or multinational competition authority entrusted with the enforcement of antitrust laws. The ICN will not exercise any rule-making function. The initiative is project-oriented. Annual conferences and meetings will provide opportunities to discuss these projects and their implications for enforcement. Annual conferences will bring together leaders of antitrust agencies to commission new projects and review the progress and recommendations of current projects. At the first annual conference, to be held in Italy, next year (date and place to be confirmed), ICN participants will initiate discussions to define specific projects. The initial ICN projects are: (1) the merger control process in the multi-jurisdictional context and, (2) the advocacy role and activities of competition authorities where a particular effort will be made to focus on the concerns of countries with new competition law regimes. The ICN will generate recommendations on best practices and it will be left to the individual antitrust agencies to decide whether and how to implement the recommendations, through unilateral, bilateral or multilateral arrangements, as appropriate. Each authority participating in the ICN will be responsible for its own expenses. Nonetheless, the ICN is committed to making every effort to identify funds to allow all interested competition agencies to fully participate. The ICN will also cooperate closely and seek input from existing international organisations (e.g. OECD, WTO, UNCTAD), associations and practitioners of antitrust law and/or economics, industry and consumer associations and members of the academic community. Participation of such non-governmental advisors will undoubtedly enrich considerably the quality of ICN's discussions and work products". Documento disponibile su internet il 28 settembre 2002, sito <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about.html>.*

⁹² "Il forum abbraccerebbe temi importanti per i paesi in via di sviluppo e per le autorità di concorrenza di più recente creazione, fra cui l'integrazione della dimensione dello sviluppo nella politica di concorrenza e la disseminazione delle conoscenze e delle competenze, soprattutto dalle autorità di applicazione 'esperte' verso le autorità antitrust 'emergenti'. Questo forum non dovrebbe diventare una nuova istituzione internazionale, la sua infrastruttura permanente dovrebbe essere mantenuta al minimo e realizzata essenzialmente con il contributo degli stessi partecipanti. Se da una parte si tratterebbe soprattutto di un punto d'incontro per le autorità di concorrenza, esso dovrebbe servire anche a istituire una stretta collaborazione con tutte le parti interessate, siano esse pubbliche (per esempio le altre organizzazioni internazionali) o private (per esempio, entità del mondo degli affari, delle professioni, dei consumatori e dell'università e ricerca). Il forum non va inteso come un'alternativa al quadro giuridico multilaterale

come progettare un ampio *forum* di discussione e dibattiti sulla concorrenza globale.

L'Organizzazione Mondiale del Commercio ha un ruolo cruciale nel dibattito e nell'implementazione di politiche in materie. Sotto tale profilo, è impossibile pensare di portare avanti la globalizzazione e la liberalizzazione del commercio internazionale senza regole precise sulla tutela della concorrenza; il dilemma della globalizzazione, che bussava ogni giorno di più alla nostra porta, richiede ai governi e ai popoli delle risposte concrete su questo tema. In questa prospettiva, gli Stati devono prepararsi a rispondere a domande cruciali per il futuro della società internazionale e a fare scelte di massima importanza: a seconda dell'opzione che sarà scelta, sarà necessario vedere se saranno davvero in grado di contenere il potere privato mondiale senza abusare del potere pubblico⁹³, oppure se potranno rinunciare a un governo globale della concorrenza sulle grandi imprese mondiali senza che a questo consegua un eccesso di potere nelle mani di pochi soggetti privati.

^

dell'OMC, ma come un suo complemento". In: MONTI, Mario. La dimensione internazionale della politica di concorrenza europea. *Opus cit.*, p. 438.

⁹³ FOX, Eleanor. Dopo Chicago, dopo Seattle e il dilemma della Globalizzazione. *Mercato Concorrenza Regole*, n.° 1 (2001), p. 65.

CAPITOLO QUARTO

L'extraterritorialità delle norme *antitrust* e gli accordi bilaterali in materia



4.1 L'extraterritorialità delle norme *antitrust* statunitensi

Molto prima dell'avvento delle tendenze più recenti alla globalizzazione, il governo degli Stati Uniti aveva già cercato di utilizzare le norme *antitrust* per proteggere le imprese nazionali contro le pratiche restrittive straniere. In questa prospettiva, come afferma Randolph Tritell⁹⁴, alcune delle prime decisioni emanate fecero propria una visione molto ampia della giurisdizione degli USA sulle condotte poste in essere al di fuori del territorio statunitense con effetti restrittivi sul commercio degli Stati Uniti. Di particolare rilievo nella storia dell'idea di extraterritorialità delle norme *antitrust* americane⁹⁵ sono le affermazioni contenute nelle sentenze *American Banana*⁹⁶, *Sisal Sales*⁹⁷, *Aluminum Co. of America*⁹⁸, *Timberlane*⁹⁹, *Mannington Mills*¹⁰⁰, e *Laker Airways*¹⁰¹.

⁹⁴ TRITELL, Randolph. *Opus cit.*

⁹⁵ Per un quadro complessivo della questione v. CARVALHO, Leonardo A. *Direito Antitrust e Relações Internacionais. Extraterritorialidade e Cooperação*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 95 ss.

⁹⁶ *Supreme Court of the United States*, causa *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 US 347 (1909). Phillip Areeda e Louis Kaplow osservano a tale riguardo: "In *American Banana*, the plaintiff complained of allegedly predatory acts in Central America by defendant, with injury to the plaintiff, and which thereby preserved defendant's domination of banana exports to the United States, the home country of both corporations. The Court said, through Justice Holmes, that 'the general and almost universal rule is that the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done'. The courts subsequently retreated from *American Banana* – first by distinguishing it and emphasizing actions in the United States, even where the crucial conduct occurred abroad, and then by rejecting it and emphasizing effects upon the United States". In: AREEDA, Philip et KAPLOW, Louis. *Antitrust Analysis. Problems, Text, Cases*. Boston: Little, Brown & C., 1997, p. 140.

⁹⁷ *Supreme Court of the United States*, causa *United States v. Sisal Sales Corp.*, 274 US 268 (1927).

⁹⁸ *United States Court of Appeals*, causa *United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)*, 148 F. 2d 416, 440-445 (2d Cir. 1945). Areeda e Kaplow osservano a tale riguardo: "In *Alcoa*, a Canadian corporation was held in violation of Sherman Act § 1 for its agreement with European aluminum producers to stay out of the United States market. Judge Learned Hand there said that a 'state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends,' at least where those effects were intended. The Supreme Court has cited *Alcoa* with approval and has itself described the antitrust precedents as disowning *American Banana*

Durante gli anni '60 e '70, l'applicazione della legislazione statunitense contro le pratiche anticoncorrenziali, come ad esempio un supposto cartello dell'uranio, suscitarono forti contrasti con vari paesi, che sostenevano che l'applicazione "extraterritoriale" delle norme travalicava la finalità legittima della giurisdizione degli Stati Uniti, e diveniva una violazione della loro sovranità. Alcuni paesi emanarono leggi che rendevano per i loro cittadini assai difficoltosa, o addirittura illegale, la cooperazione alle inchieste *antitrust* degli Stati Uniti.¹⁰²

Nel 1982, il Congresso degli Stati Uniti approvava la *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*¹⁰³, normativa diretta a limitare la giurisdizione *antitrust* degli USA a

when 'the activities of the defendants had an impact within the United States and upon its foreign trade'". In: AREEDA, Philip et KAPLOW, Louis. *Opus cit.*, p. 140.

⁹⁹ *United States Court of Appeals, causa Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F. 2d 597, 608 (9th Cir. 1977). Vedi sul tema il commento di Herbert Hovenkamp: "The leading case detailing the relationship between basic Sherman Act jurisdiction and the concerns of comity is *Timberlane*. A Honduran lumber company, owed money to the Honduran branch of an American bank. The bank placed liens on the company's property and allegedly bribed a Honduran government official to foreclose on the liens, thereby closing down the lumber operation. During the time these transaction were pending, the Honduran lumber company had sold some of the affected property to *Timberlane*, an American company, which lost its interest as a result of the foreclosure. *Timberlane* alleged that the bank and others had used the foreclosure as part of a conspiracy to exclude *Timberlane* from the Honduran lumber market. The effects test for Sherman Act jurisdiction was supposedly met, since the plaintiff alleged that but for the closure it would have entered the Honduran market and shipped lumber into the United States. The story of the *Timberlane* case is important because (1) it is quite far-fetched; (2) it finds an antitrust conspiracy by accusing one or more Honduran officials of misconduct; (3) while misconduct was alleged, the validity of the foreclosed lien was never denied; and (4) the plaintiff was only a potential entrant into the Honduran market to begin with. If the case had been entirely domestic, involving a plaintiff from one state and lumber company and bank in a different state, the complaint would likely have been dismissed, perhaps under the *Noerr-Pennington* doctrine. But the Ninth Circuit used the case to develop an elaborate 'jurisdiction rule of reason' for determining when a court should hear an antitrust case challenging conduct abroad. The test required the court to consider the following three questions: 1. Did the alleged restraint affect, or was it intended to affect, United States foreign commerce? 2. Is the alleged restraint 'of such a type and magnitude so as to be cognizable as a violation of the Sherman Act? 3. Do considerations of international comity counsel against exercising jurisdiction in this case? This question involves consideration of the following factors: a. The degree of conflict with foreign law or policy; b. The nationality or allegiance of the parties, and their place of doing business; c. The extent to which either state could expect compliance with its judicial orders; d. The effects on the various sovereigns involved; e. Whether there was an explicit intent to harm or otherwise affect United States Commerce, and the foreseeability of such an effect; f. The relevant weight to be given to any conduct that occurred inside the United States". In: HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*. St. Paul: West Publishing Co., 1999, p. 755 ss. Vedi inoltre SULLIVAN, Lawrence A. et GRIMES, Warren. *The Law of Antitrust: an Integrated Handbook*. St. Paul: West Publishing Co., 2000, p. 979; BASEDOW, Jürgen. *Lois contre les restrictions de la concurrence. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de l'Haye.* : The Hague: Nijhoff, 1997, t. 264, p. 141. ^

¹⁰⁰ *Causa Mannington Mills v. Congoleum Corp.*, 595 F. 2d 1287, 1297 (1979).

¹⁰¹ *United States Court of Appeals, causa Laker Airways, Inc. v. British Airways, Plc.*, 30 luglio 1999 (11th Cir. 1999).

¹⁰² *Idem, ibidem.*

¹⁰³ U.S. Code, Title 15, Chapter 1, Sec. 6a: "Conduct involving trade or commerce with foreign nations: Sections 1 to 7 of this title shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade

condotte che avessero un effetto "diretto, sostanziale e prevedibile" sul commercio interno statunitense, includendo le esportazioni¹⁰⁴. Nel 1988, il Dipartimento di Giustizia ha limitato la sfera della propria giurisdizione ai casi in cui la condotta anticompetitiva straniera pregiudicava i consumatori americani¹⁰⁵. Un'inversione di tendenza si è verificata tuttavia nel 1992, con l'effetto che oggi gli organi del governo sono liberi di opporsi alle condotte extraterritoriali che abbiano degli effetti dannosi sulle esportazioni degli Stati Uniti, a prescindere dal fatto che da tali condotte consegua o meno un pregiudizio per i consumatori. Un esempio significativo di questo *revirement* è il caso recente nel quale dopo che il Dipartimento di Giustizia aveva promosso un'azione contro un supposto cartello di fabbricanti di carta da fax del Giappone, una corte federale di appello ha legittimato l'utilizzazione, da parte del dipartimento, delle disposizioni dello *Sherman Act* per reprimere casi di condotta anticompetitiva da parte di soggetti stranieri che abbiano degli effetti, in modo diretto e sostanziale, sul commercio degli Stati Uniti.¹⁰⁶

Come è facilmente immaginabile, nel corso degli anni gli Stati Uniti hanno riscontrato innumerevoli ostacoli per applicare le proprie norme *antitrust* in ambito internazionale. Spesso tali problemi sono stati risolti grazie alla cooperazione degli organi nazionali dello Stato nel quale si trovava l'autore dell'illecito. In questa prospettiva, il governo statunitense ha stipulato degli accordi bilaterali con i suoi principali *partners* commerciali. Fino al settembre 2002, erano in vigore accordi di questo genere con la Germania¹⁰⁷, l'Australia¹⁰⁸, la Comunità Europea¹⁰⁹, il Canada¹¹⁰, Israele¹¹¹, il

or import commerce) with foreign nations unless – (1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect – (A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or (B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and (2) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section. If sections 1 to 7 of this title apply to such conduct only because of the operation of paragraph (1)(B), then sections 1 to 7 of this title shall apply to such conduct only for injury to export business in the United States".

¹⁰⁴ Vedi la decisione della Suprema Corte statunitense nel caso *Matsushita Electric Industrial Co., Ltd., et al. v. Zenith Radio Corp., et al.*, 475 US 574 (1986).

¹⁰⁵ Vedi a riguardo il documento *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, pubblicato nel 1995 dal Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti e dalla *Federal Trade Commission*. Disponibile in internet il 18 settembre 2002, site: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/internal.htm>.

¹⁰⁶ TRITELL, Randolph. *Opus cit.*

¹⁰⁷ *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Federal Republic of Germany relating to mutual cooperation regarding restrictive business practices*, firmato il 23 giugno 1976.

¹⁰⁸ *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of Australia relating to cooperation on antitrust matters*, firmato il 29 giugno 1982.

Giappone¹¹², il Brasile¹¹³ e il Messico¹¹⁴.

Tali accordi prevedono una serie di misure quali la cooperazione fra le autorità garanti della concorrenza delle due parti per quel che riguarda le notifiche delle misure intraprese ai fini delle inchieste¹¹⁵, la possibilità che entrambi i governi possano promuovere azione contro individui od organizzazioni all'estero, lo scambio di informazioni relative alle inchieste di entrambe le parti nei limiti in cui tale scambio non contrasti con la normativa interna¹¹⁶, il coordinamento quando entrambe le parti stiano

¹⁰⁹ *Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws*, firmato il 23 settembre 1991.

¹¹⁰ *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of Canada regarding the application of their competition and deceptive marketing practices laws*, firmato nell'agosto 1995.

¹¹¹ *Agreement regarding the application of their competition laws Israel and USA*, firmato il 15 marzo 1999.

¹¹² *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of Japan Concerning Cooperation on Anticompetitive Activities*, firmato il 7 ottobre 1999.

¹¹³ *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Federative Republic of Brazil regarding cooperation between their competition authorities in the enforcement of their competition laws*, firmato il 26 ottobre 1999.

¹¹⁴ *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the United Mexican States regarding the application of their Competition Laws*, firmato il 11 luglio 2000.

¹¹⁵ In generale le norme contenute negli accordi di cooperazione circa le notificazioni sono abbastanza simili fra loro, alcune più dettagliate e altre meno. Nel caso dell'accordo fra Stati Uniti e Brasile la normativa è così articolata: "Article II – Notification: 1. Each Party shall, subject to Article IX, notify the other party in the manner provided by this Article and Article XI with respect to enforcement activities specified in this Article. Notifications shall identify the nature of the practices under investigation and the legal provisions concerned, and shall ordinarily be given as promptly as possible after a Party's competition authorities become aware that notifiable circumstances are present. 2. Enforcement activities to be notified pursuant to this Article are those that: a. to enforcement activities of the other Party; b. involve anticompetitive practices, other than mergers or acquisitions, carried out in whole or in substantial part in the territory of the other Party; c. involve mergers or acquisitions in which one or more of the parties to the transaction, or a company controlling one or more of the parties to a transaction, is a company incorporated or organized under the laws of the other Party or of one of its states; d. involve conduct believed to have been required, encouraged, or approved by the other Party; e. involve remedies that expressly require or prohibit conduct in the territory of the other Party or are otherwise directed at conduct in the territory of the other Party; or f. involve the seeking of information located in the territory of the other Party. The Parties acknowledge that officials of either Party may visit the territory of the other Party in the course of conducting investigations pursuant to their respective competition laws. Such visits shall be subject to notification pursuant to this Article and the consent of the notified Party".

¹¹⁶ Nel caso dell'accordo fra Stati Uniti e Canada, lo scambio di informazioni viene così articolato: "Article III – Enforcement Cooperation: 1. a. The Parties acknowledge that it is in their common interest to cooperate in the detection of anticompetitive activities and the enforcement of their competition laws to the extent compatible with their respective laws and important interests, and within their reasonably available resources. b. The Parties further acknowledge that it is in their common interest to share information which will facilitate the effective application of their competition laws and promote better understanding of each other's enforcement policies and activities (...) 3. Each Party's competition authorities will, to the extent compatible with that Party's laws, enforcement policies and other important interests, (...) d. provide the other Party's competition authorities with any significant information that comes to their attention about anticompetitive activities that may be relevant to, or may warrant, enforcement activity by the other Party's competition authorities".

svolgendo inchieste sulla stessa impresa o sulla stessa condotta¹¹⁷, salvaguardia degli interessi dell'altra parte concordemente con i principi dell'intendimento internazionale, e, infine, consultazioni circa controversie potenziali o già in corso¹¹⁸. È da osservare, in tale ambito, che tutte queste misure sono state prese in conformità ai principi emanati dall'OCSE nelle sue diverse raccomandazioni in materia.¹¹⁹

4.2 L'extraterritorialità delle norme *antitrust* della Comunità Europea

Il contenuto degli articoli 81, 82 e 299 del trattato che istituisce la Comunità economica europea è molto chiaro quando limita il sistema di tutela della concorrenza comunitario allo spazio geografico dei paesi che compongono il mercato comune, mentre

¹¹⁷ Nel caso dell'accordo fra Stati Uniti ed Israele, il coordinamento delle inchieste è così articolato: "*Article IV – Coordination with Regard to Related Matters: 1. Where both Parties' competition authorities are pursuing enforcement activities with regard to related matters, they will consider coordination of their enforcement activities. In such matters, the Parties may invoke such mutual assistance arrangements as may be in force from time to time. 2. In considering whether particular enforcement activities should be coordinated, either in whole or in part, the Parties' competition authorities shall take into account the following factors, among others: a. the effect of such coordination on the ability of both Parties to achieve their respective enforcement objectives; b. the relative abilities of the Parties' competition authorities to obtain information necessary to conduct the enforcement activities; c. the extent to which either Party's competition authorities can secure effective relief against the anticompetitive activities involved; d. the possible reduction of costs to the Parties and to the persons subject to enforcement activities; and e. the potential advantage of coordinated remedies to the Parties and to the persons subject to the enforcement activities. 3. In any coordination arrangement, each Party's competition authorities shall seek to conduct their enforcement activities consistently with the enforcement objectives of the other Party's competition authorities. 4. In the case of concurrent or coordinated enforcement activities, the competition authorities of each Party shall consider, upon request by the competition authorities of the other Party and where consistent with the requested Party's enforcement interests, ascertaining whether persons that have provided confidential information in connection with those enforcement activities will consent to the sharing of such information between the Parties' competition authorities. Either Party's competition authorities may at any time notify the other Party's competition authorities that they intend to limit or terminate coordinated enforcement and pursue their enforcement activities independently and subject to the other provisions of this Agreement*".

¹¹⁸ Nel caso dell'accordo fra Stati Uniti e Messico, la possibilità di richiesta di consultazioni viene così impostata: "*Article VIII – Consultations: 1. Either Party may request consultations regarding any matter relating to this Agreement. The request for consultations shall indicate the reasons for the request and whether any procedural time limits or other constraints require that consultations be expedited. Each Party shall consult promptly when so requested with the view to reaching a conclusion that is consistent with the principles set forth in this Agreement. 2. Consultations under this Article shall take place at the appropriate level as determined by each Party. 3. During consultations under this Article, each Party shall provide to the other as much information as it is able in order to facilitate the broadest possible discussion regarding the relevant aspects of the matter that is the subject of consultations. Each Party shall carefully consider the representations of the other Party in light of the principles set out in this Agreement and shall be prepared to explain the specific results of its application of those principles to the matter that is the subject of consultations*".

¹¹⁹ TRITELL, Randolph. *Opus cit.*

non si rinvenivano negli altri trattati che compongono il diritto costituzionale comunitario norme che "allargano" tale concezione.

Nel 1969 tuttavia la Commissione ha dato inizio ad un'azione diretta a fondare una politica di extraterritorialità delle norme comunitarie di tutela della concorrenza. La Commissione per ottenere detto risultato si è basata sulla c.d. "teoria degli effetti"¹²⁰, concezione giuridica che fa del criterio dell'effetto sul commercio fra gli Stati membri il principale elemento di individuazione di una condotta restrittiva della concorrenza¹²¹. Questa nuova prospettiva viene inaugurata con la decisione sul caso *Materie coloranti*¹²². In tale documento, la Commissione ha affermato che il diritto comunitario della concorrenza si deve applicare:

"(...) a tutte le imprese partecipanti alle pratiche concordate, siano esse stabilite all'interno del mercato comune ovvero al di fuori de esso; che ai termini dell'articolo 85, paragrafo 1 (...) le regole di concorrenza del trattato si applicano quindi a tutte le restrizioni della concorrenza produttive all'interno del mercato comune degli effetti citati dall'articolo 85, paragrafo 1 (...) che non vi è dunque motivo di esaminare se le imprese responsabili di dette restrizioni della concorrenza hanno la loro sede all'interno ovvero al di fuori della Comunità".

¹²⁰ Come si potrà osservare nel corso del presente titolo, la "teoria degli effetti" elaborata dalla Commissione europea presenta degli elementi molto simili a quella utilizzata nell'ambito del diritto *antitrust* statunitense, di cui al *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* nel 1982. Tuttavia, nonostante le convergenze, resta aperto un vero e proprio abisso fra questi due modi di concepire la concorrenza. Per un approfondimento sulla tematica, vedi PRIEST, George et ROMANI, Franco. L'antitrust negli Stati Uniti e in Europa. Analisi e psicoanalisi di una divergenza, *Mercato Concorrenza Regole*, n.° 4 (2002), p. 151 ss.

¹²¹ Anche nel caso comunitario l'utilizzazione della teoria degli effetti nell'applicare in modo unilaterale la normativa di tutela della concorrenza può creare una serie di problemi che possono compromettere la sua reale effettività. Mario Monti divide tali problemi in quattro tipi diversi: "In primo luogo, essa può ingenerare conflitti o incongruenze con le decisioni prese dalle autorità straniere (principalmente le autorità di concorrenza ma anche altri enti dell'amministrazione statale) o dai tribunali, e persino conflitti con il diritto di altri paesi (...) In secondo luogo, tale applicazione può dar luogo a contese con governi stranieri, spesso in conseguenza di quanto esposto sopra e a causa di conflitti di interessi nazionali, accompagnati dal rischio di guerre commerciali o confronto politici. A questo riguardo il caso *Boeing/McDonnell Douglas* è indicativo (...) In terzo luogo, l'applicazione extraterritoriale delle nostre regole spesso comporta problemi logistici di indagine (...) Infine, l'azione extraterritoriale può essere di difficile applicazione. Non sarà sempre facile, ad esempio, riscuotere le ammende, far rispettare le ordinanze inibitorie o imporre i rimedi e controllarne l'applicazione". In: MONTI, Mario. La dimensione internazionale della politica di concorrenza europea. *Opus cit.*, p. 430.

¹²² Commissione Europea, 24 luglio 1969, 69/243/CBE.

Da un esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia, si desume che questa ha accolto il nuovo principio di extraterritorialità senza sollevare nessun tipo di obiezione, e che, anzi, con il loro silenzio i giudici di Lussemburgo hanno avvallato l'operazione svolta dalla Commissione. La maggioranza degli autori¹²³ in materia sono d'accordo nel dire che la Corte di Giustizia, non volendo intervenire direttamente nel dibattito, ha evitato di farlo facendo uso della teoria dell'unica entità economica, che le ha permesso di poter attribuire la responsabilità del comportamento delle affiliate comunitarie alle loro società madri con sede al di fuori della Comunità senza ricorrere alla teoria degli effetti.

In un primo momento, la Commissione ha cercato di applicare la normativa europea a casi nei quali fossero coinvolte imprese esterne al territorio del mercato comune coniugando al massimo le due teorie – quella degli effetti e quella dell'unica entità economica –, con il fine di non manifestare apertamente l'intento "espansivo" della politica *antitrust*.

A partire dal 1985 tuttavia la Commissione dà inizio a un più incisivo mutamento delle proprie propensioni *antitrust* fondandosi unicamente sulla teoria degli effetti. L'emanazione delle decisioni *Importazioni di alluminio dall'Europa dell'Est*¹²⁴ e *Pasta di Legno*¹²⁵ segna sotto tale profilo un momento estremamente importante. In particolare, l'affermazione della Commissione europea contenuta nella decisione *Pasta di Legno* è

¹²³ VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Il Diritto della Concorrenza nella Comunità Europea*. Torino: Giappichelli, 1994, p. 98.

¹²⁴ Commissione Europea, 19 dicembre 1984, 85/206/CEE. In questa prima decisione la Commissione europea ha precisato che: "(...) l'argomentazione dev'essere parimenti applicabile agli accordi orizzontali tra concorrenti, qualora alcuni di essi abbiano sede nella Comunità e altri al di fuori e non vi è motivo, inoltre, per distinguere, in tali accordi orizzontali, tra le restrizioni, accettate reciprocamente da quelle imprese che hanno sede nel mercato comune e quelle che non vi abbiano sede, e le restrizioni accettate reciprocamente da quelle imprese che ne sono del tutto estranee, sempre che si sia verificata la condizione generale che si tratti di un effetto sostanziale sugli scambi tra Stati membri".

¹²⁵ Commissione Europea, 19 dicembre 1984, 85/202/CEE. In questa seconda decisione, invece, la Commissione presenta la problematica nel seguente modo: "Nel presente caso, tutti i destinatari della decisione, nel periodo in cui è stata commessa l'infrazione, hanno esportato direttamente nella Comunità o hanno esplicato un'attività economica all'interno di essa. La concertazione sui prezzi, lo scambio di informazioni sensibili e le clausole di divieto di esportazione o di rivendita concernono tutte le forniture effettuate direttamente ad acquirenti nella CEE o vendite effettuate nella CEE ad acquirenti che vi risiedono. Queste forniture rappresentano circa i due terzi della pasta per carta bianchita al solfato fornita alla CEE e il 60% del consumo della CEE. Gli accordi e pratiche in questione sono stati applicati almeno ad una vasta maggioranza delle vendite del prodotto di cui trattasi effettuate dai partecipanti a destinazione della CEE e nella CEE durante il periodo in questione. L'effetto degli accordi e delle pratiche concernenti i prezzi annunciati e/o applicati ai clienti e la rivendita della pasta suddetta nella CEE è stato non solo sostanziale, ma voluto ed è stato il principale e diretto risultato di detti accordi e pratiche".

stata confermata dalla Corte di Giustizia¹²⁶, che ha ribadito essere:

“(...) opportuno rilevare poi che le principali fonti di approvvigionamento di pasta di legno sono situate fuori della Comunità, vale a dire nel Canada, negli Stati Uniti, in Svezia e in Finlandia e che il mercato ha quindi dimensioni mondiali. Quando dei produttori di pasta stabiliti in questi paesi effettuano vendite direttamente ad acquirenti stabiliti nella Comunità e quando essi si fanno concorrenza coi prezzi per ottenere gli ordini di detti clienti, v'è concorrenza all'interno del mercato comune. Ne consegue che, se questi produttori si accordano sui prezzi che praticeranno ai loro clienti stabiliti nella Comunità ed attuano questo accordo vendendo a prezzi effettivamente coordinati, partecipano ad una concertazione che ha come oggetto e come effetto quello di restringere il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune, ai sensi dell'art. 85 del trattato”.

La Commissione, grazie anche all'importante avallo dei giudici di Lussemburgo, negli anni successivi ha lavorato alacremente per consolidare la teoria degli effetti. I problemi che sono stati sollevati al riguardo, quali, ad esempio, la possibilità che detta teoria contrastasse con il principio della *comitas gentium*, sono stati gradualmente eliminati dalla Commissione tramite le relazioni annuali sulla concorrenza¹²⁷ e dalla Corte tramite la sua giurisprudenza.¹²⁸

Anche se tale strategia messa in moto dalle istituzioni della CE ha avuto un relativo successo, permangono in ambiente comunitario alcune perplessità in materia. Come osserva il commissario europeo Mario Monti¹²⁹, la Corte di giustizia e il Tribunale non sempre hanno confermato con motivazioni coerenti la validità delle rivendicazioni della Commissione :

“In effetti, la giurisprudenza delle Corti ha dato origine a qualche incertezza: in

¹²⁶ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 31 marzo 1993, *Ahlström Osakeyhtiö & Altri c. Commissione CE*, cause riunite 89, 104, 114, 116, 117 e 125/85.

¹²⁷ Vedi a riguardo il contenuto della XI, XII e XIV relazione sulla politica della concorrenza, presentate dalla Commissione.

¹²⁸ VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 100

¹²⁹ MONTI, Mario. La dimensione internazionale della politica di concorrenza europea. *Opus cit.*, p. 429.

alcuni casi, sembra che le nostre corti abbiano adottato la cosiddetta 'teoria della effettività' pura, confermando la giurisdizione della Comunità in tutti quei casi in cui si manifestano effetti anticoncorrenziali nella Comunità, indipendentemente da dove venga tenuto il comportamento. In altri casi, le Corti europee sono state più restrittive, facendo derivare la giurisdizione della Comunità dal fatto che il comportamento anticoncorrenziale fosse in qualche modo attuato direttamente al suo interno".

Le polemiche suscitate in questi anni attorno al tema dell'extraterritorialità delle norme comunitarie in materia *antitrust* hanno avuto una risposta abbastanza chiara – e sembra anche definitiva – da parte degli organi comunitari nella sentenza *Gencor/Lonrho*¹³⁰ emanata dal Tribunale di primo grado nel 1999. Nell'ambito di questa decisione viene affermato che l'esercizio della giurisdizione della Comunità su una fusione avvenuta totalmente al di fuori della Comunità è compatibile con i principi del diritto internazionale quando la fusione produca "effetto immediato, sostanziale e prevedibile"¹³¹ all'interno dell'UE.¹³²

Tuttavia e sull'esempio degli Stati Uniti, è apparso molto più semplice che applicare unilateralmente il principio di extraterritorialità, cercare di stipulare accordi internazionali di cooperazione in materia di *antitrust*. In questa prospettiva, i primi accordi stabiliti dalla Comunità europea in materia sono stati quelli con i paesi dell'Associazione Europea di Libero Scambio (EFTA), firmati durante gli anni 1970 e 1980. Posteriormente tutti questi accordi sono stati sostituiti da un unico accordo, riguardante la creazione dello Spazio economico europeo, firmato il 2 maggio 1992, fra la CE e l'EFTA. Secondo quanto affermato da Pierre Mercier¹³³, le regole di concorrenza previste da quest'accordo:

"(...) sont fondées sur les mêmes principes que les règles de concurrence de la

¹³⁰ Tribunale di primo grado delle Comunità europee, 25 marzo 1999, *Gencor v. Commissione*, causa T-102/96.

¹³¹ È interessante il fatto che la formula utilizzata dal Tribunale per caratterizzare e consolidare la teoria sia molto simile a quella utilizzata nell'ambito del *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* approvato dal Congresso degli Stati Uniti nel 1982, ovvero, "*such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect*".

¹³² MONTI, Mario. La dimensione internazionale della politica di concorrenza europea. *Opus cit.*, p. 429.

¹³³ MERCIER, Pierre et al. *Grands principes du droit de la concurrence*. Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 1999, p. 494.

Communauté elle-même. Elles ont le même objet, à savoir empêcher les distorsions de concurrence sur le territoire de l'EEE. Elles s'appliquent à toute entreprise qui opère directement ou indirectement sur le territoire de l'EEE, quel que soit son lieu d'établissement".

E infatti l'articolo 53¹³⁴ dell'accordo riprende il contenuto dell'articolo 81 del trattato di Roma, mentre l'articolo 54¹³⁵ quello dell'articolo 82 del medesimo trattato.

La Comunità europea ha stipulato inoltre diversi accordi con paesi terzi nei quali sono previsti meccanismi diretti alla tutela della libera concorrenza¹³⁶. Così è stato fatto nell'ambito della decisione n.° 1/95¹³⁷ del Consiglio, relativa all'associazione fra la CE e la Turchia, che inserisce gli articoli 32 e 33 nel disegno dell'accordo di unione doganale,

¹³⁴ "Article 53 – 1. The following shall be prohibited as incompatible with the functioning of this Agreement: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Contracting Parties and which have as their objects or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the territory covered by this Agreement, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts. 2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void. 3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of: - any agreement or category of agreement between undertakings; - any decision or category of decisions by associations of undertakings; - any concerted practice or category of concerted practices; which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not: (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives; (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question".

¹³⁵ "Article 54 – Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the territory covered by this Agreement or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the functioning of this Agreement in so far as it may affect trade between Contracting Parties. Such abuse may, in particular, consist in: (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions; (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers; (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts".

¹³⁶ Gran parte di questi paesi sono stati ammessi nell'Unione europea ed altri sono ancora candidati al processo di allargamento. Sui negoziati in materia di tutela della concorrenza fra l'Unione europea e i paesi candidati all'adesione, vedi la relazione tenuta dal Commissario Mario Monti in occasione dell'apertura della Settima Conferenza sulla Concorrenza fra il Paesi candidati e la Commissione europea, avuta a Lubiana, fra il 17 e il 19 giugno 2001. Documento disponibile su internet il 27 settembre 2002, sito <http://europa.eu.int/comm/competition/enlargement>.

¹³⁷ Decisione n.° 1/95 del Consiglio d'Associazione fra la CE e la Turchia, del 22 dicembre 1995 sull'implementazione della fase finale della Unione doganale (CE-TR 106/1/95).

ovvero dell'articolo 64 dell'accordo con la Repubblica Ceca¹³⁸, o ancora delle decisioni prese nel 1996 dai consigli di associazione con la Repubblica Ceca, la Polonia e la Slovacchia. Seguono gli articoli 32 e 33 dell'accordo fra le tre Comunità e l'Estonia¹³⁹, Lettonia¹⁴⁰ e Lituania¹⁴¹, dell'articolo 17 degli accordi sul commercio con la Russia¹⁴² e la Moldavia; dell'articolo 49 dell'accordo con la Ucraina¹⁴³; dell'articolo 14 dell'accordo con l'Armenia¹⁴⁴; degli accordi con il Kazachistan e il Kirgistan; dell'articolo 25 dell'accordo di associazione euro-mediterraneo fra le Comunità e lo Stato di Israele¹⁴⁵; dell'articolo 30 dell'accordo di associazione euro-mediterraneo fra le Comunità e l'Organizzazione per la Liberazione della Palestina (OLP); dell'articolo 23 dell'accordo di libero scambio stipulato fra la CE e la Confederazione Elvetica e dell'articolo 18 dell'accordo fra la Confederazione e la CECA¹⁴⁶; dell'articolo 11 dell'accordo con il Messico; e, dell'accordo stipulato fra la CE e il Canada¹⁴⁷ sull'applicazione delle regole di concorrenza¹⁴⁸. L'accordo stipulato con gli Stati Uniti nel 1991 sarà tema del prossimo titolo.

Il principale problema che sussiste nel sistema impostato da questi accordi bilaterali è la manifesta mancanza di efficacia diretta delle norme da questi originate. Ciò perché queste ultime non hanno la capacità di rendere *ipso iure* illegali e nulli gli accordi restrittivi, o illegale il comportamento abusivo di imprese dominanti. Il punto debole di questo sistema va individuato, allora, proprio nel fatto che nella maggior parte dei casi sia stato previsto che le condotte restrittive alla libera concorrenza verificatesi al di fuori del territorio della Comunità – ma con effetti su quest'ultimo – siano punite secondo le norme nazionali del paese in cui viene celebrato l'accordo o svolto il comportamento restrittivo.¹⁴⁹

¹³⁸ Decisione del Consiglio e della Commissione del 19 dicembre 1994 (94/910/CECA, CE, Euratom).

¹³⁹ Decisione del Consiglio del 19 dicembre 1994 (94/974/CE).

¹⁴⁰ Decisione del Consiglio del 19 dicembre 1994 (94/976/CE).

¹⁴¹ Decisione del Consiglio del 19 dicembre 1994 (94/978/CE).

¹⁴² Decisione del Consiglio del 17 luglio 1995 (95/414/CE).

¹⁴³ Decisione del Consiglio del 17 luglio 1995 (95/414/CE).

¹⁴⁴ Firmato il 22 aprile 1996.

¹⁴⁵ Firmato il 20 novembre 1995.

¹⁴⁶ Entrambi accordi firmati il 22 luglio 1972.

¹⁴⁷ Firmato il 17 giugno 1999.

¹⁴⁸ Vedi a riguardo MERCIER, Pierre et al. *Opus cit.*, p. 499 ss.

4.3 L'accordo in materia di *antitrust* fra la Comunità europea e gli Stati Uniti

Il 23 settembre 1991 a Washington è stato sottoscritto un importante Accordo tra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza.

Tale accordo è stato il frutto di un processo di elaborazione ed approvazione che, in ambito comunitario, non è stato semplice. Fonte di innumerevoli discussioni, l'atto di conclusione dell'accordo è stato annullato il 9 agosto 1994 dalla Corte di Giustizia, la quale, seguendo le motivazioni presentate da un ricorso inoltrato dalla Francia, ha affermato che la Commissione Europea non era competente per concludere tale accordo. L'effetto fu che l'atto di conclusione del documento venne annullato, senza tuttavia toccare l'accordo in sé. Per rimediare a tale situazione, il Consiglio dell'Unione europea ha dovuto adottare unitamente alla Commissione una decisione¹⁵⁰ con la quale è stato definitivamente approvato l'accordo del 1991.

Tuttavia le controversie non ebbero termine. In particolare, il lungo rapporto elaborato dall'Avvocato Generale Giuseppe Tesauro aveva indicato altri punti dell'accordo che contrastavano chiaramente con la normativa comunitaria, ed in particolare con il

¹⁴⁹ MONTI, Mario. La dimensione internazionale della politica di concorrenza europea, p. 431.

¹⁵⁰ "Decisione del Consiglio e della Commissione del 10 aprile 1995 relativa alla conclusione dell'accordo tra le Comunità europee e il Governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza (95/145/CE, CECA) il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione delle Comunità europee, visto il trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare gli articoli 87 e 235, in combinato disposto con l'articolo 228, paragrafo 3, primo comma, visto il trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, in particolare gli articoli 65 e 66, vista la proposta della Commissione, visto il parere del Parlamento europeo, considerando che il ricorso all'articolo 235 del trattato che istituisce la Comunità europea è obbligatorio a motivo dell'inclusione nel testo dell'accordo di fusioni ed acquisizioni, le quali sono disciplinate dal regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese che si fonda principalmente su tale articolo; considerando che, data la dimensione internazionale sempre più marcata dei problemi della concorrenza, occorre rafforzare la cooperazione internazionale in questo settore; considerando che la Commissione ha negoziato, a tal fine, con il governo degli Stati Uniti d'America un accordo in merito all'applicazione delle regole di concorrenza delle Comunità europee e degli Stati Uniti d'America; considerando che è opportuno approvare tale accordo ivi compreso lo scambio di lettere interpretative, decidono: Articolo 1 - L'accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza, ivi compreso lo scambio di lettere interpretative, è approvato a nome della Comunità europea e della Comunità europea del carbone e dell'acciaio. I testi dell'accordo e dello scambio di lettere interpretative in lingua inglese sono allegati alla presente decisione. Articolo 2 - L'accordo è applicabile e prende effetto a decorrere dal 23 settembre 1991. Articolo 3 - Il presidente del Consiglio è autorizzato a designare la o le persone abilitate a notificare l'approvazione dell'accordo a nome della Comunità europea al governo degli Stati Uniti d'America e a firmare lo scambio di lettere interpretative. La Commissione designa la o le persone abilitate a notificare l'approvazione a nome della Comunità europea del carbone e dell'acciaio al governo degli Stati Uniti d'America e a firmare lo scambio di lettere interpretative".

Regolamento comunitario n.° 17 del 1962. A tale riguardo Ivo van Bael e Jean-François Bellis¹⁵¹ affermano:

“L’avvocato generale Tesauro (...) aveva evidenziato come l’art. V (che prevede il principio della ‘cortesia attiva’) violasse l’art. 3 (2) del suddetto regolamento in quanto estendeva alle autorità statunitensi la facoltà di presentare denunce attribuita da tale articolo solo agli Stati membri ed ai soggetti che mostrino di avervi interesse. Inoltre aveva sottolineato come le varie disposizioni dell’accordo relative a notifiche, trasmissione di informazioni e coordinamento fossero di per sé contrarie all’articolo 20 del reg. n. 17/62, che impone l’osservanza del segreto professionale per le informazioni ricevute dalla Commissione. Tali conclusioni non sono però state prese in considerazione dalla Corte”.

Nell’ambito di tale accordo bilaterale, sono già stati risolti casi significativi, come quelli concernenti le concentrazioni fra le imprese Ciba-Geigy e Sandoz¹⁵², Guinness e Grand Metropolitan¹⁵³, fra la Exxon e la Mobil¹⁵⁴, la AOL e la Time Warner¹⁵⁵, l’ALCOA e la Reynolds¹⁵⁶, e fra la MCI Worldcom e la Spirit¹⁵⁷. Lo stesso si è verificato nel 1995, nell’ambito delle inchieste svolte sia negli Stati Uniti che nella Comunità Europea sulle condotte della Microsoft Corporation¹⁵⁸.

¹⁵¹ VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 103.

¹⁵² Commissione Europea, 17 luglio 1996, 97/469/CE, caso *Ciba-Geigy/Sandoz*; e, *Federal Trade Commission, In the Matter of CIBA-Geigy Limited, CIBA-Geigy Corporation, Chiron Corporation, Sandoz Ltd., Sandoz Corporation, and Novartis AG*, File n.° 961 0055, Docket n.° C-3725.

¹⁵³ Commissione Europea, 15 ottobre 1997, 98/602/CE, caso *Guinness/Grand Metropolitan*; e, *Federal Trade Commission, In the Matter of Guinness PLC, Grand Metropolitan PLC, and Diageo PLC*, File n.° 971 0081, Docket n.° C-3801.

¹⁵⁴ Commissione Europea, 29 settembre 1999, caso n.° IV/M.1383, *Exxon/Mobil*.

¹⁵⁵ Commissione Europea, 11 ottobre 2000, 2001/718/CE, caso *AOL/Time Warner*; e, *Federal Trade Commission, In the Matter of America Online, Inc., and Time Warner Inc.*, File n.° 001 0105, Docket n.° C-3989.

¹⁵⁶ *United States Department of Justice, United States v. Alcoa and Reynolds Metals, Civil Action n.°: 00-CV-954 (RMU)*.

¹⁵⁷ Commissione Europea, 28 giugno 2000, caso COMP/M.1741, *MCI WorldCom/Sprint*.

¹⁵⁸ *United States Department of Justice, United States v. Microsoft, Civil Action n.° 98-1232 (CKK) e Civil Action n.° 98-1233 (CKK)*. A riguardo, vedi GOLDMAN ROHM, Wendy. *The Microsoft File: The Secret Case against Bill Gates*. New York: Times Business, 1998; ZITTRAIN, Jonathan. *The un-Microsoft un-remedy: Law can prevent the problem the it can't patch later*. *Connecticut Law Review*, n.° 31 (1999), p. 1-14; SABBATINI, Pierluigi. *Il Caso Microsoft. Moneta e Credito*, n.° 207 (1999), p. 349-84; BISHOP, Matthew. *Microsoft sotto processo. Mercato Concorrenza Regole*, n.° 1 (1999); PAGE,

Nel caso concernente la fusione fra le imprese Boeing e McDonnell Douglas¹⁵⁹, però, nonostante lo stretto coordinamento attuato tra gli Stati Uniti e la CE, non si è potuto giungere ad un accordo sulle misure da adottare. In questa prospettiva, la *Federal Trade Commission* non ha voluto porre questioni circa l'accordo di concentrazione, ma la CE ha condizionato la propria approvazione ad una serie di misure correttive¹⁶⁰. Problema analogo si è verificato nel caso della concentrazione fra le imprese General Electric e Honeywell¹⁶¹, nel quale il *Department of Justice* e la Commissione sono giunti a conclusioni diverse.¹⁶²

Le previsioni dell'accordo stabiliscono la possibilità di una cooperazione fra le autorità garanti della concorrenza delle due parti per quel che riguarda le notifiche di misure d'inchieste¹⁶³. Si tratta di un obbligo da adempiere salvo nel caso in cui le misure

William H. Microsoft and the public choice critique of antitrust. *The Antitrust Bulletin*, n.° 2 (1999), p. 5-63; SABBATINI, Pierluigi. La concorrenza come bene pubblico. Il caso Microsoft. Roma: Laterza, 2000; BITTLINGMAYER, G. et HAZLETT, T.W. DOS Kapital: Has antitrust action against Microsoft created value in the computer industry. *Journal of Financial Economics*, n.° 55 (2000).

¹⁵⁹ Commissione Europea, 30 giugno 1997, 97/816/CE, caso *Boeing/McDonnell Douglas*; e, *Federal Trade Commission, In the Matter of The Boeing Company and McDonnell/Douglas Corporation*, File n.° 971 0051.

¹⁶⁰ TRITELL, Randolph. *Opus cit.*

¹⁶¹ Commissione Europea, 13 febbraio 2001, caso COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*. Per un'analisi più di esaustiva di questo caso, vedi FOX, Eleanor M. Diritto della concorrenza, mercati globali e il caso General Electric/Honeywell. *Mercato Concorrenza Regole*, n.° 2 (2002), p. 347 ss.

¹⁶² Vedi MONTI, Mario. La dimensione internazionale della politica di concorrenza europea, p. 434.

¹⁶³ Le notifiche sono disciplinate nell'articolo II: " *Notification - 1. Each Party shall notify the other whenever its competition authorities become aware that their enforcement activities may affect important interests of the other Party. 2. Enforcement activities as to which notification ordinarily will be appropriate include those that: (a) are relevant to enforcement activities of the other Party; (b) involve anticompetitive activities (other than a merger or acquisition) carried out in significant part in the other Party's territory; (c) involve a merger or acquisition in which one or more of the parties to the transaction, or a company controlling one or more of the parties to the transaction, is a company incorporated or organized under the laws of the other Party or one of its States or Member States; (d) involve conduct believed to have been required, encouraged or approved by the other Party; or (e) involve remedies that would, in significant respects, require or prohibit conduct in the other Party's territory. 3. With respect to mergers or acquisitions required by law to be reported to the competition authorities, notification under this Article shall be made: (a) in the case of the Government of the United States of America, (i) not later than the time its competition authorities request, pursuant to 15 USC § 18 a (e), additional information or documentary material concerning the proposed transaction, (ii) when its competition authorities decide to file a complaint challenging the transaction, and (iii) where this is possible, far enough in advance of the entry of a consent decree to enable the other Party's views to be taken into account; and (b) in the case of the Commission of the European Communities, (i) when notice of the transaction is published in the Official Journal, pursuant to Article 4 (3) of Council Regulation (EEC) N. 4064/89, or when notice of the transaction is received under Article 66 of the ECSC Treaty and a prior authorization from the Commission is required under that provision, (ii) when its competition authorities decide to initiate proceedings with respect to the proposed transaction, pursuant to Article 6 (1) (c) of Council Regulation (EEC) N. 4064/89, and (iii) far enough in advance of the adoption of a decision in the case to enable the other Party's views to be taken into account. 4. With respect to other matters, notification shall ordinarily be provided at the stage in an investigation when it becomes evident that notifiable circumstances are present, and in any event far enough in advance of: (a) the issuance of a statement of objections in the case of the Commission of the*

da adottare da una delle parti in esecuzione della propria normativa di tutela della concorrenza possano pregiudicare gli interessi dell'altra parte.¹⁶⁴

Viene prevista inoltre la possibilità di scambio di informazioni relative alle inchieste di entrambe le parti, con il limite che tale attività non contrasti con la normativa interna¹⁶⁵. La cooperazione in tale ambito va effettuata principalmente mediante riunioni tra delegazioni di funzionari di entrambe le parti, che secondo l'accordo dovranno avere luogo almeno due volte l'anno.

L'articolo IV dell'accordo¹⁶⁶ prevede inoltre la possibilità di cooperazione

European Communities, or a complaint or indictment in the case of the Government of the United States of America; and (b) the adoption of a decision or settlement in the case of the Commission of the European Communities, or the entry of a consent decree in the case of the Government of the United States of America; to enable the other Party's views to be taken into account. 5. Each Party shall also notify the other whenever its competition authorities intervene or otherwise participate in a regulatory or judicial proceeding that does not arise from its enforcement activities, if the issues addressed in the intervention or participation may affect the other Party's important interests. Notification under this paragraph shall apply only to: (a) regulatory or judicial proceedings that are public; (b) intervention or participation that is public and pursuant to formal procedures; and (c) in the case of regulatory proceedings in the United States, only proceedings before federal agencies. Notification shall be made at the time of the intervention or participation or as soon thereafter as possible. 6. Notifications under this Article shall include sufficient information to permit an initial evaluation by the recipient Party of any effects on its interests".

¹⁶⁴ VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 104.

¹⁶⁵ Lo scambio di informazioni viene disciplinato nell'ambito dell'articolo III: "Exchange of information - I. The Parties agree that it is in their common interest to share information that will (a) facilitate effective application of their respective competition laws; or (b) promote better understanding by them of economic conditions and theories relevant to their competition authorities' enforcement activities and interventions or participation of the kind described in Article II. 2. In furtherance of this common interest, appropriate officials from the competition authorities of each Party shall meet at least twice each year, unless otherwise agreed, to (a) exchange information on their current enforcement activities and priorities, (b) exchange information on economic sectors of common interest, (c) discuss policy changes which they are considering, and (d) discuss other matters of mutual interest relating to the application of competition laws. 3. Each Party will provide the other Party with any significant information that comes to the attention of its competition authorities about anticompetitive activities that its competition authorities believe is relevant to, or may warrant, enforcement activity by the other Party's competition authorities. 4. Upon receiving a request from the other Party, and within the limits of Articles VIII and IX, a Party will provide to the requesting Party such information within its possession as the requesting Party may describe that is relevant to an enforcement activity being considered or conducted by the requesting Party's competition authorities".

¹⁶⁶ Il coordinamento delle inchieste viene previsto nell'articolo IV: "Cooperation and coordination in enforcement activities I. The competition authorities of each Party will render assistance to the competition authorities of the other Party in their enforcement activities, to the extent compatible with the assisting Party's laws and important interests, and within its reasonably available resources. 2. In cases where both Parties have an interest in pursuing enforcement activities with regard to related situations, they may agree that it is in their mutual interest to coordinate their enforcement activities. In considering whether particular enforcement activities should be coordinated, the Parties shall take account of the following factors, among others: (a) the opportunity to make more efficient use of their resources devoted to the enforcement activities; (b) the relative abilities of the Parties' competition authorities to obtain information necessary to conduct the enforcement activities; (c) the effect of such coordination on the ability of both Parties to achieve the objectives of their enforcement activities; and (d) the possibility of reducing costs incurred by persons subject to the enforcement activities. 3. In any coordination arrangement, each Party shall conduct its enforcement activities expeditiously and, insofar as possible,

coordinata quando entrambe le parti abbiano l'interesse di applicare le proprie regole di concorrenza ad uno stesso caso. In tale ipotesi, le autorità garanti della concorrenza svolgeranno azione comune nel tentativo di valutare l'efficienza, le rispettive possibilità di ottenere informazioni, gli effetti globali del coordinamento e la possibilità di ridurre i costi delle parti sotto inchiesta.¹⁶⁷

La cooperazione fra le parti circa l'esecuzione delle norme in materia di concorrenza viene prevista dall'articolo V dell'accordo¹⁶⁸. Tale norma contiene in particolare la previsione di tre casi specifici nei quali può essere utilizzato il meccanismo di cooperazione, ovvero, a) quando le autorità di entrambe le parti si trovino di fronte a casi connessi; b) quando le attività delle autorità di una delle parti incidano sugli interessi sostanziali dell'altra parte; c) quando condotte restrittive della concorrenza siano svolte nel territorio di una delle parti e producano degli effetti rilevanti per l'altra parte.

Il sistema di consultazioni circa le controversie in corso o instaurabili è previsto dall'articolo VII dell'accordo¹⁶⁹, che prevede che, una volta ricevuta una richiesta di

consistently with the enforcement objectives of the other Party. 4. Subject to appropriate notice to the other Party, the competition authorities of either Party may limit or terminate their participation in a coordination arrangement and pursue their enforcement activities independently".

¹⁶⁷ VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 105.

¹⁶⁸ "Article V – Cooperation regarding anticompetitive activities in the territory of one Party that adversely affect the interests of the other Party – 1. The Parties note that anticompetitive activities may occur within the territory of one Party that, in addition to violating that Party's competition laws, adversely affect important interests of the other Party. The Parties agree that it is in both their interests to address anticompetitive activities of this nature. 2. If a Party believes that anticompetitive activities carried out on the territory of the other Party are adversely affecting its important interests, the first Party may notify the other Party and may request that the other Party's competition authorities initiate appropriate enforcement activities. The notification shall be as specific as possible about the nature of the anticompetitive activities and their effects on the interests of the notifying Party, and shall include an offer of such further information and other cooperation as the notifying Party is able to provide. 3. Upon receipt of a notification under paragraph 2, and after such other discussion between the Parties as may be appropriate and useful in the circumstances, the competition authorities of the notified Party will consider whether or not to initiate enforcement activities, or to expand ongoing enforcement activities, with respect to the anticompetitive activities identified in the notification. The notified Party will advise the notifying Party of its decision. If enforcement activities are initiated, the notified Party will advise the notifying Party of their outcome and, to the extent possible, of significant interim developments. 4. Nothing in this Article limits the discretion of the notified Party under its competition laws and enforcement policies as to whether or not to undertake enforcement activities with respect to the notified anticompetitive activities, or precludes the notifying Party from undertaking enforcement activities with respect to such anticompetitive activities."

¹⁶⁹ La possibilità di consultazioni è prevista nell'articolo VII del documento: "Consultation – 1. Each Party agrees to consult promptly with the other Party in response to a request by the other Party for consultations regarding any matter related to this Agreement and to attempt to conclude consultations expeditiously with a view to reaching mutually satisfactory conclusions. Any request for consultations shall include the reasons therefor and shall state whether procedural time limits or other considerations require the consultations to be expedited. These consultations shall take place at the appropriate level, which may include consultations between the heads of the competition authorities concerned. 2. In each consultation under paragraph 1, each Party shall take into account the principles of cooperation set forth in this

consultazione circa le controversie predette, le parti devono rispondere prontamente e con l'obiettivo di giungere a delle conclusioni soddisfacenti per entrambe.

Così come per gli altri accordi bilaterali stipulati dal governo statunitense in materia, tutte le disposizioni previste negli accordi USA - UE sono state previste in conformità ai principi emanati dall'OCSE nelle sue diverse raccomandazioni sulla concorrenza e il commercio internazionale.¹⁷⁰

Nel 1998 è stato firmato un accordo complementare tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America, avente ad oggetto l'utilizzazione dei principi della *comitas gentium* attiva nell'applicazione del loro diritto della concorrenza. Secondo quanto affermato nel preambolo di detto accordo, si è ritenuto importante dare un'ulteriore esplicitazione del principio della *comitas gentium* attiva, in quanto una più ampia applicazione di detto principio avrebbe l'effetto di rendere più efficace dell'accordo del 1991 rispetto a tali attività anticoncorrenziali. In realtà, il vero motivo che ha indotto le parti a fare ciò è dato dal loro l'interesse nel regolamentare specificamente le ipotesi di rinvio o sospensione di indagini affidando sui provvedimenti di applicazione della parte richiesta.¹⁷¹

Agreement and shall be prepared to explain to the other Party the specific results of its application of those principles to the issue that is the subject of consultation".

¹⁷⁰ TRITELL, Randolph. *Opus cit.* Per un esame più dettagliato dell'attuazione delle norme dell'accordo, vedi le relazioni annuali presentate dalla Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'attuazione dell'Accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle rispettive regole di concorrenza.

¹⁷¹ Tali ipotesi vengono disciplinate nell'ambito dell'articolo IV del nuovo accordo: "1. Le autorità garanti della concorrenza delle parti possono convenire che le autorità garanti della concorrenza della parte richiedente rinviino o sospendano i provvedimenti di applicazione adottati o che intendono adottare, quando siano in corso provvedimenti di applicazione della parte richiesta. 2. Di norma, le autorità garanti della concorrenza della parte richiedente rinviino o sospendono i provvedimenti di applicazione di loro competenza in favore di quelli adottati dalle autorità garanti della concorrenza della parte richiesta se sono soddisfatte le seguenti condizioni: a) le attività anticoncorrenziali di cui trattasi: i) non hanno un impatto diretto, rilevante e ragionevolmente prevedibile sui consumatori del territorio della parte richiedente, oppure ii) quando le attività anticoncorrenziali, implicando un siffatto impatto sui consumatori della parte richiedente, sono eseguite principalmente nel territorio dell'altra parte e ad esso sono principalmente dirette; b) vi è la possibilità e la probabilità di svolgere un'indagine esaustiva ed adeguata sul pregiudizio degli interessi della parte richiedente e, se del caso, di eliminarlo o di porvi adeguato rimedio in conformità delle leggi, delle procedure e degli strumenti d'azione della parte richiesta. Le parti convengono che può essere opportuno adottare autonomi provvedimenti di applicazione qualora le attività anticoncorrenziali riguardanti entrambi i territori giustificino l'irrogazione di sanzioni pecuniarie in entrambi gli ordinamenti; e c) le autorità garanti della concorrenza della parte richiesta convengono che nell'eseguire i loro provvedimenti di applicazione: i) devolveranno risorse adeguate per svolgere indagini sulle attività anticoncorrenziali e, se del caso, adotteranno senza indugio provvedimenti di applicazione adeguati; ii) si adopereranno il più possibile per sfruttare tutte le fonti d'informazione ragionevolmente disponibili, comprese quelle eventualmente indicate dalle autorità garanti della concorrenza della parte richiedente; iii) informeranno le autorità garanti della concorrenza della parte richiedente, qualora queste lo richiedano o ad intervalli ragionevoli circa la situazione dei propri provvedimenti di applicazione e circa le proprie

intenzioni, fornendo loro, se del caso, informazioni pertinenti di carattere riservato, previo consenso della fonte interessata. L'uso e la divulgazione di tali informazioni sono disciplinati dall'articolo V; iv) notificeranno senza indugio alle autorità garanti della concorrenza della parte richiedente ogni cambiamento delle loro intenzioni riguardo alle indagini o ai provvedimenti di applicazione; v) si adopereranno il più possibile per concludere le loro indagini e per trovare un rimedio o iniziare un procedimento entro sei mesi, a decorrere dalla decisione di rinvio o di sospensione del provvedimento di applicazione, adottata dalle autorità garanti della concorrenza della parte richiedente, ovvero entro un termine concordato con le autorità garanti della concorrenza delle parti; vi) terranno pienamente informate le autorità garanti della concorrenza della parte richiedente circa i risultati delle loro indagini e terranno conto dell'opinione di queste prima di addiventare a qualsiasi transazione, di avviare un procedimento, di adottare misure o di concludere l'indagine, e vii) assessoreranno ogni ragionevole domanda presentata dalle autorità garanti della concorrenza della parte richiedente. Quando le suddette condizioni sono soddisfatte, la parte richiedente che decide di non rinviare o sospendere i propri provvedimenti di applicazione informa le autorità garanti della concorrenza della parte richiedente dei motivi della propria decisione. 3. Le autorità garanti della concorrenza possono rinviare o sospendere i propri provvedimenti di applicazione quando non siano soddisfatte tutte le condizioni di cui al paragrafo 2. 4. Le disposizioni del presente accordo non ostano a che le autorità garanti della concorrenza della parte richiedente riasumano in un momento successivo autonomi provvedimenti di applicazione precedentemente rinviati o sospesi, ovvero assumano nuovi provvedimenti di applicazione. In tal caso, le autorità garanti della concorrenza della parte richiedente informano senza indugio le autorità garanti della concorrenza della parte richiedente circa le loro intenzioni e le loro motivazioni. Se le autorità garanti della concorrenza della parte richiedente proseguono le loro indagini, le autorità garanti della concorrenza delle due parti coordinano, se del caso, le indagini rispettive secondo i criteri e le procedure di cui all'articolo IV dell'accordo del 1991".

Nonostante sino ad oggi l'accordo fra le Comunità europee e gli Stati Uniti abbia avuto un relativo successo, il futuro dello stesso non appare così promettente¹⁷².

Questo profilo, la crescita sostanziale del numero di operazioni commerciali fra la CE e gli USA rende le stesse - secondo la "teoria degli effetti" utilizzata da entrambi sistemi giuridici - , potenzialmente perseguibili su entrambe le sponde dell'Atlantico. Si potrebbe pensare ad una facile risoluzione del problema se tali sistemi avessero consistenti elementi di convergenza, ciò tuttavia non è possibile per il fatto che i due sistemi sono radicalmente diversi. E infatti ogni volta che si dà inizio ad un processo di cooperazione per lo svolgimento di una determinata inchiesta, il rischio che l'insorgere di un conflitto di giurisdizione possa far fallire tutto è quanto mai presente.

In realtà, la storia dei sistemi giuridici *antitrust* è molto diversa negli Stati Uniti e nella Comunità Europea, con riflessi di non poco conto sulle regole sostanziali e sulla struttura degli organi preposti alla loro applicazione. Si tratta di modi radicalmente diversi

^
^
* * *

di concepire e di dare attuazione alla tutela della libera concorrenza, e tale radicalità rende estremamente difficile, o perlomeno improbabile, l'accettazione da parte di un sistema di principi che l'altro ritiene sacrosanti e intangibili. Si pensi solo, per fare un esempio di questo forte contrasto fra concetti antinomici, a quello di analisi economica, utilizzato dalla Scuola di Chicago, e a quello di Mercato Sociale, elaborato dalla Scuola ordoliberalista di Friburgo e presente nel cuore del sistema comunitario.

In verità, il futuro della collaborazione tra i due maggiori protagonisti del mercato globale dipenderà da uno sforzo teso a rendere compatibili i propri ordinamenti, ovvero a trovare una sorta di terza via, che, se possibile, dia nel contempo piena tutela alla concorrenza e preservi i canoni essenziali di ogni ordinamento. Ciò tuttavia non potrà verificarsi se non attraverso una forte volontà comune, oggi più che mai auspicabile.¹⁷³

¹⁷² PRIEST, George et ROMANI, Franco. *Opus cit.*, p. 165 ss.

¹⁷³ Questa è la teoria di Franco Romani, che afferma: "Sino ad ora i rapporti fra gli Stati Uniti e l'Unione europea nel campo dell'antitrust sono andati più lisci di quanto ci si sarebbe potuti aspettare. Probabilmente un osservatore esterno (un giurista di Marte?) sarebbe più sorpreso dalla convergenza che dalla divergenza fra i due sistemi. Vi è stata molta cooperazione e buona volontà fra le due parti atlantiche. Questo felice stato di collaborazione dovrebbe essere tenuto in vita il più lungo possibile". In: *Idem*, p. 168 ss.

PARTE TERZA
II MERCOSUL



;

CAPITOLO QUINTO

L'integrazione in America Latina: Gli Antecedenti Storici e la nascita del MERCOSUL.



v
v

L'obiettivo di questo capitolo è quello di illustrare, seppur per sommi capi, la storia dell'integrazione Latino-americana per procedere così ad un'analisi su cosa sia, come sia nato e quali siano gli obiettivi del MERCOSUL.

In questo senso, sarà data particolare attenzione agli avvenimenti che hanno contrassegnato la storia del Brasile e dell'Argentina dai Governi di José Sarney¹ e di Raul Alfonsín² fino ai nostri giorni.

Dagli anni '50, più precisamente dalla firma del Trattato costitutivo della Comunità Economica Europea³ di Roma del marzo 1957, anche in America Latina

¹ José Sarney è stato eletto Vice-Presidente della Repubblica Federativa del Brasile il 15 gennaio 1985. Dal 21 aprile dello stesso anno, in seguito alla morte del Presidente Tancredo Neves, ha assunto la Presidenza della Repubblica. In tale carica è rimasto fino il 15 marzo 1990. Nato a Pinheiro, nel povero Stato del Maranhão, il 24 aprile 1930, è stato professore, giornalista ed avvocato. Il suo governo è stato il primo governo civile dopo la dittatura militare del 1964. Dinanzi alla crescente inflazione all'inizio del 1986 ha lanciato il Programma di Stabilizzazione Economica, più conosciuto come "Plano Cruzado". Quest'ultimo includeva il congelamento dei prezzi e stipendi e l'estinzione della correzione monetaria. Varie volte riformulato, il piano non ha avuto buon esito e l'inflazione è tornata a crescere. Alla fine del 1989, al termine del mandato, la politica di del Presidente Sarney era vista con discredito, visto che l'indice dell'inflazione arrivava all'ottanta per cento al mese. Nell'anno seguente fu eletto senatore per lo Stato dell'Amapá. È stato rieletto nel 1994.

² Presidente della Repubblica Argentina del 1983 al 1989, Raul Ricardo Alfonsín è nato in una famiglia di classe media e fu allievo dell'Accademia Militare argentina. Laureato in Giurisprudenza, si è fatto eleggere deputato nazionale nel 1963 per il partito *Unión Cívica Radical*. Appartenente all'ala sinistra del partito e feroce combattente a favore dei diritti umani, è riuscito ad ottenere un grande successo nel movimento d'opposizione al regime militare degli anni 1976-1983. Senza grandi conoscenze in economia, ha preso il governo del paese in un momento in cui l'Argentina aveva un debito estero gigantesco e un'inflazione galoppante. Per poter evitare una crisi economica senza precedenti, ha adottato dei piani economici eterodossi che prevedevano, tra l'altro, il cambiamento della moneta del paese. In: KAVANAGH, Dennis. *Dictionary of Political Biography*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 8.

³ Il Trattato che ha istituito la Comunità Economica Europea (CEE) è stato firmato a Roma, il 25 marzo 1957, da Francia, Germania, Italia, Olanda, Belgio e Lussemburgo. Posteriormente, hanno aderito al Trattato Gran Bretagna, Danimarca e Irlanda (22 gennaio 1972); Grecia (28 maggio 1981); Spagna e Portogallo (12 giugno 1985); Austria, Svezia e Finlandia (24 giugno 1994). Aderiranno a partire dal 2004 Slovenia, Repubblica Ceca, Ungheria, Polonia, Repubblica Slovacca, Malta, Cipro, Estonia, Lituania, Bulgaria, mentre per Turchia e Romania non è ancora fissata una data.

molti sono stati gli sforzi per individuare mezzi e formule per rendere concreto un progetto d'integrazione economica della regione.⁴

La Commissione Economica per l'America Latina – CEPAL⁵, creata nel 1948 nell'ambito dell'ONU, è stata una delle più importanti organizzazioni a fomentare l'integrazione economica regionale. La CEPAL proponeva l'industrializzazione come base dello sviluppo perchè considerava che la crescita economica dell'America Latina sarebbe stata possibile soltanto attraverso una politica industriale di sostituzione delle importazioni. Tuttavia, tale modello non ha avuto successo per molto tempo, principalmente a causa delle dimensioni del mercato. Erano necessari mercati più ampi per poter produrre a costi ragionevoli, altrimenti, sarebbe stato meno costoso acquistare prodotti trasformati fuori della regione che produrli nelle economie nazionali. Con mercati diversificati sarebbe stata possibile una crescita autonoma, sostenibile e favorevole alle esportazioni, e, in tale modo, il mercato latino-americano avrebbe potuto essere la base dello sviluppo di tutta la regione⁶. Come sottolineato da Luiz Olavo Baptista⁷, la CEPAL aveva capito che:

⁴ Però, le prime iniziative sorte in tale direzione, come sottolineato da Alfredo da Mota Menezes, non hanno avuto l'esito sperato, principalmente perchè: "(...) ostacoli strutturali, congiunturali, circostanze, geografici, politici, economici e storici hanno attuato contro questo processo". In: MENEZES, Alfredo da Mota. *Do Sonho à Realidade – A Integração Econômica Latino-Americana*. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1990, p. 13.

⁵ La Commissione Economica per l'America Latina (CEPAL) fu istituita con la Risoluzione n.° 106 (VI) del Consiglio Economico e Sociale del 25 febbraio 1948, e ha iniziato il suo lavoro in questo stesso anno. Nella sua risoluzione n.° 1984/67, del 27 luglio 1984, il Consiglio ha deciso che la Commissione si chiamasse Commissione Economica per l'America Latina e i Caraibi. La CEPAL è una delle cinque commissioni regionali delle Nazioni Unite e la sua sede è a Santiago del Cile. È stata fondata per contribuire allo sviluppo economico dell'America Latina, coordinare le azioni dirette alla promozione e rinforzare i rapporti economici dei paesi fra di loro e con le altre nazioni del mondo. Successivamente, il suo lavoro si è ampliato ai paesi dei Caraibi, e ha acquisito la finalità di promuovere lo sviluppo sociale. La CEPAL possiede due sedi subregionali, una per la subregione dell'America Centrale, a Messico D.F. e l'altra per la subregione dei Caraibi, a Puerto España, rispettivamente sorte nel giugno 1951 e nel dicembre 1966. Possiede inoltre uffici nazionali a Buenos Aires, Brasilia, Montevideo e Bogotá, e un ufficio di rappresentanza a Washington, D.C. Vedi, a proposito, il sito internet www.cepal.org.

⁶ In tale ambito, è significativa l'osservazione fatta dal giurista brasiliano Luiz Lavo Baptista sulle motivazioni che hanno fatto sì che gli Stati latino-americani accogliessero le proposte della CEPAL: "*Déjà en 1955, la CEPAL avait démontré la nécessité de l'intégration latino-américaine comme moyen d'accroissement du commerce réciproque entre les pays de la région, qui en 1956 était de l'ordre de 1082 millions de dollars. Mais la recommandation n'a pas porté ses fruits et, en 1960, le commerce régional atteignait seulement 657 millions de dollars. C'est peut-être cette perspective de réduction progressive du commerce latino-américaine qui a encouragé les gouvernements de la région à mettre en pratique politiquement ce qui jusqu'alors n'avait été que pure spéculation théorique*". In: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Le MERCOSUL. Ses Institutions et son Ordennancement Juridique*. Paris: Montchrestien, 2000, p. 20.

⁷ Idem, p. 21.

"(...) l'intégration économique jouerait un rôle fondamental dans le développement de la région, augmentant la dimension du marché et lui permettant d'atteindre de plus grands volumes de production. Ceux-ci constitueraient un tremplin pour la substitution des importations et le développement industriel. Au delà de ces raisons, la CEPAL envisageait également la possibilité de tarifs différenciés dans la région permettant aux pays de ladite région un développement indépendant, en les protégeant au moyen d'un système de tarifs plus élevés pour les concurrents extérieurs à la zone. A la fin de la décade des années 50, la CEPAL – qui sait, peut-être influencée par le marché commun européen alors en train de naître – prévoyait ou proposait déjà un marché commun latino-américain".

I benefici dell'integrazione si sarebbero visti per tutti, inclusi gli Stati meno sviluppati nel processo d'industrializzazione. In questo senso, come afferma Alfredo da Mota Menezes:

"Durante i decenni del 1950 e del 1960, i difensori dell'integrazione domandavano quale prospettiva di crescita avevano, ad esempio, le economie paraguaiane e boliviana? Quali le prospettive nei prossimi 50 anni? La popolazione cresceva; la migrazione interna e l'abbandono della campagna erano una realtà, e l'aspettativa di una vita migliore, un fatto naturale; le risorse interne per investimenti erano scarse, le poche industrie non generavano posti di lavoro sufficienti e, perfino, il mercato mondiale acquistava ogni volta meno prodotti primari (...) La soluzione, pertanto, per il futuro delle economie più piccole sarebbe un mercato più integrato ed ampio".⁸

Per le economie più avanzate, come il Brasile e l'Argentina, la questione era inversa: i rispettivi mercati interni non sarebbero stati infatti in grado di assorbire una produzione interna molto diversificata.

In quest'ambito, in virtù della politica dei governi sudamericani nel periodo –

⁸ MENEZES, Alfredo da Mota. *Opus cit.*, p. 15

caratterizzata da una forte tendenza al monopolio protezionista —, i prodotti sudamericani non potevano essere competitivi sul mercato internazionale. Ancora è da sottolineare in questo contesto la sopravvivenza, nell'immaginario socio culturale del popolo latino americano, del pregiudizio in virtù del quale i prodotti che provengono dall'estero sono sempre di migliore qualità. ✓

Tutti questi fattori contribuivano a pensare in modo favorevole l'integrazione economica regionale, che appariva capace di trasformare economie obsolete in mercati più competitivi ed efficienti.

In tale modo, è chiaro che il beneficio maggiore derivante dall'integrazione sarebbe stato l'industrializzazione dell'America Latina.

Come è possibile osservare in questo contesto, si cominciava a pensare che un grande mercato comune avrebbe potuto generare nuove industrie, con una produzione più adeguata alla domanda del mercato esterno, con conseguente crescita dell'offerta di posti di lavoro, derivandone un benessere sociale generalizzato per tutti i popoli integrati.

Nonostante tuttociò, non si può dimenticare che una siffatta integrazione economica, pur portando notevoli benefici, implica necessariamente un cambiamento di abitudini molto radicate in coloro che devono modificare le strutture interne e sociali di tutto un Paese. Ciò può causare dei pregiudizi, e, secondo Alfredo da Mota Menezes⁹:

*"O receio do novo, de perder privilégios, e a forma protecionista do nosso capitalismo são fatores que não ajudam na tentativa de integração".*¹⁰

Le proposte per l'integrazione dell'America Latina, nonostante il vivo desiderio di conseguire tale obiettivo, hanno cominciato a dare frutti soltanto dopo il 1956. Fino ad allora, come abbiamo dimostrato, i progetti per l'integrazione economica nel Continente orbitavano attorno alla CEPAL, e riguardavano tanto la questione economica regionale, quanto l'aumento del mercato interno e il conseguente sviluppo economico.

Ancora non si pensava alla creazione di un mercato comune, di una zona di

⁹ MENEZES, Alfredo da Mota. *Opus cit.*, p. 24.

¹⁰ "La paura del nuovo, di perdere privilegi, e la forma protezionista del nostro capitalismo sono fattori

libero scambio o di un'unione doganale.

Soltanto con la firma del Trattato di Montevideo¹¹, istitutivo dell'Associazione Latino-Americana di Libero Commercio (ALALC), la CEPAL ha potuto dare un maggior impulso all'integrazione regionale attraverso un gruppo di lavoro creato con l'obiettivo specifico di elaborare un progetto per la creazione di un mercato comune.

Il Trattato era, senz'altro, favorevole all'iniziativa privata, non imponendo particolari restrizioni a paesi con economie più pianificate. Ciononostante, Cuba si era vista respingere la propria domanda di adesione all'ALALC, atto che, dietro motivazioni di natura economica¹², nascondeva chiaramente una decisione politica. In tale quadro, come sottolinea Alfredo da Mota Menezes¹³:

*"A administração Kennedy (...) era mais favorável à iniciativa de integração da América Latina, e até acenava com ajuda futura para a região. Entre a possível ajuda americana e a adesão de Cuba, os membros da ALALC optaram pelo primeiro".*¹⁴

che non aiutano nel tentativo d'integrazione".

¹¹ Il Trattato di Montevideo è stato firmato il 18 febbraio 1960. Gli Stati firmatari inizialmente furono Argentina, Brasile, Cile, Messico, Paraguay, Perù e Uruguay. La Colombia, così come l'Ecuador, hanno aderito al Trattato soltanto più tardi, rispettivamente il 30 settembre e il 3 novembre 1961. Gli altri Stati, come la Bolivia, Cuba, il Venezuela e gli altri paesi dell'America Centrale erano maggiormente propensi alla creazione del Mercato Comune Centro-Americano - MCCA. L'intuito per la creazione del MCCA, appoggiato dal Trattato di Montevideo, era quello di un più tardivo incorporamento in un mercato latino-americano di maggiori dimensioni. Per motivi diversi e peculiari di ogni Paese, sia la Bolivia sia il Venezuela hanno esitato a partecipare all'ALALC. La Bolivia affermava che la sua esportazione avveniva esclusivamente a favore di Paesi fuori dell'America Latina e che, avendo come partner principale gli Stati Uniti, poteva comprare prodotti meno costosi e di miglior qualità. I boliviani, in questo quadro, si rifiutavano di dare sussidi e di aiutare la crescita delle industrie argentine, brasiliane e messicane, ritenute più sviluppate. Anche il Venezuela non vedeva vantaggi nella partecipazione all'ALALC, visto che era autosufficiente nella produzione di petrolio e ferro. In altri settori commerciali avrebbe avuto un enorme svantaggio, dato che i suoi prodotti non erano competitivi. Ad esempio: la sua produzione di caffè non sarebbe stata in grado di competere con quella colombiana o con quella brasiliana. Allo stesso modo la carne non era comparabile con quella uruguayana. Peraltro, in virtù del commercio con gli Stati Uniti, la Bolivia garantiva ai venezuelani l'acquisto dei prodotti a prezzi migliori e più accessibili. Nel 1967, nonostante la validità di tutti questi argomenti, sia la Bolivia sia il Venezuela hanno aderito alla ALALC.

¹² Cuba fu un caso a parte perché ha richiesto la sua adesione al Trattato nel 1962 e ha avuto la domanda respinta per motivi che sfuggono a aspetti meramente commerciali. Nel Trattato non c'erano direttive che stabilissero restrizioni per economie pianificate o regimi politici differenti degli altri Stati firmatari.

¹³ MENEZES, Alfredo da Mota. *Opus cit.*, p. 36.

¹⁴ *"L'amministrazione Kennedy (...) fu più favorevole all'iniziativa d'integrazione dell'America Latina, e perfino accennava con un aiuto futuro per la regione. Fra il possibile aiuto americano e l'adesione di Cuba, i membri dell'ALALC optarono per il primo."*

Ancora secondo l'autore ¹⁵:

"Certa ou errada, a decisão foi mantida e os motivos mais fortes, apesar de não ditos explicitamente, eram mais de ordem política do que econômica".

16

▼

La Commissione Economica per l'America Latina – CEPAL¹⁷, creata nel 1948 nell'ambito dell'ONU, è stata una delle più importanti organizzazioni a fomentare l'integrazione economica regionale. La CEPAL proponeva l'industrializzazione come base dello sviluppo perchè considerava che la crescita economica dell'America Latina sarebbe stata possibile soltanto attraverso una politica industriale di sostituzione delle importazioni. Tuttavia, tale modello non ha avuto successo per molto tempo, principalmente a causa delle dimensioni del mercato. Erano necessari mercati più ampi per poter produrre a costi ragionevoli, altrimenti, sarebbe stato meno costoso acquistare prodotti trasformati fuori della regione che produrli nelle economie nazionali. Con mercati diversificati sarebbe stata possibile una crescita autonoma, sostenibile e favorevole alle esportazioni, e, in tale modo, il mercato latino-americano avrebbe potuto essere la base dello sviluppo di tutta la regione¹⁸. Come sottolineato da Luiz Olavo

¹⁵ MENEZES, Alfredo da Mota. *Opus cit.*, p. 36.

¹⁶ "Giusta o sbagliata, la decisione fu mantenuta e le motivazioni più forti, anche se esplicitamente non dette, erano più di ordine politico che economico".

¹⁷ La Commissione Economica per l'America Latina (CEPAL) fu istituita con la Risoluzione n.° 106 (VI) del Consiglio Economico e Sociale del 25 febbraio 1948, e ha iniziato il suo lavoro in questo stesso anno. Nella sua risoluzione n.° 1984/67, del 27 luglio 1984, il Consiglio ha deciso che la Commissione si chiamasse Commissione Economica per l'America Latina e i Caraibi. La CEPAL è una delle cinque commissioni regionali delle Nazioni Unite e la sua sede è a Santiago del Cile. È stata fondata per contribuire allo sviluppo economico dell'America Latina, coordinare le azioni dirette alla promozione e rinforzare i rapporti economici dei paesi fra di loro e con le altre nazioni del mondo. Successivamente, il suo lavoro si è ampliato ai paesi dei Caraibi, e ha acquisito la finalità di promuovere lo sviluppo sociale. La CEPAL possiede due sedi subregionali, una per la subregione dell'America Centrale, a Messico D.F. e l'altra per la subregione dei Caraibi, a Puerto España, rispettivamente sorte nel giugno 1951 e nel dicembre 1966. Possiede inoltre uffici nazionali a Buenos Aires, Brasília, Montevideo e Bogotà, e un ufficio di rappresentanza a Washington, D.C. Vedi, a proposito, il sito internet www.cepal.org.

¹⁸ In tale ambito, è significativa l'osservazione fatta dal giurista brasiliano Luiz Lavo Baptista sulle motivazioni che hanno fatto sì che gli Stati latino-americani accogliessero le proposte della CEPAL: *"Déjà en 1955, la CEPAL avait démontré la nécessité de l'intégration latino-américaine comme moyen d'accroissement du commerce réciproque entre les pays de la région, qui en 1956 était de l'ordre de 1082 millions de dollars. Mais la recommandation n'a pas porté ses fruits et, en 1960, le commerce régional atteignait seulement 657 millions de dollars. C'est peut-être cette perspective de réduction progressive du commerce latino-américaine qui a encouragé les gouvernements de la région à mettre en pratique politiquement ce qui jusqu'alors n'avait été que pure spéculation théorique"*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 20.

Baptista¹⁹, la CEPAL aveva capito che:

"(...) l'intégration économique jouerait un rôle fondamental dans le développement de la région, augmentant la dimension du marché et lui permettant d'atteindre de plus grands volumes de production. Ceux-ci constitueraient un tremplin pour la substitution des importations et le développement industriel. Au delà de ces raisons, la CEPAL envisageait également la possibilité de tarifs différenciés dans la région permettant aux pays de ladite région un développement indépendant, en les protégeant au moyen d'un système de tarifs plus élevés pour les concurrents extérieurs à la zone. A la fin de la décade des années 50, la CEPAL – qui sait, peut-être influencée par le marché commun européen alors en train de naître – prévoyait ou proposait déjà un marché commun latino-américain".

I benefici dell'integrazione si sarebbero visti per tutti, inclusi gli Stati meno sviluppati nel processo d'industrializzazione. In questo senso, come afferma Alfredo da Mota Menezes:

*"Durante i decenni del 1950 e del 1960, i difensori dell'integrazione domandavano quale prospettiva di crescita avevano, ad esempio, le economie paraguaiane e boliviana? Quali le prospettive nei prossimi 50 anni? La popolazione cresceva; la migrazione interna e l'abbandono della campagna erano una realtà, e l'aspettativa di una vita migliore, un fatto naturale; le risorse interne per investimenti erano scarse, le poche industrie non generavano posti di lavoro sufficienti e, perfino, il mercato mondiale acquistava ogni volta meno prodotti primari (...) La soluzione, pertanto, per il futuro delle economie più piccole sarebbe un mercato più integrato ed ampio".*²⁰

Per le economie più avanzate, come il Brasile e l'Argentina, la questione era

¹⁹ Idem, p. 21.

²⁰ MENEZES, Alfredo da Mota. *Opus cit.*, p. 15

inversa: i rispettivi mercati interni non sarebbero stati infatti in grado di assorbire una produzione interna molto diversificata.

In quest'ambito, in virtù della politica dei governi sudamericani nel periodo – caratterizzata da una forte tendenza al monopolio protezionista –, i prodotti sudamericani non potevano essere competitivi sul mercato internazionale. Ancora è da sottolineare in questo contesto la sopravvivenza, nell'immaginario socio culturale del popolo latino americano, del pregiudizio in virtù del quale i prodotti che provengono dall'estero sono sempre di migliore qualità.

Tutti questi fattori contribuivano a pensare in modo favorevole l'integrazione economica regionale, che appariva capace di trasformare economie obsolete in mercati più competitivi ed efficienti.

In tale modo, è chiaro che il beneficio maggiore derivante dall'integrazione sarebbe stato l'industrializzazione dell'America Latina.

Come è possibile osservare in questo contesto, si cominciava a pensare che un grande mercato comune avrebbe potuto generare nuove industrie, con una produzione più adeguata alla domanda del mercato esterno, con conseguente crescita dell'offerta di posti di lavoro, derivandone un benessere sociale generalizzato per tutti i popoli integrati.

Nonostante tutt'altro, non si può dimenticare che una siffatta integrazione economica, pur portando notevoli benefici, implica necessariamente un cambiamento di abitudini molto radicate in coloro che devono modificare le strutture interne e sociali di tutto un Paese. Ciò può causare dei pregiudizi, e, secondo Alfredo da Mota Menezes²¹:

*"O receio do novo, de perder privilégios, e a forma protecionista do nosso capitalismo são fatores que não ajudam na tentativa de integração".*²²

Le proposte per l'integrazione dell'America Latina, nonostante il vivo desiderio di conseguire tale obiettivo, hanno cominciato a dare frutti soltanto dopo il 1956. Fino ad allora, come abbiamo dimostrato, i progetti per l'integrazione economica nel Continente orbitavano attorno alla CEPAL, e riguardavano tanto la questione

²¹ MENEZES, Alfredo da Mota. *Opus cit.*, p. 24.

²² "La paura del nuovo, di perdere privilegi, e la forma protezionista del nostro capitalismo sono fattori

economica regionale, quanto l'aumento del mercato interno e il conseguente sviluppo economico.

Ancora non si pensava alla creazione di un mercato comune, di una zona di libero scambio o di un'unione doganale. ✓

Soltanto con la firma del Trattato di Montevideo²³, istitutivo dell'Associazione Latino-Americana di Libero Commercio (ALALC), la CEPAL ha potuto dare un maggior impulso all'integrazione regionale attraverso un gruppo di lavoro creato con l'obiettivo specifico di elaborare un progetto per la creazione di un mercato comune.

Il Trattato era, senz'altro, favorevole all'iniziativa privata, non imponendo particolari restrizioni a paesi con economie più pianificate. Ciononostante, Cuba si era vista respingere la propria domanda di adesione all'ALALC, atto che, dietro motivazioni di natura economica²⁴, nascondeva chiaramente una decisione politica. In tale quadro, come sottolinea Alfredo da Mota Menezes²⁵:

"A administração Kennedy (...) era mais favorável à iniciativa de integração da América Latina, e até acenava com ajuda futura para a região. Entre a possível ajuda americana e a adesão de Cuba, os membros

che non aiutano nel tentativo d'integrazione".

²³ Il Trattato di Montevideo è stato firmato il 18 febbraio 1960. Gli Stati firmatari inizialmente furono Argentina, Brasile, Cile, Messico, Paraguay, Perù e Uruguay. La Colombia, così come l'Ecuador, hanno aderito al Trattato soltanto più tardi, rispettivamente il 30 settembre e il 3 novembre 1961. Gli altri Stati, come la Bolivia, Cuba, il Venezuela e gli altri paesi dell'America Centrale erano maggiormente propensi alla creazione del Mercato Comune Centro-Americano - MCCA. L'intuito per la creazione del MCCA, appoggiato dal Trattato di Montevideo, era quello di un più tardivo incorporamento in un mercato latino-americano di maggiori dimensioni. Per motivi diversi e peculiari di ogni Paese, sia la Bolivia sia il Venezuela hanno esitato a partecipare all'ALALC. La Bolivia affermava che la sua esportazione avveniva esclusivamente a favore di Paesi fuori dell'America Latina e che, avendo come partner principale gli Stati Uniti, poteva comprare prodotti meno costosi e di miglior qualità. I boliviani, in questo quadro, si rifiutavano di dare sussidi e di aiutare la crescita delle industrie argentine, brasiliane e messicane, ritenute più sviluppate. Anche il Venezuela non vedeva vantaggi nella partecipazione all'ALALC, visto che era autosufficiente nella produzione di petrolio e ferro. In altri settori commerciali avrebbe avuto un enorme svantaggio, dato che i suoi prodotti non erano competitivi. Ad esempio: la sua produzione di caffè non sarebbe stata in grado di competere con quella colombiana o con quella brasiliana. Allo stesso modo la carne non era comparabile con quella uruguayana. Peraltro, in virtù del commercio con gli Stati Uniti, la Bolivia garantiva ai venezuelani l'acquisto dei prodotti a prezzi migliori e più accessibili. Nel 1967, nonostante la validità di tutti questi argomenti, sia la Bolivia sia il Venezuela hanno aderito alla ALALC.

²⁴ Cuba fu un caso a parte perché ha richiesto la sua adesione al Trattato nel 1962 e ha avuto la domanda respinta per motivi che sfuggono a aspetti meramente commerciali. Nel Trattato non c'erano direttive che stabilissero restrizioni per economie pianificate o regimi politici differenti degli altri Stati firmatari.

²⁵ MENEZES, Alfredo da Mota. *Opus cit.*, p. 36.

da ALALC optaram pelo primeiro".²⁶

Ancora secondo l'autore²⁷:

"Certa ou errada, a decisão foi mantida e os motivos mais fortes, apesar de não ditos explicitamente, eram mais de ordem política do que econômica".²⁸

5.1 I Trattati di Montevideo: dall'ALALC alla ALADI

Il Trattato di Montevideo prevede la creazione di una zona di libero scambio nella quale le restrizioni commerciali di qualsiasi tipo dovrebbero essere progressivamente eliminate²⁹. Questa zona di libero scambio, nelle previsioni del Trattato, aveva un termine massimo di 12 anni a decorrere dal 1960 per perfezionarsi, e quindi con il 1973 essa doveva essere definitivamente stabilita.

Tuttavia, in seguito alle difficoltà operative incontrate da vari Stati per raggiungere questo obiettivo nel termine richiesto, la data limite fu spostata fino il 31 dicembre 1980.

L'obiettivo di questa iniziativa era quello di raggiungere un interscambio sempre crescente: parte dei prodotti provenienti da un determinato Stato dovevano avere il medesimo trattamento di quelli provenienti da un'altra Parte Contraente. Di conseguenza, non potevano essere mantenute discriminazioni o qualsiasi specie di restrizioni al prodotto di uno Stato che potesse competere con altro prodotto analogo di altro Stato.

Sebbene queste misure fossero dirette alla promozione della crescita della regione, le diseguaglianze economiche fra gli Stati parti, così come i problemi e le differenze strutturali e storiche esistenti, rendevano estremamente labili le possibilità di successo.

In realtà, il desiderio d'integrazione si inseriva in un contesto di estrema fragilità

²⁶ "L'amministrazione Kennedy (...) fu più favorevole all'iniziativa d'integrazione dell'America Latina, e perfino accennava con un aiuto futuro per la regione. Fra il possibile aiuto americano e l'adesione di Cuba, i membri dell'ALALC optarono per il primo."

²⁷ MENEZES, Alfredo da Mota. *Opus cit.*, p. 36.

²⁸ "Giusta o sbagliata, la decisione fu mantenuta e le motivazioni più forti, anche se esplicitamente non dette, erano più di ordine politico che economico".

delle istituzioni politiche sudamericane e di esacerbato protezionismo, che coinvolgeva praticamente tutte le attività economiche, oltre il fatto che in quell'epoca si viveva un momento confuso della storia politica latino-americana³⁰. In molti Paesi si era intuita la possibilità di cambiamenti politici per vie non democratiche, e ciò si realizzò puntualmente con l'instaurazione delle note dittature.

L'obiettivo del Trattato era quello di stimolare e liberalizzare il commercio regionale, e nel caso ciò fosse accaduto in profondità, le alterazioni sarebbero state quasi naturali.

Tuttavia le riduzioni dei dazi doganali previste dal Trattato non erano automatiche e dovevano esserci delle continue negoziazioni prodotto per prodotto; non avendo queste riduzioni un programma predeterminato e obbligatorio, molti settori produttivi delle economie nazionali facevano pressione sui loro governi per proteggerli tramite eccezioni.

Mancavano inoltre stimoli e incentivi fra molti dei Paesi partecipanti con riguardo al processo integrativo. Gli Stati minori, più piccoli, ritenevano di non avere alcuna garanzia che il processo di industrializzazione che il Trattato aveva l'intento di creare nella regione avrebbe portato a loro degli effettivi benefici, e c'era il timore, solo parzialmente giustificabile³¹, che le industrie di questi Stati fossero soffocate dalla produzione più competitiva degli Stati maggiori³²

Il risultato di questi fattori ha fatto sì che l'ALALC restasse un ente inoperante e le sue norme prive di efficacia. La ragione di questo immobilismo, afferma Celso J. da Silva, è data principalmente dall'eccessiva rigidità imposta dalla negoziazione "prodotto per prodotto". Chiarisce l'autore³³:

"A negociação produto por produto introduziu uma rigidez muito grande no

²⁹ MENEZES, Alfredo da Mota. *Opus cit.*, p. 40.

³⁰ Sulla recente storia politica dell'America Latina, più specificamente sui colpi militari negli anni 60, vedere: COLLIER, David (org.). *O Novo Autoritarismo na América Latina*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 407.

³¹ Anche in questo contesto è significativo quanto sottolineato da Alfredo da Mota Menezes: "Senza un programma garantito e pianificato per tutta la regione, per beneficiare le economie più piccole, sotto l'aspetto industriale, o perfino nella crescita generale, la loro partecipazione non era molto incentivata". In: *Idem*, p. 45

³² *Idem*, p. 43.

³³ SILVA, Celso J. *Antecedentes Históricos do Processo de Integração Latina-Americana: ALALC, MCCA, Pacto Andino*. In: SEINTENFUS, Vera M. e DE BONI, Luis. *Temas de Integração Latino-*

*sistema proposto, e a dependência da "boa vontade" dos governos da área em fazer concessões de redução alfandegária e em promover a inclusão de produtos nas Listas Nacionais e na Lista Comum retirava da ALALC o dinamismo próprio de um processo de integração desta natureza. É natural e perfeitamente compreensível que as negociações produto por produto só tenham apresentado resultados relativamente satisfatórios até o ponto em que estas liberações não afetassem as estruturas produtivas nacionais".*³⁴

In tale quadro tuttavia, come afferma Luiz Olavo Baptista³⁵, l'ALALC, anche se prigioniera della propria rigidità, inizialmente ebbe dei risultati positivi, aumentando sensibilmente gli scambi fra gli Stati contraenti:

"Les résultats, au début, furent bons. Parmi les presque 12.000 concessions octroyées par l'intermédiaire des listes nationales durant les vingt ans qu'aura duré l'ALALC, 74% l'ont été entre 1962 e 1964, 13% entre 1968 et 1969. Mais, il n'y a eu pratiquement aucune nouvelle concession durant les autres années et la croissance de l'ALALC s'est arrêtée. Entre-temps, elles ont eu un effet important sur le commerce régional qui, entre 1962 et 1977, est passé du simple au double, de 7,1% à 14,1%. Cependant, dès le début des années 70, l'organisation perdait progressivement de son rythme, à tel point que, pour qu'elle ne disparaisse pas, un protocole a été conclu prorogeant pour 8 ans la période de transition prévue par le traité de Montevideo de 1960 (jusqu'au 31 décembre 1980)".

Nel 1980 sorgeva l'Associazione Latino Americana d'Integrazione (ALADI), in sostituzione all'ALALC, che era già considerato un progetto fallito ed immaturo

Americana. Porto Alegre: Vozes, 1990, p. 48.

³⁴ "Il negoziato prodotto a prodotto ha introdotto una rigidità molto grande nel sistema proposto, e la dipendenza dalla 'buona volontà' dei governi dell'area nel fare concessioni di riduzioni doganali e nel promuovere l'inclusione di prodotti nelle Liste Nazionali e nella Lista Comune privava l'ALALC del dinamismo proprio di un processo d'integrazione di questa natura. È naturale e perfettamente comprensibile che i negoziati prodotto a prodotto abbiano dato luogo a risultati relativamente soddisfacenti solo fino al momento in cui queste liberalizzazioni non venivano a ledere le strutture produttive nazionali".

³⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 22.

riguardo al contesto latino-americano³⁶. In tale ambito Luiz Olavo Baptista afferma ancora:

"En signant le second Traité de Montevideo, le 12 août 1980, les signataires, 11 Etats du continent, espéraient surmonter les obstacles qui jusqu'alors avaient empêché que les traités antérieurs obtinssent des résultats positifs, surtout pendant les années immédiatement antérieures. Cette prise de conscience les a poussés à adopter une nouvelle configuration de leurs relations économiques dans le second Traité de Montevideo de 1980".

Creata con la finalità di promuovere e regolamentare gli scambi commerciali, l'implementazione economica e lo sviluppo di azioni di cooperazione economica che contribuiscano all'ampliamento dei mercati, l'ALADI, ha stabilito una zona di preferenze economiche³⁷, dando priorità alle azioni parziali fra pari o gruppi di paesi come modo per raggiungere l'integrazione economica dell'area. La creazione di un mercato comune viene lasciata al lungo termine, come una conseguenza dello sviluppo e multilateralizzazione degli accordi realizzati a livello bilaterale e/o subregionale.

L'ALADI sembrava essere più flessibile, cercando, in particolare, di evitare gli errori commessi dall'ALALC. Proponeva una integrazione graduale e progressiva, senza rigidità in termini di adempimenti e relative scadenze.³⁸

³⁶ Pochi anni prima, nel 1975, già prevedendo la firma dell'ALALC, era nato il Sistema Economico Latino Americano (SELA).

³⁷ Sono tre i meccanismi che caratterizzano la zona di preferenze economiche istituita dal secondo Trattato di Montevideo, in altre parole, la preferenza doganale di zona, gli accordi di portata regionale e gli accordi di portata parziale. Secondo Luiz Olavo Baptista, gli accordi regionali e parziali sono così caratterizzati: *"Les accords de portée régionale sont liés aux matières douanières, par exemple l'élimination des restrictions administratifs au commerce, objet de divers accords entre l'Argentine et le Brésil, que l'on peut considérer comme les ancêtres du MERCOSUL (...) Les accords de portée partielle (...) sont ceux conclus entre seulement quelques uns des signataires. Leur objectif est de rendre possible la création des conditions nécessaires au processus d'intégration, visant une possible multilatéralisation, mais leurs clauses et conditions n'obligent que les signataires et les adhérents"*. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 23.

³⁸ Sulla continuità fra ALALC e ALADI: *"L'objectif d'une zone de libre échange fut maintenu dans le nouveau Traité mais celui-ci visait en premier lieu, sans délais peremptoires, la création d'une zone de préférence. Celle-ci mènerait, au fil du temps, à la constitution d'un marché commun latino-américain, et prendrait en main la défunte ALALC, héritant de certains des accords qui avaient été signés, accords parmi lesquels les accords de compensation des paiements furent les plus significatifs"*. In: Idem, *ibidem*.

Altro aspetto interessante riguardo alle direttive adottate dall'ALADI è il principio del pluralismo. Come sottolineato da Alfredo da Mota Menezes³⁹:

*"(...) não há que se importar mais com o tipo de regime econômico e político existente na região".*⁴⁰ ✓

Tale principio ha reso possibile il commercio con gli Stati in via di sviluppo in tutto il mondo, in particolare con quelli dell'America Centrale e i Caraibi.

Dopo più di 20 anni della sua costituzione, il Trattato di Montevideo del 1980 rimane in vigore, aperto a nuove interpretazioni in relazione ai cambiamenti avvenuti in questo spazio di tempo. Nell'ottobre 1991, in una Riunione di Alto Livello svoltasi a Montevideo, l'ALADI assunse una veste innovativa: esso doveva svolgere un ruolo fondamentale nella tappa attuale dell'integrazione latino-americana, essere il riferimento istituzionale e normativo che sostenesse e appoggiasse lo sviluppo e l'approfondimento delle relazioni bilaterali e multilaterali d'integrazione nella regione, tendendo, inoltre, alla progressiva confluenza e multilateralizzazione di tutti questi sforzi.⁴¹

5.2 Il Mercato Comune Centro-Americano e gli Stati Uniti.

Ancora in questa prospettiva integrazionista di rilievo è stata la proposta fatta dalla CEPAL di creazione di un Mercato Comune Centroamericano (MCCA). Questo fu il risultato di un lungo periodo di gestazione iniziato nel 1951 e ha ricevuto, da parte della CEPAL, un trattamento differenziato e rivolto più alle peculiarità di quella regione. Con piccole economie e una popolazione che nel 1954 si aggirava intorno agli 8,5 milioni di abitanti, il commercio estero di questa regione era, secondo Celso J. da

³⁹ MENEZES, Alfredo da Mota. *Opus cit.*, p. 64.

⁴⁰ "(...) non c'è da preoccuparsi più con il tipo di regime economico e politico esistente nella regione".

⁴¹ Un'opinione abbastanza ottimista circa l'organizzazione è quella manifestata da Belter Garré Copello: "L'ALADI vive uno dei momenti più importanti della sua esistenza come associazione d'integrazione, passando per una tappa di cambiamento che dovrà trasformarla radicalmente, implicando la nascita di nuovi meccanismi istituzionali". In: COPELLO, Belter Garré. *Las soluciones paralelas al Mercosur: el nuevo rol de la ALADI*. In: VAZQUEZ, Maria Cristina et al. *Estudios Multidisciplinarios sobre el Mercosur*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 270.

Silva ⁴²:

"(...) em sua totalidade bem menor do que o de vários países latino-americanos isoladamente". ⁴³

È in funzione di queste particolarità economiche, geografiche, politiche e sociali che il programma d'integrazione per l'America Centrale è stato lento e graduale.

Soltanto il 10 luglio 1958, a Tegucigalpa, è stato firmato il Trattato Multilaterale di Libero Scambio ed Integrazione Economica Centroamericana, che ha avuto significativa importanza perché segnalava la trasformazione da un bilateralismo ad una situazione di multilateralismo⁴⁴ nell'ambito del programma d'integrazione.

Nella stessa data è stato firmato l'accordo sul Regime d'Industrie Centroamericane d'Integrazione, diretto a stimolare e promuovere lo stabilimento di industrie nuove che avevano bisogno di mercati ampliati per:

"(...) operarem em condições de eficiência e competitividade". ⁴⁵

In questo contesto, vale sottolineare che il processo d'integrazione che si tentava d'iniziare in America Centrale, ha subito l'ingerenza della politica esterna nordamericana, cosa che ha alterato sostanzialmente i piani che la CEPAL aveva per un'integrazione graduale e progressiva per la regione.

Come ha affermato Celso J. da Silva⁴⁶ :

"A marcha dos acontecimentos parece confirmar o êxito da missão do Departamento de Estado dos Estados Unidos. Sob o argumento de que desejavam acelerar o programa de integração (e a oferta de 100 milhões de dólares deve ter desempenhado seu papel), El Salvador, Honduras e Guatemala, iniciaram, ainda em 1959, negociações para assinatura de um

⁴² SILVA, Celso J. *Opus cit.*, p. 49.

⁴³ "(...) nella sua totalità molto più piccolo che quello di vari paesi latino americani isolatamente".

⁴⁴ MENEZES, Alfredo da Mota. *Opus cit.*, p. 53.

⁴⁵ Idem, p. 109.

⁴⁶ SILVA, Celso J. *Opus cit.*, p. 56.

acordo tripartite".⁴⁷

Ancora sul così detto "intervento bianco", svolto degli Stati Uniti, narra Alfredo da Mota Menezes⁴⁸:

✓
✓

"No dia 6 de fevereiro de 1960, El Salvador, Guatemala e Honduras assinaram, inteiramente fora do caminho que vinha sendo percorrido, um Tratado de Associação Económica entre si. Esse Tratado Tripartite foi feito e assinado totalmente à margem da CEPAL e com a ajuda, apoio e incentivo da Agência para o Desenvolvimento Internacional – AID, dos Estados Unidos".⁴⁹

In verità, come affermano diversi studiosi dei problemi latino e centroamericani; gli Stati Uniti ebbero sempre un atteggiamento interventista nei rapporti con gli Stati più a Sud.

In una analisi storica su quello che effettivamente è successo nel programma d'integrazione centroamericana, si percepisce che i principi voluti dagli Stati Uniti sono entrati in vigore apertamente con la firma del Trattato Tripartitico, principi questi che contrastavano con le direttive della CEPAL di spingere verso l'integrazione.

Fino a quel momento la CEPAL aveva sviluppato un programma basato nel gradualismo e sulla reciprocità dei benefici, nel controllo e programmazione politica industriale e nella formazione delle industrie d'integrazione. Gli Stati Uniti proponevano lo stabilimento immediato del libero commercio, oltre a difendere il principio della libera concorrenza assoluta e il massimo di libertà agli investimenti esteri.⁵⁰

In virtù di tutti questi cambiamenti diveniva urgente una rivalutazione della

⁴⁷ "Il cammino degli avvenimenti pare confermare l'esito della missione del Dipartimento di Stato degli Stati Uniti. Con l'argomento che desideravano accelerare il programma d'integrazione (e l'offerta di 100 milioni di dollari deve aver avuto il suo ruolo), El Salvador, Honduras e Guatemala, iniziarono, ancora nel 1959, negoziati per la firma di un accordo tripartito".

⁴⁸ MENEZES, Alfredo da Mota. *Opus cit.*, p. 111.

⁴⁹ "Il giorno 6 febbraio 1960, El Salvador, Guatemala e Honduras hanno firmato, interamente al di fuori del cammino che veniva percorso, un Trattato di Associazione Economica fra loro. Questo Trattato Tripartito è stato fatto e firmato totalmente a margine della CEPAL e con l'aiuto, l'appoggio e l'incentivo dell'Agenzia per lo Sviluppo Internazionale (AIS), degli Stati Uniti".

⁵⁰ SILVA, Celso J. *Opus cit.*, 57.

prima proposta della CEPAL, e il 13 dicembre 1960 fu firmato il Trattato Generale d'Integrazione Economica Centroamericana, firmato a Managua da Guatemala, El Salvador, Honduras e Nicaragua. Soltanto nel 1962 la Costa Rica ha aderito al Trattato Generale.

Il Trattato cercava di approfittare di tutto quel che era stato fatto in relazione all'integrazione centroamericana e stabiliva che i termini per l'integrazione sarebbero stati, da allora in poi, di 5 anni. Veniva abbandonata la proposta per una integrazione graduale e progressiva.

Si stabiliva inoltre che nessuno Stato poteva firmare unilateralmente qualsiasi altro accordo che venisse a contrastare con i principi dell'integrazione.

Gli anni '60 sono stati di significativa importanza per il Mercato Comune Centroamericano, tanto che dal 1961 a 1968 l'integrazione ha avuto un effetto positivo in tutti i Paesi centroamericani, permettendo che la regione ottenesse una crescita di 1,5% annuale in più.⁵¹

Tuttavia questi dati, provenienti dalla Segreteria Permanente del Trattato (SIECA)⁵² – organismo creato con la firma del Trattato Generale –, vennero contestati da diversi autori, che affermavano che se l'economia centroamericana ha raggiunto la potenza che la SIECA cercava di dimostrare, il maggiore beneficiario era stato, senz'altro, il capitale estero, rappresentato in modo più accentuato dagli Stati Uniti⁵³.

Con la brusca modifica nelle prime direttive dell'integrazione e con l'entrata in scena del nuovo "coadiutore" – gli Stati Uniti – gli effetti del programma d'integrazione invece di soddisfare le necessità della regione beneficiarono altri interessi. E ammesso e non concesso che si sia realmente verificata una crescita economica per la regione, questo è avvenuto al prezzo di uno elevato costo sociale e ad un implacabile disinteresse per le questioni più rilevanti per la regione, come la disoccupazione, la mancanza di distribuzione del reddito, la dipendenza dall'esportazione di prodotti primari, l'aumento del debito estero, la rimessa incontrollata di profitti all'estero, la situazione agraria e la

⁵¹ Idem, p. 59.

⁵² La sigla SIECA non è definita e esplicitata dagli autori citati nel corso di questo capitolo; sia Alfredo da Mota Menezes, sia Celso J. da Silva, indicano la SIECA come un organismo creato in occasione della firma del Trattato Generale d'Integrazione Economica Centroamericana, inteso come una Segreteria Permanente del Trattato. MENEZES, Alfredo da Mota. *Opus cit.*, p. 117 e SILVA, Celso J. *Opus cit.*, p. 59.

⁵³ Idem, p. 60.

miserabile condizione di vita della popolazione rurale.⁵⁴

Il Mercato Comune Centroamericano alla fine degli anni '60 aveva già dato segnali di stagnazione. Questa situazione è peggiorata con il conflitto armato fra Honduras e El Salvador del luglio 1969. Il commercio fra entrambi fu sospeso, e l'Honduras proibì, per il suo territorio, la circolazione di prodotti *salvadoreños* destinati ad altri Stati integranti la zona di libero scambio.

Secondo Alfredo da Mota Menezes, la guerra, che senz'altro aveva avuto importanti ripercussioni internazionali, non fu l'unica causa dell'inerzia che si era abbattuta sul processo di sviluppo del mercato comune. In tale quadro, sottolinea l'autore⁵⁵ :

*"Porém, a causa mais importante pela perda de dinamismo do MCCA, foi o crescente descontentamento regional referente à distribuição de custos e benefícios. Ligado a isso, olhando para trás, as expectativas gerais existentes no início da integração econômica eram exageradas em relação ao que o processo em si poderia oferecer".*⁵⁶

In sintesi, quel che si può notare è che il processo d'integrazione, nel modo come in cui è stato attuato in America Centrale, non può essere considerato a prescindere dagli eventi che hanno contrassegnato la storia di quella regione, segnata da un notevole sottosviluppo. In questo senso, Cláudio Accurso⁵⁷ afferma :

"Os que pensam em reproduzir na periferia as sociedades desenvolvidas esquecem a história, não se dando conta de que subdesenvolvimento não é etapa como se apregoa, antes é um subproduto histórico, cristalização que

⁵⁴ Idem, p. 62.

⁵⁵ MENEZES, Alfredo da Mota. *Opus cit.*, p. 130.

