

LA VICENDA DELL'ESENZIONE ANTITRUST –  
UNA RILETTURA DELL'ARTICOLO 101.3 DEL TRATTATO COME BALUARDO DI  
RESISTENZA ALLO STILE GIURIDICO NEO-LIBERALE, DI LUCA TOFFOLETTI

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE. – 2. LO STATO ATTUALE DI (DIS)APPLICAZIONE DELL'ART. 101.3 TFUE. – 3. LA PRETESA EQUIVALENZA DEL BILANCIAMENTO ENTRO IL PAR. 1 DELL'ART. 101. – 4. I CONTENUTI DEL TEST DELL'ART 101.3. – 5. ALTRI PROFILI NORMATIVI DI CONTRASTO CON IL CONSUMER WELFARE STANDARD. – 6. AFFRONTARE IL BILANCIAMENTO COME CONTEMPERAMENTO DI INTERESSI.

1. *Introduzione.* – Il dibattito attuale sulle finalità del diritto antitrust è stato descritto come riconducibile a una contrapposizione tra due poli, caratterizzati dall'ammettere o negare spazio a fini politici, anziché esclusivamente "economici"<sup>1</sup>. Nel diritto antitrust dei Trattati, queste due espressioni sintetizzano da un lato l'insieme di prescrizioni di cui si compone il cosiddetto "*more economic approach*" e dall'altro i termini di una impostazione che invece ritiene che la interpretazione e l'applicazione dei divieti possa e debba essere ispirata a finalità e valori che prescindono da un obiettivo di pura massimizzazione in un valore di benessere aggregato (ossia a valori come la libertà di scelta o il processo concorrenziale inteso come fine autonomo).

Nel pensiero di Francesco Denozza la prima costruzione teorica è il segno e il frutto dello stile giuridico neoliberale e si inserisce in un complesso sistematico di caratteristiche e obiettivi tra cui vi è tra l'altro proprio la depoliticizzazione di tutto il diritto privato<sup>2</sup>.

Discende dalle caratteristiche delle norme antitrust, formulate come clausole generali, che le diverse posizioni, più o meno favorevoli al *more economic*

---

<sup>1</sup> M. LIBERTINI, *Economia e politica nel diritto antitrust*, in questo Volume, p. \_\_\_\_ .

<sup>2</sup> F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in AA.VV., *Regole e mercato*, a cura di M. Rispoli Farina, A. Sciarone Alibrandi ed E. Tonelli, Torino, 2017, p. XV ss., in part. a p. XXXV ss.

*approach*, e allo standard del *consumer welfare* che ne costituisce parte essenziale, muovano da scelte o convinzioni che trovano fondamento o vincoli in fonti esterne<sup>3</sup>.

Nel diritto antitrust europeo esiste però una norma, il par. 3 dell'art. 101 TFUE, che a dispetto dello scarso interesse che ultimamente sembra suscitare contiene precise indicazioni per l'interprete proprio sul campo degli interessi protetti e della loro composizione.

Dettando le condizioni alle quali il divieto delle intese può essere disapplicato in presenza di circostanze dirimenti, la norma indica i criteri per il bilanciamento tra diversi interessi in gioco: per sintetizzare, tra l'interesse alla protezione della concorrenza e altri interessi confliggenti ma ugualmente meritevoli di considerazione al momento di dare applicazione ai divieti. E nel fare questo abbraccia anche un problema tipico e generale del diritto antitrust, ossia il problema di pesare, oltre agli effetti sociali di una limitazione del meccanismo concorrenziale in un certo mercato, anche gli effetti sociali di maggiore efficienza che le condotte restrittive consentono di realizzare<sup>4</sup>.

Questa norma è da tempo al centro di un processo di svilimento progressivo che ha inizio con la riforma del 2003, la cosiddetta Modernizzazione. Si potrebbe parlare per certi versi di una tendenza alla totale disapplicazione, o forse anche di

---

<sup>3</sup> Uno straordinario resoconto delle molteplici, variegata sfaccettature delle varie teorie, anche in prospettiva storica e in rapporto allo sviluppo di diverse concezioni di concorrenza, in M. LIBERTINI, *op. cit.* E per la evoluzione, i significati e le implicazioni delle diverse scuole di analisi economica del diritto antitrust v. M. GRILLO, *Neoliberalismo e antitrust*, in questo Volume, p. \_\_\_\_\_. Una critica radicale al criterio del consumer welfare, descritto come "a blinder, making the antitrust blind to the complexity of the actual market and to the social, macroeconomic and systemic consequences of its enforcement", in F. DENOZZA, *The future of antitrust: concern for the real interest at stake or etiquette for oligopolists?*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale* (2017), p. 1. Vincoli esterni sono invece riconosciuti nei principi generali dell'ordinamento da A. TOFFOLETTO, *Lo stile giuridico neo-liberale e i principi dell'ordinamento*, in questo Volume, p. \_\_\_\_\_.