⁵⁶ "Però, la causa più importante per la perdita di dinamismo del MCCA, fu la crescente insoddisfazione regionale con riguardo alla distribuzione di costi e benefici. A ciò si aggiunge, guardando più indietro nel tempo, che le aspettative generali esistenti all'inizio dell'integrazione economica erano esagerate in relazione a cosa il processo in sé avrebbe potuto offrire".

⁵⁷ ACCURSO, Claudio. *Integrações Regionais na Periferia*. In: SEITENFUS, Vera M. e DE BONI, Luis. *Opus cit.*, p. 91.

ficou do desenvolvimento conhecido a partir do século XVI". ⁵⁸

5.3 Il Patto Andino e la Ripresa del Mercato Comune Latino-Americano.

Oltre ai programmi d'integrazione dell'ALALC e del MCCA, nel corso degli anni '60 altre iniziative sono nate con lo stesso proposito nella regione. Queste iniziative hanno avuto tuttavia una rilevanza in molti casi più simbolica che reale.

Il Patto Andino a sua volta ha avuto un particolare significato perché ha comportato dei cambiamenti di carattere politico-ideologico oltre a degli affetti economici. Ha inoltre riportato a galla il dibattito sulla creazione di un Mercato Comune Latino Americano.

Secondo Celso J. Silva ⁵⁹, nelle sue proporzioni iniziali, l'integrazione latino-americana, sorgeva come :

"(...) um instrumento de proteção às atividades industriais locais e como instrumento para promover o "desenvolvimento econômico regional". ⁶⁰

Inoltre, quel che si cercava erano delle opportunità reali per fare in modo che i Paesi latino-americani potessero partecipare al mercato internazionale con più competitività. Nello stesso tempo, come è dimostrato dai tentativi d'integrazione che hanno preceduto il Patto Andino, accadeva l'esatto inverso di quanto auspicato con la proposta di integrazione latino-americana.

Grazie all'interferenza costante degli Stati Uniti nei processi d'integrazione non è stato possibile realizzare gli scopi di questo processo.

Il 14 aprile 1967 i Presidenti degli Stati Americani e il Primo Ministro di Trinidad Tobago si sono riuniti a Punta del Este, Uruguay, con l'obiettivo di accelerare la creazione di un Mercato Comune Latino Americano, e, per tanto, hanno concordato

⁵⁸ "Coloro che pensano di riprodurre nella periferia le società sviluppate dimenticano la storia, non si rendono conto che il sottosviluppo non è una tappa, come s'insegna, anzi è un sottoprodotto storico, cristallizzazione che è rimasta dello sviluppo conosciuto dal secolo XVI".

⁵⁹ SILVA, Celson J. *Opus cit.*, p. 65.

⁶⁰ "(...) uno strumento di tutela alle attività industriali locali e come strumento per promuovere lo sviluppo economico regionale".

di appoggiare e sostenere l'Alleanza per il Progresso.

La "Alleanza per il Progresso" era un programma d'incentivo all'integrazione economica nell'America Latina sostenuto dal Governo degli Stati Uniti durante la Presidenza di John F. Kennedy; questo programma ha avuto il suo inizio con l'invito fatto dal Governo Kennedy il marzo 1961 a tutti gli Stati Americani ad aderire a una nuova "Alleanza per il Progresso". Su questo tema, insegna Celson J. da Silva ⁶¹:

"As delegações que aprovaram a "Aliança" em Punta del Este, em 17 de agosto de 1961, dirigiram a "Declaração aos Povos da América", na qual se estipulava que um dos seus objetivos seria acelerar a integração da América Latina, dando-se maior vigor à ALALC e ao MCCA". ⁶²

Nel frattempo, nonostante le intenzioni altruiste che sembravano animare il programma, il Governo di John Kennedy finì per trasformare quell'iniziativa in un programma assistenzialista, cosa che non ha per niente modificato le relazioni di dipendenza fra popoli latino-americani e gli Stati Uniti, oltre ad avere facilitato la tutela degli interessi di quel Paese nei processi d'integrazione, attraverso l'USAID (Agenzia degli Stati Uniti per lo Sviluppo Internazionale) e del BID (Banco Interamericano di Sviluppo). In tale modo, come si è osservato nel tentativo d'integrazione del MCCA, l'ingerenza nordamericana ha avuto un ruolo decisivo per destabilizzare il processo che era in corso.

Nell'agosto 1966 i Presidenti della Colombia, del Cile e del Venezuela, così come i rappresentanti dei Presidenti dell'Ecuador e del Perù, hanno adottato la "Dichiarazione di Bogotà" che proponeva delle misure che venissero ad assistere in modo migliore le condizioni dei Paesi minori o con mercati ancora insufficienti. L'obiettivo era quello di riuscire ad avere uno sviluppo armonico ed equilibrato per la regione.

La "Dichiarazione di Bogotà", insieme alla "Dichiarazione dei Presidenti degli Stati Americani" fatta a Punta del Este nel 1967 possono essere considerate come

⁶¹ SILVA, Celson J. *Opus cit.*, p. 66.

⁶² "Le delegazioni che hanno approvato l'"Aliança" a Punta dell'Este, il 17 agosto 1961, hanno diretto la "Declaração aos Povos da América", in cui si stipulava che uno fra i suoi obiettivi sarebbe stato accelerare l'integrazione dell'America Latina, dandosi maggiore vigore all'ALALC e al MCCA".

embrioni del progetto di creazione del Patto Andino, sottoscritto soltanto il 26 maggio 1969 con la firma del "Accordo d'Integrazione Sub-regionale" (Accordo di Cartagena) da parte dei governi della Colombia, della Bolivia, del Cile, dell'Equador e del Perù. Il Venezuela ha firmato l'accordo soltanto il 13 febbraio 1973.⁶³

La grande innovazione del Patto Andino è stata la proposta formalizzata attraverso la Decisione n.º 24, del 31 dicembre 1970, che stabiliva il Regime Comune di Trattamento del Capitale estero. Questa misura non aveva carattere protezionista e non rifiutava la presenza del capitale estero nella regione. Adottava soltanto delle norme che restringevano o condizionavano la presenza del capitale estero a determinati settori dell'economia, cercando di non pregiudicare l'economia regionale.

L'esistenza di un regime comune di trattamento agli investimenti stranieri nel contesto di un programma d'integrazione porta benefici e innumerevoli vantaggi per i Paesi che si integrano, come attesta Celso J. da Silva⁶⁴:

*"O regime comum pode aumentar o poder de negociação por parte da região frente aos investidores estrangeiros, uma vez que limita as vantagens e os benefícios que um país pode oferecer isoladamente, a fim de atrair para si o maior volume de capital externo. Depois que chega à área integrada, o capital estrangeiro passa a contar com os benefícios da proteção alfandegária e tem livre acesso ao mercado de outros países membros. Por isto, as vantagens e os benefícios adicionais que o investidor estrangeiro obtém em determinado país significam desvantagens para os investidores nacionais de todos os outros países membros".*⁶⁵

Nonostante questi benefici, il regime comune di trattamento al capitale estero è stato sempre al centro delle controversie sull'integrazione andina. Nella più seria di queste controversie, avvenuta nel 1976, il Cile ha proposto modificazioni sostanziali

⁶³ SILVA, Celso J. *Opus cit.*, p. 68.

⁶⁴ *Idem*, p. 71.

⁶⁵ "Il regime comune può aumentare il potere di negoziazione da parte della regione davanti agli investitori stranieri, una volta che limiti i vantaggi e i benefici che un paese può offrire isolatamente, allo scopo di attrarre per sé il maggiore volume di capitale estero. Una volta giunto nell'area integrata, il capitale straniero beneficia della protezione doganale e ha libero accesso al mercato degli altri paesi membri. Per tale motivo, i vantaggi e i benefici addizionali che l'investitore straniero ottiene in un determinato paese significano svantaggi per gli investitori nazionali di tutti gli altri paesi membri".

nella Decisione n.° 24.

Il Cile chiedeva l'eliminazione della clausola che riguardava la trasformazione delle società straniere in società nazionali o miste, richiedeva un aumento nella tassa applicabile alla rimessa dei profitti all'estero, così come l'autorizzazione per vendere al capitale straniero società privatizzate⁶⁶ durante il governo di Salvador Allende.⁶⁷

La confusa situazione finanziaria dei Paesi andini, insieme all'impasse creato dal Cile, hanno finito per indebolire la proposta del Patto Andino, e il capitale monopolistico internazionale si è visto, un'altra volta, come il grande favorito per l'integrazione andina.⁶⁸

5.4 Argentina e Brasile: Un passo verso l'integrazione.

Le relazioni fra Brasile ed Argentina sono sempre state segnate da divergenze. Durante la prima metà di questo secolo, l'Argentina, con una sua crescente urbanizzazione, con una popolazione più istruita e con un sorprendente aumento nell'economia, sembrava essere il più dinamico e il più forte fra i due Paesi. Il Brasile a sua volta riteneva quello sviluppo come parte di una politica espansionista che desiderava dominare la regione attraverso alleanze con gli altri Paesi di origini ispaniche. L'Argentina però vedeva il Brasile come un strumento della politica estera nordamericana nel Continente. Tutto ciò grazie agli stretti rapporti che il Brasile manteneva con quel Paese.⁶⁹

Negli anni '60 i rapporti hanno avuto qualche miglioramento in occasione della creazione dell'ALALC, di cui i due Paesi facevano parte. La politica estera dei due stati

⁶⁶ SILVA, Celson J. *Opus cit.*, p. 73.

⁶⁷ La politica marxista di Salvador Allende viene commentata da Dennis Kavanagh: " (...) Allende believed structural reforms including extensive nationalization-starting with the copper industry-and land reform would lay the groundwork for a transition from capitalism to socialism. However, this strategy of changing the constitution by constitutional means divided and weakened the left. The opposition forces - who controlled the mass media and received financial backing from the anti-Communist US government-united. A wave of strikes and extreme levels of polarization served as the pretext for the military coup on 11 September 1973. Regardless of whether Allende died during the bombing of the palace or committed suicide, he remains for many a martyr to the unique experiment in the peaceful road to socialism". In: KAVANAGH, Dennis. *Opus cit.*, p. 10.

⁶⁸ SILVA, Celson J. *Opus cit.*, p. 74.

⁶⁹ A New Phase in Latin American Integration?: The 1986 Agreements between Argentina and Brazil. Dossier n.° 8 (1986), Institute for European-Latin American Relations, p. 4.

si basava sulla pratica della "buona vicinanza", e, alla fine degli anni 60, c'era un considerevole contatto fra i due Stati, anche e soprattutto in relazione all'accentuata identità ideologica che si delineava nei due regimi militari.

Nel 1964 infatti avvenne il colpo militare in Brasile e due anni dopo fu l'Argentina ad avere i militari al potere. Secondo quanto osserva David Collier ⁷⁰:

"Estes golpes inauguraram períodos de domínio pelos militares como instituição, durante os quais as forças armadas procuraram promover o crescimento industrial acelerado baseado em novos investimentos estrangeiros maciços". ⁷¹

Il risultato delle dittature militari è stato differente nei due Paesi. Tale differenza può avere accentuato la disputa per l'egemonia ⁷² nel Continente. L'Argentina alla fine degli anni '60, e con più rapidità negli anni seguenti, ha avuto il suo parco industriale distrutto, le fabbriche cominciarono ad invecchiare e pochi erano gli investimenti in infrastruttura. Il Paese cominciava a fermarsi.

Il Brasile nel frattempo viveva l'auge del periodo identificato come il "miracolo economico" ⁷³. C'era un incremento nell'economia, e durante tutto il periodo che va dal 1968 al 1973 il Paese ha conosciuto tassi di crescita di due cifre valutati secondo il Prodotto Interno Lordo ⁷⁴. Era l'epoca della politica "produtivista", che credeva che un paese sottosviluppato doveva creare condizioni per l'investimento estero, in modo tale da accumulare capitale sufficiente per promuovere la grande spinta allo sviluppo economico. Ma era anche l'epoca del "Brasil: ame-o ou deixe-o", e, tanto la repressione quanto la tortura erano pratiche correnti nei famosi "porões da ditadura militar" che si

⁷⁰ COLLIER, David. *Opus cit.*, p. 11.

⁷¹ "Questi golpe hanno inaugurato periodi di dominio dei militari come istituzione, durante i quali le forze armate hanno cercato di promuovere la crescita industriale accelerata basata su nuovi investimenti stranieri massicci".

⁷² Il termine "egemonia" nel contesto storico dell'America Latina acquista il senso di "supremazia di uno Stato-nazione o di una comunità politico-territoriale dentro di un sistema. È in quest'ambito che la potenza egemonica esegue sugli altri una preminenza non soltanto militare, così come frequentemente economica e culturale, ispirandoli e condizionandoli alle opzioni, tanto per forza del suo prestigio, come in virtù del suo elevato potenziale d'intimidazione e coercizione; va fino al punto di costituire un modello per le comunità sulla sua egemonia." In: BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. UnB, 1986, p. 579.

⁷³ ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e Oposição no Brasil (1964-1984)*. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 145.

erano installati in Brasile.⁷⁵

In generale si può dire che il Brasile ha investito più in infrastrutture per la crescita industriale che l'Argentina, anche se questo periodo della storia brasiliana è stato quello in cui gli indici di concentrazione di reddito hanno raggiunto livelli drammatici e la povertà è cresciuta nella medesima proporzione dei guadagni dell'*élite* che aveva appoggiato il colpo di Stato militare. Il processo di impoverimento della popolazione brasiliana persiste fino ai nostri giorni.

Nel corso degli anni '70 i rapporti hanno preso una nuova direzione, e, nuovamente, le differenze si sono accentuate, principalmente con la firma del Trattato d'Itaipu fra Brasile e Paraguay per la costruzione della centrale idroelettrica sul fiume Paraná. L'Argentina affermava che questo progetto avrebbe pregiudicato i suoi interessi e presentiva la crescita dell'egemonia brasiliana nella regione.⁷⁶

Finalmente, nell'ottobre 1979 il primo passo per l'avvicinamento fra i due Paesi è stato fatto attraverso la firma di un Accordo Tripartito, che includeva anche il Paraguay e liquidava la divergenza sul migliore uso delle risorse del fiume Paraná.

Il fatto più importante tuttavia è stata la restaurazione della democrazia in Brasile e in Argentina, che senz'altro ha dato un nuovo impeto ai tentativi di avvicinamento fra i due Paesi. Con i Presidenti civili José Sarney e Raul Alfonsín, il rapporto fra i due Stati ha preso una rotta diversa e più promettente per una ripresa del progetto d'integrazione economica.

Il 29 novembre 1985 è stato inaugurato, in prossimità delle Cascate di Iguazu, il ponte "Tancredo Neves", collegando Porto Meira in Brasile a Puerto Iguazu in Argentina.

Da questa data in poi è scattato un processo intensivo di avvicinamento fra i due Paesi, che è culminato nella firma della "*Declaração de Iguazu*" il 30 novembre 1985.

Per la prima volta, in molti anni, i due Paesi, attraverso comunicati e

⁷⁴ Idem, p. 146.

⁷⁵ La frase "Brasile: lo ami o lo lasci" è stato il motto del governo del generale Emilio Medici, il più duro fra quelli che hanno fatto parte della dittatura militare brasiliana. La frase faceva un chiaro riferimento a tutti gli oppositori della dittatura, costretti, secondo il governo, ad amare il Brasile come gli veniva offerto dai generali o ad abbandonarlo e partire per l'esilio. Il termine "*porões da ditadura*" si riferisce alle tante cantine e magazzini utilizzati dalla polizia politica e dai boia militari per torturare – tante volte fino alla morte – qualsiasi sospetto d'attività "sovversiva".

⁷⁶ A New Phase in Latin American Integration?: The 1986 Agreements between Argentina and Brazil, p. 17

dichiarazioni ufficiali, hanno sancito punti di vista comuni su vari assunti. Era il passo iniziale per una azione unitaria nel contesto internazionale. Secondo quanto osserva Mota Menezes, il 30 luglio 1986 ⁷⁷:

"Alfonsín e Sarney assinaram em Buenos Aires, a Ata para a Integração Argentino-Brasileira e Protocolos, convencidos da necessidade de convocar seus povos no esforço comum para enfrentar os obstáculos de hoje e os desafios do século XXI; conscientes da importância do momento, principalmente na consolidação da democracia como sistema de vida e de governo; seguros que a criação de um espaço econômico comum amplia as perspectivas de crescimento e bem-estar de seus povos e que tal programa é importante para a integração da América Latina". ⁷⁸

In tale modo, i due Presidenti hanno deciso di lavorare per il successo dell'integrazione e hanno invitato il Presidente dell'Uruguay, Julio Maria Sanguinetti, a partecipare delle discussioni, guardando alla futura associazione dell'Uruguay al Progetto d'Integrazione per l'America Latina.

Questa proposta d'integrazione, paragonata alle precedenti, presentava un cambiamento radicale: questa volta sembrava che ci fosse una volontà politica e gli imprenditori erano co-partecipi dell'arrivo di una futura integrazione economica.

Il Patto per l'integrazione è composto da 12 Protocolli, che trattano i più diversi temi, come: capitali, grano, complemento di rifornimento di alimentazione, espansione del commercio, imprese binazionali, fondi d'investimenti, materia finanziari, energia, biotecnologia, studi economici, informazioni immediate e assistenza reciproca in caso di incidenti nucleari, emergenze radiologiche e cooperazione nel settore aeronautico. Altri protocolli sulla siderurgia, trasporti terrestri e marittimi, comunicazione e cooperazione nucleare, sono stati firmati più tardi. Tutto ciò in un totale di 24 Protocolli fino al 1988.

Quel che si voleva raggiungere attraverso questo accordo fra Brasile ed

⁷⁷ MENEZES, Alfredo da Mota. *Opus cit.*, p. 223.

⁷⁸ "Alfonsín e Sarney hanno firmato a Buenos Aires l'Atto per l'Integrazione Argentino-Brasiliana e Protocolli, convinti della necessità di convocare i loro popoli nello sforzo comune per affrontare gli ostacoli di oggi e le sfide del secolo XXI; consapevoli dell'importanza del momento, principalmente nella consolidazione della democrazia come sistema di vita e di governo; rassicurati che la creazione di

Argentina, secondo i Protocolli firmati, era una crescita e un equilibrio nel commercio bilaterale e un crescente e stabile sviluppo nei due Paesi; superare gli ostacoli per una effettiva cooperazione, specificatamente nei riguardi dell'economia; aumentare la capacità dei due Paesi d'incontrare il cammino per una economia più autonoma con sviluppo tecnologico; concretizzare la democrazia nei due Paesi ed implementare un processo per lo sviluppo sociale, dando così migliori condizioni di vita ai popoli integrati; rinforzare l'influenza dei due Paesi nel campo internazionale e incentivare il processo per l'integrazione Latino Americana.⁷⁹

In buona sostanza, i Protocolli d'Integrazione Economica, firmati fra Brasile e Argentina, proponevano un processo d'integrazione globale e graduale: l'integrazione sarebbe stata fatta in modo progressivo e avrebbe toccato diversi aspetti, non soltanto riguardanti l'apertura di mercati.

Oltre a ciò, l'integrazione era pensata in modo più ampio, tenendo in debito conto le continue trasformazioni sulla scena internazionale. Così, una comprensione della situazione mondiale era necessaria di fronte alla crescita della competitività e al sorgere di blocchi economici sempre più chiusi. L'apertura che si proponeva nell'integrazione Brasile-Argentina era bilaterale e preservava un certo limite in rapporto al mercato esterno.

5.5 Dal Trattato di Asunción al consolidamento del MERCOSUL.

Alla fine degli anni '80, questo quadro si trasforma radicalmente con i cambiamenti politici avvenuti tanto in Brasile quanto in Argentina. Fernando Collor de Melo è il nuovo Presidente del Brasile⁸⁰ e Carlos Menem sale al potere in Argentina⁸¹.

uno spazio economico comune amplia le prospettive di crescita e benessere dei suoi popoli e che tale programma è importante per l'integrazione dell'America Latina".

⁷⁹ *A New Phase in Latin American Integration? Opus cit.*, p. 18.

⁸⁰ Fernando Collor de Mello ha vinto il ballottaggio contro i candidati di sinistra, Luís Inácio Lula da Silva, nell'elezione diretta per il Presidente della Repubblica Federativa del Brasile il 15 novembre 1989. Viene insediato il 15 marzo 1990 e subito annuncia un piano economico eterodosso contro l'inflazione, congelando i conti bancari per 18 mesi.

⁸¹ Carlos Saúl Menem viene eletto Presidente della Repubblica Argentina il 14 maggio 1989. Assume il governo pochi mesi dopo, nel bel mezzo di una profonda crisi economica. Anche se proveniente dagli ambienti del peronismo, Menem già dai primi giorni di governo adotta una politica estera di fermo avvicinamento agli Stati Uniti.

Ispirati dalle idee neoliberiste ed internazionaliste, i due Presidenti sottoscrivono il 6 luglio 1990 l'Atto di Buenos Aires, embrione del Progetto MERCOSUL.

Inizialmente, il termine stabilito per il raggiungimento dell'integrazione dagli ex-Presidenti José Sarney e Raul Alfonsín nell'"Atto per l'Integrazione Argentino-Brasileira", era il 31 dicembre 1999. Fernando Collor e Carlos Menem, con una brusca accelerazione, lo anticiparono al 31 dicembre 1994.

Con l'ascesa di forze politiche che si identificavano con un modello economico più liberale⁸², si è cambiato il sentiero politico-economico del processo di integrazione: secondo Tarson Nuñez, tanto Fernando Collor quanto Carlos Menem, così come Alberto Lacalle, Presidente dell'Uruguay e André Rodriguez Presidente del Paraguay⁸³:

"(...) enquadraram-se num perfil político com as teses de redução do Estado, de desregulamentação, de privatizações e, fundamentalmente, de abertura indiscriminada das nossas economias com relação ao mercado mundial".⁸⁴

È in questo nuovo contesto politico che il 26 marzo 1991 viene firmato dai Presidenti Fernando Collor (Brasile), Carlos Menem (Argentina), André Rodriguez (Paraguay) ed Alberto Lacalle (Uruguay) il Trattato di Assunción, costitutivo del "Mercado Comum do Sul" – MERCOSUL, che doveva essere confermato il 31 dicembre 1994 fra Brasile ed Argentina, come detto in precedenza, e il 31 dicembre 1995 fra i quattro Paesi.

Secondo Eugênio Garcia Vargas⁸⁵, il Trattato di Asunción incorpora meccanismi anteriormente concordati fra Brasile ed Argentina, adottando inoltre come struttura il Consiglio del Mercato Comune (CMC) in qualità di organo supremo inter-governativo,

⁸² Il termine liberale si associa alle pratiche politiche destabilizzanti, conformi alla definizione di Norberto Bobbio, "(...) nunca foi própria do Liberalismo a idéia do Estado administrativo (...)". Per molti aspetti, l'espressione acquista una connotazione negativa, imputando a coloro che siano ritenuti come "liberali" il gravame di non essere preoccupati per questioni più rilevanti, come i problemi sociali. In: BOBBIO; Norberto. *Opus cit.*, p. 698.

⁸³ NUÑEZ, Tarson. Os Impactos Sociais da Integração Regional. *Análise Conjuntural, Indicadores Econômicos*. Porto Alegre, n.º 1 (1992), RSV20, p. 132.

⁸⁴ " (...) si inquadrano sotto il profilo politico con le tesi di riduzione dello Stato, di non regolamentazione, di privatizzazioni e, fundamentalmente, di apertura indiscriminata delle nostre economie al mercato mondiale".

⁸⁵ L'autore ancora rileva che il commercio regionale all'interno del blocco, dalla firma del Trattato di Assunción fino al 1997, dovrà crescere del 312%. In: VARGAS GARCIA, Eugênio. *Cronologia das Relações Internacionais do Brasil*. São Paulo: Alfa-Omega, 2000, p. 179.

e il Gruppo Mercato Comune (GMC), organo esecutivo e coordinatore dei 10 sottogruppi di lavoro.

Il Progetto d'Integrazione, con questa nuova iniziativa, diventa più flessibile, con una accelerazione per il raggiungimento degli scopi e una riduzione dei termini di scadenza.

Secondo Tarson Nuñez⁸⁶, si verifica un cambiamento profondo nel contenuto del progetto:

*"A integração passa a ser abordada a partir dos princípios liberais. A competitividade passa a ser o paradigma que norteia toda a condução política e a definição dos marcos que definirão o futuro mercado unificado. Além disso, a visão da articulação do processo de integração com a economia mundial também se altera radicalmente. Ao contrário do projeto anterior, a integração é entendida como um processo de abertura completa das nossas economias".*⁸⁷

Questa ricerca della competitività come fattore essenziale per l'inserimento del sistema regionale nell'economia mondiale e come prima direttiva per la ripresa della crescita, può essere constatata nelle politiche del Governo Menem (apertura dell'economia, dollarizzazione, privatizzazioni, condizioni privilegiate al capitale nordamericano) così come nei discorsi del Governo di Fernando Collor.

Per quel che riguarda i termini di scadenza per la creazione della zona di libero scambio fra Brasile ed Argentina, Ricardo Seitenfus sostiene polemicamente che⁸⁸:

"O início do processo integracionista teve como horizonte factível de criação de uma zona de livre comércio entre Argentina e Brasil o limiar do novo século. Por razões estritamente políticas, diria mais, de pequena política, pois trata-se unicamente de prestígio, os presidentes Menem e

⁸⁶ NUÑEZ, Tarson. *Opus cit.*, p. 133.

⁸⁷ "L'integrazione viene affrontata a partire dai principi liberali. La competitività diviene il paradigma che dirige tutta la conduzione politica e la definizione degli elementi che contraddistinguono il futuro mercato unificato. Oltre a ciò, la visione dell'articolazione del processo d'integrazione con l'economia mondiale si altera radicalmente. Al contrario del progetto anteriore, l'integrazione è intesa come un processo di apertura completa delle nostre economie".

Collor reduziram os prazos para a criação dessa zona de livre comércio para 31 de dezembro de 1994, para que sejam eles, dentro de seus respectivos mandatos, a serem os signatários deste importante ato internacional".⁸⁹



Tanta urgenza nell'esecuzione di misure che inglobano delle economie distinte, differenze strutturali, storiche, congiunturali, come è stato constatato con i tentativi integrazionisti anteriori, può soltanto portare alla conclusione che effettivamente non c'è stato nessuno fondamento teorico per la definizione di questo termine di scadenza.

Va detto in questo senso che è importante, pertanto, che i governi coinvolti in questo processo abbiano coscienza e buon senso per accettare l'idea di salvaguardie temporali e settoriali.

Nonostante tutti gli ostacoli iniziali, il Progetto MERCOSUL ha come principi e propositi iniziali quelli di promuovere:

- la libera circolazione dei beni, servizi e fattori produttivi fra gli Stati appartenenti attraverso la promozione da parte degli stessi di un programma di liberalizzazione commerciale;
- riduzioni tariffarie progressive;
- eliminazione di restrizioni non-tariffarie;
- dazio zero nell'ambito del commercio tra gli Stati membri;
- stabilimento di una tariffa esterna di politica commerciale comune;
- armonizzazione delle legislazioni nelle aree di commercio estero, agricola, industriale, fiscale, monetaria, cambiaria, così come capitali, servizi, dogana, trasporti e comunicazioni;
- legislazioni nazionali per ridurre importazioni i cui prezzi siano influenzati da aiuti di Stato, dumping⁹⁰ o qualsiasi altra pratica sleale⁹¹.

⁸⁸ SEITENFUS, Ricardo A. S. O Governo Itamar e o MERCOSUL. Folha de São Paulo.

⁸⁹ "L'inizio del processo integrazionista ha avuto come orizzonte fattibile la creazione di una zona di libero scambio fra Argentina e Brasile agli inizi del nuovo secolo. Per ragioni soltanto politiche, o meglio, di meschina politica, perché trattasi unicamente di prestigio, i presidenti Menem e Collor hanno ridotto le scadenze per la creazione di questa zona di libero scambio al 31 dicembre 1994, ciò per fare in modo che siano loro, entro i loro rispettivi mandati, ad essere i firmatari di quest'importante atto internazionale".

⁹⁰ Il dumping può essere inteso come un modo di vendita in cui il prodotto è commercializzato a sottocosto.

⁹¹ TRATTATO DI ASUNCIÓN del 26 marzo 1991. (Trattato per la costituzione di un Mercato Comune

I governi che integrano il MERCOSUL devono riconoscere che uno degli aspetti più rilevanti della realtà internazionale attuale è la formazione di spazi economici preferenziali, e che, secondo Seitenfus ⁹²:

▼

"(...) para nós, o jogo do MERCOSUL é o único que podemos jogar na cena internacional com razoável chance de sucesso". ⁹³

Peraltro, in un mondo in cui prevale la logica della globalizzazione e dell'integrazione produttiva, può sembrare estremamente difficile in un primo momento che si possa realizzare l'integrazione tenendo conto dei costi socio-ambientali inerenti a questo processo.

Tuttavia, soltanto cambiando la visione mercantilista, dalla non sottomissione ai desideri neoliberali – indebolimento dello Stato – e ai *dictat* nordamericani attraverso l'Iniziativa delle Americhe⁹⁴, il MERCOSUL potrà favorire lo sviluppo economico, sociale e culturale delle nostre società, promuovendo l'auto-sostegno e l'autodeterminazione degli Stati Componenti.

Successivamente al Trattato di Asunción, vengono firmati diversi protocolli che perfezionano, ampliano ed approfondiscono il sistema d'integrazione regionale. In questo senso, il 17 dicembre 1991, in occasione del I Vertice del MERCOSUL con la riunione del Consiglio Mercato Comune, tenutosi a Brasilia, gli Stati parti hanno approvato il Sistema di Risoluzione di Controversie, più conosciuto come "Protocollo di Brasilia". Tale documento stabilisce tre meccanismi extragiudiziali per la risoluzione dei conflitti originari dell'interpretazione della normativa primaria e secondaria del sistema d'integrazione regionale: il negoziato, la conciliazione, e l'arbitrato.

Il 14 ottobre 1992 gli Stati parti del MERCOSUL approvano il Calendario di Las Leñas, diretto a dare avvio al compimento degli impegni fissati dal Trattato di

fra la Repubblica Argentina, la Repubblica Federativa del Brasile, la Repubblica del Paraguay e la Repubblica Orientale dell'Uruguay).

⁹² SEITENFUS, Ricardo A. S. *Opus cit.*, p.

⁹³ " (...) per noi, il gioco del MERCOSUL è l'unico che possiamo giocare nella scena internazionale con ragionevole chance di successo".

⁹⁴ L'iniziativa per le Americhe fu un piano proposto nel giugno 1990 dal Presidente nordamericano George Bush come soluzione per lo sviluppo latino-americano. La consonanza con gli interessi degli Stati Uniti ha fatto sì che la proposta sembrasse un piano architettato con l'intento di assicurare e consolidare ancora di più gli interessi dei grandi gruppi economici transnazionali in America Latina.

Asunción.

Il 17 dicembre 1994 viene firmato a Ouro Preto, in Brasile, il Protocollo che modifica parzialmente il Trattato di Asunción, articolando la struttura istituzionale del MERCOSUL e conferendo personalità giuridica internazionale al blocco. In tale ambito, il MERCOSUL viene configurato come accordo di natura intergovernativa con procedura di decisione fondata sulla regola del consenso.

Con il primo gennaio 1995 viene adottata la Tariffa Esterna Comune (TEC), entrando in vigore l'unione doganale imperfetta che caratterizza il sistema del MERCOSUL. Rimangono escluse da questa le merci considerate sensibili, elencate in liste apposite presentate dagli Stati Parti e che dovranno essere definitivamente eliminate entro il 2006, data della fine del periodo di transizione per una unione doganale completa.

Successivamente, è stato firmato a Madrid, il giorno 15 dicembre 1995, l'Accordo-quadro di Cooperazione fra MERCOSUL e Unione Europea, principale partner commerciale dei quattro paesi latino americani.⁹⁵

Il 25 giugno 1996 viene firmato a San Luis, in Argentina, durante il X Vertice del MERCOSUL, l'Accordo di Libero Scambio fra MERCOSUL e Cile. Quest'ultimo Stato diviene inoltre membro-associato del raggruppamento regionale. Nella stessa data viene approvata la Dichiarazione Presidenziale sul Compromesso Democratico dei Paesi del MERCOSUL.⁹⁶

Pochi mesi dopo inizia il processo di associazione della Bolivia al mercato comune del sud. Ciò avviene il 17 dicembre 1996 tramite la firma, a Fortaleza, degli intendimenti mirando la conformazione di una *Área de Livre Comércio entre o MERCOSUL e a Bolívia*.

In tale periodo è possibile già riscontrare una forte crescita negli scambi

⁹⁵ Nel mese di dicembre dello stesso anno ha luogo a Miami il I Vertice delle Americhe, con la partecipazione dei capi di Stato e di Governo di tutto il continente americano. L'incontro proclama, fra gli altri punti, l'obiettivo di aprire i negoziati entro il 2005 per costituire l'ALCA - Area di Libero Scambio delle Americhe. Con la III Riunione dei ministri responsabili per il Commercio dell'Emisfero Sud, avuta a Belo Horizonte (Brasile) il 16 maggio 1997 vengono consolidati i principi per i negoziati dell'ALCA, che sono: decisioni per consenso, compatibilità con l'OMC e coesistenza dell'ALCA con gli accordi bilaterali e sotto regionali d'integrazione, libero scambio più ampio o profondo. Nel II Vertice delle Americhe, avuto Santiago del Cile il 19 aprile 1998, viene affidata al Brasile la copresidenza del processo di negoziati dell'ALCA dalla tappa conclusiva del 2002 in poi. L'altra copresidenza viene data agli Stati Uniti, che non ha ottenuto dal loro Congresso il *fast track* per condurre i negoziati.

commerciali tra gli Stati parti dell'accordo. In particolare, nel 1996, il 28% delle esportazioni brasiliane sono state destinate all'Unione Europea, il 22% al NAFTA e il 21% ai paesi del Sud America, il 15% agli Stati partecipanti del MERCOSUL.⁹⁷



⁹⁶ VARGAS GARCIA, Eugénio. *Opus cit.*, p. 179.

⁹⁷ *Idem*, *ibidem*.

CAPITOLO SESTO
La Struttura Organica



v
.



Nell'istituire il sistema giuridico del MERCOSUL, il Trattato di Asunción ha articolato una struttura istituzionale diretta al consolidamento degli obiettivi previsti dal trattato stesso. La medesima struttura funzionale aveva, però, un carattere provvisorio, dovendo essere posteriormente sostituita da una permanente e più adeguata. Mediante la firma del "Protocollo addizionale al Trattato di Asunción sulla struttura istituzionale del MERCOSUL" che ha avuto luogo nella città brasiliana di Ouro Preto il 17 dicembre 1994, si è instaurata la struttura organizzativa definitiva del MERCOSUL. Bisogna sottolineare, però, che nessuna grande modifica è stata realizzata nella struttura provvisoria ormai esistente. Sono rimaste in gran parte le deficienze che non permettono di contestualizzarla come una struttura funzionale adeguata a raggiungere le finalità d'integrazione auspicate, ossia, la costituzione di un mercato comune.

Come organi esecutivi, con il compito di amministrazione ed esecuzione del Trattato e dei rispettivi accordi e protocolli complementari, sono rimasti il Consiglio del Mercato Comune (CMC) e il Gruppo Mercato Comune (GMC).

Parallelamente a questi organi, il Protocollo di Ouro Preto ha istituito degli organi gestori accessori, con funzione di ausilio nella conduzione e gestione del processo d'integrazione. Tali organi sono: la Commissione di Commercio del MERCOSUL (CCM), il Foro Consultivo Economico e Sociale (FCES) e la Segreteria Amministrativa del MERCOSUL (SAM).

6.1 Il Consiglio del Mercato Comune

Il Consiglio Mercato Comune (CMC) è previsto dall'articolo 9 ed istituito dall'articolo 10 del Trattato di Asunción. Quest'ultimo dispositivo, in particolare, prevede che:



"O Conselho é o órgão superior do Mercado Comum, correspondendo-lhe a condução política do mesmo e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos e prazos estabelecidos para a constituição definitiva do Mercado Comum".⁹⁸

In questo quadro, il Trattato di Asunción ha concesso a tale organo il ruolo principale nella gerarchia del MERCOSUL. Questo significativo ruolo si riflette chiaramente nella sua composizione, fatta dai ministri degli Affari Esteri e dell'Economia degli Stati parti.

L'articolo 12 del Trattato di Asunción prevede che la presidenza del CMC è a rotazione fra gli Stati parti – con periodi di presidenza di sei mesi – e che le riunioni dello stesso saranno coordinate dai ministri degli Affari Esteri. A tali riunioni potranno essere invitati a partecipare altri ministri o autorità allo stesso livello.

La composizione iniziale del CMC, secondo il disposto nel Trattato di Asunción, era strutturato in modo che la natura e le funzioni svolte dal Consiglio avessero più che altro una natura politica⁹⁹. In questo modo, fino alla firma del Protocollo di Ouro Preto, il CMC assomigliava molto di più ad una conferenza permanente di ministri¹⁰⁰. Tutto

⁹⁸ "Il Consiglio è l'organo superiore del Mercato Comune, al quale corrisponde la conduzione politica del medesimo e la presa di decisioni per assicurare l'attuazione degli obiettivi e dei termini di scadenza stabiliti per la costituzione definitiva del Mercato Comune".

⁹⁹ Una prova significativa di questa natura politica è la necessità imposta dal Trattato di Asunción che ci sia almeno un riunione annuale con i presidenti degli Stati parti.

¹⁰⁰ In questo primo momento il ruolo del CMC nel MERCOSUL è rimasto circondato di incertezze. Il Trattato di Asunción non precisava sufficientemente quali erano i compiti dell'organo, facendolo sembrare una mera conferenza di ministri come, ad esempio, quella dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC), che, secondo l'articolo IV (1) del suo accordo istitutivo, è: "(...) una Conferenza dei ministri composta da rappresentanti di tutti i membri che si riunisce almeno una volta ogni due anni. La Conferenza dei ministri svolge le funzioni dell'OMC e prende le iniziative a tal fine necessarie. La Conferenza dei ministri è abilitata a prendere decisioni in relazione a tutti gli aspetti contemplati dagli accordi commerciali multilaterali, su richiesta di un membro, conformemente agli specifici requisiti del processo decisionale previsti dal presente accordo e dall'accordo commerciale multilaterale in questione". Sulla struttura dell'OMC, vedi, ADINOLFI, Giovanna. L'Organizzazione Mondiale del Commercio. Profili Istituzionali e Normativi. Padova: CEDAM, 2001; VENTURINI, Gabriella. L'Organizzazione Mondiale del Commercio. Giuffrè: Milano, 2000.

ciò perché in quell'epoca, considerata periodo provvisorio, si cercava la costituzione definitiva del mercato comune.

Con l'avvento del Protocollo di Ouro Preto e l'introduzione di nuove disposizioni concernenti le funzioni svolte dal CMC e la personalità giuridica dell'accordo regionale, la natura del CMC e del MERCOSUL sono state significativamente cambiate. Questo cambiamento viene commentato dal giurista brasiliano Luiz Olavo Baptista¹⁰¹ :

*"Aujourd'hui, le CMC est l'organe de direction sùpreme d'une organisation internationale, maintenant toutefois son caractère de conférence ministérielle, comme nous pouvons le constater à la lecture de l'article 3 du Protocole de Ouro Preto. La rédaction de celui-ci, bien que reproduisant de manière très ressemblante celle de l'article 10 du Traité d'Asunción, acquiert une autre valeur, car il s'insère dans un autre contexte".*¹⁰²

Questo nuovo contesto citato da Baptista riguarda più che altro il fatto che, se prima il Trattato di Asunción non distribuiva funzioni specifiche al Consiglio Mercato Comune¹⁰³ – segnalandole genericamente nella presa di decisioni allo scopo di assicurare il rispetto dei termini di scadenza e gli obiettivi fissati dallo stesso Consiglio –, con la firma del Protocollo di Ouro Preto sono state introdotte delle funzioni precise e

¹⁰¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 131.

¹⁰² L'autore continua la sua riflessione affermando che gli obiettivi presenti nell'articolo 3 del Protocollo di Ouro Preto implicano lo svolgimento di attività normative e di controllo.

¹⁰³ È interessante rilevare che nel caso del Consiglio dei Ministri dell'Associazione Latino Americana d'Integrazione (ALADI) – accordo regionale che in certo modo ha preceduto il MERCOSUL –, gli articoli 30, 31 e 32 del Trattato di Montevideo, che l'ha istituita, già disponevano in modo esaustivo circa il ruolo e le attribuzioni dell'organo. In particolare, l'articolo 30 prevede che: "Il Consiglio è l'organo supremo dell'Associazione e adotterà le decisioni che corrispondano alla conduzione politica superiore del processo d'integrazione economica". E l'articolo 31 ne completa la previsione: "Il Consiglio sarà costituito dai Ministri degli Affari Esteri dei paesi membri. Quando, in alcuni paesi membri, la competenza degli argomenti d'integrazione sia attribuita a un Ministro o Segretario di Stato distinto dal Ministro degli Affari Esteri, il paese membro potrà essere rappresentato nel Consiglio, con pieni poteri, dal rispettivo Ministro o dal Segretario". Nel caso dell'Accordo di Cartagena, costitutivo del Patto Andino, il Consiglio dei Ministri degli Affari Esteri non è l'organo massimo del sistema. In realtà, tale ruolo viene svolto dal Consiglio presidenziale, formato dai Capi di Stati. In qualsiasi modo, basta la lettura della Sezione B (articoli 15 a 20) dell'Accordo (in cui vengono specificate in modo preciso le attribuzioni dell'organo), per rendersi conto che è compito del Consiglio dei Ministri dare impulso all'iniziativa, così come determinare le linee generali del sistema.

concrete¹⁰⁴. Su questo tema Luiz Olavo Baptista osserva¹⁰⁵:

"Il faut également noter qu'à l'origine, il n'était pas fait référence de façon aussi précise à ces fonctions; il est donc intéressant de voir que 11 des paragraphes de l'article 8 du Protocole de Ouro Preto sont consacrés à l'énumération de celles-ci".

La previsione delle funzioni del CMC nei succitati undici paragrafi dell'articolo 8 del Protocollo di Ouro Preto¹⁰⁶ ha offerto un contenuto concreto e preciso al Consiglio, rinnovando in modo significativo la sua attuazione nel seno del MERCOSUL. Questi paragrafi determinano sostanzialmente che il CMC deve:

- a) Sorvegliare sul compimento del Trattato de Asunción, dei suoi Protocolli e degli accordi firmati nel suo ambito;
- b) Formulare politiche e promuovere le azioni necessarie all'adeguamento del mercato comune;
- c) Esercitare la titolarità della personalità giuridica del MERCOSUL;
- d) Negoziare e firmare accordi a nome del MERCOSUL con Stati terzi,

¹⁰⁴ Dopo le modifiche svolte dal Protocollo di Ouro Preto sono diventate innegabili le somiglianze fra il Consiglio Mercato Comune e il Consiglio dell'Unione Europea. In tale senso, è possibile affermare che il primo si ispira al secondo. Tale fatto può essere chiaramente constatato attraverso l'esame del ruolo dei due Consigli nelle rispettive sfere giuridiche. Per quel che concerne il Consiglio dell'Unione Europea: *"Le Conseil de l'Union européenne – fréquemment appelé Conseil des Ministres – est composé de représentants des Etats membres. Les décisions qu'il prend sont préparées, à partir des propositions de la Commission, par les administrations nationales représentées dans le COREPER et d'autres organes plus spécialisés. La possibilité pour le Conseil de prendre ses décisions à la majorité a été progressivement étendue. Elle n'est cependant pas encore généralisée. Le Conseil demeure, en dépit de l'élargissement des pouvoirs du Parlement européen, le principal titulaire du pouvoir de décisions dans la Communauté"*. In: MANIN, Philippe. *Opus cit.*, p. 193 ss. Vedi, inoltre, BALLARINO, Tito. *Opus cit.*, p. 47 ss.; FERRARI BRAVO, Luigi et MOAVERO MILANESI, Enzo. *Opus cit.*, p. 55 ss.; RIDEAU, Joël. *Opus cit.*, p. 266 ss.

¹⁰⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 130.

¹⁰⁶ *"São funções e atribuições do Conselho do Mercado Comum: I. Velar pelo cumprimento do Tratado de Assunção, de seus Protocolos e dos acordos firmados em seu âmbito; II. Formular políticas e promover as ações necessárias à conformação do mercado comum; III. Exercer a titularidade da personalidade jurídica do Mercosul; IV. Negociar e firmar acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organizações internacionais. Estas funções podem ser delegadas ao Grupo Mercado Comum por mandato expresso, nas condições estipuladas no inciso VII do artigo 14; V. Manifestar-se sobre as propostas que lhe sejam elevadas pelo Grupo Mercado Comum; VI. Criar reuniões de ministros e pronunciar-se sobre os acordos que lhe sejam remetidos pelas mesmas; VII. Criar os órgãos que estime pertinentes, assim como modificá-los ou extingui-los; VIII. Esclarecer, quando estime necessário, o conteúdo e o alcance de suas Decisões; IX. Designar o Diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul; X. Adotar Decisões em matéria financeira e orçamentária; XI. Homologar o Regimento Interno do Grupo Mercado Comum"*.

- gruppi di paesi ed organizzazioni internazionali (queste funzioni possono essere delegate al Gruppo Mercato Comune per mandato espresso, alle condizioni stabilite nell'inciso VII dell'articolo 14);
- e) Esaminare le proposte che gli siano sottoposte dal Gruppo Mercato Comune;
 - f) Indire riunioni di ministri e pronunciarsi sugli accordi che gli siano inviati dalle stesse;
 - g) Creare gli organi che ritenga pertinenti, così come modificarli o estinguerli;
 - h) Chiarire, quando ritenga necessario, il contenuto e la portata delle sue Decisioni;
 - i) Designare il Direttore della *Secretaria Administrativa do MERCOSUL*;
 - j) Adottare Decisioni in materia finanziaria e di bilancio;
 - k) Conservare il Regolamento Interno del Gruppo Mercato Comune;

Oltre alle precisazioni ed aggiunte suindicate, il Protocollo di Ouro Preto ha previsto all'interno del suo articolo 9 l'obbligatorietà per gli Stati parti di applicare gli atti giuridici emanati dal Consiglio Mercato Comune, ovvero, le decisioni :

*"O Conselho do Mercado Comum manifestar-se-á mediante Decisões, as quais serão obrigatórias para os Estados Partes".*¹⁰⁷

Tale dispositivo, in cui viene affrontata la capacità decisionale del CMC, inserisce per la prima volta nell'ambito del sistema giuridico del MERCOSUL l'obbligatorietà degli atti giuridici emanati da organi del sistema d'integrazione. In questo modo, una volta emanato questo atto giuridico, gli Stati parti si trovano immediatamente vincolati alla sua adozione.

La procedura di presa di decisioni da parte del CMC obbedisce alla regola del *consensus*¹⁰⁸. Tale istituto presuppone che, per essere adottata una decisione, sia

¹⁰⁷ "Il Consiglio Mercato Comune si manifesterà mediante Decisioni, le quali saranno obbligatorie per gli Stati Parti".

¹⁰⁸ Il processo decisionale utilizzato nell'ambito della Conferenza dei Ministri dell'OMC, previsto dall'articolo IX (1) dell'accordo istitutivo, dispone che queste verranno prese: "(...) in base alla

necessaria la presenza di tutti i membri che compongono l'organo. Ovviamente, un sistema di presa di decisioni che si avvale del consenso non è il più appropriato in un sistema d'integrazione regionale in cui si trovano due potenze economiche come Brasile ed Argentina, accanto ad altri due stati con piccole economie. Luiz Olavo Baptista commenta le ragioni che hanno condotto all'adozione di tale sistema¹⁰⁹ :

"Cette forme de délibération a fait l'objet d'après négociations et évidemment elle ne représente pas la solution parfaite mais c'était la seule possible face à la revendication des deux petits pays qui se refusaient à accepter un système de votes pondérés qui accorderait une certaine prépondérance aux deux pays majeurs".

In ogni caso, nonostante l'adozione di un sistema decisionale che non rispecchia la vera realtà politico-economica della regione, è stato possibile, attraverso lo svolgimento delle attività istituzionali, pian piano stabilire i fondamenti del MERCOSUL. Continuando la riflessione in tal senso, Baptista sottolinea ancora che, il fatto che siano state create le basi dell'organismo internazionale tramite questo sistema decisionale, ha indotto il legislatore ad optare per mantenerlo anche nell'ambito del Protocollo di Ouro Preto. Tutto ciò a beneficio, di conseguenza, dei due piccoli paesi che appartengono all'accordo regionale: l'Uruguay e il Paraguay.¹¹⁰

maggioranza dei voti espressi, salvo diverse disposizioni del presente accordo e dell'accordo commerciale multilaterale in questione". Nell'ambito del Consiglio dell'Unione Europea vige il sistema dei voti ponderati, previsto dall'articolo 205 del Trattato di Roma, ossia, mediante l'attribuzione ai singoli Stati di un numero differenziato di voti in relazione alle loro popolazioni: per Germania, Italia, Francia, Regno Unito: 10 voti; Spagna, 8 voti; Belgio, Paesi Bassi, Grecia, Portogallo: 5 voti; Austria, Svezia: 4 voti; Danimarca, Finlandia, Irlanda: 3 voti; Lussemburgo, 2 voti. Per le deliberazioni viene richiesta una maggioranza qualificata di 62 voti indipendentemente da quanti siano gli Stati membri favorevoli alla proposta, se quest'ultima viene fatta dalla Commissione; o 62 voti, nel caso in cui almeno 10 Stati membri siano favorevoli alla proposta in tutti gli altri casi. Nel caso dell'ALADI, la presa di decisione viene disciplinata dall'articolo 43 del Trattato di Montevideo, che stabilisce che il Consiglio, la Conferenza e il Comitato adotteranno le loro decisioni mediante il voto positivo di due terzi degli Stati membri. Lo stesso dispositivo prevede che alcune materie specifiche, come ad esempio gli emendamenti al trattato istitutivo, richiedono che le decisioni al riguardo siano approvate da due terzi dei voti positivi, senza che ci siano voti contrari. Il sistema del Patto Andino prevede, invece, la necessità del *consensus* per la presa di decisioni nell'ambito del Consiglio dei Ministri degli Affari Esteri (articolo 17 dell'Accordo di Cartagena).

¹⁰⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 134.

¹¹⁰ Baptista afferma, però, che la tendenza naturale del MERCOSUL è quella di seguire il modello della Comunità Europea, che utilizza il metodo dei voti ponderati: "*Dans le futur, il pourra être procédé à des modifications, en particulier s'il y a une tendance à suivre le modèle européen. Les institutions qui*

Anche se munito di tutte le prerogative che sono state concesse con la fine della fase provvisoria, il CMC continua ad essere classificato come un organo di natura intergovernativa. A questo riguardo, è molto chiara la disposizione contenuta nell'articolo 2 del Protocollo di Ouro Preto: ✓

*"São órgãos com capacidade decisória, de natureza intergovernamental, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul".*¹¹¹

Tale quadro, come afferma Luiz Olavo Baptista¹¹², non permette di ritenere che il Consiglio del Mercato Comune sia un organo di carattere sopranazionale :

"(...) le Conseil est un organe de représentation du MERCOSUL, fonction qu'il allie à celle d'organe normatif suprême et d'enceinte de négociation. Conformément à ce qu'établit l'article 2 du Protocole de Ouro Preto, il est de nature intergouvernementale, n'impliquant donc pas de supranationalité".

Ciò perché, continua l'autore, negli organismi di carattere sopranazionale, quando viene emanata una norma, questa rappresenta la volontà dell'organismo stesso, emanata in base al suo proprio trattato istitutivo, e non la volontà delle parti contraenti.

Le riunioni dell'organo sono organizzate, secondo la consuetudine adottata, nello Stato che in quel determinato momento è incaricato di presiederlo. Ciò perché, fra le altre motivazioni, il CMC non possiede una sede fissa.

Secondo gli studiosi argentini Silvia Jardel e Alejandro Barraza¹¹³, per quel che concerne il carattere, la composizione e le riunioni del Consiglio Mercato Comune, il Protocollo di Ouro Preto non ha portato innovazioni sostanziali rispetto al disposto nel Trattato di Asunción:

seraient créées sur le modèle de la CEE, devraient adopter la méthode de celle-ci (votes pondérés)". In: Idem, ibidem.

¹¹¹ "Sono organi con capacità decisoria, di natura intergovernativa, il Consiglio del Mercato Comune, il Gruppo Mercato Comune e la Commissione di Commercio del MERCOSUL".

¹¹² BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 131.

¹¹³ JARDEL, Silvia et BARRAZA, Alejandro. *MERCOSUR. Aspectos Jurídicos y Economicos.*

*"El Protocolo no ha innovado sustancialmente. La única novedad en la materia está dada por el hecho de que las reuniones que el CMC debía mantener, al menos anualmente, con los presidentes de los Estados Partes, se relizarán, en adelante, semestralmente".*¹¹⁴

6.2 Il Gruppo Mercato Comune.

Creato dal Trattato di Asunción, il Gruppo Mercato Comune (GMC) si configura come l'organo esecutivo del MERCOSUL¹¹⁵. In tale quadro, viene coordinato dai ministeri degli Affari Esteri degli Stati parti¹¹⁶. La sua composizione viene disciplinata inizialmente dall'articolo 14 del Trattato e, posteriormente, dall'articolo 11 del Protocollo di Ouro Preto:

"O Grupo Mercado Comum será integrado por quatro membros titulares e quatro membros alternos por país, designados pelos respectivos Governos, dentre os quais devem constar necessariamente representantes dos Ministérios das Relações Exteriores, dos Ministérios da Economia (ou

Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, p. 76.

¹¹⁴ "Il Protocollo non ha portato innovazioni sostanziali. L'unica novità in materia è stata data dal fatto che le riunioni che il CMC dovrebbe mantenere, almeno annualmente, con i presidenti degli Stati Parti, si realizzano, d'allora in poi, semestralmente".

¹¹⁵ A proposito della funzione esecutiva del GMC: "L'administration de l'organisation internationale est l'une des compétences propres du GMC, étant donné son caractère d'organe exécutif du MERCOSUL; elle comprend l'organisation des réunions du CMC, l'élection du Directeur du SAM, l'approbation des budgets de celui-ci et l'approbation, par Résolution, des règlements internes de la Commission du commerce et du Conseil Consultatif Economique et Social". In: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 137.

¹¹⁶ In un'analisi comparata, si può affermare che le differenze fra il Gruppo Mercato Comune e la Commissione delle Comunità Europee sono veramente tante. Ciò in virtù della natura di ogni uno dei due enti: la CE è un ente sopranazionale, mentre il MERCOSUL si configura come un'organizzazione intergovernativa. Tale differenza fa in modo che i 20 membri della Commissione siano scelti in base alla loro competenza generale e, anche se nominati dai governi nazionali, nello svolgere i loro lavori nell'ambito della Commissione sono del tutto indipendenti dagli Stati membri a cui appartengono (le attribuzioni della Commissione Europea sono regolate dagli articoli 211 a 219 del Trattato di Roma). Contestualizzato come organo di natura intergovernativa, il Gruppo Mercato Comune possiede delle caratteristiche che lo avvicinano molto di più, ad esempio, alla Commissione della Comunità Andina, che viene disciplinata nella Sezione C dell'Accordo di Cartagena; od alla Conferenza di Valutazione e Convergenza dell'ALADI, regolata dagli articoli 33 e 34 del Trattato di Montevideo; od, ancora, alla Commissione di Libero Scambio del NAFTA, disciplinata dall'articolo 2001 dello stesso trattato.

*equivalentes) e dos Bancos Centrais. O Grupo Mercado Comum será coordenado pelos Ministérios das Relações Exteriores".*¹¹⁷

Il GMC è composto da 32 membri, otto indicati da ogni Stato parte, di cui quattro membri titolari e quattro membri che vengono alternati. Questi devono rappresentare i ministeri degli Affari Esteri, dell'economia (o equipollente) e le banche centrali di ogni Stato.

Anche se composto in modo simile al CMC, il GMC possiede delle differenze significative rispetto al primo. Come segnalato da Luiz Olavo Baptista:

*"Sa nature est intergouvernementale et subordonné (par rapport à la CMC) comme dans le cas du Traité d'Asunción. Formellement, le groupe est pluri-personnel mais, au contraire de ce qui se passe avec le CMC, il n'est pas renforcé, les représentants étant nommés à titre personnel et non en tant que titulaire d'une fonction déterminée".*¹¹⁸

Per quel che riguarda le competenze concernenti il Gruppo Mercato Comune, una prima previsione è stata fatta nell'ambito del Trattato Asunción – tramite il disposto degli articoli 12, 13 e 14 dello stesso documento –, ovvero:

- a) vegliare per il compimento del Trattato;
- b) prendere i provvedimenti necessari al compimento delle decisioni adottate dal Consiglio Mercato Comune;
- c) proporre misure concrete tendenti all'applicazione del Programma di Liberalizzazione Commerciale, al coordinamento della politica macroeconomica e alla negoziazione di Accordi dinanzi a terzi;
- d) fissare programmi di lavoro che assicurino progressi per lo stabilimento del Mercato Comune;
- e) creare, modificare o sopprimere organi come i sottogruppi di lavoro e le riunioni specializzate;

¹¹⁷ "Il Gruppo Mercato Comune sarà composto da quattro membri titolari e quattro membri alternati per paese, designati dai rispettivi Governi, fra i quali devono esserci necessariamente rappresentanti dei Ministeri degli Affari Esteri, dei Ministeri dell'Economia (o equipollenti) e delle Banche Centrali. Il Gruppo Mercato Comune sarà coordinato dai Ministeri degli Affari Esteri".

- f) nell'elaborare e proporre misure concrete per lo sviluppo dei suoi lavori potrà convocare, quando sia pertinente, i rappresentanti di altri organismi della Pubblica Amministrazione e del settore privato.

Queste stesse competenze sono state¹¹⁸ esaminate nella riunione dell'organo tenutasi a Brasilia dal 13 al 17 dicembre 1991. In tale occasione, il GMC ha inviato al Consiglio Mercato Comune, tramite la Risoluzione n.° 1/91, un progetto di regolamento interno che venisse ad allargare e dettagliare le sue attribuzioni. Tale iniziativa e i suoi sbocchi vengono commentati da Adriana Klor¹¹⁹ :

*"El GMC, por Res. N.º 1/91, elevó a consideración del Consejo su Reglamento Interno, el cual fue aprobado por Decisión N.º 4/91. Este instrumento reglamenta detalladamente las atribuciones y las responsabilidades del Grupo en el ejercicio de sus funciones. Se incluye también la forma de realizar sus secciones ordinarias y extraordinarias, el modo de expresar su voluntad normativa (mediante Resoluciones que serán adoptadas por consenso con la presencia de todos los Estados Miembros) y su responsabilidad en elaborar la agenda de reuniones del CMC de las cuales participa, debiendo velar por el cumplimiento de las decisiones adoptadas".*¹²⁰

Come anticipato, tale proposta viene ampiamente approvata dal CMC attraverso la Decisione n.° 4/91, emanata in occasione della riunione a Brasilia il 17 dicembre 1991¹²¹. Successivamente, mediante l'articolo 14 del Protocollo di Ouro Preto, le

¹¹⁸ Idem, p. 131.

¹¹⁹ KLOR, Adriana. El MERCOSUR. Buenos Aires: Zavalia, 1997, p. 63.

¹²⁰ "Il GMC, tramite la Risoluzione n.° 1/91, portò alla considerazione del Consiglio il suo Regolamento Interno, che fu approvato con la Decisione n.° 4/91. Questo strumento regola dettagliatamente le attribuzioni e le responsabilità del Gruppo nell'esercizio delle sue funzioni. Se include anche il modo di realizzare le sue sezioni ordinarie e straordinarie, il modo di esprimere la sua volontà normativa (mediante Risoluzioni che saranno adottate per consenso con la presenza di tutti gli Stati Membri) e la sua responsabilità nell'elaborare l'agenda di riunioni del CMC alle quali partecipa, dovendo vegliare per l'attuazione delle decisioni adottate".

¹²¹ L'articolo 4 della Decisione prevede come attribuzione e responsabilità del GMC: a) formulare raccomandazioni relative alle modalità che consideri più adeguate per concretizzare l'implementazione e l'esecuzione del Trattato di Asunción; b) mantenersi informato di tutte le misure legislative, amministrative o regolamentari adottate dagli Stati Parti che abbiano effetti sullo stabilimento del

1991¹²¹. Successivamente, mediante l'articolo 14 del Protocollo di Ouro Preto, le medesime attribuzioni sono state elevate a parte integrante del diritto costituzionale del MERCOSUL.

Ancora nel quadro delle competenze, è di particolare importanza quanto previsto dall'articolo 8, comma VII, del Protocollo di Ouro Preto, che istituisce la possibilità per il CMC di delegare al GMC la sua competenza per quel che riguarda le relazioni con altri attori del sistema internazionale, per:

*"Negociar, com a participação de representantes de todos os Estados Partes, por delegação expressa do Conselho do Mercado Comum e dentro dos limites estabelecidos em mandatos específicos concedidos para esse fim, acordos em nome do Mercosul com terceiros países, grupos de países e organismos internacionais. O Grupo Mercado Comum, quando dispuser de mandato para tal fim, procederá à assinatura dos mencionados acordos. O Grupo Mercado Comum, quando autorizado pelo Conselho do Mercado Comum, poderá delegar os referidos poderes à Comissão de Comércio do Mercosul".*¹²²

¹²¹ L'articolo 4 della Decisione prevede come attribuzione e responsabilità del GMC: a) formulare raccomandazioni relative alle modalità che consideri più adeguate per concretizzare l'implementazione e l'esecuzione del Trattato di Asunción; b) mantenersi informato di tutte le misure legislative, amministrative o regolamentari adottate dagli Stati Parti che abbiano effetti sullo stabilimento del Mercato Comune del Sud (MERCOSUL), valutare la sua portata e formulare proposte a questa vincolate; c) coordinare e orientare i compiti dei sottogruppi di lavoro e considerare le raccomandazioni da queste trasmesse; d) coordinare e partecipare alle riunioni dei Ministri dell'Economia e dei Presidenti delle Banche Centrali, controllando l'implementazione delle misure lì disposte e elevandole, quando necessarie, all'approvazione del Consiglio del Mercato Comune; e) partecipare alle riunioni di Ministri o funzionari gerarchicamente equipollenti, in temi vincolati al Trattato di Asunción, così come, alle riunioni specializzate, elevando alla considerazione del Consiglio del Mercato Comune gli accordi in queste raggiunti; f) partecipare, quando necessario, agli incontri che vengano a celebrarsi nell'ambito del processo d'integrazione del Mercato Comune del Sud (MERCOSUL); g) partecipare alla risoluzione di controversie, nelle condizioni stabilite dal Protocollo Addizionale per la Risoluzione di Controversie del Trattato di Asunción, convocando le riunioni che consideri necessarie; h) stabilire i vincoli necessari con la Commissione Parlamentare Congiunta, prevista dall'articolo 24 del Trattato di Asunción; i) proporre misure concrete tendenti all'applicazione del programma di liberazione commerciale, al coordinamento di politiche macro-economiche e settoriali e alla negoziazione di accordi con terzi paesi e organismi internazionali.

¹²² "Negoziare, con la partecipazione dei rappresentanti di tutti gli Stati Parti, per delega espressa del Consiglio del Mercato Comune e dentro dei limiti stabiliti in mandati specifici concessi a questo fine, accordi a nome del MERCOSUL con paesi terzi, gruppi di paesi e organismi internazionali. Il Gruppo Mercato Comune, quando dispone di mandato per tale fine, procederà alla firma dei menzionati accordi. Il Gruppo Mercato Comune, quando autorizzato dal Consiglio del Mercato Comune, potrà delegare i

Tale significativa competenza delegata è commentata da Luiz Olavo Baptista¹²³, che ancora sottolinea la possibilità che la medesima venga ulteriormente delegata, questa volta dal GMC alla CCM:

"Le CMC peut déléguer au GMC sa compétence en ce qui concerne la négociation et la signature de traités dans le limites des articles 8 IV et 14 VII du Protocole de Ouro Preto. Ainsi, cette compétence du GMC est déléguée et peut être déléguée par celui-ci au CCM".

Nello svolgimento del suo lavoro, il GMC si serve principalmente dei suoi Sottogruppi di Lavoro (SGT). Questi comitati funzionano più che altro come dei *forum*, nel cui ambito vengono decise le direttive di armonizzazione tecniche e giuridiche per ogni uno dei settori dell'accordo regionale. Per svolgere meglio le loro attività, possono essere istituite, all'interno di ogni sottogruppo, delle commissioni incaricate a seguire temi specifici. Possono inoltre essere create commissioni *ad hoc*, le quali non hanno la necessità di essere incluse all'interno di un determinato sottogruppo.

Il ruolo svolto dai sottogruppi nell'ambito del GMC è sottolineato da Silvia Jardel e Alejandro Barraza¹²⁴ :

"El instrumento de trabajo por excelencia del GMC lo constituyen los Subgrupos de Trabajo, originalmente previstos en el Tratado de Asunción".

125

È stato proprio l'ultimo paragrafo dell'articolo 13 e l'allegato V del Trattato di Asunción¹²⁶ a prevedere per primo i sottogruppi di lavoro. Ma questi sono stati veramente istituiti soltanto in seguito al Protocollo di Ouro Preto, con la Risoluzione n.º 20/95, emanata dal GMC in occasione della riunione a Asunción il 2-3 agosto 1995.¹²⁷

riferiti poteri alla Commissione di Commercio del MERCOSUL".

¹²³ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 137.

¹²⁴ JARDEL, Silvia et BARRAZA, Alejandro. *Opus cit.*, p. 77.

¹²⁵ "Lo strumento di lavoro per eccellenza del GMC è costituito dai Sottogruppi di Lavoro, originalmente previsti dal Trattato di Asunción".

¹²⁶ "O Grupo Mercado Comum poderá constituir os Subgrupos de Trabalho que forem necessários para o cumprimento de seus objetivos. Contará inicialmente com os Subgrupos mencionados no Anexo V".

¹²⁷ Luiz Olavo Baptista afferma che i sottogruppi di lavoro esistevano già prima dell'entrata in vigore del

La Risoluzione n.° 20/95 prevedeva, più che altro, una nuova organizzazione interna per il GMC, basata su dieci sottogruppi di lavoro, in riunioni di carattere specializzato, su gruppi *ad hoc* e su un Comitato di Cooperazione Tecnica del MERCOSUL.

L'atto normativo in esame ha così costituito i dieci sottogruppi di lavoro (SGT) del Gruppo Mercato Comune:

- a) Sottogruppo di Lavoro n.° 1: Comunicazioni;
- b) Sottogruppo di Lavoro n.° 2: Mineraria;
- c) Sottogruppo di Lavoro n.° 3: Regolamenti tecnici;
- d) Sottogruppo di Lavoro n.° 4: Argomenti Finanziari;
- e) Sottogruppo di Lavoro n.° 5: Trasporto e infrastruttura;
- f) Sottogruppo di Lavoro n.° 6: Ambiente;
- g) Sottogruppo di Lavoro n.° 7: Industria;
- h) Sottogruppo di Lavoro n.° 8: Agricoltura;
- i) Sottogruppo di Lavoro n.° 9: Energia;
- j) Sottogruppo di Lavoro n.° 10: Lavoro e sicurezza sociale.¹²⁸

Sono state previste nella stessa risoluzione due "riunioni specializzate", ovvero, quella riguardante il tema "Scienza e Tecnologia", e quella concernente il tema "Turismo".

I Gruppi *ad hoc* creati sono cinque, incaricati delle seguenti tematiche:

- a) Questioni legate al commercio dei servizi;
- b) Aspetti istituzionali;
- c) Rapporti fra il MERCOSUL e l'Associazione Latino Americana di Integrazione (ALADI);
- d) Rapporti fra il MERCOSUL e l'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC);
- e) Questioni collegate al commercio del zucchero.

L'attuale procedura di presa di decisioni da parte del GMC obbedisce alla stessa

Trattato di Asunción: "Effectivement, les groupes de travail ont précédé l'entrée en vigueur du Traité d'Asunción et produisirent rapidement un grand nombre d'études et de documents utiles à la mise en place du MERCOSUL". In: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 141.

¹²⁸ Il Sottogruppo di Lavoro n.° 11 (Assunti Laburisti) è stato creato dalla Risoluzione n.° 11/1991 (I) e modificato dalla Risoluzione n.° 11/1992, che l'ha intitolato "Sottogruppo di Lavoro n.° 11 per i Rapporti Laburisti, Occupazione e Sicurezza Sociale".

regola del consenso che regge la presa di decisioni nel Consiglio Mercato Comune¹²⁹. Questa viene originalmente prevista nell'articolo 16 del Trattato Asunción, essendo riconfermata dall'articolo 10 del Regolamento Interno (Decisione n.º 4/91) del GMC:

v
v

*"O Grupo Mercado Comum se pronunciará mediante resoluções que serão adotadas por consenso e com a presença de todos os Estados Partes. As Resoluções serão numeradas a partir do número 1 e a seguir será indicado o ano".*¹³⁰

Come affermato sopra, tale regola implica necessariamente la presenza di tutti i membri che compongono l'organo.

L'atto giuridico emanato dal GMC è la Risoluzione che, secondo il Protocollo di Ouro Preto, possiede carattere obbligatorio nei confronti degli Stati parti.

6.3 La Commissione di Commercio del MERCOSUL.

La creazione della Commissione di Commercio del MERCOSUL risale alla Decisione n.º 1/93, emanata dal Consiglio Mercato Comune ad Asunción nel Paraguay il 1º luglio 1993. La Commissione è diventata effettiva soltanto attraverso la Decisione n.º 9/94, emanata dallo stesso CMC in occasione della riunione di Buenos Aires del 4-5 agosto 1994¹³¹. È stata prevista dall'ordinamento primario del MERCOSUL tramite il

¹²⁹ Anche la Commissione di Libero Scambio del NAFTA si basa su consenso nella procedura di presa di decisioni (articolo 2001, punto 4 del Trattato NAFTA). La Conferenza di Valutazione e Convergenza dell'ALADI, invece, adotta le decisioni mediante il voto positivo di due terzi degli Stati membri (articolo 43 del Trattato di Montevideo). La Commissione della Comunità Andina di regola fa uso del criterio della maggioranza assoluta, essendo in pochi casi necessaria anche la assenza di voti negativi (articolo 26 dell'Accordo di Cartagena). La Commissione delle Comunità Europee, a sua volta, applica il criterio della maggioranza semplice, secondo la previsione dell'articolo 219 del Trattato di Roma.

¹³⁰ "Il Gruppo Mercato Comune si pronuncerà mediante risoluzioni che saranno adottate per consenso e con la presenza di tutti gli Stati Parti. Le Risoluzioni saranno numerate dal numero 1 e di seguito sarà indicato l'anno".

¹³¹ Luiz Olavo Baptista osserva che vari studiosi affermano che la Decisione n.º 9/94 era irregolare: "Cette dernière a été condamnée par certains auteurs comme irrégulière, compte tenu de l'absence de pouvoirs du Conseil pour créer des organes lors de la phase initiale du MERCOSUL". Baptista ancora sostiene che con l'avvento del protocollo di Ouro Preto la questione ha perso rilevanza: "La question, cependant, a perdu de son importance parce que le Protocole de Ouro Preto n'a pas seulement créé la

comma III dell'articolo 1 del Protocollo di Ouro Preto. La Commissione di Commercio appartiene alla struttura istituzionale del MERCOSUL, avendo il ruolo di organo intergovernativo incaricato di assistere le attività del Gruppo Mercato Comune.

Tale assistenza viene disciplinata nei dispositivi della Sezione III del Protocollo di Ouro Preto e si svolge nell'ambito dell'applicazione degli strumenti di politica commerciale comune accordati dagli Stati Parti. In particolare, la Commissione segue il funzionamento dell'unione doganale, così come l'aggiornamento e la revisione dei temi e materie riguardanti le politiche commerciali comuni, di commercio intra-MERCOSUL e con Stati terzi¹³². In tal senso così dispone l'articolo 16 del Protocollo di Ouro Preto:

*"À Comissão de Comércio do MERCOSUL, órgão encarregado de assistir o Grupo Mercado Comum, compete velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados Partes para o funcionamento da união aduaneira, bem como acompanhar e revisar os temas e matérias relacionados com as políticas comerciais comuns, com o comércio intra-MERCOSUL e com terceiros países".*¹³³

CCM, mais autorisé également la création de nouveaux organes et la définition de leurs compétences respectives, à l'exception de celles à caractère normatif, attribution qui est réservée au CMC, au GMC et à la CCM". In: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 141 ss. Sull'argomento vedi inoltre OTERMIN, Jorge Perez. *El Mercado Común del Sur, de Asunción a Ouro Preto*. Montevideo: Fundación de Cultura Economía, 1995; e, MARTINEZ, Augusto Durán. *Estrutura Orgánica del MERCOSUR*. Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político. Série Congressos y Conferências, n.º 11.

¹³² L'articolo 19 del Protocollo di Ouro Preto dispone sulle funzioni ed attribuzioni della Commissione di Commercio del MERCOSUL: "I) *Velar pela aplicação dos instrumentos comuns de política comercial intra-MERCOSUL e com terceiros países, organismos internacionais e acordos de comércio*; II) *Considerar e pronunciar-se sobre as solicitações apresentadas pelos Estados Partes com respeito à aplicação e ao cumprimento da tarifa externa comum e dos demais instrumentos de política comercial comum*; III) *Acompanhar a aplicação dos instrumentos de política comercial comum nos Estados Partes*; IV) *Analisar a evolução dos instrumentos de política comercial comum para o funcionamento da união aduaneira e formular Propostas a respeito ao Grupo Mercado Comum*; V) *Tomar as decisões vinculadas à administração e à aplicação da tarifa externa comum e dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados Partes*; VI) *Informar ao Grupo Mercado Comum sobre a evolução e a aplicação dos instrumentos de política comercial comum, sobre o trâmite das solicitações recebidas e sobre as decisões adotadas a respeito delas*; VII) *Propor ao Grupo Mercado Comum novas normas ou modificações às normas existentes referentes à matéria comercial e aduaneira do MERCOSUL*; VIII) *Propor a revisão das alíquotas tarifárias de itens específicos da tarifa externa comum, inclusive para contemplar casos referentes a novas atividades produtivas no âmbito do MERCOSUL*; IX) *Estabelecer os comitês técnicos necessários ao adequado cumprimento de suas funções, bem como dirigir e supervisionar as atividades dos mesmos*; X) *Desempenhar as tarefas vinculadas à política comercial comum que lhe solicite o Grupo Mercado Comum*; XI) *Adotar o Regimento Interno, que submeterá ao Grupo Mercado Comum para sua homologação*".

¹³³ "Alla Commissione di Commercio del MERCOSUL, organo incaricato di assistere il Gruppo Mercato Comune, compete vegliare l'applicazione degli strumenti di politica commerciale comune accordati

Nell'analizzare tale dispositivo, Luiz Olavo Baptista classifica le competenze della CCM in due categorie distinte: una relativa al compito di "sorvegliare l'applicazione" e l'altra di "accompagnare e revisionare". Secondo l'autore, la prima competenza pressupone l'esistenza di politiche commerciali comuni dei membri del MERCOSUL implicando, in tale modo, nell'ambito di azioni normative ed esecutive, tra queste la tariffa esterna comune e le liste di eccezioni.¹³⁴

La seconda competenza della CCM ha un cattere consultivo, rappresentando un'attività di appoggio e di analisi.

L'articolo 20 del Protocollo di Ouro Preto stabilisce che, nello svolgimento delle sue attività, la Commissione di Commercio utilizza delle "Direttive", che hanno lo *status* di fonte del diritto del MERCOSUL. Queste costituiscono un atto giuridico obbligatorio per gli Stati Parti. La CCM potrà, inoltre, manifestarsi tramite "Proposte", queste ultime non munite di obbligatorietà nei confronti dei paesi parti.¹³⁵

La Direttiva n.° 5/96, emanata dalla CCM nella riunione di Buenos Aires del 24 maggio 1996, ha portato delle modifiche significative al regolamento interno della CCM, adeguandolo al Protocollo di Ouro Preto.¹³⁶

L'articolo 2 di tale documento prevede che la CCM è coordinata dai Ministeri degli Affari Esteri degli Stati parti. La sua composizione segue la regola fissata per il GMC, ossia, 32 membri, di cui otto per ogni Stato Parte: quattro sono rappresentanti titolari e quattro sono alternati. I rappresentanti di ogni Stato parte costituiscono la corrispondente Sezione Nazionale¹³⁷. Il giurista brasiliano Luiz Olavo Baptista così commenta la composizione della CCM¹³⁸:

dagli Stati Parti per il funzionamento dell'unione doganale, così come accompagnare e svolgere la revisione dei temi e delle materie riguardanti le politiche commerciali comuni, il commercio intra-MERCOSUL e con paesi terzi".

¹³⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 144.

¹³⁵ "Artigo 20 - A Comissão de Comércio do MERCOSUL manifestar-se-á mediante Diretrizes ou Propostas. As Diretrizes serão obrigatórias para os Estados Partes".

¹³⁶ Il Regolamento Interno originale era stato approvato dalla CCM nella riunione di Rio de Janeiro, del 6-7 ottobre 1994, e pubblicato nella Direttiva del CCM n.° 1/94. La risoluzione del Gruppo Mercato Comune n.° 49/94, del 14 ottobre 1994, ha omologato la succitata decisione CCM.

¹³⁷ L'articolo 4 della stessa direttiva dispone che saranno i governi degli Stati parti a comunicare formalmente al GMC, tramite lo Stato parte che esercita la presidenza *pro tempore*, la composizione e le modifiche nella rispettiva sezione nazionale della CCM.

¹³⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 143.

"La CCM, comme les autres organes du MERCOSUL, est de nature intergouvernementel, a une composition quadripartite et est composée, comme dans le cas du GMC, par des sections nationales. En effet, la composition du GMC, quadripartite, inclut l'existence de sous-groupes nationaux qui ont des fonctions de support et d'appui et établissent des contacts entre le MERCOSUL et les nationaux des États membres. La même structure se retrouve dans la CCM, avec des compétences complémentaires".

La presidenza *pro tempore* della CCM viene svolta in modo rotativo e temporaneo. Questa coinciderà con la presidenza *pro tempore* del Consiglio Mercato Comune, ossia, lo Stato parte che ha la presidenza del CMC avrà anche la presidenza della CCM.¹³⁹

La procedura decisionale della CCM è disciplinata dall'articolo 13 della Direttiva n.° 5/96. In quest'ambito, sia le direttive sia le proposte possono essere adottate soltanto per consenso dei rappresentanti degli Stati parti. In caso di mancanza della delegazione di uno degli Stati parti, l'atto giuridico viene preso *ad referendum* dell'approvazione per lo Stato parte assente. Nel caso quest'ultimo non venga a formulare obiezioni, l'atto verrà considerato adottato nel termine di trenta giorni dopo la riunione che l'ha approvato. In caso non si trovi un consenso fra le delegazioni sulla approvazione di un determinato atto giuridico, tutto il progetto dovrà essere inviato al Gruppo Mercato Comune che, a sua volta, dovrà dare seguito alla procedura.

La capacità di risoluzione di controversie della CCM viene direttamente collegata alla attività di risoluzione di controversie del MERCOSUL. Per quel che riguarda in particolare l'azione svolta dalla CCM, la procedura viene prevista dall'articolo 21 del Protocollo di Ouro Preto:

"Além das funções e atribuições estabelecidas nos artigos 16 e 19 do presente Protocolo, caberá à Comissão de Comércio do MERCOSUL considerar reclamações apresentadas pelas Seções Nacionais da Comissão

¹³⁹ L'articolo 9 della Decisione n.° 5/96 prevede che la CCM dovrà riunirsi ordinariamente almeno una volta al mese e potrà avere seguito soltanto se conti la presenza dei rappresentanti di almeno tre delle

de Comércio do MERCOSUL, originadas pelos Estados Partes ou em demandas de particulares – pessoas físicas ou jurídicas –, relacionadas com as situações previstas nos artigos 1 ou 25 do Protocolo de Brasília, quando estiverem em sua área de competência.

Parágrafo primeiro – O exame das referidas reclamações no âmbito da Comissão de Comércio do MERCOSUL não obstará a ação do Estado Parte que efetuou a reclamação ao amparo do Protocolo de Brasília para Solução de Controvérsias.

*Parágrafo segundo – As reclamações originadas nos casos estabelecidos no presente artigo obedecerão o procedimento previsto no Anexo deste Protocolo".*¹⁴⁰

Secondo Luiz Olavo Baptista¹⁴¹, questo articolo del Protocollo di Ouro Preto riporta a galla l'importanza delle Sezioni Nazionali della CCM, presentando le stesse con un ruolo d'interlocutore con i privati e le istituzioni originarie degli Stati parti.

La maggioranza degli studiosi del MERCOSUL sono d'accordo sull'importanza del lavoro svolto dalla CCM negli ultimi anni. La *Comissão* ha dato un supporto imprescindibile all'azione del Gruppo Mercato Comune, seguendo abilmente la realizzazione degli obiettivi fissati dai trattati. Secondo Silvia Jardel e Alejandro Barraza¹⁴², la CCM:

"(...) es la clave para la marcha de la Unión Aduanera y para el cumplimiento de sus objetivos, ya que ejerce una suerte de 'poder de policía' sobre los acuerdos celebrados por los Estados partes relativos al Arancel Externo Común y a los instrumentos de política comercial

sezioni nazionali.

¹⁴⁰ "Oltre alle funzioni ed attribuzioni stabilite negli articoli 16 e 19 del presente Protocollo, sarà compito della Commissione di Commercio del MERCOSUL considerare i reclami presentati dalle Sezioni Nazionali della Commissione di Commercio del MERCOSUL, originati dagli Stati Parti o da domande di soggetti singoli – persone fisiche o giuridiche –, riguardanti le situazioni previste negli articoli 1 o 25 del Protocollo di Brasília, quando siano nella loro area di competenza. Paragrafo primo – all'esame dei riferiti reclami nell'ambito della Commissione di Commercio del MERCOSUL non osterà l'azione dello Stato Parte che ha effettuato il reclamo in base al Protocollo di Brasília per la Risoluzione di Controversie. Paragrafo secondo – I reclami originati nei casi stabiliti nel presente articolo obbediranno al procedimento previsto nel documento allegato a questo Protocollo".

¹⁴¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 147.

acordados".¹⁴³

A questo riguardo, è interessante il commento di Adriana Dreyzin de Klor¹⁴⁴:

▼
▼

*"Desde su constitución ha desarrollado una vastísima labor que conduce a caracterizar a este órgano como un verdadero ejecutor de políticas comerciales de integración. Su rol es fundamental en el proceso; nace para asistir al GMC, aunque por su actuación, podría decirse que es mucho más que un órgano de cooperación".*¹⁴⁵

Nello svolgimento della sua azione, la CCM viene assistita da diversi Comitati tecnici, che saranno analizzati nell'ambito del prossimo punto.

6.4. I Comitati Tecnici

I Comitati tecnici sono stati creati in virtù del punto 9 dell'articolo 19 del Protocollo di Ouro Preto, hanno natura intergovernativa e sono incaricati di dare assistenza alla CCM. La loro regolamentazione è prevista dagli articoli 17, 18 e 19 della Direttiva n.° 5/96.

La finalità dei comitati tecnici in generale, secondo Luiz Olavo Baptista¹⁴⁶, è diretta al:

"(...) conseil et l'appui aux activités de la compétence de la Commission de Commerce du MERCOSUL".

¹⁴² JARDEL, Silvia et BARRAZA, Alejandro. *Opus cit.*, p. 79.

¹⁴³ "(...) è la chiave per la marcia dell'Unione Doganale e per il compimento dei suoi obiettivi, giacché esercita un tipo di 'potere di polizia' sugli accordi celebrati fra gli Stati parti relativi alla Tariffa Esterna Comune e agli strumenti di politica commerciale accordati".

¹⁴⁴ DE KLOR, Adriana Dreyzin. *Opus cit.*, p. 89.

¹⁴⁵ "Dalla sua costituzione ha sviluppato una vastissima opera che conduce a caratterizzare questo organo come un vero esecutore di politiche commerciali d'integrazione. Il suo ruolo è fondamentale nel processo; nasce per assistere al GMC ma, in merito alla sua attuazione, si poteva dire che è molto più che un organo di cooperazione".

¹⁴⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 149.

I comitati, oltre i mandati specifici rilasciati dalla CCM, hanno le funzioni di:

- 1) sviluppare le attività di assessorato tecnico;
- 2) raccogliere dati per elaborare comunicazioni sull'amministrazione e applicazione degli strumenti e delle politiche comuni;
- 3) elaborare i pareri tecnici che vengano richiesti dalla CCM, in particolare quelli stabiliti dall'allegato al Protocollo di Ouro Preto.

I pareri tecnici, le comunicazioni e le raccomandazioni emanati da tutti i comitati tecnici, come osserva Luiz Olavo Baptista¹⁴⁷, dovranno essere anche frutto del consenso dei rappresentanti degli Stati parti:

"Dans le Comités techniques, comme dans tout le MERCOSUL, les décisions sont consensuelles. Mais au cas où le consensus n'est pas acquis, les rapports, recommandations ou avis, non contraignants, sont remis à la CCM avec les votes contraires, tous dûment motivés. La décision sera en conséquence prise par la CCM".

I Comitati tecnici hanno il compito, più che altro, di seguire le varie competenze che vengono assegnate alla CCM. A tale scopo, si sono organizzati dieci comitati, nel seguente modo :

- I – Dazi, nomi e classificazione dei prodotti;
- II – Tematiche doganali;
- III – Norme e discipline fiscali;
- IV – Politiche contrarie alla competitività;
- V – Tutela della concorrenza;
- VI – Pratiche sleali e salvaguardie;
- VII – Tutela del consumatore;
- VIII – Restrizioni non tariffarie;
- IX – Settore autotrasporto;
- X – Settore tessile.

¹⁴⁷ Idem, p. 150.

Nel quadro del diritto della concorrenza del MERCOSUL è di fondamentale interesse il lavoro svolto dal comitato tecnico incaricato della tutela della concorrenza, ovvero, il *Comité de Defesa da Concorrência no MERCOSUL*.



6.5 Il Foro Consultivo Economico e Sociale

Il Foro Consultivo Economico e Sociale (FCES) è, secondo l'articolo 28 del Protocollo di Ouro Preto:

"(...) órgão de representação dos setores econômicos e sociais".

Il medesimo articolo 28 ha configurato il Foro Consultivo Economico e Sociale come un organo di carattere consultivo, senza potere decisorio, che si manifesta attraverso le "raccomandazioni", dirette al Gruppo Mercato Comune.¹⁴⁸

Le attività svolte dal Foro sono state inizialmente previste in modo molto superficiale, dagli articoli 28, 29 e 30 del Protocollo di Ouro Preto. In seguito, con l'emanazione del proprio regolamento interno, accordato a Buenos Aires il 31 maggio 1996, è stato possibile disporre in modo più approfondito sulle sue attribuzioni, allargando e perfezionando l'ambito di lavoro del Foro stesso.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Il Foro Consultivo Economico e Sociale del MERCOSUL è chiaramente ispirato al Comitato economico e sociale (CES), organo consultivo della Comunità Europea, composto dai rappresentanti di diverse categorie della vita economica e sociale, come imprenditori, artigiani, commercianti, agricoltori, tutti con quattro anni di mandato nominati dal consiglio su proposta degli Stati membri. E' organo che agisce in completa indipendenza dagli Stati membri. Come osservato da Ballarino, è rilevante il fatto che: "Il Consiglio o la Commissione devono avere il parere del Comitato quando trattano questioni quali la politica agricola, la libera circolazione dei lavoratori, la politica dei trasporti e l'armonizzazione delle legislazioni nazionali. Quantunque non abbia poteri di decisione, il Comitato esercita una certa influenza sull'orientamento della politica comunitaria". In: BALLARINO, Tito. *Opus cit.*, p. 59. È significativo, però, che gli articoli del Protocollo di Ouro Preto che prevedono il FCES non aprono il minimo spazio per una influenza del genere, anche perché gli organi del MERCOSUL non hanno l'obbligo di sentire il parere del FCES prima di adottare atti giuridici in aree corrispondenti all'azione del Foro stesso. La mancanza di tale vincolo fa in modo che il FCES possa emanare le sue raccomandazioni, ma con il serio rischio che nessuno le prenda sul serio.

¹⁴⁹ L'articolo 2 del regolamento interno del FCES dispone circa le principali attribuzioni del Foro stesso: I) pronunciarsi, nell'ambito della sua competenza, emettendo raccomandazioni, sia per iniziativa propria o tramite consultazioni, che, mediante adeguate motivazioni, vengano a realizzare il GMC e gli altri organi del MERCOSUL. Queste raccomandazioni possono riferirsi tanto alle questioni interne del MERCOSUL quanto al rapporto di quest'ultimo con altri paesi, organismi internazionali ed altri processi d'integrazione; II) cooperare attivamente per promuovere il progresso economico e sociale del

Gli articoli 5 e 6 del regolamento interno prevedono che il plenario del Foro sia composto da 36 membri titolari – nove per ogni Sezione Nazionale – ed altrettanti supplenti. Questi vengono designati dalle organizzazioni rappresentative dei settori economici e sociali indicate dalle Sezioni Nazionali del Foro a comporre lo stesso. La scelta delle organizzazioni che comporranno il plenario viene svolta secondo i regolamenti interni delle Sezioni Nazionali. Il Foro si riunisce ordinariamente almeno una volta al semestre, potendo riunirsi straordinariamente se convocato dalla Sezione Nazionale Coordinatrice, o per sollecitazione di almeno due Sezioni Nazionali, o a richiesta di almeno diciotto delegati del Plenario del Foro.

Il Coordinamento Amministrativo del Plenario del Foro viene disciplinato dall'articolo 9 del regolamento interno, che prevede che il medesimo verrà esercitato da una Sezione Nazionale per il periodo di sei mesi, con sistema rotativo, corrispondentemente con il periodo e lo Stato parte che esercita la Presidenza del Consiglio del Mercato Comune.

È interessante sottolineare, in tale quadro, che la creazione di questo organo è venuta a colmare un'importante lacuna lasciata dal Trattato di Asunción, che semplicemente non prevedeva nessun tipo di partecipazione istituzionale dei settori sociali nello sviluppo del MERCOSUL. Ciò faceva in modo che il trattato venisse ad avere un aspetto esclusivamente economico, dissociato dalle preoccupazioni sociali che in Sud America, tante volte, sono molto pressanti.

6.6 La Segreteria Amministrativa del MERCOSUL

Istituita dal Protocollo di Ouro Preto, la Segreteria Amministrativa del

MERCOSUL, tendente alla creazione di un mercato comune e alla sua coesione economica e sociale; III) accompagnare, analizzare e valutare l'impatto sociale ed economico derivato dalle politiche destinate al processo d'integrazione e le diverse fasi della sua implementazione, sia a livello settoriale, nazionale, regionale o internazionale; IV) proporre norme e politiche economiche e sociali in materia d'integrazione; V) realizzare inchieste, studi, convegni o eventi di natura simile sulle questioni economiche e sociali di rilevanza per il MERCOSUL; VI) stabilire rapporti e realizzare consultazioni con istituzioni nazionali o internazionali, pubbliche o private, quando sia conveniente o necessario al compimento dei suoi obiettivi; VII) contribuire per una maggiore partecipazione della società nel processo d'integrazione regionale, promuovendo la reale integrazione nel MERCOSUL e diffondendo la sua dimensione economico e sociale; VIII) Trattare qualsiasi altra questione che abbia rapporto con il processo d'integrazione.

MERCOSUL (SAM) ha la sua sede a Montevideo, capoluogo dell'Uruguay. Nell'ambito del MERCOSUL, la SAM svolge un importante ruolo operativo nell'organizzazione delle attività, degli eventi e anche come contenitore di tutto l'archivio burocratico¹⁵⁰. Secondo la previsione dell'articolo 31 del documento di Ouro Preto, la SAM è:

*"(...) órgão de apoio operacional, responsável pela prestação de serviços aos demais órgãos do Mercosul (...)".*¹⁵¹

Le attività dalla SAM per adempiere le proprie competenze vengono elencate dall'articolo 32 del Protocollo di Ouro Preto, ovvero:

*"(...) servir como arquivo oficial da documentação do Mercosul e realizar a publicação e a difusão das normas adotadas no marco do Mercosul".*¹⁵²

Secondo Maria da Conceição Ramos Rocha¹⁵³, la Segreteria Amministrativa possiede inoltre il compito di informare gli Stati parti su :

¹⁵⁰ In questo contesto è possibile riscontrare una grande somiglianza fra l'attività svolta dalla SAM e quelle svolte dal Segretariato del NAFTA. Secondo l'articolo 2002(3) del succitato trattato, quest'ultimo ha il compito di dare assistenza alla Commissione di Libero Scambio, dare sostegno amministrativo ai *panels* e ai comitati istituiti ai fini della revisione e risoluzione di controversie, e, mediante istruzioni della Commissione, appoggiare il lavoro degli altri comitati e gruppi stabiliti secondo il Trattato e facilitare il funzionamento del trattato stesso. Sembra avere un ruolo più significativo ed attivo nel suo sistema la Segreteria Generale della Comunità Andina, regolata dalla Sezione D del Trattato di Cartagena. Alcune somiglianze, in minor misura, possono essere incontrate anche fra i compiti della SAM e quelli del Segretariato Generale della Commissione delle Comunità Europee che, secondo Joël Rideau: *"(...) a pour mission d'assister le président dans la préparation des travaux et des réunions de la Commission, d'assurer la mise en œuvre des procédures décisionnelles et de veiller à l'exécution des décisions, d'assurer la coordination entre les services et de veiller à l'observation des règles de présentation des documents soumis à la Commission, de prendre les mesures nécessaires pour assurer la notification et la publication des actes ainsi que la transmission des documents aux autres institutions, d'assurer les relations officielles avec les autres institutions, sous réserve des compétences que la Commission décide d'exercer elle-même ou d'attribuer à ses membres ou services, de suivre les travaux des autres institutions et d'en informer la Commission"*. In: RIDEAU, Joël. *Opus cit.*, p. 307.

¹⁵¹ *"(...) organo di appoggio operativo, responsabile per la prestazione di servizi agli altri organi del Mercosul (...)"*

¹⁵² *"(...) servir come archivio ufficiale della documentazione del Mercosul e realizzare la pubblicazione e la diffusione delle norme adottate nell'ambito del Mercosul"*.

¹⁵³ ROCHA, Maria da Conceição Ramos. *Mercosul: alcances da União Aduaneira no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 1999, p. 12.

"(...) as medidas implementadas por país para incorporar em seu ordenamento jurídico as normas emanadas dos órgãos do Mercosul, servindo esta notificação para o início do prazo de trinta dias para a publicação da norma em seus diários oficiais". ¹⁵⁴

Le competenze della Segreteria Amministrativa del MERCOSUL sono sviluppate tramite il lavoro di quattro settori specifici, ovvero, quelli di: a) normativa; b) documentazione e divulgazione; c) informatica; d) amministrazione.

Il ruolo svolto dal settore normativo è di particolare importanza nell'ambito giuridico del MERCOSUL, giacché tale riparto è responsabile per tutte le attività di appoggio richieste dalla Presidenza *pro tempore* durante il processo di elaborazione, approvazione e implementazione delle norme emanate dagli organi del MERCOSUL, dalla loro negoziazione fino alla notifica di piena incorporazione delle stesse negli ordinamenti giuridici degli Stati Parti. Il settore normativo possiede, ancora nell'ambito giuridico, l'importante compito di assistere il Direttore della SAM nelle attività della Segreteria nel procedimento di risoluzione di controversie del MERCOSUL (Protocollo di Brasilia), nel Procedimento Generale per i Reclami dinanzi la Commissione di Commercio del MERCOSUL (Allegato al Protocollo di Ouro Preto) e nei procedimenti di risoluzione di controversie concordati negli accordi firmati dal MERCOSUL con paesi terzi, gruppi di paesi o organismi internazionali.¹⁵⁵

Il Settore di Documentazione e Divulgazione è responsabile per la formazione, organizzazione e manutenzione dell'archivio ufficiale della documentazione del MERCOSUL, con supporto fisico e magnetico, così come per l'adozione delle misure necessarie alla diffusione dei documenti e norme approvati dagli organi della struttura istituzionale del MERCOSUL.

Il settore informatica è responsabile per la prestazione di assistenza tecnica informatica a tutta la struttura della SAM, per la sicurezza del sistema informatico della SAM, per l'ottimizzazione tecnica della Banca dati della Segreteria e per la

¹⁵⁴ *"(...) le misure implementate da ogni paese per incorporare nel proprio ordinamento giuridico le norme emanate dagli organi del Mercosul, servendo questa notificazione per il decorrere del termine di scadenza di trenta giorni per la pubblicazione della norma nelle loro gazzette ufficiali".*

¹⁵⁵ Il settore normativo è responsabile inoltre per la sistematizzazione, compilazione e amministrazione di informazioni in appoggio agli organi del MERCOSUL, così come per l'accompagnamento dell'*iter* delle Consulte, Reclami e Controversie e per la elaborazione del Bollettino Ufficiale del MERCOSUL.

attualizzazione della pagina WEB del MERCOSUL.

Il settore amministrativo è responsabile per tutte le attività relative all'amministrazione finanziaria, patrimoniale e di risorse umane della SAM. Il settore amministrativo segue, ancora, tutti i servizi concernenti la manutenzione della Segreteria Amministrativa del MERCOSUL.

6.7 La Commissione Parlamentare Congiunta

La Commissione Parlamentare Congiunta (CPC) è rappresentante dai parlamenti degli Stati parti, ed è, pertanto, organo intergovernamentale¹⁵⁶. La Commissione non è munita di carattere decisorio, potendo soltanto emettere raccomandazioni¹⁵⁷. La sua principale funzione è servire come canale di comunicazione fra il MERCOSUL e i Poteri Legislativi degli Stati membri, avendo l'importante ruolo di rendere agili i tramite e le procedure interne degli Stati al fine di incorporare le norme emanate dagli organi del MERCOSUL nei rispettivi sistemi giuridici nazionali.¹⁵⁸

La Commissione Parlamentare Congiunta è diventata organo effettivo del MERCOSUL tramite il disposto dall'articolo primo del Protocollo di Ouro Preto, essendo le sue funzioni e attribuzioni stabilite negli articoli 22, 23, 24, 25, 26, e 27 del menzionato Protocollo.

La possibilità che la Commissione possa adottare un regolamento interno viene prevista dall'articolo 27 del Protocollo di Ouro Preto. Tale regolamento è stato adottato in occasione della III Riunione di Parlamentari del MERCOSUL, che ha avuto luogo il 6 e il 7 dicembre 1991, a Montevideo, nell'Uruguay. Il medesimo documento fu successivamente modificato nella XV Riunione Plenaria della Commissione, il 28

¹⁵⁶ Diventa quasi impossibile tracciare un parallelo fra la Commissione Parlamentare Congiunta e il Parlamento Europeo, a cominciare dalla natura – il primo intergovernativo e il secondo sopranazionale – e dai poteri, nell'ambito dei rispettivi sistemi, di ogn'uno dei due organi. Anche se nella carta il Parlamento della Comunità Andina si presenta come di natura comunitaria (articolo 42 dell'Accordo di Cartagena) e nonostante la scelta dei suoi membri venga fatta mediante elezione a suffragio universale, nella pratica questo si distacca dal modello comunitario europeo, avvicinandosi, in alcuni aspetti, a quello del MERCOSUL.

¹⁵⁷ L'articolo 26 del Protocollo di Ouro Preto dispone che la Commissione potrà rimettere delle raccomandazioni al CMC, tramite il GMC.

¹⁵⁸ In particolare, l'articolo 25 del documento di Ouro Preto prevede che la Commissione avrà la responsabilità di accelerare i procedimenti interni degli Stati parti per la pronta entrata in vigore delle

giugno 2000, a Santa Fé, in Argentina.¹⁵⁹

La CPC è composta da 64 parlamentari, ossia, ogni parlamento nazionale ne può designare sedici¹⁶⁰. Il plenario della CPC si riunisce almeno una volta all'anno, mediante la convocazione sottoscritta dai quattro presidenti. La durata del mandato dei parlamentari viene determinata dai propri parlamenti nazionali, non potendo, però, essere inferiore a due anni. La presidenza della Commissione è rotativa fra gli Stati parti, avendo ogni mandato sei mesi di durata¹⁶¹. Il segretario generale della CPC dovrà essere originario del medesimo Stato parte a cui appartiene il presidente.

6.8 Il Tribunale Arbitrale e il Sistema di Risoluzione delle Controversie.¹⁶²

norme emanate dagli organi del MERCOSUL.

¹⁵⁹ L'articolo 3 del regolamento interno determina le funzioni della CPC: a) Accompagnare il cammino del processo di integrazione regionale espresso nella formazione del Mercato Comune del Sud, e informare i Congressi Nazionali a questo riguardo; b) Sviluppare le azioni necessarie per facilitare la futura costituzione del Parlamento del MERCOSUL; c) Sollecitare dagli organi istituzionali del MERCOSUL informazioni riguardanti l'evoluzione del processo d'integrazione; d) Costituire sottocommissioni per l'analisi dei temi concernenti l'attuale processo d'integrazione; e) Emettere raccomandazioni e pareri rispetto la conduzione del processo d'integrazione e della formazione del Mercato Comune, sulle Decisioni, Risoluzioni, Direttive e Proposte, che devono essere dettate per gli organi istituzionali pertinenti del MERCOSUL; f) Elaborare la Politica Legislativa d'integrazione, realizzare gli studi necessari tendenti alla armonizzazione delle legislazioni degli Stati parti, approvare i progetti corrispondenti e altre norme di diritto comunitario, che saranno sottoposti alla considerazione dei Parlamenti Nazionali; g) Accelerare i procedimenti interni degli Stati parti per la pronta entrata in vigore delle norme emanate dagli organi del MERCOSUL; h) Concertare relazioni di cooperazione con i Parlamenti di paesi terzi e con altri enti costituiti nell'ambito degli altri fenomeni d'integrazione regionale; i) Stabilire rapporti e sottoscrivere accordi sulla cooperazione e l'assistenza tecnica con organismi pubblici e privati, di carattere nazionale, regionale, sopranazionale e internazionale.

¹⁶⁰ Se la Commissione Parlamentare del MERCOSUL conta su un sistema egualitario per la designazione dei membri da parte degli Stati che aderiscono all'accordo regionale, il Parlamento Europeo, invece, possiede un sistema ponderato che, dopo l'unificazione tedesca e l'ingresso di Austria, Finlandia e Svezia, è composto del seguente modo: Germania, 99; Francia, Gran Bretagna e Italia, 87 ogni uno; Spagna 64; Paesi Bassi, 31; Portogallo, Belgio e Grecia, 25 ogni uno; Svezia, 22; Austria, 21; Danimarca e Finlandia, 16; Irlanda, 15; Lussemburgo, 6. Vedi, a proposito, BALLARINO, Tito. *Opus cit.*, 69 ss. È particolare importanza a tale riguardo, inoltre, l'opera di ATTNÀ, Flavio. *Il Parlamento Europeo e gli Interessi Comunitari*. Milano: Franco Angeli, 1986.

¹⁶¹ Sono competenze esclusive del Presidente della Commissione: a) dirigere e ordinare i lavori della Commissione; b) rappresentare la Commissione c) dare conoscenza alla Commissione di tutta la materia ricevuta; d) designare relatori su proposta delle delegazioni parlamentari, per le materie da discutersi; e) istituire gruppi di studio per l'esame di temi indicati dalla Commissione; f) risolvere questioni di ordine; g) convocare le riunioni del proprio coordinamento esecutivo e la Commissione, e presiederli; h) firmare i verbali, le raccomandazioni e gli altri documenti della Commissione; i) gestire donazioni, contratti di assistenza tecnica e altri sistemi di cooperazione a titolo gratuito dinanzi Organismi Pubblici o Privati, Nazionali e Internazionali; j) praticare tutti gli atti che siano necessari al buon sviluppo delle attività della Commissione.

¹⁶² Il primo meccanismo a disciplinare il sistema di risoluzione di controversie del MERCOSUL fu il Protocollo di Brasilia, successivamente modificato dal Protocollo di Ouro Preto, e, nel febbraio 2002, derogato dal Protocollo di Olivos. Il Protocollo di Brasilia è attualmente in vigore soltanto per le

Con la finalità di esercitare la funzione giurisdizionale sulle divergenze sorte fra gli Stati parti in virtù dell'interpretazione della normativa del MERCOSUL¹⁶³, il sistema impostato dall'accordo regionale¹⁶⁴ si è servito per molti anni della possibilità di istituire dei tribunali arbitrali¹⁶⁵ *ad hoc*. Ciò perché, nel tentativo di svolgere una struttura con maggior mobilità, il Protocollo di Brasilia¹⁶⁶ del 17 dicembre 1991 ha

procedure di risoluzione di controversie iniziate prima della data di entrata in vigore del Protocollo di Olivos (ciò è dovuto al fatto che tale documento necessita della ratifica dei quattro Stati parti, cosa ancora non avvenuta e priva di un termine certo). In virtù di tale contesto, abbiamo ritenuto importante citarlo e esaminarlo come parte ancora integrante delle fonti primarie del MERCOSUL. Il Protocollo di Olivos viene esaminato, invece, nell'ambito del sistema di risoluzione di controversie del MERCOSUL.

¹⁶³ Tale è l'ambito di applicazione stabilito dall'articolo 1° del Protocollo di Brasilia: "Le controversie che possano sorgere fra gli Stati Parti sull'interpretazione, l'applicazione o il non compimento delle disposizioni contenute nel Trattato di Asunción, degli accordi celebrati nell'ambito dello stesso, così come delle decisioni del Consiglio del Mercato Comune e delle Risoluzioni del Gruppo Mercato Comune, saranno sottoposti ai procedimenti di risoluzione stabiliti nel presente Protocollo".

¹⁶⁴ Sui sistemi di risoluzione delle controversie negli altri trattati commerciali latino americani – ALALC, ALADI, Patto Andino –, vedi, DE KLOR, Adriana. *Opus cit.*, p. 114 ss; e, REY CARO, Ernesto. *La Solución de Controversias en los Procesos de Integración en América*. El MERCOSUR. Córdoba: Marcos Lerner, 1998, p. 15 ss. Sulla risoluzione delle controversie nel NAFTA, vedi, TRAKMAN, Leon E. *Dispute Settlement Under the Nafta: Manual and Source Book*. New York: Transnational Publishers, 1996; e, FOLSOM HAUGHWOUT, Ralph et al. *Handbook of Nafta Dispute Settlement*. New York: Transnational Publishers, 1998. Sulla risoluzione delle controversie nell'Unione Europea e la Corte di Giustizia, vedi, GERIN, Guido. *La Corte di Giustizia delle Comunità Europee. Le Procedure per il Ricorso*. Padova: CEDAM, 2000; MOUTON, Jean-Denis et al. *La Cour de Justice des Communautés Européennes*. Paris: PUF, 1998; DEHOUSSE, Renaud. *La Cour de Justice des Communautés Européennes*. Paris: Montchrestien, 1997. Per un'analisi comparata del sistema del MERCOSUL e quello dell'Unione europea, vedi RUIZ DIAS LABRANO, Roberto. *MERCOSUR - Unión Europea*. Asunción: Intercontinental, 2001. Sul sistema di risoluzione delle controversie nell'ambito dell'OMC, vedi, COCCIA, Massimo. *Il Sistema di Risoluzione di Controversie nella WTO*. In: GIARDINA, Andrea et TOSATO, Gian Luigi. *Diritto del Commercio Internazionale. Testi di Base e Note Introduttive*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 89 ss.; SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE. *Diritto e Organizzazione del Commercio Internazionale dopo la Creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio*. Napoli: Scientifica, 1998, p. 275 ss.; CARREAU, Dominique. *Droit International Économique*. *Opus cit.*, p. 68 ss.; QURESHI, Asif H. *International Economic Law*. Sweet and Maxwell, 1999, p. 287 ss.; JACKSON, John H. *Legal Problems of International Economic Relations. Cases, Materials and Text*. Saint Paul: West Group, 1995, p. 327 ss.; e, JACKSON, John H. *The Jurisprudence of GATT and the WTO*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

¹⁶⁵ È interessante notare che Brasile, Argentina e Paraguay aderiscono ad un'altra importante convenzione internazionale che si basa sul procedimento arbitrale, ovvero, la *Convention pour la Solution Pacifique des Conflits Internationaux*, firmata all'Aja il 29 luglio 1899. Come affermato da Luiz Olavo Baptista: "Cet ancien traité met sur pied des mécanismes pour le règlement des différends internationaux, conseillant les bons offices et la médiation (Titre II) les commissions internationales d'enquête (Titre III) et l'arbitrage international (Titre IV), créant une Cour permanente d'arbitrage accessible à tout moment et qui fonctionne, à moins qu'il n'existe pas des stipulations contraires des parties, conformément aux règles établies dans la présente Convention". In: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 166.

¹⁶⁶ Per un esame più approfondito del Protocollo di Brasilia come norma del diritto internazionale si rinvia al capitolo II (punto 2.1.3) di questa tesi.

ritenuto più adatta la scelta della procedura arbitrale¹⁶⁷ per la risoluzione di controversie nel MERCOSUL¹⁶⁸. Una fra le principali motivazioni che avevano portato a questa opzione viene presentata da Eduardo Grebler¹⁶⁹:

*“Na concepção dos instrumentos institucionais do Mercosul prevaleceu o entendimento de não ter, ainda, chegado o momento de adotar-se um símile do TJCE. Seja pelo temor de propiciar a estratificação de organismos de atuação ainda dispensável, seja para evitar a possibilidade de divergências intra-institucionais, a criação de um órgão jurisdicional do Mercosul foi deixada, uma vez mais, para o futuro”.*¹⁷⁰

Questo sistema di risoluzione di controversie¹⁷¹ doveva avere vigenza soltanto

¹⁶⁷ Il procedimento arbitrale nell'ambito del diritto internazionale prevede che le parti in controversia sottomettano le loro controversie ad un terzo o ad un tribunale a questo scopo specialmente costituito. Tale organo dovrà risolvere il conflitto conformemente alle norme che le parti stesse specificano e la sua decisione sarà adottata come definitiva per i contendenti. Secondo Adriana Dreyzin de Klor, la caratteristica principale dell'arbitrato internazionale è che il risultato di tale procedimento è legalmente vincolante per le parti in conflitto. Altre caratteristiche sono che, una volta deciso di sottomettersi, le parti non possono più unilateralmente abbandonare il procedimento; il consenso a sottomettersi all'arbitrato viene dato tramite l'accordo arbitrale, che può aver luogo prima o dopo che venga a sorgere la controversia; la procedura dell'arbitrato prevede sia l'inchiesta sui fatti sia la risoluzione delle questioni di diritto. In: DE KLOR, Adriana Dreyzin. *Opus cit.*, p. 113. Vedi, inoltre, ROBERT, Jean. *L'Arbitrage. Droit Interne Droit International Privé*. Paris: Dalloz, 1993; MOREAU, Bertrand et al. *Droit Interne et Droit International de l'Arbitrage*. Paris: Delmas, 1997; BERNARDINI, Piero. *L'Arbitrato Commerciale Internazionale*. Milano: Giuffrè, 2000; BERNINI, Giorgio. *L'Arbitrato. Diritto Interno, Convenzioni Internazionali*. Bologna: CLUEB, 1993; VISMARA, Fabrizio. *Le Norme Applicabili al Merito della Controversia nell'Arbitrato Internazionale*. Milano: Giuffrè, 2001; RICHEL, Charles. *La Guerra e la Pace. Studi sull'Arbitrato Internazionale*. Napoli: Colonnese, 2000.

¹⁶⁸ Secondo Eduardo Grebler, l'utilizzazione di tribunali arbitrali in America Latina per la risoluzione di conflitti di natura commerciale è un fatto del tutto nuovo. Nella storia latino americana tale soluzione si era limitata in modo quasi esclusivo a questioni concernenti il diritto internazionale pubblico, come liti territoriali e indennizzi per atti di forza commessi da uno Stato. In: GREBLER, Eduardo. *A Solução de Controvérsias no Tratado do MERCOSUL*. In: CASELLA, Paulo B. (Org.). *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 1996, p. 361.

¹⁶⁹ GREBLER, Eduardo. *Opus cit.*, p. 359.

¹⁷⁰ “Nella concezione degli strumenti istituzionali del Mercosul ha prevalso l'intendimento che non fosse ancora giunto il momento di adottarne uno simile al CGCE. Sia per il timore di propiziare la stratificazione di organismi di attuazione ancora dispensabile, sia per evitare la possibilità di divergenze intra-istituzionali, la creazione di un organo giurisdizionale del Mercosul fu lasciata, un'altra volta, per il futuro”.

¹⁷¹ La nozione di controversia utilizzata ai fini del procedimento arbitrale previsto dal Protocollo di Brasilia viene chiarita nell'emanazione del lodo dell'8 marzo 2000, nel quale il tribunale arbitrale *ad hoc* afferma: “In questo senso, il Tribunale ha concluso che la Corte Permanente di Giustizia Internazionale (“CPGI”) nel caso Mavrommatis ha sostenuto che una controversia è “un disaccordo su un determinato punto di diritto o di fatto, un conflitto di opinioni legali o di interessi fra le parti”. Questa nozione di “controversia” fu reiterata dalla Corte Internazionale di Giustizia (CIG) nei casi

durante il periodo di transizione, però, fino all'inizio del 2002 è rimasto come l'unica alternativa in vigore. Non sono state poche le critiche sollevate dagli studiosi rispetto il sistema di risoluzione di controversie istituito dal Protocollo di Brasília e mantenuto quasi intatto dal Protocollo di Ouro Preto. Secondo la maggioranza dei critici, il carattere episodico che contraddistingueva i tribunali toglievano loro la natura di *potestas*, facendo in modo che le loro decisioni venissero ad essere considerate deboli dinanzi al predominio politico dell'organo esecutivo dell'istituzione e, ancora di più, dinanzi al potere giudiziario degli Stati parti¹⁷². Le conseguenze della fragilità di tale sistema sul sistema d'integrazione regionale vengono commentate da Adriana Dreyzin de Klor¹⁷³:

*"Los instrumentos elaborados para solucionar controversias en el ámbito integrado son claramente inadecuados y entorpecen el desarrollo del proceso (...) Resulta imprescindible aportar credibilidad y seguridad jurídica desde el inicio mismo de un proceso integrador, no solamente para el ámbito público, sino también para los particulares (...) la administración de justicia no es en sí un tema menor; menos aún en el contexto harto condicionado por variables internas y externas que influyen en todo proceso de integración latinoamericano. Ante esta realidad, no puede seguir postergándose la creación de un Tribunal de Justicia que obre como un auténtico Poder Judicial".*¹⁷⁴

Camerún Settentrionale, nel caso sull'Applicabilità dell'obbligo di arbitrato in virtù della Sezione 21 dell'Accordo del 26 giugno 1947 relativo alla Sede dell'ONU, e nel caso di Timor Orientale. Altresì, la CIG nel caso dell'Africa Sud-ovest ha sostenuto inoltre che, per determinare l'esistenza di una controversia, si deve dimostrare che il reclamo di una delle parti positivamente si oppone a quello dell'altra. Da un'altra parte, il Rapporto dei Direttori Esecutivi della Banca Internazionale per la Ricostruzione e lo Sviluppo ("Banca Mondiale"), seguendo una chiara pratica consuetudinaria in materia di arbitrati internazionali, nel riferirsi a quello che è una controversia internazionale, ha espresso che tale è quella concernente l'esistenza di un diritto o di un obbligo".

¹⁷² GREBLER, Eduardo. *Opus cit.*, p. 361.

¹⁷³ DE KLOR, Adriana Dreyzin. *Opus cit.*, p. 164 ss.

¹⁷⁴ "Gli strumenti elaborati per risolvere controversie nell'ambito integrato sono chiaramente inadeguati e ostacolano lo sviluppo del processo (...) Risulta imprescindibile apportare credibilità e sicurezza giuridica dall'inizio di un processo integratore, non soltanto all'ambito pubblico, fino anche ai privati (...) l'amministrazione della giustizia non è in sé un tema minore; meno ancora nel contesto abbastanza condizionato da variabili interne e esterne che influiscono in tutto il processo d'integrazione latinoamericano. Dinanzi a questa realtà, non è possibile continuare a rinviare la creazione di un Tribunale di Giustizia che operi come un autentico Potere Giudiziale".

Nell'ambito del diritto positivo del MERCOSUL, l'obbligatorietà della giurisdizione dei tribunali arbitrali sulle controversie nate dall'applicazione della normativa dell'accordo regionale veniva prevista dall'articolo 8 del Protocollo di Brasília. In tale senso, è:

v
v

“(...) obrigatória, ipso facto e sem necessidade de acordo especial, a jurisdição do Tribunal Arbitral que em cada caso se constitua para conhecer e resolver todas as controvérsias a que se refere”.¹⁷⁵

Tramite questo dispositivo, gli Stati parti restavano sottomessi al sistema di risoluzione di controversie del Protocollo di Brasília sempre che ci fosse qualche pendenza fra gli Stati. Trattandosi di tribunali *ad hoc*, era chiaro che questi ultimi si dovevano costituire ogni volta che, essendo presentato un reclamo agli organi del sistema regionale, ci fosse la necessità, secondo il capitolo IV del Protocollo di Brasília, di dare avvio al procedimento arbitrale – vale la pena sottolineare, inoltre, che negli ultimi anni si sono costituiti diversi collegi arbitrali, con l’emanazione di ben sei lodi arbitrali¹⁷⁶.

Con la firma del Protocollo di Olivos il 18 febbraio 2002¹⁷⁷, il sistema di risoluzione di controversie del MERCOSUL è stato sensibilmente modificato. Derogando il Protocollo di Brasília e le sue successive modifiche, il Protocollo di

¹⁷⁵ “(...) obbligatoria, *ipso facto* e senza necessità di accordo speciale, la giurisdizione del Tribunale Arbitrale che ad ogni caso si costituisca per conoscere e risolvere tutte le controversie alle quali si riferisce”.

¹⁷⁶ I lodi emanati dal tribunale arbitrale *ad hoc* del MERCOSUL fino al mese di marzo 2002 – nell’ambito dei Protocolli di Brasília e Ouro Preto – sono i seguenti: lodo del 28 aprile 1999, Argentina v. Brasile, sulla “Controversia sui Comunicati n.° 37/97 e n.° 7/98 del Dipartimento di Operazioni di Commercio Estero della Segreteria del Commercio Estero della Repubblica Federativa del Brasile: Applicazione di Misure Restrittive al Commercio Reciproco”; lodo del 27 settembre 1999, Argentina v. Brasile, sugli “Aiuti di Stato alla Produzione ed Esportazione di Carne di Maiale”; lodo del 10 marzo 2000, Brasile v. Argentina, sulla “Applicazione di Misure di Salvaguardia su Prodotti Tessili, Risoluzione n.° 861/99 del Ministero dell’Economia e Opere e Servizi Pubblici della Repubblica Argentina”; lodo del 21 maggio 2001, Brasile v. Argentina, sulla “Applicazione di Misure Antidumping contro l’esportazione di poli interi, provenienti dal Brasile, Risoluzione n. ° 574/2000 del Ministero dell’Economia della Repubblica Argentina”; lodo del 29 settembre 2001, Uruguay v. Argentina, sulle “Restrizioni di Accesso al Mercato Argentino di Biciclette di Origine Uruguayana”; lodo del 9 gennaio 2002, Uruguay v. Brasile, sulla “Proibizione di Importazione di Pneumatici *remolded* di Origine Uruguayana”. I testi integrali dei lodi arbitrali sono disponibili nella pagina internet della SAM: <http://www.mercosur.org.uy/portugues/snor/normativa/LAUDOS.htm>.

¹⁷⁷ Vedi, a riguardo il Protocollo di Olivos, BARRAL, Welber O. Protocolo de Olivos e o MERCOSUL. Seqüência, n.° 44 (2002), p. 149 ss.

Olivos ha istituito un sistema senz'altro molto più solido. Questo si fonda su una fase pre-conteziosa e una fase arbitrale. In quest'ultima, oltre la già esistente possibilità di istituire dei tribunali arbitrali *ad hoc* per le controversie, viene istituito un Tribunale arbitrale permanente di revisione, con sede nella città di Asunción, capitale della Repubblica del Paraguay. Il nuovo meccanismo, in tale senso, dimostra di aver preso ispirazione nel modello offerto dal sistema di risoluzione di controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

La prima importante novità istituita dal Protocollo di Olivos riguarda l'esclusività del sistema di risoluzione delle controversie del MERCOSUL. Questo nuovo accordo fra gli Stati parti, nel suo articolo primo, ha aperto la possibilità che le controversie siano sottoposte anche al sistema di risoluzione di controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) o a sistemi di altri accordi preferenziali di commercio cui facciano parte individualmente gli Stati parti. In tale quadro, una volta iniziata una procedura di risoluzione di controversie nell'ambito di uno dei sistemi succitati (MERCOSUL, OMC, altri accordi di commercio cui possano appartenere gli Stati parti), nessuna delle parti potrà fare ricorso ai meccanismi di risoluzione di controversie stabiliti negli altri sistemi con riguardo allo stesso oggetto.

Il Protocollo di Brasilia e il Protocollo di Olivos sono stati creati, come è noto, per risolvere le divergenze fra gli Stati parti; essi prevedono tuttavia la possibilità per i soggetti privati di proporre reclami¹⁷⁸, che dovranno essere prima accolti dalle Sezioni Nazionali, che avranno il compito di rappresentarli considerandosi, in tale modo, lo Stato parte come litigante.

I conflitti sui quali il Protocollo di Olivos ha istituito il nuovo sistema di risoluzione sono quelli relativi all'interpretazione ed applicazione del Trattato di Asunción, dei suoi accordi complementari, delle decisioni del Consiglio del Mercato Comune, delle risoluzioni del Gruppo Mercato Comune e delle direttive della Commissione di Commercio del MERCOSUL. Tali conflitti, secondo Adriana Dreyzin de Klor¹⁷⁹, possono essere così definiti:

"(...) entendemos por conflicto – dentro del marco de la integración

¹⁷⁸ Vedi, a tale proposito, MAROTTA RANGEL, Vicente. *Solução de Controvérsias após Ouro Preto*. In: CASELLA, Paulo B. (org). *Opus cit.*, p. 697 ss.

*regional – toda situación planteada por el reclamo que efectúan uno o varios Estados o uno o varios particulares – personas físicas o jurídicas – participantes de un esquema de integración o de cooperación comercial, al entender que el comportamiento de otro u otros Estados o de otro u otros particulares de otro Estados atenúa o anula el efecto previsto por las normas de liberación del comercio, en relación con la circulación de mercadorías o de otros factores de la producción”.*¹⁸⁰

La procedura adottata dal Protocollo di Olivos ha in parte ridimensionato il carattere diplomatico che caratterizzava il vecchio sistema. L'estinzione della procedura dinanzi alla CCM e la possibilità di adire direttamente un tribunale arbitrale senza passare per la procedura dinanzi al GMC ha senz'altro contribuito a diminuire questo aspetto diplomatico del sistema. La procedura arbitrale continua ad essere l'ultimo ricorso previsto dal sistema, ma diviene molto più accessibile per lo Stato parte che ha iniziato la causa. È importante sottolineare, comunque, che la succitata attività diplomatica viene a configurarsi come uno fra i principali fattori che fanno di questo processo d'integrazione regionale un fenomeno tipico del diritto internazionale pubblico.

Sia nel caso di reclami presentati da Stati parti che in quelli presentati da privati – persone fisiche o giuridiche –, il sistema di risoluzione delle controversie si divide in due fasi, quella pre-contenziosa e quella arbitrale. Sia la fase pre-contenziosa sia quella arbitrale, seguono le previsioni del Protocollo di Olivos.

6.8.1 Le controversie fra Stati parti.

α) La fase pre-contenziosa :

¹⁷⁹ DE KLOR, Adriana Dreyzin. *Opus cit.*, p. 108.

¹⁸⁰ “(...) intendiamo per conflitto – nell'ambito dell'integrazione regionale – tutte le situazioni generate dal reclamo effettuato da uno o più Stati ovvero da uno o più singoli – persone fisiche o giuridiche – partecipanti di un sistema d'integrazione o di cooperazione commerciale, che abbiano ad oggetto il comportamento di altro o altri Stati o di altro o altri singoli di altro Stato che attenui o annulli l'effetto previsto dalle norme di liberalizzazione del commercio, relativamente alla circolazione di merci o di altri fattori della produzione”.

La fase pre-contenziosa, disciplinata dai capitoli IV e V del Protocollo di Olivos, prevede anzitutto un periodo di 15 giorni volti alla risoluzione della controversia mediante i negoziati diretti fra gli Stati¹⁸¹, e, successivamente, l'intervento opzionale del Gruppo Mercato Comune¹⁸². In questo ambito è sempre importante sottolineare, come osserva Luiz Olavo Baptista¹⁸³, che:

"(...) tant la CCM que le GMC ont seulement le pouvoir de d'émettre des Recommandations. Seul le tribunal arbitral a un pouvoir de décision".

L'articolo 6 del Protocollo di Olivos permette alle parti di adire direttamente la procedura arbitrale. Però, lo stesso articolo dispone che, in comune accordo, queste possono anche sottoporre la controversia alla considerazione del GMC. Questa procedura può essere avviata in due ipotesi: quando lo Stato parte reclamante presenta il proprio reclamo dinanzi al GMC, o, quando un altro Stato che non sia parte nella controversia venga a sollecitare motivatamente questa procedura alla fine del periodo dei negoziati diretti.¹⁸⁴

Il GMC dovrà esaminare il reclamo, dando opportunità alle parti nella controversia di esporre le rispettive posizioni. Se lo consideri necessario, il GMC potrà inoltre chiedere la consulenza di uno o più esperti fra quelli presenti nell'elenco stabilito secondo l'articolo 43 del Protocollo di Olivos.

¹⁸¹ L'articolo 4 del Protocollo di Olivos dispone che gli Stati parti dovranno cercare di risolvere la controversia mediante negoziati diretti. L'articolo 5 prevede che i negoziati diretti non potranno, salvo accordo fra le parti nella controversia, eccedere il termine di quindici giorni a partire dalla data in cui una di loro abbia comunicato all'altra la decisione di iniziare la controversia. Lo stesso articolo dispone che gli Stati parti in una controversia dovranno informare al GMC, tramite la SAM, sulle gestioni che vengano ad essere realizzate durante i negoziati e i risultati delle stesse.

¹⁸² Originariamente il Protocollo di Brasilia prevedeva soltanto l'intervento del GMC nel procedimento di risoluzione di controversie fra Stati parti. Questo intervento consisteva più che altro nella formulazione di raccomandazioni, simili a quelle utilizzate dai *panel* nel sistema GATT. Con l'avvento del Protocollo di Ouro Preto e la creazione della Commissione di Commercio del MERCOSUL, quest'ultima, mediante l'articolo 21 del documento di Ouro Preto (e dell'allegato in questo citato), viene impostata come una prima istanza al Gruppo Mercato Comune. Successivamente, con l'emanazione del Protocollo di Olivos, la CCM viene esclusa dal sistema di risoluzione di controversie, mentre l'intervento del GMC diventa di carattere puramente opzionale.

¹⁸³ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 156.

¹⁸⁴ In tale caso, secondo l'articolo 6 del Protocollo di Olivos, se viene iniziata la procedura arbitrale da uno degli Stati parti nella controversia, questa non sarà interrotta, a meno che ci sia un accordo fra gli stessi Stati parti.

La procedura dinanzi al GMC non potrà estendersi per un periodo superiore a trenta giorni, decorrenti dalla presentazione del reclamo all'organo. Nel caso la controversia sia stata sottoposta al GMC dagli Stati parti nella controversia, l'organo dovrà emanare delle raccomandazioni dirette alla risoluzione del problema che, se possibile, dovranno essere espresse in modo dettagliato. Se, invece, la controversia viene portata all'attenzione del GMC su richiesta di uno Stato che non sia parte della lite, l'organo potrà elaborare commenti o raccomandazioni al riguardo.

β) Il procedimento arbitrale.

La fase arbitrale inizia quando una delle parti comunica alla Segreteria Amministrativa del MERCOSUL il proprio interesse a ricorrere al procedimento arbitrale stabilito dal Protocollo di Olivos.

Secondo l'articolo 9 del Protocollo, la Segreteria Amministrativa porterà la comunicazione alla conoscenza degli altri Stati coinvolti nella controversia¹⁸⁵ e al Gruppo Mercato Comune, incaricato di procedere all'*iter*.

Il Tribunale arbitrale istituito *ad hoc* sarà composto da tre arbitri¹⁸⁶, che saranno designati fra quelli risultanti da un elenco appositamente tenuto dalla Segreteria Amministrativa del MERCOSUL in base all'articolo 11 del Protocollo di Olivos.¹⁸⁷

La procedura per la designazione dei tre arbitri segue quanto disposto dai punti 2 e 3 dell'articolo 10 del Protocollo, ossia, ogni Stato parte nella controversia potrà designare un arbitro¹⁸⁸, mentre il terzo arbitro verrà designato in comune accordo dagli

¹⁸⁵ L'articolo 33 del Protocollo di Olivos, concernente la giurisdizione dei Tribunali, dispone: "Gli Stati parti dichiarano di riconoscere come obbligatoria, *ipso facto* e senza necessità di accordo speciale la giurisdizione dei Tribunali arbitrali *ad hoc* che ad ogni caso vengano a costituirsi per conoscere e risolvere le controversie a cui si riferisce il presente Protocollo, così come la giurisdizione del Tribunale permanente di revisione per conoscere e risolvere le controversie conformemente alle competenze che le conferisce il presente protocollo".

¹⁸⁶ L'articolo 35 del Protocollo dispone su chi può essere qualificato come arbitro dei Tribunali arbitrali *ad hoc* e del Tribunale permanente di revisione, ovvero, giuristi di riconosciuta competenza nelle materie che possano essere oggetto delle controversie e con approfondita conoscenza del sistema normativo del MERCOSUL.

¹⁸⁷ "Articolo 11 - Ogni Stato Parte designerà dodici (12) arbitri che integreranno una lista che resterà registrata nella Segreteria Amministrativa (...). Ogni Stato parte proporrà, inoltre, quattro candidati per integrare l'elenco dei terzi arbitri. Almeno uno fra gli arbitri indicati per ogni Stato non sarà connazionale di nessuno degli Stati parti".

¹⁸⁸ L'articolo 10 prevede ancora che ogni uno degli Stati parte nella controversia nominerà, ancora, un

Stati parti¹⁸⁹, non potendo quest'ultimo essere cittadino degli Stati parti nella controversia¹⁹⁰. Gli arbitri dovranno essere nominati nei quindici giorni seguenti alla data in cui la Segreteria Amministrativa abbia comunicato agli altri Stati parti della controversia dell'intenzione di uno di loro di ricorrere all'arbitrato.¹⁹¹

L'articolo 13 del Protocollo prevede che, in caso di litisconsorzio¹⁹², gli Stati parti che si trovino in questa posizione dovranno mettersi d'accordo sulla designazione di un arbitro comune¹⁹³. Significativo, però, è il fatto che lo stesso Protocollo non prevede un procedimento preciso per il caso in cui gli Stati litisconsorti non vengano ad accordarsi sull'arbitro comune.¹⁹⁴

La tutela dei diritti degli Stati parti nel processo verrà garantita dai rappresentanti designati dagli Stati stessi. Questi potranno essere assistiti da esperti secondo la materia in esame. Il primo impegno da adempiere per i succitati rappresentanti è quello previsto nell'articolo 14.3 del Protocollo, ossia, quello di informare il Tribunale sulle istanze compiute anteriormente al procedimento arbitrale e esporre il fondamento in fatto e/o in diritto delle loro rispettive posizioni.

Il protocollo prevede la possibilità di emanazione di misure provvisorie¹⁹⁵ dirette

arbitro supplente che abbia gli stessi requisiti per sostituire l'arbitro titolare in caso di incapacità o scusante per formare il Tribunale Arbitrale, sia nel momento della sua costituzione o nel corso del procedimento.

¹⁸⁹ L'articolo 36 del Protocollo prevede che il presidente del Tribunale Arbitrale riceverà un compenso pecuniario, il quale, insieme alle altre spese del Tribunale Arbitrale, saranno pagate in montanti uguali dagli Stati parti nella controversia, a meno che il Tribunale decida di distribuirli in diversa proporzione. Il pagamento degli altri arbitri verrà effettuato dagli Stati parti che li hanno designati a quella funzione.

¹⁹⁰ Nel caso non si sia giunti ad un accordo per la scelta del terzo arbitro nel termine stabilito nel Protocollo, secondo l'articolo 10, la SAM, su richiesta di qualsiasi di loro, procederà alla designazione per sorteggio dalla lista prevista dall'articolo 11.2 del Protocollo di Olivos.

¹⁹¹ Nel caso in cui uno degli Stati parti nella controversia non abbia nominato il suo arbitro nel periodo indicato, questo verrà designato, secondo l'articolo 10.2(ii), dalla SAM fra gli arbitri di questo Stato.

¹⁹² Secondo Enrico Tullio Liebman, può esserci litisconsorzio quando: "(...) invece delle solite due parti, vi sono più attori, o più convenuti, oppure più attori e più convenuti (rispettivamente litisconsorzio attivo, passivo e misto). Il litisconsorzio può essere originario (od iniziale) se il processo viene instaurato fin dal suo inizio con pluralità di parti; e può essere successivo, se alle due parti originarie se ne aggiungono altre nella pendenza della lite, per intervento o per unione di due o più cause". In: LIEBMAN, Enrico T. *Manuale di Diritto Processuale Civile. Principi*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 97. Vedi, inoltre, CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di Diritto Processuale*. Napoli: Jovene, 1987, p. 1073 ss.

¹⁹³ "Se due o più Stati Parti sostengono la medesima posizione nella controversia, potranno unificare le loro rappresentazioni dinanzi al Tribunale Arbitrale e designeranno un arbitro in comune accordo nel termine stabilito nell'Articolo 10.2.i)".

¹⁹⁴ REY CARO, Ernesto. *Opus cit.*, p. 53.

¹⁹⁵ Il contesto che legittima e caratterizza l'emanazione di una misura provvisoria o cautelare, secondo quanto insegna Enrico Liebman, si ha quando: "(...) mentre si attende di poter iniziare o svolgere un processo, può avvenire che i mezzi che gli sono necessari (cioè le prove e i beni) si trovino esposti al pericolo di scomparire o comunque di essere sottratti alla disponibilità della giustizia; o, più

a tutelare i diritti di una delle parti nel caso in cui la conservazione della situazione possa venire a cagionare danni gravi ed irreparabili alla stessa.¹⁹⁶

La decisione che il Tribunale dovrà adottare nel lodo arbitrale dovrà fondarsi sulle fonti giuridiche del MERCOSUL, siano esse primarie o secondarie, così come sulle fonti del diritto internazionale. Il lodo arbitrale dovrà essere adottato a maggioranza, sufficientemente motivato in fatto e diritto e firmato dal Presidente e dagli altri arbitri¹⁹⁷.

La possibilità di appello contro le decisioni emanate nei lodi è prevista dall'articolo 17 del Protocollo di Olivos. Secondo tale dispositivo, le parti avranno un termine di quindici giorni dalla notifica del lodo arbitrale per ricorrere al Tribunale Permanente di Revisione.

È importante sottolineare in quest'ambito che l'introduzione di un Tribunale permanente nel sistema del MERCOSUL si configura come il più significativo contributo del Protocollo di Olivos. L'istituzione di tale Tribunale rappresenta un importante passo verso una maggior credibilità del sistema e alla tanta agognata sopranazionalità.

Il ricorso dovrà limitarsi alle questioni di diritto trattate nella controversia e alle interpretazioni giuridiche sviluppate nel lodo. In tale quadro, viene prevista la possibilità che il Tribunale permanente di revisione si pronunzi in base al principio

genericamente, può avvenire che il diritto, di cui si chiede il riconoscimento, sia minacciato da un pregiudizio imminente o irreparabile. In questi casi è consentito alla parte interessata di chiedere che gli organi giurisdizionali provvedano a conservare e a mettere al sicuro le prove o i beni o ad eliminare in altro modo quella minaccia, così da assicurare che il processo possa conseguire un risultato utile". In: LIEBMAN, Enrico T. *Opus cit.*, p. 207 ss. Vedi, inoltre, CHIOVENDA, Giuseppe. Istituzioni di Diritto Processuale Civile. Volume 1. Napoli: Jovene, 1960, p. 249 ss.

¹⁹⁶ In tale ambito, il testo dell'articolo 15.1 prevede che, per legittimare l'emanazione della misura provvisoria da parte del Tribunale, basta che una delle parti riesca a dimostrare la fondata presunzione che possano accadere dei danni gravi ed irreparabili in virtù della conservazione della situazione. Logicamente, tali misure dovranno obbedire al principio di proporzionalità. Le parti, a loro volta, dovranno compiere immediatamente o nel termine previsto dal Tribunale Arbitrale tutte le misure emanate finché sia dettato il lodo arbitrale.

¹⁹⁷ Il termine di scadenza per l'emanazione del lodo è lo stesso previsto nell'antico sistema dei protocolli di Brasilia e Ouro Preto: l'articolo 16 del Protocollo di Olivos concede al Tribunale sessanta giorni, prorogabili per altri 30 giorni, con decorrenza dalla data della comunicazione fatta dalla SAM dell'accettazione dell'arbitro presidente. Come sottolineato da Ernesto Rei Caro, anche se l'indicazione del termine di scadenza è precisa, il protocollo non prevede nessun tipo di conseguenza per il mancato rispetto del termine di scadenza da parte del Tribunale. Secondo lo stesso autore, in tale caso, dovrebbero essere presi in considerazione i principi che la pratica arbitrale riconosce per questa eventualità. In: REY CARO, Ernesto. *Opus cit.*, p. 54.

dell'equità – *ex aequo et bono*.¹⁹⁸

L'articolo 18 del Protocollo di Olivos dispone che il Tribunale permanente dovrà essere integrato da cinque arbitri. Ogni Stato parte deve indicare un arbitro titolare e uno supplente, che resteranno in carica per due anni rinnovabili per altri due. Il quinto arbitro verrà indicato per unanimità dagli Stati parti¹⁹⁹ e resterà in carica per tre anni non rinnovabili.²⁰⁰

L'articolo 20 del Protocollo prevede norme per il funzionamento del Tribunale permanente. In tale ambito, viene disposto che le liti che coinvolgano due Stati parti saranno giudicate da un collegio composto da tre arbitri, due nazionali di ciascuno degli Stati coinvolti e il terzo – il presidente del collegio arbitrale – designato mediante sorteggio dalla SAM fra gli arbitri non cittadini degli Stati in lite. Nel caso ci siano come parti della lite più di due Stati parti, il collegio arbitrale verrà composto dai cinque arbitri in carica nel Tribunale permanente.²⁰¹

Secondo l'articolo 21 del Protocollo di Olivo, una volta inoltrato il ricorso di revisione presso il Tribunale permanente di revisione, l'altra parte coinvolta nella controversia potrà contestarlo. A tale scopo, quest'ultima avrà a sua disposizione quindici giorni decorrenti della notifica della presentazione del ricorso.

Il Tribunale permanente dovrà pronunciarsi sul ricorso in un termine massimo di trenta giorni, prorogabili per altri quindici giorni, decorrenti dalla presentazione della

¹⁹⁸ L'espressione latina *ex aequo et bono*, che illustra il principio di equità, viene definita da giurista Enrico Tullio Liebman: "Di regola il giudice, dopo d'aver ricostruito la verità dei fatti di una causa, è tenuto ad applicare ad essi in tutto il suo rigore la regola giuridica che si desume dalla legge per la fattispecie sottoposta al suo giudizio. In altri termini, la sua attività è strettamente vincolata al diritto vigente. In via eccezionale gli è invece consentito di ricavare il criterio del suo giudizio con maggiore libertà da fonti diverse, adattandolo alle circostanze particolari del caso in concreto, in modo da formulare una regola giuridica concreta che gli sembri più giusta per il singolo caso. Siamo allora di fronte a un giudizio di equità. Ciascun fatto concreto presenta infatti degli aspetti o dei particolari propri, di modo che l'applicazione di una regola astratta e generale, com'è quella legale, non sempre dà risultati soddisfacenti. L'equità è un correttivo alla rigida applicazione della regola astratta, che permette di piegarla e conformarla alle necessità del singolo caso". In: LIEBMAN, Enrico T. *Opus cit.*, p. 167. Nell'ambito del diritto internazionale, tale principio viene consacrato nel punto secondo dell'articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia: "Article 38 – 1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : (...) 2. La présente disposition ne porte pas atteinte à la faculté pour la Cour, si les parties sont d'accord, de statuer ex aequo et bono".

¹⁹⁹ Nel caso non si riesca a giungere all'unanimità, verrà svolto un sorteggio dalla SAM fra gli arbitri indicati dagli Stati-parti secondo l'articolo 18.2. Il Protocollo prevede inoltre che gli Stati parti potranno definire altri criteri per la designazione del quinto arbitro.

²⁰⁰ Nel caso venga a concludersi il mandato di uno degli arbitri mentre questo stia operando in una controversia, questo dovrà rimanere in carica fino alla conclusione del processo.

contestazione o dalla scadenza del termine per la presentazione della contestazione.

Nella sua pronuncia, secondo l'articolo 22 del Protocollo, il Tribunale permanente potrà confermare, modificare o derogare le motivazioni giuridiche e le decisioni del Tribunale arbitrale *ad hoc*. Lo stesso articolo ancora dispone che il lodo emanato dal Tribunale permanente sarà definitivo e prevarrà sul lodo del Tribunale arbitrale *ad hoc*.

L'articolo 23 del Protocollo ancora prevede che le parti in controversia possano, di comune accordo, rivolgersi direttamente al Tribunale permanente di revisione per la risoluzione della lite, saltando, in tale modo, la fase pre-contenziosa dinanzi al GMC e la prima parte della fase dinanzi al Tribunale arbitrale *ad hoc*. Per poter fare ciò, le parti dovranno anzitutto concludere la fase che prevede i negoziati diretti fra Stati. I lodi emanati dal Tribunale permanente di revisione in tali condizioni saranno obbligatori per gli Stati parti nella controversia a partire della data del ricevimento della rispettiva notifica. Tali lodi non potranno, inoltre, essere oggetto di ricorso di revisione e avranno forza di cosa giudicata.²⁰²

Il lodo arbitrale dovrà essere adottato a maggioranza, sufficientemente motivato in fatto e diritto e firmato dal Presidente e dagli altri arbitri. Motivo di interessanti discussioni nel passato, il Protocollo di Olivos ripropone la riservatezza propria della procedura, che ha carattere confidenziale. In tale modo continua ad essere esplicitamente previsto nel nuovo sistema che i membri del Tribunale arbitrale non potranno presentare i motivi di eventuali voti dissidenti. Attraverso una critica abbastanza forte, lo studioso Ernesto Rei Caro²⁰³ commenta tale principio :

"Esta (...) puede encontrar algún fundamento en el carácter de los litigios y

²⁰¹ Anche qui viene previsto che gli Stati parti potranno definire altri criteri, diversi di quelli disposti dal Protocollo, per il funzionamento del Tribunale permanente.

²⁰² Istituto del diritto processuale, la Cosa Giudicata viene così definita da Enrico Tullio Liebman: "Allo scopo di porre fine alla liti e di dare certezza ai diritti, il legislatore ha fissato un momento in cui è interdetta ogni nuova pronuncia su ciò che fu giudicato. Giunto il processo a quel punto, non solo la sentenza non è più impugnabile in via ordinaria ma la decisione è vincolante per le parti e per l'ordinamento e nessun giudice può nuovamente giudicare lo stesso oggetto nei confronti delle stesse parti (salva la lontana possibilità di proposizione delle impugnazioni straordinarie). Tutto ciò si esprime dicendo che la sentenza è passata in giudicato, ossia che è divenuta immutabile e in pari tempo immutabile è divenuta anche la situazione che vi è contenuta, con tutti gli effetti che ne scaturiscono". In: LIEBMAN, Enrico T. *Opus cit.*, p. 385. Vedi, inoltre, CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Volume II. Roma: Foro Italiano, 1931, p. 399 ss.

²⁰³ Idem, *ibidem*.

*en la concesión de una mayor libertad a los árbitros de la nacionalidad de las partes en la controversia, pero no se compadece con la obligatoriedad que tiene el tribunal de fundamentar su decisión y desnaturaliza la esencia de los pronunciamientos de estos órganos jurisdiccionales. Por otra parte, impide conocer los argumentos que puede esgrimir un miembro del Tribunal para disentir con la mayoría, limitando la riqueza que ofrecen las sentencias y laudos arbitrales para el desarrollo del derecho".*²⁰⁴

I lodi emanati da entrambi Tribunali arbitrali sono obbligatori per gli Stati parti nella controversia dal momento in cui questi ultimi vengono notificati dalla decisione presa. Nel caso dei Tribunali arbitrali *ad hoc*, i lodi acquisteranno forza di cosa giudicata se, trascorso il termine previsto nell'articolo 17 del Protocollo per la presentazione di ricorso, questo non sia stato presentato. Nel caso dei lodi emanati dal Tribunale permanente di revisione, questi saranno inappellabili ed obbligatori per gli Stati parti nella controversia a partire della sua notifica e avranno forza di cosa giudicata. I termini per l'esecuzione della decisione è fissato in quindici giorni dal ricevimento della suddetta notifica, a meno che il tribunale ritenga più opportuno fissare un termine diverso.²⁰⁵

L'articolo 27 del Protocollo prevede che i lodi devono essere eseguiti nella forma e con la portata in cui furono emanati. In tale caso, l'adozione di misure compensatorie secondo quanto previsto nel Protocollo non esime lo Stato parte della propria obbligazione di eseguire quanto deciso nel lodo.²⁰⁶

²⁰⁴ "Questa disposizione può riscontrare dei fondamenti nel carattere dei litigi e nella concessione di una maggior libertà agli arbitri che possiedono la nazionalità delle parti in controversia, però è incompatibile con l'obbligatorietà che ha il tribunale di fondare la propria decisione e snatura l'essenza delle affermazioni di questi organi giurisdizionali. Da un altro lato, impedisce che si vengano a conoscere gli argomenti che un membro del tribunale può utilizzare per dissentire con la maggioranza, limitando la ricchezza che offrono le sentenze e i lodi arbitrali per lo sviluppo del diritto".

²⁰⁵ L'articolo 22 del Protocollo prevede la possibilità che uno qualsiasi degli Stati parti nella controversia potrà, nel termine di quindici giorni successivi alla notifica del lodo, sollecitare un chiarimento dello stesso o anche un'interpretazione sul modo in cui dovrà essere eseguita la decisione. Il Tribunale Arbitrale dovrà manifestarsi al riguardo nei quindici giorni seguenti, potendo, se considera che le circostanze lo esigono, sospendere l'esecuzione del lodo finché decida sulla sollecitazione presentata.

²⁰⁶ È comunque previsto che, nel termine di quindici giorni decorrenti dalla notifica del lodo, qualsiasi degli Stati parti nella controversia potranno sollecitare dei chiarimenti sui lodi emanati sia dal Tribunale arbitrale *ad hoc* sia dal Tribunale permanente di revisione e sul modo in cui le decisioni prese nell'ambito di questi dovranno essere eseguite. Il tribunale dovrà manifestarsi al riguardo entro quindici giorni, concedendo o ampliando il termine per l'esecuzione del lodo. In tale ambito, inoltre, l'articolo 30 del Protocollo di Olivos dispone che nel caso in cui lo Stato parte beneficiato dal lodo ritenga che le

Il termine per l'esecuzione dei lodi, secondo l'articolo 29 del Protocollo, sarà stabilito dal tribunale che l'ha emanato. Nel caso non venga stabilito un termine, prevarrà quello di 30 giorni decorrenti dalla data di notifica. In tale quadro, nel caso in cui uno degli Stati parti in lite presenti ricorso di revisione, il termine verrà sospeso²⁰⁷.

Secondo quanto previsto nell'articolo 31^o del Protocollo di Olivos, il fatto che uno degli Stati parti nella controversia non venga ad eseguire totalmente o parzialmente i precetti dettati dal lodo arbitrale, dà il diritto all'altra parte nella lite, nel termine di un anno decorrente dal giorno successivo al termine indicato nell'articolo 29 del Protocollo, di applicare misure compensative di carattere temporaneo, come la sospensione delle concessioni o altre equipollenti, per ottenere l'esatta esecuzione del lodo arbitrale.²⁰⁸

6.8.2 I Reclami dei Privati

Il Capitolo XI del Protocollo di Olivos viene dedicato ai reclami effettuati da singoli (persone fisiche o giuridiche) in virtù di perdita o minaccia di perdita cagionata da sanzioni od applicazione di misure legali od amministrative di effetto restrittivo, discriminatorio o di concorrenza sleale, poste in essere da qualsiasi Stato parte, in

misure adottate non siano sufficienti ad eseguirlo, avrà il termine di trenta giorni decorrenti dall'adozione delle medesime per portare la situazione alla considerazione del Tribunale arbitrale *ad hoc* o del Tribunale permanente di revisione. Il tribunale avrà il termine di trenta giorni dalla data in cui ha avuto conoscenza della situazione per risolvere la questione.

²⁰⁷ Lo stesso articolo prevede che lo Stato parte obbligato a eseguire la decisione stabilita dal lodo dovrà informare, nel termine di quindici giorni decorrenti dalla notifica, l'altro Stato parte, così come la SAM, su quali misure pretende adottare per dare esecuzione a quanto previsto dal lodo.

²⁰⁸ Lo stesso articolo prevede che lo Stato parte beneficiato dovrà iniziare a valersi di tale diritto tramite l'applicazione di misure compensatorie nel medesimo settore in cui è stato danneggiato. Dovrà, inoltre, nel termine di quindici giorni prima dell'attuazione delle suddette misure, comunicare allo Stato parte inadempiente che le attuerà. Nel caso dello Stato parte beneficiato che abbia applicato misure compensatorie, e dello Stato parte inadempiente che ritenga che queste sono sufficienti, quest'ultimo potrà rivolgersi, nei termini di quindici giorni decorrenti dal giorno della notifica, al Tribunale arbitrale *ad hoc* o al Tribunale permanente di revisione, conformemente al caso di specie. Tale Tribunale avrà trenta giorni dalla sua costituzione per manifestarsi al riguardo. Se, invece, lo Stato parte considera eccessive le misure compensatorie prese dallo Stato parte beneficiato dal lodo, potrà richiedere, nel termine di quindici giorni decorrenti dall'applicazione di tali misure, che il Tribunale che ha giudicato la controversia si manifesti a tale riguardo, in un termine non superiore a trenta giorni. Fondandosi sui fatti allegati e sulle questioni di diritto, così come sul principio di proporzionalità, il Tribunale potrà ordinare allo Stato parte beneficiato di adeguare le misure compensatorie attuate alla decisione del Tribunale, in un termine massimo di dieci giorni.

violazione della normativa primaria e secondaria del MERCOSUL.²⁰⁹

La procedura attualmente in vigore, che ha modificato il sistema di risoluzione di controversie dei Protocolli di Brasilia e di Ouro Preto, scatta con la formalizzazione del reclamo, da parte di un privato – persona fisica o giuridica –, dinanzi la Sezione Nazionale del GMC dello Stato parte in cui abbia la sua residenza abituale o la sede dei suoi affari. Erede del sistema istituito dai Protocollo di Brasilia e di Ouro Preto, questa disposizione della procedura dei reclami dei privati dinanzi alla GMC non è stata del tutto felice. Ernesto Rey Caro²¹⁰, in particolare, rileva che :

*“En efecto, no se ha establecido la forma en que se instrumentarán las reclamaciones de los particulares antes las Secciones Nacionales de dicho órgano, ni se ha determinado a qué Sección Nacional podría recurrir el particular, como se trate de personas físicas o jurídicas, a tener en consideración su residencia habitual o la sede de sus negocios”.*²¹¹

Più specificamente, è da sottolineare la dubbia redazione del Protocollo di Brasilia, mantenuta intatta dal Protocollo di Olivos, che, secondo lo stesso autore²¹², può portare ad un'interpretazione sbagliata della disposizione :

*“(...) una interpretación más amplia podría inducir a sostener que una persona física que ejerce el comercio, en la hipótesis de que su residencia y sede no coincidieran, gozaría del derecho de elección del Grupo Nacional respectivo”.*²¹³

²⁰⁹ Come osserva Eduardo Grebler, anche dopo le modifiche promosse dal Protocollo di Ouro Preto, i reclami dei privati contro gli Stati parti che eventualmente violino le norme del Trattato di Asunción sono rimaste sprovvisti di efficacia, dipendendo sempre dal previo accoglimento da parte del GMC. In: GREBLER, Eduardo. *Opus cit.*, p. 361.

²¹⁰ REY CARO, Ernesto. *Opus cit.*, p. 66.

²¹¹ “In effetti, non è stato stabilito il modo in cui verranno effettuati i reclami dei privati dinanzi alle Sezioni Nazionali di detto organo, né si è determinato a quale Sezione Nazionale potrà ricorrere il privato, trattandosi di persone fisiche o giuridiche, se deve tenere in considerazione la sua residenza abituale o la sede dei suoi affari”.

²¹² REY CARO, Ernesto. *Opus cit.*, p. 59.

²¹³ “(...) un'interpretazione più ampia poteva indurre a sostenere che una persona fisica che esercita il commercio, nell'ipotesi in cui la propria residenza e sede non coincidano, godrebbe del diritto di elezione della rispettiva Sezione Nazionale”.

A tale fine, il reclamante dovrà fornire degli elementi concreti che possano permettere alla succitata Sezione Nazionale di determinare la veridicità della violazione e l'esistenza o minaccia di una perdita.

La Sezione Nazionale del GMC dovrà, a sua volta, verificare se il reclamo già non abbia motivato l'inizio di una procedura di risoluzione di controversia fra Stati parti. Nel caso la risposta sia negativa, la medesima Sezione Nazionale potrà, in comune accordo con il reclamante, iniziare dei contatti diretti con la Sezione Nazionale del GMC dello Stato parte al quale viene attribuita la violazione affinché si trovi una soluzione immediata alla questione sollevata o portare il reclamo senza altri esami dinanzi al GMC.²¹⁴

Con il deposito del reclamo, il GMC dovrà convocare un gruppo di esperti²¹⁵ incaricato di valutare il suo contenuto, dando su di esso un parere tecnico. Nel caso in cui il gruppo di esperti emani un parere unanime a favore del reclamo presentato, qualsiasi altro Stato parte potrà richiedere l'adozione immediata di misure correttive e l'annullamento delle misure in questione²¹⁶. Se la richiesta viene esaurita nel termine di quindici giorni, lo Stato parte che l'ha effettuata potrà ricorrere direttamente all'arbitrato.

Il restante percorso procedurale dinanzi ai Tribunali segue quanto previsto dai capitoli VI e VII parte del Protocollo di Olivos, sulle procedure arbitrali *ad hoc* e di revisione. È significativo, però, il fatto che da questo momento in poi il reclamo del privato sia interamente mediato dalla Sezione Nazionale che ha fatto scattare il procedimento di risoluzione di controversie. In questo senso, secondo lo studioso argentino Ernesto Rey Caro²¹⁷, il reclamo del privato:

²¹⁴ L'articolo 41 del Protocollo prevede un termine di scadenza di quindici giorni dalla data della comunicazione del reclamante per la risoluzione diretta della questione.

²¹⁵ L'articolo 43 prevede che il gruppo di esperti sarà formato da tre membri designati dal GMC o, in mancanza di accordo su uno o più esperti, tramite libera votazione che gli Stati parti svolgeranno fra gli integranti un elenco di venti quattro esperti. In tale caso, a meno che sia deciso in modo diverso dal GMC, uno degli esperti non potrà essere cittadino degli Stati parti nella controversia. Le spese derivate dall'attuazione del gruppo di esperti saranno pagate nella proporzione che venga ad essere determinata dal GMC o, in mancanza di accordo, in montanti uguali dalle parti direttamente coinvolte.

²¹⁶ Se il parere, invece, sia negativo o se il gruppo di esperti non riesca ad arrivare ad una unanimità, il GMC darà per conclusa la procedura. Tale atto non impedirebbe allo Stato Parte reclamante di avviare i negoziati diretti con l'altro Stato parte nella controversia o, anche, di riproporre la questione nell'ambito del Tribunale arbitrale *ad hoc*.

²¹⁷ REY CARO, Ernesto. *Opus cit.*, p. 62.

" (...) se canaliza inicialmente a través de una Sección Nacional y si al final se verificara la procedencia del reclamo, es al Estado parte respectivo y a los Estados Partes en el Protocolo, a los que se ha concedido el derecho de exigir el cumplimiento de las medidas correctivas o de anulación de las medidas cuestionadas".²¹⁸

Tale contesto viene confermato dal giurista brasiliano Luiz Olavo Baptista²¹⁹, che inoltre osserva:

" (...) cependant fait référence aux réclamations des particuliers, ce qui pourrait nous amener à conclure (de manière erronée) que ceux-ci auraient un accès direct en tant que parties au mécanisme de règlement des différends. En effect, le particulier ne bénéficie pas de cet accès, dans le cadre, sinon par l'intermédiaire de la Section Nationale du Groupe marché commun qui dans la réalité sera le plaignant, le particulier qui a formulé la plainte se contentant de l'assister".

Ciò avviene grazie al carattere eminentemente interstatale che caratterizza tutta la procedura. Questa intermediazione dello Stato nei vari passaggi del processo non solo alla fine determina questo processo, ma lo condiziona fortemente.

Nel quadro delle disposizioni generali del Protocollo di Olivos viene prevista la facoltà delle parti di stabilire un accordo sulla controversia o, ancora, la loro rinuncia alla lite. Questa facoltà potrà essere esercitata in qualsiasi momento della fase pre-contenziosa o della fase arbitrale. Sia l'una, sia l'altra ipotesi dovranno essere comunicate al GMC tramite la SAM.

²¹⁸ "(...) si canalizza inizialmente attraverso una Sezione Nazionale e se alla fine si verificherà la legittimità del reclamo, sarà al rispettivo Stato parte e agli Stati Parti nel Protocollo, a chi verrà concesso il diritto di esercitare il compimento delle misure correttive o di annullamento delle misure in questione".

²¹⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 165.

CAPITOLO SETTIMO

Le Fonti del Diritto del MERCOSUL





L'obiettivo di questo capitolo è quello di esaminare le fonti previste nel sistema giuridico del MERCOSUL. A questo scopo, in alcuni ambiti, oltre all'esame del diritto positivo di tale sistema d'integrazione regionale, si cercherà di confrontare le dette fonti con i principali paradigmi attuali del sistema giuridico internazionale e quello comunitario europeo.

Le fonti giuridiche del MERCOSUL sono disciplinate dall'articolo 41 del Protocollo Addizionale al Trattato di Asunción sulla Struttura Istituzionale del MERCOSUL, più conosciuto come "Protocollo di Ouro Preto". Firmato nell'omonima città brasiliana il 17 dicembre 1994, il testo della norma prevede che:

"As fontes jurídicas do Mercosul são: I. o Tratado de Assunção, seus protocolos e os instrumentos adicionais ou complementares; II. os acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção e seus protocolos; III. as decisões do Conselho do Mercado Comum, as resoluções do Grupo Mercado Comum e as diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, adotadas desde a entrada em vigor do Tratado de Assunção". ²²⁰

L'insieme delle fonti primarie e secondarie previste nell'articolo 41 costituisce la base dell'ordinamento giuridico del MERCOSUL. Nell'articolo 42 dello stesso

²²⁰ "Le fonti giuridiche del Mercosul sono: I. il Trattato di Asunción, i suoi protocolli e gli strumenti addizionali o complementari; II. gli accordi celebrati nell'ambito del Trattato di Asunción e i suoi protocolli; III. le decisioni del Consiglio del Mercato Comune, le risoluzioni del Gruppo Mercato

documento, che ha avuto un ruolo fondamentale nella consolidazione di questo sistema giuridico, viene disposta l'obbligatorietà di applicazione del diritto derivato del MERCOSUL da parte degli Stati parti. In base a tali elementi, è possibile affermare che, mediante il Protocollo di Ouro Preto, è avvenuto l'effettivo riconoscimento di questo fenomeno d'integrazione regionale come ordinamento giuridico. La giurista brasiliana Elisabeth Accyoli cos' afferma a tale riguardo²²¹ :

*"(...) anteriormente ao Protocolo de Ouro Preto – POP, havia dúvidas quanto à obrigatoriedade das normas emanadas pelos órgãos com capacidade decisória (Conselho e Grupo Mercado Comum), posto que o Tratado de Assunção não dispunha taxativamente quanto à obrigatoriedade das Decisões e Resoluções. Porém, o Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, veio sanar definitivamente este problema, com a instituição de um direito derivado, ao dispor que os órgãos com capacidade decisória (o Conselho, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul), manifestar-se-ão mediante decisões, resoluções e diretrizes, respectivamente, sendo tais normas obrigatórias para os Estados-partes. Diante disso, dúvida não há de que o Tratado de Assunção, o Protocolo de Brasília, o Protocolo de Ouro Preto (direito originário), as decisões, resoluções e diretrizes ou diretivas (direito derivado), formam um ordenamento jurídico, com suas próprias fontes (art.41 e 42, POP), dotado de órgãos e procedimentos aptos para emití-las, interpretá-las e para constatar os casos de incumprimento e violações".*²²²

Comune e le direttive della Commissione del Commercio del Mercosul, adottate dall'entrata in vigore del Trattato di Asunción".

²²¹ ACCIOLY, Elisabeth. *Mercosul & União Européia. Estrutura Jurídica Institucional*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 98.

²²² "(...) anteriormente al Protocollo di Ouro Preto – POP, c'erano dei dubbi quanto alla obbligatorietà delle norme emanate dagli organi con capacità decisoria (Consiglio e Gruppo Mercato Comune), posto che il Trattato di Asunción non disponeva tassativamente quanto all'obbligatorietà delle Decisioni e Risoluzioni. Però, il Protocollo di Ouro Preto, del 17 dicembre 1994, è venuto a sanare definitivamente questo problema, con l'istituzione di un diritto derivato, nel disporre che gli organi con capacità decisoria (il Consiglio, il Gruppo Mercato Comune e la Commissione di Commercio del Mercosul), si manifesteranno mediante decisioni, risoluzioni e direttive, rispettivamente, essendo tali norme obbligatorie per gli Stati parti. Dinanzi a tutto ciò, non ci sono dubbi che il Trattato de Asunción, il Protocollo di Brasília, il Protocollo di Ouro Preto (diritto originario), le decisioni, risoluzioni e direttive (diritto derivato), formano un ordinamento giuridico, con le sue proprie fonti (art.41 e 42, POP), dotato

L'articolo 34 del Protocollo di Ouro Preto dispone sulla personalità giuridica del MERCOSUL²²³, affermando che questa è di diritto internazionale. Tale affermazione fa in modo che l'ordinamento giuridico del sistema d'integrazione regionale, configurato come organizzazione internazionale intergovernativa, possa essere munito soltanto di fonti provviste di carattere internazionale²²⁴. Data la specificità del fenomeno d'integrazione, queste stesse possono essere dette anche fonti internazionali proprie del MERCOSUL. In tale senso, secondo quanto osserva Luiz Olavo Baptista²²⁵:

“En effet, le droit du MERCOSUL, étant un droit international et non supranational, comme certains le prétendent de manière erronée, la forme d'élaboration du droit sera celle, connue, par laquelle naissent les normes de droit international, et dont l'article 41 du Protocole de Ouro Preto (...)”.

Non viene prevista nell'ambito del Trattato di Asunción una gerarchia fra le fonti giuridiche del MERCOSUL. Sembra assente anche dal Protocollo di Ouro Preto. E' possibile tuttavia constatare, attraverso l'enumerazione proposta nel quadro di quest'ultimo documento, l'istituzione di un ordine gerarchico. In tale ambito, il Trattato di Asunción, i suoi protocolli e strumenti addizionali o complementari, vengono a costituire una prima categoria di fonti, ovvero, quelle c.d. primarie o anche di carattere costituzionale.

7.1 Le Fonti Primarie

Per fonte di diritto primario di un'organizzazione internazionale s'intende il complesso di norme dirette alla costituzione della sfera giuridica dell'organizzazione

di organi e procedimenti adatti per emetterle, interpretarle e per constatare i casi di non attuazione e violazioni”.

²²³ Sulla personalità giuridica del MERCOSUL, vedi, in questo stesso capitolo, il punto 7.1.2, sull'analisi del Protocollo di Ouro Preto.

²²⁴ Sulle fonti dell'ordinamento giuridico internazionale, è di grande importanza l'opera pubblicata da Piero Ziccardi nel 1943, ristampata nel 2000: ZICCARDI, Piero. *La Costituzione dell'Ordinamento Internazionale*. Milano: Giuffrè, 2000.

²²⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 121.

stessa. Queste vengono riconosciute all'interno dei trattati, ovvero, dalle norme di diritto internazionale particolare²²⁶ che, secondo la nozione fornita da Benedetto Conforti²²⁷ :

“(...) vincolano una stretta cerchia di soggetti, di solito i soggetti che direttamente hanno partecipato alla loro formazione”.

Consacrate come fonti del diritto internazionale dall'articolo 38, lettera “a”, dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia delle Nazioni Unite²²⁸, e nel secondo capoverso del preambolo della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, senza di loro è praticamente impossibile parlare di diritto delle organizzazioni internazionali.²²⁹

Nel caso del MERCOSUL, come precedentemente affermato, le fonti di diritto primario sono il Trattato di Asunción e i suoi protocolli e strumenti addizionali o complementari, ossia, il Protocollo di Brasilia²³⁰ e il Protocollo di Ouro Preto²³¹. Come si potrà constatare nel prosieguo, la grande maggioranza delle norme contenute – principalmente nei due protocolli – presentano delle caratteristiche di diretta applicabilità, essendo da considerarsi norme *self-executing*.²³²

²²⁶ L'altro tipo di norme, ossia, quelle di diritto internazionale generale sono: “(...) le norme consuetudinarie, formatesi nell'ambito della comunità internazionale attraverso l'uso (...)”. In: CONFORTI, Benedetto. *Diritto Internazionale*. Napoli: Scientifica, 1999, p. 6.

²²⁷ *Idem*, p. 5.

²²⁸ “Article 38: 1) La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique: a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les Etats en litige; (...)”. In: COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Statut de la Cour Internationale de Justice*. Documento disponibile su internet il 22 febbraio 2002, sito: <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdocumentbase/cbasictext/cbasicstatute.html>. Sull'argomento vedi HIGGINS, Rosalyn. *Problems e Process: International Law and How We Use it*. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 17 ss.

²²⁹ “Reconnaissant l'importance de plus en plus grande des traités en tant que source du droit international et en tant que moyen de développer la coopération pacifique entre les nations, quels que soient leurs régimes constitutionnels et sociaux”. In: DUPUY, Pierre-Marie. *Grands Textes de Droit International Public*. Paris: Dalloz, 1996, p. 224.

²³⁰ Vedi al riguardo del Protocollo di Brasilia, derogato dal Protocollo di Olivos del febbraio 2002, le note 152 e 274.

²³¹ In questo senso va, inoltre, l'opinione di Luiz Olavo Baptista sulle fonti primarie: “Ils sont au nombre de trois: le Traité d'Asunción, le Protocole de Brasilia et le Protocole de Ouro Preto. Ce sont les sources originelles du droit du MERCOSUL et elles s'incorporent non seulement à l'ordre juridique international – raison pour laquelle elle constituent des règles de droit international public – mais s'insèrent également dans le droit interne des pays membres”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 121.

²³² La differenza fra norme *self-executing* e non *self-executing* viene fornita da Benedetto Conforti: “È bene soffermarsi sulla distinzione tra norme *self-executing* e non *self-executing*, distinzione che può

In questo ambito, un problema riguarda la natura delle norme stesse: in questo senso ci si chiede se tutte le norme contenute in questi tre documenti, che compongono lo zoccolo duro del sistema giuridico del MERCOSUL, possono essere considerate di carattere costituzionale. A tal fine si rende necessario così un accurato esame per verificare quali siano le fonti effettive di diritto primario del sistema d'integrazione regionale.

Ipotesi percorribile nello sviluppo di tale esame è l'analisi svolta dall'insigne giurista italiano Riccardo Monaco²³³ nell'ambito dei trattati istitutivi delle Comunità Europee. Secondo la teoria di Monaco, possono essere norme di diritto di rango costituzionale quelle che:

“(...) prevedono l'instaurazione degli organi fondamentali (...), quelle che, avendo per oggetto la disciplina della formazione del diritto proprio della Comunità, possono chiamarsi norme sulla produzione giuridica, nonché quelle che regolano i rapporti fra gli organi comunitari ed ancora quelle che disciplinano i rapporti fra la Comunità e gli altri ordinamenti giuridici”.

Come precedentemente indicato, il MERCOSUL costituisce un'organizzazione internazionale intergovernativa, con l'effetto che, essendo sprovvisto di una natura sopranazionale, il MERCOSUL ancora non possa essere definito una “Comunità”²³⁴

prestarsi, ed in vari Paesi si presta, ad una inammissibile compressione della sfera di applicazione delle norme internazionali, particolarmente dei trattati. La nozione di norma non *self-executing* (o non direttamente applicabile) va rigorosamente circoscritta a due casi ben precisi; al caso in cui una norma attribuisca semplici facoltà agli Stati; oppure, al caso in cui una norma, pur imponendo obblighi, non possa ricevere esecuzione in quanto non esistono gli organi o le procedure interne *indispensabili* alla sua applicazione”. In: CONFORTI, Benedetto. *Opus cit.*, p. 298.

²³³ MONACO, Riccardo. *Diritto delle Comunità Europee e Diritto Interno*. Milano: Giuffrè, 1967, p. 36.

²³⁴ Secondo Riccardo Monaco, la natura sovranazionale, elemento fondamentale per la costituzione di una “Comunità”, si caratterizza per i seguenti elementi: 1) “(...) presenza di un elemento rappresentativo che manca nelle normali unioni internazionali”. Nel caso della CE, il Parlamento Europeo; 2) “(...) l'adozione, come regola generale che presiede alle deliberazioni degli organi comunitari, del principio della maggioranza qualificata e talvolta ponderata”; 3) l'ultima e più importante caratteristica “(...) risiede nella circostanza che la volontà degli organi comunitari, qualora venga espressa in determinati atti, è capace di obbligare direttamente i soggetti giuridici degli ordinamenti degli Stati membri. Si tratta del carattere dell'immediatezza delle norme comunitarie (...)”. In: *Idem*, p. 64. Questo stesso carattere di immediatezza delle norme comunitarie è stato rafforzato con l'emanazione di diverse decisioni della Corte di Giustizia. Partendo dal ragionamento sviluppato nelle storiche sentenze *Van Gend en Loos*, del 5 febbraio 1963, n.° 26/62, e *Costa/Enel*, del 15 luglio 1964, n.° 6/64, i giudici di Lussemburgo hanno cominciato a costruire la teoria del principio del primato del diritto comunitario sul diritto interno,

secondo quanto indicato da Riccardo Monaco. Il sistema d'integrazione regionale del *Cone Sul* resta fino ad ora semplicemente come fenomeno di diritto internazionale pubblico.²³⁵

È significativo sottolineare tuttavia come l'affermazione di Riccardo Monaco, volta ad individuare le norme provviste di carattere costituzionale, non venga in alcun modo alterata dalla natura non comunitaria del fenomeno esaminato. Essa, nonostante sia stata sviluppata in sede di analisi del sistema comunitario, mantiene un grande valore ai nostri fini, in quanto fornisce strumenti idonei a individuare, nel quadro delle fonti

solennemente affermato nella sentenza *Simmenthal*, del 9 marzo 1978, n.° 106/77: "(...) In forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli stati membri, non solo di rendere *ipso jure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche – in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli stati membri – di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie. Il riconoscere una qualsiasi efficacia giuridica ad atti legislativi nazionali che invadano la sfera nella quale si esplica il potere legislativo della Comunità, o altrimenti incompatibili col diritto comunitario, equivarrebbe infatti a negare, sotto questo aspetto, il carattere reale d'impegni incondizionatamente ed irrevocabilmente assunti, in forza del trattato, dagli Stati membri, mettendo così in pericolo le basi stesse della Comunità (...) Dal complesso delle precedenti considerazioni risulta che qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria. E quindi incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto comunitario per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme comunitarie. Ciò si verificherebbe qualora, in caso di conflitto tra una disposizione di diritto comunitario ed una legge nazionale posteriore, la soluzione fosse riservata ad un organo diverso dal giudice cui è affidato il compito di garantire l'applicazione del diritto comunitario, e dotato di un autonomo potere di valutazione, anche se l'ostacolo in tal modo frapposto alla piena efficacia di tale diritto fosse soltanto temporaneo". Altre significative pronunce in questo senso possono essere incontrate nelle sentenze del 6 maggio 1980, n.° 102/79; del 28 marzo 1985, n.° 272/83; del 15 ottobre 1986, n.° 168/85; del 22 giugno 1989, n.° 103/88. Vedi, a proposito, BALLARINO, Tito. *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*. Padova: CEDAM, 2001, p. 192 ss; MENGOZZI, Paolo. *Il Diritto Comunitario e dell'Unione Europea*. Padova: CEDAM, 1997, p. 107 ss; MANIN, Philippe. *Les Communautés Européennes. L'Union Européenne*. Paris: Pedone, 1998, p. 329; RIDEAU, Joël. *Droit Institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes*. Paris: LGDJ, 1996, p. 742 ss.

²³⁵ Il MERCOSUL non può assolutamente essere considerato un ente comunitario paragonabile alla Comunità Economica Europea in virtù di vari aspetti che presenta, in particolare della sua natura intergovernativa. L'obiettivo comune, comunque, è quello di farlo giungere ad un modello molto simile a quello comunitario europeo, rivestendolo di natura sovranazionale. È significativo, in tale ambito, il commento di Luiz Olavo Baptista: "*Au contraire de ce qui se passe dans l'Union européenne, nous n'avons pas dans le MERCOSUL de principes généraux de droit communautaire, ni de jurisprudence communautaire. Tout cela pour la bonne raison qu'il n'existe pas encore de communauté. Lorsque celle-ci apparaîtra, la possibilité se présentera, si la voie choisie est celle de la supranationalité. Le*

giuridiche del MERCOSUL, quali siano le fonti di carattere primario.

Su questa base, in un primo momento potrebbero essere considerate parte di questa categoria tutte le fonti presenti nel Trattato di Asunción, nel Protocollo di Brasília e nel Protocollo di Ouro Preto.

Un'analisi più approfondita delle fonti, richiede tuttavia degli strumenti più adatti, sofisticati e meticolosi, idonei a riconoscere, anche nel corpo dei trattati istitutivi, delle disposizioni sprovviste di carattere costituzionale. In tal senso, secondo quanto avverte Monaco²³⁶, non appartengono al complesso delle fonti primarie:

“(...) le norme che, avendo come destinatari esclusivamente gli Stati membri, creano diritti ed obblighi soltanto per questi ultimi”.

Appartengono a tale categoria, ad esempio, tutte le norme che esauriscono la loro efficacia con il far sorgere diritti ed obblighi in capo agli Stati non imponendo agli stessi l'esercizio di poteri normativi interni.

Ancora secondo Riccardo Monaco²³⁷, sono del tutto sprovviste di carattere costituzionale le norme che :

“(...) stabiliscono degli obblighi a carico degli organi amministrativi o giurisdizionali degli Stati membri”.

L'autore si sofferma, inoltre, a sottolineare che le norme appartenenti a tale categoria non potrebbero essere ritenute parte del nucleo di fonti costituzionali presenti nel trattato istitutivo proprio perché²³⁸:

“(...) esse si dirigono primariamente agli Stati membri medesimi, ma esigono che questi pongano in essere un'attività di diritto interno, la quale, dovendo essere realizzata da organi statali, si muove nella sfera del diritto pubblico e, come tale, non tocca gli interessi delle persone dei privati”.

système arbitral pourra générer une jurisprudence, mais ceci ne représente qu'une possibilité future”.

In: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 122.

²³⁶ Idem, p. 37.

²³⁷ Idem, ibidem.

L'ultima categoria di norme che possono incontrarsi in un trattato istitutivo senza avere carattere costituzionale, secondo Riccardo Monaco²³⁹, sono quelle:

▼

“(…) che creano determinante situazioni di diritto privato e che quindi vengono a stabilire diritti ed obblighi che si riflettono nei confronti delle persone fisiche e giuridiche degli Stati membri, senza peraltro dare ai privati il potere di invocare direttamente tali diritti ed obblighi”.

Su tale categoria di norme, l'Autore²⁴⁰ afferma che la principale motivazione per sancire l'assenza di carattere costituzionale va individuata nel fatto che spetterà piuttosto agli organi giurisdizionali di diritto interno di attuare la relativa tutela giudiziaria.

Come affermato in precedenza, il trattato istitutivo del MERCOSUL e i due protocolli integrativi, quelli di Ouro Preto e di Brasilia, si presentano come i contenitori delle fonti costituzionali del MERCOSUL. Ma, senz'altro, all'interno di questi documenti ci sono diverse altre norme sprovviste di questo carattere primario. In base alla teoria presentata da Riccardo Monaco sull'assenza di carattere costituzionale in alcune norme presenti in trattati istitutivi, è possibile constatare che nell'ambito dei tre documenti ritenuti fonti primarie del diritto del MERCOSUL sussistono delle norme sprovviste di carattere costituzionale. Ne sono esempio, perché hanno come destinatari esclusivamente gli Stati membri, creando diritti ed obblighi soltanto per questi ultimi, i seguenti articoli:

- 6, 7, 8, 21 e 22 del Trattato di Asunción;
- 2, 3, 4 (1 e 3), 7, 10, 14, 16, 17, 22 (1), 23, 24 del Protocollo di Brasilia;
- 38, 40, 44 e 47, del Protocollo di Ouro Preto.

Poteva essere annoverata fra le norme non costituzionali, inoltre, quella

²³⁸ Idem., ibidem

²³⁹ Idem, p. 38.

²⁴⁰ Riccardo Monaco illustra il dibattito creatosi attorno all'articolo 12 del Trattato di Roma, sul quale la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, nell'emanazione della sentenza *Van Gend en Loos* (causa 26/62, del 5 febbraio 1963), ha dichiarato: “ha valore precettivo ed attribuisce ai singoli dei diritti soggettivi che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare”. In: Idem, ibidem.

contenuta nell'articolo 25 del Protocollo di Brasília. Detta norma rientrava nell'ultima categoria citata da Riccardo Monaco, ossia, tra quelle norme che creano determinante situazioni di diritto privato e che quindi vengono a stabilire diritti ed obblighi che si riflettono nei confronti delle persone fisiche e giuridiche degli Stati membri, senza peraltro dare ai privati il potere di invocare direttamente tali diritti ed obblighi.

Esaminate e classificate le norme presenti nei documenti considerati costitutivi del sistema economico, diventa propedeutica un'analisi del contenuto e delle specificità di ogn'uno di loro.

7.1.1 Il Trattato di Asunción

Il Trattato di Asunción è stato firmato dai rappresentanti della Repubblica Federativa del Brasile, della Repubblica Argentina, dalla Repubblica Orientale dell'Uruguay e della Repubblica del Paraguay, nel capoluogo paraguayano, il giorno 29 marzo 1991. In virtù dei veloci processi di ratifica a cui è stato sottoposto nell'interno dei quattro Stati parti, ha potuto entrare in vigore il 29 novembre dello stesso anno.²⁴¹

La finalità del Trattato, che ha lo *status* di norma di diritto internazionale, è quella di fissare le basi per la costituzione di un mercato comune²⁴² nel territorio corrispondente agli ordinamenti dei quattro Stati firmatari²⁴³, ovvero, il così detto *Cone*

²⁴¹ L'Uruguay e il Paraguay hanno depositato i loro strumenti di ratifica del trattato il 1° agosto 1991, mentre Brasile ed Argentina il 30 ottobre dello stesso anno. Depositario degli strumenti di ratifica è il Paraguay.

²⁴² Oggidi, le dottrine economiche e giuridiche presentano diverse varianti alla nozione di mercato comune. Tuttavia la più completa continua ad essere quella fornita dal diritto comunitario, mediante la sentenza *Shul*, emanata dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee il 5 maggio 1982 (n.° 15/81): "La nozione di mercato comune, elaborata dalla Corte nella sua costante giurisprudenza, mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile a un vero e proprio mercato interno". La stessa nozione è stata perfezionata dall'articolo 14 del Trattato di Roma, in cui viene affermato che il mercato unico è "(...) spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali". Vedi, a proposito, TESAURO, Giuseppe. *Diritto Comunitario*. Padova: CEDAM, 1995, p. 238.

²⁴³ In tale prospettiva, come afferma José Estrella Faria, il Trattato di Asunción può essere anche configurato nella categoria dei trattati d'integrazione: "(...) *tem por objeto a integração econômica entre os países signatários. e, dessa forma pertence à categoria dos tratados de integração*". In: FARIA, José Angelo Estrella. *O Mercosul: Princípios, Finalidades e Alcance do Tratado de Assunção*. Brasília: Subsecretaria Geral de Assuntos de Integração, Econômicos e de Comércio Exterior, 1993, p. 25.

Sul²⁴⁴. In tal senso, Luiz Olavo Baptista sostiene che²⁴⁵:

"Fondamentalement, le Traité d'Asunción reproduit les clauses et mécanismes de l'ACE 14, auquel a été ajouté le Traité d'Intégration de 1988. Il consiste en un traité international dont l'objectif déclaré est la création d'un Marché commun (défini de manière vague), et qui pour cela définit les procédures nécessaires".

Il modo in cui è stato affermato tale obiettivo del trattato ha creato non poca confusione fra gli studiosi che a questo fenomeno si sono interessati: l'intento del trattato non è quello di creare, ma di mettere le basi per la creazione di un mercato comune²⁴⁶. L'affermazione che si firma un trattato soltanto per stabilire i fondamenti dell'iniziativa di un mercato comune ha fatto sì che diversi autori classificassero immediatamente il documento di Asunción come "trattato quadro"²⁴⁷. In quest'ambito,

²⁴⁴ Anche se l'obbiettivo primordiale del Trattato di Asunción è l'integrazione economica, è possibile affermare che, tramite il perseguimento di tale obiettivo, è stato possibile promuovere altri principi richiamati nel Preambolo del medesimo documento, come lo sviluppo economico con la giustizia sociale, la tutela dell'ambiente, il miglioramento delle condizioni di vita dei suoi abitanti, lo sviluppo scientifico e tecnologico, un migliore inserimento internazionale degli Stati parti, e l'unione ogni volta più stretta fra i loro popoli.

²⁴⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 34.

²⁴⁶ Significativa l'osservazione sull'interesse degli Stati parti al raggiungimento del mercato comune, dimostrato nel Trattato di Asunción, sollevata da Marcos Simão Figueiras. L'autore afferma che ci sono: "(...) disposições no referido instrumento que indicam a possibilidade de chegar a etapas mais ambiciosas. Nessa direção, o preâmbulo do Tratado reafirma a vontade política dos Estados-partes de deixar estabelecidas as bases para uma "união cada vez mais estreita entre seus povos" e seu artigo 18 prevê a determinação de uma estrutura institucional definitiva dos órgãos do Mercado Comum, antes de seu estabelecimento, com atribuições específicas e um sistema de adoção de decisões". In: FIGUEIRAS, Marcos Simão. *Mercosul no Contexto Latino-Americano*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 25. Vedi, inoltre; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. *Análise dos Conceitos de Base Preliminares à de um Mercado Comum no Cone Sul*. Sequência, n.º 29 (1994). Florianópolis: UFSC/Fundação José Boiteux, p. 7-22; LIPOVETZKY, Jaime César et LIPOVETZKY, Daniel Andrés. *Mercosul: Estratégias para a Integração: Mercado Comum ou Zona de Livre Comércio? Análises e Perspectivas do Tratado de Assunção*. São Paulo: LTr, 1994.

²⁴⁷ Il concetto di trattato quadro viene esplicitato da Belter Garre Coppelo: "*Las relaciones internacionales contemporáneas han determinado el surgimiento de un nueva clase de tratados, denominadas tratados-marcos, especialmente aplicable en el campo de las relaciones económicas internacionales y de los organismos de cooperación económica internacional. Los tratados-marcos fijan objetivos comunes a ser concretados en forma evolutiva y mediante programas conjuntos; tienen escasa normas básicas y obligatorias; y sus textos contienen sobre todo enunciaciones programáticas, principios genéricos no desarrollados e detalles y orientaciones sobre políticas a seguir. Son esos tratados-marco los utilizados para poner en marcha empresas colectivas como es el caso de los processor de integración económica*". In: GARRE COPELLO, Belter. *El Tratado d'Assunção y el Mercado Comum del Sur*. Montevideo: Editorial Universidad, 1991, p. 95. 34. È significativo inoltre il fatto che il lodo emanato dal tribunale arbitrale *ad hoc* del MERCOSUL il 28 aprile 1999, nel suo

la giurista argentina Adriana Dreyzin de Klor²⁴⁸ afferma:

*"El Tratado de Asunción nace como un reto a la capacidad de los países que lo suscriben de crear, hacer y competir; como un instrumento imprescindible para el logro de un 'desarrollo económico con justicia social'. Es un 'tratado marco' que al estar ideado como una plataforma de lanzamiento no crea un mercado común sino que establece el procedimiento para llegar a su constitución. Su desarrollo queda librado a las decisiones generales que es necesario concretar por convenios, protocolos específicos o actos jurídicos vinculantes".*²⁴⁹

Tramite tuttavia un esame accurato del trattato si può constatare che il documento non può essere riassunto come una semplice cornice: il trattato possiede anche degli elementi programmatici e contrattuali che lo differenziano notevolmente rispetto alla categoria di "trattato quadro". In questo senso, è stata di propedeutica importanza l'affermazione fatta nell'emanazione del lodo del 28 aprile 1999 (nel punto 64) dal Tribunale Arbitrale *ad hoc* del MERCOSUL :

"A arquitetura do TA e de seus Anexos mostra claramente uma combinação de normas próprias de um tratado quadro com outras de caráter operacional. Como assinala Sérgio Abreu (...) o TA vai além de um tratado quadro, constituindo um esquema normativo que flutua entre um "direito diretivo" com bases jurídicas gerais e "um direito operacional" constituído por compromissos concretos. Há, portanto, normas que estabelecem

punto 34, abbia definito il documento di Asunción come un trattato quadro: "Il TA può essere considerato un accordo quadro, strumento internazionale in cui sono tracciati gli obiettivi e i meccanismi per raggiungerli (...)".

²⁴⁸ DREYZIN DE KLOR, Adriana. *El Mercosur*. Buenos Aires: Zavalia, 1997, p. 53. Vedi anche, sull'argomento VÁZQUEZ, Maria Cristina et al. *Estudios multidisciplinares sobre el Mercosur*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 13; e, MENEM, Carlos Saúl. *Que é o Mercosul?*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 91 ss.

²⁴⁹ "Il Trattato di Asunción nasce come una sfida alla capacità dei paesi che lo sottoscrivono di creare, realizzare e competere; come un strumento imprescindibile per l'esito di uno 'sviluppo economico con giustizia sociale'. È un 'trattato quadro' che all'essere idealizzato come una base di partenza non crea un mercato comune finché stabilisce la procedura per arrivare alla sua costituzione. Il suo sviluppo resta condizionato alle decisioni generali, essendo necessario farlo diventare concreto tramite accordi, protocolli specifici o atti giuridici vincolanti".

objetivos e princípios que com vocação de permanência emolduram e guiam a atividade das Partes em direção ao MERCOSUL e dentro de seus limites. Há outras disposições que criam órgãos com atividades mediante as quais as Partes poderão ir modelando o processo de integração. Finalmente há outras disposições que são por si mesmas exequíveis, impondo obrigações concretas às Partes, sem necessidade de novos atos jurídicos por parte dos Estados. Estas, contidas principalmente nos Anexos, desempenham o papel de instrumentos dinamizadores do projeto integracionista, o impulso operacional que, sem necessidade de nenhum ato adicional das Partes, dá de início um grande salto à frente".²⁵⁰

Vari sono gli Autori che sostengono tale teoria²⁵¹, affermando che il documento firmato dagli Stati parti nella capitale paraguayana trascende una lettura semplicista dei suoi scopi²⁵². In particolare, Luiz Olavo Baptista²⁵³ osserva che il Trattato di Asunción costituisce un trattato di carattere misto:

"A notre avis, le Traité d'Asunción contient des éléments de programme et de éléments contractuels. Dans le système constitutionnel brésilien en particulier, et latino-américain en générale, les normes à caractère de 'programme' sont frèquentes. Ainsi, l'on pourrait dire, tout en maintenant

²⁵⁰ "L'architettura del TA e dei suoi Allegati mostra chiaramente una combinazione di norme proprie di un trattato quadro con altre di carattere operativo. Come segnala Sérgio Abreu (...) il TA va oltre un trattato quadro, costituendo un schema normativo che galleggia fra un "diritto direttivo" con basi giuridiche generali e "un diritto operativo" costituito da impegni concreti. Ci sono, pertanto, norme che stabiliscono obiettivi e principi che con vocazione di perennità inquadrano e guidano l'attività delle Parti in direzione del MERCOSUL e dentro dei suoi limiti. Ci sono altre disposizioni che creano organi con attività mediante le quali le Parti potranno modellare il processo d'integrazione. Finalmente ci sono altre disposizioni che sono per sé stesse eseguibili, imponendo obblighi concreti alle Parti, senza necessità di nuovi atti giuridici da parte degli Stati. Queste, contenute principalmente negli Allegati, hanno il ruolo di strumenti di impulso del progetto integracionista, l'impulso operativo che, senza necessità di nessun atto addizionale dalle Parti, dà inizio un grande balzo avanti".

²⁵¹ Vedi, a tale proposito, ABREU, Bonilla Sérgio. Mercosur e Integración. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1991, p. 47.

²⁵² Il Trattato di Asunción potrebbe ancora essere classificato, secondo Maria Cristina Vázquez, come un Trattato: a) con vocazione regionale, perché è aperto all'adesione degli altri membri dell'Associazione Latino Americana d'Integrazione (ALADI), conformemente alle condizioni previsti dal suo articolo 20; b) con vocazione di permanenza, prevedendo l'articolo 19 la sua durata indefinita senza danno per il carattere transitorio di alcune disposizioni; c) misto, secondo il regime previsto per l'adesione allo stesso, poiché l'adesione viene condizionata ad un pronunciamento favorevole degli Stati parti (articolo 20). In: VÁZQUEZ, Maria Cristina et al. *Opus cit.*, p. 14.

la classification traditionnelle, que le Traité d'Asunción est à caractère mixte: contractuel et législatif, contenant également des normes cadre. Rien n'empêche, cependant, qu'il soit classé dans la nouvelle catégorie proposée par les auteurs cités, dès lors qu'est bien compris son caractère complexe".

È importante sottolineare che in virtù del carattere di “trattato quadro” – o misto, come sostenuto da Luiz Olavo Baptista – il Trattato di Asunción non potrà mai essere comparato con i trattati istitutivi della Comunità Europea. Ciò perché la natura transitoria data al Trattato di Asunción lo distacca ed allontana dallo spirito di perennità che caratterizza i trattati istitutivi della CE. In tale senso, afferma Adriana Dreyzin de Klor²⁵⁴ :

*"Esta peculiar característica del Tratado de Asunción, lo diferencia de las demás experiencias integracionistas conocidas. Si se piensa en la CE (...) los tres Tratados nacen como definitivos, con sus instituciones definidas (...)".*²⁵⁵

Le ragioni che hanno fatto in modo che si optasse per tale transitorietà, che caratterizza profondamente il Trattato di Asunción, allontanandolo nel contempo dal modello comunitario europeo, secondo la stessa Autrice sono intimamente collegate all'esito di altre esperienze di integrazione regionale:

"Tratando de buscar una justificación al carácter de Tratado marco que reviste el Acuerdo de Asunción, se afirma que el fracaso de numerosas experiencias de integración se debe a la rigidez de los instrumentos generadores y al hecho de adelantarse a los tiempos de entrada, en vez de ir creando las instituciones, respetando las necesidades que se observan en

²⁵³ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 35.

²⁵⁴ DREYZIN DE KLOR, Adriana. *Opus cit.*, p. 54, nota 10.

²⁵⁵ “Questa peculiare caratteristica del Trattato di Asunción, lo fa essere diverso dalle altre esperienze integrazioniste conosciute. Se si pensa alla CE (...) i tre Trattati nascono come definitivi, con loro istituzioni definite (...)”.

L'utilizzazione di un "trattato quadro" per dare avvio alla costituzione del MERCOSUL, anche se dimostrava la legittima preoccupazione del legislatore nel non anticipare importanti passi del processo d'integrazione, è stata, come osserva Adriana Dreyzin de Klor²⁵⁷, criticata da diversi studiosi. Secondo costoro, tale opzione non vincolava abbastanza consistentemente gli Stati parti ed era debole qualsiasi tipo di tentativo di proiezione di un ordinamento giuridico, screditando il proprio sistema economico.

Tutto questo contesto, in cui il trattato si configura come uno strumento fragile per l'avvio della costituzione del blocco economico, parte dal presupposto di transitorietà che caratterizza il documento. È importante sottolineare comunque che alla succitata transitorietà viene aggiunto il carattere evolutivo del trattato stesso, elemento che permette di percorrere un itinerario in cui, in un secondo momento, verranno colmate le lacune e raggiunto un sistema di norme più consistente e dettagliato²⁵⁸. È di significativo interesse, in tale quadro, l'affermazione di Luiz Olavo Baptista²⁵⁹:

"En effet, il organise le passage du régime actuel à celui du marché

²⁵⁶ "Trattandosi di cercare una giustificazione al carattere di Trattato quadro che caratterizza l'Accordo di Asunción, si afferma che il fallimento di numerose esperienze d'integrazione sono dovute alla rigidità degli strumenti generatori e al fatto di anticiparsi i tempi di entrata, invece di creare le istituzioni, rispettando le necessità che si osservano nelle diverse tappe".

²⁵⁷ L'Autrice critica il modello utilizzato: "*A nuestro juicio, fue errónea la opción efectuada. Disentimos con el criterio intergubernamental adoptado por entender que ello implica poner en tela de juicio la sincera voluntad política de integrarse. Estimamos inherente a la experiencia la absoluta confianza de los miembros que se comprometen, pues esto hace a la esencia de la integración. No admitirlo aparece una consecuencia muy grave cual es no ceder, ni en un mínimo, la soberanía. E este sentido, nos animamos a afirmar que estos vicios iniciales son los que permiten que el sistema pueda desmoronarse frente a la actitud unilateral de uno de los socios, desobedeciendo una decisión comunitaria*". In: DREYZIN DE KLOR, Adriana. *Opus cit.*, p. 54.

²⁵⁸ In quest'ambito, Haroldo Pabst sottolinea che il Trattato di Asunción diverge, ad esempio, dall'accordo che istituisce il *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), così come dall'accordo di Cartagena, che istituisce il Patto Andino, entrambi accordi non caratterizzati dalla transitorietà. In: PABST, Haroldo. *MERCOSUL. Direito da Integração*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 96. Sul NAFTA, vedi, inoltre GANTZ, David A. *Introdução ao North American Free Trade Agreement*. In: CASELLA, Paulo. *Opus cit.*, p. 273 ss; DREYZIN DE KLOR, Adriana. *Opus cit.*, p. 82, nota 50. Altre opere riguardanti l'ordinamento del NAFTA sono: ORTIZ AHIF, Loretta et VÁZQUEZ PANDO, Fernando. *Aspectos Jurídicos del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte*. México: Themis, 1994; PAZOS, Luis. *Libre Comercio México-E.U.A. Mitos y Hechos*. México: Diana, 1993; COLOMBO, Danieli. *NAFTA. Inside the American Challenge to the Single Market*. Milano: Franco Angeli, 1995. HUFBAUER, Gary C. et SCHOT, Johan. *NAFTA. An Assessment*. Washington: Institute for International Economics, 1993.

commun, et doit être modifié lors de l'exécution de ses objectifs, afin de s'adapter à la situation. Cette précarité, ou caractère transitoire et évolutif, est marquée par l'expression utilisée dans le Traité : pour la constitution d'un marché commun".



E' significativo in quest'ambito che l'articolo primo del Trattato di Asunción è strutturato in modo da sommare i due elementi che caratterizzano il trattato intero. L'espressione utilizzata nel primo articolo chiarisce, tramite la decisione degli Stati parti, la volontà di giungere al mercato comune in un futuro prossimo, avvalendosi per fare ciò del carattere transitorio ed evolutivo del documento :

"Os Estados Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que se denominará 'Mercado Comum do Sul' (MERCOSUL)." ²⁶⁰

È possibile affermare ancora che la precarietà causata dall'aspetto transitorio del Trattato viene quasi offuscata dalla portata della decisione presa dagli Stati parti. Questa decisione, sancita nell'articolo primo del documento di Asunción, rappresenta il desiderio di dare al *Mercado Comum do Sul* una perennità originaria che venga a convivere con il carattere transitorio e evolutivo del trattato stesso. Tale fenomeno, secondo Luiz Olavo Baptista²⁶¹:

"(...) représente, peut-être, le point culminant de sa conception. C'est pour cette raison, d'ailleurs, que le Traité, destiné à régler la période transitoire, a une durée indéterminée".

Secondo il medesimo Autore²⁶², l'opzione per costituire in questo modo il Trattato – fra transitorietà e permanenza, decisione e provvisorietà – si è dimostrata come prova di un alto grado di maturità politica e di audacia. Ciò perché, in base ai

²⁵⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 35.

²⁶⁰ "Gli Stati Parti decidono di costituire un Mercato Comune, che dovrà stare attivato il 31 dicembre 1994, e che si denominerà 'Mercato Comune del Sud' (MERCOSUL)".

²⁶¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 37.

precoci fallimenti delle esperienze precedenti, non si è voluto obbligare gli Stati parti ad andare oltre al necessario per:

"(...) atteindre leurs objectifs et construire les structures administratives du Marché commun à partir de l'expérience concrète et de la pratique".

In questa prospettiva, è evidente che l'azione degli attori di questo fenomeno d'integrazione viene condizionata dai principi di "flessibilità", "gradualità", "equilibrio" e "reciprocità", proclamati dal Trattato di Asunción, in particolare nel Preambolo e nel suo articolo secondo, e da altri documenti relativi al MERCOSUL.²⁶³

Il Trattato di Asunción si articola in due parti distinte, il testo principale e gli allegati, che compongono un unico insieme. Il testo principale viene diviso in un preambolo e in sei capitoli, che sono così intitolati:

- Capitolo I: "*Propósito, Principios e Instrumentos*" (articoli 1 a 8);
- Capitolo II: "*Estrutura Orgânica*" (articoli 9 a 18);
- Capitolo III: "*Vigência*" (articolo 19);
- Capitolo IV: "*Adesão*" (articolo 20);
- Capitolo V: "*Denúncia*" (articoli 21 e 22);
- Capitolo VI: "*Disposições Gerais*" (articoli 23 e 24).²⁶⁴

Gli allegati, a loro volta, sono così organizzati:

- Allegato I: "*Programa de Liberalização Comercial*";
- Allegato II: "*Regime Geral de Origem*";

²⁶² Idem, ibidem.

²⁶³ I principi di flessibilità, gradualità ed equilibrio sono stati previsti nell'Atto per l'Integrazione Brasiliano-Argentina, firmata nel 1986, e nel Trattato d'Integrazione, Cooperazione e Sviluppo, firmato nel 1988. Il primo di questi principi – flessibilità –, è diretto a garantire gli aggiustamenti nelle procedure e nella velocità dell'integrazione; il principio di gradualità permette ai settori produttivi degli Stati parti di adeguarsi, in tempo, agli aggiustamenti in corso; e, per ultimo, il principio di equilibrio resta come fonte suppletiva di applicazione delle regole del Trattato sempre che ci sia trattamento differenziato fra Stati parti. Vedi, a proposito, PABST, Haroldo. *Opus cit.*, p. 96.

²⁶⁴ "Propositi, Principi e strumenti" (articoli 1 a 8); "Struttura Organica" (articoli 9 a 18); "Vigenza" (articolo 19); "Adesione" (articolo 20); "Denuncia" (articoli 21 e 22); "Disposizioni Generali" (articoli 23 e 24).

- Allegato III: "*Solução de Controvérsias*";
- Allegato IV: "*Cláusula de Salvaguarda*";
- Allegato V: "*Subgrupos de Trabalho do Grupo Mercado Comum*".²⁶⁵

Come in precedenza accennato, era nota la convinzione che per costituire un'unione doganale e, *a posteriori*, un mercato comune era necessaria l'adozione di un sistema più rigido, che effettivamente liberalizzasse gli scambi commerciali, tutelando il diritto di ogni operatore economico di entrare, partecipare e ritirarsi dal mercato comune in piena libertà e a parità di condizioni. Tutto ciò nel rispetto dell'esercizio delle stesse potestà da parte degli altri operatori. Il primo passo per l'istituzione di questo sistema è stato la firma del Protocollo di Ouro Preto.

7.1.2 Il Protocollo di Ouro Preto.

Intitolato "*Protocolo Adicional ao Tratado de Asunción sobre a Estrutura Institucional do Mercosul*", il Protocollo di Ouro Preto è stato firmato dai rappresentanti degli Stati parti in occasione della VII Riunione del Consiglio del Mercato Comune, il 17 dicembre 1994, nella città brasiliana di Ouro Preto.

L'importanza del Protocollo di Ouro Preto nel sistema giuridico del MERCOSUL è fondamentale. Se il compito del Trattato di Asunción era quello di tracciare le linee generali del blocco e di avviare un processo d'integrazione regionale, quello del Protocollo di Ouro Preto era di dare un'anima al MERCOSUL, consolidarlo e farlo veramente funzionare. In tale ambito, osservano Silvia Jardel e Alejandro Barraza²⁶⁶:

²⁶⁵ "Allegato I: Programma di Liberalizzazione Commerciale; Allegato II: Regime Generale di Origine; Allegato III: Soluzione di Controversie; Allegato IV: Clausola di Salvaguardia; Allegato V: Sottogruppi di Lavoro del Gruppo Mercado Comum". Con il passare del tempo tutti gli allegati al Trattato di Asunción sono stati sostituiti o hanno cambiato di nome. In tale modo, l'Allegato I, concernente il "Programma di Liberalizzazione Commerciale" fu sostituito dal "Regime Generale di Origine" (decisioni n.° 6/94 e n.° 23/94); l'Allegato III sulla "Soluzione delle Controversie" fu sostituito dal Protocollo di Brasilia; il "Regime di Salvaguardia" soltanto sarebbe rimasto in vigore mentre esisteva il Programma di Liberalizzazione Commerciale e, finalmente, i Sottogruppi di Lavoro sono stati ristrutturati attraverso la risoluzione n.° 20/95.

²⁶⁶ JARDEL, Silvia et BARRAZA, Alejandro. MERCOSUR. Aspectos Juridicos y Economicos. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, p. 73.

"Así como las previsiones contenidas en el Tratado de Asunción fueron de trascendental importancia para el desenvolvimiento de la etapa de transición, el Protocolo de Ouro Preto es esencial en el funcionamiento de la Unión Aduanera establecida desde 1.º de enero de 1995".²⁶⁷

Mediante l'analisi del contenuto del Protocollo è possibile constatare che lo stesso è stato redatto in modo tale da cercare, prima di tutto, di colmare le lacune fondamentali insite nel MERCOSUL come organizzazione internazionale intergovernativa diretta all'integrazione economica regionale. Lacune che a causa della struttura del Trattato di Asunción, transitoria e provvisoria, non era stato possibile colmare. Tale impostazione viene sottolineata da Jardel e Barraza, nel presentare i principi del Protocollo²⁶⁸ nel sistema disegnato dal documento firmato a Asunción:

"El Protocolo consagra la personalidad jurídica internacional del Mercosur, establece cuáles serán los órganos definitivos del Mercosur como Unión Aduanera, determina el sistema de resolución de controversias y consagra las fuentes jurídicas del Mercosur".²⁶⁹

Questa iniziativa rivolta al consolidamento del blocco tramite la concessione di una personalità giuridica e dell'istituzionalizzazione degli organi definitivi, fatta dal Protocollo, ha costituito la dimostrazione più concreta che gli Stati parti erano interessati a perseguire l'idea che li aveva spinti a firmare il Trattato di Asunción, ovvero, la creazione di un grande mercato comune per il *Cone Sul*. A questo proposito, commenta Adriana Dreyzin de Klor²⁷⁰:

²⁶⁷ "Così come le previsioni contenute nel Trattato di Asunción furono di trascendentale importanza per lo sviluppo della tappa di transizione, il Protocollo di Ouro Preto è essenziale nel funzionamento dell'Unione Doganale stabilita dal 1º gennaio 1995".

²⁶⁸ JARDEL, Silvia et BARRAZA, Alejandro. *Opus cit.*, p. 73. Tutti i principali elementi consolidati dal protocollo vengono esaminati nell'ambito di questo studio. Le fonti giuridiche del MERCOSUL sono il tema di questo stesso capitolo; la personalità giuridica internazionale del MERCOSUL sarà analizzata posteriormente in questo stesso capitolo; gli organi definitivi del MERCOSUL come Unione Doganale e il sistema di risoluzione di controversie, vengono analizzati nel capitolo III.

²⁶⁹ "Il Protocollo consacra la personalità giuridica internazionale del Mercosul, stabilisce quali saranno gli organi definitivi del Mercosul come Unione Doganale, determina il sistema di risoluzione di controversie e consacra le fonti giuridiche del Mercosul".

*"El documento de Ouro Preto no deja espacio para dudar sobre la voluntad de continuar con el objetivo establecido por el Tratado de Asunción de conformar un mercado común a pesar de no haberse concretado la asociación económica según el modelo inicialmente proyectado".*²⁷¹

In realtà, come è stato affermato dall'autrice, il modello proposto dal Protocollo di Ouro Preto si distacca un po' dal modello di blocco d'integrazione economica ideato dal Trattato di Asunción. Quello che avviene con la firma del nuovo documento è la costituzione di un'organizzazione internazionale che mescola elementi di un'associazione di libero scambio²⁷² con quelli di un'unione doganale²⁷³, entrambe imperfette. Ma ciò non viene a contrastare con l'ideale perseguito dagli Stati parti. Il modello del Trattato e quello del Protocollo si completano mutuamente, entrambi costituendo gradini di una scala che porta al mercato comune.²⁷⁴

Questa stessa motivazione, collegata all'incompletezza dell'integrazione economica, porterebbe a credere che il Protocollo di Ouro Preto adotti anch'esso un sistema di carattere transitorio. E in verità, mediante un esame del testo del documento, è possibile constatare che la struttura che lo caratterizza ancora non riesce a dare al blocco economico la consistenza necessaria per la creazione di un mercato comune, così come gli impedisce di essere un fenomeno sopranazionale. In questo senso, come osservato da Adriana Dreyzin de Klor²⁷⁵, anche se in modo diverso il Protocollo di Ouro Preto incorre nello stesso errore del Trattato di Asunción:

²⁷⁰ DREYZIN DE KLOR, Adriana. *Opus cit.*, p. 80.

²⁷¹ "Il documento di Ouro Preto non lascia spazio per dubitare sulla volontà di continuare con l'obiettivo stabilito dal Trattato di Asunción di costituire un mercato comune anche se non si fosse concretizzata la associazione economica secondo il modello inizialmente proiettato".

²⁷² L'Associazione di Libero Scambio, secondo Tito Ballarino, è quella che prevede l'implementazione di una Zona di Libero Scambio in cui: "(...) non esistono più dazi e tasse di effetto equivalente fra i paesi che ne fanno parte, ma ogni Stato conserva la sua tariffa esterna e la sua politica doganale nei confronti dei paesi terzi. Possono quindi circolare in esenzione da dazio solo merci prodotte sul territorio geografico della zona di libero scambio (o che vi siano state sottoposte a trasformazioni sostanziali)". BALLARINO, Tito. *Opus cit.*, p. 256.

²⁷³ L'unione doganale si caratterizza come uno spazio economico in cui gli Stati si impegnano a non introdurre nei loro scambi dazi, tasse di effetto equivalente o restrizioni quantitative, e ad istituire una tariffa doganale esterna comune nei confronti dei paesi non aderenti. All'interno dell'unione doganale vige la libera circolazione, indipendente dall'origine della merci.

²⁷⁴ In questo senso, Adriana Dreyzin de Klor: "*Estos tipos de asociación pueden ser concebidos como el modelo de organización regional que se pretende instalar entre determinados países, pero también funcionan como paso previo al Mercado Común ya que no es fácil alcanzar este estadio, sobre todo en un lapso corto de tiempo sin antes transitar por los anteriores*". In: Idem, *ibidem*.

²⁷⁵ Idem, p. 82.

*"A nuestro entender, uno de los mayores errores en que se incurre es, precisamente, la falta de firmeza en la toma de una decisión tan importante cual es definir la estructura institucional del Mercosul".*²⁷⁶

Uno dei grandi contributi del Protocollo di Ouro Preto al sistema del MERCOSUL è stata la previsione di una personalità giuridica al blocco. Come indicato anteriormente, soltanto con l'avvento di questo documento – in particolare tramite il suo capitolo II –, è stato possibile disporre su questo importante elemento che caratterizza le organizzazioni internazionali²⁷⁷, previsto dal suo articolo 34 come personalità giuridica di diritto internazionale. La medesima personalità viene limitata dall'articolo 35 dello stesso protocollo:

²⁷⁶ "Nel nostro intendimento, uno dei maggiori errori nel quale si incorre è, precisamente, la mancanza di fermezza nel prendere una decisione tanto importante quale definire la struttura istituzionale del Mercosul".

²⁷⁷ La personalità giuridica delle Organizzazioni internazionali viene consacrata dal diritto internazionale con l'emanezione del parere del 11 aprile 1949 dalla Corte Internazionale di Giustizia, intitolato *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. In tale parere la Corte si pronuncia, in particolare, sull'analisi del: "(...) contenu de la formule «qualité pour présenter une réclamation internationale». Cette qualité appartient assurément à un Etat. Appartient-elle aussi à l'Organisation? Cela équivaut à se demander si l'Organisation est revêtue de la personnalité internationale. Pour répondre à cette question qui n'est pas tranchée expressément par la Charte des Nations Unies, la Cour considère ensuite les caractères que la Charte a entendu donner à l'Organisation. A cet égard, la Cour constate que la Charte a conféré à l'Organisation des droits et obligations distincts de ceux de ses Membres. La Cour souligne, en outre, la haute mission politique de l'Organisation : le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Elle en conclut que l'Organisation, étant titulaire de droits et obligations, possède une large mesure de personnalité internationale et qu'elle a la capacité d'agir sur le plan international bien qu'elle ne soit assurément pas un super-Etat". In: COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Résumé des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances. Documento disponibile su internet, il 22 febbraio 2002, all'indirizzo <http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdecisions/csummaries/cisunsommaire490411.htm>. Per un maggior approfondimento sulla personalità giuridica delle organizzazioni internazionali, vedi: ZICCARDI, Piero. Organizzazione Internazionale. In: ZICCARDI, Piero. La Vita Internazionale. Milano: Giuffrè, 1993, p. 647 ss; CAPOTORTI, Francesco. Diritto Internazionale. Milano: Giuffrè, 1995, p. 33; CONFORTI, Benedetto. *Opus cit.*, p. 140; REZEK, J. Francisco. Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 157 ss; CARREAU, Dominique. Droit International. Paris: Pedone, 1986, p. 24 ss; REUTER, Paul. Droit International Public. Paris: PUF, 1963, p. 126 ss. Altre opere significative riguardanti le Organizzazioni Internazionali sono quelle di BALLADORE PALLIERI, Giorgio. Saggi sulle Organizzazioni Internazionali. Milano: Giuffrè, 1961; ARANGIO-RUIZ, Gaetano. Diritto Internazionale e Personalità Giuridica. Torino: CLUEB, 1972; ZANGHI, Claudio. Diritto delle Organizzazioni Internazionali. Torino: Giappichelli, 2001; DRAETTA, Ugo. Principi di Diritto delle Organizzazioni internazionali. Milano: Giuffrè, 1997; PANEBIANCO, Massimo et GERARDO, Martino. Elementi di Diritto dell'Organizzazione Internazionale. Milano: Giuffrè, 1997; MONACO, Riccardo. Lezioni di Organizzazione Internazionale. Torino: Giappichelli, 1985; WHITE, Nigel D. The Law of International Organizations. Manchester: Manchester University Press, 1996.

*"O Mercosul poderá, no uso de suas atribuições, praticar todos os atos necessários à realização de seus objetivos, em especial contratar, adquirir ou alienar bens móveis e imóveis, comparecer em juízo, conservar fundos e fazer transferências".*²⁷⁸

L'articolo 36 del Protocollo, a sua volta, permette al MERCOSUL di stipulare accordi internazionali.²⁷⁹

Mediante l'esame dei tre articoli che compongono il capitolo II del Protocollo, risulta evidente che al MERCOSUL viene concesso lo *status* di persona di diritto internazionale pubblico. In quest'ambito, è importante sottolineare che in virtù della sua configurazione come organizzazione internazionale²⁸⁰, il MERCOSUL possiede una personalità di diritto derivato²⁸¹, e non di diritto originario, come accade invece per gli Stati.²⁸²

Questa natura derivata della personalità giuridica del MERCOSUL non ne scalfisce tuttavia l'autonomia dell'organizzazione. Prova di ciò è la totale indipendenza

²⁷⁸ "Il Mercosul potrà, nello svolgere le sue attribuzioni, porre in essere tutti gli atti necessari alla realizzazione dei suoi obiettivi, in speciale modo contrattare, acquistare o alienare beni mobili e immobili, comparire in giudizio, conservare fondi e fare trasferimenti".

²⁷⁹ Su questo articolo è di grande interesse la riflessione svolta da Luiz Olavo Baptista: l'Autore infatti sottolinea che, in modo molto significativo, la competenza per firmare dei trattati può essere delegata, secondo la disposizione dell'articolo 8 (IV) del Protocollo di Ouro Preto, dal Consiglio del Mercato Comune al Gruppo Mercato Comune. Ovviamente, la competenza assunta dal GMC sarà espressa e limitata. Lo stesso autore ancora osserva che, in tale modo: "(...) *la participation de tous les pays membres du MERCOSUL est indispensable à la négociation et à la conclusion des traités, par l'intermédiaire de leurs représentants. Cette formule découle de l'absence de supranationalité et du caractère international du mécanisme*". In: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 117. È citato, inoltre, PEREZ OTERMIN, Jorge. *El Mercado Comun del Sur desde Asunción a Ouro Preto*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 77.

²⁸⁰ Significativa in quest'ambito, la riflessione fatta da Francesco Capotorti sull'effetto dell'acquisto di una soggettività internazionale a favore delle organizzazioni internazionali. Secondo l'autore, questa: "(...) non può scaturire se non da una norma dotata di efficacia generale, cioè a nostro avviso da una regola di struttura. Ciò per due ragioni: anzitutto perché la soggettività, essendo una qualifica *erga omnes*, è necessariamente conferita da una norma di questo genere; in secondo luogo, perché l'ipotesi che anche la soggettività sia attribuita dall'accordo istitutivo dell'organizzazione, sarebbe inconciliabile con il principio della coincidenza fra gli effetti dell'accordo e le parti contraenti". In: CAPOTORTI, Francesco. *Opus cit.*, p. 33.

²⁸¹ Vedi, a proposito, BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 116.

²⁸² Significativa in quest'ambito la riflessione fatta da Francesco Capotorti sulla condivisione, fra Stati e Organizzazioni internazionali, di certi caratteri ai fini della personalità: "Una particolare categoria di soggetti internazionali, diversi dagli Stati indipendenti, è formata dalle Organizzazioni internazionali. Esse rappresentano centri indipendenti di cooperazione internazionale organizzata, e dunque si può dire che condividono con gli Stati due caratteri rilevanti ai fini della personalità: il fatto di servirsi di organi, per manifestare la loro volontà e attività, ed il fatto di fruire dell'indipendenza nella vita internazionale". In: CAPOTORTI, Francesco. *Opus cit.*, p. 33.

dell'ente dimostrata in alcune azioni dall'Organizzazione delle Nazioni Unite o dall'Organizzazione Mondiale del Commercio²⁸³. Tutto ciò senza citare il complesso fenomeno che concerne la Comunità europea, che, anche essendo di natura sopranazionale, è sempre considerata un'organizzazione internazionale. In questo contesto è importante affermare che, se il MERCOSUL ha come obiettivo di diventare un fenomeno di carattere comunitario, dovrà rivedere seriamente la propria dipendenza delle decisioni prese dagli Stati parti, facendo in modo che i suoi organi interni vengano a possedere la necessaria autonomia per gestire il fenomeno, per sé stesso non poco complesso.

Il Protocollo di Ouro Preto viene diviso in un preambolo, dodici capitoli e un allegato. I capitoli sono così intitolati:

- Capitolo I: "*Estrutura do Mercosul*" (articoli 1 a 33);
- Capitolo II: "*Personalidade Jurídica*" (articoli 34 a 36);
- Capitolo III: "*Sistema de Tomada de Decisões*" (articolo 37);
- Capitolo VI: "*Aplicação Interna das Normas Emanadas dos Órgãos do Mercosul*" (articoli 38 al 40);
- Capitolo V: "*Fontes Jurídicas do Mercosul*" (articoli 41 e 42);
- Capitolo VI: "*Sistema de Solução de Controvérsias*" (articoli 43 e 44);
- Capitolo VII: "*Orçamento*" (articolo 45);
- Capitolo VIII: "*Idiomas*" (articolo 46);
- Capitolo IX: "*Revisão*" (articolo 47);
- Capitolo IX: "*Vigência*" (articoli 48, 49 e 50);

²⁸³ Sottolineando queste esperienze avute dall'ONU, Tito Ballarino commenta il fenomeno della derivazione del diritto degli Stati con riguardo all'autonomia della personalità delle organizzazioni internazionali: "É comunque innegabile che nella pratica la personalità autonoma delle maggiori organizzazioni internazionali si è affermata facendo giustizia della costruzione seguita all'inizio da una parte della dottrina secondo cui esse sarebbero semplici organi comuni degli Stati partecipanti la cui personificazione è possibile solo come risultato di un processo in cui le situazioni giuridiche soggettive, attive o passive, create dal patto di unione vengono per comodità tecnica riferite collettivamente al gruppo di Stati considerati come unità. Tale opinione non è conciliabile col fatto che esse svolgono nel campo delle relazioni internazionali delle funzioni estranee alle competenze del singolo Stato. Si pensi ad esempio ad una risoluzione dell'ONU che raccomanda una certa sistemazione di una controversia internazionale o l'adozione di sanzioni a carico di uno Stato membro (...)" . Mediante tale riflessione, e comprovando la citata personalità autonoma delle OI, l'autore si pone il problema della (im-)possibilità che l'atto sia considerato atto di uno degli Stati membri e, in tal caso, di come inserirlo nel sistema degli atti giuridici del riferito Stato membro, giacché questi ultimi obbediscono alle regole precise di competenza e forma proprie dello Stato che li ha emanati. In: BALLARINO, Tito. *Opus cit.*, p. 280 ss.