<sup>4</sup> Costruendo un test a quattro condizioni al verificarsi delle quali il divieto può essere disapplicato: "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".

una implicita abrogazione. Tanto che la descrizione di questo processo arriva ad essere formulata in termini di una “morte lenta” dell’art. 101.3<sup>5</sup>.

In effetti, dovrebbe sorprendere che in coincidenza con l’adozione del *more economic approach* si sia determinata questa tendenza: obiettivo del *more economic approach* è infatti allontanarsi da criteri formalistici basati su regole rigide per dare ingresso a una valutazione, con gli strumenti dell’analisi economica, degli effetti concreti di ciascuna condotta e così determinarne il suo impatto complessivo; e questo poi nel contesto di una “*theory of harm*”, ossia di una necessaria costruzione dei modi e delle misure in cui una condotta possa effettivamente determinare un danno sociale, espresso in termini di diminuzione del *consumer welfare*. In questa metodica è ovviamente, e per definizione, dato spazio alla considerazione delle efficienze generate da una condotta restrittiva. Anzi è lo standard del *consumer welfare* che si costruisce in questo modo. Sorprende, in altri termini, che insieme alla introduzione di un approccio interpretativo caratterizzato dall’assegnare il massimo peso, o almeno il giusto peso, alle efficienze e al loro bilanciamento con le restrizioni concorrenziali, si sia determinato un fenomeno di allontanamento dalla norma che regola il bilanciamento.

Occorre poi dire che questa norma ha caratteristiche uniche nel panorama complessivo delle discipline antimonopolistiche esistenti. È, in altre parole, una cifra del diritto antitrust europeo. E occorre anche ricordare che, proprio nello stesso contesto della Modernizzazione, il test contenuto in questa norma, dettata nel Trattato solo per le intese, è stato reso test universale del bilanciamento, ossia è stato riprodotto integralmente nel contesto della interpretazione dell’art. 102<sup>6</sup> e nel Regolamento sulle concentrazioni<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> A. LAMADRID, *The slow death of art. 101.3*, 2011 (<https://chillingcompetition.com/2011/10/28/the-slow-death-of-article-1013/>).

<sup>6</sup> *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti* (2009/C 45/02), par. 30. E v. Corte di Giustizia UE, 6 settembre 2017, C413/14P (*Intel*), par. 140.

<sup>7</sup> Reg. 139/2004, Art. 2(b), *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese* (2004/C 31/03), par. 76-88, *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a*

Per molti versi questo processo (abbandono dei criteri di bilanciamento dettati nel Trattato, e adozione del *consumer welfare standard*, che incorpora nella sua concezione la prescrizione di un bilanciamento, ma naturalmente privo delle precise condizioni indicate nel Trattato) può essere inquadrato nelle caratteristiche che Francesco Denozza assegna allo stile giuridico neo-liberale, e ciò sia per gli strumenti (uso intensivo di normazione secondaria e dettagliata; promozione di valutazioni tecniche), sia per gli approdi (a un bilanciamento come calcolo di grandezze oggettive e oggettivamente misurabili, anziché a un bilanciamento come ponderazione dei diversi interessi in gioco).

Credo in effetti che si possa ricollegare la svalutazione dell'art. 101.3 non già ai fini originari della Modernizzazione (che come si ricorderà ha riformato profondamente i meccanismi applicativi della norma rimuovendo la riserva di potere esclusivo che il precedente regolamento 17/62 assegnava alla Commissione, facendo così della norma una disposizione di applicazione generale) ma proprio alla incompatibilità dei contenuti con l'impianto "*more economic*".

Penso si possa sostenere che i criteri contenuti nell'art. 101.3 rappresentino però un vincolo che impedisce all'interprete di concepire "*more economic approach*" nella maniera più radicale, ossia escludendo dal campo dei valori rilevanti tutto quanto può essere definito "*non-economic*". Dando ingresso a valori diversi, si giunge alla concezione del bilanciamento come bilanciamento di interessi.

Questa che si può descrivere come impossibilità di un'adozione incondizionata dello standard del *consumer welfare* rappresenta quindi non tanto, di per sé, una indicazione di portata generale circa i fini del diritto antitrust, quanto piuttosto un vincolo per l'interprete del diritto antitrust europeo. Credo però che questo vincolo non riguardi soltanto l'interpretazione del paragrafo 3 dell'art. 101 ma si estenda necessariamente alla concezione generale dei valori e degli interessi protetti dalla normativa nel suo complesso.