- Capitolo XI: "*Disposição Transitória*" (articolo 51);
- Capitolo XII: "*Disposições Gerais*" (articolo 52 e 53).²⁸⁴

Il documento allegato al Protocollo di Ouro Preto prevede l'instaurazione di una procedura generale per reclami dinanzi alla Commissione di Commercio del MERCOSUL.

7.1.3 Il Protocollo di Brasília.²⁸⁵

La firma del "*Protocolo para a Solução de Controvérsias*" è stata fatta il giorno 17 dicembre 1991, nella città di Brasília, in occasione della riunione del Consiglio del Mercato Comune. Il testo è stato elaborato dal Gruppo Mercato Comune nella sua IV Riunione, tenutasi anche questa nel capoluogo brasiliano nel dicembre 1991, ed è stato approvato dal GMC, tramite la Risoluzione n.º 1/91. Posteriormente, questa risoluzione è stata inviata al CMC, per la sua discussione e firma.

Le origini del protocollo risalgono al dispositivo dell'articolo 3 del Trattato di Asunción, che prevedeva l'adozione di un sistema di risoluzione di controversie ancora nel periodo transitorio, e all'Allegato III dello stesso Trattato, che, come osservato da Paulo Roberto de Almeida²⁸⁶, prevedeva:

"(...) que as controvérsias que possam surgir entre os Estados Partes em decorrência de sua aplicação devem ser resolvidas por meio de

²⁸⁴ "Struttura del Mercosul" (articoli 1 a 33); "Personalità Giuridica" (articoli 34 a 36); "Sistema di adozione di Decisioni" (articolo 37); "Applicazione Interna delle Norme Emanate dagli Organi del Mercosul" (articoli 38 al 40); "Fonti Giuridiche del Mercosul" (articoli 41 e 42); "Sistema di Risoluzione delle Controversie" (articoli 43 e 44); "Bilancio" (articolo 45); "Idiomi" (articolo 46); "Revisioni" (articolo 47); "Viggenza" (articoli 48, 49 e 50); "Disposizione Transitoria" (articolo 51); "Disposizioni Generali" (articolo 52 e 53).

²⁸⁵ È importante sottolineare in quest'ambito che il Protocollo di Brasilia fu derogato dal Protocollo di Olivos del febbraio 2002. Attualmente è in vigore soltanto per le procedure di risoluzione di controversie iniziate prima della data di entrata in vigore del Protocollo di Olivos (ciò è dovuto al fatto che tale documento necessita della ratifica dei quattro Stati parti, cosa ancora non avvenuta e senza una scadenza definita). In virtù di tale contesto, abbiamo ritenuto importante citare e esaminare il Protocollo come parte integrante delle fonti primarie del MERCOSUL. Il Protocollo di Olivos viene esaminato, invece, nell'ambito del sistema di risoluzione delle controversie del MERCOSUL. Vedi al riguardo nota 152.

*negociações diretas e, em etapas ulteriores, mediante a intervenção do Grupo Mercado Comum (GMC) – o órgão executivo do Tratado – ou do Conselho do Mercado Comum, a instância máxima do MERCOSUL, formado pelos Ministros de Relações Exteriores e de Economia dos quatro países membros. Esse Anexo determinou igualmente a elaboração, dentro de 120 dias da entrada em vigor do Tratado, do sistema transitório acima mencionado e sua substituição por um sistema permanente a partir da entrada em vigor das instituições definitivas da nova área de integração, isto é, em 1995”.*²⁸⁷

Anche se incompleto e con la presenza di lacune, l'importanza del Protocollo di Brasília²⁸⁸ nel sistema giuridico del MERCOSUL è stata indiscutibile. Esso infatti ha dato nuova credibilità al blocco d'integrazione economica e al suo sistema giuridico. Secondo Adriana Dreyzin de Klor²⁸⁹, il documento va considerato come:

*“(...) un avance significativo en el campo de la seguridad jurídica con respecto al sistema que le precediera en este proceso que comenzaba a gestarse; empero, quedan sin definirse cuestiones fundamentales que resultan de necesario tratamiento en un esquema de integración regional (...)”.*²⁹⁰

²⁸⁶ ALMEIDA, Paulo Roberto. Solução de Controvérsias no Mercosul: o Protocolo de Brasília ao Tratado de Assunção. Documento disponibile su internet il 21 febbraio 2002, sito: www.mre.gov.br/unir/webunir/BILA/04/1artigos/artigo3.htm.

²⁸⁷ “(...) che le controversie che possano sorgere fra gli Stati parti dalla decorrenza della sua applicazione devono essere risolte tramite negoziati diretti e, in tappe ulteriori, mediante l'intervento del Gruppo Mercato Comune (GMC) – l'organo esecutivo del Trattato – o dal Consiglio del Mercato Comune, l'istanza massima del MERCOSUL, composto dai Ministri degli Affari Esteri e dell'Economia dei quattro paesi membri. Questo Allegato ha determinato ugualmente l'elaborazione, entro 120 giorni dall'entrata in vigore del Trattato, del sistema transitorio summenzionato e la sua sostituzione per un sistema permanente a partire dell'entrata in vigore delle istituzioni definitive della nuova area d'integrazione, cioè, nel 1995”.

²⁸⁸ Il Protocollo è entrato in vigore il 22 aprile 1993, dopo essere stato ratificato dai quattro Stati parti. Il Paraguay lo ha ratificato il 16 luglio 1992, l'Argentina e il Brasile il 28 dicembre 1992 (proprio nello stesso giorno ...) e l'Uruguay il 22 aprile 1993. Vedi, a proposito, DREYZIN DE KLOR, Adriana. *Opus cit.*, p. 147.

²⁸⁹ Idem, ibidem.

²⁹⁰ “ (...) un progresso significativo, nell'ambito della certezza giuridica rispetto al precedente sistema, in questo processo che cominciava a gestirsi; però, restano senza essere definite questioni fondamentali che devono necessariamente essere trattate in uno schema di integrazione regionale (...)”.

L'intento degli Stati parti nel firmare il Protocollo di Brasilia è quello di istituire un meccanismo adatto alla risoluzione delle divergenze che potessero sorgere nel quadro del MERCOSUL fra gli Stati parti che a quest'ultimo appartengono. Nel protocollo è stata prevista la possibilità per soggetti privati di tutelare i propri diritti qualora gli Stati parti, nell'ambito del commercio all'interno del MERCOSUL, diano luogo a violazioni dei diritti medesimi. Per fare ciò, tali soggetti dovranno attivare una procedura in virtù della quale, superata una soglia preventiva da parte della Sezione Nazionale, che procede così a selezionare i reclami ammissibili, saranno rappresentati dalla stessa Sezione Nazionale, con l'effetto di rendere così lo Stato come parte litigante.

I tipi di divergenze alle quali possono essere applicati i dispositivi contenuti nel sistema di risoluzione di controversie istituito dal Protocollo di Brasilia sono previsti nell'articolo primo del protocollo stesso, dedicato al suo ambito di applicazione:

*"As controvérsias que surgirem entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das decisões do Conselho do Mercado Comum e das Resoluções do Grupo Mercado Comum, serão submetidas aos procedimentos de solução estabelecidos no presente Protocolo".*²⁹¹

Come si può vedere, le controversie che possono essere azionate sono quelle relative all'interpretazione ed applicazione del Trattato di Asunción, dei suoi accordi complementari, delle decisioni del Consiglio del Mercato Comune e delle risoluzioni del Gruppo Mercato Comune.

Tramite l'analisi della procedura adottata dal Protocollo di Brasilia è possibile constatare che questo ha un carattere predominantemente diplomatico. La risoluzione delle controversie attraverso l'arbitrato viene utilizzata soltanto come *extrema ratio*, dopo una estenuante serie di tentativi che coinvolgono anche i negoziati fra gli Stati.

²⁹¹ "Le controversie che vengano a sorgere fra gli Stati Parti relativamente all'interpretazione, all'applicazione o alla non osservanza delle disposizioni contenute nel Trattato di Asunción, degli accordi celebrati nell'ambito dello stesso, nonché delle decisioni del Consiglio del Mercato Comune e

Ma, nel caso in cui si riesca a giungere ad un lodo arbitrale, è possibile godere della forza del giudicato. Questa viene attribuita dall'articolo 21 (1) del Protocollo a tutte le decisioni emanate dal tribunale arbitrale. Ciò rappresenta un sensibile cambiamento in un sistema che risolveva le controversie soltanto attraverso le negoziazioni dirette.

Il contenuto del Protocollo di Brasília è articolato in due aree di attuazione distinte, almeno per quel che riguarda la parte iniziale del procedimento: la prima area (capitoli I a IV) concerne la procedura riservata agli Stati parti, e la seconda riguarda la procedura riservata ai privati, persone fisiche e giuridiche²⁹². Il testo del documento, infine, è diviso in sette capitoli:

- Capitolo I – “Âmbito de Aplicação” (articolo 1);
- Capitolo II – “Negociações diretas” (articoli 2 e 3);
- Capitolo III – “Intervenção do Grupo Mercado Comum” (articoli 4 a 7);
- Capitolo IV – “Procedimento Arbitral” (articoli 7 a 24);
- Capitolo V – “Reclamações de particulares” (articoli 25 a 32);
- Capitolo VI – “Disposições finais” (articoli 33 a 36).²⁹³

Il dispositivo dell'articolo 33 del Protocollo di Brasília stabilisce che il protocollo stesso è parte integrante del Trattato di Asunción. In questo modo, come osserva Adriana Dreyzin de Klor²⁹⁴, viene apertamente esplicitato che il protocollo:

“(...) existe en función de un Tratado anterior, a diferencia de lo que sucede con los convenios, que revisten el carácter de ser independientes”.

295

La natura del documento firmato nel capoluogo brasiliano tramite la disposizione del suo articolo 33 implica che lo Stato che venga a firmare il Trattato di

delle Risoluzioni del Gruppo Mercato Comune, saranno sottoposte ai procedimenti di risoluzioni stabiliti nel presente Protocollo”.

²⁹² PABST, Haroldo. *Opus cit.*, p. 100.

²⁹³ “Ambito di Applicazione”; “Negoziazioni Dirette”; “Intervento del Gruppo Mercato Comune”; “Procedimento Arbitrale”; “Reclami di privati”; “Disposizioni finali”.

²⁹⁴ DREYZIN DE KLOR, Adriana. *Opus cit.*, p. 158.

²⁹⁵ “(...) existe en función de un Tratado anterior, a diferencia de quello che succede con gli accordi, che rivestono il carattere di indipendenti”.

Asunción, entrando a far parte del MERCOSUL, si veda automaticamente vincolato al "Protocolo para a Solução de Controvérsias" firmato a Brasília. Anche se già presupposto, tale automatismo viene previsto dall'articolo 35 del Protocollo, che dispone:



*"A adesão por parte de um Estado ao Tratado de Assunção implicará ipso jure a adesão ao presente Protocolo".*²⁹⁶

Quando fu elaborato, gli Stati parti vollero prevedere la vigenza del Protocollo di Brasília soltanto durante il periodo transitorio del MERCOSUL, ovvero, fino il 31 dicembre 1994. È facile constatare che questo documento aveva lo stesso carattere di transitorietà degli altri due trattati più sopra esaminati. E così viene previsto dall'articolo 34 del medesimo documento, che dispone che:

*"O presente Protocolo permanecerá vigente até que entre em vigor o Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum a que se refere o número 3 do Anexo III do Tratado de Assunção".*²⁹⁷

In realtà la fase transitoria è finita e il documento che ha aperto la fase permanente, ovvero, il Protocollo di Ouro Preto, non ha istituito il succitato sistema permanente di risoluzione di controversie²⁹⁸. Anzi, il suo articolo 43 ha dato nuovo

²⁹⁶ "L'adesione da parte di un Stato al Trattato di Asunción implicherà ipso jure l'adesione al presente Protocollo".

²⁹⁷ "Il presente Protocollo resterà in vigore fino al momento in cui entrerà in vigore il Sistema Permanente di Risoluzione delle Controversie per il Mercato Comune a cui si riferisce il numero 3 dell'Allegato III del Trattato di Asunción".

²⁹⁸ Come viene segnalato da Adriana Dreyzin de Klor, è stata la posizione dei rappresentanti del Brasile ad impedire la nascita di un sistema di risoluzione di controversie di carattere permanente. Allegando che le condizioni non erano ancora totalmente favorevoli all'istituzione di un Tribunale permanente e che tale modifica avrebbe implicato un emendamento alla loro costituzione, i negoziatori brasiliani si sono rifiutati di arrivare ad un accordo in materia, allungando, in questo modo, la vita del Protocollo di Brasília. In: DREYZIN DE KLOR, Adriana. *Opus cit.*, p. 160. È vero che la costituzione della Repubblica Federativa del Brasile fino ad oggi non prevede nessun tipo di meccanismo che permetta il trasferimento di diritti di sovranità ad un ente di natura sopranazionale, così come non permette al suo sistema giuridico la sottomissione ad organi giurisdizionali estranei a quelli nazionali, ma è anche vero che la congiuntura economica brasiliana porta a credere che, più che altro, i brasiliani fossero preoccupati per la possibilità della costituzione di un Tribunale munito di sentenze vincolanti, cosa farebbe scattare la necessità di munire anche le norme del MERCOSUL di applicazione immediata e diretta. In tale condizione, il governo brasiliano vedrebbe crollare a colpi di penna, in poco tempo, tutta la sua immensa politica di aiuti statali alle ditte esportatrici – principalmente verso l'Argentina –, fonte

respiro all'antico sistema – di carattere provvisorio –, disponendo che:

*“As controvérsias que surgirem entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não-cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul, serão submetidas aos procedimentos de solução estabelecidos no Protocolo de Brasília, de 17 de dezembro de 1991”.*²⁹⁹

Sostanzialmente, il testo di questo dispositivo copia quasi interamente quello presente nell'articolo primo del Protocollo di Brasília, concernente l'ambito di applicazione di quest'ultimo, allungando per un tempo indeterminato la vita utile del vecchio e transitorio sistema di risoluzione di controversie.

È significativo, in quest'ambito, che il testo del Protocollo di Ouro Preto non abbia neanche fatto cenno a un perfezionamento del meccanismo di cui rinnova la vigenza. Il nucleo del sistema di risoluzione di controversie rimane uguale, con gli equivoci e le difficoltà che aveva presentato durante i suoi primi anni. Il Protocollo di Ouro Preto ha operato alcune modifiche al Protocollo di Brasília, che tuttavia sono state veramente poche e sono quasi come un aggiornamento del vecchio sistema senza però, com'è stato detto, perfezionarlo. In particolare, sono state inserite nell'ambito di applicazione del documento le controversie che possano sorgere fra gli Stati parti in base all'applicazione o alla non osservanza delle direttive della Commissione di Commercio del Mercosul. Tale alterazione si è riflettuta immediatamente nel testo degli articoli 19 e 25 del documento di Brasília. Come osservano Silvia Jardel e Alejandro

di reddito per buona parte dell'industria locale. Sui rapporti fra il sistema giuridico del MERCOSUL e quello brasiliano, vedi DALLARI, Pedro. O MERCOSUL perante o Sistema Constitucional Brasileiro. In: BASSO, Maristella (Org). Mercosul. Seus Efeitos Jurídicos, Econômicos e Políticos nos Estados-membros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 102 ss; D'AGOSTINO, Jorge M. Piramide Normativa del MERCOSUR. Revista del Mercosur, n.º 3 (1998), p. 23 ss.

²⁹⁹ “Le controversie che possano sorgere fra gli Stati parti sull'interpretazione, l'applicazione o la non osservanza delle disposizioni contenute nel Trattato di Asunción, degli accordi celebrati nell'ambito dello stesso, nonché delle Decisioni del Consiglio del Mercato Comune, delle Risoluzioni del Gruppo Mercato Comune e delle Direttive della Commissione di Commercio del Mercosul, saranno sottoposte ai procedimenti di risoluzione stabiliti nel Protocollo di Brasília, del 17 dicembre 1991”.

Barraza³⁰⁰, questa modifica è servita anche per mettere le direttive della CCM:

*"(...) in pie de igualdad con las decisiones del Consejo Mercado Común y las resoluciones del Grupo Mercado Común".*³⁰¹

Per l'esame più approfondito del sistema di risoluzione delle controversie del MERCOSUL, così come del Tribunale Arbitrale *ad hoc* da questo istituito e dei lodi arbitrali ormai emanati si rinvia al Capitolo III di questo studio.

7.2 Le Fonti Secondarie

Sono considerate fonti secondarie del MERCOSUL tutti gli atti contemplati come tali dalle fonti primarie dell'ordinamento giuridico del MERCOSUL. Si deve al Protocollo di Ouro Preto l'istituzione del diritto derivato del sistema, e più precisamente agli articoli 9, 15 e 20 del documento, nei quali viene affermato che gli organi con capacità decisoria enunciati nell'articolo 2 possono emanare atti giuridici.

Come osserva Luiz Olavo Baptista³⁰², il diritto derivato del MERCOSUL è costituito :

"(...) par les normes émanant des organes du MERCOSUL. Celles-ci sont unilatérales et s'adressent à l'organisation et aux Etats membres. De façon didirect, elles affectent la vie des citoyens de ces pays".

L'articolo 42 del Protocollo prevede che le norme formulate dai succitati organi hanno carattere obbligatorio per gli Stati parti e che questi dovranno incorporarle nei sistemi interni *quando necessario*. L'articolo 38 impone agli Stati parti l'obbligo di adottare le misure necessarie al fine di dare applicazione alle decisioni prese dagli organi del MERCOSUL. E' facile in questo senso constatare che, anche se obbligatorie,

³⁰⁰ JARDEL, Silvia et BARRAZA, Alejandro. *Opus cit.*, p. 82.

³⁰¹ "(...) su piede di parità con le decisioni del Consiglio del Mercato Comune e le risoluzioni del Gruppo Mercato Comune".

³⁰² BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 122.

le norme emanate dagli organi del sistema regionale non sono munite di diretta applicabilità, necessitando di essere incorporate negli ordinamenti giuridici di ogni Stato, processo questo che dovrà obbedire al disposto dalle norme costituzionali di ogni paese.³⁰³

In alcuni casi e in alcuni Stati, è probabile che queste norme vedranno la loro applicazione ostacolata dall'esistenza di norme nazionali incompatibili che siano gerarchicamente sovraordinate o da leggi situate al loro stesso livello, che siano state pubblicate posteriormente. In tale senso, l'articolo 42 del Protocollo di Ouro Preto dispone che le norme emanate degli organi del MERCOSUL:

"(...) deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país".³⁰⁴

L'espressione *quando necessário* sembra riferirsi agli atti emanati dagli organi del MERCOSUL con carattere meramente esecutivo o amministrativo. Tali atti, per il fatto di non possedere natura di legge, non necessitano di essere sottoposti alla procedura di approvazione da parte degli organi legislativi nazionali.

È importante sottolineare che, anche se l'articolo 42 del Protocollo di Ouro Preto conferisce agli atti giuridici emanati dagli organi del MERCOSUL carattere obbligatorio, lo stesso Protocollo non contempla norme che sanzionino lo Stato che non adempia all'obbligo di incorporazione. L'unica precauzione è stata prevista dall'articolo 40, che dispone:

"A fim de garantir a vigência simultânea nos Estados Partes das normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no Artigo 2 deste Protocolo, deverá ser observado o seguinte procedimento: i) Uma vez aprovada a norma, os Estados Partes adotarão as medidas necessárias para a sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional e comunicarão as mesmas

³⁰³ È importante sottolineare, in quest'ambito, che nel momento in cui vengano ad integrare l'ordinamento giuridico di ogni Stato parte, gli atti del MERCOSUL dovranno obbedire alla gerarchia stabilita da quegli stessi ordinamenti per gli atti internazionali in generale.

*à Secretaria Administrativa do Mercosul; ii) Quando todos os Estados Partes tiverem informado sua incorporação aos respectivos ordenamentos jurídicos internos, a Secretaria Administrativa do Mercosul comunicará o fato a cada Estado Parte; iii) As normas entrarão em vigor simultaneamente nos Estados Partes 30 dias após a data da comunicação efetuada pela Secretaria Administrativa do Mercosul, nos termos do item anterior. Com esse objetivo, os Estados Partes, dentro do prazo acima, darão publicidade do início da vigência das referidas normas por intermédio de seus respectivos diários oficiais".*³⁰⁵

Ne discende che la vigenza della norma da incorporare potrà aver luogo in uno Stato soltanto quando la stessa sia stata recepita da tutti gli altri e quando la Segreteria Amministrativa del MERCOSUL abbia informato tutti gli Stati parti dei recepimenti.

Il sistema del MERCOSUL prevede come atti di diritto secondario, fondamentalmente, tre tipi di atti giuridici: le Decisioni, le Risoluzioni e le Direttive, che hanno capacità di generare diritti e obblighi in capo agli Stati Parti.

Gli studiosi Silvia Jardel e Alejandro Barazza sostengono che non sussista una gerarchia fra queste fonti secondarie, e che tuttavia, proprio perché queste trattano sempre argomenti diversi, come successivamente avremo modo di vedere, non sussiste un rischio reale di collisione fra di loro.³⁰⁶

Un'altra motivazione favorevole alla teoria dell'assenza di una gerarchia fra gli atti giuridici del MERCOSUL si basa sul fatto che tutti e tre tipi di atti godono delle stesse prerogative.

In verità, uno dei principali motivi che confermano questa mancanza di

³⁰⁴ "(...) dovranno, quando necessario, essere incorporate negli ordinamenti giuridici nazionali mediante i procedimenti previsti dalla legislazione di ogni paese".

³⁰⁵ "Al fine di garantire la vigenza simultanea negli Stati Parti delle norme emanate dagli organi del Mercosul previsti dall'articolo 2 di questo Protocollo, dovrà essere osservato il seguente procedimento: i) Una volta approvata la norma, gli Stati Parti adotteranno le misure necessarie alla loro incorporazione nell'ordinamento giuridico nazionale e comunicheranno le stesse alla Segreteria Amministrativa del Mercosul; ii) Quando tutti gli Stati Parti siano informati dell'incorporazione nei rispettivi ordinamenti giuridici interni, la Segreteria Amministrativa del Mercosul comunicherà il fatto ad ogni Stato Parte; iii) Le norme entreranno in vigore simultaneamente negli Stati Parti 30 giorni dopo la data della comunicazione effettuata dalla Segreteria Amministrativa del Mercosul, nei termini di cui al punto precedente. A tal fine, gli Stati Parti, nel termine di scadenza succitato, daranno pubblicità dell'inizio della vigenza delle riferite norme per mezzo delle loro rispettive gazzette ufficiali".

³⁰⁶ JARDEL, Silvia et BARRAZA, Alejandro. *Opus cit.*, p. 85.

gerarchia si basa sul fatto che nessuno dei tre atti previsti dal diritto secondario del MERCOSUL sia simultaneamente munito di un carattere generale e di diretta applicabilità, come accade invece per i regolamenti emanati da alcuni organi della Comunità Europea.³⁰⁷

Tale aspetto è di grande interesse nello sviluppo di quest'analisi, giacché nell'ambito di un sistema comunitario, ambizione ultima del MERCOSUL, è nel carattere generale che si trova l'elemento per qualificare un determinato atto giuridico – nella fattispecie i regolamenti³⁰⁸ – al vertice della gerarchia comunitaria degli atti giuridici. Come afferma Riccardo Monaco³⁰⁹:

³⁰⁷ Le norme regolamentari, o regolamenti, nel sistema delle fonti comunitarie, sono concepiti come atti normativi con portata generale, contenenti cioè norme generali e astratte, e che producono effetti giuridici estesi a un numero non determinato di persone e per un numero non determinato di fatti giuridici definiti in modo astratto. Gli stessi, in tutti i loro elementi, possiedono un carattere obbligatorio poiché creano diritti e obblighi per i destinatari. Questo carattere obbligatorio che impone agli Stati membri un'applicazione totale e completa delle disposizioni in essi contenute, fa in modo che tutta la legislazione nazionale anteriore e contraria al loro disposto perda la sua applicabilità nel momento in cui entra in vigore il regolamento. In qualsiasi caso, il giudice nazionale deve disapplicare la legislazione contrastante, favorendo il regolamento. L'unico caso in cui sarebbe accettabile l'applicazione della legge nazionale, e non del regolamento comunitario, si verificherebbe qualora quest'ultimo non rispettasse i diritti fondamentali. I regolamenti vengono classificati come quelli di "base", cioè adottati allo scopo di applicare i dispositivi del diritto originario vale a dire i trattati, di "esecuzione", perché soggetti a quelli di "base", e quelli "modificativi dei Trattati istitutivi delle Comunità". Questi, in una gerarchia dei regolamenti, sarebbero disposti nel gradino più alto, seguiti dai regolamenti di "base" – o ordinari – e dai regolamenti di "esecuzione". Vedi, a proposito, FERREIRA ALVES, Jorge. *Lições de Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 221 ss; BALLARINO, Tito. *Opus cit.*, p. 94 ss; MONACO, Riccardo. *Opus cit.*, p. 49.

³⁰⁸ La nozione di atto a carattere generale, propria dei regolamenti comunitari, viene fornita da Tito Ballarino: "Ciò implica, da una parte, che esso ha efficacia per un numero indeterminato e indeterminabile di destinatari – gli Stati membri e le persone fisiche e giuridiche degli Stati medesimi – dall'altra che ha il requisito dell'astrattezza, nel senso che prescinde dal caso concreto e può applicarsi a qualsiasi fattispecie che possa rientrare nella sua previsione (la precisazione che è obbligatorio 'in tutti i suoi elementi' intende distinguere il regolamento dalle direttive – e raccomandazione CECA – che sono obbligatorie unicamente in relazione alla loro finalità)". In: BALLARINO, Tito. *Opus cit.*, p. 95. Sulle caratteristiche dei regolamenti comunitari, e in particolare del loro carattere generale, vedi, inoltre: BOULOUIS, Jean. *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*. Paris: Montchrestien, 1997, p. 219 ss; RIDEAU, Joël. *Opus cit.*, p. 109 ss; FERRARI BRAVO, Luigi et MOVERO MILANESI, Enzo. *Lezioni di Diritto Comunitario*. Napoli: Scientifica, 1997, p. 138-139; MENGOZZI, Paolo. *Opus cit.*, p. 148; TESAURO, Giuseppe. *Opus cit.*, p. 89 ss; OPPERMAN, Thomas. *Europarecht*. München: Beck Juristischer Verlag, 1999, p. 265; LASOK, D. e BRIDGE, J.W. *Law and Institutions of the European Communities*. London: Butterworths, 1991, p. 127. Sono significative in quest'ambito, inoltre, alcune sentenze emanate dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ovvero, del 21 giugno 1958, n.° 13/57, concernente la causa *Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie*; del 14 dicembre 1962, n.° 19/62, *Fédération nationale de la boucherie en gros*; del 16 luglio 1956, n.° 8/55, *Fédération charbonnière de Belgique*; del 11 luglio 1968, n.° 6/68, causa *Zuckerfabrik Watenstedt GmbH*; del 16 aprile 1970, n.° 63/69, *Compagnie française commerciale et financière*; e, del 29 gennaio 1985, n.° 147/83, *Bindere*.

³⁰⁹ MONACO, Riccardo. *Opus cit.*, p. 46.

“Il regolamento comunitario è venuto pertanto a qualificare formalmente la decisione generale, e si pone perciò come la fonte del diritto comunitario alla quale spetta, dopo le norme costituzionali, il primo posto nella gerarchia delle fonti comunitarie”.³¹⁰



Come già sottolineato, gli atti giuridici del MERCOSUL hanno la loro base giuridica nell'articolo 41 del documento firmato a Ouro Preto, e si caratterizzano per essere atti emanati da organi internazionali in virtù di previsioni contenute in convenzioni internazionali³¹¹, aventi la stessa natura degli atti previsti nella lettera “a”, 1), dell'articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia delle Nazioni Unite.³¹²

La dinamica che regge l'emanazione degli atti di diritto secondario del MERCOSUL rientra, in questo caso, nella problematica sollevata da Francesco Capotorti³¹³ per quel che concerne il reale valore degli atti prodotti da organi internazionali:

“Beninteso, il problema di più ardua soluzione consiste nello stabilire quand'è che l'atto dell'organo di un'organizzazione internazionale possa dirvi rivestire 'valore normativo' e non semplicemente valore di invito o di esortazione, od avere soltanto un effetto obbligatorio, ma non un effetto normativo”.

L'affermazione di Capotorti esclude la possibilità di un effetto normativo degli atti di diritto secondario del MERCOSUL. Ciò perché, come osservato in precedenza,

³¹⁰ È di grande interesse inoltre il commento fatto da Riccardo Monaco al riguardo dell'azione svolta dalla Corte di Giustizia nel consolidare la posizione dei regolamenti, grazie a questo carattere di decisione generale, al vertice della gerarchia del diritto comunitario: “Ma la precisazione della figura di decisione generale è dovuta soprattutto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia comunitaria. Infatti quest'ultima ha avuto occasione di stabilire i caratteri che contraddistinguono le decisioni generali di fronte a quelle individuali. La decisione generale è quella che stabilisce un principio normativo, ponendo in maniera astratta le condizioni per la sua applicazione ed enunciando le conseguenze giuridiche che ne derivano: pertanto essa ha una sua propria autonomia e configurazione, giacché non risulta da una pluralità di decisioni individuali. La Corte in altri termini ha posto la decisione generale su un piano normativo diverso e ad ogni modo superiore a quello delle decisioni in senso proprio”. In: *Idem*, p. 45.

³¹¹ Vedi, a proposito, il punto 2.1 di questo capitolo.

³¹² Vedi, a proposito, nota 217.

gli stessi non sono muniti del carattere generale o, meglio ancora, non possiedono un precetto suscettibile di applicazione generale ripetuta³¹⁴, elemento propedeutico alla qualificazione della norma giuridica. In questo senso, è possibile affermare che gli atti di diritto derivato del MERCOSUL possono avere “un valore di invito” o di “esortazione”, ovvero, al massimo, un effetto obbligatorio per gli Stati parti.³¹⁵

Questo *status* a loro attribuito fa sì che i medesimi non siano muniti di applicabilità diretta³¹⁶, come accade per alcune delle norme emanate dagli organi della Comunità Europea³¹⁷. L'articolo 42 del Protocollo di Ouro Preto dimostra chiaramente il desiderio del legislatore di comporre il quadro giuridico del MERCOSUL in questo

³¹³ CAPOTORTI, Francesco. *Opus cit.*, p. 163.

³¹⁴ *Idem*, p. 164.

³¹⁵ La teoria presentata da Francesco Capotorti viene sottolineata, per quel che riguarda le norme derivate del MERCOSUL, da Luiz Olavo Baptista: “(...) *les normes à caractère subordonné provenant du MERCOSUL, c'est-à-dire les Décisions et Résolutions, émanant de ses organes ne créent pour les signataires que l'obligation de promouvoir de bonne foi, et avec diligence, leur incorporation à son ordre juridique, ce qui fait dans tous les Etats membres, leur donnera pleine efficacité*”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 122. È di grande interesse la riflessione fatta dallo stesso autore in materia, nella quale esamina con profondità il carattere delle decisioni emanate dal Consiglio del Mercato Comune, presentando le due correnti di pensiero in argomento. La prima corrente “(...) *prend en compte la nature purement normative des Décisions du Conseil du MERCOSUL. Pour ce courant, celles-ci pourraient être assimilées, à titre d'exemple, quant au mode de production, aux effets, au mode d'approbation et à la promulgation, aux protocoles de l'OIT*”. L'altra corrente di pensiero, che trova l'approvazione del nostro, classifica le decisioni in due categorie: “*Celles qui, parce qu'elles traitent de matières normatives, dont la nature et la hiérarchie sont, de par la Constitution, équivalentes aux lois fédérales et aux traités et qui dans l'ordre interne exigeraient des actes conjoints du législatif et de l'exécutif pour leur insertion dans le système, ne pourront être introduites qu'après avoir rempli les exigences prévues dans le droit interne pour les traités; les autres de nature purement réglementaire, incluses dans la sphère d'attribution et les compétences exclusives du pouvoir exécutif, seront introduites dans la législation brésilienne par voie de décrets et arrêtés ministériels, en exécution de la détermination politique librement affirmée lors de son approbation et qui est, ainsi, incorporée à notre droit*”. In: *Idem*, p. 125

³¹⁶ Istituita nell'ambito comunitario con la firma del Trattato di Roma, la diretta applicabilità è una prerogativa caratteristica dei regolamenti comunitari. Nell'emanazione della sentenza *Simmenthal*, la Corte di Giustizia ha affermato, su tale argomento, che “L'applicabilità diretta va intesa nel senso che le norme di diritto comunitario devono esplicare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli Stati membri, a partire della loro entrata in vigore e per tutta la durata della loro validità”. Paolo Mengozzi presenta tale fenomeno come: “(...) l'attitudine, in principio, ad attribuire ai cittadini degli Stati membri diritti che i giudici nazionali devono tutelare; e ciò uniformemente, in tutto il territorio della Comunità, e senza mediazione di alcun atto specifico di ricezione”. In: MENGOZZI, Paolo. *Opus cit.*, p. 151. Vedi inoltre, BALLARINO, Tito. *Opus cit.*, p. 96. In merito importanti sono le seguenti sentenze della Corte di Giustizia: 7 febbraio 1973, n.° 39/72; 31 gennaio 1978, n.° 94/77, *Zerbone*; 2 febbraio 1977, n.° 50/76, *Amsterdam Bulb*.

³¹⁷ È interessante notare, inoltre, che il rapporto fra i regolamenti comunitari, dotati di diretta applicabilità, e le norme costituzionali di un determinato Stato membro viene precisato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee in due importanti sentenze, *Politi*, del 14 dicembre 1972 (n.° 43/71), e *Marinex*, del 7 marzo 1972 (n.° 84/71). Entrambe affermano il primato delle norme regolamentari comunitarie sulle disposizioni contenute nelle Costituzioni nazionali. Ancora le sentenze del 8 ottobre 1986, n.° 234/85, e del 7 ottobre 1989, n.° 97 a 99/87, hanno confermato la prevalenza del diritto

modo. Come già rilevato, questa norma palesa la necessità che ci sia uno strumento giuridico interno degli Stati parti diretto a svolgere la ricezione degli atti normativi del MERCOSUL, confermando di conseguenza l'assenza del meccanismo di diretta applicabilità.

In tale fatto sussiste la più significativa differenza fra gli atti giuridici dell'ordinamento del MERCOSUL e quelli previsti dall'ordinamento della Comunità Europea.³¹⁸

Un'altra importante differenza fra gli atti giuridici del MERCOSUL e quelli del sistema comunitario europeo risiede nel fatto che il sistema giuridico del primo non prevede che i suoi atti possano far sorgere i diritti in capo ai privati. Tuttavia Silvia Jardel e Alejandro Barraza³¹⁹ sono d'accordo nel dire che gli stessi atti:

"(...) en la medida en que la actual composición intergubernamental del Mercosur dé paso a una naturaleza de supranacional, cumplirán la misma finalidad para los particulares".³²⁰

La possibilità di prevedere tale fenomeno nell'ambito del sistema giuridico del MERCOSUL costituirebbe un notevole sviluppo, visto che significherebbe il consolidarsi della tanto perseguita natura comunitaria, sulla scorta anche e soprattutto della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, che, nel

comunitario derivato sulle Costituzioni degli Stati membri e i principi in quelle consacrati. Vedi, a proposito, FERREIRA ALVES, Jorge. *Opus cit.*, p. 313.

³¹⁸ È sempre attuale e di grande rilevanza la differenziazione fra gli atti giuridici emanati dalle normali organizzazioni internazionali e quelli della Comunità Europea fatta da Riccardo Monaco: "La novità è di grande evidenza e segna una notevole differenza fra le Comunità ed i normali enti internazionali. Invero in questi ultimi gli organi di governo rivolgono i loro comandi agli Stati membri, i quali assumono conseguentemente l'obbligo di eseguirli, conformemente, quando sia necessario, il loro ordinamento alle norme emanate dall'ente o adottando le misure di carattere amministrativo atte a conseguire il medesimo scopo. E pertanto l'obbligatorietà di cui sono dotate le norme emesse dall'ente si esplica unicamente sul piano internazionale, cosicché, sin tanto che non avviene - in ogni singolo ordinamento interno - il necessario adattamento normativo, la norma emanata dall'ente non ha la possibilità di spiegare la propria efficacia. Nelle Comunità europee invece non è necessario alcun processo di adattamento, perché l'ordinamento statale non deve adeguarsi all'ordinamento comunitario, posto che le fonti di questo hanno la potenzialità di creare norme anche per il primo. E non è neppure configurabile un adattamento automatico, sia pure tacito, come quello in virtù del quale le norme del diritto internazionale generale diventano efficaci per i soggetti degli ordinamenti statuali, per la semplice ragione che l'adattamento presuppone che la norma non abbia efficacia oltre l'ordinamento per il quale è posta". In: MONACO, Riccardo. *Opus cit.*, p. 64 ss.

³¹⁹ JARDEL, Silvia et BARRAZA, Alejandro. *Opus cit.*, p. 83.

formulare la teoria dell'effetto diretto, ha consacrato questo diritto in capo ai privati. E ciò ha fatto imponendolo come risultato del continuo sviluppo del suo sistema giuridico e segnalandolo come una delle sue principali caratteristiche. Una definizione di questo fenomeno è fornita da Tito Ballarino, che lo definisce come:

“(...) la possibilità per i singoli – riconosciuta nel processo di elaborazione del diritto comunitario a norme di altro genere come quelle dei trattati istitutivi e delle direttive – d’invocare la norma comunitaria dinanzi ad un organo giudiziale nazionale”.³²¹

Le sentenze *Francovich*³²², *Brasserie du Pêcheur*, *Factortame*³²³ e *Dillenkoffer*³²⁴, sono alcune, fra le più recenti emanate dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, fra quelle che hanno fondato e rinforzato questo principio. In particolare, queste tre decisioni hanno determinato una nuova responsabilità civile, generata dalla mancata attuazione del diritto comunitario secondario da parte di uno Stato Membro³²⁵ dell’Unione Europea.³²⁶

³²⁰ “(...) nella misura in cui l’attuale composizione intergovernativa del MERCOSUL generi una natura di sopranazionalità, avranno la stessa finalità per i privati”.

³²¹ BALLARINO, Tito. *Opus cit.*, p. 96.

³²² Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90.

³²³ La Corte di Giustizia si è pronunciata sui procedimenti C-46/93 (*Brasserie du Pêcheur*) e C-48/93 (*Factortame*) il 5 marzo 1996, in un’unica sentenza.

³²⁴ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 8 ottobre 1996, causa C-178/94.

³²⁵ La Corte di Giustizia nella sentenza *Francovich* è stata chiarissima nel dire che gli Stati sono civilmente responsabili per i danni cagionati ai privati in virtù della non applicazione delle norme derivate di diritto comunitario: “Con questa riserva, è nell’ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato. Infatti, in mancanza di una disciplina comunitaria, spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario (...) Occorre rilevare inoltre che le condizioni, formali e sostanziali, stabilite dalle diverse legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere coneguate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento”. Sull’argomento, vedi: BALLARINO, Tito. *Opus cit.*, p. 333 ss; TIZZANO, Antonio. *La Tutela dei Privati nei confronti degli Stati Membri dell’Unione Europea. Foro Italiano*, n.° 4 (1995), p. 13-32.

³²⁶ La Corte di Giustizia ha istituito tre condizioni basiche affinché si possa verificare tale fenomeno, che sono elencate nella sentenza *Francovich*: “Qualora, come nel caso di specie, uno Stato membro violi l’obbligo, ad esso incumbente in forza dell’art. 189, terzo comma, del Trattato, di prendere tutti i provvedimenti necessari a conseguire il risultato prescritto da una direttiva, la piena efficacia di questa norma di diritto comunitario esige che sia riconosciuto un diritto al risarcimento ove ricorrano tre condizioni. La prima di queste condizioni è che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l’attribuzione di diritti a favore dei singoli. La seconda condizione è che il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva. Infine, la terza condizione è l’esistenza di

Come in precedenza accennato, tre sono i tipi di atti giuridici emanati dagli organi del MERCOSUL, e sono previsti all'interno degli articoli 9, 15 e 20 del Protocollo di Ouro Preto. Essi si diversificano in relazione alle competenze per materia degli organi chiamati ad emetterli.



7.2.1 Le Decisioni

Le Decisioni sono di competenza del Consiglio del Mercato Comune, organo di vertice del MERCOSUL. Creato dal Trattato di Asunción, come già sappiamo è composto dai Ministri degli Affari Esteri e dell'Economia dei quattro Stati. Le sue riunioni non hanno una scadenza precisa, escluse quelle annuali con la presenza dei capi di Stato. Secondo Haroldo Pabst³²⁷, la funzione svolta da tale organo può essere definita come quella di conduzione della politica del MERCOSUL, facendo uso delle Decisioni per il raggiungimento gli obiettivi nelle scadenze fissate.

7.2.2 Le Risoluzioni

Le Risoluzioni sono emanate del Gruppo del Mercato Comune, creato dall'articolo 13 del Trattato Asunción e conservato dal Protocollo di Ouro Preto come organo esecutivo del Mercato Comune. Esso ha funzioni specifiche, previste dall'articolo 14 del documento di Ouro Preto, che vengono attuate tramite le Risoluzioni. L'articolo 15 dello stesso Trattato prevede, ancora, che il GMC sarà assistito dalla Segreteria Amministrativa del MERCOSUL – oggi operante a Montevideo – creata con lo scopo di archiviare i documenti e seguire le comunicazioni delle attività del Gruppo.

7.2.3 Le Direttive

Le Direttive sono emanate della Commissione di Commercio del MERCOSUL, organo creato con il Protocollo di Ouro Preto per applicare la politica commerciale del

un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi".

MERCOSUL. Tali atti giuridici vengono utilizzati dalla Commissione di Commercio del MERCOSUL, organo incaricato di assistere il Gruppo Mercato Comune, nell'esercizio dei propri compiti così come fissati dall'articolo 19 del Protocollo di Ouro Preto. In particolare, è a carico della Commissione – e pertanto materia disciplinata dalla direttive – l'obbligo di vegliare sull'applicazione degli strumenti di politica commerciale comune concordati dagli Stati Parti per il funzionamento dell'unione doganale, così come quello di accompagnare e svolgere la revisione dei temi e delle materie riguardanti le politiche commerciali comuni, il commercio intra-MERCOSUL e con i paesi terzi.

7.3 Le Fonti Internazionali Esterne al MERCOSUL

Essendo un fenomeno di diritto internazionale pubblico che prevede nel suo diritto costituzionale la gestione e lo sviluppo di rapporti economici fra Stati, ovviamente il MERCOSUL è sottoposto alla disciplina applicata in materia dal sistema giuridico internazionale stabilito dall'Organizzazione delle Nazioni Unite. Tutto ciò anche se è assente nelle fonti del diritto primario del MERCOSUL qualsiasi tipo di riferimento alla Carta o al sistema giuridico dell'ONU. In tale contesto, osserva Luiz Olavo Baptista³²⁸ :

"Ni le Traité d'Asunción, ni le Protocole de Ouro Preto ne font référence aux normes de droit international. Toute fois, il nous semble que celles-ci sont applicables aux traités et aux relations économiques entre les Etats régies par les Traités".

È da ritenere, comunque, che le norme di diritto internazionale che appartengono al sistema ONU siano considerate a pieno effetto fonti internazionali esterne del MERCOSUL. In questo quadro, non possono essere che considerate in tale *status* le norme presenti nei sistemi dell'Organizzazione Mondiale del Commercio,

³²⁷ PABST, Haroldo. *Opus cit.*, p. 86.

³²⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Opus cit.*, p. 123.

dell'Associazione Latino Americana d'Integrazione Economica e della Convenzione di Vienna sui trattati e le attività diplomatiche.

PARTE QUARTA

La Tutela della Concorrenza nel MERCOSUL



CAPITOLO OTTAVO

Gli Antecedenti del Protocollo di Fortaleza nel Diritto Primario e Secondario del MERCOSUL.





8.1 Il Diritto Primario: Il Trattato di Asunción

Le norme che tutelano la concorrenza nel sistema giuridico del MERCOSUL hanno avuto la loro genesi nel principale documento del diritto primario di quest'ordinamento, ovvero, il Trattato di Asunción. In tale quadro, tanto il preambolo quanto i dispositivi contenuti nel corpo del Trattato, contemplan la libera concorrenza e la tutela del mercato come obiettivi da raggiungere nell'integrazione economica dei quattro paesi.

Nel preambolo di detto documento è possibile individuare gli elementi che per definire la nozione di libera concorrenza¹. Questa è intrecciata fra i vari scopi dell'accordo, così come fra i principi proclamati dalla Carta². A denunciare tale

¹ Lo stesso fenomeno accade nell'ambito del diritto comunitario, nel quale il quarto e il sesto paragrafo del Trattato di Roma indirettamente prevedono la sussistenza della libera concorrenza: "Riconoscendo che l'eliminazione degli ostacoli esistenti impone un'azione concertata intesa a garantire la stabilità nella espansione, l'equilibrio negli scambi e la lealtà nella concorrenza (...); Desiderosi di contribuire, grazie a una politica commerciale comune, alla soppressione progressiva delle restrizioni agli scambi internazionali". Inoltre, il settimo e l'ottavo paragrafo del Trattato dell'Unione europea: "Decisi a conseguire il rafforzamento e la convergenza delle proprie economie e ad istituire un'Unione economica e monetaria che comporti, in conformità delle disposizioni del presente trattato, una moneta unica e stabile; Determinati a promuovere il progresso economico e sociale dei loro popoli, nel contesto della realizzazione del mercato interno e del rafforzamento della coesione e della protezione dell'ambiente, nonché ad attuare politiche volte a garantire che i progressi compiuti sulla via dell'integrazione economica si accompagnino a paralleli progressi in altri settori".

² Il Trattato di Montevideo del 1980, istitutivo dell'ALADI, segue la stessa prospettiva nel prevedere, nel secondo paragrafo del suo preambolo "(...) che l'integrazione economica regionale costituisce uno dei principali mezzi affinché i paesi dell'America Latina possano accelerare il loro processo di sviluppo economico e sociale, in modo da assicurare un migliore livello di vita per i loro popoli", e, nel suo quinto paragrafo, che gli Stati membri sono "disposti a lanciare lo sviluppo di vincoli di solidarietà e cooperazione con altri paesi e aree d'integrazione dell'America Latina, con il proposito di promuovere un processo convergente che conduca allo stabilimento di un mercato comune regionale". Questa è stata la strategia utilizzata anche dall'Accordo di Cartagena, istitutivo della Comunità Andina, nel cui preambolo risulta che gli Stati parti, nello stipulare l'accordo d'integrazione economica, erano "Decisi a raggiungere tali fini mediante la conformazione di un sistema d'integrazione e cooperazione che

presenza sono due espressioni che si ricollegano a degli obiettivi comuni³: la prima citata nel terzo paragrafo del preambolo⁴, concernente l'assicurazione di un trattamento più efficace delle risorse disponibili e al coordinamento delle politiche macroeconomiche, e la seconda nel sesto paragrafo⁵, riguardante la necessità di promuovere lo sviluppo scientifico e tecnologico degli Stati parti e alla modernizzazione delle loro economie, al fine di migliorare le condizioni di vita dei loro abitanti.⁶

Secondo il giurista Paulo Velloso da Silveira⁷, questa contestualizzazione indiretta della nozione di libera concorrenza nel preambolo del documento dimostra quanto gli Stati parti abbiano aderito ad un'idea complessiva della crescita e dello sviluppo economico mediante l'integrazione:

*"Da leitura da parte preambular do Tratado de Assunção, verificamos que os Estados-Partes participam dessa compreensão do significado da noção de livre concorrência como elemento qualitativo no desenvolvimento do mercado com vistas ao aumento da riqueza das nações envolvidas".*⁸

propenda allo sviluppo economico, equilibrato, armonico e condiviso dei suoi paesi".

³ Nel caso del Trattato NAFTA, quasi tutti i paragrafi del preambolo si riferiscono, in un modo o nell'altro, alla nozione di libera concorrenza: *"The Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, resolved to: Strengthen the special bonds of friendship and cooperation among their nations; Contribute to the harmonious development and expansion of world trade and provide a catalyst to broader international cooperation; Create an expanded and secure market for the goods and services produced in their territories; Reduce distortions to trade; Establish clear and mutually advantageous rules governing their trade; Ensure a predictable commercial framework for business planning and investment; Build on their respective rights and obligations under the General Agreement on Tariffs and Trade and other multilateral and bilateral instruments of cooperation; Enhance the competitiveness of their firms in global markets; Foster creativity and innovation, and promote trade in goods and services that are the subject of intellectual property rights; Create new employment opportunities and improve working conditions and living standards in their respective territories; Undertake each of the preceding in a manner consistent with environmental protection and conservation; Preserve their flexibility to safeguard the public welfare; Promote sustainable development; Strengthen the development and enforcement of environmental laws and regulations; and Protect, enhance and enforce basic workers' rights (...)"*.

⁴ *"Entendendo que esse objetivo deve ser alcançado mediante o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis, a preservação do meio ambiente, o melhoramento das interconexões físicas, a coordenação de políticas macroeconômicas da complementação dos diferentes setores da economia, com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio"*.

⁵ *"Convencidos da necessidade de promover o desenvolvimento científico e tecnológico dos Estados Partes e de modernizar suas economias para ampliar a oferta e a qualidade dos bens de serviços disponíveis, a fim de melhorar as condições de vida de seus habitantes"*.

⁶ Vedi, a tale proposito, VELLOSO DA SILVEIRA, Paulo A. *Defesa da Concorrência no Mercosul*. São Paulo: LTR, 1998, p. 49.

⁷ Idem, *ibidem*.

⁸ *"Dalla lettura del preambolo del Trattato di Asunción, verificiamo che gli Stati parti partecipano a*

I presupposti fondamentali all'istituzione del MERCOSUL hanno fatto sì che il legislatore ritenesse propedeutico prevedere, nel corpo del suddetto Trattato, strumenti che potessero almeno fissare norme generali per la tutela della libera concorrenza citata nel preambolo. In un secondo momento, in seguito alla firma del Trattato, sarebbe spettato agli Stati Parti l'incarico di regolamentare tali importanti disposizioni, creando in modo concreto un apparato che tutelasse il mercato da operazioni con effetti restrittivi della concorrenza.

Nel paragrafo 5 dell'articolo primo del Trattato di Asunción si trova la norma che, in via primaria, sancisce la tutela della libera concorrenza nel MERCOSUL. In tale ambito, la tutela della concorrenza è presentata come uno degli obiettivi centrali del MERCOSUL⁹. Tale dispositivo prevede, inoltre, che si debba giungere a condizioni adeguate di concorrenza fra gli Stati Parti – e fra i privati – tramite il coordinamento delle politiche macroeconomiche e settoriali dei quattro Stati che aderiscono.

Nello stesso senso segue il paragrafo 6 del medesimo articolo, che dispone sull'incompatibilità tra le legislazioni interne e la loro auspicabile armonizzazione in materia¹⁰. La *ratio* di tale norma ragionamento si fonda sulla considerazione che l'assenza di questo processo di armonizzazione potrebbe agevolare la creazione di condizioni idonee a falsare la concorrenza.

Nel caso in cui gli Stati parti tardassero a provvedere all'armonizzazione prevista dal paragrafo 6, quanto sancito dal paragrafo 5 dovrebbe garantire la risoluzione del problema attraverso la coordinazione delle politiche macroeconomiche e settoriali.

E' prevista, inoltre, una politica di inibizione di altre pratiche restrittive, come le importazioni in cui i prezzi siano stati influenzati da aiuti di Stato¹¹, dal *dumping*¹² o da

questa consapevolezza del significato della nozione di libera concorrenza come elemento qualitativo nello sviluppo del mercato mirando all'aumento della ricchezza delle nazioni coinvolte".

⁹ "Articolo 1 - Gli Stati parti decidono di costituire un Mercato Comune, che dovrà essere operativo alla data del 31 dicembre 1994, e che si denominerà "Mercato Comune del Sud" (MERCOSUL). Questo Mercato Comune implica: (...) Il coordinamento di politiche macroeconomiche e settoriali fra gli Stati parti – di commercio estero, agricola, industriale, fiscale, monetaria, cambiaria e di capitali, di servizi, doganale, di trasporti e comunicazioni e altre che vengano ad essere accordate –, allo scopo di assicurare condizioni adeguate di concorrenza fra gli Stati parti (...)"

¹⁰ "Articolo 1 - Gli Stati parti decidono di costituire un Mercato Comune, che dovrà essere operativo alla data del 31 dicembre 1994, e che si denominerà "Mercato Comune del Sud" (MERCOSUL). Questo Mercato Comune implica: (...) L'impegno degli Stati parti nell'armonizzare le loro legislazioni, nelle aree pertinenti, per arrivare ad un rafforzamento del processo d'integrazione (...)"

¹¹ Si rivela di particolare complessità la ricerca di una nozione di Aiuto di Stato nell'ambito dei sistemi

qualsiasi altra pratica sleale. Tutto ciò è previsto tra gli obiettivi del Mercato Comune, secondo i paragrafi primo e secondo dell'articolo 4 del Trattato.

Nell'ambito di questo divieto, il paragrafo primo del suddetto articolo dispone sulla necessità che gli Stati parti assicurino condizioni paritarie di commercio, applicando le loro leggi interne per inibire le succitate importazioni.

Il paragrafo secondo, a sua volta, dispone circa la creazione di un coordinamento delle rispettive politiche nazionali degli Stati parti, allo scopo di elaborare norme comuni sulla concorrenza.

È interessante notare in quest'ambito che il Trattato di Asunción, al contrario di quello che avviene con il Trattato istitutivo della Comunità Europea¹³ e con il Trattato istitutivo del NAFTA¹⁴, non prevede un titolo a parte per la disciplina della tutela della

d'integrazione economica regionale. L'ordinamento del MERCOSUL non ha fornito una nozione, così come non possiede delle regole consistenti sulla materia. Le norme del Trattato di Roma, invece, non definiscono il fenomeno, soltanto prevedendo il divieto nell'articolo 87: "Salvo deroghe contemplate dal presente trattato, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza". Come affermato da Georges e André DECOCQ, questo testo dell'articolo 87: "(...) *mêle, dans une certaine mesure, les éléments de la notion d'aide d'Etat et les conditions de l'incompatibilité d'une telle aide avec le marché commun: en visant les aides qui 'faussent ou qui menacent de fausser la concurrence' et qui 'affectent les échanges entre Etats membres' il ne définit que les effets de aides qui les rendent en principe incompatibles avec le marché commun; mais il formule une disposition de nature notionnelle en les caractérisant par le fait qu'elles sont 'accordées' par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat, sous quelques forme que ce soit' et qu'elles '(favorisent)' certaines entreprises ou certaines productions. Ainsi, les éléments de la notion d'aide d'Etat sont au nombre de deux: l'origine étatique (...) et la faveur (...)*". In: DECOCQ, André et DECOCQ, Georges. *Droit de la Concurrence Interne et Communautaire*. Paris: JGDJ, 2002, p. 453. Tito Ballarino e Leonardo Bellodi osservano, in tale ambito, quanto siano stati importanti i contributi dati in materia dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia: "Dal disposto dell'articolo 92 appare evidente come manchi una compiuta ed espressa definizione della nozione di aiuto. La norma infatti individua soltanto categorie di aiuti incompatibili con il mercato comune (...) Pertanto, tale nozione si è formata progressivamente nel tempo grazie all'interpretazione data dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia, sino a ricomprendere fattispecie che in astratto sembravano esulare dal campo di applicazione dell'articolo in parola". In: BALLARINO, Tito et BELLODI, Leonardo. *Gli Aiuti di Stato nel Diritto Comunitario*. Napoli: Scientifica, 1997, p. 24. Vedi inoltre sull'argomento VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Il Diritto della Concorrenza nella Comunità Europea*. Torino: Giappichelli, 1994, p. 851 ss.

¹² Secondo l'opera Oxford Dictionary of Law, il *dumping* è "The sale of goods abroad at prices below their normal value". Il Black's Law Dictionary, a sua volta, definisce il *dumping* come "The act of selling in quantity at a very low price or practically regardless of the price; also selling goods abroad at less than the market price at home". In: Oxford Dictionary of Law. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 154; e, Black's Law Dictionary. St. Paul: West Publishing Co., 1990, p. 502.

¹³ Il Trattato istitutivo della Comunità Europea prevede in modo esaustivo la tutela della concorrenza nel suo Titolo Quinto, sulle Norme Comuni sulla Concorrenza, sulla Fiscalità e sul Ravvicinamento delle Legislazioni, all'interno del Capo Primo, riguardante le Regole di Concorrenza (articoli 81 a 86).

¹⁴ Le norme che disciplinano la tutela della concorrenza nel Trattato NAFTA si trovano nella quinta parte del documento - dedicata agli investimenti, servizi e materie affini -, all'interno del Capitolo Quindicesimo, sulla Politica della Concorrenza, Monopoli ed Imprese Statali. Sono gli articoli 1501 (*Competition Law*), 1502 (*Monopolies and State Enterprises*), 1503 (*State Enterprises*), 1504 (*Working*

concorrenza, disciplinandola quasi perifericamente¹⁵. La situazione non cambia per quel che concerne il Protocollo di Ouro Preto o il Protocollo di Brasilia. Entrambi, per diverse ragioni, assolutamente non si occupano della materia.

Dinanzi a questo contesto, è possibile affermare che la tutela della concorrenza non è contemplata in modo sufficiente nel complesso di norme che compongono l'ordinamento costituzionale del MERCOSUL. A scapito del sistema d'integrazione economica, la tutela della concorrenza è lasciata in disparte, per essere disciplinata da norme derivate, divenendo uno strumento meno importante della liberalizzazione del commercio fra gli Stati parti.

Per un sistema della portata del MERCOSUL, quest'impostazione può diventare pericolosa, e ciò proprio per non aver dato la dovuta attenzione ad una politica chiave in un accordo d'integrazione che prevede la nascita di un mercato unico, andando oltre alla semplice zona di libero scambio o all'unione doganale. Prova dell'importanza di tale profilo in un progetto d'integrazione è il forte impegno dato dai paesi che compongono la Comunità europea e il NAFTA in materia, che, senza "mezze parole", hanno introdotto norme precise e dettagliate nel corpo costituzionale dei loro sistemi giuridici.

8.2 Il Diritto secondario

Come accennato precedentemente, compongono il complesso di norme di diritto secondario del MERCOSUL gli atti emanati dagli organi di tale organizzazione internazionale, in particolare quelle del Consiglio del Mercato Comune, del Gruppo Mercato Comune e della Commissione di Commercio del MERCOSUL. Questi atti sono previsti dagli articoli 9, 15 e 20 del Protocollo di Ouro Preto, nei quali è affermato che gli organi con capacità decisoria enunciati nell'articolo 2 del medesimo protocollo possono emanare degli atti giuridici.

L'esame che segue si propone di analizzare gli norme secondarie emanate dagli organi del MERCOSUL che abbiano, direttamente o indirettamente, disciplinato la

Group on Trade and Competition) e 1505 (*Definitions*).

¹⁵ Nella stessa situazione si trovano l'Accordo di Cartagena e il Trattato di Montevideo del 1980. Rispetto ai trattati istitutivi della Comunità Europea e del NAFTA, i succitati trattati latino americani dedicano ampi spazi all'istituzione di organi e di cariche, e poco ai reali contenuti che caratterizzano un

materia della tutela della concorrenza.¹⁶

8.2.1 Le Decisioni del Consiglio del Mercato Comune (CMC)

a) Decisione n.° 03/92

Il primo contributo del Consiglio rivolto alla creazione di un sistema per la tutela della concorrenza all'interno del Mercato Comune è stato effettuato con la Decisione n.° 03/92¹⁷, che ha istituito una procedura di denunce e consultazioni, da utilizzarsi quando uno Stato partecipante sia sospettato di beneficiare di pratiche sleali nell'esportazione dei suoi prodotti all'interno del MERCOSUL.

La suddetta procedura, disposta nell'allegato 1 del documento, prevedeva il diritto di presentare una denuncia scritta, che può essere formulata da qualsiasi impresa che abbia sede in uno degli Stati dell'accordo d'integrazione che venga a considerarsi lesa o minacciata da importazioni realizzate da un altro Stato parte.

La denuncia, con gli elementi di prova sufficienti per comprovare l'esistenza del

fenomeno d'integrazione economica.

¹⁶ Nell'ambito del diritto comunitario europeo, è ricchissima la produzione di atti giuridici concernenti la disciplina della tutela della concorrenza. Fra i regolamenti comunitari più importanti in materia possono essere citati il Regolamento n.° 17/62, del Consiglio del 6 febbraio 1962, sulle regole di procedura in materia di concorrenza; il Regolamento n.° 4.064/89, del Consiglio del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese; e, il Regolamento n.° 418/85, della Commissione del 19 dicembre 1984, concernente le esenzioni a categorie di accordi in materia di ricerca e sviluppo. Non possono essere citate, inoltre, le numerose Decisioni emanate dalla Commissione in materia secondo la previsione dell'articolo 3 del Regolamento n.° 17/62, che servono come strumento per obbligare le imprese coinvolte in pratiche restrittive della concorrenza a porre fine alle infrazioni constatate.

¹⁷ Tale preoccupazione può essere chiaramente constatata nel preambolo della decisione stessa: *"Considerando, que la constitución del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) implica la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados; Que en las relaciones con terceros países, los Estados Partes se han comprometido a asegurar condiciones equitativas de comercio, aplicando sus legislaciones nacionales para inhibir importaciones cuyos precios estén influidos por prácticas desleales; Que hasta tanto el MERCOSUR legitime ante los organismos internacionales su condición de Mercado Común y disponga de un reglamento de aplicación común, no podrá considerarse a la producción de la región como afectada por prácticas desleales; Que por expresa orientación de los Presidentes, este Consejo impartió oportunamente directivas en el sentido de adoptar medidas que aseguren condiciones efectivas de competencia leal para el comercio entre países del MERCOSUR y con terceros mercados; Que en razón de ello, resulta necesario adoptar durante el período de transición un procedimiento que permita a los productores de los distintos países integrantes del MERCOSUR, formular quejas cuando se consideren lesionados por importaciones realizadas en el ámbito del mismo que sean objeto de dumping o subsidios; Que en atención a la estructura orgánica del MERCOSUR resulta conveniente que el GRUPO MERCADO COMÚN intervenga en los casos que en tal sentido se planteen, a efectos de dilucidar las quejas planteadas"*.

dumping o dell'Aiuto di Stato, doveva essere inoltrata alla Sezione Nazionale del Gruppo Mercato Comune dello Stato parte in cui sia residente l'impresa pregiudicata. Spettava a questa contattare direttamente la Sezione Nazionale del Gruppo Mercato Comune dello Stato Parte alla quale vengono attribuiti l'uso del *dumping* o dell'Aiuto di Stato.

Se non veniva comprovata tale ipotesi, la Sezione Nazionale del Gruppo Mercato Comune avrebbe respinto automaticamente la denuncia. Se, invece, fossero state comprovate le pratiche sleali, il Gruppo Mercato Comune avrebbe richiesto allo Stato parte di inibire le pratiche sleali a questo attribuite, in accordo con il divieto dell'articolo 4 del Trattato di Asunción.

Da rilevare, però, che il dispositivo previsto da questa decisione non fu mai messo in pratica dagli Stati parti.

Osserva lo studioso argentino Marcelo Halperin¹⁸ che tutto ciò è accaduto perché:

*"(...) al dictar la referida Decisión los negociadores no se percataron que las regulaciones del GATT sobre las cuales están calcadas las disposiciones nacionales, no prevén la aplicación de tributos defensivos cuando la rama de la producción afectada no está radicada en el territorio nacional del País cuya autoridad de aplicación debe decidirlos".*¹⁹

b) Decisione n.° 07/93

In seguito alla Decisione n.° 03/92, il Consiglio del Mercato Comune ha voluto stabilire delle norme che tutelassero la libera concorrenza contro le importazioni oggetto di *dumping* o aiuti di Stato posti in essere dagli Stati parti del sistema d'integrazione regionale sudamericano; tale volontà di è concretizzata con la Decisione n.° 07/93, che ha avuto la precisa finalità di sanare le incompatibilità della Decisione n.° 03/92,

¹⁸ HALPERIN, Marcelo. Las Prácticas Desleales y la Evolución del Mercosur. *Revista Jurídica La Ley*. D (1995), pag. 1552.

¹⁹ "(...) nel dettare la riferita Decisione i negoziatori non si sono resi conto che le regole del GATT sulle quali sono basate le disposizioni nazionali, non prevedono l'applicazione di tributi difensivi quando la branca della produzione interessata non sia radicata nel territorio nazionale del Paese la cui autorità di applicazione deve giudicarle".

adottando la soluzione come unione doganale, che sarebbe entrata in vigore il 1° gennaio 1995.

L'articolo 2 della decisione ha incaricato il Sottogruppo di lavoro n.° 1 di elaborare il testo ufficiale del succitato regolamento.

c) Decisione n.° 20/94

Nell'ambito specifico degli Aiuti di Stato, il primo contributo consistente dato dal legislatore del MERCOSUL alla disciplina della materia è costituito dall'istituzione, avvenuta con la Decisione n.° 20/94²⁰, di un comitato tecnico incaricato di trattare le politiche pubbliche che possano falsare la concorrenza.

Lo scopo del nuovo organo era specificamente quello di svolgere inchieste per identificare probabili aiuti di Stato che avrebbero potuto creare danno alla libera concorrenza fra gli Stati Parti.

L'attività svolta dal Comitato dovrebbe consistere nella classificazione degli Aiuti di Stato effettuati nei paesi membri secondo le cinque categorie previste dall'articolo 2 della Decisione, ossia:

- a) Misure che comportano eccezioni al regime commerciale comune del MERCOSUL;
- b) misure tributarie;
- c) misure creditizie;
- d) misure associate al regime di acquisti eseguite dal governo e altre misure;
- e) altre.

Il medesimo articolo della Decisione in causa prevede che, d'accordo con il

²⁰ Fra gli argomenti che hanno motivato tale presa di posizione, sono di particolare interesse quelli presenti nei primi quattro paragrafi del preambolo: "Considerando, che devono essere assicurate condizioni eque di concorrenza fra gli operatori economici dei paesi del MERCOSUL; che gli strumenti adottati o in elaborazione, nell'ambito del MERCOSUL, relativi a Restrizioni Non-Tariffarie, Incentivi alle Esportazioni e Tutela della Concorrenza, hanno fra i suoi obiettivi quello di garantire condizioni eque di concorrenza all'interno del mercato ampliato; che in certi casi le politiche pubbliche vigenti negli Stati parti possono distorcere le condizioni di competitività intra-MERCOSUL, viziando la piena implementazione degli obiettivi del Trattato di Asunción; che è necessario identificare le misure nell'ambito delle politiche pubbliche capaci di distorcere le condizioni di competitività intra-MERCOSUL, e definire il trattamento che gli deve essere dato nel contesto della consolidazione di una Unione Doganale nel MERCOSUL a partire del 1° gennaio 1995".

modo in cui vengono sviluppati, questi aiuti statali possano essere considerati incompatibili con il funzionamento dell'unione doganale.

Secondo quanto disposto nell'articolo 3 del documento, una volta che il Comitato tecnico avrà identificato e classificato questi Aiuti di Stato all'interno di ogni ordinamento giuridico, dovrebbe elaborare un' proposta, con termini di scadenza precisi, per armonizzare quelle compatibili con il funzionamento dell'unione doganale ed eliminare progressivamente tutti quelli che, a loro volta, siano incompatibili con la medesima. Nello svolgimento di tale attività, il Comitato tecnico sarebbe sotto la supervisione della Commissione di Commercio del MERCOSUL.

È di significativa importanza, inoltre, il fatto che siano state prese di mira da tale Decisione anche le norme che disciplinano l'attività delle imprese statali od enti equivalenti, siano esse o meno in regime di monopolio.

Da sottolineare che, in questo contesto, l'articolo 5 della Decisione fa esplicito riferimento alle disposizioni in materia dell'Accordo Generale sulle Tariffe doganali e Commercio (GATT), affermando che tali disposizioni dovranno essere osservate nello svolgimento del lavoro di classificazione di misure compatibili e incompatibili con il funzionamento dell'unione doganale.

d) Decisione n.° 21/94

Emanata dal Consiglio del Mercato Comune, la Decisione n.° 21/94, costituisce il primo tentativo concreto di costituire un meccanismo unico di tutela della concorrenza nel nascente sistema giuridico del MERCOSUL.

Come si può osservare nel preambolo di tale documento, la necessità primaria che viene evidenziata è quella di predisporre e valersi di parametri comuni per la tutela della concorrenza all'interno degli ordinamenti degli Stati parti, in modo tale da poter creare un'azione coordinata fra loro, impedendo le pratiche contrarie alla libera concorrenza.²¹

²¹ "Considerando che è necessario contare su parametri comuni per la tutela della concorrenza nel MERCOSUL, in modo da dare possibilità ad un'azione coordinata degli Stati parti per combattere le pratiche contrarie alla libera concorrenza; che vari aspetti relazionati con la tutela della concorrenza sono incorporati in strumenti già approvati nell'ambito del MERCOSUL; e che la Commissione di Tutela della Concorrenza del Sottogruppo di Lavoro n.° 10 ha sviluppato criteri che rendono possibile l'adozione di uno strumento che ricopre gli altri aspetti della tutela della concorrenza nel

Si trattava in buona sostanza di dare avvio ad un processo di armonizzazione legislativa²² fra gli Stati parti del MERCOSUL in materia di tutela della concorrenza, che si fondava sul precetto presente nell'ultimo paragrafo dall'articolo primo del Trattato di Asunción:

▼
▼

"O compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração".

23

L'articolo 2 della Decisione in esame disponeva che gli Stati parti avrebbero effettuato un'esame delle loro legislazioni fino al 30 luglio 1995, con il fine di individuare possibili incompatibilità dei loro ordinamenti interni con il Programma di Base previsto nell'allegato alla Decisione stessa. Svoluta la ricerca, avrebbero informato la Commissione di Commercio sui punti in cui sarebbero stati necessari coordinamenti di armonizzazione.

Nel momento in cui la Commissione di Commercio avesse a disposizione le informazioni sulle incompatibilità delle legislazioni nazionali con il programma proposto, dovrebbe, secondo l'articolo 3 della Decisione, sottoporre al Gruppo Mercato Comune uno Statuto Comune di tutela della concorrenza nel MERCOSUL.

In base ai rapporti forniti dagli Stati parti, il Gruppo Mercato Comune avrebbe il compito di decidere se tale Statuto può costituire o meno lo strumento di riferimento al

MERCOSUL".

²² In tale contesto è possibile osservare una delle grandi deficienze del MERCOSUL come sistema d'integrazione regionale, ovvero, la totale assenza di strumenti adatti ad armonizzare le legislazioni degli Stati parti. Nel caso della Comunità Europea, lo strumento per eccellenza per l'armonizzazione delle legislazioni è la direttiva comunitaria. In questo senso, sono di particolare interesse le precisazioni svolte da Philippe Manin: *"La directive est, par excellence, le moyen de l'HARMONISATION (rapprochement) des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats. L'article 100 impose son utilisation à titre exclusif. Les articles 99 et 100A permettent de recourir aussi à d'autres techniques. Mais, en fait, seule la directive a été utilisée sur le fondement de ces deux articles. La directive est liée à la fonction d'harmonisation dans les articles 56/2, 57/1, 57/2, 63/2, 89, 70 du traité CEE. L'article 90/3 ne la lie pas nécessairement à l'harmonisation mais ne l'exclut pas non plus. En pratique, les directives de la Commission adoptées jusqu'à présent sur le fondement de cet article ont un objectif d'harmonisation (...) En revanche, la fonction d'harmonisation n'est pas concernée par les articles relatifs à la réalisation de l'union douanière (art. 13/2, 14/5, 21/1, 33/7). Mais ces articles n'ont plus d'intérêt aujourd'hui"*. In: MANTIN, Philippe. *Opus cit.*, p. 303. La Corte di Giustizia ha confermato tale contesto nelle sentenze *Ursula Becker c. Finanzamt Muenster-Innenstadt* (caso 8/81), emanata il 19 gennaio 1982; e, *Kloppenburg/Finanzamt Leer* (caso 70/83), emanata il 22 febbraio 1984.

²³ "L'impegno degli Stati parti di armonizzare le proprie legislazioni, nelle aree pertinenti, affinché si riesca a raggiungere il rafforzamento del processo d'integrazione".

quale si adeguerebbero gli ordinamenti giuridici nazionali.

Nel periodo transitorio e fino alla "definizione della materia"²⁴, verrebbe applicata un procedura *ad hoc* per il trattamento delle denunce relative alla tutela della concorrenza.²⁵

L'inserimento del Programma di Base nell'allegato alla Decisione ha avuto per scopo principale quello di dare avvio al processo di armonizzazione delle legislazioni in materia e all'elaborazione delle proposte sulla tutela della concorrenza e il libero accesso ai mercati per lo statuto comune del MERCOSUL. È importante rilevare, però, che questo processo doveva rispettare gli atti giuridici antecedenti che avevano per oggetto la tutela della concorrenza, ormai incorporati nel sistema del MERCOSUL.

Il testo del Programma di Base di armonizzazione proposto dalla Decisione n.º 21/94 aveva come oggetto la tutela della concorrenza e il libero accesso al mercato nell'ambito del MERCOSUL. Per attuare tali obiettivi, venivano individuati due elementi per la caratterizzazione delle condotte restrittive della concorrenza, ossia, una clausola generale che definisce i parametri dell'illegalità, e un elenco non esaustivo dei comportamenti che possono essere considerati proibiti. La clausola generale dell'illegalità stabilita all'interno del Programma, prevedeva le figure antigiuridiche tipiche della politica *antitrust*, ovvero:

- a) gli accordi e le pratiche concertate fra gli operatori economici che falsino la concorrenza (prima sezione, punto 3);
- b) l'abuso del potere dominante (seconda sezione, punto 4);
- c) le concentrazioni fra le imprese con effetti restrittivi alla libera concorrenza (terza sezione, punto 5).

²⁴ "Artigo 4 - Até a definição sobre a matéria, tal como previsto no Artigo 3, aplicar-se-á o seguinte procedimento para a tramitação de denúncias vinculadas à defesa da concorrência: (...)."

²⁵ Tale procedura prevedeva che lo Stato parte che si considerasse leso potesse, nell'ambito della CCM, presentare, con le motivazioni che disponga, richiesta nella quale venga specificata la violazione subita secondo il Programma di Base approvato dalla Decisione n.º 21/94. Lo Stato parte in cui si trovasse l'agente che ha praticato la violazione dovrebbe iniziare, in non più di trenta giorni, un'inchiesta sulla materia, secondo la propria legislazione nazionale, e dovrebbe applicare, quando pertinenti, le sanzioni corrispondenti, d'accordo con il proprio ordinamento interno. Queste inchieste avrebbero le loro scadenze definite, caso per caso, dalla CCM. Nel caso in cui lo Stato parte dovesse essere leso bisognerebbe considerare che, essendo stata conclusa l'inchiesta con la dichiarazione d'inesistenza della violazione e la conseguente inapplicabilità delle sanzioni, ancora persistono gli effetti del danno, o che, anche essendo state applicate le sanzioni persistono tali effetti, potrà questo Stato ricorrere alla procedura prevista nell'allegato al Protocollo di Ouro Preto o direttamente alla procedura prevista dal Capitolo IV del Protocollo di Brasilia per la Risoluzione di Controversie.

Il testo del punto 3 del Programma di Base²⁶ dispone su un elenco²⁷ di ipotesi²⁸ di accordi e pratiche concertate fra gli operatori economici che falsino la concorrenza e il libero accesso al mercato tramite le seguenti condotte:

- a) fissazione, diretta o indiretta, dei prezzi di compra o vendita, in modo analogo alle altre condizioni per la produzione o commercializzazione dei beni o servizi;
- b) limitazione del controllo della produzione, della distribuzione o dello sviluppo tecnologico o degli investimenti;
- c) divisione dei mercati di beni o servizi o fonti di materia prima;
- d) accordi o coordinamenti di azioni che possono falsare la concorrenza, in concorsi, appalti o aste pubbliche;
- e) adozione, in relazione a terzi contraenti, di condizioni non uguali, nel caso di prestazioni equivalenti, penalizzandoli nella concorrenza;
- f) subordinazione della concorrenza alla celebrazione di contratti, scritti o meno, all'accettazione di prestazioni supplementari che, per natura propria o degli usi commerciali, non abbiano rapporto con l'oggetto di questi contratti;
- g) pressione sul cliente o fornitore, con il proposito di dissuaderlo da una determinata condotta e costringendolo ad agire in un determinato modo.

Peraltro, è da rilevare che viene previsto molto chiaramente nel dispositivo che questi accordi e pratiche concertate sono sanzionabili soltanto se abbiano effetti restrittivi alla libera concorrenza nell'ambito del commercio fra gli Stati parti.²⁹

²⁶ "3. Sono proibiti gli accordi e le pratiche concertate fra gli agenti economici, e le decisioni di associazioni di imprese che abbiano per oggetto o per effetto impedire, restringere o distorcere la concorrenza e il libero accesso al mercato nella produzione, lavorazione, distribuzione e commercializzazione di beni e servizi, in tutto o in parte del MERCOSUL, e che possano viziare il commercio fra gli Stati Parti, tali come (...)"

²⁷ Paulo Velloso da Silveira sottolinea che il modo in cui vengono presentate le possibili figure anti-giuridiche nell'allegato alla Decisione n.° 21/94, ossia, la distinzione in tipologie, può essere il metodo più adeguato per trattare della regolamentazione dei fenomeni relazionati ai mercati e all'attività privata: "*A flexibilidade e dinamismo propiciado pelo uso de tipologias encontram-se em maior sintonia com a flexibilidade e dinamismo existente na atuação dos agentes privados no mercado. Assim, estabelecem-se os limites gerais permitidos à autonomia privada e as condições gerais de validade às atuações concorrenciais*". In: VELLOSO DA SILVEIRA, Paulo A. *Opus cit.*, p. 184.

²⁸ Come osserva Paulo Velloso da Silveira, la redazione di tale articolo non lascia dubbi quanto al carattere esemplificativo dell'elenco delle condotte proibite dalla Decisione n.° 21/94. Ciò perché, come afferma l'autore, l'uso dell'espressione "tali come" dimostra la non esaustività dei comportamenti con effetti restrittivi alla libera concorrenza vietati nel MERCOSUL. Vedi, a tale proposito, Idem, p. 182 ss.

²⁹ Su questo tema, vedi il punto 2.3.3.

Quanto al divieto di abuso di posizione dominante posto in essere da parte degli operatori economici, disposto nel punto 4 del Programma di Base, esso sarebbe rilevante soltanto se la figura antigiuridica tipica dell'*antitrust* venisse praticata in tutto o in parte sostanziale del MERCOSUL. Nel caso in cui quest'azione fosse svolta soltanto all'interno di uno Stato Parti, sarebbe passibile di sanzione unicamente nell'ambito del diritto interno.

Nel qualificare tali condotte, il punto 4 del testo³⁰ del Programma di Base offre alcuni esempi di azioni che potrebbero costituire illecito³¹:

- a) imposizione, direttamente o indirettamente, di prezzi di compra o di vendita o altre condizioni di transazione non eque;
- b) restrizione ingiustificata della produzione, della distribuzione e dello sviluppo tecnologico, a scapito delle imprese o dei consumatori;
- c) applicazione a terzi contraenti di condizioni non uguali in casi di prestazioni equivalenti, sfavorendoli nella concorrenza;
- d) subordinazione della stipula di contratti all'accettazione, da parte del contraente, di prestazioni supplementari che, per loro natura, secondo gli usi commerciali, non abbiano relazioni con l'oggetto del contratto;
- e) rifiuto ingiustificato della vendita di beni o di prestazione di servizi;
- f) condizionamento delle transazioni, in modo ingiustificato o in modo non fondato sugli usi, costumi o pratiche commerciali, alla non utilizzazione, acquisizione, vendita, distribuzione o fornitura di beni o servizi prodotti, lavorati, distribuiti o commercializzati per terzi;
- g) vendita di beni o prestazioni di servizi a prezzi inferiori al loro costo, senza ragioni fondate sugli usi, costumi o pratiche commerciali, con la finalità di eliminare la concorrenza nel mercato.

Il controllo del fenomeno delle concentrazioni fra imprese, secondo il testo del Programma di Base, dovrebbe essere svolto dagli Stati parti con riguardo alle operazioni nelle quali vi sia una concentrazione economica con partecipazione uguale o superiore

³⁰ "4. Resta ugualmente vietato che uno o più agenti economici abusino di potere dominante, in tutto o in parte sostanziale del MERCOSUL. L'abuso di potere dominante potrà consistere, fra le altre, nelle seguenti condotte (...)"

³¹ In tale contesto è possibile osservare lo stesso carattere esemplificativo dell'elenco delle condotte proibite presenti nel punto 3 del Programma di Base. L'unica differenza fra uno e l'altro è l'uso nel punto 4 dell'espressione "potrà consistere, tra le altre", in luogo dell'espressione "tali come", utilizzata

al 20% (venti per cento) del mercato rilevante e che possa produrre effetti anticoncorrenziali in tutto od in parte del MERCOSUL.

Il Programma di Base ancora prevedeva una cooperazione fra Stati parti, mirata ad assicurare:



*" (...) o cumprimento oportuno e adequado das normas, procedimentos e ações que forem acordados em matéria de defesa da concorrência e do livre acesso ao mercado".*³²

Questa cooperazione, svolta tramite uno scambio d'informazioni e la prestazione di assistenza, cooperazione tecnica ed altro, sarebbe realizzata direttamente fra gli Stati parti o nell'ambito della Commissione di Commercio.

Veniva previsto, inoltre, un coordinamento fra le autorità nazionali garanti della concorrenza nell'applicazione delle leggi nazionali di tutela della stessa, con attribuzione alla Commissione di Commercio di svolgere tale coordinamento, con il fine di prevenire eventuali fattori che possano favorire le condotte anticompetitive previste dal Programma di Base.

e) Decisione n.º 15/96

Nello sviluppo dei lavori per l'istituzione dell'unione doganale, si è posta in diverse occasioni la problematica riguardante le politiche statali che falsano la concorrenza. Per studiare questo contesto, il Consiglio del Mercato Comune ha voluto creare, tramite la Decisione n.º 20/94, un gruppo *ad hoc* incaricato di gestire il trattamento di tali politiche pubbliche.

A questo fine, fu emanata la Decisione n.º 15/96 che ha creato il gruppo a cui spetterebbe lo svolgimento di una revisione strutturale dei criteri, procedure, ambiti e termini di scadenza previsti nella Decisione n.º 20/94.

La ristrutturazione dovrebbe assicurare il necessario rigore per quel che riguarda le politiche pubbliche che creano degli effetti restrittivi alla concorrenza.

dal punto 3.

³² "(...) il compimento opportuno e adeguato delle norme, procedimenti e azioni che siano accordati in

f) Decisione n.° 17/96

La Decisione in esame rappresenta lo sforzo continuo del legislatore di regolare la tematica riguardante l'applicazione di misure di salvaguardia per le importazioni provenienti degli Stati non membri del MERCOSUL. Come affermato nel preambolo di tale documento³³, la consolidazione dell'unione doganale passa obbligatoriamente per l'implementazione di strumenti di politica commerciale comune, così come l'adeguamento degli Stati parti agli stessi. A tale fine, il Comitato tecnico n.° 6, sulle pratiche sleali di commercio e salvaguardia, ha elaborato il "Regolamento relativo all'applicazione di misure di salvaguardia alle importazioni provenienti da paesi non membri del Mercato Comune del Sud". Sottoposto alla discussione nell'ambito del Consiglio del Mercato Comune, tale documento viene approvato con l'emanazione della Decisione n.° 17/96.³⁴

La Decisione ha istituito, inoltre, un "Comitato di tutela commerciale e salvaguardia". Al fine di dare immediata operatività a tale comitato, l'articolo 4 della Decisione prevedeva che la Commissione di Commercio del MERCOSUL dovrebbe attribuire al suddetto comitato le funzioni necessarie per il compimento dei suoi compiti, così come determinare la sua composizione e modalità di funzionamento.

Il neo-approvato "Regolamento relativo all'applicazione di misure di salvaguardia alle importazioni provenienti da paesi non membri del Mercato Comune del Sud", stabiliva all'art. 1 norme per l'applicazione di misure di salvaguardia, individuate nelle misure³⁵ previste nell'articolo XIX del GATT 1994, applicabili alle

materia di tutela della concorrenza e del libero accesso al mercato".

³³ "Considerando que, com a aprovação da Tarifa Externa Comum, se iniciou o processo de consolidação da União Aduaneira do Mercosul; Que a conformação do quadro normativo de uma união aduaneira requer a adoção de outros instrumentos de política comercial comum; Que o Comité Técnico Nº 6 (Práticas Desleais de Comércio e Salvaguardas) da Comissão de Comércio está encarregado da elaboração de instrumentos de política comercial comum nas áreas de defesa comercial e salvaguardas, e Que o Comité Técnico Nº 6 concluiu as negociações relativas ao projeto de "Regulamento Relativo à Aplicação de Medidas de Salvaguarda às Importações Provenientes de Países Não-Membros do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL)".

³⁴ La stessa Decisione del Consiglio del Mercato Comune disponeva che la CCM procedesse all'elaborazione di norme complementari relative all'applicazione e al perfezionamento del regolamento in allegato alla Decisione (articolo 2). Il Consiglio del Mercato Comune ha determinato ancora che fosse istruito alle rappresentanze degli Stati parti presso l'ALADI di fare in modo che tale documento fosse protocollato dall'associazione stessa.

³⁵ Misure di emergenza sulle importazioni di determinati prodotti.

importazioni provenienti da paesi non membri del MERCOSUL, e conformemente all'interpretazione data dall'Accordo sulle salvaguardie dell'OMC.³⁶

In tale ambito, la decisione disponeva che il MERCOSUL poteva adottare misure di salvaguardia per un determinato prodotto, singolarmente o in nome di uno dei suoi Stati parti, quando un'inchiesta³⁷ stabilisca che le importazioni di quel prodotto nel territorio del MERCOSUL, nel suo insieme o in uno di suoi Stati parti, abbiano aumentato in quantità tali – in termini assoluti o in rapporto alla produzione domestica³⁸ del MERCOSUL o di uno dei suoi Stati parti – e avvengano in condizioni tali da causare o minacciare di causare³⁹ un danno grave⁴⁰ alla produzione domestica del

³⁶ Le condizioni dettate dall'Accordo dell'OMC sulle misure di salvaguardia, per la loro applicazione, sono previste nell'articolo 2: "1. Un membro potrà applicare una misura di salvaguardia ad un prodotto soltanto ove abbia determinato, ai sensi delle disposizioni che seguono, che tale prodotto viene importato nel suo territorio in quantità talmente elevate, in assoluto o in relazione alla produzione nazionale, e a condizioni tali da arrecare o minacciare di arrecare un grave pregiudizio ai produttori nazionali di prodotti simili o direttamente concorrenti. 2. Le misure di salvaguardia si applicheranno ad un prodotto importato indipendentemente dalla sua fonte". L'applicazione di misure di salvaguardia da parte delle unioni doganali viene disciplinata nel documento in allegato a questo stesso accordo: "Un'unione doganale può applicare una misura di salvaguardia in quanto entità singola o per conto di uno Stato membro. Nel caso in cui un'unione doganale applichi una misura di salvaguardia in quanto entità singola, tutti i requisiti per la determinazione dell'esistenza o della minaccia di grave pregiudizio a norma del presente accordo si baseranno sulle condizioni esistenti nell'unione doganale nel suo complesso. Nel caso in cui una misura di salvaguardia venga applicata per conto di uno Stato membro, tutti i requisiti per la determinazione dell'esistenza o della minaccia di grave pregiudizio si baseranno sulle condizioni esistenti in quello Stato membro e la misura applicata sarà limitata allo stesso. Nulla di quanto contenuto nel presente accordo s'intende pregiudicare l'interpretazione del rapporto tra l'articolo XIX e il paragrafo 8 dell'articolo XXIV del GATT 1994".

³⁷ Secondo quanto disposto nell'articolo 5 del Regolamento, nello svolgimento dell'inchiesta per determinare se l'aumento delle importazioni ha cagionato o ha minacciato di cagionare dei danni gravi alla produzione domestica del MERCOSUL o di uno dei suoi Stati parte, dovranno essere valutati i fattori rilevanti, obiettivi e quantificabili, relazionati con la situazione della produzione domestica viziata, e in particolar modo i seguenti: I - il montante e il ritmo della crescita delle importazioni del prodotto, in termini assoluti e relativi; II - la parte del mercato domestico del MERCOSUL o di uno dei suoi Stati parte assorbita dalle importazioni crescenti; III - alterazioni nel livello di vendite, produzione, produttività, utilizzazione della capacità, guadagni e perdite e occupazione. L'articolo 6, invece, prevede che, a tali fini, potranno essere analizzati inoltre altri fattori, come prezzi delle importazioni, in speciale modo per determinare se c'è stata una significativa sottoquotazione in rapporto al prezzo del prodotto simile nel mercato domestico, e l'evoluzione dei prezzi domestici dei prodotti simili o direttamente concorrenti, per determinare se c'è stata caduta o se non si verificheranno aumenti di prezzi che potrebbero essere verificati in altro modo.

³⁸ L'articolo 3 del Regolamento chiarisce la nozione di "produzione domestica del MERCOSUL o di uno dei suoi Stati parte", ovvero, l'insieme dei produttori di prodotti simili o direttamente concorrenti che operino nel MERCOSUL o in uno dei suoi Stati parte, o quelli la cui produzione congiunta di prodotti simili o direttamente concorrenti costituisca una proporzione importante della produzione totale di tali prodotti nel MERCOSUL o in uno dei suoi Stati parte.

³⁹ Nel caso in cui venga presentata la possibilità di minaccia di danno grave, l'articolo 7 del Regolamento dispone che verrà esaminato, oltre ai fattori menzionati, la prevedibilità che una situazione particolare sia suscettibile di trasformarsi effettivamente in danno grave. A questo scopo, potranno essere presi in debito conto fattori tali come la tasso di aumento delle esportazioni per il MERCOSUL o per uno dei suoi Stati parte e la capacità di esportazione del paese di origine o di esportazione, attuale o potenziale,

MERCOSUL, o di uno dei suoi Stati parti, di prodotti simili o direttamente concorrenti⁴¹. Le misure di salvaguardia saranno applicate⁴², secondo il terzo paragrafo dell'articolo due, al prodotto importato indipendentemente dalla sua provenienza, escluso il caso riferito dall'articolo 82 del regolamento stesso⁴³, per quel che riguarda i prodotti tessili.

g) Decisione n.° 18/96

Mediante questa Decisione del Consiglio del Mercato Comune è stato approvato il "Protocollo di tutela della concorrenza". Per eseguirlo, la Decisione si è servita soltanto di tre articoli, che contengono la base normativa che regge il Protocollo.

Il preambolo di tale Decisione si rifà alla imminente necessità di istituire degli strumenti specifici, adatti ad una reale e consistente tutela della libera concorrenza nell'ambito del sistema d'integrazione regionale del Mercato Comune del Sud:

"Considerando, que la libre circulación de bienes y servicios entre los Estados Partes requiere el establecimiento de condiciones adecuadas de competencia; que es importante contar con un instrumento común que preserve y promueva la libre competencia en el ámbito del Mercosur y así, contribuya al cumplimiento de los objetivos de libre comercio establecido

nel futuro prossimo, e la probabilità che questa capacità sia utilizzata per esportare al MERCOSUL o ad uno dei suoi Stati parte.

⁴⁰ Ai fini del Regolamento, le espressioni "danno grave" o "minaccia di danno grave" equivalgono a quelle utilizzate dall'articolo 4 dell'Accordo di Salvaguardia dell'OMC.

⁴¹ Il primo paragrafo dell'articolo 2 del regolamento dispone che, quando trattasi dell'adozione di misura di salvaguardia come enti unico, i requisiti per la determinazione dell'esistenza di danno grave o di minaccia di danno grave, d'accordo con il disposto nell'articolo quarto, dovranno basarsi sulle condizioni esistenti nel MERCOSUL considerato nel suo insieme. Il secondo paragrafo dello stesso articolo, a sua volta, dispone che nell'adozione della misura di salvaguardia a nome di uno Stato parte, i requisiti per la determinazione dell'esistenza di danno grave o di minaccia di danno grave, d'accordo con il disposto nell'articolo quarto, dovranno basarsi sulle condizioni esistenti in questo Stato parte e la misura dovrà limitarsi a quest'ultimo.

⁴² La determinazione dell'esistenza di danno grave o di minaccia di danno grave, secondo l'articolo 8, dovrà essere fondata su prove obiettive che vengano a dimostrare l'esistenza di nesso causale fra l'aumento delle importazioni del prodotto di cui si tratta e il danno grave o minaccia di danno grave. Se esistono altri fattori, diversi dall'aumento delle importazioni che, allo stesso tempo, stiano cagionando danno alla produzione domestica, questo danno non potrà essere attribuito all'aumento delle importazioni.

⁴³ "Articolo 82 - Nei casi di prodotti agricoli e prodotti tessili, saranno applicate, per quanto possibile, le disposizioni dell'Accordo su Agricoltura e dell'Accordo su Tessili e Abbigliamento, dell'OMC".

*en el Tratado de Asunción".*⁴⁴

L'articolo primo della Decisione si limita ad approvare il "*Protocolo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL*". Quest'ultimo viene allegato alla Decisione stessa, come parte integrante della medesima.

L'articolo 2, a sua volta, specifica il termine per la cessazione definitiva delle inchieste su *dumping* eseguite secondo le regole delle legislazioni nazionali, che siano svolte da uno Stato parte relativamente alle importazioni provenienti da altri Stati parti. Tali inchieste, in base alle legislazioni interne, potevano essere svolte fino il 31 dicembre 2000. Da rilevare, però, che in questo periodo gli Stati parti dovrebbero accordarsi per l'istituzione di una normativa comune a livello di MERCOSUL che, a sua volta, dovrebbe entrare in vigore nella suddetta data.⁴⁵

La necessità di un periodo transitorio, diretto all'analisi per l'istituzione di una normativa comune su questo tema, è sorta da un conflitto d'interessi fra le delegazioni brasiliana e argentina nel vertice tenutosi a Fortaleza il 17 dicembre 1996.

In quest'occasione, nella quale è stata emanata la Decisione che approva il Protocollo, la delegazione brasiliana avrebbe voluto configurare il *dumping* intra regionale – oggetto di questo paragrafo della Decisione – come un semplice atto della concorrenza sleale nel mercato unico.

In questo contesto, il giurista argentino Rodolfo Rua Boeiro⁴⁶ afferma che:

"(...) la posición brasileña (...) implicaba anular la posibilidad de que los Estados Partes aplicaran las respectivas legislaciones nacionales antidumping y antisubsidios al comercio de la región; lo que significaría, en los hechos, inibir la aptitud de aprobar acciones de competencia desleal

⁴⁴ "Considerando che la libera circolazione di beni e servizi fra gli Stati parti richiede che siano stabilite delle condizioni adeguate di concorrenza; che è importante contare su uno strumento comune che venga a preservare e a promuovere la libera concorrenza nell'ambito del MERCOSUL e così facendo, contribuisca al compimento degli obiettivi di libero commercio stabiliti nel Trattato di Asunción".

⁴⁵ "Articolo 2 - Le inchieste di *dumping* realizzate da un Stato parte relative alle importazioni originarie di altro Stato parte saranno effettuate d'accordo con le legislazioni nazionali fino il 31 dicembre 2000, termine entro il quale gli Stati parti analizzeranno le norme e le condizioni in cui il tema sarà regolato nel MERCOSUR".

⁴⁶ RUA BOEIRO, Rodolfo. La fortaleza argentina en Fortaleza. Periódico Económico Tributario, 30 dicembre 1996, p. 16.

originadas en prácticas de dumping (...)".⁴⁷

In tale periodo di transizione, con termine finale al 31 dicembre 2000, l'articolo 3 della Decisione prevedeva l'obbligo dello Stato parte accusante d'inviare al governo dello Stato Parte accusato di *dumping* un previo avviso dell'avvio dell'inchiesta disposta secondo l'articolo 2. In tale modo, lo Stato parte accusato avrebbe la possibilità di svolgere delle consultazioni circa gli atti dell'inchiesta, così come di offrire informazioni complementari che possano chiarire la vicenda.⁴⁸

8.2.2 Risoluzioni del Gruppo Mercato Comune (GMC)

a) Risoluzione n.º 63/93

Viene creata tramite questa Risoluzione la procedura di interscambio informativo per le inchieste di *dumping* originati da Stati Parti del MERCOSUL. La necessità dell'istituzione di una procedura di questo tipo ha le sue basi nel dispositivo dell'articolo primo del Trattato di Asunción. Questo prevede che:

"(...) a coordenação das políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes (...)".⁴⁹

Lo scambio d'informazioni fra gli Stati parti sulle inchieste svolte a livello di *dumping* intra-regionale è ritenuto dal legislatore come propedeutico per poter impostare proficuamente il coordinamento delle politiche macroeconomiche e settoriali, richiesto dal Trattato⁵⁰.

⁴⁷ "(...) la posizione brasiliana (...) implicava di annullare la possibilità che gli Stati parti venissero ad applicare le rispettive legislazioni nazionali *antidumping* e *antisussidi* al commercio della regione; cosa che verrebbe a significare, infatti, inibire l'attitudine di approvare azioni di concorrenza sleale originate nelle pratiche di *dumping* (...)".

⁴⁸ "Articolo 3 – L'inizio delle inchieste cui fa riferimento l'articolo 2º della presente Decisione sarà preceduto in tutti i casi da un avviso previo al governo del paese esportatore coinvolto del MERCOSUR, il quale potrà mantenere consultazioni e offrire informazioni complementari per chiarire il caso".

⁴⁹ "(...) il coordinamento delle politiche macroeconomiche e settoriali fra gli Stati parti (...)".

⁵⁰ Tale preoccupazione viene chiaramente espressa nel preambolo della Risoluzione, che sottolinea la necessità di un coordinamento di politiche macroeconomiche e settoriali fra gli Stati parti allo scopo di

La procedura di interscambio informativo per le inchieste di *dumping* originati da Stati Parti del MERCOSUL, approvata da questa risoluzione, viene posteriormente derogata dall'articolo primo della Direttiva n.° 05/95, emanata dalla Commissione di Commercio del MERCOSUL.



b) Risoluzione n.° 108/94

La Risoluzione n.° 108/94 è nata da una necessità già prevista nella Decisione n.° 13/93. In questa viene disposta, come requisito per il funzionamento dell'unione doganale, la creazione di un meccanismo di tutela contro pratiche sleali di commercio extrazona e un regolamento di salvaguardia davanti a Stati terzi.

In questo senso, la risoluzione ha conferito al Gruppo Mercato Comune il compito di presentare dei progetti di regolamento alla Commissione di Commercio del MERCOSUL. Tali progetti dovrebbero essere basati sul lavoro di ricerca previamente svolto a questo fine dal Sottogruppo di lavoro n.° 1, e sui risultati avuti nell'*Uruguay Round* del GATT.

c) Risoluzione n.° 129/94

All'origine di tale Risoluzione c'era la difficoltà degli Stati membri di trovare un accordo sullo Statuto di tutela della concorrenza nel MERCOSUL.

Dal momento che le negoziazioni per l'approvazione dello Statuto erano troppo lente, era necessario dare continuità agli strumenti giuridici provvisori, istituiti appositamente per tutelare la concorrenza fino all'entrata in vigore del nuovo documento.

A questo scopo, tramite questa Risoluzione, il Gruppo Mercato Comune ha prorogato la "Procedura d'interscambio informativo nei casi d'investigazione di *dumping* per importazioni provenienti dagli Stati Parti del MERCOSUL", già prevista dal testo della Risoluzione n.° 63/93.

assicurare delle condizioni adeguate di competenza e l'impegno di armonizzare le proprie legislazioni nelle aree pertinenti per riuscire a rinforzare il processo d'integrazione.

8.2.3 Direttive della Commissione di Commercio del MERCOSUL (CCM)

a) Direttiva n.° 05/95

Questa Direttiva viene a dare continuità alla previsione delle precedenti Risoluzioni n.° 63/93, n.° 49/94 e n.° 129/94, prevedendo una nuova versione della procedura di interscambio informativo per le investigazioni di *dumping* per importazioni provenienti da Stati appartenenti al MERCOSUL.

La procedura, approvata dalla Risoluzione n.° 63/93, prevedeva che fino all'approvazione del Protocollo di tutela della Concorrenza del MERCOSUL, le inchieste inoltrate con lo scopo di accertare l'esistenza, il grado e gli effetti di un supposto danno per importazioni provenienti da uno dei paesi parte, dovrebbero iniziare ed essere sviluppate dalle autorità competenti degli Stati parte, seguendo i procedimenti nazionali in materia. In tale senso, nel ricevere una richiesta di inchiesta, le autorità di ogni paese dovrebbero esaminare l'esattezza e la provenienza dei dati presentati per determinare se esistono evidenze sufficienti che vengano a giustificare l'inizio di un'inchiesta. In seguito a quest'accertamento e prima dell'inizio dell'inchiesta, le autorità dovrebbero notificare il Governo del paese esportatore coinvolto del MERCOSUL. La citata notifica aveva lo scopo di informare il Governo del paese esportatore circa le caratteristiche principali dei fatti sotto inchiesta, e, come obiettivo principale, quello di facilitare il mutuo riconoscimento e eventualmente chiarire i problemi presentati.

La notifica deve contenere una descrizione completa del prodotto eventualmente oggetto di *dumping*, l'identità degli esportatori e/o produttori, i prezzi di vendita del prodotto quando destinato al mercato interno del paese esportatore, i prezzi di esportazione, i volumi coinvolti nelle operazioni sospettate di *dumping* e i periodi durante i quali sono state realizzate tali esportazioni.⁵¹

Il paese importatore che richiede l'inchiesta potrebbe concedere alle autorità del paese esportatore l'opportunità di offrire informazioni complementari sulle operazioni coinvolte, così come la possibilità di riunirsi per confrontare l'informazione e la

documentazione disponibile. Il procedimento previsto nella procedura non impedirebbe in nessun caso e in nessuna circostanza che le autorità del paese importatore adottassero decisioni preliminari o applicassero misure provvisorie e altre, che a loro giudizio risultassero idonee a prevenire o riparare il danno cagionato dal *dumping*.

La principale modifica svolta nel testo di questa procedura riguarda il nuovo compito dato alla Commissione di Commercio del MERCOSUL, ossia, quello di ricevere le richieste di consultazioni e le notifiche. Tale compito viene previsto dall'ultimo paragrafo dell'allegato alla Direttiva:

*"Las consultas y notificaciones previstas en este procedimiento deberán ser canalizadas a través de la Comisión de Comercio MERCOSUR".*⁵²

È interessante sottolineare, in tale ambito, che lo *screening* delle richieste di consultazione e delle notificazioni di importazioni svolte dagli Stati Parti soggette a *dumping* o ad aiuti di Stato, effettuata dalla Commissione di Commercio fino a marzo 1996, ha presentato un lungo elenco, con 150 prodotti soggetti ad importazioni incompatibili con i dispositivi previsti dalle Decisioni n.º 03/92 e n.º 07/93. Da rilevare inoltre che più della metà delle importazioni incompatibili sono state svolte dal Brasile.

Tale analisi ha dimostrato, inoltre, che il Brasile capeggiava il lungo elenco di quesiti che si trovavano senza una risposta.

Rimpiazzato dalla Decisione n.º 05/95, questo sistema ha avuto un'ampia utilizzazione, sia da parte dei privati sia da parte degli organi statali degli Stati Parti.

b) Direttiva n.º 11/95

La motivazione che ha spinto la Commissione di Commercio ad emanare questa direttiva è sorta dalla necessità di adeguare i principi della Decisione n.º 07/93, che dispone sul Regolamento relativo alla tutela contro le importazioni soggette a *dumping* o aiuti di Stato provenienti da Stati terzi, ai nuovi accordi svolti nell'ambito

⁵¹ Queste informazioni potrebbero essere utilizzate soltanto ai fini previsti nel presente schema e non saranno divulgate senza consenso espresso, dato l'effetto, del paese importatore. A tale scopo, le informazioni di tali inchieste sono considerate di carattere riservato.

⁵² "Le consultazioni e notifiche previste in questo procedimento dovranno essere canalizzate attraverso la

dell'*Uruguay Round*, promosso dal GATT⁵³ durante il 1993.⁵⁴

La riforma del Regolamento in sé era già stata avviata da prima dell'emanazione della Direttiva, nell'ambito del Comitato tecnico n.º 6.⁵⁵

Nell'ambito del suddetto Comitato, è ricaduto sulla delegazione brasiliana il compito di elaborare la proposta, che è stata svolta con due progetti distinti: il primo prevedendo un regolamento riguardante le pratiche sleali di commercio – *dumping*, Aiuti di Stato, sussidi all'agricoltura – e il secondo prevedendo un regolamento relativo alle misure di salvaguardia.

Tuttavia il Comitato Tecnico n.º 6, che doveva presentare i progetti di regolamento comune entro il 30 giugno 1995, non riusciva a rispettare la scadenza. Tale ritardo è stato causato dalle divergenze fra le varie traduzioni ed interpretazioni dei documenti ufficiali del GATT e di altri documenti relativi alla tutela commerciale, come dei Regolamenti emanati del Consiglio dell'Unione Europea.

La Commissione di Commercio ha dovuto così emanare una Direttiva che

Commissione di Commercio MERCOSUL".

⁵³ Da rilevare, che i contenuti della Decisione n.º 07/93 sono stati fondati sulle trattative del GATT – e negli accordi riguardanti alla sua applicazione – anteriori all'*Uruguay Round*. Tale contesto è sorto da una scelta effettuata dai quattro Stati Parti, che non hanno voluto, in quell'occasione, applicare nell'ordinamento del MERCOSUL le disposizioni dell'*Uruguay Round*.

⁵⁴ Tale preoccupazione è presente nei tre primi paragrafi del preambolo della Direttiva: "Considerando che il Consiglio del Mercato Comune ha approvato mediante la Decisione n.º 7/93 Regolamento relativo alla difesa contro le importazioni oggetto di *dumping* o di sussidi provenienti di paesi non membri del Mercato Comune del Sud (MERCOSUL); che questo Regolamento è stato elaborato a partire dall'Accordo Generale sulle Tariffe doganali e Commercio (GATT) e degli accordi relativi alla sua applicazione, in seguito alla decisione dei quattro paesi quanto alla convenienza di disporre di un documento integrale e ampio sulla materia, adeguato alle caratteristiche del MERCOSUL, durante l'Unione doganale e che permetta tanto a operatori economici della regione e dall'estero come alle autorità governative e agli organismi internazionali comprendere pienamente questo strumento di politica commerciale comune; che il Gruppo Mercato Comune ha determinato al Sottogruppo di lavoro n.º 1 che questo Regolamento fosse concorde con gli accordi dell'*Uruguay Round* del GATT (...)".

⁵⁵ I paragrafi 4, 5 e 6 del preambolo permettono di avere una idea globale dello sviluppo dei lavori: "(...) posteriormente, fu creato presso la Commissione di Commercio del MERCOSUL il Comitato tecnico n.º 6 (CT-6), sulle Pratiche Sleali e Salvaguardia – con la funzione di dare seguito ai lavori sviluppati anteriormente nell'ambito del Sottogruppo di lavoro n.º 1, mirando all'elaborazione di progetti di Regolamento Comune sulla Difesa Commerciale; che, d'accordo con la metodologia adottata nell'ambito del Comitato tecnico n.º 6, i lavori si sviluppano in base a due progetti elaborati dalla delegazione del Brasile: uno relativo a pratiche sleali di commercio (*dumping*, sussidi e sussidi agricoli) e altro relativo a misure di salvaguardia; che, nell'ambito del Comitato tecnico n.º 6, cerchi di preservare aspetti contenuti nel Regolamento approvato dalla Decisione n.º 7/93 che sono compatibili con gli accordi dell'*Uruguay Round*, così come di incorporare nuove disposizioni risultanti dall'*Uruguay Round* non previste dal Regolamento del MERCOSUL (...)".

stabilisse un nuovo termine di scadenza – il 30 novembre 1995⁵⁶ –, rendendo possibile al Comitato tecnico n.° 6 di presentare i suddetti progetti di Regolamento.⁵⁷

Questi atti giuridici emanati dagli organi del MERCOSUL hanno avuto lo scopo di dare un minimo di tutela provvisoria alla libera concorrenza all'interno del sistema d'integrazione regionale durante un periodo di vuoto normativo in materia.

Con l'emanazione della Decisione n.° 18/96, nel dicembre 1996, tutti gli sforzi sono stati diretti alla ratifica del protocollo a questa allegato da parte dei parlamenti degli Stati parti e la successiva promulgazione delle leggi – o decreti – destinati a inserire quelle norme definitivamente negli ordinamenti dei paesi membri.

⁵⁶ "Articolo 1 – È prorogato fino il 30 novembre 1995 il termine di scadenza per il compimento del mandato iniziale attribuito al Comitato tecnico n.° 6 per presentare alla Commissione di Commercio del MERCOSUL i progetti di Regolamento Comune sulla Difesa Commerciale".

⁵⁷ L'articolo 2 della Direttiva stabiliva il seguente programma di attività per il compimento del mandato attribuito al Comitato tecnico n.° 6: Agosto: Finalizzazione del Regolamento Comune su Misure *Antidumping* e continuazione dei lavori di elaborazione dei Regolamenti su Misure di Salvaguardia e su Sussidi e Misure Compensatrici. Settembre: Finalizzazione del Regolamento Comune su Misure di Salvaguardia e continuazione dei lavori di elaborazione del Regolamento su Sussidi e Misure Compensatrici. Ottobre: Continuazione dei lavori di elaborazione del Regolamento su Sussidi e Misure Compensatrici. Novembre: Finalizzazione dei lavori di elaborazione del Regolamento su Sussidi e Misure Compensatrici.

CAPITOLO NONO

Il Protocollo di Tutela della Concorrenza nel MERCOSUL. Diritto Sostanziale.



Con questo capitolo inizia l'analisi vera e propria del Protocollo di tutela della concorrenza del MERCOSUL.

L'obiettivo di questa analisi è quello, in prima battuta, di illustrare la struttura del Protocollo dal punto di vista dogmatico, per poi procedere ad una comparazione delle norme in esso contenute – la cui maggioranza ancora non è stata attuata – con le esperienze *antitrust* dei sistemi normativi interni degli Stati parti di tale accordo, e con quelle degli Stati Uniti d'America e della Comunità Europea. In quest'ambito, si cercherà di formulare degli assetti interpretativi per una normativa che non ha ancora avuto la possibilità di avere una propria esperienza amministrativa o giurisprudenziale.

9.1. Ambito di Applicazione del Protocollo

a) Ambito Temporale

Il Protocollo di Tutela della Concorrenza nel MERCOSUL⁵⁸ è stato sottoscritto

⁵⁸ La XI Riunione del Consiglio Mercato Comune, che ha avuto luogo a Fortaleza, non è servita soltanto per la firma del Protocollo di Tutela della Concorrenza. Come si può constatare nel Comunicato fatto dai Presidenti dei Paesi del *Mercado Comum do Sul* (MERCOSUL) in occasione di questo incontro, la firma del Protocollo rientrava in un quadro di attività più ampio e di significativa importanza nel campo politico ed economico. In particolare, possono essere evidenziati i seguenti elementi: a) il coinvolgimento dei Presidenti del Cile e della Bolivia, presenti in qualità di invitati speciali, nelle attività del blocco comune; b) l'affermazione che il consolidamento del MERCOSUL, all'interno di un modello di regionalismo aperto, ha contribuito alla maggior stabilità economica e al benessere sociale nei quattro Stati Parti, e, al medesimo tempo, che l'ispirazione ai valori democratici e allo Stato di Diritto costituisce una delle pietre angolari del processo di integrazione; c) la conclusione del Regolamento Comune sulle Misure di Salvaguardia, che permette l'applicazione di misure di salvaguardia per il MERCOSUL, come ente unico o a nome di uno Stato Parte, in conformità con le regole dell'OMC; d) l'approvazione dei cinque capitoli del Regolamento Comune sulla Tutela del Consumatore, riguardante i diritti fondamentali di tutela della salute, sicurezza del consumatore, pubblicità e garanzia contrattuale; e) la soddisfazione dei Presidenti per la firma del Protocollo sulla

nella città di Fortaleza, in Brasile, il giorno 17 dicembre 1996. Secondo l'articolo 33 dello stesso documento, l'entrata in vigore della normativa doveva avvenire dopo la ratifica di almeno due degli Stati parti dell'accordo d'integrazione regionale, e veniva stabilito inoltre che l'entrata in vigore poteva avvenire solo dopo trenta giorni dal deposito degli strumenti di ratifica presso il Governo della Repubblica del Paraguay, al quale era stata affidata dall'articolo 37 del Protocollo la relativa custodia.⁵⁹

Fino al settembre 2002 soltanto il Brasile e il Paraguay avevano ratificato il Protocollo di Fortaleza. Il Brasile, in particolare, ha depositato lo strumento di ratifica subito dopo l'emanazione del Decreto n.º 3.602, del 18 settembre 2000, con il quale il Presidente della Repubblica ha promulgato il testo del Protocollo.⁶⁰

Giurisdizione Internazionale in Materia di Relazioni di Consumo; f) il vivo saluto per l'approvazione del Protocollo d'Integrazione Culturale elaborato nell'ambito della Riunione dei Ministri della Cultura del MERCOSUL; g) la soddisfazione dei Presidenti per l'importante lavoro svolto dai Ministri della Pubblica Istruzione del MERCOSUL per quel che riguarda l'approvazione del "Protocollo di Integrazione Scolastica per Proseguimento di Studi di Post-Laurea nelle Università dei Paesi Membri del MERCOSUL" e del "Protocollo di Integrazione Scolastica per la Formazione di Risorse Umane a Livello di Post-Laurea fra i Paesi Membri del MERCOSUL"; h) l'importanza dei risultati raggiunti nell'ambito della Riunione dei Ministri dell'Agricoltura del MERCOSUL in materia di armonizzazione sanitaria e fitosanitaria, e la decisione di adottare, come punto di riferimento nel MERCOSUL, l'accordo sull'applicazione di Misure Sanitarie e Fitosanitarie dell'OMC; i) il riconoscimento che la creazione della Riunione dei Ministri dell'Interno e della Riunione Specializzata di Comunicazione Sociale arricchisce istituzionalmente il MERCOSUL, contribuendo anche per il progresso del processo d'integrazione; j) la soddisfazione per la firma dell'Accordo di Sede fra il MERCOSUL e il Governo della Repubblica Orientale dell'Uruguay, che dovrebbe facilitare il funzionamento della Segreteria Amministrativa del MERCOSUL; l) la riaffermazione dell'importanza attribuita all'attuazione della *Comissão Parlamentar Conjunta*, organo rappresentativo dei Parlamentari Nazionali nel processo d'integrazione; m) l'attestazione delle attività svolte dal Foro Consultivo Economico-Sociale; n) l'interesse per le proposte di partecipazione delle organizzazioni dei lavoratori nell'ambito del MERCOSUL, d'accordo con le Dichiarazioni di Assunción e Brasília; p) la soddisfazione per l'entrata in vigore in 10 ottobre 1996 dell'Accordo di Libero Scambio fra il MERCOSUL e il Cile, per la conclusione dell'Accordo di Complemento Economico fra MERCOSUL e Bolivia, così come per i negoziati in vista ad un accordo di libero scambio con la Comunità Andina; q) l'attestazione dell'esito positivo raggiunto nelle riunioni del 1996 fra MERCOSUL e Messico, aventi lo scopo di procedere alla rinegoziazione, nel formato 4+1, degli accordi bilaterali in vigore; r) l'interesse nel dare continuità ai negoziati con gli altri Stati latinoamericani. Il testo completo della Dichiarazione è disponibile in MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). Comunicado conjunto dos Presidentes dos países do MERCOSUL. Fortaleza, 17 de dezembro de 1996. Documento disponibile su internet il 6 dicembre 2001, site <http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSR/ComPresp.asp>.

⁵⁹ L'articolo 42 del Protocollo di Ouro Preto prevede che tutte le norme emanate dagli organi del MERCOSUL devono essere incorporate negli ordinamenti giuridici nazionali tramite le procedure stabilite dalle legislazioni di ogni Stato; ciò significa che nessun tipo di atto giuridico previsto dall'ordinamento del MERCOSUL dispone di applicabilità diretta.

⁶⁰ L'introduzione del Protocollo di Tutela della Concorrenza del MERCOSUL nel sistema giuridico brasiliano ha seguito il normale *iter* previsto per l'entrata in vigore dei trattati e delle convenzioni internazionali firmati dai membri dell'esecutivo brasiliano. È di particolare interesse, in quest'ambito, l'entusiasmo dimostrato nel voto dal relatore del processo di approvazione del documento nella Commissione Estera del Congresso Nazionale brasiliano, Senatore Artur da Távola: "*A definição e consolidação de um conjunto de normas destinadas a salvaguardar a prática da livre concorrência*

Nel caso in cui altri Stati parti aderiscano posteriormente al Protocollo, l'entrata in vigore nei loro rispettivi ordinamenti giuridici si realizzerà entro degli stessi termini, ovvero, decorsi trenta giorni dalla consegna dei loro strumenti di ratifica.

Sotto tale profilo, è importante sottolineare che l'articolo 34 del Protocollo prevede che le norme dello stesso non potranno avere efficacia retroattiva.

b) Ambito Materiale

L'ambito materiale di applicazione del Protocollo di Tutela della Concorrenza del MERCOSUL viene previsto nei due primi articoli dello stesso: l'articolo 1 dispone che l'oggetto del Protocollo è la "*Defesa da concorrência no âmbito do MERCOSUL*", oggetto che il legislatore non ha definito, astenendosi dal dare delle nozioni di libera concorrenza e di tutela della concorrenza.

Come è stato possibile verificare nel primo capitolo di questa tesi, il concetto di libera concorrenza nell'economia classica – ideato da Adam Smith, ai tempi della "Ricchezza delle Nazioni" – era intimamente legato sia alla rivalità tra operatori, sia alla libertà da vincoli, come per il caso dei privilegi in esclusiva, così diffusi ai tempi del mercantilismo⁶¹. La scienza economica odierna, però, ha dato una connotazione diversa alla libera concorrenza, intesa, fra l'altro, come il diritto di ogni operatore economico di entrare sul mercato, di parteciparvi e di ritirarsi dallo stesso, con libertà, a parità di

mercantil no espaço econômico integrado visa a assegurar o crescimento equilibrado e harmônico das relações comerciais intra-zonais e o aumento da competitividade das empresas sediadas no MERCOSUL. Assim sendo, a adoção de um regime comum de defesa da concorrência pelos Estados Partes do MERCOSUL constitui importante avanço no que tange ao aperfeiçoamento e aprofundamento do processo de integração. O Protocolo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL reflete os novos avanços do moderno Direito Comercial, ao estipular mecanismos ágeis de intervenção, por parte do poder público, no funcionamento do mercado, dessa forma garantindo a livre concorrência e coibindo possíveis abusos por parte de alguns operadores econômicos. É de se destacar, no ato internacional em tela, a criação de sistemas de cooperação entre os órgãos nacionais responsáveis pela concorrência em cada Estado Parte, bem como de procedimentos necessários para a apuração de denúncias, o que deverá contribuir para o crescimento harmônico das relações comerciais entre os Estados Partes do MERCOSUL e para o aumento da competitividade das empresas que nele operam. A aprovação de tão importante instrumento pelo Congresso Nacional, em um momento em que o MERCOSUL vem de sofrer um profundo impacto resultante da desvalorização cambial brasileira, muito contribui para sinalizar aos nossos parceiros a firme vontade política do Brasil em favor do aprofundamento e da consolidação da integração regional. Por todo o exposto, voto favoravelmente à aprovação do Projeto de Decreto Legislativo nº 43, de 1999, que "aprova o texto do Protocolo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, assinado em Fortaleza, no dia 17 de dezembro de 1996, bem como o respectivo Anexo, assinado em Assunção, em 18 de junho de 1997". Documento disponibile su internet nel sito www.senado.gov.br il 6 dicembre 2001.

condizioni e nel rispetto dell'esercizio delle stesse facoltà da parte degli altri operatori.

In questo senso, nonostante il Protocollo del MERCOSUL non stabilisca precisamente cosa si debba intendere per libera concorrenza, si ritiene a ragione che esso faccia propria la nozione testé esplicitata. ▽

Secondo il pensiero di alcuni autori sud americani, la tutela della libera concorrenza nel mercato comune, conformemente all'esperienza vissuta nell'ambito della Comunità Europea, assume una *ratio* duplice: come osserva a tale riguardo Enzo Moavero Milanesi, da un lato, essa si ricollega ad una precisa scelta politica ed economica a favore di un regime di libero mercato, nel quale la concorrenza sia fattore di stimolo che induca le imprese ad affinare continuamente la loro efficienza per assicurarsi i favori dei consumatori, che ne traggono così a loro volta un beneficio. D'altro lato, la difesa della concorrenza si pone al servizio dello scopo fondamentale della Comunità di unificare i vari mercati negli Stati membri, poiché mira a scongiurare che, sopresse le barriere tariffarie e non tariffarie alle frontiere, ne sorgano altre di tipologia differente in virtù dell'azione delle pubbliche autorità nazionali o delle imprese.⁶²

L'articolo secondo del documento individua i soggetti destinatari della disciplina del Protocollo. In primo luogo, tale norma stabilisce che sono passibili di sanzione tutte le persone fisiche e giuridiche, siano esse private o pubbliche.⁶³

Il paragrafo unico dell'articolo 2 sottopone, inoltre, gli enti che agiscono in regime di monopolio statale al diritto *antitrust* del MERCOSUL con una eccezione tuttavia, evidenziata da Mariana Herz e Alejandro Perotti⁶⁴:

"(...) dejando a salvo el supuesto de la no aplicación del Protocolo en el caso de que sus normas impidan el desempeño regular de atribuciones

⁶¹ VAN DEN BERGH, Roger. *Analisi Economica del Diritto della Concorrenza. Opus cit.*, p. 5.

⁶² MOAVERO MILANESI, Enzo. *Le Regole di Concorrenza dell'Unione Europea*. In: GIARDINA, Andrea et TOSATO, Gian Luigi. *Diritto del Commercio Internazionale. Opus cit.*, 1996, p. 643.

⁶³ La questione che vede coinvolte le imprese pubbliche e le politiche di tutela della concorrenza nel diritto comunitario è sempre stata fonte di innumerevoli dibattiti. Sulle ultime discussioni intorno a questa problematica vedi: SPITZER, Jean-Pierre. *Entreprise Publique et Droit Communautaire: Assimilation et Spécificité*. In: RAFFAELLI, Enrico A. (edited by). *Antitrust between EC Law and National Law*. Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 401 ss.

⁶⁴ HERZ, Mariana e PEROTTI, Alejandro. *Influencia del Derecho de la Integración en el Derecho Privado. Derecho de Defensa de la Competencia*. *Revista del MERCOSUR*. Santa Fé, n.º 3 (1998), p. 49.

legales".⁶⁵

Tale eccezione trova senza dubbio ispirazione e diretto riferimento nel Trattato di Roma, che vanta una previsione quasi identica a quella della normativa del MERCOSUL. Tale norma è contemplata nei paragrafi 2 e 3 dell'articolo 86⁶⁶, che dispongono sull'applicabilità delle norme di tutela della concorrenza nel Mercato Comune europeo in caso di impresa incaricata della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale. In questo contesto, l'esclusione della sanzionabilità può sorgere nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica funzione loro affidata. Gli Stati membri della Comunità hanno voluto ulteriormente sottolineare l'importanza strategica di tale dispositivo per l'integrazione europea, aggiungendo alla fine che lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità.

È di grande interesse per il diritto del MERCOSUL il modo con il quale è stata elaborata la nozione di impresa utilizzata dal diritto comunitario. La struttura del sistema comunitario ha permesso infatti al legislatore europeo di elaborare le fonti originarie del diritto lasciando aperte delle lacune, quale, per quello che più ci interessa, quella concernente la nozione di "impresa". In questo modo, solo successivamente le norme secondarie e, principalmente, la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee hanno riempito queste lacune, consolidando tutta la sfera giuridica comunitaria, con l'effetto che concetti come quello di "impresa" sono stati elaborati nel tempo d'accordo con le necessità emerse nell'ambito del sistema.

Questo fenomeno è importante per il MERCOSUL, visto che esso utilizza una nozione di "impresa" molto prossima a quella elaborata dalla giurisprudenza della Corte

⁶⁵ "(...) salvaguardando il presupposto della non applicazione del Protocollo nel caso in cui le sue norme vengano ad impedire lo svolgimento regolare di attribuzioni legali".

⁶⁶ "Articolo 86 - 1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 inclusi. 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità 3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni".

di Giustizia⁶⁷. La nozione elaborata dalla giurisprudenza comunitaria, secondo quanto afferma Giuseppe Tesauro, comprende qualsiasi entità – persona giuridica o fisica – che svolga un'attività economicamente rilevante, industriale o commerciale o di prestazione di servizi, ivi compreso lo sfruttamento delle opere di ingegno.⁶⁸

È ancora di particolare interesse in questo contesto quanto affermato da Ivo Van Bael e Jean-François Bellis sull'elaborazione della giurisprudenza comunitaria:

“Il termine impresa non è illustrato in alcun punto del Trattato. La Corte di giustizia ha dichiarato che la nozione di ‘impresa’ include ogni entità che eserciti un'attività economica a prescindere dal suo statuto giuridico e dalle sue modalità di finanziamento.”⁶⁹

Gli Autori testé citati sottolineano inoltre l'importanza dell'apporto della Commissione Europea, attraverso i propri atti⁷⁰, alla chiarificazione della nozione di “impresa”, che viene ad arricchirsi di maggiori elementi concreti utili alla determinazione giuridica di tale soggetto:

“Secondo la Commissione il termine ‘impresa’ deve essere inteso in senso ampio, come qualsiasi attività organizzata, volta alla produzione, alla distribuzione e alla prestazione di servizi, che vada dalla piccola azienda, gestita da un imprenditore unico, alle grandi società industriali. Una lettura di alcune decisioni dimostra che ogni persona fisica o giuridica che partecipi

⁶⁷ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser c. Macroton*. La concezione di impresa nel diritto comunitario viene sviluppata anche nelle seguenti sentenze: Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 31 ottobre 1974, causa 15/74, *Centrafarm B.V. e Adriaan de Peijper v. Sterling Drug Inc*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 12 luglio 1984, causa 170/83, *Hydrotherm v. Andreoli*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistre*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 19 gennaio 1994, causa C-364/92, *Sat Fluggesellschaft MbH v. Eurocontrol*; e, Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 16 novembre 1992, causa T-24/90, *Automec Srl c. Commissione*.

⁶⁸ TESAURO, Giuseppe. *Opus cit.*, p. 403.

⁶⁹ VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 24.

⁷⁰ Sono di particolare importanza in questo contesto le decisioni emanate dalla Commissione sui casi *AOIP/Beyard* (del 2 dicembre 1975, 76/29/EEC), *Reuter/BASF* (del 26 luglio 1976, 76/743/EEC), *RAI/Unitel* (del 26 maggio 1978, 78/516/EEC), *Vaessen/Morris* (del 10 gennaio 1979, 79/86/EEC), *Toltecs/Dorcet* (del 15 dicembre 1982, 82/897/EEC), *Nutricia-Remia e Nutricia-Zuid Hollandse Conserverfabrick* (del 12 dicembre 1983, 83/670/ECC).

alla vita economica può essere virtualmente considerata una impresa".⁷¹

E' chiaro che il processo di elaborazione di tale concetto si è fondato su di un'ampia visione delle più varie attività che un individuo – o un insieme di individui – possano svolgere nel mercato.

Come si è potuto osservare, il risultato dell'analisi del contributo dei protagonisti dell'*antitrust* del diritto comunitario e del diritto del MERCOSUL indica una forte influenza del primo sistema sul secondo. L'unica e nitida differenza fra i due ordinamenti in questo tema, è la prerogativa del legislatore comunitario di lasciare delle lacune nel testo del Trattato di Roma, non definendo, tra gli altri, il concetto di "impresa". Ciò è avvenuto proprio in ragione di una delle caratteristiche più forti del sistema comunitario, ovvero, per il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee come elemento di sviluppo del diritto comunitario. Un ruolo molto simile a quello svolto dalle Corti inglesi nel *Common Law*, che nelle parole di René David, viene definito come:

*"(...) essentiellement l'œuvre de hauts personnages qui, investis de la mission de surveiller l'administration de la justice, sont également investis de la mission de diriger le développement du droit".*⁷²

Tuttavia, tale prerogativa è impensabile nel sistema del MERCOSUL, data la mancanza di un organo sovranazionale che presenti delle caratteristiche simili alla Corte comunitaria.⁷³

Ne discende la necessità che il legislatore del MERCOSUL sia giuridicamente esaustivo in tutti i testi normativi che va ad emettere; ciò è avvenuto in modo soddisfacente nella definizione di soggetto del diritto *antitrust*, mentre nel prosieguo verificheremo se la stessa cosa è accaduta con riguardo alle pratiche restrittive della concorrenza.

c) Ambito Spaziale

⁷¹ Idem, p. 24.

⁷² DAVID, René et BLANC-JOUVAN, Xavier. *Le Droit Anglais*. Paris: PUF, 1998, p. 12.

L'ambito spaziale delle norme di tutela della concorrenza del MERCOSUL è disciplinato dall'art. 2 del Protocollo:

▼

*"As regras deste Protocolo se aplicam aos atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, ou outras entidades, que tenham por objeto produzir ou que produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do MERCOSUL e que afetem o comércio entre os Estados Partes".*⁷⁴

Le origini di tale disposizione risalgono al Programma di Base proposto dalla decisione del GMC n.º 21/94, che prevedeva come sanzionabili gli accordi e le pratiche concertate che venissero a falsare la concorrenza nell'ambito del commercio fra gli Stati Parti. Tale previsione ha un ruolo fondamentale per tutto il sistema *antitrust* del MERCOSUL, in quanto contribuisce al progresso d'integrazione regionale. In questa prospettiva, era impossibile non far riferimento ai principi del sistema di tutela della concorrenza presenti nell'ordinamento giuridico della Comunità Europea. Esplicita infatti è l'ispirazione al paragrafo 1 dell'articolo 81 del Trattato di Roma, che vieta tutti gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate che, limitando la concorrenza nel mercato interno, vengano a pregiudicare il commercio fra gli Stati Membri della Comunità. Tale pregiudizio, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, si verifica quando alcuna delle condotte previste dall'articolo 81:

"(...) eserciti un'influenza diretta o indiretta, attuale o potenziale, sulle correnti degli scambi fra Stati membri".

Ivo Van Bael e Jean-François Bellis⁷⁵ indicano la sentenza *Grundig*⁷⁶, emanata dalla Corte di Giustizia nel 1966, come quella che ha sancito il concetto di effetto delle

⁷³ Inserire riunione dei capi di Stato a Montevideo il 22 dicembre 2001.

⁷⁴ "Le regole di questo Protocollo si applicano agli atti compiuti da persone fisiche o giuridiche di diritto pubblico o privato, o da altri enti, che abbiano per oggetto la produzione o che producano effetti sulla concorrenza nell'ambito del MERCOSUL e che vengano a viziare il commercio fra gli Stati Parti".

⁷⁵ VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 77.

⁷⁶ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 13 luglio 1966, cause riunite 56, 57 e 58/64.

condotte restrittive sul commercio intracomunitario come il più idoneo a individuare la linea di demarcazione fra il diritto comunitario e il diritto interno degli Stati membri.

In questo senso, la Corte di Giustizia si è pronunciata nella suddetta sentenza dichiarando che:

“(...) proprio nella misura infatti in cui l'accordo può pregiudicare il commercio fra Stati membri, l'alterazione della concorrenza provocata dall'accordo stesso ricade sotto i divieti dell'articolo 85, mentre in caso contrario vi è sottratta. A questo proposito, è soprattutto importante stabilire se l'accordo possa incidere, in modo diretto o indiretto, in potenza o atto, sulla libertà del commercio fra Stati membri, in un senso che possa nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico fra gli Stati”.

È significativo in quest'ambito, però, che tale giurisprudenza abbia creato un meccanismo differenziato di valutazione dell'effetto di queste pratiche restrittive. Nella sentenza *Völk v. Verkaecke* emanata nel 1969, la Corte ha potuto introdurre nel sistema comunitario la c.d. regola *de minimis*⁷⁷, che consiste in un'esautiva valutazione dell'effetto dell'accordo sulla concorrenza e sul commercio tra Stati membri, facendo sì che l'accordo non ricada nel divieto dell'articolo 81 qualora, tenuto conto delle piccole dimensioni dei partecipanti nel mercato dei prodotti di cui trattasi, si accerti che questo non venga a pregiudicare il mercato in misura rilevante.

Ancora di particolare interesse per quel che concerne l'ambito spaziale di applicazione del Protocollo è il richiamo fatto dall'articolo 3 alla competenza esclusiva degli Stati parti a disciplinare e sanzionare gli atti con effetti restrittivi alla libera concorrenza nei rispettivi territori :

“É de competência exclusiva de cada Estado-parte a regulação dos atos praticados nos respectivo território por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado ou outra entidade nele domiciliada e cujos efeitos sobre

⁷⁷ La Commissione ha dimostrato, in varie comunicazioni, di legare il concetto della regola del *de minimis* alla quota di mercato e al fatturato. L'ultima versione di queste comunicazioni richiede che i prodotti o servizi oggetto dell'accordo non rappresentino più del 5% del mercato dell'insieme di tali prodotti o servizi, o ad un fatturato totale realizzato dalle imprese partecipanti che non superi i 300

a concorrência a ele se retribuiam".⁷⁸

Il fatto che in una norma del MERCOSUL vi sia un esplicito riferimento a tale competenza, come osservato da Renato Flôres⁷⁹, ha aperto nel nascente ordinamento giuridico del blocco regionale sudamericano la significativa possibilità di introduzione del principio di sussidiarietà⁸⁰, già consacrato nel sistema comunitario europeo.⁸¹

9.2 Condotte e Pratiche Restrittive

Chiaramente ispirato alle disposizioni del Trattato di Roma⁸² e al testo della

milioni di ECU nel corso dell'esercizio. VAN BAEL e BELLIS, *opus cit.*, p. 56.

⁷⁸ "È di competenza esclusiva di ogni Stato-parte la regolazione degli atti compiuti nei rispettivi territori da persona fisica o giuridica di diritto pubblico o privato o altra entità in questo residente e i cui effetti sulla concorrenza a questo si restringono".

⁷⁹ FLÔRES Jr., Renato G. *Concorrência no MERCOSUL: para além do Protocolo de Fortaleza*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas. Documento disponibile su internet, il 6 dicembre 2001, nel sito: <http://www.fgv.br/epge/home/PisDownload/408.pdf>.

⁸⁰ Una nozione ampia del principio di sussidiarietà e del suo uso nel sistema comunitario europeo viene fornita da Tito Ballarino: "(...) un principio della teologia morale cattolica ripreso dall'Enciclica *Quadragesimo anno* di Pio X, secondo il quale i poteri appartenenti ad un determinato livello devono occuparsi soltanto delle materie che non potrebbero essere trattate in maniera soddisfacente al livello inferiore. Nel quadro della costruzione comunitaria significa che le decisioni devono essere adottate il più vicino possibile ai cittadini, in altre parole al livello più basso possibile (autorità locali o regionali): soltanto per validi motivi esse possono essere prese a livelli più alti (Comunità, Governo centrale)". In: BALLARINO, Tito. *opus cit.*, p. 23. Sull'argomento vedi, inoltre: KAKU, William S. *O Princípio da Subsidiariedade, Cidadania e Globalização: apontamentos para uma Humanização da Política*. In: DAL RI JÚNIOR, Arno et PAVIANI, Jayme (Organizadores). *Humanismo Latino no Brasil de Hoje*. Belo Horizonte: Editora PUC/Minas, 2001, p. 483; MAGAGNOTTI, P. *Principi di Sussidiarietà nella Dottrina della Chiesa dalle Nazioni alle Regioni*. Bologna: Edizioni San Domenico, 1995.

⁸¹ L'ordinamento comunitario sancisce il principio di sussidiarietà nell'articolo 5 (ex 3B) del Trattato di Roma: "La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente trattato. Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario. L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato". Alcuni importanti contributi in materia possono rinvenirsi in: DE PASQUALE, Patrizia. *Il Principio di Sussidiarietà nella Comunità Europea*. Napoli: Scientifica, 2000; *La Distribuzione dei Poteri nell'Unione Europea. Il Principio di Sussidiarietà nel processo di integrazione Europea*. Bologna: Il Mulino, 1995.

⁸² Norma Pascas e Guillermina Tajan chiariscono l'ispirazione del sistema di tutela della concorrenza istituito dal Trattato di Roma: "*En el capítulo II se enumeran las prácticas y conductas restrictivas a la competencia, siguiendo los lineamientos de la Unión Europea, entendiéndose que constituyen infracción a las normas del protocolo, los actos individuales o concertados que tengan por objeto limitar, restringir, falsear, o distorsionar la competencia al acceso al mercado o que constituyan abuso de posición dominante en un mercado relevante de bienes y servicios en el ámbito del MERCOSUR*". In: PASCAR, Norma et TAJAN, Guillermina. *Impacto de las Políticas sobre Defensa de la*

Legge brasiliana n.º 8.884/94, il capitolo II del Protocollo di tutela della concorrenza nel MERCOSUL è dedicato alla caratterizzazione delle figure antigiuridiche che vengono combattute dall'*antitrust* del cono sud⁸³. Il documento inizia precisando la nozione di pratica restrittiva della concorrenza: l'art. 4 del documento prevede:

*"Constituem infração às normas do presente Protocolo, independente de culpa, os atos individuais ou em acordo, de qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou efeito limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado relevante dos bens ou serviços no âmbito do MERCOSUL e que afetem o comércio entre os Estados Partes".*⁸⁴

Le maggiori correnti dottrinali in materia *antitrust* hanno adottato una classificazione, divenuta poi internazionale nella valutazione delle condotte con effetti restrittivi sulla libera concorrenza. Tale classificazione è stata ampiamente assorbita nell'ambito della tutela della concorrenza del MERCOSUL tramite le teorie dottrinali elaborate all'interno dei sistemi giuridici degli Stati parti. Nel commentare la legislazione argentina, Guillermina Tajan⁸⁵ fornisce un panorama molto chiaro di questa

Competencia en los Mercados Integrados. *Boletim Latino Americano de Concorrência*, n.º 8 (1999), p. 26.

⁸³ È importante sottolineare in questo quadro che il Protocollo di Tutela della Concorrenza del MERCOSUL non prevede nessun tipo di proibizione agli aiuti statali. L'unica allusione a questa pratica viene fatta dall'articolo 32 del Protocollo, che dispone che gli Stati parti si impegneranno, nel termine di due anni a decorrere dall'entrata in vigore del Protocollo, a elaborare delle norme e meccanismi comuni che disciplinino gli aiuti di Stato con effetti restrittivi della libera concorrenza suscettibili di viziare il commercio fra gli Stati membri. Ancora secondo l'art. 32, tali norme e meccanismi comuni, da elaborarsi in base ai progressi in materia e alle norme pertinenti dell'OMC, dovranno essere incorporati nel Protocollo. I più autorevoli studiosi affermano che tale atteggiamento è frutto soprattutto dell'influenza dei delegati brasiliani nella commissione incaricata di redigere il protocollo. Costoro, consapevoli degli innumerevoli aiuti di Stato dati dal governo brasiliano alle loro imprese esportatrici, hanno fatto sì che il documento non presentasse norme in materia. La deficienza del documento e la posizione dell'Argentina in materia sono state così commentate da Norma Pascas e Guillermina Tajan: *"El Protocolo no ha satisfecho del todo las expectativas jurídicas y políticas de las partes en cuestión, especialmente por no haberse introducido una cláusula que prohíba las "ayudas de los estados", tema puntual que fue reclamado por la Argentina y que estaba dirigido especialmente hacia Brasil. Este espinoso asunto aun está en tratativas para su futura inclusión ya que Argentina aspira a introducirlo en dos años como plazo máximo, lo cual sería muy beneficioso para la confianza en la región"*. In: PASCAS, Norma et TAJAN, Guillermina. *Opus cit.*, p. 26.

⁸⁴ "Costituiscono infrazione alle norme del presente Protocollo, indipendentemente da colpa, gli atti individuali o in accordo, di qualsiasi modo manifestati, che abbiano per oggetto o effetto limitare, restringere, falsare o distorcere la concorrenza o l'accesso al mercato rilevante dei beni o servizi nell'ambito del MERCOSUL, e che vengano a viziare il commercio fra gli Stati Parti".

⁸⁵ TAJAN, Guillermina. *Comentarios acerca de la Efectiva Aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia Argentina. Boletim Latino Americano de Concorrência*, n.º 13 (2001), p. 16.

classificazione:

*"De las distintas clasificaciones de las practicas anticompetitivas que se han realizado en doctrina podemos destacar aquella que separa las practicas en unilaterales y concertadas y la que divide las practicas en horizontales y verticales. En primer lugar las unilaterales serian aquellas que se asocian con el ejercicio del poder monopolico o de liderazgo en el mercado por parte de una única empresa, y estas pueden darse a través de comportamientos exclusorios o través de un abuso de posición de dominio, en tanto que las practicas concertadas se relacionam con situaciones en las que el poder de mercado es ejercido por un conjunto de empresas a través de comportamientos colusivos, pero también puede adrse el caso de empresas que abusen de una posición de dominio en forma conjunta o concertada. En cuanto a las practicas horizontales y verticales, las primeras son aquellas que afectan la situación de los competidores reales o potenciales en un mercado, en tanto que las practicas verticales se asocian com empresa que operam en distintas etapas del mismo proceso productivo".*⁸⁶

Basandosi sulla nozione generale fornita dall'articolo 4, l'articolo 6 del Protocollo prevede un lungo elenco di 17 possibili pratiche restrittive della concorrenza. Questo elenco non è esaustivo, e nemmeno ha lo scopo di rendere le pratiche descritte tassativamente perseguibili in qualsiasi ipotesi. La norma ha diversamente uno scopo esemplificativo, e la perseguibilità delle fattispecie nello stesso contemplate dipende dal loro effettivo contrasto con la previsione dell'art. 4 del Protocollo. La ratio di questo

⁸⁶ "Delle diverse classificazioni delle pratiche anticompetitive che si sono realizzate nella dottrina, possiamo distinguere quella che separa le pratiche in unilaterali dalle concertate, e quella che divide le pratiche in orizzontali e verticali. In primo luogo le unilaterali sono quelle che si associano all'esercizio del potere monopolistico o di leadership nel mercato da parte di una unica impresa, e queste possono realizzarsi tramite comportamenti escludenti o tramite un abuso di posizione di dominio, mentre le pratiche concertate si relazionano con situazioni in cui il potere di mercato è esercitato da un insieme di imprese tramite comportamenti collusivi, ma può anche verificarsi che imprese abusino di una posizione dominante in modo concertato. Per quel che riguarda le pratiche orizzontali e verticali, le prime sono quelle che viziano la situazione dei competitori reali o potenziali in un mercato, mentre le pratiche verticali si verificano con imprese che operano in distinte tappe dello stesso processo produttivo".

atteggiamento è il frutto della preoccupazione, già dimostrata nell'ambito dell'articolo 5 dello stesso documento, di non confondere le pratiche restrittive della concorrenza con:

*"(...) a simples conquista do mercado, resultante do processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação aos seus competidores (...)".*⁸⁷

Per poter capire e configurare la dimensione delle figure anti-giuridiche dell'*antitrust*, diventa necessario far riferimento ad una serie di concetti basici utilizzati nell'ambito della disciplina della concorrenza. Uno fra i più importanti di questi concetti è quello di mercato rilevante.

In questo ambito, la teoria del *relevant market*, presa dalla normativa *antitrust* nordamericana, cerca di contestualizzare e delimitare il mercato di riferimento nel quale è stato svolto l'illecito sulla base dell'esame di due aspetti distinti: il mercato rilevante del prodotto e il mercato geografico rilevante.

La nozione di Mercato rilevante del prodotto (*Relevant Product Market*) va qualificato in relazione al criterio dell'intercambiabilità del prodotto oggetto dell'inchiesta. Il criterio da utilizzare in questo contesto è quello di verificare l'esistenza sul mercato geografico di riferimento di prodotti che siano pienamente intercambiabili o sostituibili con il prodotto esaminato nell'ambito dell'inchiesta. Quanto maggiore sarà il numero di prodotti così qualificabili – e la porzione del mercato da questi coinvolta –, tanto minore sarà la possibilità di riferire al presunto reo la pratica di restrizione alla concorrenza imputatagli. Su questo argomento, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee si è pronunciata nella già citata sentenza *Continental Can*⁸⁸, dichiarando che la delimitazione del mercato rilevante è di essenziale importanza per valutare una posizione dominante, poiché:

"(...) le possibilità di concorrenza non possono essere valutate se non in funzione delle caratteristiche dei prodotti di cui trattasi, grazie alle quali

⁸⁷ "La semplice conquista del mercato, risultante dal processo naturale fondato nella maggior efficienza dell'agente economico in rapporto ai suoi competitori".

⁸⁸ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation and Continental Can Co. Inc.*

detti prodotti sarebbero particolarmente atti a soddisfare bisogni costanti e non sarebbero facilmente intercambiabili con altri prodotti”.

Secondo la stessa sentenza, basta che un prodotto sia “ragionevolmente intercambiabile” per essere considerato parte del mercato rilevante mentre altri, che siano considerati solo “limitatamente intercambiabili”, non potranno essere utilizzati come parametro dell’analisi. I giuristi Ivo Van Baels e Jean-François Bellis evidenziano a tale riguardo quanto affermato dalla Corte nella sentenza *Michelin*⁸⁹: la Corte ha rilevato infatti che, nell’esame delle singola fattispecie concreta, la sostituibilità del prodotto dev’essere affrontata in modo ampio, e devono essere prese in considerazione le condizioni di concorrenza, così come la struttura della domanda e dell’offerta sul mercato.⁹⁰

Il Mercato rilevante geografico segue un’altra prospettiva, che nel caso del MERCOSUL corrisponderebbe a tutto il territorio che lo compone, ovvero, quello

⁸⁹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 9 novembre 1983, causa 322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin N.V. v. Commissione*.

⁹⁰ Gli stessi Ivo van Baels e Jean-François Bellis hanno elencato gran parte degli esempi di mercato rilevante che la Corte di Giustizia e la Commissione hanno definito nei diversi casi esaminati. Le formule utilizzate sono molto utili per capire il loro modo di ragionare : “a) il mercato delle materie prime per la produzione di etambuolo, contrapposto al mercato in cui l’etambuolo è in concorrenza con altre droghe antituberculotiche; b) il mercato delle banane, contrapposto al mercato della frutta fresca; c) il mercato dei pezzi di ricambi per registratori di cassa forniti ad imprese di servizi indipendenti, contrapposto al mercato dei registratori di cassa in genere; d) il mercato delle vitamine non confezionate (A, B1, B2, B3, B6, C, E H, B12, D, PP, K e M), nel quale ogni gruppo di vitamine forma un mercato a parte; e) la presentazione di richieste di omologazione dei modelli di veicoli ed il rilascio degli attestati di omologazione; f) il mercato per la sostituzione di pneumatici rigenerati; g) il mercato della gestione delle *royalties* dovute agli artisti per lo sfruttamento secondario delle loro prestazioni, contrapposto al mercato per lo scambio di servizi nel campo delle prestazioni di opere d’arte; g) il mercato della benzina super e della benzina normale utilizzate per la carburazione dei motori a quattro tempi; h) il mercato dei perossidi organici; i) il mercato della comunicazione di informazioni relative alla certificazione nazionale tipo richiesta da un importatore che cercava di ottenere una licenza per un veicolo BL per usarlo sulle strade britanniche; j) il mercato della gestione dei diritti d’autore di opere musicali; l) il mercato degli elenchi settimanali dei programmi televisivi; m) il mercato delle macchine per l’imballaggio asettico del latte contrapposto al mercato delle macchine per l’imballaggio di latte fresco; n) il mercato di vetro piano contrapposto al mercato di vetro cavo; o) Il mercato dello zucchero cristallizzato da vendere al commercio e all’industria distinto dagli zuccheri speciali, gli zuccheri liquidi e gli sciroppi; p) il mercato dei servizi segnali radio DNS contrapposto al mercato dei segnali radio in genere e il mercato dei ricevitori in generali; p) il mercato dei caricatori compatibili con i prodotti Hilti in contrapposizione al mercato dei chiodi compatibili con le pistole sparachiodi in contrapposizione con il mercato di tali chiodi in generale; q) il mercato dei servizi funebri; r) il mercato dei pannelli di cartone e gesso; s) il mercato degli strumenti musicali per fanfara contrapposto al mercato degli altri strumenti musicali e al resto del mercato di strumenti musicali a fiato od ottoni; t) il mercato dei servizi postali di base contrapposto a quello del corriere rapido internazionale; u) i mercati della fornitura e della vendita di trasporto aereo tra Dublino e Londra (Heathrow) contrapposti a quelli di trasporto di superficie o aereo tra Dublino e altri aeroporti di Londra”. In: VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*,

appartenente alle quattro sfere nazionali.

I criteri per stabilire la dimensione del mercato geografico rilevante nell'ambito di un mercato comune ci sono stati forniti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in varie occasioni. Secondo la Corte di Lussemburgo, deve prendersi in considerazione l'area nella quale il denunciato subisce la concorrenza di altri soggetti e dove pone in essere le condotte illecite. Di conseguenza, secondo Ivo Van Baels e Jean-François Bellis⁹¹, la definizione del mercato rilevante dipende dalla localizzazione del soggetto che ha commesso l'illecito e dalla natura delle pratiche che sono esaminate. In questo senso, nella sentenza *Zuccheri*⁹² i giudici di Lussemburgo hanno affermato che:

“(…) ai fini di stabilire se un certo territorio è abbastanza vasto per corrispondere ad una parte sostanziale del mercato comune (…) è necessario prendere in considerazione, fra l'altro, la struttura e il volume della produzione e del consumo della merce in questione, come pure le abitudini e le capacità economiche dei venditori e degli acquirenti”.

Per quanto riguarda il mercato geografico in ambito comunitario, Enzo Moavero Milanesi sostiene che, oltre all'area geografica, devono essere valutati tutti i tipi di “barriere di entrata” – come gli ostacoli agli scambi tariffari o di diversa natura –, i costi e le condizioni di trasporto, le normative locali, il grado di fungibilità con altri prodotti, le tendenze oggettive, le preferenze dei consumatori e le loro abitudini.⁹³

È significativa in questo quadro la prassi della giurisprudenza statunitense, che, in più di cent'anni di casistica *antitrust*, ha potuto fornire alla materia una grande quantità di fattispecie che hanno contribuito a costruire e rafforzare la nozione di mercato rilevante. Da un lato è possibile citare decisioni come quella relativa al caso *International Boxing Club v. United States*⁹⁴, nel quale la Suprema Corte ha definito il mercato rilevante della boxe che si svolgeva nel campionato ufficiale di questo sport. In

BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 77

⁹¹ VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p.

⁹² Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 16 dicembre 1975, cause riunite 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 54, 55, 56, 111, 113, 114/73, *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA e altri v. Commissione*.

⁹³ MOAVERO MILANESI, Enzo. *Opus cit.*, p. 646.

⁹⁴ *Supreme Court of the United States*, causa *International Boxing Club v. United States*, 358 U.S. 242 (1959).

questa occasione, il tribunale evidenziò che le lotte del campionato ufficiale attiravano più spettatori, avevano un prezzo maggiore e ottenevano maggiori entrate televisive rispetto alla boxe praticata al di fuori del campionato. Ne discendeva che i due campionati non potevano essere considerati sostituibili per i consumatori. Altra decisione paradigmatica fu quella concernente il caso *United States v. Paramount Pictures*⁹⁵, nella quale la Corte stabilì che le c.d. prime visioni cinematografiche costituiscono un mercato rilevante distinto rispetto a quello delle pellicole proiettate per la seconda o la terza volta.

Esistono anche numerose sentenze nelle quali il mercato rilevante è stato definito in modo da raggruppare beni con diverse caratteristiche. Un esempio significativo in quest'ambito è quello relativo al caso *Haagen-Dazs Co. v. Double Rainbow Gourmet Ice Creams, Inc.*⁹⁶, nel quale i giudici della Suprema Corte affermarono che i gelati *premium* concorrono nello stesso mercato con i gelati di minor qualità, anche se esistono differenze fra le caratteristiche di entrambi (ingredienti naturali utilizzati, contenuti di grasso, ecc.). In quest'ultimo caso, la Suprema Corte ha dichiarato che tutti i gelati sono in concorrenza per la preferenza dei consumatori e per lo spazio nei congelatori delle rivendite. In tale caso, l'evidenza non era sufficiente per affermare che i consumatori che domandavano il gelato *premium* non domandavano a sua volta gelati di minore qualità. Da ultimo, la Suprema Corte ha affermato che le

⁹⁵ *Supreme Court of the United States, causa United States v. Paramount Pictures*, 334 U.S. 131, 172-173 (1948). Particolarmente interessante il commento fatto dai professori della *Harvard University*, Phillip Areeda e Louis Kaplow, alla sentenza: "*Paramount was a wide ranging government attack on the movie distribution system as it existed through World War II. The government objected to the vertical integration of the major studios into production, distribution, and exhibition in wholly or partially owned theaters. In addition, the government alleged that the major studios favored each other independents – exhibiting each other's movies in their theaters rather than movies produced by others and licensing first run movies to each other's theaters rather than to independent theaters. Also challenged were a variety of other practices – such as licensing films as a package rather than singly – which allegedly oppressed independent exhibitors and tended to exclude independent producers from access to theaters. The Court rejected the government's that 'vertical integration of producing, distributing, and exhibiting motion pictures is illegal per se'. The Sherman Act is violated if integration constitutes 'a calculated scheme to gain control over an appreciable segment of the market and to restrain or suppress competition, rather than an expansion to meet legitimate business needs'. The Court indicated that one factor to be considered was 'the leverage on the market which the particular vertical integration creates or makes possible'. Divestiture was ordered on remand. Although Paramount did challenge the way that movies were produced, the resulting divestiture coupled with the advent of television led to the reorganization of production as well. The old studio system with a large stable of actors, directors, writers, and technicians had generated a large annual output of movies. Today, far fewer films are made, and each requires the producers to assemble the necessary creative and technical talent*". In: AREEDA, Philip et KAPLOW, Louis. *Opus cit.*, p. 807.

distinzione fondata unicamente sulle differenze in termini di prezzo e qualità dei prodotti è insufficiente. Sebbene la documentazione interna delle imprese coinvolte sostenesse la tesi che i gelati *premium* erano percepiti come prodotti di maggior qualità rispetto a quelli dei competitori, si stabilì che le graduazioni esistenti nel livello di qualità dei gelati non erano sufficienti per stabilire mercati rilevanti distinti agli effetti della misura del potere di mercato.

Di notevole interesse sono poi i casi in cui è stato rifiutato il riconoscimento di un mercato limitato ai mobili di lusso⁹⁷, ovvero altri nei quali la Suprema Corte statunitense ha sostenuto che i cereali in vendita al pubblico sono in concorrenza sotto molteplici e differenti dimensioni (gusti, prezzi, qualità percepita, pubblicità, ecc.), che è impossibile individuare una dicotomia sufficiente a negare la loro fungibilità agli effetti della loro separazione in mercati distinti.⁹⁸

In altre decisioni, la Suprema Corte ha incluso in uno stesso mercato rilevante il cioccolato di marchio inserito in confezioni da regalo con altri dolci e cioccolato disponibili al pubblico⁹⁹, e ha rifiutato di riconoscere un mercato rilevante limitato all'“abbigliamento di alta qualità”, dopo aver comprovato che i medesimi consumatori comprano abiti di diverse qualità¹⁰⁰. È importante ancora sottolineare il caso in cui le birre *premium* e non *premium* sono state incluse in uno stesso mercato, nonostante certi consumatori chiedessero soltanto una tra queste e esistesse un differenziale di prezzi persistente fra le stesse¹⁰¹. Questa decisione fu fondata sul fatto che sussisteva una sovrapposizione sostanziale fra le vendite di entrambi i tipi di birra, ossia, che esisteva una quantità significativa di consumatori che domandava tanto la birra *premium* quanto la non *premium*.

Come si può desumere dall'esame delle decisioni giurisprudenziali citate, l'individuazione di un mercato rilevante è compito di notevole difficoltà. Basterebbe

⁹⁶ *Supreme Court of the United States*, causa *Haagen-Dazs Co. v. Double Rainbow Gourmet Ice Creams, Inc.*, 691 F. Supp. 1262 (1988).

⁹⁷ *Supreme Court of the United States*, causa *Morrow Furniture Galleries v. Thomasville Furniture Indus.*, 889 F.2d 524, 528 (1989).

⁹⁸ *Supreme Court of the United States*, causa *New York v. Kraft Gen. Foods, Inc.*, 926 F. Supp. 321,333 (S.D.N.Y. 1995).

⁹⁹ *Supreme Court of the United States*, causa *Pennsylvania v. Russel Stover Candies, Inc.*, 1993-1 Trade Cas., 70, 224 at 70, 090-91 (E.D. Pa. 1993).

¹⁰⁰ *Supreme Court of the United States*, causa *Frank Saltz & Sons v. Hurt Schuffner & Marx*, 1985-2, Trade Cas., 66,768, at 63, 720 (S.D.N.Y. 1985).

tralasciare un particolare e gli aspetti tecnici, economici e sociologici dell'inchiesta possono portare il ragionamento operato dall'autorità di tutela della concorrenza per le più varie e differenti direzioni. In tale quadro, un'interessante riflessione sull'identificazione di mercati rilevanti ci è data dal parere emanato nel 1999 dall'*antitrust* argentino, concernente il caso *Procter & Gamble v. Unilever de Argentina S.A.*¹⁰²:

*"A modo de recapitulación, se puede afirmar que la jurisprudencia referida a la definición de mercado relevante cuando existen productos diferenciados no es unánime, y que la delimitación del mercado tiende a efectuarse sobre la base de un análisis particular de cada caso. No obstante ello, se puede señalar la existencia de un patrón recurrente en las decisiones analizadas por esta Comisión Nacional. Cuando la diferencia en calidad existente entre los productos analizados es "discreta", en el sentido de que existen productos de "superior" e "inferior" calidad (es decir, cuando existe diferenciación vertical entre los productos), ellos pueden ser incluidos en mercados separados. Caso contrario, cuando existe una diferencia continua entre los productos, de modo que existe un abanico de bienes de diversa calidad y precio, la imposibilidad de trazar una línea divisoria en un punto determinado del espectro lleva a que generalmente sea recomendable la inclusión de todos ellos dentro de un mismo mercado relevante. En términos de la diferenciación de productos, este último caso corresponde a la situación en la que existe una diferenciación horizontal continua entre los productos, o cuando esta última coexiste con una diferenciación vertical".*¹⁰³

¹⁰¹ *Supreme Court of the United States*, causa *United States v. Jos. Schiltz Brewing Co.*, 253 F. Supp. 129, 145-46 (N.D. Cal.).

¹⁰² *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*, expte n.º 064-002907/97 (C. 432), causa *Procter & Gamble Interaméricas Inc. Sucursal Argentina v. Unilever de Argentina S.A.*

¹⁰³ "Sinteticamente, è possibile affermare che la giurisprudenza in materia di definizione di mercato rilevante quando esistono prodotti differenziati non è unanime, e che la delimitazione del mercato tende ad effettuarsi sulla base di un'analisi particolare di ogni caso. Nonostante ciò, è possibile segnalare l'esistenza di uno standard ricorrente nelle decisioni analizzate da questa Commissione Nazionale. Quando la differenza, in termini di qualità, esistente fra i prodotti analizzati è "discreta", nel senso che esistono prodotti di "superiore" ed "inferiore" qualità (ossia, quando esiste differenziazione verticale fra i prodotti), questi ultimi possono essere inclusi in mercati separati. Il caso è opposto quando esiste una

Relativamente alla nozione di mercato rilevante nell'*antitrust* brasiliano, il *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* (CADE) ha manifestato la sua opinione in più occasioni, tanto che oggi l'esperienza brasiliana, ricca di approfonditi ed esaurienti studi sulla tematica, è considerata in modo significativo nelle più diverse aree di studio del mercato.¹⁰⁴

9.2.1 Accordi

Dopo aver esaminato nei precedenti paragrafi la questione relativa agli elementi che caratterizzano le condotte restrittive della concorrenza, nel presente si procederà all'analisi delle singole condotte in sé e per sé considerate.

Tra queste, gli accordi fra imprese¹⁰⁵ che possano danneggiare la concorrenza fra

differenza "continua" fra i prodotti, in modo che esiste un ventaglio di beni di diversa qualità e prezzo, e l'impossibilità di tracciare una linea divisoria in un punto determinato del spettro fa sì che, in generale, sia raccomandabile l'inclusione di tutti questi prodotti all'interno di uno stesso mercato rilevante. In termini di differenziazione di prodotti, questo ultimo caso corrisponde alla situazione in cui esiste una differenziazione orizzontale continua fra i prodotti, o quando quest'ultima coesiste con una differenziazione verticale". In: *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*, expte n.º 064-002907/97 (C. 432).

¹⁰⁴ Un elenco delle più recenti decisioni del CADE che hanno contribuito all'analisi dei mercati rilevanti viene fornito da FRANCESCHINI, José Inácio. *Direito da Concorrência. Case Law*. São Paulo: Singular, 2000, p. 597 ss.

¹⁰⁵ È vasto l'elenco di opere, dedicate esclusivamente all'*antitrust*, che contengono i principi e la teoria generale degli accordi fra imprese che creano degli effetti restrittivi alla libera concorrenza. In tale ambito, possono essere di particolare interesse: AMATO, Giuliano. *Il Potere e l'Antitrust. Il dilemma della democrazia nella storia del mercato*. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 49 ss.; AREEDA, Philipp et KAPLOW, Louis. *Opus cit.*, p. 165 ss.; BORK, Robert. *Opus cit.*, p. 263 ss.; CABANELLAS, Guillermo. *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*. Buenos Aires: Heliasta, 1983; CHAPUT, Yves. *Le Droit de la Concurrence*. Paris: PUF, 1991, p. 36 ss.; FORGIONI, Paula. *Opus cit.*, p. 321 ss.; FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *1995 Supplement to Cases and Materials on Antitrust*. St. Paul: West Publishing Co., 1995, p. 18 ss.; HOVENKAMP, Herbert. *Opus cit.*, p. 144 ss.; MORGAN, Thomas D. *Cases and Materials on Modern Antitrust Law and its Origins*. St. Paul: West Publishing Co., 1994, p. 37 ss.; POSNER, Richard A. et EASTERBROOK, Frank. *Opus cit.*, p. 87 ss.; POSNER, Richard A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: The University Chicago Press, 1976, p. 39 ss.; ROSS, Stephen. *Opus cit.*, p. 117 ss.; PATRÍCIO, José Simões. *Direito da Concorrência*. Lisboa: Gradiva, 1982, p. 34 ss.; SULLIVAN, Lawrence A. *Opus cit.*, p. 150 ss.; SULLIVAN, Lawrence A. et GRIMES, Warren. *Opus cit.*, p. 165 ss.; SULLIVAN, Thomas et HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law, Policy and Procedure. Cases, Materials, Problems*. Charlottesville: Lexis, 1999, p. 187 ss. Nell'ambito comunitario, sono significative KORAH, Valentine. *Cases and Materials on EC Competition Law*. Oxford: Hart, 1997, p. 175 ss.; KORAH, Valentine. *EC Competition Law and Practice*. Oxford: Hart, 2000, p. 213 ss.; MERCIER, Pierre et al. *Grands principes du Droit de la Concurrence. Droit Communautaire. Droit Suisse*. Bruxelles: Bruylant, 1999, p. 37 ss.; VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 577 ss. Sono ancora di prima importanza in questo quadro le relazioni annuali sulla politica di concorrenza pubblicate dalla

gli Stati parti del MERCOSUL sono regolamentati dall'articolo 6 del Protocollo sulla tutela della concorrenza, che proibisce qualsiasi condotta che, rientrando nell'ipotesi dell'articolo 4, possa aver per oggetto o per effetto la restrizione della concorrenza fra gli Stati parti.¹⁰⁶

È interessante il fatto che l'articolo 2 del Protocollo abbia equiparato l'oggetto dell'accordo agli effetti che da questo possono scaturire, estendendo la punibilità ad entrambe le ipotesi. Ciò significa che, anche se non sono stati accertati degli effetti restrittivi, il fatto che l'accordo abbia per fine la pratica di atti restrittivi della concorrenza lo rende di per sé stesso punibile. Tale previsione costituisce una importante innovazione nel quadro della tutela della concorrenza a livello di fenomeni d'integrazione regionale. Nella legislazione comunitaria europea, ad esempio, non è prevista una norma simile a questa, mentre l'articolo 81 del Trattato di Roma si limita a

Commissione Europea, di cui la più recente è: COMMISSIONE EUROPEA. XXX Relazione sulla Politica di Concorrenza. 2000. Bruxelles: UPUCE, 2001.

¹⁰⁶ Alcune norme in vigore in materia di accordi restrittivi della concorrenza nell'America Latina: Comunità Andina (Colombia, Bolivia, Ecuador, Peru, Venezuela), articolo 3 della Decisione n.° 285, del 21 marzo 1991; Colombia, articolo 1 della Legge n.° 155, del 24 dicembre 1959; Costa Rica, articolo 11 della *Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor*, del 20 dicembre 1994; Cile, articoli 1 e 2 del *Decreto Ley* n.° 211, del 1973, e n.° 2.760, del 1979; Giamaica, articolo 17 del *Fair Competition Act*, del 9 marzo 1993; Panama, articolo 5 della Legge n.° 29, del 1 febbraio 1996; Perù, articolo 3 del *Decreto Legislativo* n.° 701, del 5 novembre 1991; Messico, articolo 9 della *Ley Federal de Competencia Económica*, del 24 dicembre 1992; Venezuela, articolo 5 della *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*, del 13 dicembre 1991. In: COMMISSION EUROPEA. *Compilación de Legislación de la Competencia. América Latina & Caribe*. Bruxelles, 1998. Documento disponibile su internet nel sito <http://europa.eu.int/comm/dg04/dg4home.htm>, il 6 dicembre 2001. Citiamo inoltre le norme vigenti in alcune delle principali democrazie europee: Austria, paragrafi 10, 11 e 12 della *Kartellgesetz*, del 1988; Belgio, articolo 2 della Legge del 5 agosto 1991; Danimarca, articolo 1 della Legge n.° 384, del 10 giugno 1997; Francia, articolo 7 dell'*ordonnance* n.° 86-1243, del 1 dicembre 1986; Germania, paragrafo 1 della *Gesetz gegen die Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), del 27 giugno 1957, modificata il 22 dicembre 1989; Gran Bretagna, *Restrictive Trade Practices Act*, del 1976; Irlanda, sezione 4 del *Competition Act*, del 1 ottobre 1991; Italia, articolo 2 della Legge n.° 287, del 10 ottobre 1990; Olanda, articolo 6 del *Competition Act*, del 22 maggio 1997; Portogallo, articolo 2 del *Decreto-Lei* n.° 371, del 29 Ottobre 1993; Spagna, articolo 1.1 della *Ley de Defensa de la Competencia*, del 17 luglio 1989; Svezia, articolo 6 della Legge n.° 20, del 14 gennaio 1993; Svizzera, articoli 5-6 della *Kartellgesetz*, del 20 dicembre 1985. Per un'analisi comparata più approfondita possono essere indicati le seguenti opere AMMANNATI, Laura (a cura di). *La Concorrenza in Europa. Sistemi Organizzativi e Autorità di Garanzia*. Padova: CEDAM, 1998; AMSTUTZ, Marc et al. *Introduction to Swiss Anti-Trust Law*. Basel: Helbing e Lichtenhahn, 1998; BRAULT, Dominique. *Droit de la Concurrence Comparé. Vers un Ordre Concurrence Mondial?* Paris: Economica, 1995; BURKHARDT, Jürgen. *Kartellrecht: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Europäisches Kartellrecht*. München: Verlag C.H. Beck, 1995; FRIGNANI, Aldo et al. *Diritto Antitrust Italiano*. Bologna: Zanichelli, 1993; MERCIER, Pierre et al. *Opus cit.*; SOUTY, François. *La Politique de la Concurrence au Royaume-Uni*. Paris: PUF, 1995; SOUTY, François. *La Politique de la Concurrence en Allemagne Fédérale*. Paris: PUF, 1996.

prevedere la punibilità degli accordi che abbiano effetti dannosi per la concorrenza.¹⁰⁷

Come già affermato in precedenza, l'articolo 4 del Protocollo di Fortaleza, che definisce la nozione di pratica restrittiva della concorrenza, ha una funzione centrale in tutto il documento giacchè limita il divieto a tre specie di atti, compiuti in forma individuale o concertata; questi atti sono: a) limitazione, falsificazione o qualsiasi altra azione che possa pregiudicare la libera concorrenza o la libera iniziativa; b) aumento arbitrario dei guadagni; c) abuso di posizione dominante.

La fattispecie evidenziata nella lettera a) all'intento di preservare nel mercato comune una concorrenza libera da qualsiasi restrizione che possa limitarla o falsarla. A tale riguardo, Pierre Mercier spiega efficacemente l'importanza di una concorrenza non falsata:

"La concurrence non faussée (...) implique l'existence sur le marché d'une concurrence efficace (workable competition), c'est-à-dire de la dose de la concurrence nécessaire pour que soient respectées les exigences fondamentales et atteints les objectifs du Traité et, en particulier, la formation de un marché unique réalisant des conditions analogues à celles d'un marché intérieur".¹⁰⁸

α) La Nozione e le Categorie degli Accordi.

Il Protocollo di Fortaleza, non fa riferimento espresso agli "accordi" ma ad atti individuali o concertati che restringano la concorrenza nel commercio fra gli Stati Parti.

¹⁰⁷ Posteriormente, tale lacuna del diritto comunitario è stata colmata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha dichiarato l'incompatibilità con le norme antitrust degli accordi che abbiano per oggetto quello di restringere la concorrenza. Non avrebbero alcun significato, in tale contesto, gli effetti originati dall'accordo – contrari o meno alla concorrenza –, mentre solo l'oggetto sarebbe di interesse. L'affermazione è stata fatta dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Consten e Grundig*, del 13 luglio 1966 (cause riunite 56 e 58/64), e utilizzato dalla Commissione in diverse decisioni, fra altre, quella concernente il caso *Prolipropilene*, del 23 aprile 1986 (n.º 86/398/CEE).

¹⁰⁸ Continua Pierre Mercier: *"Un système de concurrence non faussée, tel que celui prévu par le Traité, ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée. Ainsi, confier à une entreprise qui commercialise des appareils terminaux la tâche de formaliser les spécifications auxquelles devront répondre les appareils terminaux, de contrôler leur application et d'agréer ces appareils, revient à lui conférer le pouvoir de déterminer, à son gré, quels sont les appareils susceptibles d'être raccordés au réseau public et à lui octroyer ainsi un avantage*

In quest'ambito, è importante sottolineare che l'utilizzazione che si fa usualmente del termine "accordo" per indicare atti che restringano la concorrenza, è il risultato di una chiara influenza del diritto statunitense e del diritto comunitario europeo¹⁰⁹. Il termine "accordo", nel caso del MERCOSUL – e anche del diritto brasiliano¹¹⁰ –, ingloba così tutte le pratiche concertate mirate a falsare la concorrenza.¹¹¹

Le condotte operate in concerto fra imprese, in relazione allo stadio di processo produttivo nel quale queste si trovano, sono comunemente classificate dalla dottrina come "orizzontali" o "verticali". Buona parte delle scelte in materia *antitrust* passa per la comprensione di queste due categorie di accordi.

α.1) Accordi Orizzontali

Gli accordi orizzontali sono caratterizzati dal fatto che gli attori dell'intesa si incontrano tutti al medesimo stadio del processo produttivo. Tali accordi – chiamati di "cooperazione", ma che in verità sarebbe meglio chiamare di "cospirazione" – hanno come presupposto una convergenza d'interessi fra questi attori, e hanno l'effetto di falsare le regole della libera concorrenza impedendo che vi sia la necessaria autonomia fra gli stessi.¹¹²

évedint sur ses concurrents". In: MERCIER, Pierre et al. *Opus cit.*, p. 40.

¹⁰⁹ Il testo dell'articolo 81, 1), del Trattato istitutivo della Comunità Europea, utilizza il termine "accordo" per tutte le ipotesi.

¹¹⁰ Come sottolinea Paula Forgioni: "*Utilizamos a palavra 'acordo' em seu sentido mais amplo, que compreende as expressões 'decisões de associação de empresas', 'prática concertada', ou ainda 'prática orquestrada', podendo todas ser subsumidas à palavra 'ato' prevista na hipótese do art. 20 da Lei 8.884, de 1994*". In: FORGIONI, Paula. *Opus cit.*, p. 321, nota 1.

¹¹¹ Per la configurazione delle pratiche concertate, secondo un'opinione comune nella giurisprudenza in materia di concorrenza, non è necessaria la formalizzazione di un accordo. Secondo la giurisprudenza dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, nella sentenza *United States v. Paramount Pictures* (334 U.S. 131), emanata nel 1948, basta che ci siano delle prove chiare che la pratica esista: "*it is not necessary to find an express agreement in order to find a conspiracy. it is enough that a concert of action is contemplated and that the defendants conformed to the arrangement*". La Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha fornito la propria definizione di pratiche concertate nella sentenza sul caso *Materie coloranti*, del 14 luglio 1972 (causa 48/69, *Dyestuffs*): "(...) una forma di coordinamento dell'attività delle imprese che, senza esser stata spinta all'attuazione di un vero e proprio accordo, costituisce in pratica una consapevole collaborazione fra le imprese stesse, a danno della concorrenza". Vedi: VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 34, e VELLOSO DA SILVEIRA, Paulo A. *Opus cit.*, p. 73.

¹¹² Paula Forgioni indica come principale presupposto per il sorgere degli accordi orizzontali la difficoltà delle imprese nel competere in un mercato libero e sano: "*Os acordos horizontais têm como pressuposto um fato inegável: a concorrência, ainda que lícita, prejudica os concorrentes, pois faz com que o empresário acabe por auferir lucros menores, força o cuidado com a qualidade do produto e gera necessidade de investimentos para que o agente econômico possa manter-se no mercado,*

Gli studiosi statunitensi Lawrence Sullivan e Warren Grimes nell'introduzione del capitolo riguardante tali pratiche dell'opera *The Law of Antitrust: an Integrated Handbook*, forniscono una interessante nozione di tale condotta, illustrandola con alcuni esempi :

"By cooperating or conspiring, such rivals can exercise market power in much the same way that a single firm can. Common forms of concerted conduct among rivals include price fixing, division of markets, and boycotting or joint refusals to deal. An arrangement among rivals to divide the market or set prices is often called a cartel – an organization with rules of operation and enforcement powers". ¹¹³

Partendo dal quadro appena descritto, Roberto Pardolesi sostiene che gli accordi orizzontali possono essere classificati in due tipi, che differiscono in ragione della natura della restrizione prodotta sul mercato. Il primo, che costituisce un classico esempio di condotta restrittiva ed è il più rilevante, è caratterizzato dal fatto che gli accordi orizzontali offrono ai propri membri l'opportunità di 'scavalcare' il mercato, ottenendo da compratori o venditori più di quanto sarebbe loro dato ottenere in presenza di un assetto competitivo.¹¹⁴

La seconda categoria, invece, si caratterizza per non essere immediatamente diretta allo svolgimento di condotte rilevanti in ambito anticoncorrenziale, bensì alla creazione di un ambiente che renda possibile, a breve scadenza, realizzare delle intese orizzontali con effetti restringenti alla libera concorrenza. Tali accordi vengono definiti da Roberto Pardolesi come "quasi cartelli"¹¹⁵. Lo stesso fenomeno viene riconosciuto dalla dottrina antitrust statunitense come *facilitating practices*, ed è sempre stato

competindo. O processo de expansão torna-se mais penoso se em um mercado onde há efetiva concorrência pela disputa da clientela (...) O agente econômico buscará, então, de forma 'natural', a neutralização da concorrência, mediante (i) a conquista de posição monopolística (...), e /ou (ii) a realização de acordos (de forma a neutralizar mutuamente a força concorrencial de cada um dos partícipes, reproduzindo condições monopolísticas)". In: FORGIONI, Paula. *Opus cit.*, p. 324-326.

¹¹³ Tali Autori continuano: "*Less organized concerted action – sometimes called interdependent conduct or coordinated interaction – may have the same effects as a cartel. Although these restraints may involve close knit cooperation, as in the case of a cartel, the firms remain under separate ownership and control*". In: SULLIVAN, Lawrence et GRIMES, Warren. *Opus cit.*, p. 166.

¹¹⁴ PARDOLESI, Roberto. Intese Restrittive della Libertà di Concorrenza. In FRIGNANI, Aldo et al. *Opus cit.*, p. 200.

combattuto dai tribunali federali e dagli organi di tutela della concorrenza – l'*Antitrust Division* del *Department of Justice* e la *Federal Trade Commission* –, tanto che gli Stati Uniti vantano in materia una cospicua giurisprudenza.¹¹⁶



α.2) Accordi Verticali

Gli accordi verticali sono intese realizzate tra imprese che operano in stadi diversi del processo produttivo e in diversi mercati rilevanti. Queste imprese, che in generale sono già commercialmente vincolate attraverso contratti di fornitura o distribuzione, sono presenti in livelli diversi di una stessa catena che porta un determinato bene dal produttore al consumatore. Chiarificatrice in questo ambito è la nozione di accordi verticali fornita da Thomas Sullivan e Herbert Hovenkamp¹¹⁷ :

"Restraints on trade may also develop firms at different levels in the production and distribution network. Agreements between a manufacturer and distributor, or between a wholesaler and retailer, or between any two sequential parties in a production-distribution chain, are characterized as vertical".

Gli stessi autori continuano la loro riflessione fornendo degli esempi concreti:

"(...) a manufacturer may set the price at which the product will be distributed, or limit distributors to an exclusive territory, or allocate customers to distributors, thereby precluding the distributors from selling outside their designated area or to customers of another distributor. Still

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ La nozione sviluppata dai tribunali americani viene così commentata da Philip Areeda e Louis Kaplow: *"Coordinating actions and effectively detecting and responding to defections are possible only when market conditions are congenial to such behavior or when unfavorable conditions can be overcome through appropriately devised strategies. Antitrust enforcers and courts have frequently confronted actions that may have the effect of facilitating oligopolistic collaboration. Such actions might include meetings, the exchange of presale price quotations, and other practices relating to price or other dimensions of competition"*. In: AREEDA, Philip et KAPLOW, Louis. *Opus cit.*, p. 297. In tale contesto, possono essere citate due significative sentenze: *United States v. Foley* (444 U.S. 1043), emanata nel 1980, e *United States v. Champion Intl. Corp.* (434 U.S. 938), emanata nel 1977.

*other vertical agreements may require distributors, wholesalers or retailers to deal only in the products of a certain manufacturer, or may require those customers to take additional products if they want to purchase a particular product from the manufacturer".*¹¹⁸ ✓

I cambiamenti politici ed economici che hanno caratterizzato la storia degli Stati Uniti negli ultimi due decenni hanno notevolmente influenzato anche la politica della concorrenza di questo paese. In particolare per quel che riguarda gli accordi verticali, è possibile constatare una maggior flessibilità nell'applicazione della relativa disciplina, con conseguente maggior "impunità" delle imprese denunciate. Tale atteggiamento è il frutto dell'influenza della teoria elaborata dalla Scuola di Chicago, che vuole le intese verticali non essere più proibite *in sé e per sé*, come accadeva in precedenza, ma essere vagliate caso per caso in relazione all'effettivo rilievo sul mercato.¹¹⁹

Come dimostrato dall'esperienza *antitrust* della comunità europea, gli accordi verticali possono produrre degli effetti particolari in un contesto d'integrazione economica. Possono essere veramente nocivi se, una volta celebrati fra produttori e distributori, creano delle aree di azione esclusiva per ogni distributore, imponendo il divieto ad un distributore di agire nel mercato dell'altro. Queste aree sono in genere costituite dal territorio degli Stati membri, che vedono i loro mercati – per quel che concerne un determinato bene – isolato dagli altri mercati nazionali e, pertanto, privi di legami concorrenziali a livello comunitario. Tale condotta crea la divisione di mercati, non operata da un accordo fra imprese allo stesso livello del processo produttivo, ma da

¹¹⁷ SULLIVAN, Thomas et HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law, Policy and Procedure. Cases, Materials, Problems*. Charlottesville: Lexis Law Publishing, 1994, p. 419.

¹¹⁸ Vale sottolineare che tutte le condotte indicate dagli autori sono previste come illegali – se portano degli effetti restrittivi al commercio fra gli Stati parti – dall'articolo 6 del Protocollo di Tutela della Concorrenza del MERCOSUL.

¹¹⁹ Citando il caso *Dr. Miles*, giudicato dalla Suprema Corte statunitense, Thomas Morgan spiega la concezione e gli effetti degli accordi verticali secondo quello che lui stesso chiama *The modern understanding of antitrust law*: "They involve transactions between firms that are not competitors, but rather are at different levels of the distribution process. As a result, the theoretical impact on competition is less direct. Think back to *Dr. Miles*. There, the Court concluded there was an impact on competition largely because it believed that resale price maintenance was the product of a conspiracy of retail dealers rather than representing a policy that served the interest of *Dr. Miles* itself". In: MORGAN, Thomas D. *Opus cit.*, p. 326. Questo nuovo ragionamento circa gli impatti degli accordi verticali è stato uno dei fondamenti della Scuola di Chicago, nata negli anni 70 e sviluppata negli Stati Uniti principalmente durante il governo di Ronald Reagan. Secondo tale scuola, gli accordi verticali nella loro stragrande maggioranza sono benigni al mercato giacché permettono di aumentare il volume di produzione e stabilire incentivi per aumentare le vendite e per migliorare il servizio al cliente.

un'imposizione svolta dal produttore nei confronti dei suoi distributori e/o licenziatari.¹²⁰

Per l'effetto dannoso cagionato al fenomeno d'integrazione del mercato comune, la spartizione di mercati su base nazionale imposta dall'alto della catena produttiva è stata nel mirino dell'azione repressiva della Commissione Europea e della Corte di Giustizia. In tale quadro, possono essere citati i casi che hanno coinvolto le imprese *BMW Belgium*¹²¹, *Distillers*¹²² e *Deutsche Grammophon*¹²³, che hanno propiziato l'emanazione di decisioni e sentenze con significativi contributi in materia.

Voci critiche rispetto all'azione intrapresa dalla Commissione si sono levate nell'ambito della comunità accademica. Di notevole interesse in quest'ambito sono le riserve che Ivo Van Bael e Jean-François Bellis¹²⁴ hanno avanzato rispetto alla politica adottata dalla Commissione nell'ambito degli accordi verticali, in particolare per quel che riguarda i rapporti fra produttore e distributore – o fra licenziante e licenziatario –: la Commissione avrebbe, secondo tali Autori, la tendenza a proteggere in modo sproporzionato il distributore/licenziatario, pregiudicando il produttore/licenziante. Molti sarebbero gli esempi di questo atteggiamento, che si ritrovano non solo nella prassi della Commissione, ma anche nei vari regolamenti comunitari che stabiliscono esenzioni per alcune categorie di accordi nel settore della concessione di brevetti e della

¹²⁰ Per un maggior approfondimento nella tematica, vedi: FRANCHI, Cristina. Gli Accordi Verticali in Diritto Comunitario. In: RAFFAELLI, Enrico A. (edited by). *Antitrust between EC Law and National Law. Opus cit.*, p. 367-387; RINALDI, Raimondo. The Evolution of the discipline of Vertical Agreements: Light and Shade. In: RAFFAELLI, Enrico A. (edited by). *Antitrust between EC Law and National Law. Volume II*. Bruxelles: Bruylant, 2000, p. 359-380.

¹²¹ Commissione Europea, 23 dicembre 1977, 78/155/ECC. Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 12 luglio 1979, cause riunite n.° 32, 36-82/78, *BMW Belgium S.A. & altri v. Commissione CE*. Vale qui il commento fatto da Van Bael e Bellis: "(...) la Commissione e la Corte dovevano decidere se un divieto di esportazione fosse illegale. Alla base di tutto vi erano però delle misure belghe di controllo dei prezzi che avevano fatto sì che i prezzi delle autovetture fossero più bassi in Belgio che in Germania, il che non rispondeva alla volontà del produttore". In: VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 13.

¹²² Commissione Europea, 20 dicembre 1977, 78/163/ECC. In questo caso, la Commissione ha sanzionato una impresa inglese che praticava prezzi differenziati fra il Regno Unito e il resto dell'Europa, in base al fatto che quest'ultima aveva creato un ostacolo all'esportazione tra le due aree geografiche. Alcuni importanti studiosi del diritto della concorrenza comunitario, come Ivo Van Bael e Jean-François Bellis, contestano la decisione presa dalla Commissione. Entrambi affermano che: "(...) dal punto di vista economico, la differenziazione dei prezzi tra i vari paesi della Comunità è una decisione del tutto giustificata nel caso vi sia, a causa dei motivi più svariati (e. g. regimi fiscali, cambio valutari, standard di vita, sistemi di distribuzione), scarsa omogeneità tra le varie zone". In: VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 13.

¹²³ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 8 giugno 1971, causa n.° 78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB- Großmärkte GmbH*.

¹²⁴ In: VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 14.

distribuzione. Può di conseguenza accadere che un licenziante sia privato di ogni controllo sulle forniture del licenziatario o sulla sua politica di vendita o che il controllo del fornitore sulle prestazioni del suo distributore sia spesso reso difficile, se non addirittura impossibile; ciò nonostante il produttore abbia un legittimo interesse economico a sovrintendere alla commercializzazione dei suoi prodotti, interesse che va ben al di là del mero trasferimento della merce dal produttore al distributore, estendendosi invece a tutta la rete che porta la merce stessa al consumatore finale.¹²⁵

β) Intese concertate con effetti restrittivi alla concorrenza

Le ipotesi previste genericamente dall'articolo 4 del Protocollo di tutela della concorrenza del MERCOSUL sono specificate negli articoli che seguono all'interno del medesimo documento.

L'articolo 6 contempla dodici tipologie di condotte rientranti nelle ipotesi di intese tra imprese con effetti restrittivi della concorrenza; questa norma ha subito la chiara influenza dell'articolo 21 della Legge brasiliana n.º 8.884/94¹²⁶ e dei dispositivi

¹²⁵ Idem, ibidem.

¹²⁶ Legge brasiliana n.º 8.884/94, articolo 21: *"As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa; IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou*

presenti nell'articolo 81, punto 1, del Trattato di Roma¹²⁷:

a) Venendo all'esame specifico dell'art. 6, il punto I descrive la seguente condotta:

"fixar, impor ou praticar, direta ou indiretamente, em acordo com competidores ou individualmente, de qualquer forma, preços e condições de compra ou de venda de bens, de prestação de serviços ou de produção" (articolo 6, I).¹²⁸

transportá-los; XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada; XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo; XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do GATT; XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada; XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço. Parágrafo único - Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á: I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade; II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais; III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis; IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos".

¹²⁷ Trattato istitutivo della Comunità Europea, articolo 81, 1): "Sono incompatibili con il Mercato comune 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 comune ed in particolare quelli consistenti: 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 come 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".

¹²⁸ "fissare, impor o praticare, diretamente o indiretamente, in acordo com competidores o individualmente, in qualsiasi modo, prezzi e condizioni di compra o vendita di beni, di prestazione di servizi o di produzione". La lettera "a" dell'articolo 81 del Trattato istitutivo della Comunità Europea ha una redazione molto simile a quella del dispositivo in esame. Lo stesso fenomeno accade con la Legge brasiliana n.º 8.884/94, che nel suo comma 1 dell'articolo 21, prevede la stessa ipotesi, con le stesse parole. Da sottolineare che anche la legislazione argentina prevede dei dispositivi simili a quello previsto dal Protocollo: *Ley n.º 25.156, Artículo 2º.- Las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1º, constituyen prácticas restrictivas de la competencia: a) Fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto (...) g) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción".*

L'accordo per la fissazione dei prezzi fra concorrenti è una delle condotte più comuni e punite con più rigore nel diritto della concorrenza, per il semplice fatto che la funzione principale della concorrenza in materia di prezzi è quella di mantenere gli stessi al livello più basso possibile, e deve inoltre favorire la circolazione dei prodotti fra gli Stati Parti, allo scopo di permettere una ripartizione ottimale delle attività in funzione della produttività e della capacità di adattamento delle imprese¹²⁹. La pratica della fissazione dei prezzi porta in questo senso alla creazione di una pericolosa situazione artificiale diretta ad eliminare ogni forma di concorrenza.¹³⁰

Questa condotta è stata definita dalla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti in diverse decisioni¹³¹, tra le quali va segnalata la sentenza *Socony-Vacuum Oil Co.* del 1940, nella quale il giudice Douglas afferma che:

"(...) a combination formed for the purpose and with effect of raising,

¹²⁹ MERCIER, Pierre et al. *Opus cit.*, p. 95.

¹³⁰ Tale conseguenza della pratica di fissazione di prezzi veniva già denunciata dalla Suprema Corte degli Stati Uniti, che nella sentenza *United States v. Trenton Potteries* (273 U.S. 392), emanata nel 1927, ha affermato: *"The aim and result of every price-fixing agreement, if effective, is the elimination of one form of competition. The power to fix prices, whether reasonably exercised or not, involves power to control the market and to fix arbitrary and unreasonable prices. The reasonable price fixed today may through economic and business changes become the unreasonable price of tomorrow. Once established, it may be maintained unchanged because of the absence of competition secured by the agreement for a price reasonable when fixed. Agreements which create such potential power may well be held to be in them selves unreasonable or unlawful restraints, without the necessity of minute inquiry whether a particular price is reasonable or unreasonable as fixed and without placing on the government in enforcing the Sherman Law the burden of ascertaining from day to day whether it has become unreasonable through the mere variation of economic conditions. Moreover, in the absence of express legislation requiring it, we should hesitate to adopt a construction making the difference between legal and illegal conduct in the field of business relations depend upon so uncertain a test as whether prices are reasonable - a determination which can be satisfactorily made only after a complete survey of our economic organization and a choice between rival philosophies"*. Vedi anche sull'argomento: POSNER, Richard A. et EASTERBROOK, Frank. *Antitrust. Cases, Economics Notes and Other Materials*. St. Paul: West Publishing Co., 1981, p. 113. E' Interessante sottolineare che la frase *"The reasonable price fixed today may through economic and business changes become the unreasonable price of tomorrow"*, - affermata dalla Suprema Corte statunitense nell'ambito questa sentenza - è entrata a far parte della giurisprudenza brasiliana tramite il voto del Consigliere del CADE Carlos Eduardo Vieira de Carvalho che, nel Processo n° 53/92, ha affermato: *"o preço razoável de hoje pode tornar-se o preço não razoável de amanhã"*.

¹³¹ Thomas Sullivan e Herbert Hovenkamp sottolineano alcuni dei principali casi giudicati dalla Corte Suprema statunitense in materia di fissazione di prezzi: *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918); *United States v. Trenton Potteries Co.*, 237 U.S. 392 (1927); *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344 (1933); *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940); *Maple Flooring Manufacturers Association v. United States*, 268 U.S. 563 (1925); *United States v. Container Corporation of America*, 393 U.S. 333 (1969); *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422 (1978); *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System*, 441 U.S. 1 (1979); *Catalano, Inc. v. Target Sales, Inc.*, 446 U.S. 643 (1980); *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982); *National college Athletic Association v. Board of Regents*, 468 U.S. 85 (1984). In:

depressing, fixing, pegging, or stabilizing the price of a commodity in interstate or foreign commerce is illegal per se”.

E' bene sottolineare a tale riguardo che l'uniformità di prezzi fra concorrenti non è, di per sé stessa, un atto illegale. In questo senso, come affermato da Ivo Van Bael e Jean-François Bellis, quando un'impresa modifica i suoi prezzi, i suoi concorrenti, di norma, si comportano di conseguenza. L'uniformità dei prezzi non provoca di per sé l'applicazione dell'art. 85 (1); tale conclusione cambia tuttavia allorché tale comportamento parallelo nella politica dei prezzi derivi da un'azione concordata dei concorrenti¹³².

Roberto Pardolesi definisce la pratica di fissazione di prezzi illecita come quella che miri a, o abbia l'effetto di, cortocircuitare la libera determinazione individuale del prezzo e, quindi, la sua naturale (o supposta tale) flessibilità.¹³³

Gli accordi diretti alla fissazione dei prezzi, insieme ad altri accordi tipici che saranno trattati in questo capitolo, s'inquadrano nella categoria degli accordi orizzontali. Come sappiamo, questi accordi intercorrono tra soggetti attivi al medesimo stadio del processo produttivo o distributivo, comportando una convergenza d'interessi che dovrebbero, in astratto, dispiegarsi in autonomia.¹³⁴

Nell'ambito del diritto comunitario, tale comportamento è stato ed è combattuto sia dalla Commissione, attraverso una serie di atti normativi, sia dalla Corte di Giustizia, attraverso le sentenze emanate nel corso degli anni. La Commissione in particolare ha pubblicamente affermato che l'attività relativa alla fissazione dei prezzi costituisce “la concorrenza in una delle sue forme essenziali”.¹³⁵

Nell'opera “*Il potere e l'antitrust*”, Giuliano Amato¹³⁶ illustra l'azione sviluppata dagli organi comunitari attraverso una significativa sentenza, emanata nel 1972, della Corte di Giustizia, concernente il caso *Dyestuffs*¹³⁷. Nella sentenza in esame, Amato evidenzia come la Corte abbia esaminato una decisione della Commissione che

SULLIVAN, Thomas et HOVENKAMP, Herbert. *Opus cit.*, p. 189-279.

¹³² VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, 586.

¹³³ PARDOLESI, Roberto. *Opus cit.*, p. 202.

¹³⁴ Idem, p. 199

¹³⁵ GUCE, 1985, L 85/1, pag. 21.

¹³⁶ AMATO, Giuliano. *Il Potere e l'Antitrust*. Bologna: Il Mulino, 1998, p. 56.

¹³⁷ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 14 luglio 1972, causa 48/69, *Dyestuffs v. Commissione*. Vedi inoltre la decisione della Commissione Europea in 24 luglio 1969 (*Dyestuffs*, 69/243/CEE).

puniva un gruppo di imprese che aumentavano simultaneamente i prezzi sul mercato dei coloranti con eguali progressioni nei diversi mercati nazionali. Davanti alla Corte furono sostenuti – non senza fondamento tecnico – i classici argomenti risalenti alle ragioni dell'efficienza (per spiegare il comportamento parallelo): si disse che la divisione attraverso i prezzi dei mercati nazionali permetteva di fornire la necessaria assistenza tecnica agli utilizzatori e di provvedere con immediatezza alle spedizioni (che dovevano avvenire per piccole quantità attraverso le reti nazionali degli agenti). La Corte ha interpretato il fatto in base al rapporto diretto creato fra un produttore e un importante utilizzatore di un altro Stato membro. In questo caso, come affermato da Amato, il prezzo per l'utilizzatore rimaneva quello fissato in quello Stato, dimostrando che le ragioni di efficienza non erano in realtà determinanti e che la segmentazione così realizzata veniva ad isolare gli utenti nei rispettivi mercati nazionali, impedendo la concorrenza dei produttori nel mercato comune.

Grazie alla massiccia opera di controllo degli accordi, gli organi comunitari hanno potuto, come evidenziato da Roberto Pardolesi¹³⁸, estendere considerevolmente il novero delle pratiche dirette a fissare illecitamente i prezzi. Questo risultato legittima l'auspicio che, nell'opera dell'interpretazione dell'articolo 6, gli organi a ciò deputati facciano tesoro della prassi pluridecennale in materia antitrust della Comunità Europea.

In quest'ambito, ancora molte sono le decisioni della Corte degne di rilievo e tra queste va evidenziata quella relativa al caso *Fedetab* del 1980¹³⁹, avente ad oggetto l'imposizione di margini da osservare nello stabilimento dei prezzi di mercato. La Corte

¹³⁸ PARDOLESI, Roberto. *Opus cit.*, p. 203.

¹³⁹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 29 ottobre 1980, cause 209/78, 210/78, 211/78, 212/78, 213/78, 214/78, 215/78 e 218/78. Come evidenziato da Ivo Van Bael e Jean-François Bellis, in questa sentenza è stato: "(...) proibito un accordo stipulato tra produttori di tabacco relativo ai margini massimi da attribuire a certe categorie di grossisti e dettagliante. Tali produttori, sulla base di alcuni accordi e decisioni, avevano classificato i grossisti ed i dettaglianti in alcune categorie determinate (basandosi, fra le altre cose, sulle vendite annuali ed il numero di marchi venduti) ed avevano determinato il margine di profitto per ciascuno di essi". In: VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 582. Gli autori ancora citano, in quest'ambito, l'importante commento fatto – nel processo – dalla Commissione al sistema, asseverando che questo costituiva: "restrizioni alla concorrenza sia per i fabbricanti che per i grossisti; i fabbricanti erano così privati della possibilità di farsi concorrenza nel campo dei margini di profitto ed i grossisti in quello dei servizi che rendono ai produttori. Infatti, i margini delle diverse categorie di intermediari commerciali erano direttamente fissati da una percentuale identica del prezzo di cessione senza cioè tenere conto dello sforzo concorrenziale fornito individualmente da ciascuno di questi intermediari dal punto di vista della qualità e del tipo di servizio (...) l'interdipendenza tra la concessione di detti margini e il numero di marche nel magazzino offerte dagli intermediari si traduce per questi ultimi (...) in una restrizione sensibile di concorrenza in quanto li obbliga a prevedere delle scorte di talune marche di sigarette la cui vendita è molto bassa e che immobilizzano inutilmente una parte della loro liquidità di cassa".

dichiarò illecita questa condotta ritenendo che fosse restrittiva della concorrenza.

Lo stesso è avvenuto per il caso di imposizione di divieti e di limitazioni nella concessioni di sconti, di ribassi in forma di *bonus* o nell'acquisto dell'usato, nonché nelle concessioni di credito a condizioni privilegiate, condotte tutte dichiarate "fuori legge" dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Vlaamse Reisbureaus*¹⁴⁰ del 1997, oltre che, in precedenza, nella Decisione *Vimpoltu*¹⁴¹, emanata dalla Commissione europea nel 1983.

L'introduzione di listini-prezzi che vengano a limitare la facoltà di variare o anche ignorare i prezzi, furono prese in considerazione e dichiarate illegali nell'ambito della decisione *Intesa franco-giapponese nel settore dei cuscinetti a sfera*.¹⁴²

Nella decisione *Nuovo CEGAM*, emanata nel 1984¹⁴³ è stata poi dichiarata l'illegalità delle condotte che fissino prezzi lordi o *basic rates* su cui parametrare ogni residua concorrenza di prezzo netto.

Ancora, il divieto di atti che stabiliscano relazioni di prezzo fra prodotti non omogenei, sclerotizzando i processi di sostituzione, fu considerato illegale dal

¹⁴⁰ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 1.º ottobre 1987, causa 311/85, punti 9 e 10: "La prima questione, anche se nomina espressamente solo l'art. 85, n. 1, del Trattato va intesa, come hanno suggerito i governi belga e francese nonché la Commissione, nel senso che mira ad accertare se il fatto che uno Stato membro imponga, con una disposizione di legge o di regolamento, alle agenzie di viaggio di osservare i prezzi e le tariffe stabilite dai "tour-operators", vieti alle stesse agenzie di dividere le commissioni riscosse per la "vendita" di detti viaggi con i clienti o di concedere loro sconti, nonché consideri tali comportamenti come atti di concorrenza sleale sia compatibile con gli obblighi imposti agli stati membri dall'art. 5 del trattato CEE, in relazione agli artt. 3, f), e 85 dello stesso trattato. A questo proposito, è opportuno ricordare che, conformemente alla costante giurisprudenza della corte (si veda da ultimo la sentenza 30 aprile 1986, ASJES, da 209 a 213/84, racc. 1986, pag. 1425), se e vero che gli artt. 85 e 86 del Trattato riguardano il comportamento delle imprese e non provvedimenti legislativi o regolamentari degli Stati membri, resta il fatto che il Trattato impone a questi di non adottare né mantenere in vigore provvedimenti che possono eliminare l'efficacia pratica di dette disposizioni. Secondo la giurisprudenza della Corte, ciò avverrebbe in particolare nell'ipotesi in cui uno stato membro imponesse o favorisse la stipulazione di intese incompatibili con l'art. 85 o ne rafforzasse gli effetti."

¹⁴¹ Commissione Europea, 13 luglio 1983, 83/361/CEE, Articolo 1: "La decisione del 27 maggio 1980, della Vereniging van Importeurs van en Groothandelaren in land- en tuinbouwmachines, « Vimpoltu », che stabilisce sconti massimi e condizioni di fornitura e di pagamento e prevede norme per quanto riguarda le azioni particolari di vendita e lo scambio di informazioni sui prezzi, costituisce un'infrazione all'articolo 85, paragrafo 1, del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea".

¹⁴² Commissione Europea, 29 novembre 1974, 74/634/CEE, Articolo 1: "L'accordo concluso nel 1972, tra le società francesi S.K.F., Compagnie d'applications mécaniques S.A. e S.N.R., Société nouvelle de roulements e le società giapponesi Nippon Seiko Kaisha, N.T.N. Toyo Bearing Kaisha, Koyo Seiko Ltd. e Fujikoshi Ltd., mirante ad un aumento dei prezzi dei cuscinetti a sfere d'origine giapponese sul mercato francese ed integratosi segnatamente nella lettera del 10 marzo 1972 della Japan Bearing Industrial Association e nella lettera del 27 aprile 1972 della Chambre nationale syndicale de la mécanique de haute précision, costituisce un'infrazione dell'articolo 85, paragrafo 1, del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea".

Oberlandgericht di Dusseldorf nel caso *WuW/E*. Questa sentenza, emanata da un Tribunale nazionale tedesco, ha trovato subito il consenso della dottrina in materia¹⁴⁴, non ultimo quello di Roberto Pardolesi¹⁴⁵.

D'accordo con la decisione *Zinc Producer Group* del 1984, sono considerate inoltre illecite le condotte che determinino i prezzi di componenti del prodotto finale.¹⁴⁶

Anche le esclusioni della facoltà di presentare offerte senza previa consultazione fu colpita dalla Commissione, che le ha dichiarate illegali nella decisione *Cilindri colati in ghisa ed in acciaio*, del 1983.¹⁴⁷

La medesima cosa è accaduta nella decisione *Accordo fra produttori di vetro per contenitori* emanata nel 1974, relativamente ad azioni che imponevano il non distacco dai prezzi pubblicati¹⁴⁸, e nella sentenza *Papiers Peints* concernente le condotte che non permettevano la divulgazione di eventuali deviazioni.¹⁴⁹

Ancora sono stati severamente vietati dal diritto comunitario gli atti che vietino vendite sotto costo¹⁵⁰, raccomandino prezzi da applicare¹⁵¹, vincolino a praticare prezzi

¹⁴³ Commissione Europea, 30 marzo 1984, 84/191/EEC.

¹⁴⁴ OLG Dusseldorf *WuW/E*, OLG 2137.

¹⁴⁵ PARDOLESI, Roberto. *Opus cit.*, p. 203.

¹⁴⁶ Commissione Europea, 6 agosto 1984, 84/405/CEE, Articolo 1: "1. Le seguenti imprese: Billiton Nederland BV, Metallgesellschaft Aktiengesellschaft, Société minière et métallurgique de Penarroya SA, Preussag Aktiengesellschaft, Rio Tinto Zinc Corporation PLC, Union minière SA, hanno commesso infrazioni all'articolo 85, paragrafo 1 del Trattato CEE in quanto a partire dal 10 luglio 1964 esse hanno, direttamente o indirettamente, tramite imprese da esse controllate o acquisite: concordato sino all'ottobre 1977 un prezzo dello zinco alla produzione (...)"

¹⁴⁷ Commissione Europea, 17 ottobre 1983, 83/546/CEE, Articolo 1: "1. Le imprese ed associazioni figuranti nella parte I dell'allegato hanno violato l'articolo 85, paragrafo 1, del Trattato partecipando, in una o più occasioni nel corso del periodo compreso fra il 1° gennaio 1968 e il 21 giugno 1980, ad uno o più accordi internazionali e pratiche concordate, nel cui ambito esse si sono consultate preliminarmente sui prezzi prima di effettuare offerte sui mercati nazionali reciproci, hanno convenuto rialzi generali dei prezzi ed instaurato temporaneamente un sistema di attribuzione degli ordini."

¹⁴⁸ Commissione Europea, 15 maggio 1974, 74/292/CEE, Articolo 1: Costituiscono delle infrazioni alle disposizioni dell'articolo 85, paragrafo 1, del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea: a) le seguenti clausole dell'accordo definito come "regole di concorrenza leale" intervenute fra i produttori di vetro per contenitori indicati al successivo articolo 4: (...) A.7. che presume come sleale la deroga, segreta o meno, ai listini prezzi pubblicati e che ammette come unico mezzo per combattere delle nuove misure di prezzo di un concorrente, il mero adeguamento al prezzo di questo concorrente, senza poter scendere al di sotto di esso; B.2. relativa alla pubblicazione di listini individuali di prezzi e di ribassi (...)"

¹⁴⁹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 26 novembre 1975, causa 73/74.

¹⁵⁰ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 17 ottobre 1972, causa 8/72, *Vereinigting van Cementhandeleren*: "A) pregiudizio per il gioco della concorrenza nel mercato comune: 15/17 la ricorrente sostiene che, dopo l'abolizione del sistema di "prezzi imposti" - che sarebbe stato applicato solo ad una parte modesta delle vendite - sussiste ormai solo un sistema di "prezzi indicativi". Questi - del resto scarsamente osservati in pratica - lungi dal costituire un vincolo per gli aderenti, sarebbero in realtà solo un criterio di calcolo che lascerebbe quasi intatta la libertà, per ciascuno degli aderenti, di stabilire i propri prezzi in base alle circostanze del caso singolo. Comunque, posto che le differenze di

franco destino¹⁵², stabiliscano un sistema collettivo d'imposizione dei prezzi di rivendita¹⁵³, predeterminino i vincitori di gare d'appalto, prescrivendo agli altri membri,

prezzo alla produzione sono di scarso rilievo nel ramo di cui trattasi, la concorrenza verrebbe soprattutto sui restanti aspetti dei negozi, quali la qualità della merce e i servizi resi ai clienti. 18/20 l'art. 85, n. 1 del Trattato dichiara espressamente incompatibili col Mercato Comune le intese che consistono nel "fissare direttamente o indirettamente i prezzi (...) di vendita ovvero altre condizioni di transazione". Se un sistema di prezzi di vendita imposti e manifestamente in contrasto con detta norma, il regime dei "prezzi indicativi" non lo è meno. Non è infatti concepibile che le clausole dell'intesa relative alla determinazione dei "prezzi indicativi" non abbiano alcuna rilevanza pratica. 21/22 In realtà, la fissazione di un prezzo – sia pure meramente indicativo – pregiudica il gioco della concorrenza in quanto consente a ciascun partecipante di prevedere quasi con certezza quale sarà la politica dei prezzi dei suoi concorrenti. Il margine d'incertezza è tanto più ridotto in quanto, alle norme relative ai "prezzi indicativi" si accompagna l'obbligo di realizzare sempre un utile comprovabile."

¹⁵¹ Commissione Europea, 23 aprile 1986, 86/398/CEE, *Polipropilene*, Articolo 1: "(...) hanno violato l'articolo 85, paragrafo 1, del Trattato CEE, partecipando (...) ad un accordo e pratica concordata concluso alla metà del 1977, in base al quale i produttori fornitori di polipropilene nel territorio della CEE: a) si tenevano in contatto reciproco e si incontravano periodicamente (dall'inizio del 1981, due volte al mese) in una serie di riunioni segrete per discutere e definire le proprie politiche commerciali; b) stabilivano periodicamente prezzi «obiettivo» (o minimi) per la vendita del prodotto in oggetto in ciascuno Stato membro della CEE; c) concordavano vari provvedimenti intesi a facilitare l'attuazione di tali prezzi-obiettivo, compresi (a titolo principale) riduzioni temporanee della produzione, lo scambio d'informazioni particolareggiate sulle proprie forniture, l'organizzazione di riunioni locali e, dagli ultimi mesi del 1982, un sistema di «direzione contabile», volto ad applicare gli aumenti di prezzi a singoli clienti; d) aumentavano simultaneamente i prezzi in applicazione di detti obiettivi (...)".

¹⁵² Commissione Europea, 15 maggio 1974, 74/292/CEE, *Accordo fra produttori di vetro per contenitori*, Articolo 1: "Costituiscono delle infrazioni alle disposizioni dell'articolo 85, paragrafo 1, del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea: d) l'accordo relativo all'applicazione collettiva ed esclusiva di un sistema di prezzi franco destino". Su questa pratica è significativo il commento di Roberto Pardolesi: "Lo schema del *delivered price*, che ha la sua versione più raffinata nella tecnica del *basing point*, serve a garantire l'operatività del cartello alle prese con onerose spese di trasporto, evitando che i suoi membri, concordi sul prezzo base del prodotto, ingaggino un'indesiderata concorrenza di *placement*, a colpi di riduzione nell'addebito dei costi di trasporto. Altro problema è se la diffusione del *basing point pricing* nell'intero comparto industriale, in assenza di esplicita concertazione, debba considerarsi anticompetitiva. Se si assume, infatti, che i venditori, in un mercato pur densamente popolato sul versante dell'offerta, dispongano individualmente di un certo potere di mercato su talune classi di clienti – per es., quelli con collocazione assai prossima ai suoi impianti e lontana, invece, da quelli dei concorrenti, in un contesto merceologico in cui le spese di trasporto hanno grande incidenza – , la discriminazione di prezzo da *basing point*, che consente di competere al margine senza ridurre le tariffe praticate ai *captive customers*, presenta un valenza positiva". In: PARDOLESI, Roberto. *Opus cit.*, p. 204, nota 143. Vedi ancora CARLTON, A. A Reexamination of Delivered Price Systems. *Journal Law & Economics*, n.° 22 (1983), p. 51.

¹⁵³ Commissione Europea, 12 dicembre 1988, 89/44/CEE, *Accordo per la vendita di libri a prezzo netto*, Articolo 1: "I seguenti accordi, decisioni e regolamenti costituiscono un'infrazione all'articolo 85, paragrafo 1 del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, nella misura in cui si applicano al commercio di libri tra Stati membri: a) i *Net Book Agreements* (accordi sul prezzo netto dei libri) del 1957, stipulati nell'ambito della Publishers Association tra le imprese elencate negli allegati I e II della presente decisione b) le decisioni della Publishers Association relative agli sconti alle biblioteche e agli agenti rivenditori e agli sconti di quantità, c) il cosiddetto *Code of Allowances* (codice delle riduzioni) elaborato e pubblicato dalla Publishers Association, d) i regolamenti dei club del libro della Publishers Association, e) le decisioni della Publishers Association riguardanti le condizioni applicabili nella fiera annua nazionale del libro, f) la decisione della Publishers Association relativa alle condizioni con l'inclusione delle librerie nel *Directory of Booksellers* (repertorio delle librerie)". Roberto Pardolesi commenta questa condotta illegale: "L'imposizione del prezzo di rivendita si vuole serva a garantire il rispetto dell'accordo di cartello, attenuando il pericolo di *cheating*: il commerciante che abbia fruito di uno sconto, in violazione dell'intesa, non può trasferire quest'agevolazione ai consumatori, offrendo le

in fervida attesa di carrozze di ritorno, di presentare offerte fittizie¹⁵⁴, delineino criteri di *fair price* e condannino ad un tempo pratiche 'scorrette', prefigurando la forbice entro cui occorre attestare l'offerta¹⁵⁵, e, infine, regolino le condizioni di offerta di beni e servizi, nella misura in cui tali vincoli operano nel senso di uniformare il 'pacchetto' contrattuale, contribuendo all'allineamento dei prezzi.¹⁵⁶

Nell'ambito del diritto interno brasiliano, che ha notevolmente influenzato i fondamenti dell'*antitrust* del MERCOSUL, è possibile constatare una politica di duro contrasto rispetto alle condotte dirette a controllare artificialmente i prezzi¹⁵⁷. Il principale attore di tale azione è stato il CADE, che vanta parecchie decisioni in materia, tra le quali è di particolare rilievo quella riguardante le tre imprese siderurgiche brasiliane – Usiminas, CSN e Cosipa – che, in una decisione emanata il 17 ottobre 1999, sono state multate con 51 milioni di *reais* (all'epoca pari a 32 milioni di dollari statunitense) per aver concordato nel luglio 1996 un aumento simultaneo dei prezzi dell'acciaio piano.¹⁵⁸

merce a condizioni più vantaggiose, sì che il produttore infedele vede scemare la proficuità della tattica, il cui unico effetto sarebbe quello di dilatare i margini del distributore. La tesi (...) riscuote largo suffragio, tagliando trasversalmente le scuole di *antitrust* (...)" . In: PARDOLESI, Roberto. *Opus cit.*, p. 204, nota 144. Vedi anche ECSTEIN, W. Vertikale Preisbindung und Produzentenwettbewerb als wettbewerb unter besonderer Berücksichtigung des Preiswettbewerbs in § 16 GWB, in *Wertewettbewerb als Aufgabe. Nach 10 Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. Bad Homburg, 1968, p. 209, p. 212 ss; PITOFISKY, R. The Sylvania case: Antitrust Analysis of Non-price Vertical Restrictions. *Columbia Law Review*, n.° 78 (1978), p. 15-16.

¹⁵⁴ Bundesgerichtshof, 23 aprile 1959.

¹⁵⁵ Commissione Europea, 12 dicembre 1988, 89/44/CEE, *Accordo per la vendita di libri a prezzo netto*, vedi nota 50.

¹⁵⁶ Commissione Europea, 13 luglio 1983, 83/361/CEE, *Vimpoltu* (vedi nota 38).

¹⁵⁷ Di particolare interesse, in quest'ambito, il commento fatto dal giurista brasiliano José Cretella Junior al dispositivo dell'articolo 21, 1), della Legge brasiliana n.° 8.884/94: "*Cada pessoa ou empresa deverá fixar e praticar os preços e as condições de venda de bens. Ou de prestação de serviços. Trata-se de conduta normal, corrente incensurável. O que a Lei reprime é a imposição de preços excessivos ou o aumento injustificado de preços. Se, porém, o preço do produto, ou sua elevação, tão-só, for influenciado pela introdução de melhorias de qualidade ou pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, não se configura conduta caracterizadora de infração da ordem econômica. O que o dispositivo proíbe é o 'acordo', o 'concerto', o 'conchavo' da empresa concorrente, na fixação ou prática de preços e condições, sob qualquer forma, conduta prejudicial, vedada por trazer sensível dano à ordem econômica*". In: CRETTELA Jr., José. *Comentários à Lei Antitruste*. São Paulo: Forense, 1996, p. 76.

¹⁵⁸ Il giornale brasiliano *Folha de São Paulo* ha dato notizia dell'avvenimento nell'edizione del 28 ottobre 1999: "*O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) determinou, ontem, a aplicação de uma multa de R\$ 51 milhões nas siderúrgicas Usiminas, CSN e Cosipa, condenadas pela prática de cartelização. (...) No processo julgado ontem, o CADE analisava uma denúncia feita pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, segundo o qual a Usiminas, a CSN e a Cosipa teriam combinado um reajuste simultâneo e comum nos preços de aços planos em julho de 1996*". Informa ancora *Folha de São Paulo* del 29 ottobre 1999 che le multe applicate alle imprese siderurgiche sono state le prime applicate dal CADE in materia di accordi fra imprese diretti alla restrizione della concorrenza: "O

Ancora può essere citato il caso degli ospedali dello Stato di Sergipe, che praticavano identica tabella di prezzi per i servizi prestati, senza tenere in debito conto le differenze esistenti fra i vari stabilimenti.¹⁵⁹

Anche la giurisprudenza argentina annovera decisioni importanti in materia: è il caso, tra gli altri, della *Junta de Representantes de Compañías Aéreas* e di altre imprese di trasporto aereo – tra altre le due più grandi imprese argentine dell'area, la *Aerolíneas Argentinas* e la *Austral* –, accusate dalla *Asociación Argentina de Agencias de Viajes y Turismo*¹⁶⁰ di aver organizzato un cartello per la fissazione di prezzi per ridurre le commissioni di vendita alle agenzie di viaggio. In base ad una risoluzione emanata dall'IATA¹⁶¹ ed applicata dalle imprese aeree accusate, la CNDC ha giudicato lecite le condotte svolte dalle imprese suindicate¹⁶², assolvendole da qualsiasi accusa in materia di fissazione dei prezzi.¹⁶³

b) Al punto II, l'articolo 6 contempla la condotta diretta a:

"obter ou influir na adoção de condutas comerciais uniformes ou concertadas entre competidores" (articolo 6, II).¹⁶⁴

Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE, aplicou anteontem, pela primeira vez, multas por formação de cartel. A decisão unânime dos conselheiros do órgão federal, à qual ainda cabem recursos, autou três grandes empresas siderúrgicas que teriam combinado aumentos comuns e simultâneos no preço de aço planos".

¹⁵⁹ *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, processo n.º 53/92. Vedi anche FORGIONI, Paula. *Opus cit.*, p. 331, nota 22.

¹⁶⁰ *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*, Expte 064-002388/97 (C. 413), caso *Asociación Argentina de Agencias de Viajes y Turismo*.

¹⁶¹ Associazione Internazionale per il Trasporto Aereo.

¹⁶² Secondo la contestazione fatta dalle imprese aeree argentine, accolta dalla CNDC, la risoluzione n.º 16a dell'IATA – organo che regge internazionalmente i rapporti fra le imprese di trasporto aereo e le agenzie di viaggio affiliate alla FUAV – prevedeva la riduzione delle commissioni date alle agenzie di viaggio. Tale previsione è stata frutto di negoziazioni in cui hanno potuto partecipare attivamente le linee aeree dell'IATA e le agenzie della FUAV. Questi negoziati culminarono nell'approvazione della succitata risoluzione, che stabiliva una commissione del 9% sul prezzo di riferimento dei biglietti aerei.

¹⁶³ Un altro caso verificatosi in Argentina e concernente la condotta di fissazione di prezzi è quello in cui l'impresa *Plan Ovalo S.A.* – e posteriormente altre – è stata accusata d'imporre delle restrizioni nella contrattazione delle assicurazioni di automobili acquistate mediante un piano di risparmio per fini determinati, e nella fissazione di prezzi di tali assicurazioni tramite un supposto cartello coinvolgente le Società Amministratrici e le imprese di assicurazione. Come si può rilevare dall'inchiesta svolta, così come dal parere emanato dalla CNDC (expte. N.º 064-002588/97) nel 1999, le imprese denunciate sono state assolte dalle accuse presentate.

¹⁶⁴ "ottenere o influire nell'adozione di condotte commerciali uniformi o concertate fra competitori". Il testo trova un'identica redazione nel comma 2 dell'articolo 21 della Legge brasiliana n.º 8.884/94.

Ottenere, ovvero, influire nell'adozione di condotte commerciali uniformi o concertate fra competitori è, secondo José Cretella Junior¹⁶⁵, un illecito diviso in due fattispecie. Secondo l'autore, la prima, c.d. "attiva", coincide con le azioni dirette a indurre (*influir*) un competitore ad adottare una condotta illegale, mentre la seconda, c.d. "passiva", consiste nell'ottenimento della condotta illegale da parte del terzo competitore a prescindere dal risultato per colui che l'influenza.

Paula Forgioni evidenzia come nel diritto brasiliano un esempio della predetta fattispecie sia costituita dalle tabelle degli onorari imposte dalle associazioni di categoria, tra le quali l'esempio più evidente è quello della tabella imposta dall'Ordine degli Avvocati (OAB). Generalmente, come giustamente sottolineato dall'Autrice, queste tabelle fungono da indirizzo nella fissazione dei prezzi da parte degli associati; tuttavia nel caso dell'OAB sussiste l'obbligo di tenere come prezzo minimo quello imposto dalla tabella, con l'evidente effetto di uniformare, dal basso, i prezzi per le prestazioni professionali, impedendo così che la competizione possa esplicare effetti benefici su questi ultimi. Va evidenziato a tale riguardo che, riteniamo per motivi evidentemente politici, il CADE si è dichiarato incompetente ad esaminare l'illecito.¹⁶⁶

Quest'organo tuttavia, nel corso della sua attività e tramite una ricca casistica, ha potuto consolidare una efficace giurisprudenza in materia d'imposizione di tabelle di prezzi, che, nella maggioranza dei casi, ha ad oggetto le attività delle associazioni di categoria dirette ad imporre tabelle allo scopo di uniformare i prezzi praticati dai professionisti ai loro affiliati.¹⁶⁷

Nota in questo senso, tra gli altri, è il caso concernente la tabella degli onorari

¹⁶⁵ CRETTELA Jr., José. *Opus cit.*, p. 77.

¹⁶⁶ FORGIONI, Paula. *Opus cit.*, p. 335. Vedi anche *Folha de São Paulo*, 23 settembre 1995.

¹⁶⁷ Caso interessante è quello riguardante il processo n.° 121/92, nel quale il Pubblico Ministero dello Stato di São Paulo ha denunciato al CADE il *Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de São Paulo* e la *Federação Interestadual de Escolas Particulares*, entrambe associazioni di scuole private medie ed elementari. Nella denuncia fatta dal *parquet* dello Stato di São Paulo, le associazioni erano accusate di indurre le scuole affiliate ad adottare contratti uniformi di prestazione di servizi, risultando in aumenti nelle mensilità. A rafforzare la denuncia c'è stata l'informazione pervenuta al Pubblico Ministero sul fatto che i due enti denunciati avrebbero dovuto organizzare un grande congresso a livello nazionale con tutti i sindacati affiliati, nel quale sarebbe stata diffusa la condotta illegale. Dopo aver svolto un'indagine preliminare, il CADE si è astenuto dal giudicare il caso, inviando tutto il processo agli organi federali incaricati della tutela del consumatore. In occasione del processo dinanzi a tali organi, il consigliere relatore del processo, Arthur Barrionuevo Filho, ha sostenuto che tutto il contenzioso, secondo la normativa brasiliana sulla tutela del consumatore - Legge n.° 8.079/90 - , configurerebbe pratica abusiva al consumatore e non più infrazione all'ordine economico.

per le prestazioni mediche stabilita dall'*Associação Médica Brasileira*¹⁶⁸ (AMB), emanata negli anni 90 e condannata con decisione del 1996¹⁶⁹. Questa associazione, tramite la succitata tabella, aveva indotto i suoi affiliati all'adozione di prezzi uniformi, raccomandando agli stessi di rifiutarsi di ricevere clienti provenienti da cliniche non affiliate all'AMB e perciò non soggette alla regola imposta.

Nonostante la tabella degli onorari dell'*Associação Médica Brasileira* fosse chiaramente incompatibile con la normativa di tutela della concorrenza, gli effetti benefici per alcune fasce della categoria trovarono immediatamente degli adepti in altre categorie desiderose di guadagno. Molto presto infatti sono stati rilevati casi analoghi in tutto il Paese. Così è stato per esempio nel caso riguardante il *Sindicato dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília*¹⁷⁰, del 1996, nei confronti del quale il CADE ha applicato una sanzione e ha imposto allo stesso di astenersi dall'influenzare l'adozione da parte dei suoi associati della tabella di onorari medici emanata dall'*Associação Médica Brasileira* – già condannata da una decisione del CADE –, così come dall'applicare qualsiasi criterio simile che abbia per effetto l'adozione di prezzi uniformi fra concorrenti. Il CADE ha inoltre stabilito che il

¹⁶⁸ *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, 14 febbraio 1996, processo n.º 61/93.

¹⁶⁹ La decisione del CADE ha seguito l'opinione del consigliere e relatore del processo Neide Terezinha Mallard: " (...) as associações de profissionais liberais podem influir a conduta de seus associados, em prejuízo da concorrência. É certo que os profissionais liberais são prestadores de serviços especializados, e não fabricantes de mercadorias vendidas em balcão. Seus serviços, na maioria das vezes, são procurados em função da reputação ou do talento individual, sendo a qualidade o elemento concorrencial mais importante neste mercado. Por outro lado, seus códigos de ética profissional ou as leis reguladoras de suas atividades buscam assegurar padrões elevados de serviços, de sorte que o profissional não se oriente apenas pela lucratividade da profissão. Reconhece-se, pois, dentro da própria categoria, não apenas a especialidade, como também a notoriedade. Contam os anos de experiência, a atividade acadêmica, a dedicação à pesquisa, a participação em congressos e seminários, a afiliação a associações científicas, enfim, uma série de atributos e qualidades que, com toda certeza, distinguem o profissional, fazendo sobre ele recair a preferência do paciente. O mesmo se pode dizer quanto às instituições hospitalares e clínicas de saúde. Distinguem-se pelas instalações, recursos humanos, equipamentos, especialidades laboratoriais e radiológicas, localização e hotelaria. Pequenas distinções podem, às vezes, instigar a preferência do consumidor, o que fará com que se desenvolva uma concorrência saudável entre aqueles agentes econômicos da área de saúde (...) as associações dos profissionais liberais que integram esse mercado não podem extrapolar seus objetivos sociais, de cunho técnico, científico e até moral, realizando uma atividade reguladora do mercado, sob o pálio de uma pretensão política de valorização da categoria. Terminam por igualar desiguais e colocar no mesmo nível bons e maus profissionais, passando ao consumidor uma falsa imagem de dignidade e competência técnica". Oltre ad una multa, la decisione stabiliva la cessazione immediata della pratica e sanciva: a) il divieto di divulgare o raccomandare la tabella di onorari medici e servizi ospedalieri o di altro strumento similare che promuova l'uniformizzazione dei prezzi di tali servizi; b) l'ordine di comunicare agli enti associati o vincolati che la tabella esistente non poteva essere utilizzata né riformata; c) l'imposizione agli enti vincolati o associati di comunicare la decisione del CADE agli enti prestatori di servizi medici o intermediari che adottano la tabella della AMB.

¹⁷⁰ *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, 1996, processo n.º 155/94.

sindacato comunicasse ai suoi affiliati che la tabella della AMB non doveva più essere utilizzata come parametro per la remunerazione di servizi prestati.

Casi analoghi a questo sono stati quelli per i quali, nel 1999, il CADE ha dovuto sanzionare l'*Associação Médica de Brasília*, il *Sindicato dos Médicos do Distrito Federal* e l'*Associação dos Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal*. Tutti e tre gli enti infatti, a ben tre anni di distanza dal divieto di utilizzo della tabella di onorari medici dell'*Associação Médica Brasileira*, ancora l'utilizzavano come se niente fosse successo.¹⁷¹

Anche in Argentina si sono verificati casi simili a quelli brasiliani appena esaminati. Nel 1997 la CNDC ha vagliato la denuncia proposta contro l'*Asociación de Clínicas y Sanatorios de Tucumán*, accusata di aver ordinato alle cliniche e laboratori di analisi affiliati di non prestare servizi di nessun tipo ad ambulatori vincolati con altre associazioni, in particolare, a quelli affiliati alla associazione *Coordinadora de Salud*.¹⁷²

Comprovata l'illegalità della condotta praticata dall'*Asociación de Clínicas y Sanatorios de Tucumán*, la CNDC ha consigliato la *Secretaría de Defensa de la Competencia* di ordinare la cessazione della pratica illegale alle cliniche e ai laboratori affiliati alla *Asociación de Clínicas y Sanatorios de Tucumán*, e ad applicare delle sanzioni all'associazione stessa e alle affiliate.

Per quel che riguarda le tabelle di onorari, le motivazioni utilizzate in generale a sostegno del criterio delle tariffe minime ha il suo principale fondamento nelle asimmetrie informative che non permettono al cliente di conoscere *a priori* la qualità dei singoli professionisti ed i loro rendimenti.¹⁷³

Nell'ambito del diritto comunitario, tale pratica fu oggetto di una decisione della

¹⁷¹ *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, 10 marzo 1999, processo n.º 08000.010.318/94-73. Un altro caso riguardante la tabella dell'*Associação Médica Brasileira* è stato quello in cui si è vista coinvolta la *Sociedade de Anestesiologia do Rio Grande do Sul* (12 maggio 1999, processo n.º 08000.027395/95-80). Quest'ultima, un'associazione di categoria, conduceva gli associati ad utilizzare la tabella di onorari medici emanata dalla prima e già condannata dal CADE. Il CADE ha applicato una multa, ha determinato la fine immediata della pratica illegale e ha stabilito che l'associazione pubblicasse una nota, in due giornali regionali, con un riassunto della decisione stessa.

¹⁷² *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*, expte. n.º 064-002330/97.

¹⁷³ Militello ancora afferma: "In queste situazioni, il prezzo è un indicatore di qualità del servizio cercato ed insieme una soglia minima di profittabilità che il professionista ha interesse ad assicurarsi per costruire lo sviluppo della sua impresa. Tuttavia è noto che le tariffe minime non impediscono a professionisti che non possiedono i necessari requisiti di continuare ad offrire servizi di scarsa qualità (...) Per queste ragioni siamo noi convinti che la ricerca e tutela della qualità del servizio vada fatta con altri strumenti rispettosi della concorrenza". In: MILITELLO, Giuliano. *Antitrust e Professioni Liberali*. In RAFFAELI, Enrico. *Antitrust between EC Law and National Law*. Bruxelles: Bruylant, 1998, p.

Commissione emanata nel 1995, in cui l'associazione *COAPI*, formata da consulenti in materia di proprietà intellettuale – persone iscritte come tali al *Registro de la Propiedad Industrial* del governo spagnolo –, stabiliva listini di prezzi per la prestazione di servizi connessi al deposito di un brevetto, alla registrazione di un marchio o di un modello di utilità e ad altre procedure relative alla proprietà industriale, servizi forniti dagli agenti del *COAPI* in Spagna. Nella decisione, la Commissione ha dichiarato che i listini con le tariffe minime stabiliti dalla *COAPI* dal 1987 erano in flagrante infrazione dell'attuale articolo 81, 1), del Trattato di Roma.¹⁷⁴

Anche la Suprema Corte statunitense, tramite la sentenza *Goldfarb*¹⁷⁵ emanata nel 1975, ha potuto esaminare una questione simile a quella sottoposta al CADE che abbiamo visto poco fa, relativa alle tabelle di onorari di avvocati che imponevano delle soglie minime da rispettare¹⁷⁶. In questo caso concreto, il massimo organo giudiziario americano non ha avuto premura: ha dichiarato l'illiceità della pratica¹⁷⁷. Con questa decisione la Corte statunitense ha modificato sensibilmente la giurisprudenza in materia, allargando la giurisdizione dello *Sherman Act* a medici, avvocati, ingegneri e ad altre categorie di liberi professionisti che prima degli anni '70 non erano considerati soggetti alle norme di tutela della concorrenza.

Dopo aver inaugurato questa nuova giurisprudenza con la decisione predetta, la

397.

¹⁷⁴ Commissione Europea, 30 gennaio 1995, 95/188/CE, Articolo 1: "Costituiscono infrazioni all'articolo 85, paragrafo 1, del Trattato CE: a) gli articoli 48 e 49 del regolamento del *Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial* (COAPI); b) le decisioni del COAPI adottate a partire dal 1987 e relative alla fissazione annuale sia delle tariffe minime a carico dei clienti residenti in Spagna, nella misura in cui si riferiscono a dei servizi relativi alle domande per l'ottenimento od il rinnovo di diritti di proprietà industriale all'estero, che delle tariffe minime a carico dei clienti residenti all'estero".

¹⁷⁵ *Supreme Court of the United States*, causa *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773, 790 (1995).

¹⁷⁶ Il problema riguardava una persona che, desiderosa di acquistare una casa, aveva bisogno di un avvocato che seguisse il rilascio dei diversi certificati richiesti dalle autorità americane per il trasferimento della proprietà. Nel rivolgersi a ben 36 diversi avvocati, ha avuto tutti preventivi – dall'acquirente considerato eccessivi – nei quali l'onorario richiesto corrispondeva all'1% del valore dell'operazione, così come definito dalla tabella dell'associazione.

¹⁷⁷ Di grande interesse è il commento fatto da Philipp Areeda e Louis Kaplow alla sentenza, nel quale si indicava il carattere privato dell'associazione come principale causa dell'incompatibilità della tabella di prezzi con il diritto *antitrust*: "*Goldfarb involved the promulgation, by a county bar association, of a schedule of minimum fees for legal services. Lawyers charging less than the minimum were considered unethical and were subject to discipline by the state bar association, acting under general authority conferred by the state Supreme Court, which retained ultimate control over the disciplining of lawyers. The United States Supreme Court denied antitrust immunity and held the restraint subject to the Sherman Act. The state court had not specifically required minimum fee schedules. Thus, price fixing had not been 'required by the state acting as a sovereign'. Although clothed for some purposes in official state garb, the bar associations were made up of private persons dealing with their own economic interests*". In: AREEDA, Philipp et KAPLOW, Louis. *Opus cit.*, 1997, p. 129.

Corte Suprema l'ha rinsaldato con nuove significative sentenze in casi analoghi. Così è avvenuto con la decisione *National Society of Professional Engineers v. United States*, emanata nel 1978. Nella fattispecie, l'associazione, alla quale appartenevano ben oltre 60.000 ingegneri americani, influiva nell'adozione di condotte commerciali uniformi da parte degli associati attraverso una disposizione del codice di etica professionale che imponeva al membro di non contrattare i prezzi dei propri servizi con potenziali clienti fino al momento in cui il cliente non avesse formalmente scelto l'ingegnere che doveva seguire il progetto in causa. Secondo l'associazione, tale divieto era diretto a preservare il tradizionale metodo di selezione degli ingegneri, collegato più alla fama e al prestigio del professionista che ai prezzi di mercato.¹⁷⁸

La Suprema Corte degli Stati Uniti, nell'emanare la sentenza sul caso, ha dichiarato tale divieto incompatibile con la legislazione americana in vigore e ha proibito all'associazione di adottare qualsiasi atto che dichiarasse contraria all'etica professionale la libera competizione fra gli ingegneri.¹⁷⁹

c) Al punto III l'articolo 6 contempla la condotta di:

“regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar inversões destinadas à produção de bens

¹⁷⁸ *Supreme Court of the United States, causa National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978): “In its answer the Society admitted the essential facts alleged by the Government and pleaded a series of affirmative defenses, only one of which remains in issue. In that defense, the Society averred that the standard set out in the Code of Ethics was a reasonable one because competition among professional engineers was contrary to the public interest. It was averred that it would be cheaper and easier for an engineer ‘to design and specify inefficient and unnecessarily expensive structures and methods of construction.’ Accordingly, competitive pressure to offer engineering services at the lowest possible price would adversely affect the quality of engineering. Moreover, the practice of awarding engineering contracts to the lowest bidder, regardless of quality, would be dangerous to the public health, safety, and welfare. For these reasons, the Society claimed that its Code of Ethics was not an ‘unreasonable restraint of interstate trade or commerce’”.*

¹⁷⁹ È di particolare interesse il commento di Sullivan e Hovenkamp circa l'utilizzazione della *rule of reason* nel caso in esame: *“The Court’s analysis in Professional Engineers raised two questions: first, whether the Court would apply the rule of reason to commercial conduct outside a profession and, second, whether the defenses would be limited to economic justifications. In light of the broad per se rule announced in Socony-Vacuum, the resolution of these issues seemed critical, because after Socony-Vacuum the continued vitality of Chicago Board of Trade and Appalachian Coals was questionable. But after Professional Engineers, the rule of reason analysis was ascendant and Socony-Vacuum seemed less important”.* In: SULLIVAN, Thomas et HOVENKAMP, Herbert. *Opus cit.*, p. 242.

ou serviços ou sua distribuição" (articolo 6, III).¹⁸⁰

Le condotte dirette a regolare o limitare i mercati di beni e servizi sono costituite principalmente da pattuizioni aventi ad oggetto limiti alla produzione o alla vendita di ogni impresa partecipante al cartello. Queste condotte non attuano un intervento diretto sul prezzo di mercato, ma una manovra indiretta, che, in contrasto con le regole di domanda e offerta, influisce nello stabilimento finale dei prezzi di beni o servizi.¹⁸¹ In quest'ambito è *communis opinio* che devono essere considerati illeciti anche gli accordi che stabiliscono un tetto alla produzione e che la ripartiscono per quote.

Nella decisione sul caso *Zinc Producer Group*, che riguardava la vicenda di un cartello nel quale le imprese partecipanti avevano tagliato la propria produzione del 20%, con l'effetto di fare lievitare i prezzi, la Commissione ha dichiarato che tale pratica è in chiaro contrasto con l'articolo 85, 1) del Trattato di Roma.¹⁸²

d) Al punto IV l'articolo 6 poi annovera la condotta di:

"dividir os mercados de serviços ou produtos, elaborados ou semi-elaborados, ou as fontes de abastecimento de matérias primas ou os produtos intermediários"

¹⁸⁰ "regolare mercati di beni o servizi, stabilendo accordi per limitare o controllare la ricerca e lo sviluppo tecnologico, la produzione di beni o prestazione di servizi, o per rendere difficili inversioni destinate alla produzione di beni o servizi o alla loro distribuzione". Il testo è identico a quello del comma 10, articolo 21, della Legge brasiliana n.° 8.884/94. Sono due le norme dell'articolo 2 della Legge argentina n.° 25.156 che dichiarano l'illegalità di tali pratiche: "Concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios; h) Regular mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución."

¹⁸¹ PARDOLESI, Roberto. *Opus cit.*, p. 209. Questo tipo d'intesa, ancora secondo l'Autore: "ha qualche probabilità di funzionare laddove le autorità governative richiedono dettagliati rapporti sull'*output*, o sia comunque agevole verificare le quantità vendute".

¹⁸² Commissione Europea, 6 agosto 1984, 84/405/CEE, paragrafo 38: "Il 26 giugno 1968, i produttori convennero di non creare nuove capacità produttive senza prima avvertire lo ZPG. Essi si impegnarono a sottoporre i loro livelli di produzione (tonnellate di zinco prodotto) all'approvazione dell'assemblea generale dello ZPG. Contemporaneamente, essi decisero di ridurre la loro produzione del 20 % (allegato n. 1 al verbale della riunione ZPG). Altri accordi vertenti su limitazioni della produzione di tutte le imprese interessate vennero conclusi negli anni 1967, 1969-1972 (1970: riduzione lineare del 15 %, nota interna di Penarroya del 30 ottobre 1970), e 1974-1976. Per il mese di ottobre 1975, lo ZPG aveva ad esempio stabilito quote di produzione cui tutte le imprese interessate dovevano attenersi. Il quantitativo di riferimento per quel mese si aggirava ad esempio sulle 20.000 tonnellate per Penarroya/Pertusola e sulle 42.000 tonnellate per RTZ (AMSE) (nota interna di AMSE del 13 agosto 1975)".

(articolo 6, IV).¹⁸³

Gli accordi diretti alla divisione dei mercati prevedono un rispetto reciproco dei differenti mercati da parte degli agenti. Secondo Paula Forgioni il rispetto di questa divisione arbitraria ed illegale genera l'isolamento di ogni mercato e, per conseguenza, conduce all'istituzione di monopoli:

*"Um acordo de divisão do mercado, no qual se atribui a cada um dos distribuidores uma parte deste, por óbvio acaba por restringir a livre concorrência entre esses mesmos distribuidores, que passarão a atuar, na parte do mercado que lhes foi destinada, como autênticos monopolistas".*¹⁸⁴

La stessa giurista sostiene che effetti monopolistici possano sorgere mediante altri tipi di pratiche basate sulla divisione del mercato, come, ad esempio, quelle relative ad accordi verticali di esclusività:

*"Bastante semelhante (e apta a produzir os mesmos efeitos) é a situação de exclusividade concedida pelo produtor ao seu distribuidor, para atuação em um determinado mercado relevante geográfico ou material".*¹⁸⁵

Nel contesto comunitario o anche del MERCOSUL, la divisione dei mercati avviene su base regionale, e la distribuzione riguarda i singoli mercati statuali, con il conseguente isolamento su base nazionale¹⁸⁶. Nel caso del MERCOSUL, tali pratiche sarebbero incompatibili con l'integrazione del mercato perseguita dagli Stati parti. Le istituzioni della Comunità europea hanno a più riprese ammonito sugli effetti malefici di

¹⁸³ "dividere i mercati di servizi o prodotti, lavorati o semilavorati, o le fonti di rifornimento di materie prime o i prodotti intermediari". Identica redazione a quella del testo al comma 3, articolo 21 della Legge brasiliana n.º 8.888/94.

¹⁸⁴ "Un accordo di divisione del mercato in cui si attribuisce ad ogni uno dei distributori una parte di questo ovviamente finisce per restringere la libera concorrenza fra gli stessi distributori, che opereranno, nella parte del mercato che è stata loro destinata, come autentici monopolisti". In: FORGIONI, Paula. *Opus cit.*, p. 349.

¹⁸⁵ "Molto somigliante (ed adatta a produrre gli stessi effetti) è la situazione di esclusività concessa dal produttore al suo distributore, per l'attuazione in un determinato mercato rilevante geografico o materiale". In: Idem.

¹⁸⁶ VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 596.

tali condotte nell'ambito di un fenomeno d'integrazione economica: in quest'ambito va segnalata la Prima relazione sulla politica della concorrenza della Commissione Europea:

“Le ripartizioni pure e semplici di mercati hanno effetti particolarmente restrittivi della concorrenza e sono contrari all'obiettivo consistente nella realizzazione di un mercato unico. Gli accordi o pratiche concordate sulla ripartizione di mercati sono generalmente basati sul principio del rispetto reciproco dei mercati nazionali di ogni Stato membro a vantaggio dei produttori che vi sono stabiliti; la sua applicazione si propone direttamente, e con effetto immediato, la soppressione degli scambi tra gli Stati interessati. La protezione del mercato consente ai produttori nazionali di applicare una politica commerciale e in particolare una politica di prezzi che si sottrae alla concorrenza proveniente dai membri dell'intesa situati negli Stati membri, politica che può essere talvolta mantenuta solo perché non c'è alcuna perturbazione da temere. Con il sistema della fissazione delle quote di forniture in rapporto al totale delle vendite, eventualmente corredato da un meccanismo di compensazione dei quantitativi, volto ad assicurarne il rispetto, i membri dell'intesa rinunciano alla possibilità di vantaggi nei confronti dei loro concorrenti praticando una politica di vendite individuali; l'obiettivo del mantenimento del rapporto di forze, cristallizzato dalle quote, pregiudica il commercio intracomunitario allorquando il contingentamento delle vendite è applicato a uno o più mercati all'interno della Comunità”.¹⁸⁷

L'esperienza *antitrust* in generale dimostra che gli accordi per la divisione dei mercati vengono spesso accompagnati da altre forme di condotte restrittive della concorrenza. Più che altro, la divisione dei mercati servirebbe come una base solida per lo svolgimento di pratiche ancora più depredatrici, come la fissazione dei prezzi e le regole di esclusività. Esempio a tale riguardo è il caso *Vetro Piano*¹⁸⁸, nel quale la

¹⁸⁷ COMMISSIONE EUROPEA. I Relazione sulla Politica della Concorrenza. Bruxelles: UPUCE, 1971, p. 18.

¹⁸⁸ Commissione Europea, 7 dicembre 1988, *Flat Glass*, 89/93/EEC.

Commissione ha sanzionato un gruppo di imprese per aver prima diviso il mercato e dopo creato un severo regime di prezzi fissi.

Tali accordi diretti alla divisione dei mercati possono assumere forme diverse. Quelle più comuni e utilizzate sono le divisioni su base geografica, su base di quote e su base di clienti.¹⁸⁹

La divisione dei mercati su base geografica è la più frequente in quasi tutti gli ambiti, sia comunitario sia nazionale. Esso consiste, anzitutto, nella possibilità di dividere il mercato in aree geografiche separate, nelle quali agirebbe una sola o un numero limitato di imprese. Nel caso del MERCOSUL come in quello dell'Unione Europea, tale divisione si manifesta principalmente attraverso l'isolamento dei mercati nazionali. Un tale quadro di divisioni è considerato elemento fondamentale per la buona riuscita dell'accordo (e, logicamente, per la sussistenza della condotta illegale), mentre un assetto troppo flessibile potrebbe mettere a rischio tutta la strategia attivata tramite l'accordo. A tale riguardo Lawrence Sullivan afferma:

*"(...) if the 'exclusives territories' of two or more sellers are really all within a single integrated geographic market for the product involved, buyers may scarcely notice the separation; they will tend to shop each 'territory' within the market and, if price fixing is not taking place, will receive the substantial benefit of competition".*¹⁹⁰

La strategia di divisione dei mercati ha obiettivi molto precisi, che consistono principalmente nella realizzazione di un controllo totale sui prezzi vigenti nel mercato e nella consolidazione della posizione monopolistica dell'agente. A tal fine diviene quindi necessario che i confini fra le sezioni del mercato siano estremamente rigidi, così come deve essere combattuto qualsiasi tentativo d'ingresso nel mercato da parte di nuovi concorrenti.

Ivo Van Bael e Jean-François Bellis¹⁹¹ evidenziano i molti casi in cui

¹⁸⁹ PARDOLESI, Roberto. *Opus cit.*, p. 210.

¹⁹⁰ L'autore continua il suo ragionamento citando un esempio abbastanza illuminante in materia: "(...) except on rather strained assumptions an agreement between two department stores that the territory of one would be the north side of Main Street and the territory of the other would be the south side would, as a practical matter, have no adverse effect on competition at all". In: SULLIVAN, Lawrence. *Antitrust. Opus cit.*, p. 225.

¹⁹¹ VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 598.

l'intervento delle istituzioni comunitarie ha sanzionato intese mirate alla divisione dei mercati su base geografica attraverso l'isolamento dei mercati stessi, che rimanevano nelle mani di un solo membro del cartello, il quale disponeva liberamente del prezzo e delle condizioni di vendita dei prodotti.

In quest'ambito, la prima decisione in materia adottata dalla Commissione fu quella concernente il caso *Intesa internazionale della chinina*, del 1969¹⁹². Si trattava più che altro di accordo informale che stabiliva che ogni produttore locale poteva sfruttare liberamente l'area riguardante il proprio mercato nazionale.

Nella decisione *Julien-Van Katwijk*¹⁹³, emanata nel 1970, la Commissione aveva preso in esame il caso di una impresa olandese che aveva attuato un cartello con altra impresa belga, in virtù del quale la prima non poteva vendere nel mercato belga, mentre la seconda poteva vendere in Olanda nei limiti del 20% della capacità di consumo del mercato di questo paese. Esaminato il caso, la Commissione ha preferito non sanzionare le due imprese in virtù del fatto che le stesse avevano prontamente notificato gli accordi celebrati fra loro.

Nella decisione sul caso *Cewal, Cowac e Ukwai*¹⁹⁴, la Commissione ha sanzionato delle imprese marittime per aver concluso un'intesa che stabiliva la rinuncia da parte di ogni membro del cartello a mantenere delle attività nell'area geografica relativa agli altri membri. Secondo l'inchiesta svolta dalla Commissione, tutta la costa atlantica della Comunità era stata divisa in aree di dominio, comprendenti uno o vari Stati membri, aree che erano sottomesse al potere delle compagnie marittime firmatarie dell'intesa.

L'ulteriore azione delle istituzioni comunitarie in quest'ambito è, ancora una volta, ben evidenziata da Ivo Van Bael e Jean-François Bellis¹⁹⁵. Con particolare riguardo a casi nei quali sono stati utilizzati metodi indiretti per la ripartizione dei mercati, la Commissione Europea si è distinta per le sanzioni – qualche volta pesanti –

¹⁹² Commissione Europea, 16 luglio 1969, 69/240/CEE.

¹⁹³ Commissione Europea, 28 ottobre 1970, 70/487/CEE. Secondo Ivo Van Bael e Jean-François Bellis, l'elemento interessante in questa vicenda riguarda il fatto che, nel momento in cui l'impresa olandese comunicò a quella belga la propria disponibilità a rientrare nei parametri previsti dal Trattato di Roma, un Tribunale olandese lo vietò, ordinandole di adempiere integralmente – anche se in modo incompatibile con il diritto comunitario – alle previsioni del contratto firmato fra le due imprese. In: VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 598.

¹⁹⁴ Commissione Europea, 1969.

¹⁹⁵ VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 599.

applicate nelle controversie *Industria europea dello zucchero*¹⁹⁶, *Pergamena vegetale*¹⁹⁷ e *Cementregeling voor Nederland*.¹⁹⁸

Il caso *Industria europea dello zucchero* ha costituito un importante punto di riferimento in materia. Per la prima volta infatti la Commissione si è trovata di fronte ad un caso molto complesso di divisione indiretta del mercato. Come sottolineato da Ivo Van Bael e da Jean-François Bellis¹⁹⁹, l'industria europea dello zucchero è stata tradizionalmente caratterizzata da una rigida compartimentazione e da una stretta cooperazione tra associazioni nazionali quasi governative e produttori nazionali. Quando, il 1 luglio 1968, le diverse organizzazioni di mercato nazionali furono sostituite da un'organizzazione a livello comunitario, le parti furono accusate di avere attuato delle pratiche concordate finalizzate a controllare il commercio dello zucchero tra gli Stati membri, al fine di garantire ad ogni produttore la protezione del proprio mercato nazionale. A causa della mancanza di zucchero di alcune zone della Comunità, fu necessario prevedere un certo numero di vendite intra-comunitarie; i produttori si accordarono, al fine di evitare la concorrenza in occasione degli scambi, per effettuare consegne negli altri Stati membri soltanto attraverso produttori del paese di importazione. L'effetto di tale accordo fu di permettere al produttore di vendere lo zucchero acquistato allo stesso prezzo, alle stesse condizioni e attraverso il medesimo marchio del proprio zucchero.

L'azione della Commissione nei confronti delle imprese coinvolte è stata durissima. Secondo quanto affermato in parte motiva, le parti sapevano o avrebbero dovuto sapere che le misure adottate creavano un'evidente restrizione alla concorrenza nel mercato comune, chiaramente incompatibile con il sistema comunitario. Le dimensioni della restrizione alla libera concorrenza attuata dai membri dell'intesa si sono, ovviamente, riflesse sull'ammontare delle ammende imposte dalla Commissione, che furono elevatissime.²⁰⁰

¹⁹⁶ Commissione Europea, 2 gennaio 1973, 73/109/EEC.

¹⁹⁷ Commissione Europea, 23 dicembre 1977, 78/252/CEE.

¹⁹⁸ Commissione Europea, 18 dicembre 1972, 72/468/CEE.

¹⁹⁹ VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 599.

²⁰⁰ Il caso è stato così significativo nell'ambito delle inchieste svolte dalla Commissione in materia di antitrust, che la stessa ha voluto citarlo ancora una volta – con più particolari – nella Seconda relazione sulla politica della concorrenza: "(...) forniture ai commercianti e ai clienti sono state rifiutate, oppure sono state effettuate esclusivamente offerte a prezzi più elevati, adeguati a quelli praticati sul mercato dei paesi di destinazione; nei contratti conclusi con commercianti e clienti nazionali sono state inserite clausole restrittive per impedire che tali commercianti o clienti potessero perturbare la politica di

La divisione del mercato per quote si fonda su un accordo in virtù del quale le imprese coinvolte non possono oltrepassare i limiti percentuali di guadagno loro assegnati. In tali accordi è comune la previsione di strumenti di compensazione nel caso in cui un'impresa venga ad oltrepassare i limiti prefissati²⁰¹. In tale ambito, secondo quanto affermato da Pardolesi²⁰², l'accordo tende ad identificarsi con l'intesa volta alla riduzione dell'*output*; ma si segnala per la maggiore flessibilità, che consente alle parti di fronteggiare brusche cadute della domanda sulla base delle prestabilite relazioni di capacità, senza bisogno di ulteriori consultazioni.

Anche la pratica di assegnazione dei clienti viene spesso utilizzata nell'ambito degli accordi mirati alla divisione dei mercati. Tali pratiche si sono dimostrate estremamente efficaci se attuate in modo capillare. La Commissione europea ha avuto occasione di esaminare un caso significativo in materia nella decisione *Kemi-DDSF*, emanata nel 1979²⁰³. Secondo la Commissione, il principale produttore e distributore di etanolo in Danimarca, la DDSF, aveva fatto due accordi con l'impresa inglese BP-Kemi (del gruppo BPCL), uno di acquisto di etanolo e altro di "cooperazione". L'accordo interessante in quest'ambito, quello di "cooperazione", prevedeva che la BP-Kemi doveva vendere nel mercato danese, rispettando il listino di prezzi imposto dalla DDSF, non più del 25% delle vendite annue complessive delle due società in Danimarca. Tali

vendita praticata dai produttori interessati; le offerte presentate dai produttori – specialmente francesi e belgi – alle gare organizzate dalla Commissione per accordare le restituzioni all'esportazione verso i paesi terzi sono state concordate in modo da poter controllare i quantitativi di zucchero eccedentario che restavano all'interno del mercato comune e evitare che tali quantitativi potessero esercitare pressioni concorrenziali sul mercato stesso". In: COMMISSIONE EUROPEA. II Relazione sulla Politica della Concorrenza. Bruxelles: UPUCE, 1972, p. 26.

²⁰¹ Nel contesto comunitario, la Commissione europea ha potuto analizzare un tipo di accordo di divisione dei mercati per quota con strumenti di compensazione fra gli operatori nella decisione concernente il caso *Paper Mince* (Commissione Europea, 26 luglio 1972, 72/291/EEC).

²⁰² PARDOLESI, Roberto. *Opus cit.*, p. 211.

²⁰³ Commissione europea, 5 settembre 1979, 79/934/CEE, articolo 1: "Le società BP Kemi A/S e A/S De Danske Spritfabrikker, in conseguenza e per effetto: a) dell'obbligo assunto da A/S De Danske Spritfabrikker di rifornirsi per il proprio fabbisogno totale di etanolo sintetico presso BP Kemi A/S in forza dell'accordo di acquisto del 12 aprile 1973, completato dalla clausola inglese, nelle sue varie versioni, durante il periodo 1° luglio 1973 - 31 dicembre 1976; b) dello scambio di informazioni sui quantitativi venduti ai singoli clienti, stipulato nell'accordo di cooperazione per il periodo 1° luglio 1973 - 31 dicembre 1974 nonché in seguito alle pratiche concordate durante il periodo 1° gennaio 1975 - 31 dicembre 1976; c) della ripartizione dei clienti stipulati nell'accordo di cooperazione per il periodo 1° luglio 1973 - 31 dicembre 1974; d) dell'applicazione di prezzi simili, stipulati nell'accordo di cooperazione per il periodo 1° luglio 1973 - 31 dicembre 1974, nonché in seguito a pratiche concordate per il periodo 1° gennaio 1975 - 31 dicembre 1976; e) dell'applicazione di condizioni simili di pagamento stipulate nell'accordo di cooperazione per il periodo 1° luglio 1973 - 31 dicembre 1974; f) dell'applicazione dell'accordo sulle quote e sulla compensazione, stipulato nel contratto di cooperazione

vendite dovevano limitarsi a certi clienti, previamente determinati dall'accordo, ovvero, quelli il cui fabbisogno annuale eccedeva i centomila litri. Nel caso in cui avesse oltrepassato la quota prefissata, la BP-Kemi doveva compensare la DDSF; l'ammontare della compensazione a litro doveva essere pari alla differenza tra il prezzo di listino detratto lo sconto per la quantità e il premio annuo, da un lato, e il prezzo di fattura aumentato dei costi di distribuzione di BP Kemi, dall'altro.²⁰⁴

L'inchiesta svolta dalla Commissione sul caso *Industria della costruzione nei Paesi Bassi*²⁰⁵ ha portato a galla un sistema attuato dai membri di un cartello per controllare i prezzi ed i bandi di gara nel settore delle costruzioni in Olanda. Tale sistema prevedeva che la designazione dell'offerente, che avrebbe dovuto negoziare con il cliente i termini del contratto, effettuata in occasione delle riunioni degli imprenditori, dava luogo ad una ripartizione dei clienti inaccettabile, poiché eliminava la concorrenza da parte di altri offerenti, che addirittura non potevano contattare il cliente in questione.²⁰⁶

Altri due casi esaminati dalle istituzioni comunitarie hanno evidenziato particolari interessanti in quest'ambito: si tratta dei casi presi in esame nelle decisioni *Rivestimenti bitumati*²⁰⁷ e *Vetro piano*²⁰⁸. Nel primo, l'intesa dichiarata illegale dalla Commissione aveva ad oggetto la divisione dei clienti operata tra i produttori di rivestimenti bitumati del Belgio. Al momento dell'accordo, gli autori della condotta diretta a falsare la concorrenza avevano stabilito che ognuno si limitasse a conservare i propri clienti fedeli, astenendosi dall'allargare il proprio numero di clienti attraverso la libera concorrenza.²⁰⁹

Nel caso *Vetro piano* la Commissione ha rilevato l'esistenza di una divisione del mercato di forniture di vetro piano fra due produttori. I due vendevano ad un solo

per il periodo 1° luglio 1973 - 31 dicembre 1974, hanno violato l'articolo 85, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità economica europea".

²⁰⁴ Un altro caso relativo alla divisione del mercato per quote è stato quello concernente la sentenza *Pasta di Legno*, emanata dalla Corte di Giustizia nel 1988 (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 27 settembre 1988, cause riunite 89, 104, 114, 116, 117, 125, 129/85).

²⁰⁵ Commissione Europea, 1992.

²⁰⁶ VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 604.

²⁰⁷ Commissione Europea, 10 luglio 1986, 86/399/CEE.

²⁰⁸ Commissione Europea, 7 dicembre 1988, *Flat Glass*, 89/93/EEC.

²⁰⁹ In tale caso, la Commissione ha potuto constatare, inoltre, che da un dato momento in poi i produttori di rivestimenti bitumati avevano convenuto di spartirsi tra di loro i clienti di una impresa, facendo loro offerte eccezionali. Tutto ciò per fare in modo che uno dei produttori, che aveva deciso di abbassare i prezzi, abbandonasse detta politica.

cliente, e avevano convenuto di alzare i prezzi del prodotto in modo uniforme, facendo in modo che il cliente acquistasse "naturalmente" più merce da uno e meno dall'altro. Secondo la Commissione, nell'ipotesi in esame si è in presenza di una strategia di mercato di lungo periodo, tendente a controllare le azioni del cliente togliendo a quest'ultimo ogni possibilità di opzione sulle sue fonti di approvvigionamento, ed è, perciò, del tutto incompatibile con la libera concorrenza.

Un ultimo tipo di divisione di mercati è quello nel quale la ripartizione dei clienti viene fatta per categorie, e si differenzia in relazione alla natura della ripartizione: essa può avvenire in base a classi di clientela, ovvero per grossisti e dettaglianti, oppure in virtù di una suddivisione tecnica, modellata sulle caratteristiche del prodotto, come nel caso di impianti tecnologici professionali rispetto agli apparati per uso domestico od amatoriale.²¹⁰

e) Continuando il nostro esame, l'articolo 6 al punto VI prevede la condotta di:

"combinar preços ou vantagens que possam afetar a concorrência em licitações públicas" (articolo 6, VI).²¹¹

La disposizione succitata ha ad oggetto le condotte poste in essere da imprese concorrenti in una determinata gara di appalto pubblico che scambino informazioni al fine di eludere la concorrenza. La casistica si riferisce prevalentemente ad imprese che, di comune accordo, offrono dei prezzi o vantaggi che hanno effetti restrittivi sulla concorrenza in gare di appalto.

Il CADE ha esaminato la problematica nel valutare il caso *White Martins e Air*

²¹⁰ Su tali pratiche, Pardolesi afferma: "La giustificazione invocata a difesa di intese di tal genere consiste, invariabilmente, nella maggior efficienza ch'esse consentono, tanto a livello produttivi quanto nella gestione del *marketing*. Ma è facile obiettare che, se fossero davvero dettate dal mercato, le scelte di razionalizzazione sarebbero operate spontaneamente, senza passare attraverso il filtro di concertazione cartellistiche. E qui occorre focalizzare l'attenzione. Il segno e il senso, univocamente negativi, della valutazione riservata a queste pratiche si sposano alla loro adozione a compasso allargato, *industry-wide*". In: PARDOLESI, Roberto. *Opus cit.*, p. 211.

²¹¹ "combinare prezzi o svantaggi che possano viziare la concorrenza in gare di appalto". La redazione è identica a quella del comma 8 dell'articolo 21 della Legge brasiliana n.° 8.884/94. La stessa condotta viene dichiarata illegale dalla lettera "d" dell'articolo 2 della Legge argentina n.° 25.156: "*Concertar o coordinar posturas en las licitaciones o concursos*".

*Products Gases*²¹², giungendo ad affermare che lo scambio di informazioni fra imprese in gara di appalto pubblica, nel dare ai partecipanti la capacità di imporre, al di fuori della dinamica propria di una gara ad evidenza pubblica, prezzi e condizioni di fornitura di beni o servizi, viola non solo la disciplina in materia di appalti pubblici, ma anche la legislazione sulla tutela della concorrenza.²¹³

f) Altra condotta contemplata dall'art. 6 al punto IX è quella che ha ad oggetto di:

"impedir o acesso de competidores aos insumos, matérias primas, equipamentos o tecnologias, assim como aos canais de distribuição" (articolo 6, IX).²¹⁴

Questa fattispecie si riferisce al caso in cui un determinato concorrente o un gruppo di concorrenti impedisca agli altri di accedere a risorse, materie prime, equipaggiamento o tecnologie, così come ai canali di distribuzione.

È molto controversa l'esatta qualificazione di tale condotta, visto che non esistono previsioni più esaustive sia nei sistemi nazionali del MERCOSUL sia in altri sistemi *antitrust*. È possibile risalire soltanto a delle decisioni giurisprudenziali approssimative. In questa prospettiva, una ipotesi che si avvicina molto a quella prevista dalla norma del protocollo è quella del boicottaggio collettivo, che si verifica quando la restrizione all'accesso venga esercitata nel quadro di un accordo fra diversi concorrenti nei confronti di un terzo concorrente. La previsione del Protocollo si avvicina al caso

²¹² *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, 8 luglio 1998, processo amministrativo n.º 156/92, *White Martins e Air Products Gases*.

²¹³ In tale ambito, è significativo il parere emanato dal consigliere del CADE Lúcia Helena Salgado e Silva nel giudicare tale caso: *"Ressalto que a resposta (...) deu-se a partir da presunção de que as normas legais pertinentes ao procedimento de licitação foram atendidas tanto pelo administrador público como pelos licitantes, estando presente, portanto, o ambiente concorrencial necessário à satisfação do interesse público, qual seja a seleção da proposta mais vantajosa. A garantia dessa seleção reside na sigilidade conferida às propostas, presumindo-se que os participantes, ao apresentá-las, o fizeram desconhecendo as propostas de seus concorrentes, vez que o sigilo impediria a troca de informações entre os mesmos. A troca de informações entre licitantes mina o ambiente concorrencial necessário ao atendimento do fim legal (...). Acordos – tácitos ou expressos – entre os participantes de licitação pública resultam em uma unidade de comportamento, que, por um lado, confere aos participantes do certame a capacidade para impor preços e condições de fornecimento do bem ou serviço, e, por outro, retira do administrador público as alternativas que lhe seriam apresentadas caso inexistissem tais acordos. Estes constituem ilícito à luz da Lei n.º 8.666/93 como à luz da Lei da defesa da concorrência"*.

²¹⁴ "impedire l'accesso di competitori alle risorse, materie prime, equipaggio o tecnologie, così come ai canali di distribuzione". Identica redazione a quella del comma 6 dell'articolo 21 della Legge brasiliana n.º 8.884/94.

Carte da parati in Belgio, nel quale un grossista belga si è rifiutato di seguire le indicazioni – dirette a restringere la concorrenza – imposte da un'associazione di produttori di carta da parati, con la conseguenza che sia l'associazione sia gli altri fornitori decisero di bloccare le forniture a favore del renitente²¹⁵. La Commissione²¹⁶ ha ritenuto che questo atteggiamento da parte dell'associazione costituisca una limitazione della capacità concorrenziale del grossista nei confronti degli altri commercianti e che essa fosse motivata dall'intenzione di rafforzare le proprie condizioni generali di vendita, in particolare la propria politica dei prezzi. Pertanto, la politica dell'associazione costituiva un boicottaggio collettivo nei confronti del grossista, rientrando così nell'ambito dell'articolo 81, 1) del Trattato di Roma.

Come abbiamo preannunciato, sussistono tuttavia alcune differenze tra la previsione del punto "IX" dell'articolo 6 del Protocollo di Fortaleza e il caso succitato. Da un'altra parte, si può considerare la previsione presente nel Protocollo come una variante che rientrerebbe nel campo di applicazione dell'articolo 81, 1) del Trattato di Roma.

g) Al punto XIV la norma in esame descrive poi la condotta di:

"interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem causa justificada"
(articolo 6, XIV).²¹⁷

²¹⁵ VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 608.

²¹⁶ Commissione Europea, 23 luglio 1974, 74/431/CEE: "Articolo 1 – Il "Règlement d'ordre intérieur" del "Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique", del luglio 1971, le circolari 619, 620, 617 C e 617 V e la decisione di non fornire carte da parati al commerciante Pex ed all'impresa International Decor costituiscono infrazioni all'articolo 85, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità economica europea. Articolo 2 – La domanda d'escensione ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3, è respinta. Articolo 3 – Il "Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique" e le imprese menzionate nell'articolo 5, punti da 1 a 4, sono obbligati a porre immediatamente termine alle infrazioni constatate di cui all'articolo 1. Articolo 4 – 1. Per il boicottaggio collettivo sono inflitte: a) all'impresa "S.C. Usines Peters Lacroix S.A." un'ammenda di 135.000 (centotrentacinquemila) unità di conto, pari a 6.750.000 (sei milioni settecentocinquantamila) franchi belgi; b) all'impresa "Les Pepeteries de Genval S.A." un'ammenda di 120.000 (centoventimila) unità di conto, pari a 6.000.000 (sei milioni) di franchi belgi; c) all'impresa "Ets. Vanderborgh Frères S.A." un'ammenda di 36.000 (trentaseimila) unità di conto, pari a 1.800.000 (un milione ottocentomila) franchi belgi; d) all'impresa "Papiers Peints Brepols S.A." un'ammenda di 67.500 (sessantasettemilacinquecento) unità di conto, pari a 3.375.000 (tre milioni trecentosettantacinquemila) franchi belgi. 2. La presente decisione costituisce titolo esecutivo per le imprese summenzionate, in conformità alle disposizioni dell'articolo 192 del trattato che istituisce la Comunità economica europea".

²¹⁷ "interrompere o ridurre in grande scala la produzione, senza motivazione giustificata". Anche qui la redazione è identica a quella del comma 19 dell'articolo 21 della Legge brasiliana n.º 8.884/94.

Questa condotta è stata esaminata nel quadro della giurisprudenza comunitaria nei casi che hanno coinvolto le imprese *Renault*²¹⁸ e *Volvo*²¹⁹. Queste due grandi e note case produttrici di automobili avevano deciso di non produrre più pezzi di ricambio per determinati modelli che ancora circolavano in quantità numerosa, e la Corte di Giustizia ha affermato che tale comportamento poteva costituire una violazione all'articolo 86 (attuale articolo 82) del Trattato di Roma.

Nell'esaminare la decisione citata, Aldo Frignani²²⁰ sostiene che la Corte di Giustizia ha dato particolare rilievo alle condizioni nelle quali agivano le due società per due ordini di motivi: in primo luogo i pezzi di ricambio in questione erano stati fatti oggetto di valido brevetto, con l'effetto che i produttori indipendenti non potevano supplire alla carenza di produzione attuata dalle case automobilistiche, e in secondo luogo, questa carenza ricadeva su beni economicamente di lunga e media durata, andando ad incidere così direttamente sulla natura stessa del bene, che diveniva quindi inservibile.

Ancora nell'ambito comunitario, Frignani²²¹ richiama la decisione relativa al caso *Decca Navigator*²²², nella quale la Commissione ha ritenuto abusiva la restrizione della produzione di terzi, licenziatari o fornitori, attraverso l'imposizione di condizioni contrattuali che limitino la produzione a settori o territori estremamente ridotti o a piccole quantità.

h) Altra condotta di notevole interesse riguarda l'azione diretta a:

"destruir, inutilizar ou açambarcar matérias primas, produtos intermédios ou finais, assim como destruir, inutilizar ou dificultar o funcionamento das equipas destinadas a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los" (articolo 6, XV).²²³

²¹⁸ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 5 ottobre 1988, causa 53/87, *CICRA v. Renault*.

²¹⁹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 5 ottobre 1988, causa 238/87, *AB Volvo v. Erik Veng*.

²²⁰ FRIGNANI, Aldo. Abuso di Potere Dominante. In: FRIGNANI, Aldo et al. *Opus cit.*, p. 381.

²²¹ Idem.

²²² Commissione Europea, 89/113/EEC.

²²³ "distruggere, non utilizzare o monopolizzare materie prime, prodotti intermedi o finali, così come distruggere, non utilizzare o rendere più difficile il funzionamento delle *equipas* destinate a produrle, distribuirle o trasportarle". Redazione identica a quella del comma 15 dell'articolo 21 della Legge brasiliana n.° 8.884/94.

L'influenza della legislazione brasiliana in materia ha fatto sì che le materie prime e i mezzi di lavorazione fossero particolarmente tutelati nel quadro del Protocollo di Tutela di Concorrenza del Mercosul. Come osserva José Cretella Junior²²⁴, secondo questa prospettiva tali elementi devono essere salvaguardati a qualsiasi costo:

*"(...) constituindo infração da ordem econômica todo o ato, sob qualquer forma manifestado, que se dirija a destruir, inutilizar, ou açambarcar essas matérias primas, os produtos intermediários ou acabados. Ou, então, todo o ato que tenha em vista a destruição, a inutilização ou a dificuldade de operações de equipamentos, destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los".*²²⁵

i) Ancora, il Protocollo annovera la condotta diretta a:

"abandonar, fazer abandonar ou destruir cultivos ou plantações, sem justa causa"
(articolo 6, XVI).²²⁶

Secondo quanto osserva José Cretella Junior²²⁷, l'ordinamento del Brasile prevede come violazione dell'ordine economico ogni azione od omissione che, senza una giusta e comprovata motivazione, comporti l'abbandono o la distruzione di coltivazioni o piantagioni agricole, ovvero induca taluno ad abbandonare o distruggere tali coltivazioni.

Chiara in questo senso è l'influenza della legislazione brasiliana sul dispositivo del Protocollo del MERCOSUL in esame, che trova una norma identica nel comma 17 dell'articolo 21 della Legge brasiliana n.º 8.884/94. Altrettanto chiara appare quindi la possibilità, ovvero la necessità, che l'apporto ermeneutico e dogmatico della dottrina brasiliana funga da guida nella applicazione di detta disposizione.

²²⁴ CRETELLA Jr, José. *Opus cit.*, p. 78.

²²⁵ "(...) costituendo infração dell'ordine economico qualsiasi atto, in qualsiasi modo manifestato, che sia diretto a distruggere, non utilizzare queste materie prime, i prodotti intermedi o lavorati. O, ancora, qualsiasi atto che abbia come fine la distruzione, la non utilizzazione o l'ostacolo all'operato di *equipas*, destinate a produrli, distribuirli o trasportarli".

²²⁶ "abbandonare, far abbandonare o distruggere coltivazioni o piantagioni, senza giusta motivazione".

j) Da ultimo, l'articolo 6 prevede la condotta di:

"manipular o mercado para impor preços" (articolo 6, XVII).²²⁸

Questa fattispecie non trova riscontro nelle discipline *antitrust* del Brasile, della Comunità europea e degli Stati Uniti. Tale norma trova origine e ispirazione nella legge argentina in materia, che a sua volta, non ha ancora trovato la minima applicazione e riscontro nella giurisprudenza di tale Stato.

In assenza di precedente non resta che richiamarsi per l'esegesi di quest'ultima norma ai contributi dottrinali e giurisprudenziali formati nel MERCOSUL nella Comunità europea e negli Stati Uniti per ipotesi che a questa si avvicinino.

9.2.2 Abuso di Potere Dominante

Le ipotesi che l'articolo 6 del Protocollo indica come pratiche che possono costituire un "abuso di potere dominante", come per il caso degli accordi restrittivi della concorrenza, sono state, nella loro redazione, fortemente influenzate dalle legislazioni interne brasiliana ed argentina e dal diritto comunitario europeo.

Nell'esame della nozione e delle varie condotte costituenti abuso di potere dominante²²⁹, si adotterà lo stesso metodo seguito in precedenza, ovvero si tratterà un

²²⁷ CRETELLA Jr, José. *Opus cit.*, p. 79.

²²⁸ "manipolare il mercato per imporre prezzi". Questa è una delle poche disposizioni che non sono state direttamente prese dal testo della Legge brasiliana n.º 8.884/94.

²²⁹ I principi e la teoria generale degli abusi di posizione dominante trovano posto in alcune opere dedicate esclusivamente all'*antitrust* come: AMATO, Giuliano. *Opus cit.*, p. 67 ss.; AREEDA, Philipp et KAPLOW, Louis. *Opus cit.*, p. 447 ss.; BORK, Robert. *Opus cit.*, p. 163 ss.; CABANELLAS, Guillermo. *Opus cit.*; CHAPUT, Yves. *Opus cit.*, p. 109 ss.; FORGIONI, Paula. *Opus cit.*, p. 267 ss.; FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Opus cit.*, p. 1 ss.; HOVENKAMP, Herbert. *Opus cit.*, p. 77 ss.; MORGAN, Thomas D. *Opus cit.*, p. 254-325 e 638-688; POSNER, Richard A. et EASTERBROOK, Frank. *Opus cit.*, p. 347 ss.; ROSS, Stephen. *Opus cit.*, p. 21 ss.; SULLIVAN, Lawrence A. *Opus cit.*, p. 19 ss.; SULLIVAN, Lawrence A. et GRIMES, Warren. *Opus cit.*, p. 71 ss.; SULLIVAN, Thomas et HOVENKAMP, Herbert. *Opus cit.*, p. 597 ss. Nell'ambito comunitario, sono significative KORAH, Valentine. *Cases e Materials on EC Competition Law. Opus cit.*, p. 73 ss.; KORAH, Valentine. *EC Competition Law and Practice. Opus cit.*, p. 79 ss.; MERCIER, Pierre et al. *Opus cit.*, p. 219 ss.; VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 627 ss. Sono ancora di primaria importanza in questo quadro le relazioni annuali sulla politica della concorrenza pubblicate dalla Commissione Europea, tra le quali la più recente è: COMMISSIONE EUROPEA. XXX Relazione sulla Politica di Concorrenza. 2000. *Opus cit.*

parallelo tra le esperienze giurisprudenziali dei quattro sistemi giuridici più importanti, ai nostri fini, in tale ambito – quelli brasiliano, argentino, statunitense e comunitario – e la normativa del MERCOSUL.

α.) Nozione di Abuso di Potere Dominante

Il notevole bagaglio della prassi giurisprudenziale e amministrativa della Comunità Economica Europea in materia fornisce molti elementi che contribuiscono a formulare esaustivamente e a chiarire la nozione di posizione dominante. Già in occasione della pubblicazione della Prima Relazione sulla Politica della Concorrenza del 1961, la Commissione Europea ha potuto offrire una prima nozione di questa condizione, indicandola come la:

“(...) possibilità di comportamenti indipendenti che mettono l’impresa dominante in condizioni di agire prevalentemente senza tener conto dei concorrenti, degli acquirenti o dei fornitori”.²³⁰

Nella sentenza *Hoffman-La Roche*²³¹, la Corte di Giustizia ha precisato la nozione formulata dalla Commissione, affermando che l’abuso di posizione dominante si caratterizza per il:

“(...) comportamento dell’impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra produttore o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza”.

²³⁰ COMMISSIONE EUROPEA. I Relazione sulla Politica di Concorrenza. *Opus cit.*, p. 30.

²³¹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffman-La Roche & Co. AG v. Commissione delle C.E.*

Contrariamente a quanto si potrebbe pensare, non c'è una necessaria identificazione tra la posizione dominante e il monopolio. La Corte di Giustizia nella sentenza *United Brands*²³², ha voluto chiarire ogni dubbio a questo riguardo:

“La posizione dominante (...) corrisponde ad 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, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori.”

Nella stessa sentenza, la Corte di Giustizia ha inoltre affermato che la posizione dominante non dipende della totale eliminazione della concorrenza.

Invero, la condotta illegale nasce quasi sempre da una posizione dominante che l'impresa in questione si è creata naturalmente sul mercato, e che nel corso del tempo viene affinata sempre più sino a giungere al suo sfruttamento in modo illegale. In tale ambito, è di particolare interesse quanto la giurista brasiliana Paula Forgioni²³³ afferma circa le caratteristiche delle imprese in posizione dominante:

*“A empresa que se encontra em posição dominante tende a adotar o comportamento típico de um monopolista, aumentando preços, não prezando a qualidade de seu produto ou serviço e ainda impondo a outros agentes econômicos práticas que não adotariam, caso houvesse concorrência naquele mercado. Basta a influência, o poder determinar as regras do jogo de forma unilateral, independente e autônoma neutralizando as forças normais que regeriam o mercado”.*²³⁴

²³² Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 14 febbraio 1978, causa 26/77, *United Brands Company e United Brands Continental BV v. Commissione Europea*.

²³³ FORGIONI, Paula. *Opus cit.*, p. 269.

²³⁴ “L'impresa che si trova in posizione dominante tende ad adottare il comportamento tipico di un monopolista, aumentando prezzi, non curando la qualità del suo prodotto o servizio e ancora imponendo ad altri agenti economici pratiche che diversamente non svolgerebbero, nel caso ci fosse concorrenza in quello stesso mercato. È sufficiente l'influenza, ovvero, il poter determinare le regole del gioco in modo unilaterale, indipendente e autonomo, per neutralizzare le forze normali che, altrimenti reggerebbero il mercato”.

Dalla posizione dominante, secondo quanto sostiene l'Autrice, sarebbe quasi automatico il passaggio verso l'abuso di tale condizione²³⁵, che viene, appunto definito dalla dottrina e da diverse normative nazionali ed internazionali come "abuso di potere dominante".²³⁶

Nell'ambito comunitario, è di particolare interesse il quadro presentato da Ivo Van Bael e da Jean-François Bellis²³⁷, che illustrano gli elementi fattuali normalmente utilizzati dalle istituzioni comunitarie per accertare l'esistenza di una posizione dominante; questi sono costituiti da:

²³⁵ Nel commentare la legislazione statunitense in materia, gli studiosi americani Thomas Sullivan e Herbert Hovenkamp giungono alla stessa conclusione della giurista brasiliana: "*But large market share is not the evil that the Sherman Act condemns. Rather, the evil is that, perhaps because it has a large percentage, it is able to charge more than a competitive price for the monopolized product. Market power is the ability to raise price by reducing output. Today we measure market power as the ratio of the profit-maximizing for a seller's output to the seller's marginal cost at that rate of output. A seller whose marginal cost of producing a widget is \$ 1,00, but who can maximize its profits by selling the widget at \$1,02 has a small amount of market power. A seller whose marginal cost is \$ 1,00 but whose profit-maximizing price is \$ 1,75 has a great deal of market power (in perfect competition, prices are driven to marginal cost. In that case, a seller's marginal cost and its profit-maximizing price would be the same. If seller attempted to charge more than marginal cost, and its was not more efficient than its rivals, it would lose all its sales to competitors)*". In: SULLIVAN, Thomas et HOVENKAMP, Herbert. *Opus cit.*, p. 628.

²³⁶ Alcune norme in vigore in materia di abuso di potere dominante nell'America Latina: Comunità Andina (Colombia, Bolivia, Ecuador, Peru, Venezuela), articolo 5 della Decisione n.° 285, del 21 marzo 1991; Colombia, articolo 2 della Legge n.° 155, del 24 dicembre 1959; Costa Rica, articolo 13 della *Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor*, del 20 dicembre 1994; Cile, articoli 1 e 2 del *Decreto Ley* n.° 211, del 1973, e n.° 2.760, del 1979; Giamaica, articolo 20 del *Fair Competition Act*, del 9 marzo 1993; Panama, articolo 15 della Legge n.° 29, del 1 febbraio 1996; Perù, articolo 5 del *Decreto Legislativo* n.° 701, del 5 novembre 1991; Messico, articolo 11 della *Ley Federal de Competencia Económica*, del 24 dicembre 1992; Venezuela, articolo 13 della *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*, del 13 dicembre 1991. In: COMMISSION EUROPEA. *Compilación de Legislación de la Competencia. América Latina & Caribe*. Bruxelles, 1988. Documento disponibile su internet, sito <http://europa.eu.int/comm/dg04/dg4home.htm>. Citiamo inoltre le norme vigenti negli ordinamenti interni europei: Austria, paragrafo 34 della *Kartellgesetz*, del 1988; Belgio, articolo 3 della Legge del 5 agosto 1991; Danimarca, articolo 1 della Legge n.° 384, del 10 giugno 1997; Francia, articolo 8 dell'*ordonnance* n.° 86-1243, del 1 dicembre 1986; Germania, paragrafo 19 della *Gesetz gegen die Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), del 27 giugno 1957, modificata il 22 dicembre 1989; Gran Bretagna, sezione 2 del *Restrictive Trade Practices Act*, del 1976; Irlanda, sezione 5 del *Competition Act*, del 1 ottobre 1991; Italia, articolo 3 della Legge n.° 287, del 10 ottobre 1990; Olanda, articolo 6 del *Competition Act*, del 22 maggio 1997; Portogallo, articolo 3 del *Decreto-Lei* n.° 371, del 29 Ottobre 1993; Spagna, articolo 6.1 della *Ley de Defensa de la Competencia*, del 17 luglio 1989; Svezia, articolo 19 della Legge n.° 20, del 14 gennaio 1993; Svizzera, articolo 7 della *Kartellgesetz*, del 20 dicembre 1985. In generale, la bibliografia sull'argomento è molto ampia. Per un'analisi più approfondita possono essere indicati le seguenti opere AMMANNATI, Laura (a cura di). *Opus cit.*; AMSTUTZ, Marc et al. *Opus cit.*; BRAULT, Dominique. *Opus cit.*; BURKHARDT, Jürgen. *Opus cit.*; FRIGNANI, Aldo et al. *Opus cit.*; MERCIER, Pierre et al. *Opus cit.*; SOUTY, François. *La Politique de la Concurrence au Royaume-Uni*. *Opus cit.*; SOUTY, François. *La Politique de la Concurrence en Allemagne Fédérale*. *Opus cit.*

²³⁷ VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 88-89.

- una forte integrazione verticale²³⁸;
- un severo controllo di qualità²³⁹;
- una superiorità tecnologica nei confronti dei concorrenti²⁴⁰;
- un marchio diffuso grazie a massicce campagne pubblicitarie²⁴¹;
- una rete di vendita fortemente sviluppata²⁴²;
- assenza di concorrenza potenziale²⁴³;
- un'ampia gamma di prodotti²⁴⁴;
- un mercato maturo²⁴⁵;
- l'esistenza di risorse tecnologiche e finanziarie²⁴⁶;
- l'influenza sui prezzi²⁴⁷;
- il fatto che altri produttori comunitari ritengano che una società occupi una posizione dominante e si astengano pertanto dal farle una concorrenza aggressiva presso i suoi clienti tradizionali²⁴⁸;

²³⁸ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 14 febbraio 1978, causa 26/77, *United Brands Company e United Brands Continental BV v. Commissione Europea*; Commissione Europea, 1991, *Carbonato di sodio-Solvay*; Commissione Europea, 1988, *Eurofiz-Bauco v. Hilti*; e, Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 1994, *Hilti A.G. v. Commissione Europea*.

²³⁹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 1978, *United Brands Company e United Brands Continental BV v. Commissione Europea*;

²⁴⁰ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 1978, *United Brands Company e United Brands Continental BV v. Commissione Europea*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & CO AG v. Commissione Europea*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 1983, *Michelin v. Commissione Europea*; Commissione Europea, 1988, *Eurofiz-Bauco v. Hilti*; e, Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 1994, *Hilti A.G. v. Commissione Europea*.

²⁴¹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 1978, *United Brands Company e United Brands Continental BV v. Commissione Europea*; Commissione Europea, 1987, *BBI/Boosey & Hawkes*.

²⁴² Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & CO AG v. Commissione Europea*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 1983, *Michelin v. Commissione Europea*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 3 luglio 1991, causa 62/86, *AKZO Chemie BV v. Commissione Europea*; Commissione Europea, 1991, *Carbonato di sodio-Solvay*.

²⁴³ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 1978, *United Brands Company e United Brands Continental BV v. Commissione Europea*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & CO AG v. Commissione Europea*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 1988, *Ahmed Saeed Flugreisen & Anor v. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*; Commissione Europea, 1989, *Decca Navigator System*; Commissione Europea, 1989, *Vetro piano*; Commissione Europea, 1989, *BPB Industries plc*; Commissione Europea, 1991, *Carbonato di sodio-Solvay*; Commissione Europea, 1992, *British Midland c. Aer Lingus*.

²⁴⁴ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 1983, *Michelin v. Commissione Europea*; Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 3 luglio 1991, causa 62/86, *AKZO Chemie BV v. Commissione Europea*; e, Commissione Europea, caso *Tetra Pak II*, 92/163/EEC.

²⁴⁵ Commissione Europea, 22 dicembre 1987, caso *Eurofiz-Bauco c. Hilti*, 88/138/EEC; e, Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 1994, *Hilti A.G. v. Commissione Europea*.

²⁴⁶ Commissione Europea, 1989, *BPB Industries plc*.

²⁴⁷ Commissione Europea, 1991, *Carbonato di sodio-Solvay*.

²⁴⁸ Idem.

- l'appoggio dei consumatori ad una società del loro stesso Stato²⁴⁹.

Secondo gli stessi Autori, il ricorso da parte delle istituzioni comunitarie a questi elementi sussidiari desta perplessità in buona parte della dottrina. I motivi di questo atteggiamento critico vanno ricondotti principalmente al rilievo che i vantaggi competitivi appena elencati possono determinare la distanza che sussiste fra i concorrenti, ma non necessariamente fanno ritenere che l'impresa in esame sia in una posizione dominante rispetto agli altri concorrenti. La dottrina in questo senso non ritiene rilevanti tali fattori ai fini di un'analisi economica diretta ad accertare una posizione dominante. Inoltre, non è sempre chiaro se un certo *melange* di vantaggi competitivi dia effettivamente all'impresa un *surplus* competitivo tale da qualificarla come dominante rispetto ai propri concorrenti. L'idea secondo la quale una posizione dominante può derivare dall'effetto cumulativo di più fattori, che separatamente considerati possono non essere sufficienti, non sembra particolarmente valida in questo contesto.²⁵⁰

L'esperienza giurisprudenziale argentina in materia di abuso di posizione dominante ha una significativa importanza ai nostri fini. Come osserva Guillermina Tajan²⁵¹, la disciplina argentina in materia non ha mai definito tale concetto, mentre offre, come fa ancor oggi l'attuale legge di tutela della concorrenza n.º 25.156, elementi diretti all'individuazione degli atti illegali. I tribunali argentini, durante gli anni '80, hanno così provveduto a fornire una nozione più concreta della fattispecie:

*"Con la anterior ley 22.262, la jurisprudencia había expresado en el año 1983, que el abuso de la posición dominante es la situación que permite a una empresa comportarse independientemente, actuar sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores y ello por la posición de mercado que controla, disponibilidad de conocimientos técnicos, materia prima o capital que le permite imponer precios o controlar la producción o distribución en una parte significativa de los productos en cuestión".*²⁵²

²⁴⁹ Commissione Europea, 1992, *British Midland c. Aer Lingus*.

²⁵⁰ VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 90.

²⁵¹ TAJAN, Guillermina. Comentarios acerca de la Efectiva Aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia Argentina. *Opus cit.*, p. 17.

²⁵² "Con l'antérieure legge 22.262, la giurisprudenza aveva affermato nel 1983 che l'abuso di potere dominante è una situazione che permette ad un'impresa di comportarsi indipendentemente, di operare

L'Autrice citata osserva poi che la nozione di abuso di potere dominante presente nel sistema di tutela della concorrenza argentino ha chiare radici negli articoli 81 e 86 del Trattato di Roma.

β) Possibili condotte collegate all'abuso di potere dominante

a) "limitar ou impedir o acceso de novas empresas ao mercado" (articolo 6, V).²⁵³

Guillermo Cabanellas²⁵⁴ afferma che la relazione tra l'intensità della concorrenza in un determinato mercato e le barriere che esistono all'entrata nel medesimo è uno fra i temi più trattati dagli studiosi, sia nel campo economico che in quello giuridico. In tale quadro, l'Autore sostiene che:

*"El libre acceso al mercado configura el principal elemento regulatorio de posibles abusos y concertaciones que tengan lugar en él". [...] otro tipo de conductas dirigidas a obstaculizar el acceso de firmas concurrentes a un mercado está constituido por las que tienen lugar mediante ciertas modalidades de comercialización excluyente [...] los tribunales estadounidenses han incluido en esta categoría a maniobras tales como la exigencia de que los anunciantes de una determinada localidad se abstuvieran de operar con una emisora radial, como condición de admitir su publicidad en cierto diario".*²⁵⁵

senza tener conto dei suoi competitori, compratori o fornitori, e questo in virtù della posizione di mercato che controlla, della disponibilità di conoscenze tecniche, della materia prima o del capitale che le permette di imporre prezzi o di controllare la produzione o distribuzione in una parte significativa dei prodotti in questione".

²⁵³ "limitare o impedire l'accesso di nuove imprese al mercato". Identica redazione al comma 4, articolo 21 della Legge brasiliana n.° 8.884/94. La Legge argentina n.° 25.156 vieta tale pratica tramite la lettera "f" del suo articolo 2: "Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste."

²⁵⁴ CABANELLAS, Guillermo. Derecho Antimonopólico y Defensa de la Competencia. Buenos Aires: Heliasta, 1983, p. 477.

²⁵⁵ "Il libero accesso al mercato è il principale elemento regolatore di possibili abusi e concertazione che in questo abbiano luogo. [...] altro tipo di condotte dirette ad ostacolare l'accesso di imprese concorrenti ad un mercato è costituito da quelle che si verificano tramite certe modalità di commercializzazione escludente [...] i tribunali statunitensi hanno incluso in questa categoria manovre precise come l'imposizione agli inseritori pubblicitari di una determinata località di astenersi

Nell'ambito della giurisprudenza del CADE, di grande interesse è il caso delle filiali della cooperativa medica *UNIMED*, che tentarono, in varie regioni del Paese e tramite una clausola di divieto ai medici di lavorare in una seconda struttura sanitaria – sia pubblica che privata –, di limitare o impedire l'accesso di nuove imprese al mercato. Tale pratica creava anche delle grosse difficoltà al funzionamento e allo sviluppo delle imprese concorrenti, restringendo, senz'altro, la concorrenza.

Nella decisione riguardante la filiale dell'*UNIMED* nella città di São José do Rio Preto²⁵⁶, il CADE ha accolto la relazione del Consigliere Paulo Dyrceu Pinheiro, che ha considerato l'applicazione della *cláusula de lealdade exclusiva*, contenuta nello statuto dell'associazione, pregiudizievole per la libera concorrenza nel mercato rilevante, in quanto rinforzava il dominio del mercato da essa conquistato e propiziava l'esercizio abusivo della posizione dominante, in contrasto con le disposizioni contenute nell'articolo 20, comma I, II e IV della Legge della Tutela dell'Ordine Economico. La condotta della denunciata, prevista dall'articolo 21, comma IV, V e VI della Legge, limitava l'accesso di nuove imprese al mercato, creando delle difficoltà al funzionamento o allo sviluppo dei concorrenti, e impediva l'accesso di concorrenti alle risorse indispensabili alla libera competizione nel mercato rilevante, risultando inoltre gravemente limitante delle libere opzioni dell'utente o consumatore finale che dipendesse da tali servizi.

Il CADE ha potuto constatare il compimento della stessa condotta nei processi che coinvolgevano l'*UNIMED* nelle città di Foz do Iguaçu²⁵⁷, Ponta Grossa²⁵⁸, Toledo.²⁵⁹

Nell'esperienza argentina, alcune fra le più recenti sanzioni applicate hanno riguardato casi simili a quello avvenuto in Brasile con la cooperativa medica *UNIMED*, e si caratterizzavano, per l'appunto, per l'imposizione di esclusività come pratica che ostacola l'accesso ad un mercato. Ne sono esempi i casi del *Colegio Médico de*

dall'operare con una determinata radio, come condizione per ammettere la loro pubblicità in un certo quotidiano."

²⁵⁶ *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, 4 febbraio 1998, processo n.° 0011866/94-84.

²⁵⁷ *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, 20 gennaio 1999, processo n.° 08000.004488/97-61.

²⁵⁸ *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, 03 febbraio 1999, processo n.° 08000.014608/95-86.

²⁵⁹ *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, 10 febbraio 1999, processo n.° 08000.019008/95-96.

Catamarca²⁶⁰ e del *Círculo Médico de Misiones Zona Sur*²⁶¹. Queste ultime erano entrambe cooperative di lavoro che imponevano ai medici a loro affiliati clausole di esclusività che impedivano loro di avere dei rapporti diretti con altre imprese mediche, fossero esse pubbliche o private; i medici affiliati erano liberi di lavorare soltanto con le imprese che avessero sottoscritto un accordo con le cooperative di origine.²⁶²

Uno dei casi più controversi sorto in Argentina in quest'ambito è quello che ha coinvolto le molte imprese del sistema di carte di credito *American Express* e le imprese della rete *Visa*²⁶³. La *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia* ha ricevuto la denuncia dell'*American Express* contro la *Visa*, con la quale la prima accusava la seconda di impedire, tramite una clausola del contratto di adesione delle banche al sistema *Visa*, l'accesso di altre imprese al mercato. Tale clausola, conosciuta in quell'ambito come *regla*, vietava alle banche di fornire ai propri clienti un servizio di carte di credito diverso dal *Visa*. Nelle conclusioni della propria decisione sul caso, la CNDC così ha concluso:

"La regla sería anticompetitiva ya que obstaculizaría el acceso al mercado

²⁶⁰ *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*, 1997.

²⁶¹ *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*, 1997.

²⁶² Nello stesso ambito va citato il caso *DIBA c/ Agreración Odontológica de Berisso, La Plata y Ensenada y Sociedad Odontológica de La Plata*, del 1997, nel quale la CNDC ha potuto verificare l'esistenza di abuso di posizione dominante: "Este caso se inició con una presentación de la Dirección de Bienestar de la Armada (DIBA) en la que se denunciaba a la Agreración Odontológica de Berisso, La Plata y Ensenada, y a la Sociedad Odontológica de La Plata. La denunciante es la obra social del personal de la Armada Argentina, y en tal carácter había venido realizando contrataciones en forma directa con odontólogos de la zona de La Plata, Berisso y Ensenada. Las entidades denunciadas son asociaciones de profesionales que, entre otras actividades, centralizan las contrataciones de prestaciones odontológicas para los afiliados a distintas obras sociales, nucleando a la mayoría de los odontólogos matriculados en su área de influencia. La conducta analizada en este caso fue la prohibición impuesta por la Agreración y la Sociedad Odontológicas de que sus asociados contrataran directamente con obras sociales con las que no tuvieran convenios. El incumplimiento de esta prohibición traía aparejado para los odontólogos la baja automática del registro de prestadores de estas asociaciones, lo cual implicaba de hecho la imposibilidad de que dichos odontólogos pudieran atender afiliados de las obras sociales que tenían convenios con las entidades denunciadas. Como consecuencia de esto, DIBA vio reducido su plantel de profesionales, en virtud de las renunciadas presentadas por numerosos odontólogos que prefirieron dejar de atender a los afiliados de la obra social denunciante a ser excluidos de los registros de prestadores de las entidades profesionales (...) La CNDC consideró probada la posición dominante de la Sociedad Odontológica de La Plata y de la Agreración Odontológica de Berisso, La Plata y Ensenada en el mercado involucrado, dado que en el mercado relevante no habían otras alternativas de similar magnitud". In: COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. Informe Anual 1997. Documento disponibile su internet, il 27 gennaio 2002, sito: <http://www.meccon.gov.ar/cndc/memoria97/memorial1.htm>.

²⁶³ *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*, caso *American Express Travel Related CO, INC y American Express Argentina v. Visa International Service Association INC, Visa Argetina, Mastercard International y Argencard SA*.

*de un competidor en forma discriminatoria y, asimismo, de potenciales competidores; y como resultado de esta conducta podría perjudicarse el interés económico general".*²⁶⁴

▼

Al termine di un tumultuoso processo, pieno di colpi di scena da parte dei due giganti del mondo creditizio, la *Visa* è riuscita a dimostrare che, anche se aveva utilizzato la *regla* in altri mercati del mondo, questa non aveva mai trovato attuazione in quello argentino²⁶⁵, vedendosi così assolta dalla CNDC.²⁶⁶

Un altro caso nell'ambito argentino è quello che ha visto coinvolto il *Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Buenos Aires*²⁶⁷, impresa attiva nel mercato di intermediazione della vendita di prodotti farmaceutici. Il *Colegio* si era reso protagonista di una condotta restrittiva della concorrenza nella Provincia di Buenos Aires, creando un "*Sistema Unificado*" basato sulla clausola di un contratto, stipulato fra il *Colegio* e le farmacie, che attribuiva al *Colegio* l'esclusiva nella fornitura di prodotti farmaceutici e prodotti simili.

La CNDC, interessata del caso, ha concluso che si era in presenza di pratica di tipo orizzontale destinata ad escludere i competitori e ad evitare l'ingresso di nuovi concorrenti sul mercato.²⁶⁸ In base a tale constatazione, la CNDC ha emanato il proprio

²⁶⁴ "La regola sarebbe anticompetitiva giacché ostacola l'accesso al mercato di un competitore in modo discriminatorio e, nella stessa maniera, di altri potenziali competitori; e, come risultato di questa condotta, si potrebbe pregiudicare l'interesse economico generale".

²⁶⁵ Secondo quanto afferma al punto 5.30 della propria decisione, la CNDC ha accertato che, al di là della vigenza formale della *regla*, c'era un timore generalizzato delle banche circa la reputazione della *Visa* in materia. Tutti erano consapevoli che *Visa* aveva già fatto ricorso in altre parti del mondo a pratiche illegali per limitare l'accesso al mercato di altri competitori, e, di conseguenza, si astenevano dall'offrire servizi di altre aziende, come quelli di *American Express*, per la paura di dover posteriormente subire ritorsioni da parte di *Visa*.

²⁶⁶ Il caso viene commentato anche da Norma Pascar e Guillermina Tajan: "*La denunciante sostenía que se le obstaculizaba el acceso al mercado por la adopción de un método denominado "la regla" que consistía en la expulsión automática de los sistema de Visa y Mastercard a aquellos bancos emisores de esas tarjetas que aceptarían emitir también tarjetas American Express. La denuncia fue desestimada, ya que si bien esta maniobra tenía antecedentes en la Unión Europea y en otros países, no se pudo probar que esta maniobra había sido realizada en la Argentina. En la resolución final el Secretario de Industria, Comercio y Minería acogió el dictamen de la CNDC y encomendó a esta última la realización de un seguimiento periódico de la evolución del mercado de tarjetas de crédito, lo cual es un elemento novedoso en materia de resoluciones dictadas en el ámbito de la CNDC*". In: PASCAR, Norma et TAJAN, Guillermina. Impacto de las Políticas sobre Defensa de la Competencia en los Mercados Integrados. *Opus cit.*, p. 23.

²⁶⁷ *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*, carpeta n.º 352. Vedi anche la risoluzione n.º 752/99, dell'8 ottobre 1999, de la ex *Secretaría de Industria, Comercio y Minería*.

²⁶⁸ *Secretaría de Industria, Comercio y Minería*, 8 ottobre 1999, risoluzione n.º 752/99: "*Las conductas denunciadas como violatorias de la Ley 22.262, son un conjunto de prácticas llevadas a cabo por el*

parere indicando alla *Secretaría de Industria, Comercio y Minería* di ordinare la cessazione immediata della pratica illegale e di applicare una multa di centoquarantamila *Pesos* (pari a 140 mila dollari). L'8 ottobre 1999 la *Secretaría* ha dato esecuzione ad entrambe le sanzioni.

b) "*adotar, em relação à terceiros contratantes, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os em situação de desvantagem competitiva*". (articolo 6, VII)²⁶⁹

Nell'ambito argentino è recente il caso dell'impresa Juan Minetti S.A, unica produttrice di cemento nella provincia di Mendoza, che è stata accusata di aumentare progressivamente i prezzi del prodotto nei confronti di determinati clienti. Tale condotta, secondo la denuncia, andava qualificata come una politica di prezzi discriminatori²⁷⁰. L'esame svolto dalla CNDC ha comprovato che, anche se l'impresa accusata dominava il 90% del mercato rilevante, non c'era stato abuso di posizione dominante in relazione alla fattispecie denunciata. Infatti, nell'analisi dei prezzi praticati dal presunto colpevole nel periodo indicato nella denuncia, emerse che l'impresa denunciata aveva attuato pochi e non rilevanti aumenti, che erano peraltro stati operati nei confronti di tutti i clienti dell'impresa, e non soltanto ad una parte di loro, come sostenuto dal denunciante.

Il diritto comunitario europeo vieta tale pratica nel punto "c" dell'articolo 82 del Trattato di Roma.

Nella decisione concernente il caso *Napier Brown/British Sugar*²⁷¹ la Commissione ha sanzionato l'impresa British Sugar, che, mentre forniva normalmente

Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Buenos Aires destinadas a la exclusión de competidores del mercado de la intermediación farmacéutica y consistentes en haber implementado un denominado "Sistema Unificado" y en haber realizado a través del tiempo conductas destinadas a ejecutarlo. Se trata, así, de prácticas de tipo horizontal destinadas a excluir competidores y evitar el ingreso de nuevos agentes."

²⁶⁹ "adottare, in relazione a terzi contraenti, condizioni ineguali nel caso di prestazioni equipollenti, collocandole in situazioni di svantaggio competitivo". Tale disposizione non è presente nel testo della Legge brasiliana, ma ha le sue basi nel comma "c" del articolo 82 del Trattato di Roma. La lettera "k" dell'articolo 2 della Legge argentina n.º 25.156 ha un dispositivo simile a quello del protocollo: "*Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales.*"

²⁷⁰ *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*, expte. 064-006002/2000 (C. 559), caso *Arturo Lafalla v. Juan Minetti S.A.*

lo zucchero di barbabietola ad altri clienti, aveva rifiutato di venderlo all'impresa Napier Brown. Nell'inchiesta è stato rilevato che la British Sugar aveva posto in essere tale pratica in virtù del fatto che, comprando la Napier Brown dello zucchero di barbabietola di origine comunitaria, essa poteva avere uno sconto per aver immagazzinato zucchero comunitario in luogo di qualsiasi altro non comunitario, fatto di canna di zucchero.

Ivo Van Bael e Jean-François Bellis²⁷² sottolineano che il caso delle due imprese alimentari si è complicato ancora di più quando è stato scoperto che la British intendeva praticare un prezzo più vantaggioso per tutti i maggiori negozianti di zucchero che si fossero astenuti dall'acquistare lo zucchero della Napier Brown.²⁷³

Come si può osservare, entrambe le condotte discriminatorie poste in essere da British Sugar avevano per scopo la creazione di una grave situazione di svantaggio competitivo per la Napier Brown.

Gli stessi Autori citano poi il caso che nel 1989 coinvolse la *BPB Industries*²⁷⁴, nel quale la Commissione sanzionò detta impresa perché aveva dato priorità agli ordini dei clienti che non importavano il prodotto commercializzato dalla BPB. È importante rilevare che la BPB era l'unica impresa che produceva il prodotto in questione in tutto il territorio della Gran Bretagna ed Irlanda. Nella decisione, la Commissione si è pronunciata sulla condotta in esame, richiamandosi al caso *British Gypsum*, affermando che:

“(...) l'adozione e realizzazione di una strategia intesa a riservare priorità agli ordinativi trasmessi da clienti che non fossero grossisti di pannelli

²⁷¹ Commissione Europea, 18 luglio 1988, 88/518/EEC.

²⁷² VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 657.

²⁷³ Condotta simile è stata presa in esame dalla Commissione nella decisione concernente il caso *Eurofix-Bauco c. Hilti* (22 dicembre 1987, 88/138/EEC); nella fattispecie l'impresa Hilti offriva delle condizioni più vantaggiose ai clienti più importanti delle sue concorrenti. In tale decisione la Commissione ha avuto occasione per manifestarsi sulla condotta in sé: “Una rivalità aggressiva a livello dei prezzi è uno strumento essenziale della concorrenza. Tuttavia una politica di prezzi selettivamente discriminatoria da parte di un'impresa dominante, con lo scopo esclusivo di pregiudicare l'attività dei suoi concorrenti o di impedirne l'entrata sul mercato, mantenendo nel contempo prezzi più elevati per la massa degli altri clienti, si risolve nello sfruttamento di questi altri clienti e ha effetti deleteri sulla concorrenza. In quanto tale, essa costituisce un comportamento abusivo con il quale un'impresa dominante può rafforzare la sua posizione di mercato già preponderante”.

²⁷⁴ Commissione Europea, 89/22/EEC. Lo stesso caso è stato analizzato nel 1993 dal Tribunale di Primo Grado delle Comunità Europee nel caso T – 65/89, sentenza *BPB Industries plc e British Gypsum c. Commissione*.

importati costituisce abuso, da parte di BG, della propria posizione dominante sul mercato dei pannelli, perché il criterio stabilito per ammettere i grossisti alle forniture prioritarie non era obiettivamente giustificato, bensì aveva l'unico scopo di premiare i rivenditori che commercializzavano esclusivamente i pannelli fabbricati da BG, applicando invece un trattamento meno favorevole ai rivenditori che acquistavano prodotti d'importazione. Di conseguenza, questa politica era suscettibile di incidere sul futuro comportamento dei clienti di BG, incoraggiandoli a rivendere unicamente pannelli fabbricati BG".

- c) "*subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de serviço, ou subordinar a prestação de serviço à utilização de outro ou à aquisição de bem*" (articolo 6, VIII).²⁷⁵

Tale condotta è una fra le più tipiche del mondo dell'*antitrust* e viene denominata in modi diversi nei vari sistemi giuridici in cui è presente; come afferma Pardolesi²⁷⁶, i contratti di questo tipo sono chiamati *tie-in*, *tyng*, *vente liée*, *venda casada*, *Koppellungsbindung*, ecc.

La pratica consiste nel subordinare la vendita di un determinato prodotto all'acquisto di un altro, o la prestazione di un servizio all'utilizzazione di un altro. Può esistere in forme diverse, anche attraverso strategie commerciali mirate a dissimulare l'atto illegale, nascondendo il fenomeno. Ciò accade, ad esempio, nel caso in cui vari prodotti normalmente venduti distintamente vengono offerti in "pacchetto".²⁷⁷

Tale condotta viene classificata, a seconda delle caratteristiche che presenta (e

²⁷⁵ "subordinare la vendita di un bene all'acquisto di altro o all'utilizzazione di un servizio, o subordinare la prestazione di un servizio all'utilizzazione di altro o all'acquisto di bene". Questa previsione è chiaramente ispirata al comma 23 dell'articolo 21 della Legge brasiliana n.º 8.884/94, e al comma "d" dell'articolo 82 del Trattato di Roma. La lettera "i" dell'articolo 2 della Legge argentina n.º 25.156 ha un'identica redazione: "*Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien.*"

²⁷⁶ PARDOLESI, Roberto. *Opus cit.*, p. 291.

²⁷⁷ Vale inoltre la definizione data da Paola Forgioni: "*A venda casada faz com que o distribuidor do produto seja obrigado a adquirir, do mesmo produtor, outros bens que não aqueles originalmente desejados*". In: FORGIONI, Paula. *Opus cit.*, p. 348.

dall'Autore che la commenta) tanto come accordo fra imprese quanto come abuso di posizione dominante²⁷⁸. Qualificare questa pratica come abuso di posizione dominante piuttosto che come accordo non è indifferente: essa infatti può comportare danni ben più gravi se viene svolta in regime di monopolio o in posizione dominante, perché da essa potrebbe generarsi un meccanismo tale da portare alla creazione di un secondo monopolio, questa volta nel mercato di un secondo prodotto, supplementare o complementare rispetto al principale²⁷⁹. Questi problemi interpretativi hanno condotto, come rileva Herbert Hovenkamp, la gran parte della giurisprudenza statunitense a dichiarare l'illegalità in sé e per sé delle pratica di *tie-in*.²⁸⁰

La tesi della differenziazione, testé esposta, ha trovato negli ultimi due decenni molte critiche, prevalentemente provenienti dai pensatori della Scuola di Chicago che,

²⁷⁸ Roberto Pardolesi classifica la condotta come tipica degli accordi fra imprese, mentre Ivo Van Bael e Jean-François Bellis la inseriscono fra quelle tipiche di abuso di potere dominante. La dottrina brasiliana segue tendenzialmente la linea tracciata da Roberto Pardolesi. È il caso, ad esempio, di Paula Forgioni, che inserisce la condotta nell'ambito degli accordi restrittivi della concorrenza. Vedi PARDOLESI, Roberto. *Opus cit.*, p. 291; BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 663; e, FORGIONI, Paula. *Opus cit.*, p. 348.

²⁷⁹ Robert Bork si oppone vivamente a tale teoria, che vede nel *tie-in* la possibilità di un'estensione del monopolio del primo prodotto al mercato del secondo: "The Supreme Court has seen in this tying together of transactions nothing but the suppression of competition. Yet, though we are far from a full understanding of the functions of tying and reciprocity, it is safe to say that suppression of competition is the one function not accomplished by the arrangements the Court has struck down. The Court's theory of tying and reciprocity is that they are means of extending power from one market to another. When a seller of product A, the tying product, requires that purchases also take product B, the tied product, the Court assumes that some market power inhering in A is extended or transferred to B, so that the seller now has two monopolies or positions of strength in place of one. This is the same fallacious transfer-of-power theory that underlies so many fields of antitrust law. We have repeatedly analyzed it, but the fallacy's career is worth following in this context". In: Bork, Robert. *The Antitrust Paradox. A Policy at War with itself*. New York: The Free Press, 1978, p. 365. È importante sottolineare che le critiche svolte da R. Bork incontrano il sostegno di altri importanti studiosi dell'*antitrust*, come W. Bowman e R. Markovits.

²⁸⁰ I tribunali federali statunitensi hanno sviluppato diversi metodi per valutare l'illegalità per sé di questo tipo di condotte: "The courts have developed an easily articulated test for so-called *per se* illegal tying arrangements, although the test varies from one circuit court to another. Some courts analyze *tie-ins* under a five-part test, others under a four-part test, and still others under a three-part test combines elements that are separated in the tests of other circuits. For purpose of analysis we use this five-part test: 1) There must be separate tying and tied products; 2) there must be 'evidence of actual coercion by the seller that in fact forced the buyer to accept the tied product (...)'; 3) the seller must possess 'sufficient economic power in the tying product market to coerce purchaser acceptance of the tied product (...)'; 4) there must be 'anticompetitive effects in the tied market (...)'; and, 5) there must be 'involvement of a not insubstantial amount of interstate commerce in the tied product market (...)'. The Supreme Court has not approved all elements of this test, but neither has it articulated a complete test of its own. The circuit courts have assembled their test from various statements contained in different Supreme Court opinions. The circuits are close to unanimous in requiring elements 1, 3 e 5 of the test set forth above. Further, if the 'coercion' requirement in element 2 means only that the seller must put pressure on a buyer to take a tied product as well as the tying product, courts agree that the plaintiff must show number 2 as well". In: HOVENKAMP, Herbert. *Opus cit.*, p. 393

durante l'era Reagan, hanno rimesso in discussione quasi tutti i 100 anni di storia dell'*antitrust* americano. La Scuola di Chicago sostiene che se il venditore ha il monopolio nel mercato di vendita del prodotto principale, è quasi certo che venda il prodotto complementare allo stesso acquirente di quello principale, senza dover imporsi a quest'ultimo, principalmente per il fatto che i due prodotti erano necessari per fornire un determinato servizio. In tale contesto, è quindi quasi naturale che chi acquista il prodotto principale si rivolga allo stesso venditore per acquistare anche quelli complementari, senza preoccuparsi per i prezzi individuali, ma soltanto per quello unitario. Ed è quindi più facile in tal caso che il venditore, non volendo perdere la clientela, conceda sconti per l'acquisto del secondo bene – o per l'utilizzazione del servizio accessorio – piuttosto che imporre condizioni restrittive della concorrenza. Secondo gli studiosi di Chicago, non ci sarebbe quindi il tentativo di monopolizzare le vendite del secondo prodotto, ma un flusso naturale del mercato che verrebbe a beneficiare ancora di più della libera concorrenza. Come rilevato da Pardolesi²⁸¹, le sentenze sulle quali si sono fondati gli esponenti della Scuola di Chicago hanno riguardato, per fare qualche esempio, vendite di tabulatrici e relative schede²⁸²; di macchine brevettate e sale usate nella relativa lavorazione²⁸³; di case prefabbricate e mutui per il loro acquisto²⁸⁴; di interventi chirurgici ed anestesia²⁸⁵; *computers* e

²⁸¹ PARDOLESI, Roberto. *Opus cit.*, p. 292.

²⁸² *Supreme Court of the United States*, causa *IBM Corp. v. United States*, 298 US 131 (1936). Il caso in esame è uno degli esempi più significativi. Lo raccontano Philipp Areeda e Louis Kaplow: "IBM manufactured certain machines that sorted cards according to the holes punched in them to reflect certain information. The cards were not of unusual composition, although they had to be of a precise thickness and free of imperfections that might jam the machine. IBM leased the machine with the condition that users purchase their requirements of blank cards from itself. The condition was held to violate Clayton Act §3. IBM had 81 percent of the market for such cards, with one competitor supplying the remaining 19 percent, and it derived substantial profits from sales of cards. IBM asserted that the tying requirement was necessary to protect its goodwill, as the machines might malfunction if cards not meeting minute tolerances were used. The Court rejected this defense, as '[t]here is no contention that others ... cannot meet these requirements. It affirmatively appears, by stipulation, that others are capable of manufacturing [suitable] cards ...' The Government, in fact, paid a 15 percent higher rental in exchange for being permitted to make its own cards. IBM could have warned consumers of the dangers of using improper cards or conditioned leases upon the use of cards conforming to necessary specification". In: AREEDA, Philipp et KAPLOW, Louis. *Opus cit.*, p. 713-714.

²⁸³ *Supreme Court of the United States*, causa *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947).

²⁸⁴ *Supreme Court of the United States*, causa *U.S. Steel Corp. v. Fortner Enterprises, Inc.*, 429 U.S. 610 (1977).

²⁸⁵ *Supreme Court of the United States*, causa *Jefferson Parish Hospital District n.º2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).

software.²⁸⁶

Nell'ambito comunitario, il *tying* è espressamente vietato dal punto "d" dell'articolo 82 del Trattato di Roma. L'incompatibilità con la libera concorrenza nel mercato comune di tale pratica ha condotto le istituzioni europee, durante gli anni, a esaminare e sanzionare una lunga serie di comportamenti ritenuti sospetti.

E' del 1974 il caso che ha coinvolto la IBM; quest'ultima società fu accusata dalla Commissione di imporre l'acquisto del *software* di base e della memoria principale (*memory bundling*) a chi fosse interessato a comprare i *computers* tipo 370. L'impresa statunitense ha dovuto concedere – e per tale motivo la Commissione non emanò alcuna decisione al riguardo – al consumatore la libertà di opzione per l'acquisto, in tutto il territorio degli Stati membri della Comunità dei suddetti *computers*, fossero o meno muniti della memoria principale e del *software* di base.²⁸⁷

Nel 1978 ci fu un altro caso significativo, chiuso con un accordo tra la Commissione e l'impresa che aveva commesso l'illecito. Secondo l'inchiesta svolta dalla Commissione, l'impresa torinese FIAT Auto obbligava i propri rivenditori di auto e meccanici autorizzati ad acquistare e rivendere al pubblico soltanto oli lubrificanti prodotti dalla FIAT stessa. Nel tentativo di giungere ad un accordo, la Commissione propose alla FIAT di inviare una lettera ai propri meccanici e alle proprie rivendite autorizzate, indicando che da quel momento in poi costoro sarebbero stati liberi di acquistare e rivendere qualsiasi tipo di olio lubrificante, essendo sufficiente che l'olio venduto avesse le qualità specifiche necessarie a mantenere le prestazioni dei veicoli. Solo in tale caso la Commissione avrebbe chiuso l'inchiesta senza emanare una decisione punitiva contro la FIAT. Ovviamente, la FIAT accettò l'accordo, la pratica restrittiva della concorrenza cessò e la Commissione non adottò altre misure punitive.²⁸⁸

Di notevole interesse è poi il caso *Eurofix-Bauco vs. Hilti*²⁸⁹; nella fattispecie la

²⁸⁶ *Supreme Court of the United States*, causa *Digidyne Corp. v. Data General Corp.*, 734 F. 2.d 1336 (9th Circ. 1984).

²⁸⁷ COMMISSIONE EUROPEA. XIV Relazione sulla Politica di Concorrenza. Bruxelles: UPUCE, 1984, p. 94-95.

²⁸⁸ COMMISSIONE EUROPEA. XVII Relazione sulla Politica di Concorrenza. Bruxelles: UPUCE, 1987, p. 84.

²⁸⁹ Commissione Europea, 22 dicembre 1987, 88/138/EEC, Articolo 1: "Le pratiche di Hilti AG concretandosi, nei confronti dei produttori indipendenti di chiodi per pistole sparachiodi Hilti, in un comportamento inteso a impedire la loro entrata e penetrazione sul mercato dei chiodi compatibili con i prodotti Hilti c/o inteso a danneggiare direttamente o indirettamente le loro attività, costituiscono sfruttamento abusivo di una posizione dominante ai sensi dell'articolo 86 del trattato CEE. Le

Hilti subordinava l'acquisto di strisce di cartucce all'acquisto di un certo numero di chiodi. Sanzionata dalla Commissione, la Hilti ha voluto procedere in giudizio, affermando che i chiodi venduti da altre imprese, in particolare quelli prodotti dall'impresa Eurofix-Bauco, per motivi di sicurezza non potevano essere utilizzati con prodotti del sistema Hilti. Con sentenza del 1994, il Tribunale di Primo Grado ha confermato la decisione emanata dalla Commissione.²⁹⁰

Caso più complicato fu quello che coinvolse l'impresa pubblica britannica *British Telecommunications*, nel quale la Commissione punì l'impresa inglese perché, con l'intento di proteggere illegalmente i ricavi di altre autorità nazionali di telecomunicazione, aveva proibito alle agenzie di stampa inglesi di trasmettere via fax comunicati inviati o ricevuti dall'estero. Secondo la Commissione, la situazione era molto delicata in virtù della natura di pubblico monopolista della BT, che aveva il privilegio esclusivo di gestire sistemi di telecomunicazioni e non dall'offerta di servizi con i quali si utilizzano tali sistemi.²⁹¹

caratteristiche essenziali di tali infrazioni sono: 1.1. Subordinazione della vendita dei caricatori alla vendita dei chiodi; 1.2. Riduzione degli sconti e adozione di altre politiche discriminatorie quando i caricatori erano acquistati da soli, senza i chiodi; 1.3. Obbligo imposto ai distributori indipendenti di non soddisfare talune ordinazioni all'esportazione; 1.4. Rifiuto di dare esecuzione a ordinazioni complete di caricatori, trasmesse da clienti o rivenditori già presenti sul mercato, che potevano rivenderli; 1.5. Vanificazione o procrastinazione della concessione di licenze di diritto per i brevetti Hilti legalmente ottenibili, compresa la minaccia di agire in forza del diritto d'autore; 1.6. Rifiuto senza ragioni obiettive di onorare le garanzie; 1.7. Applicazione di politiche selettive e discriminatorie dirette contro le attività dei concorrenti e dei loro clienti; 1.8. Applicazione unilaterale e segreta di una politica di sconti differenziati a favore di società di locazione di attrezzature o rivenditori agevolati e non agevolati nel Regno Unito".

²⁹⁰ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 12 dicembre 1991, causa T 30/89.

²⁹¹ Commissione Europea, 10 dicembre 1982, 82/861/ECC, punti 37 a 40: "c) Effetti sul commercio tra Stati membri: Il fatto che BT abbia proibito alle agenzie private di ritrasmissione situate nel Regno Unito di inoltrare messaggi provenienti da o indirizzati a una destinazione al di fuori del Regno Unito può essere pregiudizievole al commercio tra gli Stati membri nella misura in cui i paesi di destinazione o di provenienza di tali messaggi sono Stati membri della Comunità europea. Sebbene i divieti si riferiscano all'utilizzazione di impianti di telecomunicazione situati nel Regno Unito, essi pregiudicano direttamente la fornitura di servizi da parte di agenzie di ritrasmissione britanniche a terzi situati in altri Stati membri, dal momento che tali servizi possono essere forniti solo mediante collegamenti diretti (vale a dire non mediante transito) tra il Regno Unito ed altri Stati membri e non più mediante collegamenti tra Stati membri diversi dal Regno Unito o tra questi ultimi e paesi situati al di fuori della Comunità europea. Esiste pertanto una restrizione evedinte del commercio tra gli Stati membri, poiché il divieto impedisce alle agenzie di ritrasmissione, nell'esercizio della loro attività, di fornire taluni servizi a clienti situati in altri Stati membri; la Commissione è stata informata dal ricorrente che, dei 13.000 - 14.000 messaggi ricevuti ogni anno dall'estero tra il 1976 ed il 1979 perché fossero inoltrati a destinazioni anch'esse situate all'estero, l'85% proveniva da paesi CEE e l'85% era destinato a paesi CEE. BT ritiene d'avere il diritto di interrompere il collegamento con quelle agenzie che perseverano nell'ignorare il divieto, il che avrebbe, naturalmente, l'effetto di impedire alle agenzie di ritrasmissione di offrire qualsiasi tipo di servizio tra gli Stati membri; inoltre, il ricorrente ha comunicato alla Commissione di aver rinunciato ad ampliare la fornitura di questi servizi, per i quali esso intravedeva un

Altri casi interessanti in materia sono quelli relativi alla sentenza *Telemarketing c. CLT*²⁹², del 1985 e alle decisioni *Napier Brown/British Sugar*²⁹³, del 1998, e *Tetra Pak II*²⁹⁴, del 1992.²⁹⁵



d) "exigir ou conceder exclusividade para a divulgação de publicidade nos meios de comunicação" (articolo 6, X).²⁹⁶

Fra i casi di abuso di posizione dominante esaminati dalla CNDC argentina²⁹⁷ con riguardo alla fattispecie appena citata, di particolare rilievo è quello che ha visto coinvolta l'impresa *Arte Gráfico Editorial Argentino*, proprietaria del giornale *Clarín* – uno fra i più importanti dell'Argentina – e della rivista *Viva*. Questa impresa offriva a coloro che inserivano grande parte delle pubblicità settimanali e mensili in Argentina la possibilità di fare annunci con il 15% di sconto nel quotidiano e nella rivista. *Condicio sine qua non* per effettuare l'inserzione scontata era l'esclusività, che comportava un divieto assoluto per i clienti di inserire altri annunci in qualsiasi altro mezzo di comunicazione a mezzo stampa.²⁹⁸

Nel parere emanato, la CNDC evidenziava in primo luogo il carattere

notevole potenziale, in conseguenza della minaccia di interruzione del collegamento da parte di BT; di conseguenza il divieto ha pregiudicato anche lo sviluppo di tale commercio tra gli Stati membri".

²⁹² Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 3 ottobre 1985, causa 311/84.

²⁹³ Commissione Europea, 18 luglio 1988, 88/518/EEC. Nel caso *Napier Brown/British Sugar*, l'impresa *British Sugar* condizionava l'acquisto del suo prodotto al fatto che fosse la stessa *British Sugar* a consegnarlo al compratore. La decisione ha esplicitato che tra l'acquisto del prodotto e la consegna (prestazione di servizio), nonostante la loro potenziale autonomia, esisteva un rapporto di complementarietà dalla seconda rispetto alla prima.

²⁹⁴ Commissione Europea, caso *Tetra Pak II*, 92/163/EEC. La pratica di *tying* configurata in tale caso riguarda il vincolo stabilito dalla impresa produttrice che, tramite una clausola del contratto di acquisto delle macchine Tetra Pak, imponeva all'acquirente l'obbligo di fornirsi esclusivamente dei cartoni prodotti dalla stessa impresa. Tale condotta induceva il mercato dei cartoni ad una condizione di monopolio con chiare tendenze discriminatorie. La Commissione ha deciso di sanzionare l'impresa imponendole una pesante multa.

²⁹⁵ VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, 665.

²⁹⁶ "esigere o concedere esclusività per la divulgazione di pubblicità nei mezzi di comunicazione". La redazione è identica a quella del comma 7 dell'articolo 21 della Legge brasiliana n.º 8.884/94.

²⁹⁷ *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*, 18 maggio 1998, expte n.º 064-005402/96 (C. 395).

²⁹⁸ Dal punto 2.1 del parere emanate dalla CNDC: "Se aclara que la condición de exclusividad impuesta a los anunciantes del diario *Clarín* y la revista dominical *Viva*, para que éstos puedan beneficiarse con el descuento extra del 15%, significa que no podrán publicitar en ningún momento y aunque lo deseen o convenga a sus estrategias comerciales, en otros medios gráficos. Así, AGEA logra restar la publicidad que estos últimos puedan captar de los mismos avisadores, con el fin de debilitarlos económicamente, desplazarlos del mercado, procurarse ilícitamente más ganancias y consolidarse monopólicamente".

estremamente dannoso per lo Stato di Diritto delle condotte restrittive della concorrenza nell'ambito dei *mass media*. Il consigliere Ernesto Cionfrini, in particolare, ha affermato che, sebbene la controversia in corso riguardasse esclusivamente il mercato della pubblicità nei quotidiani, l'eventuale esistenza di restrizioni che vizino seriamente il funzionamento di questo mercato (dal quale dipendono in tanta parte le entrate dei giornali), potrebbero ripercuotersi sul mercato dell'informazione, con conseguente indebolimento delle istituzioni che costituiscono il cuore stesso dello Stato di Diritto; diviene così necessario adottare delle precauzioni dirette a proteggere il corretto funzionamento del primo mercato, per poter così preservare il secondo.

A causa di un contrasto sulla sanzione ad applicare al caso in esame, la CNDC ha optato per richiedere alla *Secretaría* di ordinare unicamente l'immediata cessazione della condotta illecita all'impresa *Arte Gráfico Editorial Argentino*.²⁹⁹

La manovra con la quale un'impresa esige o concede esclusività per la divulgazione di pubblicità nei mezzi di comunicazione, proibita dal Protocollo di tutela della Concorrenza del MERCOSUL, rientra in un quadro più esteso di condotte illegali, che si qualificano per l'imposizione di esclusività da parte di un'impresa dominante, diretta a ostacolare la libera concorrenza di mercato, ed è stata oggetto di vari casi analizzati dal diritto e dalla giurisprudenza comunitaria europea.

Il diritto comunitario ha espressamente vietato tutte le condotte incompatibili con la concorrenza attuate da imprese che si trovino in posizione dominante nel

²⁹⁹ È da rilevare che il dissenso all'interno della CNDC sulla sanzione da applicare concerneva soprattutto la gravità della sanzione in astratto applicabile; il consigliere Cionfrini sosteneva infatti che sarebbe stato necessario applicare, oltre all'ordine di cessazione, una multa di 400.000 pesos (pari a 400.000 dollari). Sulla posizione presa dalla CNDC, è interessante il commento di Jorge Bogo: "*El dictamen de la CNDC sobre la que el Secretario de Industria, Comercio y Minería basó una orden de cese de conducta, consideró que esa política implicaba un riesgo no materializado de exclusión y una barrera a la entrada de nuevos competidores, que cabía juzgar a la luz de la posición dominante de Clarín en la publicidad gráfica (...) La mayoría de la CNDC consideró que no había materialización, por cuanto no habían evidencias que permitieran atribuir a ellas las modificaciones de las participaciones de mercado y las quiebras ocurridas durante el lapso de aplicación de la política de descuentos. Sin embargo, dado el enorme poder de mercado del diario (y multimedios) Clarín, existía un riesgo potencial, expresamente considerado por la ley, que se agregaba a la imposición de una barrera a la entrada, en un mercado en el que la competencia tiene una importancia que excede los valores económicos. Para el dictaminante en minoría, el riesgo potencial no era admisible y el próximo lanzamiento (a esa fecha) de un diario de circulación nacional, por su parte, evidenciaba que la política no imponía una barrera*". In: BOGO, Jorge. El caso AMFIN (Ambito Financiero) v. ARGEA (Clarín). Discrepancias en la Instancia Administrativa y en la Judicial. Boletim Latino Americano de Concorrência, n.º 7 (1999), p. 3. Lo stesso autore osserva che, sottoposta all'appello dinanzi alla *Cámara de la Capital Federal Penal Económica*, la decisione della CNDC è stata riformata con la

mercato. All'opposto, i comportamenti competitivi che non contrastano con le normative comunitarie di tutela della concorrenza potranno ordinariamente essere praticati da imprese in posizione dominante. Questa concezione si fonda sugli effetti prodotti dal comportamento delle imprese sul livello di concorrenza nel mercato. A tale riguardo, la XXVI Relazione sulla Politica di Concorrenza ³⁰⁰ afferma espressamente che:

“Ciò vale in particolare per quelle imprese che conducono pratiche di esclusione, intese cioè ad eliminare un concorrente o a limitarne-impedirne le attività. Un'impresa dominante ha diritto a difendere la sua posizione concorrendo con i rivali, ma detiene anche una responsabilità particolare nel non ridurre ulteriormente il grado di concorrenza ancora restante sul mercato. Le pratiche di esclusione possono essere dirette contro concorrenti già attivi sul mercato o contro l'accesso al mercato di nuovi concorrenti. Tra gli esempi di tale comportamento illecito figurano: il rifiuto di rifornimento in quanto mezzo di eliminazione di un concorrente da parte di un'impresa che sia l'unica o la più importante fonte di approvvigionamento di un prodotto o che controlli l'accesso ad una tecnologia o ad un'infrastruttura essenziali; l'applicazione di prezzi predatori; gli accordi volti ad escludere concorrenti; la discriminazione nell'ambito di una più ampia strategia di comportamento monopolistico destinata ad escludere concorrenti; i sistemi di sconti su base esclusiva”.

Altro caso di particolare rilievo è quello che nel 1979 ha visto coinvolto il laboratorio *Hoffmann-La Roche* ³⁰¹, in posizione dominante nel mercato delle vitamine. Il laboratorio predetto offriva sconti in cambio della fedeltà esclusiva dei distributori dei suoi prodotti, incentivando i compratori a non acquistare vitamine vendute da imprese concorrenti. Questa condotta generava un effetto di esclusione dei concorrenti dal

decisione 9 novembre 1998, che ha ritenuto che la politica dell'ARGEA non avrebbe alterato i risultati del mercato.

³⁰⁰ COMMISSIONE EUROPEA. XXVI Relazione sulla Politica di Concorrenza. Bruxelles: UPUCE, 1996, p. 24.

³⁰¹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & CO AG v. Commissione Europea*.

mercato. La Corte di Giustizia, nella sentenza che ha sanzionato il laboratorio, ha sostenuto che:

“Per un’impresa che si trova in posizione dominante su un mercato, il fatto di vincolare – sia pure a loro richiesta – gli acquirenti con l’obbligo o la promessa di rifornirsi per tutto o gran parte del loro fabbisogno esclusivamente presso l’impresa in questione, costituisce sfruttamento abusivo di posizione dominante ai sensi dell’art. 86 del trattato, tanto se l’obbligo in questione è imposto *sic et simpliciter*, quanto se ha come contropartita la concessione di sconti; lo stesso dicasi se detta impresa, senza vincolare gli acquirenti con un obbligo formale, applica, o in forza di accordi stipulati con gli acquirenti, o unilateralmente, un sistema di sconti di fedeltà, cioè riduzioni subordinate alle condizioni che il cliente – indipendente dal volume degli acquisti, rilevante o trascurabile – si rifornisca esclusivamente per la totalità o per una parte considerevole del suo fabbisogno presso l’impresa in posizione dominante”.

Come rilevato da Ivo Van Bael e Jean-François Bellis³⁰², nel caso di specie gli sconti offerti dell’impresa – anche se richiesti dai clienti – nascondevano quelli che in realtà erano dei veri e propri premi di fedeltà.

La stessa sentenza ha inoltre dimostrato che, attraverso il ricorso agli sconti per fedeltà, l’impresa applicava, per la stessa quantità di un medesimo prodotto, prezzi diversificati in relazione ai differenti compratori, distinti in virtù del fatto che essi effettuassero gli acquisti di vitamine esclusivamente dall’impresa denunciata ovvero da più imprese concorrenti.

La giurisprudenza americana attribuisce un posto di riguardo al caso della rete di cinema *Griffith*³⁰³, presente in 85 città degli stati americani di Oklahoma, Texas e New Mexico. In 53 di queste città la *Griffith* aveva il monopolio del mercato, mentre in altre 32 doveva affrontare la concorrenza. La Suprema Corte degli Stati Uniti, interessata del caso, ha sanzionato tale impresa perché la stessa aveva concluso con i distributori di

³⁰² VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 637.

³⁰³ *Supreme Court of the United States*, causa *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100 (1948).

pellicole, condizionati dalla posizione monopolistica della *Griffith* nelle prime 53 città, un contratto contenente una clausola che restringeva sensibilmente la concorrenza nelle 32 città in cui il mercato non era ancora monopolizzato.

e) "*sujeitar a compra ou venda à condição de não usar ou adquirir, vender ou abastecer bens ou serviços produzidos, processados, distribuídos ou comercializados por terceiro*" (articolo 6, XI).³⁰⁴

Questa fattispecie si caratterizza per l'esistenza di un "obbligo di non fare" a carico dell'acquirente e a favore del fornitore. Essa in certo qual modo è simile alla pratica del *tyng*, nella quale esiste un obbligo di fare, che consiste nel dovere di acquistare un prodotto o servizio supplementare dal venditore. L'elemento che caratterizza la condotta è proprio quest'obbligo imposto al cliente di rifiutare i prodotti o servizi offerti da operatori diversi dal proprio principale fornitore o venditore. Siamo in presenza in buona sostanza di un sistema di vendite vincolate ad un obbligo di astensione, che limita gli sbocchi commerciali e condiziona i contratti all'accettazione di clausole che non hanno alcun legame con il loro fine principale.

L'articolo 82 del Trattato di Roma a tale riguardo si riferisce particolarmente alla pratica di condizionare il contratto all'adempimento di "prestazioni supplementari", che, ordinariamente sono ricondotte a obblighi di *facere*. Nel caso in esame, come è evidente, non sussiste l'obbligo di fare, bensì un obbligo di astensione o di *non facere*. Tuttavia nel novero delle prestazioni supplementari contemplate dalla norma del trattato possono astrattamente ricomprendersi anche quelle che abbiano ad oggetto un *non facere*; in questo senso, sembra allo scrivente teoricamente possibile dare applicazione alla norma del protocollo in esame con l'ausilio di un'interpretazione analogica delle decisioni che la Commissione e la Corte di Giustizia hanno dedicato all'articolo 82 seppur in materia di prestazioni di fare. Questa operazione permetterebbe di conferire alla norma in esame un substrato interpretativo che potrebbe, in linea di principio,

³⁰⁴ "assoggettare la compra o la vendita alla condizione di non utilizzare o acquistare, vendere o fornire beni o servizi prodotti, trasformati, distribuiti o commercializzati da terzi". Trattasi di altra disposizione che non trova ispirazione nel testo brasiliano, ma che è simile per certi aspetti al comma "a", articolo 86 del Trattato di Roma. La redazione è identica a quella della lettera "j" della Legge argentina n.° 25.156: "*Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero*".

agevolare l'operato del giurista.

f) "vender, por razões não justificadas nas práticas comerciais, mercadoria por abaixo do preço de custo" (articolo 6, XII).³⁰⁵ ✓

La dottrina e la giurisprudenza in materia di *antitrust*, sia a livello interno che comunitario, è concorde nell'affermare che per la sussistenza della fattispecie in esame, altrimenti denominata "di prezzi predatori", sono necessarie tre condizioni:

- che l'agente della condotta possieda un grande potere di mercato o sia in posizione dominante;
- che egli abbia l'intento di far ritirare dei concorrenti dal mercato o di ridurre drasticamente l'influenza;
- che vengano frapposte, in questo modo, delle barriere all'accesso dei concorrenti nella fase immediatamente posteriore a quella di imposizione dei prezzi predatori.

Lo svolgimento di una politica di prezzi predatori presuppone la disponibilità del "predatore" di fare un investimento di grande portata, dovendo egli sostenere la sua impresa senza guadagni, a causa della vendita del prodotto commercializzato sottocosto per un determinato periodo di tempo che, nella maggioranza dei casi, è lungo e penoso. Un'analisi ragionevole delle condotte di questo genere dimostra che esse hanno alla loro base la forte aspettativa da parte dell'autore dell'illecito un significativo ritorno per le casse della sua impresa. Secondo Robert Bork, ciò potrebbe avvenire grazie ad un totale annientamento dei concorrenti o alla creazione di una situazione per la quale gli stessi sarebbero costretti ad accontentarsi di una piccola e residuale fetta di mercato:

"Any realistic theory of predation recognizes that the predator as well as his victims will incur losses during the fighting, but such a theory supposes it may be a rational calculation for the predator to view the losses as an

³⁰⁵ "vendere, per motivi non giustificati da pratiche commerciali, merce a sottocosto". Identica redazione al comma 18 dell'articolo 21 della Legge brasiliana n.º 8.884/94. La medesima pratica è dichiarata illegale della lettera "m" dell'articolo 2 della Legge argentina n.º 25.156: " *Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios*".

*investment in the future monopoly profits (where rivals are to be killed) or in future undisturbed profits (where rivals are to be disciplined). The future flow of profits, appropriately discounted, must then exceed the present size of the losses".*³⁰⁶

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, nella sentenza *United Brand vs. Commissione*, emanata nel 1978, ha precisato il proprio pensiero in materia di prezzi predatori, sostenendo che l'iniquità del prezzo è costituita dalla mancanza di ogni ragionevole rapporto fra il prezzo ed il valore economico della prestazione fornita.³⁰⁷

Vincenzo Meli evidenzia che la Corte di Giustizia e la Commissione CE hanno costantemente ritenuto che il principale criterio di individuazione delle pratiche dei prezzi predatori debba essere quello dell'analisi della struttura dei costi dell'impresa dominante³⁰⁸. L'Autore citato rileva che quest'atteggiamento trova conferma, ad esempio, nel testo della direttiva 87/1.601, in virtù del quale le autorità aeronautiche sono tenute a rispettare dei severi criteri in materia di approvazione di tariffe.

Nella decisione riguardante il caso *ECS/AKZO*³⁰⁹, del 1985, la Commissione Europea ha operato delle sensibili innovazioni nel proprio approccio alla materia. In particolare, come sottolineano Ivo Van Bael e Jean-François Bellis³¹⁰, la Commissione ha rifiutato ogni *standard* di valutazione dei soli costi al fine di individuare una pratica predatrice, puntando, per determinare la natura abusiva dei prezzi, sugli effetti della politica di AKZO prodottasi sul solo denunciante, e sull'evidente intento anticoncorrenziale della AKZO.

Il caso fu portato davanti alla Corte di Giustizia, e in tale sede fu sollevato il problema delle modalità e dei criteri per la determinazione della natura abusiva dei prezzi nel caso in esame; i giudici di Lussemburgo, nella loro decisione, optarono per una soluzione diversa rispetto a quella della Commissione:

"I prezzi inferiori alla media dei costi variabili (vale a dire quei prezzi che

³⁰⁶ BORK, Robert. *Opus cit.*, p. 145.

³⁰⁷ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brand v. Commissione delle Comunità Europee*. Vedi anche Commissione Europea, decisione del 19 dicembre 1974.

³⁰⁸ MELI, Vincenzo. *Abuso di Potere Dominante*. In FRIGNANI, Aldo et al. *Opus cit.*, 377.

³⁰⁹ Commissione Europea, 14 dicembre 1985, caso *ECS/AKZO*, 85/609/EEC.

variano in funzione dei quantitativi prodotti) mediante i quali un'impresa dominante persegue l'obiettivo di eliminare un concorrente devono ritenersi illeciti. Poiché ogni vendita comporta per l'impresa dominante una perdita, ossia la totalità dei costi fissi (vale a dire quei costi che restano costanti a prescindere da quale sia l'entità dei quantitativi prodotti) e, almeno in parte, dei costi variabili relativi all'unità prodotta, la suddetta impresa non ha infatti alcun interesse a praticare simili prezzi se non quello di eliminare i propri concorrenti, per poter poi rialzare tali prezzi approfittando della situazione di monopolio. D'altra parte, prezzi inferiori alla media dei costi totali, i quali comprendono i costi fissi e quelli variabili, ma superiori alla media dei costi variabili, sono da considerare illeciti allorché sono fissati nell'ambito di un disegno inteso ad eliminare un concorrente. Tali prezzi possono infatti estromettere dal mercato imprese le quali potrebbero essere altrettanto efficienti come l'impresa dominante, ma che, per via delle loro più modeste capacità finanziarie, sono incapaci di resistere alla concorrenza che viene esercitata nei loro confronti".³¹¹

Nella decisione sul caso *Tetra Pak II*, la Commissione Europea ha avuto occasione di sviluppare il ragionamento fatto dalla Corte di Giustizia in materia, affermando che:

"(...) se in determinate circostanze il proseguimento di attività la cui redditività non sia sufficiente a coprire la totalità dei costi può essere economicamente giustificabile a breve termine, nella misura in cui, le entrate restando superiori ai costi variabili, esse contribuiscono parzialmente alla copertura dei costi fissi, per contro, qualsiasi imprenditore deve normalmente rinunciare alle attività la cui redditività resta durevolmente insufficiente alla copertura dei costi variabili e, a fortiori, a quelle attività che non coprono neanche i soli costi variabili diretti".³¹²

³¹⁰ VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 644.

³¹¹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 3 luglio 1991, causa 62/86, *AKZO Chemie BV. v. Commissione delle Comunità Europee*.

³¹² Commissione Europea, caso *Tetra Pak II*, 92/163/EEC.

Altra decisione di notevole importanza è quella relativa al caso delle ditte *British Sugar e Napier Brown*; la prima era accusata di aver tentato di eliminare la seconda dal mercato attraverso l'adozione di un margine molto basso tra il prezzo della materia prima praticato a tutte le società concorrenti nella produzione del medesimo prodotto derivato ed il prezzo del prodotto finale³¹³. In tale caso la Commissione ha ritenuto che i costi di trasformazione non potevano essere coperti da un margine tanto minuscolo:

“Dagli elementi di fatto sopra indicati è manifesto che se BS avesse mantenuto questo margine nel lungo periodo, NB o qualsivoglia altra impresa, tanto efficiente quanto BS nel riconfezionamento e sprovvista di una fonte di approvvigionamento di zucchero industriale di propria produzione, sarebbe stata obbligata ad uscire dal mercato britannico dello zucchero al dettaglio”.³¹⁴

Alla fine, la Commissione ha sanzionato la *British Sugar* perché ha ritenuto che realmente essa avesse tentato di eliminare la concorrente, anche se in effetti ciò era avvenuto non tanto a causa dell'applicazione del margine predetto, ma in virtù di altre condotte direttamente riferibili alla BS.

Nell'ambito della casistica argentina, la *Comision Nacional de Defensa de la Competencia* ha vagliato un interessante pratica di prezzi predatori nella decisione sulla controversia *Eolo vs. Platense* del 1981. In detta decisione, la CNDC ha dichiarato:

“(...) sería al menos necesaria una doble condición para que una política de precios pueda considerarse restrictiva. En primer lugar que el precio de venta se halle por debajo de los costos de producción; y en segundo lugar que la empresa, a raíz de esta política, esté aumentando su participación en el mercado (...)”.³¹⁵

³¹³ VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 646.

³¹⁴ Commissione Europea, 18 luglio 1988, caso *Napier Brown-British Sugar*, 88/518/EEC.

³¹⁵ “sarebbe almeno necessaria una doppia condizione per fare in modo che una politica di prezzi possa essere considerata restrittiva. In primo luogo, che il prezzo di vendita sia fissato al di sotto dei costi di produzione; e, in secondo luogo, che l'impresa, alla radice di questa politica, stia aumentando la sua partecipazione al mercato”. In: CNDC, 1981, caso *Eolo S.A. v. La Platense S.A.*

Nel caso *Makro*³¹⁶, l'omonima rete di supermercati è stata denunciata dalla *Camara Argentina de Papelerías, Librerías y Afines* perché apparentemente vendeva sottocosto un quaderno ad uso scolastico. L'indagine fece rilevare che la Makro aveva soltanto l'1% del mercato rilevante del prodotto, e che la vendita sottocosto era avvenuta per un periodo di soli 15 giorni, evidentemente troppo breve perché ci fosse un totale annientamento dei concorrenti. Per questi motivi, la CNDC ha accertato l'inesistenza della condotta illegale, e ha disposto l'archiviazione della causa.

Ancora in Argentina, notorio è il caso della ditta YPF S.A., accusata dai suoi concorrenti di aver praticato prezzi predatori nell'ambito della vendita al dettaglio del GPL (gas propano liquido), con l'intento di eliminare qualsiasi tipo di concorrenza. In tale caso, la YPF avrebbe, fra il 1991 e il 1997, innalzato del 100% il prezzo del GPL venduto all'ingrosso. Nello stesso tempo in cui le ditte grossiste dovevano acquistare il prodotto a prezzi esorbitanti, la ditta YPF Gas, appartenente alla YPF S.A., vendeva il medesimo prodotto a prezzi stracciati.³¹⁷

Nella propria decisione, la CNDC ritenne, in base all'esame del mercato e delle condizioni di concorrenza, che anche se la YPF S.A. aveva alzato in modo irragionevole il prezzo del gas GPL venduto nel commercio grossista³¹⁸, la ditta YPF Gas non aveva

³¹⁶ *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*, expte. n.º 064-000962/97 (c.405), caso *Camara Argentina de Papelerías, Librerías y Afines v. Supermercados Mayoristas Makro S.A.*

³¹⁷ *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*, expte n.º 064-000359/98, paragrafo 5: "En ella alega que YPF S.A. le habría impuesto precios abusivos y discriminatorios del GLP a granel a las empresas fraccionadoras competidoras de YPF GAS S.A., logrando su desplazamiento mediante una maniobra de "pinzas". En concreto, esta última habría consistido de dos partes: por un lado, YPF S.A. aumentó el precio del GLP a granel, insumo básico para la actividad de fraccionamiento, envasado y distribución. Por otra parte, YPF GAS S.A. llevó adelante una política de precios predatorios en el circuito de fraccionamiento, distribución y comercialización del GLP. Debe, sin embargo, aclararse que esta alusión a "precios predatorios" que hace la denunciante no se refiere a que YPF GAS S.A. haya vendido demasiado barato, sino a que dicha empresa ha comercializado su producto a precios de mercado lo suficientemente bajos como para impedir el funcionamiento en forma rentable de los restantes fraccionadores. En ese sentido, la denunciante expresa que, de todas maneras, los precios finales de venta al público resultaron superiores a los que regirían en una situación competitiva".

³¹⁸ È da rilevare in questo contesto che, il 19 marzo 2000, la ditta YPF S.A. è stata sanzionata dalla *Secretaría de Industria, Comercio y Minería de la Nación* attraverso la risoluzione n.º189/99, che ha ordinato la cessazione immediata dell'illegalità e ha applicato una multa di 109.644.000 pesos (pari a 109 milioni di dollari statunitensi). Tale sanzione è stata irrogata in seguito all'invio del parere (n.º 314/99) sul processo, emanato dalla CNDC, alla suddetta *Secretaría*. Il 24 novembre 2000 la *Cámara Nacional de Apelaciones e lo Penal Económico* ha riconfermato in appello la sanzione imposta dalla *Secretaría*. Sul caso in esame, vedi anche D'AMORE, Marcelo. Abuso Explotativo de Posición Dominante. El caso YPF en Argentina. *Boletim Latino Americano de Concorrência*, n.º 11 (2000), p. 7-16.; e, BOGO, Jorge. La Privatización de un Campeón Nacional. El caso de YPF en Argentina. *Boletim Latino Americano de Concorrência*, n.º 10 (2000), p. 25-44.

praticato la politica di prezzi predatori per la quale era sotto accusa; anzi, in alcuni periodi, aveva addirittura venduto il prodotto ad un prezzo superiore del 13%-14% rispetto a quello praticato dai suoi competitori.³¹⁹

La giurisprudenza statunitense è molto ricca di casi anche con riguardo alla fattispecie in esame, e l'abbondanza di decisioni è di sicura guida per l'interpretazione della norma di specie.

Nella sentenza sul caso *Janich Bros vs. American Distilling Co.*³²⁰, del 1977, la Suprema Corte americana ha definito la pratica di prezzi predatori, affermando che questa condotta si verifica soltanto quando un'impresa rinuncia a benefici a breve scadenza al fine di sviluppare una posizione tale sul mercato da poter successivamente aumentare i prezzi e recuperare i guadagni persi.

Analogamente, nella decisione del 1986 sul caso *Matsushita*³²¹, i giudici della Suprema Corte statunitense hanno sostenuto che l'esito della politica predatrice dipende dalla possibilità che ha il predatore di mantenere il potere monopolistico per un tempo sufficientemente lungo da poter successivamente non solo recuperare le perdite, ma

³¹⁹ *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*, expte n.º 064-000359/98, paragrafi 51 a 55: "Para verificar la existencia de una maniobra de "pinzas", por lo tanto, sería en primer lugar necesario constatar que YPF GAS S.A. cobró precios lo suficientemente bajos como para deprimir el margen de los fraccionadores a niveles incompatibles con su permanencia en el mercado. No obstante ello, cuando se analiza la evolución de los precios nacionales del GLP envasado entre 1994 y 1999, se advierte que YPF GAS S.A. cobró los mayores precios entre las cuatro principales fraccionadoras del mercado, ubicándose estos entre un 13% y un 14% por encima de los precios de sus competidores. Este patrón se repite cuando se analizan los precios del producto a nivel provincial, los cuales - salvo en determinadas regiones cuya participación conjunta sobre la facturación total de YPF GAS S.A. es inferior al 10% - fueron superiores para la empresa denunciada que para la competencia. La prueba reunida no indica, por lo tanto, que YPF GAS S.A. haya fijado precios artificialmente bajos o predatorios para deprimir el precio de mercado del GLP envasado. Mas aún, se debe destacar que - dada la participación de YPF S.A. en la producción de GLP a granel - YPF GAS S.A. es la empresa fraccionadora con mayor grado de integración vertical "aguas arriba" durante el periodo investigado. Debido a los menores costos de organización y transacción que, en principio, toda integración vertical conlleva, es dable suponer que YPF GAS S.A. se encontraba en condiciones de cobrar sistemáticamente un precio inferior al de la competencia, y aún así obtener una rentabilidad variable positiva. Como consecuencia, el hecho de que YPF GAS S.A. haya cobrado los mayores precios del mercado impide catalogar a estos últimos como artificialmente bajos ni predatorios. A modo de conclusión, se puede afirmar que, si bien YPF S.A. abusó de su posición de dominio para incrementar artificialmente el precio del GLP a granel, YPF GAS S.A. no incurrió en acciones destinadas a mantener los precios del producto envasado en niveles inferiores a los de la competencia. Como consecuencia de ello, puede concluirse que el incremento registrado en los precios del GLP a granel fue trasladado a los consumidores finales del producto por el sector fraccionador, siendo aquéllos y no este último los perjudicados en última instancia por el accionar de YPF S.A. "

³²⁰ *Supreme Court of the United States*, causa *Janich Bros., Inc. v. American Distilling Co.*, 439 U.S. 829 (1977). Vedi inoltre: HOVENKAMP, Herbert. *Opus cit.*, p. 338.

anche ottenere benefici addizionali.

Di notevole interesse è il caso *Brooke v.s Brown and Williamson*³²² del 1993, nel quale la Suprema Corte degli Stati Uniti si è trovata dinanzi ad un contesto di mercato quasi bellico ed estremamente radicalizzato; in virtù della conseguente fragilità della struttura del mercato, l'impresa che aveva attuato la politica predatoria non riuscì nel suo intento, e dovette sostenere notevolissime perdite.

g) "*recusar injustificadamente a venda de bens ou a prestação de serviços*" (articolo 6, XIII).³²³

L'*antitrust* argentino ha esaminato un caso concernente la fattispecie in esame, con particolare riguardo al rifiuto ingiustificato di prestare servizi, nella controversia che ha visto coinvolta la Decoteve S.A.³²⁴, impresa concessionaria di reti televisive a circuito chiuso con sede nella città di Salta, che ha denunciato la Pramer S.C.A., impresa di distribuzione dei segnali dei canali di televisione a circuito chiuso in tutto il territorio nazionale argentino. Quest'ultima società era l'unica a fornire questi servizi nella città di Salta e dintorni, trovandosi così in una posizione dominante nel mercato rilevante.

Secondo quanto comprovato dalla Decoteve durante l'inchiesta svolta dalla CNDC, dalle ore 18 del giorno 21 aprile 1999 la denunciata si era rifiutata, ingiustificatamente, di continuare a fornire i segnali ai canali di televisione a circuito chiuso nella città di Salta, ed in particolare aveva interrotto unilateralmente la fornitura a favore dell'impresa denunciante dei segnali via cavo.

L'istruttoria del caso era già in fase di conclusione e il parere della CNDC era imminente, quando le imprese hanno presentato all'*antitrust* argentino un accordo, ai

³²¹ *Supreme Court of the United States*, causa *Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986): "*The success of any predatory scheme depends on maintaining monopoly power for long enough both to recoup the predator's losses and to harvest come additional gain*".

³²² *Supreme Court of the United States*, causa *Brooke v.s Brown and Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

³²³ "rifiutare ingiustificatamente la vendita di beni o la prestazioni di servizi". Identica redazione al comma 13, articolo 21 della Legge brasiliana n.º 8.884/94. Anche la lettera "I" dell'articolo 2 Legge argentina n.º 25.156 possiede un'identica redazione: "*Negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate.*"

³²⁴ *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia*, expte.Nº:064-006301/99 (C.489).

sensi dell'articolo 24 della normativa di tutela della concorrenza allora in vigore, Legge n.° 22.262. Tale accordo prevedeva che l'impresa denunciata avrebbe provveduto a fornire i segnali dei canali di televisione via cavo alla Decoteve S.A., che sarebbe così potuta tornare a trasmettere ai suoi abbonati nella città di Salta. L'accordo prevedeva inoltre il ritiro della denuncia e la richiesta alla CNDC, da parte dell'impresa denunciante, dell'archiviazione dell'inchiesta.

9.2.3 Concentrazioni fra Imprese ³²⁵

Il Protocollo di Tutela della Concorrenza nel MERCOSUL non prevede in modo diretto il controllo delle concentrazioni fra imprese. Lo fa soltanto in modo indiretto, periferico, generico e impreciso, limitandosi a disporre nell'articolo 7³²⁶ che entro un periodo di due anni gli Stati Parti dovranno adottare delle norme comuni ed efficaci nella sfera interna di ciascuno Stato in materia di concentrazioni fra imprese, ai fini di incorporare la successiva emananda normativa del MERCOSUL diretta al controllo delle concentrazioni tra imprese e alla loro repressioni qualora queste abbiano effetti restrittivi alla concorrenza nell'ambito del mercato comune.³²⁷

³²⁵ I principi e la teoria generale delle concentrazioni fra imprese possono essere rinvenute in alcune opere dedicate esclusivamente all'*antitrust* come: AMATO, Giuliano. *Opus cit.*, p. 79 ss.; AREEDA, Philipp et KAPLOW, Louis. *Opus cit.*, p. 785 ss.; BORK, Robert. *Opus cit.*, p. 198 ss.; FORGIONI, Paula. *Opus cit.*, p. 354 ss.; FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. *Opus cit.*, p. 72 ss.; HOVENKAMP, Herbert. *Opus cit.*, p. 490 ss.; MORGAN, Thomas D. *Opus cit.*, p. 441-509 e 740-801; POSNER, Richard A. et EASTERBROOK, Frank. *Opus cit.*, p. 386 ss.; POSNER, Richard A. *Opus cit.*, p. 96 ss.; ROSS, Stephen. *Opus cit.*, p. 315 ss.; SULLIVAN, Lawrence A. *Opus cit.*, p. 576 ss.; SULLIVAN, Lawrence A. et GRIMES, Warren. *Opus cit.*, p. 510 ss.; SULLIVAN, Thomas et HOVENKAMP, Herbert. *Opus cit.*, p. 779 ss. Nell'ambito comunitario, sono significative KORAH, Valentine. *Cases e Materials on EC Competition Law. Opus cit.*, p. 471 ss.; KORAH, Valentine. *EC Competition Law and Practice. Opus cit.*, p. 301 ss.; MERCIER, Pierre et al. *Opus cit.*, p. 547 ss.; VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 385 ss. Per poter capire questo quadro sono significative le relazioni annuali sulla politica di concorrenza pubblicate dalla Commissione Europea, di cui la più recente è: COMMISSIONE EUROPEA. XXX Relazione sulla Politica di Concorrenza. 2000. *Opus cit.*

³²⁶ "Artículo 7 - Los Estados Partes adoptarán, para fines de incorporación a la normativa del MERCOSUR y dentro del plazo de dos años, normas comunes para el control de los actos y contratos, de cualquier forma manifestados, que puedan limitar o de cualquier forma perjudicar la libre competencia o resultar en dominio del mercado regional relevante de bienes y servicios, inclusive aquellos que resulten en concentración económica, con vistas a prevenir sus posibles efectos anticompetitivos en el ámbito del MERCOSUR".

³²⁷ Alcune norme vigenti in materia di concentrazioni e fusioni di imprese nell'America Latina: Colombia, articolo 4 della Legge n.° 155, del 24 dicembre 1959; Costa Rica, articolo 16 della *Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor*, del 20 dicembre 1994; Panama, articoli 19 al 26 della Legge n.° 29, del 1 febbraio 1996; Perù, articolo 1 della *Ley Antimonopolio y*

In quest'ambito, è importante sottolineare che, inizialmente, la delegazione brasiliana a Fortaleza aveva voluto fissare, nella redazione del documento, un dispositivo identico a quello presente nel paragrafo 3 dell'articolo 54 della Legge brasiliana n.º 8.884/94. Il testo proposto dai brasiliani – e successivamente non approvato –, prevedeva un rigido controllo che le autorità nazionali garanti della concorrenza e la CCM avrebbero dovuto svolgere su tutti gli atti che:

*"(...) visam a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em trinta por cento ou mais de mercado relevante (...)".*³²⁸

Trascorsi sei anni dall'approvazione del Protocollo e quasi due dall'entrata in vigore tra Brasile e Paraguay, nessuno degli Stati Parti ha adottato le norme comuni previste dall'articolo 7.

Antioligopolio del Sector Eléctrico, del 5 novembre 1997 (come si può osservare, la normativa disciplina soltanto il settore elettrico); Messico, articoli 16 al 22 della *Ley Federal de Competencia Económica*, del 24 dicembre 1992; Venezuela, articolo 11 della *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*, del 13 dicembre 1991. In: COMMISSION EUROPEA. *Compilación de Legislación de la Competencia. América Latina & Caribe*. Bruxelles, 1988. Documento disponibile su internet, sito <http://europa.eu.int/comm/dg04/dg4home.htm>. Citiamo inoltre le norme in materia vigenti negli ordinamenti interni europei: Austria, paragrafo 41 della *Kartellgesetz*, del 1988; Belgio, articolo 9 della Legge del 5 agosto 1991; Danimarca, la Legge n.º 384, del 10 giugno 1997; Francia, articoli 38 a 44 dell'*ordonnance* n.º 86-1243, del 1 dicembre 1986; Germania, paragrafo 35, 36 e 37 della *Gesetz gegen die Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), del 27 giugno 1957, modificata il 22 dicembre 1989; Gran Bretagna, articoli 63, 64 e 65 del *Fair Trading Act*, del 1973; Irlanda, il *Mergers Take-Overs and Monopolies Act* del 1978, con le modifiche svolte dalla Parte IV del *Competition Act* del 1 ottobre 1991; Italia, articoli 5, 6 e 7 della Legge n.º 287, del 10 ottobre 1990; Olanda, il *Competition Act*, del 22 maggio 1997; Portogallo, articolo 7 del *Decreto-Lei* n.º 371, del 29 Ottobre 1993; Spagna, articolo 6.1 della *Ley de Defensa de la Competencia*, del 17 luglio 1989; Svezia, articolo 4 della Legge n.º 20, del 14 gennaio 1993; Svizzera, articoli 9, 10 e 11 della *Kartellgesetz*, del 20 dicembre 1985. In generale, la bibliografia sull'argomento è molto ampia. Per un'analisi più approfondita possono essere indicati le seguenti opere AMMANNATI, Laura (a cura di). *Opus cit.*; AMSTUTZ, Marc et al. *Opus cit.*; BRAULT, Dominique. *Opus cit.*; BURKHARDT, Jürgen. *Opus cit.*; FRIGNANI, Aldo et al. *Opus cit.*; MERCIER, Pierre et al. *Opus cit.*; SOUTY, François. *La Politique de la Concurrence au Royaume-Uni. Opus cit.*; SOUTY, François. *La Politique de la Concurrence en Allemagne Fédérale. Opus cit.*; Winckler, Antoine et BRUNET, François (sous la direction). *La Pratique Communautaire du contrôle des Concentrations*. Bruxelles: De Boeck Université, 1998.

³²⁸ "(...) che hanno per oggetto qualsiasi forma di concentrazione economica, sia attraverso la fusione o incorporazione di imprese, costituzione di società per il controllo di imprese o qualsiasi forma di raggruppamento societario, che implichi la partecipazione di un'impresa o di un gruppo di imprese che interessi il trenta per cento o più di mercato rilevante (...)".

CAPITOLO DECIMO

Il Protocollo di Tutela della Concorrenza nel MERCOSUL. Diritto Oggettivo.

^

10.1 Controllo degli Atti e Contratti

L'articolo 7³²⁹ del Protocollo di Fortaleza obbliga gli Stati parti ad adottare, nel termine di due anni, misure dirette a controllare accordi e contratti che possano restringere la concorrenza.

Diversi autori hanno intensamente criticato la redazione di questa norma per il fatto che, nel prevedere quest'obbligo – che fra l'altro è propedeutico, nel risultato che si prefigge, al funzionamento del Sistema del MERCOSUL –, non è stabilita la decorrenza del termine biennale di adempimento, lasciando irrisolto il dubbio se detto termine corra dalla data di approvazione del Protocollo o dalla data di entrata in vigore nell'ambito del MERCOSUL.³³⁰

La maggioranza degli Autori, basandosi sul disposto dell'articolo 33³³¹, optano per la seconda delle due interpretazioni, ritenendo che la norma debba essere letta nel senso che l'obbligo deve essere adempito solo nel biennio successivo all'entrata in vigore del Protocollo nell'ambito del MERCOSUL.

³²⁹ "Artigo 7 – Os Estados Partes adotarão, para fins de incorporação à normativa do MERCOSUL e dentro do prazo de 2 anos, normas comuns para o controle dos atos e contratos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado regional relevante de bens e serviços, inclusive aqueles que resultem em concentração econômica, com vistas a prevenir os seus possíveis efeitos anticompetitivos no âmbito do Mercosul".

³³⁰ HERZ, Mariana et PEROTTI, Alejandro. *Opus cit.*, p. 54.

³³¹ "Artigo 33 – O presente Protocolo, parte integrante do Tratado de Assunção, entrará em vigor trinta dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação, com relação aos dois primeiros Estados Partes que o ratifiquem e, no caso dos demais signatários, no trigésimo dia após o depósito do respectivo instrumento de ratificação".

10.2 Gli Organi di Applicazione e i Sistemi dei Diritti Interni

Il Protocollo di Fortaleza ha istituito, con gli articoli 8³³² e 9³³³, due organi destinati a darvi applicazione: essi sono la Commissione di Commercio del MERCOSUL e il Comitato di tutela della concorrenza. Quest'ultimo, in particolare, è composto da soggetti appartenenti alle autorità nazionali garanti della concorrenza, come potremo vedere nel prosieguo.

Il rapporto tra l'autorità comunitaria e le autorità nazionali di tutela della concorrenza è previsto dal Protocollo del MERCOSUL con parametri identici rispetto al sistema *antitrust* della Comunità Europea. Nel sistema comunitario l'azione delle autorità nazionali concorre con quella della Commissione europea³³⁴ attraverso l'attribuzione di competenze concorrenti fra organo comunitario e organi nazionali. Come afferma Giuseppe Tesauro³³⁵, là dove vi sia un organismo *ad hoc* deputato a garantire il rispetto delle norme sulla concorrenza, non si dovrebbe avere alcuna esitazione a considerarlo competente per l'applicazione anche delle norme comunitarie sulla concorrenza provviste di effetto diretto.

Il fenomeno delle competenze concorrenti ha avuto la sua genesi con la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee sul caso *Wilhelm*³³⁶ del 1969. Con questa decisione i giudici di Lussemburgo proclamarono il primato del diritto comunitario sui diritti interni³³⁷ anche nel campo della tutela della concorrenza, e

³³² "Artigo 8 – Compete à Comissão de Comércio do MERCOSUL, nos termos do artigo 19 do Protocolo de Ouro Preto, e ao Comitê de Defesa da Concorrência aplicar o presente Protocolo. Parágrafo Único – O Comitê de Defesa da Concorrência, órgão de natureza intergovernamental, será integrado pelos órgãos nacionais de aplicação do presente Protocolo em cada Estado Parte".

³³³ "Artigo 9 – O Comitê de Defesa da Concorrência submeterá à aprovação da Comissão de Comércio do MERCOSUL a regulamentação do presente Protocolo".

³³⁴ Vedi a riguardo TODINO, Mario. L'Autorità e l'applicazione decentrata degli Articoli 85 e 86 del Trattato CE. Roma: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 1997, p. 9 ss.

³³⁵ TESAURO, Giuseppe. Applicazione del Diritto Comunitario della Concorrenza da parte delle Autorità Nazionale. In: RAFFAELLI, Enrico A. (edited by). *Antitrust between EC Law and National Law*. Volume II. *Opus cit.*, p. 7.

³³⁶ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 13 febbraio 1969, causa 14/68, *Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt*.

³³⁷ In termini generali, il principio del primato del diritto comunitario, una delle fondamenta dell'ordinamento giuridico della Comunità Europea, era già stato proclamato dalla Corte di Giustizia nel 1964, in occasione della sentenza *Costa/Enel* (causa 6/64). Nella sentenza *Wilhelm* la Corte ha inteso ribadire detto principio, affermando la sua validità anche nell'ambito della tutela della concorrenza.

affermarono che in base al paragrafo 3 dell'articolo 9 del Regolamento n.° 17³³⁸ le amministrazioni nazionali hanno competenza per applicare direttamente la normativa comunitaria in materia di concorrenza in caso di inerzia della Commissione.³³⁹

È da sottolineare però che il regolamento comunitario richiamato dalla sentenza *Wilhelm*, nel paragrafo 1 dell'articolo 9, mantiene la competenza esclusiva della Commissione per dichiarare l'inapplicabilità delle disposizioni del paragrafo 1 dell'articolo 81³⁴⁰. Questo assetto è stato ribadito dalla Commissione nella causa *Bundeskartellamt v. Volkswagen et VAG Leasing*³⁴¹, affermando che le autorità nazionali non possono vietare gli accordi che beneficiano di un'esenzione.³⁴²

Le competenze concorrenti³⁴³ nell'applicazione degli articoli 81 (1), 82 (2) e 83

³³⁸ Regolamento n.° 17 del Consiglio, 6 febbraio 1962, articolo 9, paragrafo 3: "fino a quando la Commissione non abbia iniziato alcuna procedura a norma degli articoli 2, 3 o 6, le autorità degli Stati membri restano competenti per l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1, e dell'articolo 86, in conformità dell'articolo 88 del trattato."

³³⁹ Uno fra i principali obiettivi della sentenza era quello di armonizzare la legislazione comunitaria con quelle nazionali e di creare dei meccanismi adatti all'applicazione del diritto comunitario della concorrenza da parte delle autorità nazionali, tutto ciò senza generare discapito per il mercato comune. Vedi, a tale scopo, il punto 4 della sentenza: "Ciò è del resto confermato dall'articolo 87, n. 2 e), che autorizza il consiglio a disciplinare i rapporti tra norme interne e norme comunitarie sulla concorrenza, da cui risulta che in principio le autorità nazionali competenti in materia di intese possono instaurare un procedimento anche nei casi che costituiscono oggetto di una decisione della commissione. Tuttavia, onde salvaguardare la finalità generale del trattato, tale applicazione parallela della disciplina nazionale è ammissibile solo in quanto non pregiudichi l'uniforme applicazione, nell'intero mercato comune, delle norme comunitarie sulle intese e il pieno effetto dei provvedimenti adottati in applicazione delle stesse". Il punto 9 della stessa sentenza fornisce altri elementi d'interesse: "Ciò premesso, e finché un regolamento adottato in forza dell'articolo 87, n. 2 e) del trattato non abbia disposto diversamente, nulla osta a che le autorità nazionali instaurino un procedimento nei confronti di un'intesa, secondo il loro diritto nazionale, anche qualora la commissione stia già esaminando la posizione della stessa intesa sotto il profilo del diritto comunitario, restando fermo che il procedimento parallelo dinanzi alle autorità nazionali non può pregiudicare la piena ed uniforme applicazione del diritto comunitario né l'efficacia degli atti adottati in esecuzione dello stesso".

³⁴⁰ Regolamento n.° 17 del Consiglio, 6 febbraio 1962, articolo 9, paragrafo 3: "fatto salvo il controllo della decisione da parte della Corte di giustizia, la Commissione ha competenza esclusiva per dichiarare inapplicabili, in virtù dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato, le disposizioni dell'articolo 85, paragrafo 1".

³⁴¹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 24 ottobre 1995, causa C-266/93, *Bundeskartellamt v. Volkswagen et VAG Leasing*.

³⁴² La tesi della Commissione si basava sul fatto che: "(...) l'uniforme applicazione del diritto comunitario verrebbe infatti vanificata ogniqualvolta l'esenzione che tale diritto dispone per un accordo venisse fatta dipendere dalle norme nazionali in materia. Diversamente, non solo uno stesso accordo verrebbe trattato diversamente in base al diritto di ciascuno Stato membro, pregiudicando così l'applicazione delle norme del diritto comunitario, ma verrebbe anche disconosciuta la piena efficacia di una decisione d'esenzione ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3, ossia di un provvedimento d'esecuzione del trattato".

³⁴³ I primi movimenti di decentramento delle attività della Commissione nell'ambito della tutela della concorrenza sono stati in favore delle giurisdizioni nazionali, e non alle autorità garanti. La prima traccia di tale azione si trova nella XIII Relazione sulla Politica della Concorrenza (n.° 217-218) del 1983, e nelle sentenze *Delimitis* (C-234/89) e *Automec* (T-24/90), entrambe emanate dalla Corte di Giustizia. Sull'argomento vedi VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. *Opus cit.*, p. 900 ss.

del Trattato di Roma sono state inoltre confermate dalla Commissione nella IV Relazione sulla Politica della Concorrenza.³⁴⁴

Con una comunicazione pubblicata nel 1997, la Commissione ha potuto precisare ancora di più i termini della collaborazione – nell'ambito delle suddette competenze concorrenti – con le autorità nazionali garanti della concorrenza³⁴⁵. La Commissione parte dal principio che gli Stati membri non devono limitarsi ad applicare la legislazione nazionale, ma devono partecipare attivamente all'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato di Roma:

“L'implicazione degli Stati membri nella politica di concorrenza comunitaria dà modo di adottare le decisioni a un livello quanto più vicino possibile ai cittadini (trattato sull'Unione europea, articolo A). L'applicazione decentrata delle norme di concorrenza comunitarie permette inoltre di pervenire ad una migliore ripartizione dei compiti. Se, a causa delle sue dimensioni o dei suoi effetti l'azione prevista può essere realizzata meglio a livello comunitario, spetta alla Commissione intervenire. Diversamente, l'intervento compete all'autorità garante della concorrenza dello Stato membro interessato”.³⁴⁶

È da rilevare però che le norme del MERCOSUL non sono munite di effetto diretto, elemento fondamentale per l'estensione della competenza in materia di tutela della concorrenza nel sistema europeo. Questa differenza fra i due sistemi non modifica tuttavia l'efficacia della normativa, che, una volta ratificata dagli Stati parti – come è già

³⁴⁴ COMMISSIONE EUROPEA. IV Relazione sulla Politica della Concorrenza. Bruxelles: UPUCE, 1975, p. 46.

³⁴⁵ Comunicazione della Commissione concernente la cooperazione tra la Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri per l'esame dei casi disciplinati dagli articoli 85 e 86 del trattato CE, pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. C 313, del 15 ottobre 1997 (p. 3 – 11). Vedi inoltre COMMISSIONE EUROPEA. XXVII Relazione sulla Politica della Concorrenza. *Opus cit.*, p. 20-21.

³⁴⁶ Anche qui, come si può chiaramente osservare, il sistema comunitario di tutela della concorrenza ricorre al principio di sussidiarietà per stabilire un'azione comune con le sfere nazionali. Afferma a tale riguardo Giuseppe Tesauro: “In via di principio, viene enunciato un criterio molto simile alla sussidiarietà. Se il fine dell'intero sistema comunitario è di adottare decisioni quanto più vicine possibile ai cittadini, l'applicazione decentrata delle norme comunitarie della concorrenza consente alla Commissione di intervenire solo quando ‘a causa delle sue dimensioni o dei suoi effetti l'azione prevista può essere realizzata meglio a livello comunitario’; in caso contrario sarà l'autorità antitrust nazionale ad occuparsi del caso”. In: TESAURO, Giuseppe. Applicazione del Diritto Comunitario della Concorrenza da parte delle Autorità Nazionale. *Opus cit.*, p. 8.

avvenuto per il Paraguay e il Brasile –, acquisterà piena efficacia giuridica nel diritto interno.

Un'altra differenza fra i due sistemi risiede nel fatto che, nel sistema del MERCOSUL, non è prevista la competenza concorrente fra gli organi del blocco regionale incaricati della tutela della concorrenza e le giurisdizioni nazionali. Ciò, in un primo momento, impedisce che un atto con effetti restrittivi al commercio fra gli Stati parti possa essere giudicato da un tribunale nazionale. Le indagini e la procedura di accertamento vengono svolte dalla autorità nazionale e dal *Comitê de Defesa da Concorrência no MERCOSUL*, che, una volta verificata l'esistenza di atto illecito, adotta le misure previste o, in caso di dissenso fra i suoi membri, rinvia il processo alla *Comissão de Comércio do MERCOSUL*.

10.2.1 La *Comissão de Comércio do MERCOSUL*

Nel quadro della tutela della concorrenza del MERCOSUL, è di fondamentale importanza la procedura di applicazione del Protocollo di Fortaleza svolta dalla CCM, disciplinata nel Capitolo V del Protocollo stesso.

Nel momento in cui viene sottoposto alla CCM un determinato caso, l'organo del MERCOSUL reagisce attivando la procedura prevista dall'articolo 20 del Protocollo di Fortaleza:

"A Comissão de Comércio do MERCOSUL, levando em consideração o parecer ou as conclusões do Comitê de Defesa da Concorrência, se pronunciará mediante a adoção de Diretiva, definindo as sanções a serem aplicadas à parte infratora ou as medidas cabíveis ao caso.

Parágrafo primeiro – As sanções serão aplicadas pelo órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliada a parte infratora.

*Parágrafo segundo – Se não for alcançado o consenso, a Comissão de Comércio do MERCOSUL encaminhará as diferentes alternativas propostas ao Grupo Mercado Comum".*³⁴⁷

³⁴⁷ "La Commissione di Commercio del MERCOSUL, tenendo conto del parere o delle conclusioni del

Oltre all'analisi dell'organo in sé e per sé considerato, nell'ambito del nostro esame non va trascurato il rapporto fra la CCM e i comitati tecnici che la assistono, e in particolare il lavoro svolto dal comitato tecnico incaricato dalla tutela della concorrenza, ovvero, il *Comitê de Defesa da Concorrência no MERCOSUL*.

10.2.2 Il *Comitê de Defesa da Concorrência no MERCOSUL*

L'articolo 8 del Protocollo di Fortaleza dichiara competenti in materia di tutela della concorrenza sia la Commissione di Commercio del MERCOSUL, sia il Comitato di Tutela della Concorrenza. Quest'ultimo, istituito dal punto 9 dell'articolo 19 del Protocollo di Ouro Preto, è costituito da un comitato tecnico di natura intergovernativa incaricato di dare assistenza alla CCM. La sua regolamentazione è prevista negli articoli 17, 18 e 19 della Direttiva n.º 5/96.

La finalità dei comitati tecnici in generale, secondo quanto afferma Luiz Olavo Baptista³⁴⁸, è diretta al:

"(...) conseil et l'appui aux activités de la compétence de la Commission de Commerce du MERCOSUL".

L'articolo 17 di tale direttiva toglie qualsiasi facoltà decisoria ai comitati tecnici, e dispone che eventuali raccomandazioni e pareri dovranno essere comunicati alla presidenza *pro tempore* della CCM. I comitati, oltre ai mandati specifici concessi dalla CCM, hanno le funzioni di:

- 4) sviluppare le attività di assessorato tecnico;
- 5) raccogliere dati per elaborare comunicazioni sull'amministrazione e l'applicazione degli strumenti e delle politiche comuni;

Comitato di Tutela della Concorrenza, si pronuncerà mediante l'adozione di Direttiva, definendo le sanzioni da applicarsi alla parte che ha commesso l'illecito o le misure più idonee al caso. Paragrafo primo – Le sanzioni saranno applicate dall'organo nazionale di applicazione dello Stato Parte nel cui territorio sia domiciliato il soggetto responsabile. Paragrafo secondo – Nel caso in cui non venga raggiunto il consenso, la Commissione di Commercio del MERCOSUL invierà al Gruppo Mercato Comune le diverse alternative proposte".

³⁴⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. MERCOSUL. Ses Institutions et son Ordennancement Juridique. *Opus cit.*, p. 149.

- 6) elaborare i pareri tecnici che vengano richiesti dalla CCM, in particolare quelli stabiliti dall'allegato al Protocollo di Ouro Preto.

I pareri tecnici, le comunicazioni e le raccomandazioni emanati da tutti i comitati tecnici dovranno essere anche frutto del consenso fra i rappresentanti degli Stati parti. Nel caso in cui non si riesca a giungere a tale consenso, tutto il progetto dev'essere inviato alla CCM, che dovrà decidere sulla sua pertinenza.

La procedura di designazione dei membri dei comitati prevede che ogni sezione nazionale comunicherà alla presidenza *pro tempore* della CCM la nomina dei coordinatori nazionali di ciascun comitato tecnico. Il *Comitê de Defesa da Concorrência no MERCOSUL* è composto dai rappresentanti delle Autorità nazionali garanti della concorrenza. A queste ultime spetta l'applicazione della normativa del MERCOSUL in materia di concorrenza nella sfera giuridica interna di ogni Stato, e dovranno, inoltre, condurre tutte le inchieste a tal fine necessarie.

10.2.3 Il sistema di tutela della concorrenza e l'Autorità garante brasiliana.

Nell'ordinamento brasiliano la concorrenza è tutelata a livello primario dagli articoli 170 e 173 della *Constituição da República Federativa do Brasil*, che così recitano:

*"Artigo 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência".*³⁴⁹

"Artigo 173 – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (...) Paragrafo 4.º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados,

à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".³⁵⁰

L'organo giudicante con giurisdizione in materia di concorrenza in tutto il territorio del Brasile è il *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* – CADE. Istituito dall'articolo 8 della Legge n.º 4.137/62 e regolamentato dal Decreto n.º 52.025/63, il CADE conta ormai su 40 anni di esperienza e su una significativa giurisprudenza in materia di tutela del mercato. In tale veste, il CADE assume, inoltre, il ruolo di organo incaricato di applicare il Protocollo di tutela della Concorrenza nel MERCOSUL.

L'attuale normativa brasiliana in materia di tutela della concorrenza, Legge n.º 8.884/94³⁵¹, ha operato, sotto alcuni aspetti, delle modifiche strutturali al CADE, e in particolare gli ha conferito lo *status* di *autarquia federal*³⁵², trasformandolo in organo giudicante. Quest'ultima modifica ha generato delle interessanti discussioni sulla validità dell'elevazione del CADE, mediante legge ordinaria, al rango di magistratura, seppur specializzata in ambito economico. Come sottolineato da João Bosco da Fonseca, in questo modo si è creato un varco per la creazione di organi capaci di esercitare la stessa funzione peculiare del Potere Giudiziario, con maggior profitto in ragione della loro specializzazione.³⁵³

³⁴⁹ "Articolo 170 – L'ordine economico, fondato sulla valorizzazione del lavoro umano e sulla libera iniziativa, ha per fine di assicurare a tutti un'esistenza degna, conforme ai dettami della giustizia sociale, osservati i seguenti principi: (...) IV – libera concorrenza."

³⁵⁰ "Articolo 173 – Fatti salvi i casi previsti in questa Costituzione, lo svolgimento diretto di attività economica da parte dello Stato sarà permessa soltanto quando necessaria agli imperativi della sicurezza nazionale o di rilevante interesse collettivo, come definiti dalla legge (...) Paragrafo 4.º - La legge perseguirà l'abuso del potere economico che miri al dominio dei mercati, all'eliminazione della concorrenza e all'aumento arbitrario dei guadagni".

³⁵¹ La Legge n.º 8.884/94 disciplina la tutela della concorrenza in Brasile. Promulgata l'11 giugno 1994, questa legge ha per oggetto la prevenzione e la repressione degli illeciti contro l'ordine economico. Ha per ispirazione i precetti costituzionali di libertà d'iniziativa, libera concorrenza, funzione sociale della proprietà, tutela dei consumatori e repressione all'abuso del potere economico. Per quel che concerne gli atti, sotto qualsiasi forma manifestati, che possano limitare o in qualsiasi modo pregiudicare la libera concorrenza, o consistere nel dominio dei mercati rilevanti di beni o servizi, la Legge previene gli effetti anticoncorrenziali di qualsiasi forma di concentrazione economica. La collettività è la titolare dei beni giuridici protetti dalla Legge. In: CADE. A Lei de Defesa da Ordem Econômica. Documento disponibile su internet il 10 maggio 1999 nel sito www.cade.gov.br.

³⁵² Secondo il giurista brasiliano João Bosco da Fonseca, citando il dispositivo presente nel Decreto Legge n.º 200/67, *Autarquia* sarebbe il servizio autonomo, creato dalla legge con personalità giuridica, patrimonio e fondi propri, per esercitare attività tipiche della Pubblica Amministrazione e che richiedano, per il suo funzionamento, gestione amministrativa e finanziaria decentrata. In: FONSECA, João Bosco da. *Lei de Proteção da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 57.

³⁵³ L'unanimità degli autori brasiliani sono d'accordo che l'azione del CADE dal 1994 in poi è cambiata in modo significativo. L'effettuazione di un numero crescente di indagini e la continuità

Incardinato nel *Ministério da Justiça* e con sede a Brasília, il CADE è composto da un Presidente e da sei consiglieri³⁵⁴, scelti fra cittadini con più di 35 anni di età e di "notório conhecimento jurídico" e "notável saber econômico". Tutti i consiglieri vengono nominati dal Presidente della Repubblica, con successiva approvazione da parte del Senato Federale. Il CADE è assistito inoltre da una Procura speciale, il cui Procuratore generale viene indicato direttamente dal Ministro della Giustizia. La nomina, controfirmata dal Presidente della Repubblica, è efficace dopo l'approvazione da parte del Senato Federale. Possono accedere a tale incarico i cittadini brasiliani di illibata reputazione e nota conoscenza in materia.³⁵⁵

Il CADE svolge le sue attività in collaborazione con la *Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça* (SDE), organo incaricato delle inchieste e dell'istruzione dei processi instaurati secondo la Legge di tutela dell'Ordine Economico. Una volta istruiti dalla *Secretaria de Direito Econômico*, i processi sono sottoposti all'organo Plenario del CADE per il giudizio.³⁵⁶

nell'applicazione dei precetti della nuova normativa hanno conferito al CADE una maggior credibilità come soggetto regolatore, e una forza più grande nell'azione contro le condotte restrittive della concorrenza. Da rilevare in quest'ambito il commento di Paula Forgioni che, fra gli altri, vede in tale mutamento la causa dell'aumento dell'interesse per la materia fra gli studenti e gli studiosi del diritto brasiliano: "*Não obstante a utilização da Lei Antitruste, pelo governo, com fins populistas, a atuação do CADE, nos últimos quatro anos, vem-se consolidando de forma a já não se vislumbrar 'surto' de aplicação da Lei Antitruste, mas sim uma linha contínua de atuação. Identifica-se um novo interesse acadêmico pela matéria e o aumento do número de monografias jurídicas publicadas*". In: FORGIONI, Paula. *Opus cit.*, p. 134.

³⁵⁴ Ai consiglieri sono imposti gli stessi divieti previsti per i magistrati: essi non possono percepire qualsiasi contribuzione che non sia quella di consigliere; non possono esercitare qualsiasi professione liberale o dare consulenze in materia giuridica ed economica; non possono essere direttori, amministratori, gerenti o ricoprire qualsiasi carica simile in società civili, commerciali od imprese di qualsiasi specie; non possono manifestare opinioni concernenti i processi in corso o su qualsiasi questione che possa incidere sulle materie o sull'esercizio della loro funzione nel processo.

³⁵⁵ La normativa in materia ancora prevede che il Procuratore Generale della Repubblica possa designare membri del Pubblico Ministero Federale che dovranno, in tale veste, seguire i processi in corso dinanzi al CADE. Il Pubblico Ministero Federale può, inoltre, chiedere che venga promossa l'esecuzione dei giudizi o compromessi di cessazione fissati dalle decisioni del CADE, così come l'adozione di misure giudiziali.

³⁵⁶ L'articolo 7 della Legge brasiliana n.º 8.884/94 prevede come competenze dell'organo plenario del CADE: "I) zelar pela observância desta lei e seu regulamento e do Regimento Interno do Conselho; II) decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; III) decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça; IV) decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE; V) ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; VI) aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do compromisso de desempenho, bem como determinar à SDE que fiscalize seu cumprimento; VII) apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pela SDE ou pelo Conselheiro-Relator; VIII) intimar os interessados de suas decisões; IX) requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem

I processi amministrativi previsti nell'ambito della Legge n.º 8884/94 possono essere azionati o mediante denuncia, con il parere favorevole all'apertura del processo da parte del SDE dopo la conclusione delle indagini preliminari, ovvero attraverso la conoscenza diretta del fatto da parte della SDE, ossia *ex officio*. L'articolo 32 della medesima normativa prescrive un termine di otto giorni, dopo il verificarsi di una delle tre ipotesi anzidette, per dare inizio al processo. A tale scopo, il segretario della SDE deve presentare un rapporto con le motivazioni che giustificano l'apertura del processo, specificando i fatti che dovranno essere esaminati.³⁵⁷

Con l'apertura del processo amministrativo, il soggetto nei cui confronti si procede dovrà essere notificato del procedimento, e, entro quindici giorni dalla data della notifica, potrà presentare la sua contestazione³⁵⁸. Se costui non provvederà nel termine prescritto a costituirsi in giudizio, ne verrà dichiarata la contumacia. L'articolo 34 prevede che l'imputato della condotta possa intervenire in qualsiasi fase del

necessárias ao exercício das suas funções; X) requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta lei; XI) contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta lei; XII) apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso; XIII) requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões, nos termos desta lei; XIV) requisitar serviços e pessoal de quaisquer órgãos e entidades do Poder Público Federal; XV) determinar à Procuradoria do CADE a adoção de providências administrativas e judiciais; XVI) firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça os que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais; XVII) responder a consultas sobre matéria de sua competência; XVIII) instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica; XIX) elaborar e aprovar seu regimento interno dispendo sobre seu funcionamento, forma das deliberações e a organização dos seus serviços internos; XX) propor a estrutura do quadro de pessoal da autarquia, observado o disposto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal; XXI) elaborar proposta orçamentária nos termos desta lei".

³⁵⁷ L'articolo 38 della legge n.º 8.884/94 prevede che, ogni volta che sia aperto un processo amministrativo, la SDE dovrà immediatamente informare la *Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda*. Questa previsione ha una significativa importanza nel sistema amministrativo brasiliano, giacché permette all'organo di supervisione della politica economica, nel caso sia necessario, di pronunciarsi sulle materie di propria specializzazione. In paesi in grave crisi economica e con immensi problemi strutturali, tale collaborazione rafforza la sintonia fra le azioni svolte da organi che seguono importanti materie economiche tra loro tangenti, ed evita l'accentuarsi di problemi contestuali precedentemente instaurati.

³⁵⁸ Secondo il paragrafo 1.º dell'articolo 33, la notifica dovrà contenere copia integrale del rapporto emanato dal segretario della SDE che ha motivato l'apertura del processo. Tale notifica potrà essere fatta attraverso posta raccomandata ovvero, in caso di impossibilità, tramite pubblicazione di un editto nel *Diário Oficial da União* e in un giornale di grande circolazione nello Stato in cui risiede o abbia sede il denunciato. In entrambi i casi continua a valere il termine di scadenza di quindici giorni per la contestazione della notifica, che decorre, in caso di notifica a mezzo posta, dal momento in cui l'avviso postale di ricevimento della notifica è allegato al fascicolo, e in caso di notifica a mezzo di editto, dal giorno in cui fu pubblicato l'editto stesso.

processo, ma senza il diritto di chiedere la rimessione in termini, ovvero la ripetizione di atti già compiuti senza la sua presenza.

Conclusa questa fase, inizia quella di cognizione nella quale la SDE provvederà alla presentazione delle prove³⁵⁹. Tutte le azioni svolte dalla SDE in questa fase dovranno, secondo il paragrafo unico dell'articolo 35, essere esaurite nel termine di quarantacinque giorni, con possibilità di proroga per un uguale periodo.

L'articolo 39 dispone che, una volta concluso il processo di cognizione, il denunciato riceverà la notifica di un atto con il quale sarà invitato, nel termine di cinque giorni, a presentare le sue considerazioni finali. In seguito a tale atto, il responsabile della SDE dovrà presentare un rapporto motivato nel quale potrà decidere se rinviare il caso al giudizio del CADE ovvero se archivarlo, informando il CADE di quest'ultima ipotesi. La decisione di rinvio a giudizio o di archiviazione non è contestabile tramite ricorso gerarchico.

Il capitolo III della Legge n.º 8.884/94 disciplina il procedimento che si svolge dinanzi al CADE.

Una volta investito del processo, il presidente del CADE chiede l'intervento del Procuratore presso tale consiglio affinché questi, nel termine di venti giorni, si manifesti sulle questioni di fatto e di diritto oggetto della controversia. In seguito, il processo viene assegnato, tramite sorteggio, al relatore della causa. Il relatore, secondo quanto prevede l'articolo 43, ove consideri che gli elementi offerti dall'indagine svolta dalla SDE siano insufficienti per la formazione del suo convincimento, può chiedere un supplemento di indagine, chiedere nuove informazioni e stabilire la presentazione di nuove prove. Tutto ciò nel rispetto dei parametri previsti dall'articolo 35.

Una volta esaminato l'incartamento e giunto ad una conclusione sul caso, il relatore presenta il suo rapporto all'organo plenario del CADE, che dovrà giudicare sulla sussistenza o meno dell'infrazione e decidere la sanzione da irrogare.

In qualsiasi fase del processo amministrativo è possibile il ricorso all'istituto del compromesso di cessazione per la definizione della pratica sotto inchiesta. Tale possibilità è prevista dall'articolo 53 della normativa brasiliana, che dispone che sia il CADE, sia la SDE possano ricorrervi. Tale compromesso non importa confessione o

riconoscimento dell'illegalità della condotta sotto inchiesta, e consiste in un accordo con il soggetto indagato che deve necessariamente prevedere l'obbligo per il denunciato di cessare la pratica sotto inchiesta nel termine stabilito, il valore della multa giornaliera in caso di inadempimento del compromesso, l'obbligo per il denunciato di presentare relazioni periodiche sulla attuazione dello stesso nel mercato, tenendo le autorità informate sugli eventuali cambiamenti nella sua struttura societaria, sul controllo, e sulle sue attività e localizzazione.³⁶⁰

Fissata la data nella quale l'organo plenario del CADE si riunirà per decidere sul caso, questa verrà comunicata alle parti; secondo l'articolo 45, all'udienza il Procuratore presso il CADE e il denunciato – o il suo legale – avranno diritto a 15 minuti ogn'uno per svolgere le proprie argomentazioni.

L'articolo 49 prevede che le decisioni dell'organo plenario del CADE dovranno essere adottate a maggioranza assoluta, con la presenza minima di cinque membri. Tali decisioni, accertino o meno l'esistenza dell'infrazione, dovranno essere sempre munite di idonee motivazioni. Nel caso in cui venga imputata al denunciato un'infrazione, l'articolo 46 prevede che la decisione dovrà contenere: I - specificazione dei fatti che costituiscono l'infrazione accertata e l'indicazione dei provvedimenti che i responsabili dovranno eseguire per la sua cessazione; II – il termine di scadenza entro il quale dovranno essere iniziati ed eseguiti i predetti provvedimenti; III – la multa irrogata; IV – una multa giornaliera in caso di continuazione dell'infrazione.

La normativa brasiliana di tutela della concorrenza, in virtù del suo articolo 60, conferisce alle decisioni prese dall'organo plenario del CADE, il carattere di titolo esecutivo stragiudiziale³⁶¹. Secondo José Cretella Junior³⁶², la decisione del CADE,

³⁵⁹ L'articolo 35 dispone che la stessa SDE può chiedere informazioni, documenti o chiarimenti su questioni dubbie relative al processo in esame a qualsiasi persona fisica o giuridica, organi o enti pubblici, che dovranno essere presentati nel termine di quindici giorni.

³⁶⁰ Per tutta la durata del compromesso il processo amministrativo sarà obbligatoriamente sospeso. Se alla scadenza del termine previsto nel compromesso saranno state rispettate tutte le condizioni stabilite, il CADE potrà stabilire l'archiviazione del processo. È da sottolineare in questo quadro che le condizioni del compromesso potranno essere alterate dal CADE in due situazioni precise, ovvero, nel caso in cui il compromesso si dimostri eccessivamente oneroso per il denunciato (sempre che ciò non determini perdite per terze persone o per la collettività) ovvero se la nuova situazione non si configuri come infrazione dell'ordine economico.

³⁶¹ Nello stesso ambito, viene previsto che, nel caso in cui l'esecuzione abbia per oggetto, oltre al pagamento di una multa, l'adempimento di una obbligazione di fare o non fare, il giudice concederà la tutela specifica dell'obbligazione, o stabilirà provvidenze che assicurino il risultato pratico equivalente a quello dell'adempimento. La normativa ancora ammette la conversione dell'*obligatio faciendi* nel pagamento delle perdite e dei danni; tale possibilità è prevista solo ove sia impossibile la tutela specifica

anche se non emanata dalla magistratura ordinaria, nel caso preveda una pena tradotta in somma pecuniaria o un obbligo di fare, ha la forza per essere eseguita coattivamente tramite l'azione esecutiva prevista a tal fine.³⁶³

L'articolo 47 dispone che sarà la SDE a controllare l'esecuzione della decisione e l'osservanza delle sue condizioni. Nel caso in cui queste non vengano rispettate – totalmente o parzialmente –, la SDE ne darà comunicazione al Procuratore Generale presso il CADE, stabilendo che il medesimo adotti le misure necessarie per l'esecuzione giudiziale.³⁶⁴

L'articolo 50 della Legge n.º 8.884/94 prevede che le decisioni emanate dal CADE non possono essere oggetto di revisione da parte del Potere Esecutivo, dovendo essere immediatamente eseguite. In seguito, dovranno essere comunicate al Pubblico Ministero, che dovrà esaminare le possibili misure legali da adottare nell'ambito delle sue attribuzioni.

10.2.4. Il sistema di tutela della concorrenza e l'Autorità Garante argentina.

La tutela della concorrenza nel sistema argentino trova origine nel dispositivo dell'articolo 42 della *Constitución de la Nación Argentina*. Questa norma sancisce la possibilità per il cittadino di difendersi da qualsiasi forma di distorsione del mercato:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo e digno. Las autoridades proveerán a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al calidad y eficiencia de

o il non ottenimento del risultato pratico corrispondente. In questo contesto, l'indennizzo per le perdite e i danni sofferti sarà pagato senza pregiudizio per le multe irrogate.

³⁶² CRETELLA Jr., José. *Opus cit.*, p. 125.

³⁶³ Il paragrafo quarto dell'articolo 53 prevede che anche il compromesso di cessazione costituisce titolo esecutivo stragiudiziale. La sua esecuzione dev'essere portata in giudizio immediatamente in caso di non adempimento del compromesso ovvero nel caso in cui venga ostacolato il suo controllo.

³⁶⁴ L'esecuzione delle decisioni emanate dall'organo plenario del CADE potrà essere richiesta soltanto nell'ambito del Tribunale Federale di Brasilia – o meglio, del Distretto Federale – o della sede o residenza del denunciato, a scelta del CADE. In entrambi casi, il processo di esecuzione delle decisioni del CADE avrà preferenza su ogni altra azione, fatti salvi l'*habeas corpus* e il *mandado de segurança*.

los servicios públicos, y la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios".³⁶⁵

La normativa derivata attualmente in vigore in Argentina è la *Ley* n.º 25.156, promulgata il 25 agosto 1999 e pubblicata nel *Boletín Oficial* il 20 settembre 1999, che ha sostituito la Legge n.º 22.262, del 1980. La nuova legge ha apportato significativi cambiamenti nel sistema argentino di tutela della concorrenza³⁶⁶.

Contrariamente alla normativa in vigore fino al 1999, l'attuale legge non caratterizza le condotte con effetti restrittivi della libera concorrenza come reati. Guillermina Tajan³⁶⁷ sostiene che la nuova norma ha introdotto nell'ordinamento giuridico una concezione diversa di *defensa de la competencia* :

*"Un característica de la legislación anterior era que la misma tipificaba a una serie de figuras como delitos, pero con la sanción de la nueva ley se produce un cambio, ya que los tipos delictivos fueron definitivamente suprimidos, pasando a ser tipos infractivos o contravenciones. La ley 25.156 no contiene ninguna hipótesis que constituya una figura delictiva de índole penal, todas las conductas que constituyen infracciones se enmarcan en un tipología contravencional por su naturaleza, dado los intereses que protege 'el interés económico general' (arts. 1 y 7)".*³⁶⁸

³⁶⁵ "I consumatori e fruitori di beni e servizi hanno diritto, in relazione al consumo, alla protezione della loro salute, sicurezza e interesse economico; ad un'informazione adeguata e veritiera; alla libertà di scelta e a condizioni di trattamento equo e dignitoso. Le autorità provvederanno alla tutela della concorrenza contro ogni forma di distorsione dei mercati, al controllo dei monopoli naturali e legali, alla qualità e efficienza dei servizi pubblici, e alla costituzione di associazioni di consumatori e di utenti."

³⁶⁶ E' importante sottolineare in quest'ambito, però, che anche se sono state effettuate delle modifiche rilevanti nel sistema *antitrust*, la nuova legge ha mantenuto come elemento fondamentale l'esistenza di un pericolo all'interesse economico generale. Tutto ciò senza esigere che lo stesso interesse sia stato effettivamente pregiudicato. In: DE QUEVEDO, María Viviana. Reformas a la Legislación de Defensa de la Competencia Argentina. *Ley 25.156. Boletín Latino Americano de Concurrencia*, n.º 9 (2000), p. 8-9.

³⁶⁷ TAJAN, Guillermina. Comentarios acerca de la Efectiva Aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia Argentina. *Opus cit.*, p. 15.

³⁶⁸ "Una caratteristica della legislazione anteriore era che la stessa configurava una serie di figure come reati, mentre con la promulgazione della nuova legge si è prodotto un cambiamento, visto che la configurazione come reati è stata definitivamente soppressa, divenendo gli stessi semplici infrazioni o contravvenzioni. La legge 25.156 non contiene nessuna ipotesi di reato di indole penale, tutte le condotte che costituiscono infrazioni si inquadrano in una tipologia di contravvenzione per loro propria natura, in virtù degli interessi protetti da 'l'interesse economico generale' (articoli 1 e 7)".

In tale modo, sono state escluse dalla nuova normativa le pene di reclusione, previste dall'articolo 42 della vecchia Legge n.º 22.262, in ogni caso mai applicate durante il suo periodo di vigenza.³⁶⁹

La Legge n.º 25.156 prevede due tipi di figure antiggiuridiche, entrambe sancite nell'articolo primo: si tratta delle condotte e degli atti che possono limitare, restringere o falsare la concorrenza – più chiaramente esemplificate nell'articolo 2 della stessa legge³⁷⁰ –, e delle condotte e degli atti che costituiscano abuso di potere economico, specificati dagli articoli 4 e 5 del medesimo documento³⁷¹. Tra le fattispecie indicate

³⁶⁹ DE QUEVEDO, María Viviana. *Opus cit.*, p. 11.

³⁷⁰ República Argentina, Legge n.º 25.156, articolo 2: "Las siguientes conductas, entre otras, en la medida que configuren las hipótesis del artículo 1º, constituyen prácticas restrictivas de la competencia: a) Fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta, o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demandan en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto; b) Establecer obligaciones de producir, procesar, distribuir, comprar o comercializar sólo una cantidad restringida o limitada de bienes, o prestar un número, volumen o frecuencia restringido o limitado de servicios; c) Repartir en forma horizontal zonas, mercados, clientes y fuentes de aprovisionamiento; d) Concertar o coordinar posturas en las licitaciones o concursos; e) Concertar la limitación o control del desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción o comercialización de bienes y servicios; f) Impedir, dificultar u obstaculizar a terceras personas la entrada o permanencia en un mercado o excluirlas de éste; g) Fijar, imponer o practicar, directa o indirectamente, en acuerdo con competidores o individualmente, de cualquier forma precios y condiciones de compra o de venta de bienes, de prestación de servicios o de producción; h) Regular mercados de bienes o servicios, mediante acuerdos para limitar o controlar la investigación y el desarrollo tecnológico, la producción de bienes o prestación de servicios, o para dificultar inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios o su distribución; i) Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar la prestación de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien; j) Sujetar la compra o venta a la condición de no usar, adquirir, vender o abastecer bienes o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero; k) Imponer condiciones discriminatorias para la adquisición o enajenación de bienes o servicios sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales; l) Negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate; ll) Suspender la provisión de un servicio monopólico dominante en el mercado a un prestatario de servicios públicos o de interés público; m) Enajenar bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado o de producir daños en la imagen o en el patrimonio o en el valor de las marcas de sus proveedores de bienes o servicios".

³⁷¹ República Argentina, Legge n.º 25.156: "Artículo 4º.- A los efectos de esta ley se entiende que una o más personas goza de posición dominante cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o en una o varias partes del mundo o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial o, cuando por el grado de integración vertical u horizontal está en condiciones de determinar la viabilidad económica de un competidor o participante en el mercado, en perjuicio de éstos. Artículo 5º.- A fin de establecer la existencia de posición dominante en un mercado, deberán considerarse las siguientes circunstancias: a) El grado en que el bien o servicio de que se trate, es sustituible por otros, ya sea de origen nacional como extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma; b) El grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; c) El grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder".

nell'articolo 2, nessuna è proibita *in sé e per sé* dalla nuova legge, ma tutte possono costituire illecito nel caso in cui abbiano degli effetti restrittivi sulla libera concorrenza.

Molto più giovane del CADE brasiliano è il *Tribunal Nacional de Defensa della Competencia*, organo nazionale argentino incaricato di tutelare la concorrenza. Con sede a Buenos Aires, il *Tribunal* è un organismo autarchico incardinato nell'ambito del Ministero dell'Economia argentino. Le sue funzioni sono di controllo ed applicazione della Legge n.º 25.156, *Ley de Defensa de la Competencia*.³⁷²

L'articolo 24 della legge in esame disciplina le attività svolte dal *Tribunal*, che consistono nell'effettuazione di inchieste, nell'adozione di misure cautelari e nell'esecuzione delle decisioni dallo stesso emanate³⁷³. Il Decreto n.º 20/99 ha creato la

³⁷² Secondo l'articolo 58 della Legge n.º 25.156, la Legge n.º 22.262 è ancora vigente per le cause in corso alla data di entrata in vigore della nuova normativa. Queste, seguono il loro *iter* secondo le disposizioni dell'organo di applicazione della Legge n.º 22.262 – la *Comision Nacional de Defensa de la Competencia* (CNDC) –, fino alla costituzione e all'insediamento del *Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia*. Dalla costituzione del *Tribunal*, tutte le cause pregresse saranno trattate e conosciute dallo stesso. È importante rilevare inoltre che, confrontato al ruolo ricoperto dalla CNDC, il *Tribunal* ha oggi, nel sistema politico-economico argentino, maggiore forza e autonomia. La CNDC infatti era fortemente vincolata alla Segreteria di Stato di Commercio e Affari Economici Internazionali del Governo argentino, e non era dotata dalla stessa autonomia che, ad esempio, possiede il CADE in Brasile o l'attuale *Tribunal* argentino. Il debole assetto istituzionale della CNDC trova conferma nel fatto che essa poteva emanare decisioni vincolanti nei confronti degli autori di illeciti contro la tutela della concorrenza, ma doveva limitarsi a dare pareri che erano sottoposti alla Segreteria, incaricata di provvedere all'irrogazione della sanzione; dall'esame delle varie norme della Legge n.º 22.262/80, è possibile individuare molti altri esempi di intervento del Segretario di Stato e dei sottosegretari nello svolgimento delle azioni del CNDC.

³⁷³ *Republica Argentina*, Legge n.º 25.156, articolo 24: "*Son funciones y facultades del Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia: a) Realizar los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes. Para ello podrá requerir a los particulares y autoridades nacionales, provinciales o municipales, y a las asociaciones de Defensa de Consumidores y de los usuarios, la documentación y colaboración que juzgue necesarias; b) Celebrar audiencias con los presuntos responsables, denunciantes, damnificados, testigos y peritos, recibirles declaración y ordenar careos, para lo cual podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública; c) Realizar las pericias necesarias sobre libros, documentos y demás elementos conducentes a la investigación, controlar existencias, comprobar orígenes y costos de materias primas u otros bienes; d) Imponer las sanciones establecidas en la presente ley; e) Promover el estudio y la investigación en materia de competencia; f) Cuando lo considere pertinente emitir opinión en materia de competencia y libre concurrencia respecto de leyes, reglamentos, circulares y actos administrativos, sin que tales opiniones tengan efecto vinculante; g) Emitir recomendaciones de carácter general o sectorial respecto a las modalidades de la competencia en los mercados; h) Actuar con las dependencias competentes en la negociación de tratados, acuerdos o convenios internacionales en materia de regulación o políticas de competencia y libre concurrencia; i) Elaborar su reglamento interno, que establecerá, entre otras cuestiones, modo de elección y plazo del mandato del presidente, quién ejerce la representación legal del Tribunal; j) Organizar el Registro Nacional de la Competencia creado por esta ley; k) Promover e instar acciones ante la Justicia, para lo cual designará representante legal a tal efecto; l) Suspender los plazos procesales de la presente ley por resolución fundada; ll) Acceder a los lugares objeto de inspección con el consentimiento de los ocupantes o mediante orden judicial la que será solicitada por el Tribunal ante el juez competente, quien deberá resolver en el plazo de 24 horas; m) Solicitar al juez competente las medidas cautelares que estime pertinentes, las que deberán ser resueltas en el plazo de 24 horas; n) Suscribir convenios*

Secretaria de Defensa de la Competencia y del Consumidor, e l'ha affiancata al *Tribunal*. Il ruolo di quest'organo è molto simile a quello svolto dalla *Secretaria de Derecho Económico* nel sistema brasiliano: esso è infatti incaricato di svolgere le indagini, produrre le prove e proporre le denunce. Guillermina Tajan³⁷⁴ sottolinea l'importanza dell'interazione dei due organi in relazione ai loro diversi compiti:

*"(...) da origen a un sistema de 'doble agencia' que presentaría ciertas ventajas, una de ellas sería la introducción de un mecanismo de balances y contrapesos en el procedimiento, permitiendo que quien presenta e impulsa la denuncia sea alguien diferente de quien la juzga".*³⁷⁵

I sette membri che costituiscono il *Tribunal* vengono scelti fra avvocati ed operatori economici con *suficientes antecedentes e idoneidad* e che vantino almeno cinque anni di esercizio della loro professione. Essi sono designati dall'Esecutivo nazionale in seguito ad un concorso pubblico, che si fonda sulla valutazione del *curriculum* del candidato e di un colloquio³⁷⁶. I membri restano in carica per un periodo di sei anni, rinnovabili, durante i quali non potranno svolgere funzioni diverse, eccettuata la docenza universitaria. L'articolo 20 della Legge n.º 25.156 prevede che la rinnovazione delle cariche sarà effettuata parzialmente ogni tre anni³⁷⁷. L'ipotesi di

con organismos provinciales o municipales para la habilitación de oficinas receptoras de denuncias en las provincias; ñ) Al presidente del Tribunal le compete ejercer la función administrativa del organismo y podrá efectuar contrataciones de personal para la realización de trabajos específicos o extraordinarios que no puedan ser realizados por su planta permanente, fijando las condiciones de trabajo y su retribución. Las disposiciones de la ley de contrato de trabajo regirán la relación con el personal de la planta permanente; o) Vetado por Decreto N.º -1019/99; p) Suscribir convenios con asociaciones de usuarios y consumidores para la promoción de la participación de las asociaciones de la comunidad en la defensa de la competencia y la transparencia de los mercados."

³⁷⁴ TAJAN, Guillermina. *Comentarios acerca de la Efectiva Aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia Argentina. Opus cit.*, p. 20.

³⁷⁵ *"(...) da origine a un sistema di 'doppia agenzia' che presenterebbe certi vantaggi, uno di questi sarebbe l'introduzione di un meccanismo di pesi e contrappesi nel procedimento, facendo sì che chi presenta e spinge la denuncia sia diverso da chi la giudica"*.

³⁷⁶ Secondo l'articolo 19 della Legge n.º 25.156, le seguenti autorità partecipano alla commissione che svolgerà il colloquio con i candidati ammessi alla prima fase del concorso pubblico: *"(...) el Procurador del Tesoro de la Nación, el secretario de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación, los residentes de las comisiones de Comercio de ambas Cámaras del Poder Legislativo de la Nación, el presidente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y los presidentes de la Academia Nacional de Derecho y de la Academia Nacional de Ciencias Económicas."*

³⁷⁷ Legge n.º 25.156, articolo 20: *"(...) La renovación de los mismos se hará parcialmente cada tres años y podrán ser reelegidos por los procedimientos establecidos en el artículo anterior. Al finalizar los tres"*

rimozione di un membro del *Tribunal* è prevista in caso di messa in stato di accusa su proposta dell'Esecutivo nazionale e del Presidente del *Tribunal*. In tale caso, sarà compito della stessa commissione che ha approvato il membro nel colloquio di ammissione di decidere, a maggioranza semplice, se rimuovere o meno il membro sotto accusa.³⁷⁸

La giurisdizione del *Tribunal* può essere azionata tramite denuncia³⁷⁹ – presentata da qualsiasi persona fisica o giuridica, pubblica o privata – o *ex officio*. I requisiti per l'ammissibilità della denuncia sono previsti nell'articolo 28 della *Ley de Defensa de la Competencia*, che prevede che essa debba constare delle generalità del denunciante, dell'oggetto della denuncia, dei fatti e della base giuridica su cui essa si fonda³⁸⁰. Dal momento in cui la denuncia è ammessa da parte del *Tribunal*, ovvero scatti il procedimento *ex officio*, il denunciato avrà dieci giorni per presentare la contestazione. Una volta presentata la contestazione, ovvero sia inutilmente scaduto il termine per la sua presentazione, il *Tribunal* è investito del merito della questione.

L'archiviazione del processo è prevista dall'articolo 31 della Legge n.° 25.156 nei casi in cui il *Tribunal* ritenga che la contestazione del denunciato abbia idoneamente comprovato l'assenza di *fumus* della denuncia, o nel caso in cui, comunque, venga rilevata l'assenza di elementi per poter procedere. In caso contrario, conclusa la fase di cognizione, il *Tribunal* chiederà alle parti di presentare le prove che ritengano rilevanti nel termine di quindici giorni³⁸¹. Le allegazioni finali delle parti potranno essere proposte entro 6 giorni dalla chiusura dell'istruzione probatoria³⁸². In seguito, il

primeros años se renovarán tres miembros y al finalizar los otros tres años, los cuatro miembros restantes."

³⁷⁸ Le cause di rimozione sono previste dall'articolo 21 della Legge n.° 25.156: "*Son causas de remoción de los miembros del tribunal: a) Mal desempeño en sus funciones; b) Negligencia reiterada que dilate la substanciación de los procesos; c) Incapacidad sobreviniente; d) Condena por delito doloso; e) Violaciones de las normas sobre incompatibilidad; f) No excusarse en los presupuestos previstos por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.*"

³⁷⁹ L'ipotesi di falsa denuncia viene prevista e sanzionata dall'articolo 45 della Legge n.° 25.156: "*Quien incurriera en una falsa denuncia será pasible de las sanciones previstas en el artículo 46 inciso b) de la presente ley, cuando el denunciante hubiese utilizado datos o documentos falsos, con el propósito de causar daño a la competencia, sin perjuicio de las demás acciones civiles y penales que correspondieron.*"

³⁸⁰ Legge n.° 25.156, articolo 28: "*La denuncia deberá contener: a) El nombre y domicilio del presentante; b) Vetado por Decreto N°1019/99; c) El objeto de la denuncia, diciéndola con exactitud; d) Los hechos en que se funde, explicados claramente; e) El derecho expuesto suscintamente.*"

³⁸¹ È da sottolineare in quest'ambito che, secondo il testo dell'articolo 33 della Legge n.° 25.156, le decisioni del Tribunale in tema di ammissibilità di prove sono inappellabili.

³⁸² Secondo l'articolo 35 della Legge n.° 25.156, in qualsiasi momento del processo il *Tribunal* potrà imporre delle misure per stabilire od ordinare la cessazione, o ancora, l'astensione dalla condotta

Tribunale avrà a disposizione 60 giorni per decidere.³⁸³

Le decisioni del *Tribunal* – indicate dalla Legge n.º 25.156 col nome di *resoluciones* –, che stabiliscono sanzioni vengono notificate agli interessati e pubblicate nel *Boletín Oficial*, e, nel caso in cui il *Tribunal* lo ritenga opportuno, nei principali giornali del Paese a spese del soggetto sanzionato.

Le sanzioni irrogabili a chi commette una infrazione sono previste dall'articolo 46 nei termini che seguono:

"a) El cese de los actos o conductas previstas en los Capítulos I y II y, en su caso la remoción de sus efectos;

b) Los que realicen los actos prohibidos en los Capítulos I y II y en el artículo 13 del Capítulo III, serán sancionados con una multa de diez mil pesos (\$ 10.000) hasta ciento cincuenta millones de pesos (\$ 150.000.000), que se graduará en base a: 1. La pérdida incurrida por todas las personas afectadas por la actividad prohibida; 2. El beneficio obtenido por todas las personas involucradas en la actividad prohibida; 3. El valor de los activos involucrados de las personas indicadas en el punto 2 precedente, al momento en que se cometió la violación. En caso de reincidencia, los montos de la multa se duplicarán;

c) Sin perjuicio de otras sanciones que pudieren corresponder, cuando se verifiquen actos que constituyan abuso de posición dominante o cuando se constate que se ha adquirido o consolidado una posición monopólica u oligopólica en violación de las disposiciones de esta ley, el Tribunal podrá imponer el cumplimiento de condiciones que apunten a neutralizar los aspectos distorsivos sobre la competencia o solicitar al juez competente

illegale. In caso di grave lesione alla concorrenza, potrà assumere delle misure che riterrà, secondo le circostanze, le più idonee a prevenire la lesione. È prevista dalla stessa normativa la possibilità di ricorso in appello, con effetto *devolutivo*, contro questa risoluzione, nella forma e nei termini previsti dagli articoli 52 e 53. È ancora prevista la possibilità, *ex officio* o su richiesta di una delle parti, della sospensione, modifica o revoca delle misure disposte in virtù di nuove circostanze o di circostanze che non si era potuto conoscere al momento della loro adozione.

³⁸³ Secondo l'articolo 36, durante tutto il periodo del processo e fino all'emanazione della decisione finale, il denunciato potrà, mediante il ricorso al compromesso già evedenziato nel caso della normativa brasiliana, immediatamente o gradualmente cessare dai fatti sotto inchiesta o modificarne gli aspetti comunque ritenuti illeciti, con l'effetto, previa approvazione del *Tribunal*, di far sospendere il processo. Trascorsi tre anni dall'esecuzione del compromesso, il processo potrà essere archiviato.

que las empresas infractoras sean disueltas, liquidadas, desconcentradas o divididas;

d) Los que no cumplan con lo dispuesto en los artículos 8º, 35 y 36 serán pasibles de una multa de hasta un millón de pesos (\$ 1.000.000) diarios, contados desde el vencimiento de la obligación de notificar los proyectos de concentración económica o desde el momento en que se incumple el compromiso o la orden de cese o abstención. Ello sin perjuicio de las demás sanciones que pudieren corresponder.”³⁸⁴

La normativa in esame prevede inoltre che le persone giuridiche possono essere direttamente imputabili per le condotte poste in essere da persone fisiche che abbiano agito in nome, con l'aiuto o a vantaggio della persona giuridica. Ancora nei casi in cui le infrazioni siano commesse da persone giuridiche, la multa verrà irrogata, in modo tra loro solidale, nei confronti dei direttori, amministratori, sindaci o membri del *Conselho Fiscal*, mandatari o rappresentanti legali della stessa persona giuridica, che, per azione od omissione di doveri di controllo o sorveglianza, abbiano contribuito, agevolato o permesso lo svolgimento dell'infrazione. In tale caso, la normativa prevede l'imposizione di sanzioni accessorie, interdicensi la persona giuridica e i soggetti suindicati dall'esercizio del commercio per un periodo minimo di un anno e massimo di dieci anni.

L'emanazione ed applicazione della multa da parte del *Tribunal* deve seguire il

³⁸⁴ “Legge n.º 25.156, articolo 46: Le persone fisiche o giuridiche che non rispettino le disposizioni di questa legge, saranno passibili delle seguenti sanzioni: a) La cessazione degli atti o condotte previste nei Capitoli I e II e, in questo caso la rimozione dei suoi effetti; b) Coloro che pongano in essere gli atti proibiti nei Capitoli I e II e nell'articolo 13 del Capitolo III, saranno sanzionati con una multa che va dai dieci mila (\$ 10.000) fino a centocinquanta milioni di pesos (\$ 150.000.000), che verrà graduata in base a: 1. La perdita subita da tutte le persone lese dall'attività proibita; 2. Il beneficio ottenuto da tutte le persone coinvolte nell'attività proibita; 3. Il valore degli utili ricavati delle persone indicate al punto 2 precedente, al momento in cui è stata commessa la violazione. In caso di recidiva, l'importo della multa si duplicherà; c) Fatta salva l'applicabilità di altre sanzioni che possono essere irrogate, nel caso in cui siano posti in essere atti che costituiscano abuso di posizione dominante o quando venga accertato che sia stata acquistata o consolidata una posizione monopolistica o oligopolistica in violazione delle disposizioni della presente legge, il *Tribunal* potrà imporre l'adozione di comportamenti che neutralizzino gli aspetti restrittivi della concorrenza o chiedere al giudice competente che le imprese che hanno commesso l'infrazione siano sciolte, liquidate, scorporate o divise; d) Coloro che non adempiano al disposto degli articoli 8º, 35 e 36 saranno passibili di una multa fino a un milione di pesos (\$ 1.000.000) al giorno, decorrenti dalla scadenza dell'obbligo di notificare i progetti di concentrazione economica o fino al momento in cui non viene eseguito il compromesso o l'ordine di cessazione o astensione. Ciò senza preclusione delle altre sanzioni che possono essere irrogate”.

principio di proporzionalità, e quindi la multa dovrà essere commisurata in base ad elementi precisi, che siano tali da garantire che la sanzione da irrogare non sia sproporzionata rispetto alla gravità dell'illecito. Più precisamente, gli elementi rilevanti per la scelta della multa sono previsti dall'articolo 49 della *Ley de Defensa de la Competencia*, e sono costituiti dalla gravità dell'infrazione, dal danno cagionato alla concorrenza, dagli indizi d'intenzionalità, dalla partecipazione al mercato di chi ha commesso l'infrazione, dalle dimensioni del mercato colpito, dalla durata della pratica o concentrazione e dai precedenti del responsabile, così come dalla sua capacità economica.³⁸⁵

La normativa argentina ancora prevede che le vittime delle pratiche giudicate incompatibili con la tutela della concorrenza possano chiedere il risarcimento dei danni e la rifusione delle perdite subite. Queste azioni sono rette dalle norme di diritto comune in vigore in Argentina, e potranno essere promosse dinanzi al giudice competente per materia.

L'articolo 52 della Legge n.° 25.156 afferma che sono appellabili le *resoluciones* del *Tribunal*³⁸⁶ che ordinino:

- a) L'applicazione delle sanzioni;
- b) La cessazione o la astensione da una determinata condotta;
- c) L'opposizione o condizionamento rispetto agli atti previsti dal Capitolo III della succitata normativa;
- d) Il rigetto della denuncia da parte del *Tribunal de Defensa de la Competencia*.

La norme precisa che gli appelli previsti nel punto a) sarà concesso effetto sospensivo, mentre agli appelli previsti dai punti b), c) e d) sarà concesso con effetto devolutivo.

L'istituzione di questo nuovo sistema di tutela della concorrenza è stato bene accolto dalla quasi totalità degli studiosi argentini e del MERCOSUL, per il principale

³⁸⁵ È interessante sottolineare che l'articolo 50 della Legge n.° 25.156 prevede una multa giornaliera di 500 pesos per tutti coloro che ostacolano o rendano difficoltosa l'inchiesta. La medesima sanzione è prevista per coloro che non abbiano rispettato le decisioni del *Tribunal*. Una volta che tali pratiche siano state accertate, si comunicherà l'imputazione al presunto responsabile, che dovrà nell'arco di cinque giorni contestare la denuncia.

³⁸⁶ Secondo l'articolo 53, la parte interessata ad appellare dovrà presentare le sue istanze al *Tribunal* nell'arco di quindici giorni decorrenti dalla data della notifica della decisione. Il *Tribunal*, a sua volta, avrà cinque giorni – da quando sia stato presentato il ricorso – per inviare il processo alla giurisdizione competente.

motivo che la caratterizzazione del *Tribunal* come organo autarchico riduce la discrezionalità delle sue decisioni; secondo quanto sostiene Guillermina Tajan³⁸⁷, è proprio l'adozione di questa carattere istituzionale a limitare "l'opportunismo governativo". In questo senso, la creazione del *Tribunal* ha costituito un passo in avanti sostanziale nella politica della concorrenza argentina, soprattutto per quel che concerne l'indipendenza dal potere esecutivo, visto che le decisioni del *Tribunal* non potranno essere riviste dal Governo *pro tempore*, ma solo dal potere giudiziario.

La rilevanza dell'introduzione nel sistema argentino di un'autarchia con ruolo e competenza allargate sono commentate anche da María Viviana De Quevedo³⁸⁸:

*"La más relevante modificación introducida en este aspecto consiste en la transferencia de la competencia decisoria de la administración central a la esfera del Tribunal. En efecto, mientras que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia sólo emite dictámenes no vinculantes, siendo el Secretario de Defensa de la Competencia y el Consumidor quien dicta la resolución final, bajo la nueva ley será el Tribunal quien ponga fin a la vía administrativa, sin que sea necesaria la decisión de una autoridad política. Este cambio importa sin dudas un gran avance institucional".*³⁸⁹

L'Autrice citata sottolinea ancora che la nuova normativa ha concesso al *Tribunal* la facoltà di emettere pareri non vincolanti in materia di concorrenza circa altre leggi, regolamenti e atti amministrativi, così come anche raccomandazioni di carattere generale sulle modalità della concorrenza nei mercati.

10.2.5. Il sistema di tutela della concorrenza e l'Autorità garante uruguayana.

³⁸⁷ TAJAN, Guillermina. Comentarios acerca de la Efectiva Aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia Argentina. *Opus cit.*, p. 21.

³⁸⁸ DE QUEVEDO, María Viviana. *Opus cit.*, p. 11.

³⁸⁹ "La più rilevante modificazione introdotta sotto questo profilo consiste nel trasferimento della competenza decisoria dall'amministrazione centrale alla sfera del *Tribunal*. Infatti, mentre la *Comisión Nacional de Defensa de la Competencia* emette soltanto decisioni non vincolanti, essendo il *Secretario de Defensa de la Competencia y el Consumidor* colui che detta la decisione finale, nel vigore della nuova legge sarà il *Tribunal* che pone fine alla via amministrativa, senza che sia necessaria la decisione di un'autorità politica. Questo cambiamento comporta senza dubbio un grande progresso istituzionale".

Il contesto in cui si trovava l'Uruguay fino a poco tempo fa era abbastanza complicato. L'assenza di una legislazione specifica *antitrust*, così come la mancanza di un'autorità nazionale garante della concorrenza creava dei problemi strutturali per l'attuazione del Protocollo di tutela della concorrenza nel MERCOSUL.

Secondo Mariana Herz e Alejandro Perotti³⁹⁰, il governo uruguayano era riuscito a risolvere in parte questo problema, in ambito interno, con l'applicazione di norme costituzionali e civili che, seppur genericamente, avevano una relazione con la materia.³⁹¹ I giudici uruguayani hanno fatto ricorso in questo senso alla disciplina delle responsabilità civile extracontrattuale per poter legittimare la riparazione dei danni cagionati dalla concorrenza sleale, creando un sistema che, seppur precario, era tuttavia funzionale alla tutela interna del mercato.

Accanto all'illecito civile, la giurisprudenza paraguaiana ricorse ad altre norme, che, in alcuni casi e incidentalmente, regolamentano taluni aspetti della tutela della concorrenza. Era il caso della normativa in materia di marchi di fabbrica o di commercio³⁹², di privilegi industriali³⁹³, di tutela dei brevetti industriali³⁹⁴, e di modelli di utilità e disegni industriali.³⁹⁵

La tutela della concorrenza nel diritto interno uruguayano trova oggi una prima e fondante disciplina nell'articolo 36 della Costituzione della Repubblica Orientale dell'Uruguay, che prevede che:

*" (...) Toda persona puede dedicarse al trabajo (...) industria (...) o cualquiera otra actividad lícita salvo las limitaciones de interés general que establecemos las leyes".*³⁹⁶

L'articolo 50 della medesima Magna carta uruguayana precisa l'ambito di applicazione dell'articolo 36, disponendo che:

³⁹⁰ HERZ, Mariana e PEROTTI, Alejandro. *Opus cit.*, p. 45.

³⁹¹ Prevista dall'articolo 1.321 del Codice Civile uruguayano.

³⁹² Legge n.° 9.956, del 1° ottobre 1940.

³⁹³ Legge n.° 10.079, del 3 novembre 1941.

³⁹⁴ Legge n.° 10.089, del 3 dicembre 1941.

³⁹⁵ Legge n.° 14.549, del 27 luglio 1976.

³⁹⁶ "Ogni persona può dedicarsi al lavoro (...) industria (...) o a qualsiasi altra attività lecita salvo le limitazioni di interesse generale stabilite dalle leggi".

"Toda organización comercial o industrial trustificada estará bajo el control del Estado (...) la libertad de comercio establecida en el art. 36 es un derecho limitado, por lo que la libertad de competir no constituye un derecho absoluto (...)".³⁹⁷ ✓

Nell'ambito della normativa secondaria derivata, troviamo la Legge n.° 17.243, pubblicata il 6 luglio 2000, che regola la risoluzione delle controversie. Non si tratta di una normativa diretta esclusivamente alla disciplina *antitrust* – come avviene per le leggi brasiliana e argentina – visto che la legge regola i *Servicios públicos y privados, seguridad pública y condiciones en las que se desarrollan las actividades productivas*.

La tutela della concorrenza è disciplinata nel capitolo IV della legge, intitolato *Normas sobre Defensa de la Competencia*, che è costituito da tre articoli (13, 14 e 15): il primo stabilisce l'ambito materiale della normativa, identificandolo con la tutela della libera concorrenza contro le condotte restrittive poste in essere da tutte le 'imprese' che svolgano attività economica.

L'articolo 14 proibisce le intese e pratiche concertate, così come gli abusi di potere dominante diretti ad impedire, restringere o falsare la concorrenza, indicando 5 ipotesi di condotte che possano ledere la libera concorrenza³⁹⁸. Il legislatore ha voluto sottolineare, nell'ultimo paragrafo dell'articolo 14, una specie di regola *de minimis* nella valutazione della punibilità delle imprese: le condotte considerate illegali potranno

³⁹⁷ "Qualsiasi organizzazione commerciale o industriale *trustificada* sarà sotto il controllo dello Stato (...) la libertà di commercio stabilita nell'articolo 36 è un diritto limitato, per cui la libertà di competere non costituisce diritto assoluto".

³⁹⁸ *República Oriental del Uruguay*, Legge n.° 17.243, del 29 giugno 2000, articolo 14: "*Prohíbense los acuerdos y las prácticas concertadas entre los agentes económicos, las decisiones de asociaciones de empresas y el abuso de la posición dominante de uno o más agentes económicos que tengan por efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios, tales como: a) Imponer en forma permanente, directa o indirectamente, precios de compra o venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva para los consumidores; b) Restringir, de modo injustificado, la producción, la distribución y el desarrollo tecnológico, en perjuicio de empresas o de consumidores; c) Aplicar injustificadamente a terceros contratantes condiciones desiguales en el caso de prestaciones equivalentes, colocándolos así en desventaja importante frente a la competencia; d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de obligaciones complementarias o suplementarias que, por su propia naturaleza o por los usos comerciales, no tengan relación con el objeto de esos contratos, en perjuicio de los consumidores; e) En forma sistemática, vender bienes o prestar servicios a precio inferior al costo, sin razones fundadas en los usos comerciales, incumpliendo con las obligaciones fiscales o comerciales*".

essere infatti sanzionabili soltanto quando gli effetti restrittivi del mercato generino lesioni rilevanti dell'interesse generale³⁹⁹. L'articolo 15 dispone poi che il Potere esecutivo dovrà emanare un decreto al fine di regolamentare l'attuazione della normativa, e indica nelle norme contenute nel Titolo VIII del Libro II del Codice di procedura civile uruguayano la disciplina processuale delle controversie che interessino la legge in esame⁴⁰⁰. Pochi mesi dopo la promulgazione della Legge n.º 17.243, è stata approvata una tipica legge "omnibus" – la n.º 17.296 –, nella quale sono presenti altri due articoli (157 e 158) concernenti la disciplina della tutela della concorrenza⁴⁰¹, che secondo Daniel Hargain⁴⁰², vanno a completare la precedente disciplina.

³⁹⁹ "La aplicación de estas normas procede cuando la distorsión en el mercado genere perjuicio relevante al interés general".

⁴⁰⁰ Legge n.º 15.982, del 18 ottobre 1988.

⁴⁰¹ República Oriental del Uruguay, Legge n.º 17.296, del 21 febbraio 2001: "Art. 157.- La reglamentación dictada por el Poder Ejecutivo establecerá a qué repartición del Estado se le asigna competencia en el control de los actos y conductas prohibidos por el artículo 14 de la Ley N.º 17.243, de 29 de junio de 2000, que serán sancionados de la siguiente forma: a) *Apercibimiento*. b) *Apercibimiento con publicación a costa del infractor*. c) *Orden de cese definitivo de los actos o conductas prohibidas y la remoción de sus efectos*. d) *Multa de 500 UR (quinientas unidades reajustables) hasta 20.000 UR (veinte mil unidades reajustables) según que la infracción se califique de leve, grave o muy grave. Las sanciones podrán aplicarse independientemente o conjuntamente según resulte de las circunstancias del caso. En el caso de que la gravedad de la infracción lo amerite, podrá ordenarse el cese provisorio de los actos o conductas prohibidos sin perjuicio de la iniciación del proceso administrativo que corresponda. Los criterios que se tendrán en consideración para determinar la gravedad de la infracción serán el daño causado, la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la participación del infractor en el mercado, la duración de la práctica prohibida y la reincidencia o antecedentes del infractor*. Art. 158.- El órgano de aplicación de las normas contenidas en los artículos 13, 14 y 15 de la Ley N.º 17.243, de 29 de junio de 2000, tendrá las siguientes funciones y facultades: a) *Requerir a las autoridades nacionales o municipales y a los particulares, la documentación, información y colaboración que juzgue necesarias a los efectos de cumplir con sus cometidos y en especial, con los estudios e investigaciones de mercado que considere pertinentes*. b) *Habilitar los centros especializados de arbitraje a que refiere el artículo 15 de la Ley N.º 17.243, de 29 de junio de 2000*. c) *Emitir opinión en los asuntos que se sometan a su consideración o que analice en el marco de su competencia e informar y asesorar respecto de acuerdos, prácticas restrictivas, decisiones de empresas y demás cuestiones relativas a la defensa de la competencia*. d) *Imponer las sanciones establecidas en la presente ley*. e) *Dispondrá de las más amplias facultades de investigación y fiscalización, pudiendo requerir de los organismos especializados la colaboración necesaria a los efectos de la realización de inspecciones, investigaciones, pericias, controles y comprobaciones. Podrá asimismo, requerir la comparecencia de los investigados y de terceros a los efectos de proporcionar información. Los datos e informaciones obtenidos sólo podrán ser utilizados para las finalidades previstas en esta ley*. f) *Solicitar en forma fundada, al Juez competente, las medidas cautelares que estime pertinentes, procedimiento en el que estará exonerado de prestar contracautela*. g) *Proyectar y someter a la consideración del Poder Ejecutivo el procedimiento pertinente, a los efectos de la constatación de la realización de los actos o las prácticas prohibidas y la aplicación de sanciones, ya sea de oficio o por denuncia de parte interesada y legitimada al respecto, garantizándose al denunciado o investigado el ejercicio del derecho de defensa*. h) *Promover la celebración de acuerdos, conciliaciones o compromisos de cese, en los asuntos sometidos a su consideración*".

⁴⁰² HARGAIN, Daniel. Normativa de Defensa de la Competencia en Uruguay. *Boletim Latino Americano de Concorrência*, n.º 13 (2001), p. 103.

Il Decreto n.° 86/2001 ha ad oggetto l'attuazione della legge sulla tutela della concorrenza. Con un totale di 13 articoli, il decreto attribuisce la competenza per l'applicazione della legge alla Direzione Generale del Commercio del Ministero dell'Economia e Finanze, e disciplina il procedimento d'inchiesta e la sua istruzione.

Contrariamente ai sistemi brasiliano e argentino, quello uruguayano attribuisce all'autorità garante la possibilità di agire senza che vi sia un attuale pregiudizio della libera concorrenza e quindi in via preventiva. Citando l'articolo 17 del Codice civile uruguayano⁴⁰³, Daniel Hargain⁴⁰⁴, pur sottolineando le imperfezioni nel testo normativo, ne difende la *ratio* affermando che la tutela giuridica dev'essere immediatamente fornita in qualsiasi caso in cui possa esserci la minima possibilità di lesione della libertà di concorrenza:

*"Dentro de ese marco conceptual, no tendría sentido permitir que se produzca un daño – que por definición, siempre va a ser de gravedad, ya que la entidad del perjuicio es requisito de aplicación de las normas –, para luego tratar de repararlo. Y menos lógico sería, ver que el perjuicio ya se empezó a producir, y quedarse esperando a que la gravedad del mismo haya afectado de manera efectiva y relevante al interés general. Muy por el contrario, la postura a adoptar debe ser justamente la contraria, ya que la actuación preventiva está en la esencia misma de la idea de 'defender' "*⁴⁰⁵

Come negli altri sistemi del MERCOSUL, le inchieste possono essere attivate mediante denunce o *ex officio*. Nel primo caso, l'iniziativa può essere presa da qualsiasi persona fisica o giuridica, privata o pubblica, i cui interessi siano lesi dalle condotte denunciate. Le inchieste attivate *ex officio* dovranno essere fondate su fatti e fondamenti

⁴⁰³ "(...) bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma (...)".

⁴⁰⁴ HARGAIN, Daniel. *Opus cit.*, p. 110.

⁴⁰⁵ "In questo ambito concettuale, non avrebbe senso permettere che si produca un danno – che per definizione è sempre grave, giacché l'entità della perdita è requisito per l'applicazione delle norme –, per dover in seguito ripararlo. E meno logico sarebbe vedere che il pregiudizio ha già iniziato a prodursi e rimanere ad aspettare che la gravità del medesimo abbia leso in modo effettivo e rilevante l'interesse generale. Al contrario, la posizione da adottare dev'essere giustamente quella opposta, giacché la prevenzione è nell'essenza dell'idea di difesa".

legali idoneamente motivati. Una volta sporta la denuncia⁴⁰⁶ – o consegnate le motivazioni per l'apertura dell'inchiesta *ex officio* – la Direzione Generale dovrà entro 10 giorni manifestarsi sulla pertinenza del caso, e decidere se aprire o meno l'inchiesta.

Una volta ritenuta ammissibile l'inchiesta ed attivato il procedimento, la Direzione Generale notificherà alle parti l'inizio della stessa e concederà ad entrambe un termine di sessanta giorni per la presentazione delle prove. Adempiuto tale onere, la Direzione dovrà deciderne l'ammissione, e potrà inoltre chiedere *ex officio* altri mezzi probatori. Conclusa l'istruttoria, le parti avranno quindici giorni per presentare le loro considerazioni finali. La Direzione, a sua volta, avrà sessanta giorni per emanare la sua decisione.

E' prevista la possibilità che nel corso del processo le parti presentino accordi di conciliazione e, inoltre, che la parte denunciata proponga un accordo di cessazione o modificazione della presunta condotta illegale.

È di particolare interesse il fatto che, sia la legge, sia il decreto di attuazione, prevedano la possibilità di sottoporre la controversia ad arbitri esterni alla Direzione Generale, appartenenti a centri specializzati di arbitrato abilitati presso la Direzione stessa.⁴⁰⁷

Per quel che concerne poi le sanzioni, come evidenzia Daniel Hargain⁴⁰⁸, la prima normativa promulgata prevedeva unicamente un obbligo di fare e tre obblighi di astensione:

"(...) los Arts. 13 y 14 de la Ley 17.243 consignan una obligación genérica de hacer – someterse a las reglas de la competencia –, y tres obligaciones específicas de no hacer – no celebrar acuerdos o prácticas concertadas entre agentes económicos; no adoptar decisiones de asociaciones de empresas; y no abusar de la posición dominante; para impedir, restringir o

⁴⁰⁶ L'articolo 2 del Decreto n.° 86/2001 dispone che soltanto le persone pregiudicate dalla condotta potranno sporgere denuncia alle autorità competenti, previsione del tutto inutile giacché, come osserva Daniel Hargain, oggetto della normativa sono le condotte che restringono la libera concorrenza ledendo l'interesse economico generale, e non solo quello individuale. In: HARGAIN, Daniel. *Opus cit.*, p. 111.

⁴⁰⁷ La previsione di deferire ad arbitri la controversia ha generato contrasti tra gli studiosi uruguayani, che, a grande maggioranza, hanno optato per ammettere questa procedura solo nell'ambito delle conseguenze civilistiche per la vittima della condotta illecita, e per ottenere quindi il risarcimento dei danni causati dall'abuso di potere dominante o dall'accordo con effetti restrittivi della concorrenza. In: *Idem*, p. 12.

⁴⁰⁸ *Idem*, p. 115.

distorsionar la competencia y el libre acceso al mercado de producción, procesamiento, distribución y comercialización de bienes y servicios, de tal manera que se genere perjuicio relevante al interés general". ⁴⁰⁹

L'autore continua la propria riflessione, condannando la mancanza di coercibilità nel corpo della Legge n.° 17.243 :

"Sin embargo, ese sistema legal embrionario carecía de un elemento básico: la coercitividad. Difícilmente podría conseguirse que los destinatarios de la normativa de defensa de la competencia, adecuaran sus conductas a la exigencia del legislador, si no se sancionaba a los incumplidores". ⁴¹⁰

Le sanzioni per le condotte illegali sono state introdotte nel sistema uruguayano soltanto con l'avvento della Legge n.° 17.296, che nel suo articolo 157 ha previsto quattro categorie distinte, che sono: avvertimento; avvertimento con pubblicazione a carico dell'autore; ordine di cessazione definitivo degli atti o delle condotte proibite e rimozione dei suoi effetti, e multe comprese tra le 500 e 20.000 unità di riferimento cambiario uruguayano (a settembre 2001 tra 7.500 e 300.000 dollari statunitensi).

Le leggi uruguayane testé esaminate non presentano regole dirette a disciplinare le concentrazioni fra imprese. Anzi, questa materia non è mai stata regolamentata espressamente nella storia dell'Uruguay: questa carenza trova origine nel fatto che l'Uruguay è un paese che possiede moltissime imprese statali che contano sulla concessione di monopoli nei principali settori industriali e dei servizi. Si può infatti affermare, a buona ragione, che i punti chiave dell'economia uruguayana sono nelle mani di imprese governative monopoliste, e questa caratteristica della struttura economica dell'Uruguay non è certo di aiuto alla regolamentazione del mercato, e ancor

⁴⁰⁹ "(...) gli articoli 13 e 14 della Legge n.° 17.243 prevedono un obbligo generico di fare – sottomettersi alle regole della concorrenza –, e tre obblighi specifici di non fare – non celebrare accordi o pratiche concertate fra agenti economici; non adottare decisioni di associazione tra imprese; e non abusare della posizione dominante, per impedire, restringere o distorcere la concorrenza e il libero accesso al mercato di produzione, lavorazione, distribuzione e commercializzazione di beni e servizi, generando pregiudizio rilevante all'interesse generale".

⁴¹⁰ "Senza dubbio, questo sistema legale embrionale era carente di un elemento basilico: la coercibilità. Difficilmente si potrebbe ottenere che i destinatari della normativa di difesa della concorrenza adeguino le loro condotte alle esigenze del legislatore, senza sanzionare gli autori degli illeciti".

meno alla sua liberalizzazione. Questa è la principale scusa addotta dagli uruguayani per non disciplinare le concentrazioni di imprese. “Perché farlo, se sono tutte nelle mani dello Stato?”

10.2.6 Il problema del Paraguay

Il Paraguay si colloca in un contesto molto simile a quello in cui si trovava l'Uruguay fino a qualche anno fa: manca in tale stato una legislazione *antitrust* che supporti le azioni di tutela della concorrenza richieste dal Protocollo del MERCOSUL.

Inoltre, il sistema normativo attuale del Paraguay si distingue da quello che caratterizzava l'Uruguay fino a pochi anni fa, per il fatto che, pur essendo entrambi privi di una disciplina *antitrust*, il primo è nell'impossibilità manifesta di comporre un quadro precario, ma funzionante, di regolamentazione indiretta della materia. Gli operatori giuridici paraguayani non sono infatti riusciti a costruire una rete di azione come quella uruguayana, perché il loro ordinamento giuridico è molto meno articolato ed evoluto di quello dell'Uruguay.

Dal punto di vista del diritto costituzionale, l'unica norma della Magna Carta paraguayana che riguardi lo svolgimento dell'attività economica e la libera concorrenza è l'articolo 107:

*“Toda a persona tiene derecho a dedicar-se a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia”.*⁴¹¹

A parte questa norma, poche sono le regole che abbiano ad oggetto, anche se incidentalmente, la nostra materia. Quelle che più vi si avvicinano sono le leggi che regolano i brevetti e i marchi d'impresa⁴¹², e quelle relative ai modelli industriali.⁴¹³

⁴¹¹ “Ogni persona ha diritto a dedicarsi all'attività economica lecita di sua preferenza, entro un regime di pari opportunità. È garantita la concorrenza nel mercato. Non saranno permessi la creazione dei monopoli e il rialzo o ribasso dei prezzi che impediscano la libera concorrenza”.

⁴¹² Legge n.º 733 e Legge n.º 751.

10.3 La Procedura di Applicazione del Protocollo

L'applicazione del Protocollo può essere attivata sia *ex officio* sia a mezzo di denuncia presentata da chi vi ha interesse. Il compito di darvi corso spetta alle autorità nazionali garanti della concorrenza, che, in virtù dell'articolo 10, dovranno prima svolgere una valutazione tecnica preliminare in collaborazione con il *Comitê de defesa da Concorrência no MERCOSUL*.

Conclusa questa prima fase, il CDC potrà aprire l'inchiesta o, con l'autorizzazione della Commissione di Comércio, archiviare il fascicolo. Nel primo caso, il CDC dovrà informare costantemente la Commissione di Comércio di ogni passo attuato nell'ambito del processo.

Il Protocollo prevede che il CDC possa adottare delle misure preventive, a carattere cautelare, in caso di minaccia o di altra urgenza che possa cagionare dei danni irreparabili alla concorrenza. Anche in questa situazione il CDC potrà agire soltanto previa autorizzazione della Commissione di Commercio.

Fra le misure cautelari contemplate, l'articolo 13 prevede anche la cessazione immediata della pratica oggetto d'indagine. Nel caso la misura preventiva non venga osservata, il CDC potrà irrogare una multa al denunciato. Tutto ciò, naturalmente, sempre con l'autorizzazione della Commissione di Commercio. L'applicazione delle misure cautelari e delle multe sarà sempre eseguita dall'autorità garante della concorrenza dello Stato nel cui territorio sia residente il soggetto indagato.

Secondo l'articolo 14 del Protocollo, ogni processo in corso importa che il CDC stabilisca un programma di azione, basato sullo svolgimento di un esame della struttura del mercato rilevante – materiale e geografico –, sull'assunzione di mezzi di prova per l'accertamento delle condotte, e sull'individuazione dei criteri per l'analisi degli effetti economici della pratica sotto inchiesta. Di conseguenza, l'attività che verrà svolta dall'autorità nazionale per far cessare la pratica restrittiva dovrà rigorosamente rispettare il programma previamente definito dal CDC. Ovviamente, l'autorità nazionale incaricata dell'applicazione del Protocollo dovrà informare periodicamente il CDC sulle

⁴¹³ Legge n.° 868.

attività svolte.

In tutte le fasi della procedura sarà garantita, secondo l'articolo 15 comma 2 del Protocollo, il diritto di difesa al soggetto della pratica restrittiva.

In caso di divergenze circa l'applicazione della procedura prevista dal Protocollo, l'articolo 17 prevede che il CDC possa inviare un quesito alla CCM, con il quale verrà richiesto a quest'ultima di pronunciarsi sull'interpretazione della questione controversa.

Una volta conclusa l'inchiesta, l'autorità nazionale dovrà presentare al CDC un resoconto conclusivo, sulla base del quale, e previa autorizzazione della CCM, il CDC preciserà le pratiche restrittive accertate, stabilendo le sanzioni che saranno irrogate al soggetto denunciato.

Nel caso in cui all'interno del CDC non si trovi accordo sulle sanzioni da imporre, esso dovrà comunicare le proprie conclusioni e divergenze alla CCM, che, a sua volta, emanerà una Direttiva che definirà le sanzioni. Nell'ipotesi in cui le divergenze non siano risolte nemmeno all'interno della CCM, spetterà al GMC, mediante una Risoluzione, di risolvere la vicenda stabilendo quali saranno le sanzioni.

Qualora addirittura non si giunga al richiesto consenso neanche nell'ambito del GMC, il Protocollo di Fortaleza dispone la rimessione del processo ad un tribunale arbitrale "ad hoc", secondo il Sistema di risoluzione di controversie previsto dal capitolo VI del Protocollo di Brasilia.

Tutte le sanzioni, indipendentemente di chi le ha determinate, saranno applicate dall'autorità garante dello Stato nel quale è residente il denunciato.

Il divario fra la procedura di applicazione delle norme *antitrust* del MERCOSUL e quella utilizzata dall'Unione Europea è immenso. Mentre quella europea è molto più sistematica e certa, fondata sull'azione della Commissione Europea e del Tribunale di Primo Grado, quella del MERCOSUL è un labirinto di autorizzazioni che vedono protagonista la CCM e altri organi, che, parallelamente, possono non giungere mai al consenso necessario sulle sanzioni, riportando quindi i casi al famigerato sistema di risoluzione delle controversie istituito dai Protocolli di Brasilia, di Ouro Preto e di Olivos.

Tutto ciò è frutto della inconsistente politica del MERCOSUL, che tenta di diventare un'unione doganale perfetta e poi una "comunità" senza cedere le prerogative

del diritto internazionale classico.

10.4 Il Compromesso di Cessazione

La normativa di tutela della concorrenza, nel suo articolo 22, dà la possibilità al *Comité de Defesa da Concorrência*, una volta autorizzato dalla CCM, di omologare un compromesso di cessazione con il denunciato. La firma di tale compromesso da parte del denunciato non importerà confessione o riconoscimento dell'illecito.

Tutte le fasi della procedura devono essere svolte, secondo l'articolo 26 del Protocollo, direttamente dall'autorità garante della concorrenza nel cui territorio era residente l'autore dell'infrazione.

Una volta sottoscritto il compromesso, il firmatario dovrà cessare la pratica sotto inchiesta, e in caso contrario dovrà pagare una multa previamente stabilita nel medesimo compromesso. Il firmatario dovrà, inoltre, obbligarsi a presentare periodicamente all'autorità nazionale garante della concorrenza rapporti sulle sue attività nel mercato. In questi rapporti dovranno risultare tutte le eventuali modifiche nella struttura societaria, di controllo, l'attività e localizzazione dell'impresa.

Dal momento della cessazione della pratica, l'inchiesta sarà sospesa dall'autorità garante nazionale, e sarà archiviata una volta adempite tutte le condizioni richieste dal compromesso di cessazione.

Da rilevare che queste condizioni del compromesso possono essere modificate dal CDC, previa autorizzazione della CCM, in qualsiasi momento della procedura. Potranno essere effettuate soltanto le modifiche necessarie in relazione al carattere eccessivamente oneroso per il denunciato delle condizioni del compromesso⁴¹⁴, ovvero se queste modifiche non producano disagi per la comunità, e se una nuova situazione configuri la pratica compiuta dal denunciato come non restrittiva della concorrenza.

10.5 Le Sanzioni

⁴¹⁴ A questo fine dovrà essere dimostrata, con la produzione di prove concrete, l'eccessività dell'onere.

Le sanzioni previste nel capitolo VII della normativa del MERCOSUL possono essere applicate soltanto dopo un ordine di cessazione definitiva della pratica, già accertata come restrittiva della concorrenza. Spetta al *Comitê de Defesa da Concorrência*, in accordo con la CCM, emanare tale ordine nei confronti del denunciato.

Nel caso in cui il denunciato non adempia all'ordine, l'autorità nazionale garante della concorrenza competente per il territorio in cui si è realizzato il reato, avrà il compito di applicare una multa, che verrà determinata dal CDC.

Nel caso in cui il denunciato persista nella pratica vietata, potranno essere applicate altre sanzioni, come una multa parametrata al fatturato globale annuale o al totale ricavato attraverso dalla pratica restrittiva. L'articolo 28 del Protocollo prevede l'interazione dalla partecipazione ad appalti pubblici in qualsiasi Stato Parte e il divieto di contrattare con istituzioni pubbliche del sistema finanziario degli Stati Parti. Il CDC, in accordo con la CCM, potrà raccomandare alle autorità nazionali dello Stato in cui si è svolta la pratica, di non concedere aiuti statali o agevolazioni tributarie al denunciato.

Tutte le sanzioni previste saranno applicate direttamente dall'autorità nazionale garante della concorrenza dello stato in cui è stato compiuto l'illecito. L'articolo 29 invita gli organi preposti a commisurare ogni situazione concordemente con la gravità del reato e il livello dei danni cagionati alla concorrenza nell'ambito del MERCOSUL.

L'influenza su questo titolo della legislazione brasiliana è molto forte. La redazione degli articoli è quasi identica al testo della già citata Legge n.º 8.884/94.

CONCLUSIONI

Lo studio che, umilmente, abbiamo effettuato nella ricerca che sta ora per concludersi, ha dimostrato quanto il sistema di tutela della libera concorrenza previsto nell'ambito del Mercato Comune del Sud (MERCOSUL) si sia ispirato, principalmente, alle esperienze *antitrust* della Comunità Economica Europea e del Brasile. In questo senso, si può affermare che, tramite queste due esperienze, hanno trovato posto nel sistema dell'accordo regionale sudamericano concezioni che originano sia dal diritto positivo che dalla giurisprudenza, e che da queste è derivata anche una forte influenza giusfilosofica.

L'eredità ricevuta dall'esperienza della Comunità europea si manifesta rispettivamente negli aspetti amministrativi del controllo degli atti e delle intese, secondo la tesi elaborata dal giurista austriaco Adolf Menzel e ripresa nel sistema normativo comunitario, nell'uso della politica della concorrenza come strumento per l'istituzione di un Mercato Sociale, e, principalmente, nella tensione verso l'edificazione di un diritto della concorrenza non puramente economicistico, ma intimamente collegato alla creazione di una Comunità plurinazionale.

L'influenza sugli aspetti amministrativi del controllo degli atti e delle intese è di facile constatazione: come è stato possibile verificare nell'ambito di questa tesi, diversi capitoli del Protocollo di Fortaleza sono dedicati a sancire un severo meccanismo di controllo amministrativo che vede come protagonisti la Commissione di Commercio del MERCOSUL e, principalmente, il *Comitê de Defesa da Concorrência no MERCOSUL*. Questo meccanismo riprende indirettamente diversi elementi del diritto comunitario della concorrenza, come le norme contenute nell'articolo 85 del trattato di Roma e nel Regolamento n.° 17 del 21 gennaio 1962. È di particolare interesse in quest'ambito

l'articolo 8 del Protocollo di Fortaleza, che fissa le regole di competenza del controllo amministrativo degli organi dell'accordo regionale e che, in vari aspetti, presenta similitudini con l'articolo 9 del Regolamento n.° 17/62.

L'uso del diritto della concorrenza come strumento per l'istituzione di un Mercato Sociale si manifesta nella costante preoccupazione per i riflessi della libera concorrenza sulla società e sul consumatore.

La tensione verso l'edificazione di un diritto della concorrenza non puramente economicistico, ma intimamente collegato alla creazione di una Comunità plurinazionale si palesa in una precisa scelta politica ed economica a favore di un regime di libero mercato, nel quale la concorrenza sia fattore di stimolo che induca le imprese ad affinare continuamente la loro efficienza per assicurarsi i favori dei consumatori. Una seria politica della concorrenza rafforza l'accordo regionale perché unifica i vari mercati negli Stati membri, e fa ciò scongiurando che, sopresse le barriere tariffarie e non tariffarie alle frontiere, ne sorgano altre di tipologia differente poste in essere dalle pubbliche autorità nazionali ovvero dalle imprese.

Dalla esperienza dell'ordinamento brasiliano sono pervenuti contributi positivi consistenti, principalmente, in una definizione più dettagliata dei comportamenti ritenuti illegali. In quest'ambito, il Capitolo Secondo del Protocollo di Fortaleza sulle condotte e pratiche restrittive della concorrenza, è praticamente identico al Capitolo Secondo del Titolo V della legge brasiliana n.° 8.884, dell'11 giugno 1994. È importante sottolineare, comunque, che anche in questo passaggio della normativa del MERCOSUL è presente una importante influenza del diritto comunitario della concorrenza, visto che anche la legislazione brasiliana in materia, diretta ispiratrice, come abbiamo visto, della disciplina *antitrust* del MERCOSUL, ha assorbito alcuni elementi presenti sia nell'articolo 81, sia nell'articolo 82 del Trattato di Roma.

Dal punto di vista globale, è importante sottolineare che esiste ancora una importante carenza nel sistema normativo di tutela della concorrenza del MERCOSUL. Questa carenza consiste soprattutto nel fatto che tale sistema non ha ancora previsto delle norme dirette a disciplinare il fenomeno delle concentrazioni fra imprese che abbiano degli effetti sul commercio fra gli Stati parti dell'accordo. Una lacuna che doveva già essere stata colmata, ma che ad oggi rimane ancora aperta.

In termini filosofici e di cultura giuridica, il Protocollo di Fortaleza ha ereditato dal diritto della concorrenza comunitario una forte connotazione umanistica, frutto delle ricchissime esperienze vissute in Europa nella seconda metà del secolo XX, principalmente nella Scuola Ordoliberal di Friburgo e nella Scuola europea di Bruxelles.

La Scuola Ordoliberale ha prestato al sistema sudamericano la concezione secondo la quale un sistema economico competitivo è uno strumento necessario perché ci sia prosperità, libertà e parità sociale. In questi termini, è possibile constatare nel sistema di tutela della concorrenza del MERCOSUL elementi che lo avvicinano alla principale convinzione degli ordoliberali, ovvero, che una determinata società può svilupparsi economicamente e socialmente soltanto se è fondata su una *Soziale Marktwirtschaft* regolata da una "struttura costituzionale", che ha il compito di tutelare il processo di concorrenza contro restrizioni, assicurando che i benefici portati dal mercato siano distribuiti nella società in modo paritario e con una riduzione drastica dell'intervento statale nell'economia.

Dalla Scuola di Bruxelles il MERCOSUL ha poi recepito la concezione per la quale la politica di concorrenza a livello comunitario deve essere vista come strumento per il mantenimento di una vera e propria dimensione sociale del mercato. Questa dimensione deve essere retta, in termini generali, dal principio di eguaglianza e dalla preoccupazione che la concorrenza rimanga sottoposta alla principio di lealtà sul mercato. Ciò significa che l'uguaglianza di occasioni e di possibilità deve essere preservata e garantita a favore di tutti gli operatori commerciali del mercato comune, e che questa tutela va assicurata tramite alcune misure essenziali, come ad esempio, fare in modo che gli Stati membri evitino di concedere misure d'assistenza alle loro imprese nazionali e che la politica della concorrenza tenga in debito conto gli interessi legittimi dei lavoratori e dei consumatori.

Questa connotazione c.d. "sociale" del Protocollo è stata rafforzata dall'influenza della Scuola di Harvard, che il Protocollo stesso ha subito tramite i canali del diritto comunitario e della legislazione brasiliana.

Con queste premesse, è possibile affermare che il sistema normativo di tutela della concorrenza del MERCOSUL si caratterizza non solo per l'essere un sistema fortemente impegnato di un certo spirito umanista, ma anche, e forse

conseguentemente, per la presenza, largamente preponderante, di teorie che cercano di rifiutare l'utilizzo della tecnica – più precisamente dell'efficienza economica – come strumento ideologico.

Da tale contesto complessivo deriva una forte incompatibilità del sistema sudamericano rispetto, ad esempio, all'assetto, teorico e positivo, che sembra caratterizzare l'Area di Libero Commercio delle Americhe (ALCA).

Come è stato già affermato nell'introduzione di questa tesi, il quesito che spesso e in modo ormai pressante si pone di fronte alle scelte dei politici e dei giuristi riguarda la percorribilità di una opzione politico economica, che si potrebbe definire quasi "sacrificale", che può avere esiti altamente contraddittori; ribadiamo: è solo astrattamente possibile per un sistema normativo non rinnegare i propri principi fondamentali, basati su un lungo percorso storico di tutela della dignità della Persona tanto come cittadino quanto come consumatore, nel momento in cui aderisce ad un altro sistema, nel quale quegli stessi sacrosanti valori sono considerati inferiori e sacrificabili rispetto ad (asseriti) "principi" come quello dell'efficienza economica?

A nostro modesto avviso, è necessario che il libero mercato continui ad essere concepito nel MERCOSUL come strumento più efficace per collocare le risorse e rispondere efficacemente ai bisogni, e che questo stesso mercato non diventi inaccessibile a numerosi bisogni umani. In tal senso, la tutela giuridica del mercato nell'ambito dell'accordo regionale deve cercare di impedire che i bisogni umani fondamentali rimangano insoddisfatti e che gli uomini che sono oppressi da questi bisogni periscano. Deve provvedere alla difesa e alla tutela di quei beni collettivi la cui salvaguardia non può essere assicurata dai semplici meccanismi di mercato.

Per tutti questi aspetti è necessaria l'istituzione di politiche che rafforzino la validità del Protocollo di Fortaleza come testo che ha saputo riprendere i migliori risultati teorici elaborati in anni di esperienza dalla Scuola di Bruxelles. E il miglior modo per farlo è quello di approfondire gli studi intorno ai valori e ai principi che costituiscono l'anima delle sue norme, presentando alla Società Civile questi valori e questi principi come punto di riferimento primordiale per la nascita e il mantenimento di una vera e propria democrazia, non solo di mercato, sudamericana.

BIBLIOGRAFIA

I. Libri e capitoli di libri

- ABREU BONILLA, Sérgio. *Mercosur e Integración*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1991.
- ACCIOLY, Elizabeth. *Mercosul & União Européia. Estrutura Jurídica Institucional*. Curitiba: Juruá, 1996.
- ACCURSO, Claudio. *Integrações Regionais na Periferia*. In: SEINTENFUS, Vera M. e DE BONI, Luis. *Temas de Integração Latino-Americana*. Porto Alegre: Vozes, 1990.
- ADINOLFI, Giovanna. *L'Organizzazione Mondiale del Commercio. Profili Istituzionali e Normativi*. Padova: CEDAM, 2001.
- AGO, Roberto. *Scritti sulla responsabilità internazionale degli Stati*. Vol. II. Napoli: Jovene, 1986.
- AGOSTINO. *Le Confessioni*. Roma: Rizzoli, 1999.
- ALBERT, Michel. *Capitalismo contro capitalismo*. Bologna: Il Mulino, 1993.
- ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu, la politique et l'histoire*. Paris: PUF, 1959.
- ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e Oposição no Brasil (1964-1984)*. Petrópolis, Vozes, 1987.
- ANDRADE, Maria Cecilia. *Concorrência*. In: BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC*. Curitiba: Juruá, 2002.
- AMATO, Giuliano. *Il Potere e L'antitrust. Il Dilemma della Democrazia Liberale nella Storia del Mercato*. Bologna: Il Mulino, 1998.
- AMMANNATI, Laura. *Il Sistema Tedesco di Tutela della Concorrenza. Un Modello Consolidato alla Prova dei Tempi*. In: AMMANNATI, Laura. *La Concorrenza in Europa. Sistemi Organizzativi e Autorità di Garanzia*. Padova: CEDAM, 1998.
- AMMANNATI, Laura. *La Concorrenza in Europa. Sistemi Organizzativi e Autorità di Garanzia*. Padova: CEDAM, 1998.
- AMSTUTZ, Marc et al. *Introduction to Swiss Anti-Trust Law*. Basel: Helbing e Lichtenhahn, 1998.
- ARANGIO-RUIZ, Gaetano. *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*. Torino: CLUEB, 1972.
- AREEDA, Philip et KAPLOW, Louis. *Antitrust Analysis. Problems, Text, Cases*. Boston: Little, Brown & C., 1997.
- ARMENTANO, Dominick T. *Antitrust and Monopoly: Anatomy of a Policy Failure*. New York: Holmes & Meier, 1982.
- ARMIN, Hans von (a cura di). *Stoici Antichi*. Milano: Bompiani, 2002.

- ATTINÀ, Flavio. **Il Parlamento Europeo e gli Interessi Comunitari**. Milano: Franco Angeli, 1986.
- BALLADORE PALLIERI, Giorgio. **Saggi sulle Organizzazioni Internazionali**. Milano: Giuffrè, 1961.
- BALLARINO, Tito. **Manuale di Diritto dell'Unione Europea**. Padova: CEDAM, 2001.
- BALLARINO, Tito et BELLODI, Leonardo. **Gli Aiuti di Stato nel Diritto Comunitario**. Napoli: Scientifica, 1997.
- BALTHAZAR, Ubaldo C. O Cidadão Contribuinte ante o "Estado Mínimo" no contexto da Globalização. In: PAVIANI, Jayme et DAL RI JÚNIOR, Arno. **Globalização e Humanismo Latino**. Porto Alegre: Editora da PUC/RS, 2000.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. **Le MERCOSUL. Ses Institutions et son Ordennancement Juridique**. Paris: Montchrestien, 2000.
- BARBATO, Maurizio. **Thomas Jefferson o della felicità**. Palermo: Sellerio, 1999.
- BARON, Michael. **Das Neue Kartellgesetz**. Köln: Bundesanzeiger, 1999.
- BARRAL, Welber (Org.). **O Brasil e a OMC**. Curitiba: Juruá, 2002.
- BARRE, R. et PORTELLI, Hugues. **Les Démocrates-Chrétiens et l'Economie Sociale de Marché**. Paris: Economica, 1988.
- BASSO, Maristella (Org.). **Mercosul. Seus Efeitos Jurídicos, Econômicos e Políticos nos Estados-membros**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- BECHTOLD, Rainer. **Kartellgesetz. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**. Darmstadt: Beck Juristischer, 1999.
- BERLINGUER, Luigi. **Sui Progetti di Codice di Commercio del Regno d'Italia (1807-1808)**. Milano: Giuffrè, 1970.
- BERNARDINI, Piero. **L'Arbitrato Commerciale Internazionale**. Milano: Giuffrè, 2000.
- BERNINI, Giorgio. **L'Arbitrato. Diritto Interno, Convenzioni Internazionali**. Bologna: CLUEB, 1993.
- BEUAD, Michel. **Histoire du Capitalisme de 1500 à 2000**. Paris: Editions du Seuil, 2000.
- BHANDARI, Jagdeep S. et SYKES, Alan (Org.). **Economic dimensions in international law. Comparative and empirical perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- BILGER, François. **La Pensée Économique Libérale dans l'Allemagne Contemporaine**. Paris: Cepec, 1964.
- Black's Law Dictionary**. St. Paul: West Publishing Co., 1990, p. 502.
- BLAICH, Fritz. **Kartell- und Monopolpolitik im kaiserlichen Deutschland: Das Problem der Marktmacht im deutschen Reichstag zwischen 1879 und 1914**. Düsseldorf: Droste, 1973.
- BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. Brasília: Ed. UnB, 1986.
- BORCHARDT, Knut. **Die Industrielle Revolution in Deutschland**. München: R. Piper & Co. Verlag, 1972.

- BÖHM, Franz. Die Forschungs- und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universität Freiburg in den dreissiger und vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts. In: MESTMÄCKER, Ernst-Joachim (Org.). **Franz Böhm. Reden und Schriften: über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung.** Karlsruhe: C.F. Müller, 1960.
- BÖHM, Franz. **Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung.** Stuttgart: Kohlhammer, 1937.
- BÖHM, Franz. **Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung der Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung.** Berlin: Heymann, 1933.
- BORK, Robert. **The Antitrust Paradox. A Policy at War with itself.** New York: The Free Press, 1993.
- BRAULT, Dominique. **Droit de la Concurrence Comparé. Vers un Ordre Concurrenciel Mondial?** Paris: Economica, 1995.
- BRITTAN, Leon. **European Competition Policy: Keeping the Playing Field Level.** Bruxelles: Center for European Policy Studies, 1992.
- BRITTAN, Leon. **Europe: The Europe We Need.** London: Hamish Hamilton, 1994.
- BRITTAN, Leon. The need for a Multilateral Framework of Competition Rules. In: **OECD Proceedings, Trade and Competition Policies. Exploring the ways Forward.** Paris, 1999.
- BROWN, Peter. **Augustine of Hippo – A biography.** London: Faber and Faber, 2000.
- BOULOUIS, Jean. **Droit Institutionnel de l'Union Européenne.** Paris: Montchrestien, 1997.
- BURKHARDT, Jürgen. **Kartellrecht: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Europäisches Kartellrecht.** München: Verlag C.H. Beck, 1995.
- CABANELLAS, Guillermo. **Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia.** Buenos Aires: Heliasta, 1983.
- CALASSO, Francesco. **Medioevo del diritto. Le fonti.** Milano: Giuffrè, 1954.
- CALLMANN, Rudolf. **Das deutsche Kartellrecht.** Berlin: Philo Verlag, 1934.
- CAPOTORTI, Francesco. **Diritto Internazionale.** Milano: Giuffrè, 1995.
- CARREAU, Dominique. **Droit International.** Paris: Pedone, 1986.
- CARREAU, Dominique. **Droit International Économique.** Paris: LGDJ, 1998.
- CARREAU, Dominique. La Souveraineté monétaire de l'Etat à la fin du XX^{ème} Siècle: Mythe ou Réalité? In: SOCIETÀ ITALIANA DIRITTO INTERNAZIONALE. **La moneta tra sovranità statale e diritto internazionale.** Napoli: Scientifica, 2001.
- CARVALHO, Leonardo A. **Direito Antitruste e Relações Internacionais. Extraterritorialidade e Cooperação.** Curitiba: Juruá, 2001.
- CASELLA, Paulo (Org.). **Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL.** São Paulo: LTr, 1996.
- CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico.** Milano: Giuffrè, 1982.
- CHAPUT, Yves. **Le Droit de la Concurrence.** Paris: PUF, 1991.

- CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile**. Volume I. Napoli: Jovene, 1960.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Principi di Diritto Processuale**. Napoli: Jovene, 1987.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Volume II. Roma: Foro Italiano, 1931.
- CLARK, John M. **Alternative to Serfdom**. Oxford: Oxford, 1948.
- COCCIA, Massimo. Il Sistema di Risoluzione di Controversie nella WTO. In: GIARDINA, Andrea et TOSATO, Gian Luigi. **Diritto del Commercio Internazionale**. Testi di Base e Note Introduttive. Milano: Giuffrè, 1996.
- COLLIER, David (org.). **O Novo Autoritarismo na América Latina**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- COLOMBO, Danieli. **NAFTA. Inside the American Challenge to the Single Market**. Milano: Franco Angeli, 1995.
- COMANOR, W.S. **Competition Policy in Europe and North America: Economic Issues and Institutions**. New York: Harwood, 1998
- CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA. **Democrazia sviluppo e bene comune**. Milano: Paoline, 1994.
- CONFORTI, Benedetto. **Diritto Internazionale**. Napoli: Scientifica, 1999.
- COPELLO, Belter Garré. Las soluciones paralelas al Mercosur: el nuevo rol de la ALADI. In: VAZQUEZ, Maria Cristina et al. **Estudios Multidisciplinarios sobre el Mercosur**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996.
- COPPOLA D'ANNA, Francesco. **L'Organizzazione Internazionale del Commercio**. Roma: Castaldi, 1947.
- CORVAGLIA, Luigi. **La Sovranità dell'Individuo. Perché l'America non è anarchica?** Don Juan, 2001.
- COTTA, Sergio. **Montesquieu**. Roma: Laterza, 1995.
- COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. **Résumé des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances**. Documento disponibile su internet, il 22 febbraio 2002, all'indirizzo <http://www.icj-cij.org/cijwww/cij/cdecisions/csummaries/cisunsommaire490411.htm>.
- CRETTELA Jr., José. **Comentários à Lei Antitruste**. São Paulo: Forense, 1996.
- DAL RI JÚNIOR, Arno. Evolução histórica e fundamentos político-jurídicos da cidadania. In: DAL RI JÚNIOR, Arno et OLIVEIRA, Odete M. **Cidadania e Nacionalidade. Efeitos e Perspectivas Nacionais, Regionais, Globais**. Ijuí: Unijuí, 2002.
- DAL RI JÚNIOR, Arno et OLIVEIRA, Odete M. **Cidadania e Nacionalidade. Efeitos e Perspectivas Nacionais, Regionais, Globais**. Ijuí: Unijuí, 2002.
- DAL RI JÚNIOR, Arno. Humanismo Latino e Cultura Jurídica. In: PAVIANI, Jayme et DAL RI JÚNIOR, Arno. **Globalização e Humanismo Latino**. Porto Alegre: Editora da PUC/RS, 2000.
- DALLARI, Pedro. O MERCOSUL perante o Sistema Constitucional Brasileiro. In: BASSO, Maristella (Org). **Mercosul. Seus Efeitos Jurídicos, Econômicos e Políticos nos Estados-membros**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

- DAVID, René et BLANC-JOUVAN, Xavier. **Le Droit Anglais**. Paris: PUF, 1998.
- DE PASQUALE, Patrizia. **Il Principio di Sussidiarietà nella Comunità Europea**. Napoli: Scientifica, 2000.
- DECOCQ, André et DECOCQ, Georges. **Droit de la Concurrence Interne et Communautaire**. Paris: JGDJ, 2002.
- DEHOUSSE, Renaud. **La Cour de Justice des Communautés Européennes**. Paris: Montchrestien, 1997.
- DRAETTA, Ugo. **Principi di Diritto delle Organizzazioni internazionali**. Milano: Giuffrè, 1997.
- DUBY, Georges. **Feodalité**. Paris: Gallimard, 1996.
- DUBY, Georges. **L'Économie rurale et la vie des campagnes dans l'Occident médiéval**. Paris: Flammarion, 1977.
- DUBY, Georges. **Qu'est-ce que la société féodale?** Paris: Flammarion, 2002.
- DUBY, Georges. **Storia della Francia**. Milano: Bompiani, 1997.
- DUPUY, Pierre-Marie. **Grands Textes de Droit International Public**. Paris: Dalloz, 1996.
- ECSTEIN, W. Vertikale Preisbindung und Produzentenwettbewerb als wettbewerb unter besonderer Berücksichtigung des Preiswettbewerbs in § 16 GWB. In: **Wertbewerb als Aufgabe. Nach 10 Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**. Bad Homburg, 1968.
- ELLUL, Jacques. **Histoire des institutions. Le moyen age**. Paris: PUF, 1999.
- Enchiridion delle Encicliche**. Vol. 5. Bologna: EDB, 1995.
- Enchiridion delle Encicliche**. Vol. 7. Bologna: EDB, 1994.
- Enchiridion delle Encicliche**. Vol. 7. Bologna: EDB, 1994.
- EUCKEN, Walter. **Die Grundlagen der Nationalökonomie**. Berlin: Springer, 1989.
- EUCKEN, Walter. **Grundsätze der Wirtschaftspolitik**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1990.
- FARIA, José Angelo Estrella. **O Mercosul: Princípios, Finalidades e Alcance do Tratado de Assunção**. Brasília: Subsecretaria Geral de Assuntos de Integração, Econômicos e de Comércio Exterior, 1993.
- FERRARI BRAVO, Luigi et MOAVERO MILANESI, Enzo. **Lezioni di Diritto Comunitario**. Napoli: Scientifica, 1997.
- FERREIRA ALVES, Jorge. **Lições de Direito Comunitário**. Coimbra: Coimbra, 1994.
- FIGUEIRAS, Marcos Simão. **Mercosul no Contexto Latino-Americano**. São Paulo: Atlas, 1996.
- FOLSOM HAUGHWOUT, Ralph et al. **Handbook of Nafta Dispute Settlement**. New York: Transnational Publishers, 1998.
- FONSECA, João Bosco da. **Lei de Proteção da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

- FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. **1995 Supplement to Cases and Materials on Antitrust**. St. Paul: West Publishing Co., 1995.
- FOX, Harold G. **Monopolies and Patents: a Study of the History and Future of the Patent Monopoly**. Toronto: The University of Toronto Press, 1947.
- FOX-PIVEN, Francis et CLOWARD, Richard A. **The New Class War 1982/1985**. New York : Pantheon Books, 1982.
- FRANCESCHINI, José Inácio. **Direito da Concorrência. Case Law**. São Paulo: Singular, 2000.
- FRANCHI, Cristina. **Gli Accordi Verticali in Diritto Comunitario**. In: RAFFAELI, Enrico (edited by). **Antitrust between EC Law and National Law**. Bruxelles: Bruylant, 1998.
- FRANZ, Georg. **Liberalismus: Die Deutschliberale Bewegung in der Habsburgischen Monarchie**. München: Callwey, 1955.
- FRIEDMAN, Lawrence M. **A History of American Law**. New York: Simon and Chuster, 1973.
- FRIGNANI, Aldo et al. **Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n.º 287**. Volume 1. Bologna: Zanichelli, 1993.
- GALGANO, Francesco. **La Costituzione Economica**. Padova: CEDAM, 1977.
- GALGANO, Francesco. **Lex Mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 1993.
- GANTZ, David A. **Introdução ao North American Free Trade Agreement**. In: CASELLA, Paulo. **Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL**. São Paulo: LTr, 1996.
- GARRE COPELLO, Belter. **El Trattato d'Assunción y el Mercado Comum del Sur**. Montevideo: Editorial Universidad, 1991.
- GEORGE, Ken et JACQUEMIN, Alex. **Competition Policy in the European Community**. In: COMANOR, W.S. **Competition Policy in Europe and North America: Economic Issues and Institutions**. New York: Harwood, 1998.
- GERBER, David. **Law and Competition in Twentieth Century Europe**. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- GERIN, Guido. **La Corte di Giustizia delle Comunità Europee. Le Procedure per il Ricorso**. Padova: CEDAM, 2000.
- GIARDINA, Andrea et TOSATO, Gian Luigi. **Diritto del Commercio Internazionale. Testi di Base e Note Introduttive**. Milano: Giuffrè, 1996.
- GOLDMAN ROHM, Wendy. **The Microsoft File: The Secret Case against Bill Gates**. New York: Times Business, 1998.
- GRAU, Eros R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GREBLER, Eduardo. **A Solução de Controvérsias no Tratado do MERCOSUL**. In: CASELLA, Paulo B. (Org.). **Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL**. São Paulo: LTr, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. **Technik und Wissenschaft als Ideologie**. Frankfurt-am-Main: Suhrkamp, 1968.

- HAYEK, Friedrich A. **Law, Legislation and Liberty. The Political Order of a Free People.** Chicago: Chicago University Press, 1979.
- HERDEGEN, Matthias. **Internationales Wirtschaftsrecht.** München: C. H. Beck, 2002.
- HERDZINA, Klaus (a cura di). **Wettbewerbstheorie.** Köln: Kiepenheuer & Witsch, 1975.
- HERMMAN, Klaus. Die Haltung der Nationalökonomie zu den Kartellen bis 1914. In: **Kartelle und Kartellgesetzgebung in Praxis und Rechtsprechung vom 19 Jahrhundert bis zur Gegenwart.** Stuttgart: Hans Pohl, 1985.
- HIGGINS, Rosalyn. **Problems e Process: International Law and How We Use it.** Oxford: Oxford University Press, 1994.
- HIRSCHMAN, Albert. **Les Passions et les Intérêts.** Paris: PUF, 1977.
- HOBBS, Thomas. **Leviathan.** Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- HOMES-DUDDEN, F. **The Life and Times of St. Ambrose.** Oxford: Clarendon Press, 1935.
- HOPE, Einar et MAELEN, Per (Org.). **Competition and Trade Policies: coherence or conflict.** London: Routledge, 1998.
- HORWITZ, Morton. **The Transformation of American Law 1780-1860.** Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1977.
- HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice.** St. Paul: West Publishing Co., 1999.
- HUFBAUER, Gary C. et SCHOT, Johan. **NAFTA. An Assessment.** Washington: Institute for International Economics, 1993.
- IMMENDA, Ulrich et MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. **GWB. Kommentar zum Kartellgesetz.** München: C.H. Beck, 2001.
- JACKSON, John H. **Legal Problems of International Economic Relations. Cases, Materials and Text.** Saint Paul: West Group, 1995.
- JACKSON, John H. **The Jurisprudence of GATT and the WTO.** Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- JARDEL, Silvia et BARRAZA, Alejandro. **MERCOSUR. Aspectos Jurídicos y Economicos.** Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.
- JEFFERSON, Thomas. Notes on the State of Virginia. In: **Writings,** New York: The Library of America, 1984.
- KAKU, Willian S. O Princípio da Subsidiariedade, Cidadania e Globalização: apontamentos para uma Humanização da Política. In: DAL RI JÚNIOR, Arno et PAVIANI, Jayme (Org.s). **Humanismo Latino no Brasil de Hoje.** Belo Horizonte: Editora PUC/Minas, 2001.
- KARTTE, Wolfgang. **Lois sur la Concurrence.** Bonn: Internationales EV, 1990.
- KAVANAGH, Dennis. **Dictionary of Political Biography.** Oxford: Oxford University Press, 1998.
- KLEINWÄCHTER, Friederich. **Die Kartelle.** Innsbruck: s/n, 1883.
- KLOR, Adriana. **El MERCOSUR.** Buenos Aires: Zavalia, 1997.

- KOCH, Adrienne. *Power, Morals and the Founding Fathers. Essays in the Interpretation of the American Enlightenment*. New York: Ithaca, 1961.
- KOCH, Adrienne et PEDEN, William (a cura di). *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*. New York: The Modern Library, 1998.
- KORAH, Valentine. *Cases and Materials on EC Competition Law*. Oxford: Hart, 1997.
- KORAH, Valentine. *EC Competition Law and Practice*. Oxford: Hart, 2000.
- La Distribuzione dei Poteri nell'Unione Europea. Il Principio di Sussidiarietà nel processo di integrazione Europea**. Bologna: Il Mulino, 1995.
- RUIZ DIAS LABRANO, Roberto. *MERCOSUR - Unión Europea*. Asunción: Intercontinental, 2001.
- LANDI, Giovanna. *La Disciplina della Concorrenza in Austria. Una Complessa Legge Nazionale cerca di riequilibrare il Mercato Interno seguendo i Principi Comunitari*. In: AMMANNATI, Laura. *La Concorrenza in Europa. Sistemi Organizzativi e Autorità di Garanzia*. Padova: CEDAM, 1998.
- LANER, Aline. *L'interconnessione fra Lavoro e Cittadinanza*. Tesi finalizzata al conseguimento del titolo di Dottore di Ricerca in Psicologia del Lavoro e delle Organizzazioni presso il Dipartimento di Organizzazione e Sistema Politico dell'Università degli studi di Bologna, 2002.
- LASOK, D. e BRIDGE, J.W. *Law and Institutions of the European Communities*. London: Butterworths, 1991.
- LEHMANN, William. *John Millar of Glasgow, 1735-1801*. Cambridge: Cambridge University Press, 1960.
- LEHMANN, Karl. *Thomas Jefferson. American Humanist*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1994.
- LETWIN, Willian. *Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Act*. Chicago: University of Chicago Press, 1981.
- LEVASSEUR, Alain. *Droit des États-Unis*. Paris: Dalloz, 1990.
- LIEBMAN, Enrico T. *Manuale di Diritto Processuale Civile. Principi*. Milano: Giuffrè, 1992.
- LIGNEUL, Nicolas. *L'Elaboration d'un Droit International de la Concurrence entre les Entreprises*. Buxelles: Bruylant, 2001.
- LIPOVETZKY, Jaime César et LIPOVETZKY, Daniel Andrés. *Mercosul: Estratégias para a Integração: Mercado Comum ou Zona de Livre Comércio? Análises e Perspectivas do Tratado de Assunção*. São Paulo: LTr, 1994.
- MAGAGNOTTI, P. *Principi di Sussidiarietà nella Dottrina della Chiesa dalle Nazioni alle Regioni*. Bologna: Edizioni San Domenico, 1995.
- MALAURIE, Philippe. *Anthologie de la Pensée Juridique*. Paris: Cujas, 1996.
- MANIN, Philippe. *Les Communautés Européennes. L'Union Européenne*. Paris: Pedone, 1998.
- MANZINE COVRE, M. de L. *O que é cidadania*. São Paulo: Brasiliense, 1999.

- MARIAGE, Henri. *Evolution Historique de la Législation Commerciale de l'Ordonnance de Colbert à nos Jours (1673-1949)*. Paris: Pedone, 1951.
- MAROTTA RANGEL, Vicente. *Solução de Controvérsias após Ouro Preto*. In: CASELLA, Paulo B. (Org.). *Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL*. São Paulo: LTr, 1996.
- MATIS, Herbert. *Österreichs Wirtschaft 1848 bis 1913: Konjunkturelle Dynamik und Gesellschaftlicher Wandel im Zeitalter Franz Josephs I.* Berlin: Dunker, 1972.
- MENEM, Carlos Saúl. *Que é o Mercosul?* Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996.
- MENEZES, Alfredo da Mota. *Do Sonho à Realidade – A Integração Econômica Latino-Americana*. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.
- MENGOZZI, Paolo. *Il Diritto Comunitario e dell'Unione Europea*. Padova: CEDAM, 1997.
- MERCIER, Pierre et al. *Grands principes du droit de la concurrence. Droit Communautaire. Droit Suisse*. Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 1999.
- MESTMÄCKER, Ernst-Joachim (Org.). *Franz Böhm. Reden und Schriften: über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung*. Karlsruhe: C.F. Müller, 1960.
- MIGA-BETTELIU, Raluca. *Drept International*. Bucarest: Editura All, 1998.
- MILITELLO, Giuliano. *Antitrust e Professioni Liberali*. In: RAFFAELI, Enrico. *Antitrust between EC Law and National Law*. Bruxelles: Bruylant, 1998.
- MILWARD, Alan S. et al. *The Development of the Economies of Continental Europe. 1850-1914*. London: Allen & Unwin, 1977.
- MOAVERO MILANESI, Enzo. *Le Regole di Concorrenza dell'Unione Europea*. In: GIARDINA, Andrea et TOSATO, Gian Luigi. *Diritto del Commercio Internazionale: Testi di Base e Note Introduttorie*. Milano: Giuffrè, 1996.
- MONACO, Riccardo. *Diritto delle Comunità Europee e Diritto Interno*. Milano: Giuffrè, 1967.
- MONACO, Riccardo. *Lezioni di Organizzazione Internazionale*. Torino: Giappichelli, 1985.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, baron de. *L'Esprit des Lois. Volume I*. Paris: Flammarion, 1979.
- MOREAU, Bertrand et al. *Droit Interne et Droit International de l'Arbitrage*. Paris: Delmas, 1997.
- MORELLI, Gaetano. *Nozioni di Diritto Internazionale*. Padova: CEDAM, 1967.
- MORGAN, Thomas D. *Case and Materials on Modern Antitrust Law and its Origins*. St. Paul: West Publishing Co., 1994.
- MOUTON, Jean-Denis et al. *La Cour de Justice des Communautés Européennes*. Paris: PUF, 1998.
- MÜLLENSIEFEN, Heinz et DÖRINKEL, Wolfram. *Kartellrecht: einschliesslich neuer Kartellaufsicht, -Preisbildung, Schiedsgerichtsbarkeit und -Steuerrecht*. Berlin: Heymann, 1938.

- NÖRR, Knut. Auf dem Wege zur Kategorie der Wirtschaftsverfassung: Wirtschaftliche Ordnungsvorstellungen im Juristischen Denken vor und nach dem Ersten Weltkrieg. In: NÖRR, Knut et Al (Org.s). *Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik*. Stuttgart: Franz Steiner, 1994.
- NÖRR, Knut. *Die Leiden des Privatrechts: Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. Tübingen: Mohr, 1994.
- NÖRR, Knut et Al (Org.s). *Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik*. Stuttgart: Franz Steiner, 1994.
- OLIVEIRA, Odete M. *Relações Internacionais: estudos de introdução*. Curitiba: Juruá, 2001.
- OLIVEIRA, Odete M. *União Européia. Processos de integração e mutação*. Curitiba: Juruá, 2000.
- OPPERMANN, Thomas. *Europarecht*. München: Beck Juristischer Verlag, 1999.
- ORTIZ AHIF, Loretta et VÁZQUEZ PANDO, Fernando. *Aspectos Jurídicos del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte*. México: Themis, 1994.
- OTERMIN, Jorge Perez. *El Mercado Común del Sur, desde Asunción a Ouro Preto*. Montevideo: Fundación de Cultura, 1995.
- Oxford Dictionary of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- PABST, Haroldo. *MERCOSUL. Direito da Integração*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PANEBIANCO, Massimo et GERARDO, Martino. *Elementi di Diritto dell'Organizzazione Internazionale*. Milano: Giuffrè, 1997.
- PATRÍCIO, José Simões. *Direito da Concorrência*. Lisboa: Gradiva, 1982.
- PAVIANI, Jayme et DAL RI JÚNIOR, Arno. *Globalização e Humanismo Latino*. Porto Alegre: Editora da PUC/RS, 2000.
- PAZOS, Luis. *Libre Comercio México-E.U.A. Mitos y Hechos*. México: Diana, 1993.
- PEPIN, Jean. *Théologie cosmique et théologie chrétienne*. Paris: PUF, 1964.
- PERITZ, Rudolph. *Competition Policy in America. History, Rhetoric, Law*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- POIDEVIN, Raymond et SCHIRMANN, Sylvain. *Storia della Germania. Dal Medioevo alla Caduta del Muro*. Milano: Bompiani, 2001.
- POSNER, Richard A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: The University Chicago Press, 1976.
- POSNER, Richard. *The Economics of Justice*. Boston: Harvard University Press, 1981.
- POSNER, Richard et EASTERBROOK, Frank. *Antitrust. Cases, Economic Notes and other Materials*. St. Paul: West Publishing Co., 1981.
- PUFENDORF, Samuel v. *De Jure Naturae et Gentium*. Berlin: Akademie Verlag, 1998.
- QURESHI, Asif H. *International Economic Law*. London: Sweet and Maxwell, 1999.
- RADICE, Roberto. *Oikeiosis. Ricerche sul fondamento del pensiero stoico e sulla*

- sua genesi. Milano: Vita e Pensiero, 2000.
- RAFFAELI, Enrico (edited by). *Antitrust between EC Law and National Law*. Bruxelles: Bruylant, 1998.
- RAFFAELLI, Enrico A. (edited by). *Antitrust between EC Law and National Law*. Volume II. Bruxelles: Bruylant, 2000.
- RANDALL, Willard. *Thomas Jefferson. A Life*. New York: Harper Collins, 1993.
- REY CARO, Ernesto. *La Solución de Controversias en los Procesos de Integración en América. El MERCOSUR*. Córdoba: Marcos Lerner, 1998
- REUTER, Paul. *Droit International Public*. Paris: PUF, 1963.
- REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- RICHET, Charles. *La Guerra e la Pace. Studi sull'Arbitrato Internazionale*. Napoli: Colonnese, 2000.
- RIDEAU, Joël. *Droit Institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes*. Paris: LGDJ, 1996.
- RINALDI, Renato. *Storia degli Stati Uniti d'America*. Volume I. Roma: Curcio, 1964.
- RINALDI, Raimondo. *The Evolution of the discipline of Vertical Agreements: Light and Shade*. In: RAFFAELLI, Enrico A. (edited by). *Antitrust between EC Law and National Law*. Volume II. Bruxelles: Bruylant, 2000.
- ROBERT, Jean. *L'Arbitrage. Droit Interne Droit International Privé*. Paris: Dalloz, 1993.
- ROCHA, Maria da Conceição Ramos. *Mercosul: alcances da União Aduaneira no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 1999.
- ROSANVALLON, Pierre. *Le Libéralisme Économique*. Paris: Editions du Seuil, 1989.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Il Contratto Sociale*. Paris: GF Flammarion, 1992.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Oeuvres Complètes*. Paris: Gallimard, 1964.
- RUDOLPH, Richard L. *Banking and Industrialization in Austria-Hungary: The Role of Banks in the Industrialization of the Czech Crownlands, 1873-1914*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976.
- SABBATINI, Pierluigi. *La concorrenza come bene pubblico. Il caso Microsoft*. Roma: Laterza, 2000.
- SAVIGNY, Friederich Karl von. *Storia del diritto romano nel medioevo*. Roma: Multigrafica, 1972 (in 3 volumi).
- SCHERER, Frederic M. *Competition Policies for an Integrated World Economy*. Washington: Brookings, 1994.
- SCHERER, Frederic M. et ROSS, David. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Boston: Houghton Mifflin, 1990.
- SCHERER, Frederick. *International Trade and Competition Policy*. In: HOPE, Einar et MAELENG, Per. *Competition and Trade Policies: coherence or conflict*. London: Routledge, 1998.

- SCHLECHT, Otto. *Grundlagen und Perspektiven der Sozialen Marktwirtschaft*. Tübingen: Mohr, 1990.
- SCHMIDT, Ingo et RITTALER, Jan. *Die Chicago School of Antitrust Analysis. Wettbewerbstheoretische und- politische Analyse eines Credos*. Baden-Baden: Nomos, 1986.
- SCHMIDT, Ingo. *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*. Stuttgart: Lucius, 2001.
- SCHUMACHER, Ernst F. *Small is Beautiful. A Study of Economics as if People Mattered*. London: Harper & Row, 1973.
- SCHULTE, Helmut. *Das Österreichische Kartellrecht vor 1938*. Münster: Univ. doktorarbeit, 1979.
- SEINTENFUS, Vera M. et DE BONI, Luis. *Temas de Integração Latino-Americana*. Porto Alegre: Vozes, 1990.
- SENECA, Lucio A. *Lettere a Lucilio*. Vol. I. Roma: Bur, 1998.
- SENECA, Lucio A. *Lettere a Lucilio*. Vol. II. Roma: Bur, 1998.
- SENECA, Lucio A. *Saggezza stoica. L'uomo, il mondo e Dio*. Torino: Magnanelli, 1997.
- SILVA, Celso J. *Antecedentes Históricos do Processo de Integração Latina-Americana: ALALC, MCCA, Pacto Andino*. In: SEINTENFUS, Vera M. e DE BONI, Luis. *Temas de Integração Latino-Americana*. Porto Alegre: Vozes, 1990.
- SMITH, Adam. *Lecciones sobre Jurisprudencia (Curso 1762-3)*. Granada: Comares, 1995.
- SMITH, Adam. *Ricerche sopra la natura e le cause della Ricchezza delle Nazioni*. Torino: UTET, 1965.
- SOCIETÀ DELLE NAZIONI. *Politica Commerciale tra le due guerre. Proposte Internazionali e Politiche Nazionali*. Ginevra: SN, 1942.
- SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE. *Diritto e Organizzazione del Commercio Internazionale dopo la Creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio*. Napoli: Scientifica, 1998.
- SOUTY, François. *La Politique de la Concurrence au Royaume-Uni*. Paris: PUF, 1995.
- SOUTY, François. *La Politique de la Concurrence aux États-Unis*. Paris: PUF, 1995.
- SOUTY, François. *La Politique de la Concurrence en Allemagne Fédérale*. Paris: PUF, 1996.
- SOUTY, François. *Le droit de la concurrence de l'Union Européenne*. Paris: Montchrestien, 1997.
- SPITZER, Jean-Pierre. *Entreprise Publique et Droit Communautaire: Assimilation et Spécificité*. In: RAFFAELLI, Enrico A. (edited by). *Antitrust between EC Law and National Law*. Bruxelles: Bruylant, 1998.
- STAGNARO, Carlo. *Thomas Jefferson, un Uomo d'altri Tempi*. Documento disponibile su internet, sito <http://www.uriel.it/jefferson.htm>, il 23 luglio 2002.

- STARBATTY, Joachim. L'Economie Sociale des Programmes de la CDU-CSU. In: BARRE, R. et PORTELLI, Hugues. **Les Démocrates-Chrétiens et l'Economie Sociale de Marché**. Paris: Economica, 1988.
- STEINBACH, Emil. **Der Staat und die modernen Privatmonopole**. Vienna: s/n, 1903.
- STIGLER, G. J. Die vollständige Konkurrenz im historischen Rückblick. In: HERDZINA, Klaus (a cura di). **Wettbewerbstheorie**. Köln: Kiepenheuer & Witsch, 1975.
- SULLIVAN, Lawrence A. **Antitrust**. St. Paul: West Publishing Co., 1977.
- SULLIVAN, Lawrence A. et GRIMES, Warren. **The Law of Antitrust: an Integrated Handbook**. St. Paul: West Publishing Co., 2000.
- SULLIVAN, Thomas et HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust Law, Policy and Procedure. Cases, Materials, Problems**. Charlottesville: Lexis Law Publishing, 1994.
- SYLVERS, Malcolm. **Il Pensiero politico e sociale di Thomas Jefferson. Saggio introduttivo e antologia di testi**. Roma: Lacaíta, 1993.
- SZRAMKIEWICZ, Romuald. **Histoire du Droit des Affaires**. Paris: Montchrestien, 1989.
- TARELLO, Giovanni. **Le Ideologie della Codificazione nel Secolo XVIII**. Genova: ECIG, 1973.
- TARELLO, Giovanni. **Storia della Cultura Giuridica Moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976.
- TESAURO, Giuseppe. Applicazione del Diritto Comunitario della Concorrenza da parte delle Autorità Nazionali. In: RAFFAELLI, Enrico A. (edited by). **Antitrust between EC Law and National Law. Volume II**. Bruxelles: Bruylant, 2000.
- TESAURO, Giuseppe. **Diritto Comunitario**. Padova: CEDAM, 1995.
- TESTARD, M. S. **Augustin et Cicéron. Vol. I**. Paris: Etudes augustiniennes, 1958.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la Démocratie en Amérique**. Paris: Robert Laffont, 1986.
- TODINO, Mario. **L'Autorità e l'applicazione decentrata degli Articoli 85 e 86 del Trattato CE**. Roma: Autorità Garante della Concorrenze e del Mercato, 1997.
- TOSO, Mario. **Umanesimo Sociale. Viaggio nella dottrina sociale della Chiesa e dintorni**. Roma: LAS, 2001.
- TRAKMAN, Leon E. **Dispute Settlement Under the Nafta: Manual and Source Book**. New York: Transnational Publishers, 1996.
- VAN BAEL, Ivo et BELLIS, Jean-François. **Il Diritto della Concorrenza nella Comunità Europea**. Torino: Giappichelli, 1994.
- VAN DER BERGH, Roger. L'analisi economica del diritto della concorrenza. In: FRIGNANI, Aldo et al. **Diritto antitrust italiano. Commento alla legge 10 ottobre 1990, n.º 287. Volume 1**. Bologna: Zanichelli, 1993.
- VARGAS GARCIA, Eugênio. **Cronologia das Relações Internacionais do Brasil**. São Paulo: Alfa-Omega, 2000.

- VAZQUEZ, Maria Cristina et al. *Estudios Multidisciplinarios sobre el Mercosur*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996.
- VELLOSO DA SILVEIRA, Paulo A. *Defesa da Concorrência no Mercosul*. São Paulo: LTR, 1998.
- VENTURINI, Gabriella. *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*. Giuffrè: Milano, 2000.
- VISMARA, Fabrizio. *Le Norme Applicabili al Merito della Controversia nell'Arbitrato Internazionale*. Milano: Giuffrè, 2001.
- VOLKER, Emmerich. *Kartellrecht*. München: C.H. Beck, 2001.
- VON WALLEMBERG, Gabriella. *Kartellgesetz*. Wiesbaden: Luchterhand, 2002.
- WANDEL, Eckhard. *Hans Schäffer: Steuermann in wirtschaftlichen und politischen Krisen*. Stuttgart: Dt. Verlags-Anst, 1974.
- WEBER, Max. *Wirtschaftsgeschichte*. Berlin: Dunker & Humblot, 1991.
- Wertebewerb als Aufgabe. Nach 10 Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. Bad: Homburg, 1968.
- WHITE, Nigel D. *The Law of International Organizations*. Manchester: Manchester University Press, 1996.
- WIEDMANN, Gerhard. *Handbuch des Kartellrechts*. München: C.H. Beck, 1999.
- WILCOX, Clair. *A Charter for World Trade*. New York: MacMillan, 1949.
- WINCKLER, Antoine et BRUNET, François (sous la direction). *La Pratique Communautaire du contrôle des Concentrations*. Bruxelles: De Boeck Université, 1998.
- ZANGHI, Claudio. *Diritto delle Organizzazioni Internazionali*. Torino: Giappichelli, 2001.
- ZICCARDI, Piero. *La Costituzione dell'Ordinamento Internazionale*. Milano: Giuffrè, 2000.
- ZICCARDI, Piero. *La Vita Internazionale*. Milano: Giuffrè, 1993.
- ZICCARDI, Piero. *Organizzazione Internazionale*. In: ZICCARDI, Piero. *La Vita Internazionale*. Milano: Giuffrè, 1993.

2. Articoli in riviste scientifiche

- ALMEIDA, Paulo Roberto. *Solução de Controvérsias no Mercosul: o Protocolo de Brasília ao Tratado de Assunção*. Documento disponibile sull'internet il 21 febbraio 2002, sito: www.mre.gov.br/unir/webunir/BILA/04/1artigos/artigo3.htm.
- BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. *Análise dos Conceitos de Base Preliminares à de um Mercado Comum no Cone Sul*. *Revista Seqüencia*, n.º 29 (1994).
- BARRAL, Welber O. *Protocolo de Olivos e o MERCOSUL*. *Seqüencia*, n.º 44 (2002)
- BASEDOW, Jürgen. *Lois contre les restrictions de la concurrence*. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de l'Haye*. t. 264 (1997).

- BEHLKE, Reinhard. Der Neoliberalismus und die Gestaltung der Wirtschaftsverfassung in der Bundesrepublik Deutschland. *Volkswirtschaftliche Schriften Heft*, n.º 55 (1961).
- BIANCARELLI, J. et GENESTE, Bernard. Europe. Droit de la concurrence applicable aux entreprises. *Revue de la concurrence et de la consommation*, n.º 2 (1992).
- BISHOP, Matthew. Microsoft sotto processo. *Mercato Concorrenza Regole*, n.º 1 (1999).
- BITTLINGMAYER, G. et HAZLETT, T.W. DOS Kapital: Has antitrust action against Microsoft created value in the computer industry. *Journal of Financial Economics*, n.º 55 (2000).
- BLAKE, Harlan et JONES, William. The Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy. *Columbia Law Review*, n.º 65 (1965).
- BOGO, Jorge. El caso AMFIN (Ambito Financiero) v. ARGEA (Clarín). Discrepancias en la Instancia Administrativa y en la Judicial. *Boletim Latino Americano de Concorrência*, n.º 7 (1999).
- BOGO, Jorge. La Privatización de un Campeón Nacional. El caso de YPF en Argentina. *Boletim Latino Americano de Concorrência*, n.º 10 (2000).
- BÖHM, Franz. *Ordo. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, n.º 1 (1958).
- BORK, Robert. Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act. *Journal Law & Economics*, n.º 6 (1966).
- BORK, Robert et BOWMAN, Ward. The Crisis in Antitrust. *Fortune*, s/n.º (1963).
- COPPOLA D'ANNA, Francesco. La conferenza mondiale del commercio. *La Comunità Internazionale*, n.º 3 (1948).
- CARLTON, Dennis. A Reexamination of Delivered Price Systems. *Journal Law & Economics*, n.º 22 (1983).
- D'AGOSTINO, Jorge M. Piramide Normativa del MERCOSUR. *Revista del Mercosur*, n.º 3 (1998).
- D'AMORE, Marcelo. Abuso Explotativo de Posición Dominante. El caso YPF en Argentina. *Boletim Latino Americano de Concorrência*, n.º 11 (2000).
- DE QUEVEDO, María Viviana. Reformas a la Legislación de Defensa de la Competencia Argentina. Ley 25.156. *Boletim Latino Americano de Concorrência*, n.º 9 (2000), p. 8-9.
- DEMSETZ, Harold. Economics as a Guide to Antitrust Regulation. *Journal of Law & Economics*, n.º 19 (1976).
- DIEBOLD, William. L'Organizzazione Mondiale del Commercio (ITO): Ragioni di un insuccesso e prospettive di superamento. *La Comunità Internazionale*, n.º 8 (1953).
- EASTERBROOK, Frank. The Limits of Antitrust. *Texas Law Review*, n.º 63 (1984).
- EASTERBROOK, Frank. Workable Antitrust Policy. *Michigan Law Review*, n.º 84 (1986).
- EVERLING, Ulrich. Zur Wettbewerbskonzeption in der neuen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. *Wirtschaft und Wettbewerb*, s/n.º (1990).

- FLÔRES Jr., Renato G. **Concorrência no MERCOSUL: para além do Protocolo de Fortaleza**. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas. Documento disponibile su internet, il 06 dicembre 2001, nel sito: <http://www.fgv.br/epge/home/PisDownload/408.pdf>.
- FORRESTER, Ian et NORALL, Christopher. The Laicization of Community Law: Self-Help and the Rule of Reason: How Competition Law Is and Could be Applied. **Common Market Law Review**, n.° 11 (1984).
- FOX, Eleanor et SULLIVAN, Lawrence. Antitrust. Retrospective an Prospective: Where are we coming from? Where are we going? **New York University Law Review**, n.° 62 (1987).
- FOX, Eleanor M. Diritto della concorrenza, mercati globali e il caso General Electric/Honeywell. **Mercato Concorrenza Regole**, n.° 2 (2002).
- FOX, Eleanor. Dopo Chicago, dopo Seattle e il dilemma della Globalizzazione. **Mercato Concorrenza Regole**, n.° 1 (2001).
- FOX, Eleanor. Modernization of Antitrust: A New Equilibrium. **Cornell Law Review**, n.° 66 (1981).
- FOX, Eleanor. Monopolization and Dominance in the United States and the European Community: Efficiency, Opportunity and Fairness. **Notre Dame Law Review**, n.° 61 (1986).
- FOX, Eleanor. The Politics of Law and Economics in Judicial Decision Market: Antitrust as a Window. **New York University Law Review**, n.° 61 (1986).
- FOX, Eleanor. Toward World Antitrust and Market Access. **American Journal of International Law**, n.° 1 (1977).
- GUTMANN, Gernot. Euckens Ansätze zur Theorie der Zentralverwaltungswirtschaft und die Weiterentwicklung durch Hensel. **Ordo. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft**, n.° 40 (1989).
- HALPERIN, Marcelo. Las Prácticas Desleales y la Evolución del Mercosur. **Revista Jurídica La Ley. D** (1995).
- HARGAIN, Daniel. Normativa de Defensa de la Competencia en Uruguay. **Boletim Latino Americano de Concorrência**, n.° 13 (2001).
- HAWK, Barry E. Antitrust in the ECC – The First Decade. **Fordham Law Review**, n.° 41 (1972).
- HAWK, Barry. La révolution antitrust américaine: une leçon pour la Communauté européenne? **Revue Trimestrel de Droit Européen**, n.° 25 (1989).
- HERZ, Mariana et PEROTTI, Alejandro. Influencia del Derecho dela Integracion en el Derecho Privato. Derecho de Defensa de la Competencia. **Revista del MERCOSUR**, n.° 3 (1998).
- HEUSS, Ernst. "Grundlagen der Nationalökonomie" vor 50 Jahren und Heute. **Ordo. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft**, n.° 40 (1989).
- HOVENKAMP, Herbert. Rhetoric and Skepticisme in Antitrust Argoment. **Michigan Law Review**, n.° 84 (1986).

- INSTITUTE FOR EUROPEAN-LATIN AMERICAN RELATIONS. *A New Phase in Latin American Integration?: The 1986 Agreements between Argentina and Brazil*. Dossier n.° 8 (1986).
- IOANNIS PAULI PP. II. *Litterae Encyclicae. Acta Apostolicae Sedis. Commentarium Officiale*, n.° 10 (1991).
- KAMECKE, Ulrich. *Kartellrecht*, documento disponibile in internet il 2 settembre 2002, site <http://www.wiwi.hu-berlin.de/ioewp/wpol/docs/kap1wrt.pdf>.
- KEGEL, Patrícia L. Os Objetivos do MERCOSUL e a sua Estrutura Jurídico-Institucional após o Protocolo de Ouro Preto. *Seqüência*, Florianópolis, n.° 32 (1996).
- KESSLER, William. German cartel Regulation under the Decree of 1923. *Quarterly Journal of Economics*, n.° 50 (1936).
- KRONSTEIN, Heinrich et LEIGHTON, Gertrude. Cartel Control: A Record of Failure. *Yale Law Journal*, n.° 55 (1946).
- KUTSCHER, Hans. Über den Gerichtshof der Europäische Gemeinschaft. *Europarecht*, n.° 16 (1981).
- LANDES, Willian et POSNER, Richard. Market Power in Antitrust Cases. *Harvard Law Review*, n.° 94 (1981).
- LANDESBERGER, Julius. Der Österreichische Cartellgesetzentwurf. *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht*, n.° 24 (1897).
- LETWIN, Willian. Congress and the Sherman Antitrust Law: 1887-1890. *University Chicago Law Review*, n.° 23 (1956).
- MARTINEZ, Augusto Durán. Estrutura Orgánica del MERCOSUR. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Politico. Série Congressos y Conferências*, n.° 11.
- MENZEL, Adolf. Referat über die wirtschaftlichen Kartelle und die Rechtsordnung. *Schriften des Vereins für Socialpolitik*, n.° 61 (1895).
- MIKSCH, Leonhard. Walter Eucken. *Kyklos*, n.° 4 (1950).
- MONTI, Mario. A Global Competition Policy? Documento disponibile su internet il 27 settembre 2002 sito http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=SPEECH/02/39910|RAPID&lg=EN&display=.
- MONTI, Mario. La dimensione internazionale della politica di concorrenza europea. *Mercato Concorrenza Regole*, n.° 3 (2001).
- MONTI, Mario. *Relazione tenuta in occasione dell'apertura della Settima Conferenza sulla Concorrenza fra il Paesi candidati e la Commissione europea*. Documento disponibile su internet il 27 settembre 2002, sito <http://europa.eu.int/comm/competition/enlargement>.
- MÖSCHEL, Wernhard. 70 Jahre deutsche Kartellpolitik. *Ordo. Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, n.° 37 (1972).
- NUÑEZ, Tarson. Os Impactos Sociais da Integração Regional. *Análise Conjuntural, Indicadores Econômicos*. Porto Alegre, n.° 1 (1992).
- PAGE, William H. Microsoft and the public choice critique of antitrust. *The Antitrust Bulletin*, n.° 2 (1999).

“O CADE, aplicou anteontem, pela primeira vez, multas por formação de cartel”. *Folha de São Paulo*, 29 ottobre 1999.

“O CADE e a OAB”. *Folha de São Paulo*, 23 settembre 1995.

PASCAR, Norma et TAJAN, Guillermina. Impacto de las Políticas sobre Defensa de la Competencia en los Mercados Integrados. *Boletim Latino Americano de Concorrência*, n.º 8 (1999).

PITOFISKY, Robert. The Political Content of Antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, n.º 127 (1979).

PITOFISKY, R. The Sylvania case: Antitrust Analysis of Non-price Vertical Restrictions. *Columbia Law Review*, n.º 78 (1978).

PRIEST, George et ROMANI, Franco. L'antitrust negli Stati Uniti e in Europa. Analisi e psicoanalisi di una divergenza. *Mercato Concorrenza Regole*, n.º 4 (2002).

REDER, Melvin. Chicago Economics: Permanence and Change. *The Journal of Economic Literature*, n.º 20 (1982).

RHODE, Alan. La vicenda della “Rule of Reason” attraverso la Storia del Diritto Antitrust Statunitense. *Diritto & Diritti*, n.º 2 (2002).

ROYER, Jean. La genesi e i principi fondamentali della Carta dell'Avana. *La Comunità Internazionale*, n.º 3 (1948).

RUA BOEIRO, Rodolfo. La fortaleza argentina en Fortaleza. *Periódico Económico Tributario*, 30 dicembre 1996.

SABBATINI, Pierluigi. Il Caso Microsoft. *Moneta e Credito*, n.º 207 (1999).

SEITENFUS, Ricardo A. S. O Governo Itamar e o MERCOSUL. *Folha de São Paulo*, 1992.

SCHÄFFLE, Albert. Zum Kartellwesen und Zur Kartellpolitik. *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, n.º 54 (1898).

SCHOENLANK, Bruno. Die Kartelle: Beiträge zu einer Morphologie der UnternehmerVerbände. *Archiv für Soziale Gesetzgebung und Statistik*, n.º 3 (1890).

STIGLER, George. A theory of Oligopoly and Barriers to Entry, Economics of Scale, and Firm Size. *The Organization of Industry*, n.º 39 (1968).

SULLIVAN, Lawrence. Antitrust, Microeconomics and Politics: Reflections on Some Recent Relationships. *California Law Review*, n.º 68 (1980).

TAJAN, Guillermina. Comentarios acerca de la Efectiva Aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia Argentina. *Boletim Latino Americano de Concorrência*, n.º 13 (2001).

TIZZANO, Antonio. La Tutela dei Privati nei confronti degli Stati Membri dell'Unione Europea. *Foro Italiano*, n.º 4 (1995).

TRITELL, Randolph. A Aplicação das Leis Antitruste Americanas à conduta de outros Países: Fatos Recentes. *Perspectivas Econômicas*, n.º 1 (1999).

The Washington Post, 1998. Documento disponibile sull'internet il 14 agosto 2002, sito <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/washtech/longterm/antitrust/enforcement.htm>.

VANONI, Ezio. L'Organizzazione Internazionale del Commercio. *La Comunità Internazionale*, n.° 4 (1949).

VERSIANI, Isabel. Siderúrgicas são multadas por cartel. *Folha de São Paulo*, 28 ottobre 1999.

WITTELSHÖFER, Otto. Der Österreichische Kartellgesetzentwurf. *Archiv für Soziale Gesetzgebung und Statistik*, n.° 13 (1899).

WOOD, Diane. The Trade Effects of Domestic Antitrust Enforcement. *International Economic Law C.*, (1995).

ZITTRAIN, Jonathan. The un-Microsoft un-remedy: Law can prevent the problem the it can't patch later. *Connecticut Law Review*, n.° 31 (1999).

3. Normativa

ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*, del 22 agosto 1994.

ARGENTINA. *Decreto* n.° 20, del 13 dicembre 1999.

ARGENTINA. *Decreto* n.° 1.019, del 16 settembre 1999.

ARGENTINA. *Ley* n.° 22.262, del 1.° agosto 1980.

ARGENTINA. *Ley* n.° 25.156, del 25 agosto 1999.

ALADI. *Instrumento que institui a Associação Latino-Americana de Integração*, 12 agosto 1980.

AUSTRIA. *Kartellgesetz* (Legge sui cartelli), del 19 ottobre 1988.

BELGIO. Legge del 5 agosto 1991.

BRASILE. *Constituição da República Federativa do Brasil*, del 5 ottobre 1988.

BRASILE. *Lei* n.° 4.137, del 10 settembre 1962

BRASILE. *Decreto* n.° 52.025, del 20 maggio 1963.

BRASILE. *Lei* n.° 8.158, del 8 gennaio 1991.

BRASILE. *Lei ordinaria* n.° 8.884, del 11 giugno 1994.

BRASILE. *Decreto legislativo* n.° 6, 15 febbraio 2000.

BRASILE. *Decreto* n.° 3.602, del 18 settembre 2000.

CILE. *Decreto Ley* n.° 211, del 1973.

CILE. *Decreto Ley* n.° 2.760, del 1979.

COLOMBIA. Legge n.° 155, del 24 dicembre 1959.

COMUNIDAD ANDINA. *Acuerdo de Cartagena*, del 10 marzo 1996.

COMUNIDAD ANDINA. *Decisión* n.° 285, del 21 marzo 1991.

COMUNITÀ EUROPEA. Decisione del Consiglio del 19 dicembre 1994 (94/974/CE).

COMUNITÀ EUROPEA. Decisione del Consiglio del 19 dicembre 1994 (94/976/CE).

COMUNITÀ EUROPEA. Decisione del Consiglio del 19 dicembre 1994 (94/978/CE).

COMUNITÀ EUROPEA. Decisione del Consiglio del 17 luglio 1995 (95/414/CE).

COMUNITÀ EUROPEA. Decisione del Consiglio del 17 luglio 1995 (95/414/CE).

COMUNITÀ EUROPEA. Decisione del Consiglio e della Commissione del 19 dicembre 1994 (94/910/CECA, CE, Euratom).

COMUNITÀ EUROPEA. Decisione del Consiglio e della Commissione del 10 aprile 1995 (95/145/CE, CECA).

COMUNITÀ EUROPEA. Decisione del Consiglio d'Associazione fra la CE e la Turchia del 22 dicembre 1995 (CF-TR 106/1/95).

COMUNITÀ EUROPEA. Regolamento comunitario n.° 17, del 21 gennaio 1962.

COMUNITÀ EUROPEA. Trattato istitutivo della Comunità economica europea, del 25 marzo 1957.

COMUNITÀ EUROPEA/ASSOCIAZIONE EUROPEA DI LIBERO SCAMBIO. Accordo sullo Spazio economico europeo, del 2 maggio 1992.

COSTA RICA. *Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor*, del 20 dicembre 1994.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. Statut de la Cour Internationale de Justice.

DANIMARCA. Legge n.° 384, del 10 giugno 1997.

FRANCIA. *Ordonnance* n.° 86-1243, del 1 dicembre 1986.

GERMANIA. *Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb – UWG* (Legge in materia di concorrenza sleale), del 7 giugno 1909.

GERMANIA. *Kartellverordnung* (Decreto sugli abusi commessi dai cartelli), 2 novembre 1923.

GERMANIA. *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Legge contro restrizioni alla concorrenza), del 27 giugno 1957.

GIAMAICA. *Fair Competition Act*, del 9 marzo 1993.

GRAN BRETAGNA. *Restrictive Trade Practices Act*, del 1976.

IMPERO AUSTROUNGARICO. *Koalitions-gesetz*, aprile 1870.

IMPERO AUSTROUNGARICO. Disegno di legge in materia di cartelli (*Kartellgesetz*), 1897.

IRLANDA. *Competition Act*, del 1 ottobre 1991.

ITALIA. Legge n.° 287, del 10 ottobre 1990.

MERCADO COMÚN CENTROAMERICANO (MCCA). *Tratado General de Integración Económica Centroamericana*, del 13 dicembre 1960.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL). *Tratado de Asunción*. Trattato per la costituzione di un Mercato Comune fra la Repubblica Argentina, la Repubblica Federativa del Brasile, la Repubblica del Paraguay e la Repubblica Orientale dell'Uruguay, del 26 marzo 1991.

MERCOSUL. *Protocolo de Brasília*, del 17 dicembre 1991.

MERCOSUL. *Protocolo de Ouro Preto*, del 17 dicembre 1994.

MERCOSUL. *Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul*, del 17 dicembre 1996.

MERCOSUL. *Protocolo de Olivos*, del 18 febbraio 2002.

MERCOSUL. *Decisão CMC* n.° 04, del 17 dicembre 1991.

MERCOSUL. *Decisão CMC* n.° 03, del 27 luglio 1992.

MERCOSUL. *Decisão CMC* n.° 01, del 1° luglio 1993.

MERCOSUL. *Decisão CMC* n.° 07, del 1° luglio 1993.

MERCOSUL. *Decisão CMC* n.° 09, del 5 agosto 1994.

MERCOSUL. *Decisão CMC* n.° 20, del 17 dicembre 1994.

MERCOSUL. *Decisão CMC* n.° 21, del 17 dicembre 1994.

MERCOSUL. *Decisão CMC* n.° 15, del 17 dicembre 1996.

MERCOSUL. *Decisão CMC* n.° 17, del 17 dicembre 1996.

MERCOSUL. *Decisão CMC* n.° 18, del 17 dicembre 1996.

MERCOSUL. *Diretriz CCM* n.° 01, del 7 ottobre 1994.

MERCOSUL. *Diretriz CCM* n.° 05, del 17 marzo 1995.

MERCOSUL. *Diretriz CCM* n.° 11, del 1.° agosto 1995.

- MERCOSUL. *Diretriz CCM* n.° 05, del 24 maggio 1996.
- MERCOSUL. *Resolução GMC* n.° 01, del 17 dicembre 1991.
- MERCOSUL. *Resolução GMC* n.° 11, del 17 dicembre 1991.
- MERCOSUL. *Resolução GMC* n.° 11, 1.° aprile del 1992.
- MERCOSUL. *Resolução GMC* n.° 63, del 24 settembre 1993.
- MERCOSUL. *Resolução GMC* n.° 49, del 14 ottobre 1994.
- MERCOSUL. *Resolução GMC* n.° 129, del 15 dicembre 1994.
- MERCOSUL. *Resolução GMC* n.° 20, del 3 agosto 1995.
- MESSICO. *Ley Federal de Competencia Económica*, del 24 dicembre 1992.
- OLANDA. *Competition Act*, del 22 maggio 1997.
- ORGANIZZAZIONE DELLE NAZIONI UNITE (ONU). Risoluzione del Consiglio Economico e Sociale n.° 106 (VI), del 25 febbraio 1948.
- ONU. Risoluzione del Consiglio Economico e Sociale n.° 67, del 27 luglio 1984.
- ONU. Risoluzione n.° 33/153 del 20 dicembre 1978.
- ONU. Decisione n.° 34/447 della Assemblea Generale del 19 dicembre 1979.
- ONU. Risoluzione adottata dalla Conferenza delle Nazioni Unite sulle pratiche restrittive al commercio, del 22 aprile 1980.
- ONU. Carta della Conferenza delle Nazioni Unite sul Commercio e l'Occupazione. L'Avana, 1947.
- ONU. Accordo Generale sulle Tariffe doganali e sul Commercio (GATT), del 30 ottobre 1947.
- ONU. Accordo Generale sulle Tariffe doganali e sul Commercio (GATT), del 15 aprile 1994.
- ORGANIZZAZIONE MONDIALE DEL COMMERCIO (OMC). Accordo Generale sugli scambi di servizi (GATS), del 15 aprile 1994.
- OMC. Accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), del 15 aprile 1994.
- OMC. Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPS), del 15 aprile 1994.
- OMC. Accordo sulle misure relative agli investimenti che incidono sugli scambi commerciali (TRIMs), del 15 aprile 1994.
- OMC. Decisione del Consiglio Generale sul Comitato di Lavoro sull'Interazione fra Commercio e Politica di Concorrenza. Ginevra, 1998 (WT/GC/M/32).
- ORGANIZZAZIONE PER LA COOPERAZIONE E LO SVILUPPO ECONOMICO (OECD). *Recommendation of the Council concerning Action against Inflation in the Field of Competition Policy*, C(71)205(Final).
- OECD. *Recommendation of the Council concerning Action against Restrictive Business Practices relating to the Use of Trademarks and Trademark Licences*, C(78)40(Final).
- OECD. *Recommendation of the Council concerning Action against Restrictive Business Practices Affecting International Trade including those involving Multinational Enterprises*, C(78)133(Final).
- OECD. *Recommendation of the Council on Competition Policy and Exempted or Regulated Sectors*, C(79)155(Final).
- OECD. *Recommendation of the Council for Co-operation between Member Countries in Areas of Potential Conflict*, C(86)65(Final).

- OECD. *Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation between member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade*, C(95)130/Final.
- OECD. *Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels*, C(98)35(Final).
- PANAMA. *Ley n.° 29*, del 1 febbraio 1996. ✓
- PARAGUAY. *Ley n.° 733*.
- PARAGUAY. *Ley n.° 751*.
- PARAGUAY. *Ley n.° 868*.
- PERÙ. *Decreto Legislativo n.° 701*, del 5 novembre 1991.
- PORTOGALLO. *Decreto-Lei n.° 371*, del 29 Ottobre 1993.
- SPAGNA. *Ley de Defensa de la Competencia*, del 17 luglio 1989.
- STATI UNITI D'AMERICA. *Interstate Commerce Act*, 1887.
- STATI UNITI D'AMERICA. *Sherman Antitrust Act*, 1890.
- STATI UNITI D'AMERICA. *Clayton Antitrust Act*, 1914.
- STATI UNITI D'AMERICA. *Federal Trade Commission Act*, 1914.
- STATI UNITI D'AMERICA. *Robinson Patman Act*, 1936.
- STATI UNITI D'AMERICA. *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, 1982.
- STATI UNITI D'AMERICA/ GERMANIA. *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Federal Republic of Germany relating to mutual cooperation regarding restrictive business practices*, del 23 giugno 1976.
- STATI UNITI D'AMERICA/ AUSTRALIA. *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of Australia relating to cooperation on antitrust matters*, del 29 giugno 1982.
- STATI UNITI D'AMERICA/ COMUNITÀ EUROPEA. *Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws*, del 23 settembre 1991.
- STATI UNITI D'AMERICA/ COMUNITÀ EUROPEA. *Accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'utilizzazione dei principi della "comitas gentium" attiva nell'applicazione del loro diritto della concorrenza.*, 1998.
- STATI UNITI D'AMERICA/ CANADA. *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of Canada regarding the application of their competition and deceptive marketing practices laws*, dell'agosto 1995.
- STATI UNITI D'AMERICA/ ISRAELE. *Agreement regarding the application of their competition laws Israel and USA*, del 15 marzo 1999.
- STATI UNITI D'AMERICA/ GIAPPONE. *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of Japan Concerning Cooperation on Anticompetitive Activities*, del 7 ottobre 1999.
- STATI UNITI D'AMERICA/ BRASILE. *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Federative Republic of Brazil regarding cooperation between their competition authorities in the enforcement of their competition laws*, del 26 ottobre 1999.

- STATI UNITI D'AMERICA/ MESSICO. *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the United Mexican States regarding the application of their Competition Laws*, dell'11 luglio 2000.
- SVEZIA. Legge n.° 20, del 14 gennaio 1993.
- SVIZZERA. *Kartellgestez*, del 20 dicembre 1985.
- URUGUAY. *Constitución de la Republica Oriental del Uruguay*, del 1967.
- URUGUAY. *Ley n.° 9.956*, del 1° ottobre 1940.
- URUGUAY. *Ley n.° 10.079*, del 3 novembre 1941.
- URUGUAY. *Ley n.° 10.089*, del 3 dicembre 1941.
- URUGUAY. *Ley n.° 14.549*, del 27 luglio 1976.
- URUGUAY. *Ley n.° 15.821*, del 14 agosto 1986 (Codice civile uruguayano).
- URUGUAY. *Ley n.° 17.243*, del 29 giugno 2000.
- URUGUAY. *Ley n.° 15.982*, del 18 ottobre 1988 (Codice di procedura civile uruguayano).
- URUGUAY. *Ley n.° 17.296*, del 21 febbraio 2001
- URUGUAY. *Decreto n.° 86*, del 15 marzo 2001.
- VENEZUELA. *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*, del 13 dicembre 1991.

4. Giurisprudenza e Casistica

LODI ARBITRALI DEL SISTEMA DI RISOLUZIONE DI CONTROVERSIE DEL MERCOSUL:

- Lodo Arbitrale *Argentina v. Brasile: "Controvérsia sobre os Comunicados n.° 37 de 17 de dezembro de 1997 e n.° 7 de 20 de fevereiro de 1998 do Departamento de Operações de Comércio Exterior (DECEX) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX): Aplicação de Medidas Restritivas ao Comércio Recíproco"*, 28 aprile 1999.
- Lodo arbitrale *Argentina v. Brasile: "Subsídios à produção e exportação de carne de porco"*, 27 settembre 1999.
- Lodo arbitrale *Brasile v. Argentina: "Aplicação de medidas de salvaguarda sobre produtos têxteis (res. 861/99) do Ministério de economia e obras e serviços públicos"*, 10 marzo 2000.
- Lodo Arbitrale *Brasile v. Argentina: "Aplicação de Medidas Antidumping contra a exportação de frangos inteiros, provenientes do Brasil, Resolução n.° 574/2000 do Ministério de Economia da República Argentina"*, 21 maggio 2001.
- Lodo arbitrale *Uruguay v. Argentina: "Restrições de acesso ao mercado argentino de bicicletas de origem uruguaia"*, 29 settembre 2001.
- Lodo arbitrale *Uruguay v. Brasile: "Proibição de Importação de Pneumáticos Remoldados (Remolded) Procedentes do Uruguai"*, 9 gennaio 2002.
- Lodo arbitrale *Argentina v. Brasile: "Obstáculos ao ingresso de produtos fitosanitarios argentinos no mercado brasileiro. Não incorporação das Resoluções GMC n.° 48/96, 87/96, 149/96, 156/96 e 71/98 o que impede sua entrada em vigor no MERCOSUL"*, 19 aprile 2002.

SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE:

- Cause riunite 56 e 58/64, 13 luglio 1966, *Consten e Grundig*.
- Causa 14/68, 13 febbraio 1969, *Walt Wilhelm v. Bunderskartellamt*.
- Causa n.° 78/70, 8 giugno 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB- Großmärkte GmbH*.
- Causa 48/69, 14 luglio 1972, *Dyestuffs v. Commissione Europea*.
- Causa 8/72, 17 ottobre 1972, *Vereiniging van Cementhandeleren*.
- Causa 6/72, 21 febbraio 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company v. Commissione Europea*.
- Causa 15/74, 31 ottobre 1974, *Centrafarm B.V. e Adriaan de Peijper v. Sterling Drug Inc.*
- Causa 73/74, 26 novembre 1975, *Papiers Peints v. Commissione Europea*.
- Cause riunite 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 54, 55, 56, 111, 113, 114/73, 16 dicembre 1975, *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie UA e altri v. Commissione Europea*.
- Causa 26/76, 25 ottobre 1977, *Metro v. Commissione Europea*.
- Causa 26/77, 14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continental BV v. Commissione Europea*.
- Causa 85/76, 13 febbraio 1979, *Hoffman-La Roche & Co. AG v. Commissione Europea*.
- Cause riunite n.° 32, 36-82/78, 12 luglio 1979, *BMW Belgium S.A. & altri v. Commissione Europea*.
- Cause 209/78, 210/78, 211/78, 212/78, 213/78, 214/78, 215/78 e 218/78, 29 ottobre 1980, *Van Landewyck v. Commissione Europea*.
- Causa 322/81, 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin N.V. v. Commissione Europea*.
- Causa 170/83, 12 luglio 1984, *Hydrotherm v. Andreoli*.
- Causa 311/84, 3 ottobre 1985, *CBEM v. CLT et IPB*.
- Causa 311/85, 1.° ottobre 1987, *Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*.
- Cause riunite 89, 104, 114, 116, 117, 125, 129/85, 27 settembre 1988, *Pasta di Legno*.
- Causa 62/86, 3 luglio 1991, *AKZO Chemie BV. v. Commissione delle Comunità Europee*.
- Causa 238/87, 5 ottobre 1988, *AB Volvo v. Erik Veng*.
- Causa 53/87, 5 ottobre 1988, *Renault*.
- Causa 66/86, 11 aprile 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen & Anor v. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*.
- Causa C-234/89, 28 febbraio 1991, *Delimitis*.
- Causa C-41/90, 23 aprile 1991, *Höfner e Elsnor c. Macroton*.
- Causa 62/86, 3 luglio 1991, *AKZO Chemie BV v. Commissione Europea*.
- Causa T-30/89, 12 dicembre 1991, *Hilti v. Commission*.
- Causa T-24/90, 18 settembre 1992, *Automec*.
- Cause riunite C-159/91 e C-160/91, 17 febbraio 1993, *Poucet e Pistre*.
- Cause riunite 89, 104, 114, 116, 117 e 125/85, 31 marzo 1993, *Ahlström v. Commissione Europea*.
- Causa T - 65/89, 1.° aprile 1993, *BPB Industries plc e British Gypsum c. Commissione*.

- Causa C-364/92, 19 gennaio 1994, *Sat Fluggesellschaft Mbh v. Eurocontrol*.
Causa C-266/93, 24 ottobre 1995, *Bundeskartellamt v. Volkswagen et VAG Leasing*.
Causa T-102/96, 25 marzo 1999, *Gencor v. Commissione Europea*.

DECISIONI DELLA COMMISSIONE EUROPEA:

- Caso *Quinine*, 16 luglio 1969 (69/240/CEE).
Caso *Dyestuffs*, 24 luglio 1969 (69/243/CEE).
Caso *Julien c. Van Katwijk*, 28 ottobre 1970 (70/487/CEE).
Caso *Paper Mince*, 26 luglio 1972 (72/291/CEE).
Caso *Cementregeling Voor Nederland*, 18 dicembre 1972 (72/468/CEE).
Caso *European Sugar Industry*, 2 gennaio 1973 (73/109/CEE).
Caso *Accordo fra produttori di vetro per contenitori*, 15 maggio 1974 (74/292/CEE).
Caso *Papiers peints de Belgique*, 23 luglio 1974 (74/431/CEE).
Caso *Entente Fr. Jap Roulements à billes*, 29 novembre 1974 (74/634/CEE).
Caso *AOIP/Beyrard*, 2 dicembre 1975 (76/29/CEE).
Caso *Reuter/BASF*, 26 luglio 1976 (76/743/CEE).
Caso *Distillers Company Limited*, 20 dicembre 1977 (78/163/CEE).
Caso *BMW Belgium*, 23 dicembre 1977 (78/155/CEE).
Caso *Vegetable Parchment*, 23 dicembre 1977 (78/252/CEE).
Caso *RAI/Unitel*, 26 maggio 1978 (78/516/CEE).
Caso *BP Kemi - DDSF*, 5 settembre 1979 (79/934/CEE).
Caso *Vaessen/Morris*, 10 gennaio 1979 (79/86/CEE).
Caso *British Telecommunications*, 10 dicembre 1982 (82/861/CEE).
Caso *Toltecs/Dorcet*, 15 dicembre 1982 (82/897/CEE).
Caso *Vimpoltu*, 13 luglio 1983 (83/361/CEE).
Caso *Cast Iron and Steel Rolls*, 17 ottobre 1983 (83/546/CEE).
Caso *Nutricia-Remia e Nutricia-Zuid Hollandse Conservenfabrick*, 12 dicembre 1983 (83/670/CEE).
Caso *Nuovo CEGAM*, 30 marzo 1984 (84/191/CEE).
Caso *Zinc Producer Group*, 6 agosto 1984 (84/405/CEE).
Caso *Aluminium*, 19 dicembre 1984 (85/206/CEE).
Caso *Woodpulp*, 19 dicembre 1984 (85/202/CEE).
Caso *ECS/AKZO*, 14 dicembre 1985 (85/609/CEE).
Caso *Polipropilene*, 23 aprile 1986 (86/398/CEE).
Caso *Roofing Felt*, 10 luglio 1986 (86/399/CEE).
Caso *BBI/Boosey & Hawkes*, 29 luglio 1987 (87/500/CEE).
Caso *Eurofiz-Bauco c. Hilti*, 22 dicembre 1987 (88/138/CEE).
Caso *Napier Brown-British Sugar*, 18 luglio 1988 (88/518/EEC).
Caso *BPB Industries plc*, 5 dicembre 1988 (89/22/CEE).
Caso *Flat Glass*, 7 dicembre 1988 (89/93/CEE).
Caso *Accordo per la vendita di libri a prezzo netto*, 12 dicembre 1988 (89/44/CEE).
Caso *Decca Navigator System*, 21 dicembre 1988 (89/113/CEE).
Caso *Carbonato di sodio-Solvay*, 19 dicembre 1990 (91/298/CEE).
Caso *Tetra Pak II*, 24 luglio 1991 (92/163/CE).
Caso *British Midland c. Aer Lingus*, 26 febbraio 1992 (92/213/CE).

Caso *COAPI*, 30 gennaio 1995 (95/188/CE).
Caso *Ciba-Geigy/Sandoz*, 17 luglio 1996 (97/469/CE).
Caso *Boeing/McDonnell Douglas*, 30 giugno 1997 (97/816/CE).
Caso *Guinness/Grand Metropolitan*, 15 ottobre 1997 (98/602/CE).
Caso *Exxon/Mobil*, 29 settembre 1999 (IV/M.1383).
Caso *MCI WorldCom/Sprint*, 28 giugno 2000 (COMP/M.1741).
Caso *AOL/Time Warner*, 11 ottobre 2000 (2001/718/CE).
Caso *General Electric / Honeywell*, 13 febbraio 2001 (COMP/M.2220).

SENTENZE DELLA GRAN BRETAGNA:

Anonimo – “*Dyer’s case*”, Y. B. 2 Henry V, f. 5, pl. 26 (1414).
Davenant v. Hurdis, 72 Eng. Rep. 769 (K.B. 1599).
Hobbs v. Young (87 Eng. Rep. 206, K.B. 1690).
Darcy v. Allen, 77 Eng. Rep. 1260 (K. B. 1602).
24 Eng. Rep. 347 (Ch. 1711).
21 James I, c. 3 (1623).

SENTENZE DELLA SUPREMA CORTE DEGLI STATI UNITI:

Causa *Fletcher v. Peck*, 6 Cranch 87 (1810).
Causa *Dartmouth College v. Woodward*, 4 Wheat. 518 (1819).
Causa *Piqua Branch of the State Bank of Ohio v. Knoop*, 16 Wow. 369 (1853).
Causa *United States v. Trans Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290, 312, 323, 329, 331-332, 340, 347 (1897).
Causa *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 US 347 (1909).
Causa *Standard Oil of New Jersey v. United States*, 221 US 1, 66 (1911).
Causa *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).
Causa *Maple Flooring Manufacturers Association v. United States*, 268 U.S. 563 (1925).
Causa *United States v. Sisal Sales Corp.*, 274 US 268 (1927).
Causa *United States v. Trenton Potteries*, 273 U.S. 392 (1927).
Causa *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344 (1933).
Causa *IBM Corp. v. Unites States*, 298 US 131 (1936).
Causa *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940).
Causa 148 F.2d 416 - 2d Cir. (1945).
Causa *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947).
Causa *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100 (1948).
Causa *United States v. Paramount Pictures*, 334 U.S. 131, 172-173 (1948).
Causa *Northern Pac. Ry. V. United States*, 356 U.S. 1, 4 (1958).
Causa *International Boxing Club v. United States*, 358 U.S. 242 (1959).
Causa *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 344 (1962).
Causa *United States v. von’s Grocery Co.*, 384 U.S. 270, 274-75 (1966).
Causa *United States v. Container Corporation of America*, 393 U.S. 333 (1969).
Causa *United States v. Jos. Schiltz Brewing Co.*, 253 F. Supp. 129, 145-46 (N.D. Cal.).
Causa *U.S. Steel Copr v. Fortner Enterprises, Inc.*, 429 U.S. 610 (1977).
Causa *Janich Bros., Inc. v. American Distilling Co.*, 439 U.S. 829 (1977).
Causa *United States v. Champion Intl. Corp.*, 434 U.S. 938 (1977).

Causa United States v. United States Gypsum Co., 438 U.S. 422 (1978).
Causa National Society of Professional Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978).
Causa Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, 441 U.S. 1 (1979).
Causa Mannington Mills v. Congoleum Corp., 595 F. 2d 1287, 1297 (1979).
Causa Catalano, Inc. v. Target Sales, Inc., 446 U.S. 643 (1980).
Causa United States v. Foley, 444 U.S. 1043 (1980).
Causa Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 (1982).
Causa Jefferson Parish Hospital District n.º2 v. Hyde, 466 U.S. 2 (1984).
Causa National college Athletic Association v. Board of Regents, 468 U.S. 85 (1984).
Causa Digidyne Corp. v. Data General Corp., 734 F. 2d 1336 - 9th Cir. (1984).
Causa Frank Saltz & Sons v. Hart Schuffner & Marx, 1985-2, Trade Cas., 66,768, at 63, 720 (S.D.N.Y. 1985).
Causa Matsushita Electric Industrial Co., Ltd., et al. v. Zenith Radio Corp., et al., 475 US 574 (1986).
Causa Haagen-Dazs Co. v. Double Rainbow Gourmet Ice Creams, Inc., 691 F. Supp. 1262 (1988).
Causa Morrow Furniture Galleries v. Thomasville Furniture Indus., 889 F.2d 524, 528 (1989).
Causa Pennsylvania v. Russel Stover Candies, Inc., 1993-1 Trade Cas., 70, 224 at 70, 090-91 (E.D. Pa. 1993).
Causa Brooke v.s Brown and Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993).
Causa New York v. Kraft Gen. Foods, Inc., 926 F. Supp. 321,333 (S.D.N.Y. 1995).
Causa Goldfarb v. Virginia State Bar, 421 U.S. 773, 790 (1995).
Causa United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa), 148 F. 2d 416, 440-445 - 2d Cir. (1945).
Causa Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, 549 F. 2d 597, 608 - 9th Cir. (1977).
Causa Laker Airways, Inc. v. British Airways, Plc., 30 luglio 1999 - 11th Cir. (1999).

SENTENZE DEI TRIBUNALI TEDESCHI:

Bundesgerichtshof, 23 aprile 1959.
 OLG Dusseldorf *WuW/E*, OLG 2137.

CASI USA

FEDERAL TRADE COMMISSION:

Caso *In the Matter of CIBA-Geigy Limited, CIBA-Geigy Corporation, Chiron Corporation, Sandoz Ltd., Sandoz Corporation, and Novartis AG*, File n.º 961 0055, Docket n.º C-3725.
 Caso *In the Matter of Guinness PLC, Grand Metropolitan PLC, and Diageo PLC*, File n.º 971 0081, Docket n.º C-3801.
 Caso *In the Matter of The Boeing Company and McDonnell/Douglas Corporation*, File n.º 971 0051.

DIPARTIMENTO DI GIUSTIZIA:

Caso *United States v. Alcoa and Reynolds Metals*, Civil Action n.º: 00-CV-954 (RMU).

Caso *United States v. Microsoft*, Civil Action n.º 98-1232 (CKK) e Civil Action n.º 98-1233 (CKK).

CASI BRASILE:

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA:

Processo n.º 53/92.

Processo n.º 121/92, 19 agosto 1998, *Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de São Paulo*

Processo n.º 155/94, 1996, *Sindicato dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília*.

Processo n.º 61/93, 14 febbraio 1996.

Processo n.º 156/92, 8 luglio 1998, *White Martins e Air Products Gases*.

Processo n.º 0011866/94-84, 4 febbraio 1998, *UNIMED de São João da Boa Vista - Cooperativa de Trabalho Médico*.

Processo n.º 08000.004488/97-61, 20 gennaio 1999, *UNIMED - Foz do Iguaçu (PR)*.

Processo n.º 08000.000517/96-35, 27 gennaio 1999, *UNIMED Santa Maria - Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos LTDA*.

Processo n.º 08000.014608/95-86, 03 febbraio 1999, *UNIMED- Cooperativa de Trabalho Médico de Ponta Grossa (PR)*.

Processo n.º 08000.019008/95-96, 10 febbraio 1999, *Unimed/Toledo (PR) - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda*.

Processo n.º 08000.010.318/94-73, 10 marzo 1999, *Associação Médica de Brasília, Sindicato dos Médicos do Distrito Federal e Associação dos Médicos de Hospitais Privados do Distrito Federal*.

Processo n.º 08000.027395/95-80, 12 maggio 1999, *Sociedade de Anestesiologia do Rio Grande do Sul (SARGS)*.

CASI ARGENTINA:

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA:

Caso *American Express Travel Related CO, INC y American Express Argentina v. Visa International Service Association INC, Visa Argetina, Mastercard International y Argencard SA*.

Caso *Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Buenos Aires*, carpeta n.º 352.

Caso *Editorial Amfin c. Arte Grafico Editorial Argentino*, expte n.º 064-005402/96 (C. 395).

Caso *DIBA c/ Agremiación Odontológica de Berisso, Sociedad Odontológica de La Plata*, 1997.

Caso *Sadit c. Massalin Particulares*, expte n.º 064-000960/97 (C. 403).

Caso *Camara Argentina de Papelerias v. Supermercados Makro S.A*, expte. n.º 064-000962/97 (c.405).

Caso *Asociación Clínica y Sanatorio Tucumán*, expte. n.º 064-002330/97.

Caso *Asociación Argentina de Agencias de Viajes y Turismo*, expte n.º 064-002388/97 (C. 413).

Caso *Ferrari v. Plan Olavo*, expte n.º 064-002588/97.
Caso *Sensormatic v. Checkpoint*, expte n.º 064-002564/97 (C.416).
Caso *Procter & Gamble Interaméricas Inc. Sucursal Argentina v. Unilever de Argentina S.A.*, expte n.º 064-002907/97 (C. 432).
Caso *Autogas v. YPF*, expte n.º 064-000359/98.
Caso *Pramer*, expte n.º 064-006301/99 (C.489).
Caso *Arturo Lafalla v. Juan Minetti S.A.*, expte n.º 064-006002/2000 (C. 559).
SECRETARÍA DE INDUSTRIA, COMERCIO Y MINERÍA.
Resolución n.º 752/99, 8 ottobre 1999.
Resolución n.º 189/99, 19 marzo 2000, caso *YPF S.A.*

5. Documenti

COMISIÓN NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (Argentina):
Informe Anual 1997. Documento disponibile su internet, il 27 gennaio 2002, sito:
<http://www.mecon.gov.ar/cndc/memoria97/memoria11.htm>.

AMERICAN BAR ASSOCIATION:

Report of the Special Committee on International Antitrust. Washington, 1981.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE.

Résumé des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances. Le Haye, 1998.

COMMISSIONE EUROPEA:

I Relazione sulla Politica della Concorrenza. 1971. Bruxelles, 1971.

II Relazione sulla Politica della Concorrenza. 1972. Bruxelles, 1972.

IV Relazione sulla Politica della Concorrenza. 1974. Bruxelles, 1975

IX Rapport au Parlement européen sur la Politique de la Concurrence. 1979.
Bruxelles, 1980.

XI Relazione sulla Politica della Concorrenza. 1981. Bruxelles, 1982.

XII Relazione sulla Politica della Concorrenza. 1982. Bruxelles, 1983.

XIV Relazione sulla Politica della Concorrenza. 1984. Bruxelles, 1985.

XVII Relazione sulla Politica di Concorrenza. 1987. Bruxelles, 1988.

XXIII Relazione sulla Politica della Concorrenza. 1993. Bruxelles, 1994.

XXVI Relazione sulla Politica di Concorrenza. 1996. Bruxelles, 1997.

XXVII Relazione sulla Politica della Concorrenza. 1997. Bruxelles, 1998.

XXX Relazione sulla Politica di Concorrenza. 2000. Bruxelles, 2001.

Croissance, Compétitivité, emploi. Les défis et les pistes pour entrer dans le XXI^e siècle. Bruxelles, 1994.

Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Cooperation rules – Report of the Group of Experts. Bruxelles, 1995.

Seattle Conference preparation: EC Approach to Trade and Competition. Bruxelles, 1999.

Trade and Competition. Bruxelles, 1999.

Compilación de Legislación de la Competencia. América Latina & Caribe. Bruxelles, 1998. Documento disponibile su internet il 6 dicembre 2002, sito <http://europa.eu.int/comm/dg04/dg4home.htm>.

INTERNATIONAL ANTITRUST CODE WORKING GROUP:

Draft International Antitrust Code as a GATT-MTO-Plurilateral Trade Agreement, München, 1993.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN).

International Competition Network (ICN). Documento disponibile su internet, sito <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/about.html>, il 28 settembre 2002.

MERCADO COMUM DO SUL (MERCOSUL):

Comunicado conjunto dos Presidentes dos países do MERCOSUL. Fortaleza, 17 de dezembro de 1996. Documento disponibile su internet il 06 dicembre 2001, site <http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSR/ComPresp.asp>.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD):

Competition and Trade Policies: Their Interaction. Paris, 1984.

Draft Council Recommendation Concerning Structural Separation in Regulated Industries. Paris, 2001.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO):

Closer Multilateral Cooperation on Competition Policy: The Development Dimension. Geneva, 2002 (WT/WGTCP/W/197).

Report (2001) of the Working Group on the interaction between Trade and Competition Policy to the General Council. Geneva, 2001 (WT/WGTCP/5).

Report (2000) of the Working Group on the interaction between Trade and Competition Policy to the General Council. Geneva, 2000 (WT/WGTCP/4).

Report (1999) of the Working Group on the interaction between Trade and Competition Policy to the General Council. Geneva, 1999 (WT/WGTCP/3)

Report (1998) of the Working Group on the interaction between Trade and Competition Policy to the General Council. Geneva, 1998 (WT/WGTCP/2)

Report (1997) of the Working Group on the interaction between Trade and Competition Policy to the General Council. Geneva, 1997 (WT/WGTCP/1).

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD):

Declaration adopted at the tenth session of the UN Conference on Trade and Development. Geneva, 2000 (TD/390).

Review of all Aspects of the Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices. Geneva, 2000 (TD/RBP/CONF.5/15).

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE:

Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations. Washington, 1995.