---

*norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (2008/C 265/07), par. 53.*

2. *Lo stato attuale di (dis)applicazione dell'art. 101.3 TFUE.* – La Modernizzazione, che ha rivoluzionato il meccanismo applicativo dell'art. 101.3, non aveva senz'altro tra i suoi obiettivi, espressi o sottintesi, determinare un regime che come già ricordato è stato descritto in termini assai drastici come ineluttabile cammino verso la definitiva scomparsa di applicazioni individuali della norma<sup>8</sup>.

Il Regolamento 1/2003 ha eliminato il regime di notificazione preventiva degli accordi, ossia lo strumento che consentiva alle imprese di richiedere alla Commissione la concessione di una esenzione individuale. Questo cambiamento aveva l'obiettivo espresso di ridurre gli oneri istruttori della Commissione in materia. Tuttavia, la riforma contestualmente prevedeva il decentramento del potere di applicazione della norma, che passava dalla competenza esclusiva della Commissione a quella estesa a tutte le Autorità nazionali della concorrenza e a tutti i giudici degli Stati membri.

Inoltre, il Regolamento prevede che la Commissione stessa possa emettere decisioni individuali, in casi particolari<sup>9</sup>, e che possa inoltre pubblicare documenti di “guida informale”<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Una recente, dettagliata illustrazione dello stato delle applicazioni sia a livello europeo sia nazionale, e del contesto delle norme, decisioni e prassi applicative rilevanti in D. BAILEY, *Reinvigorating the role of Article 101(3) under regulation 1/2003*, in *Antitrust L.J.*, 81 (2016).

<sup>9</sup> Art. 10 del Reg. 1/2003: “Constatazione di inapplicabilità - Per ragioni di interesse pubblico comunitario relative all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, la Commissione, d'ufficio, può stabilire mediante decisione che l'articolo 81 del trattato è inapplicabile a un accordo, a una decisione di un'associazione di imprese o a una pratica concordata, o perché le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato non sono soddisfatte, o perché sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato. La Commissione può effettuare una tale constatazione anche in relazione all'articolo 82 del trattato”.

<sup>10</sup> Considerando 38 del Reg. 1/2003: “La certezza del diritto per le imprese che operano nel quadro delle regole di concorrenza comunitarie contribuisce alla promozione dell'innovazione e degli investimenti. Nei casi che danno adito ad una reale incertezza perché presentano quesiti nuovi o non risolti circa l'applicazione di dette regole, è possibile che le singole imprese desiderino ottenere dalla Commissione un orientamento informale. Il presente regolamento lascia impregiudicata la capacità della Commissione di fornire un siffatto orientamento”. La Commissione ha emesso una specifica comunicazione in proposito (*Comunicazione della Commissione sull'orientamento informale per questioni nuove relative agli articoli 81 e 82 del Trattato CE, sollevate da casi individuali (lettere di orientamento)* – (2004/C 101/06). La pagina del sito web della Commissione dove si trova la Comunicazione precisa in proposito quanto segue: “The Notice sets out the conditions under which the Commission may issue informal guidance letters. So far, no guidance letters have been issued by the Commission. Should the Commission issue a guidance letter in future, it will be made public in accordance with the Notice”.

Anche la diffusa somministrazione di linee guida da parte della Commissione (a partire dalle cosiddette linee guida generali sull'art. 101.3, emesse contestualmente all'entrata in vigore della riforma<sup>11</sup>) ossia di testi a carattere normativo (non tanto per il loro grado di vincolatività ovviamente, ma per la loro natura di regole destinate ad avere applicazione generale e astratta), è ben poco compatibile con l'idea che la Modernizzazione possa essere descritta come il momento in cui l'art. 101.3 viene messo in un cassetto.

Sta di fatto però che le decisioni delle Autorità e delle Corti nazionali sono pochissime, e i poteri della Commissione nel nuovo sistema sono rimasti inattuati. Questa disapplicazione ha due risvolti: sono pochi i casi in cui l'art. 101.3 viene in gioco; e nei casi in cui viene invocato dalle parti, la difesa viene costantemente respinta (sia per un espresso accertamento della insussistenza dei requisiti previsti dalla norma, sia per diventare la sua invocazione irrilevante, quando il caso è chiuso senza accertamento, attraverso l'istituto degli impegni)<sup>12</sup>.

Si ha così un regime, a quindici anni di distanza dalla Modernizzazione, che ne rappresenta per questo aspetto un vero e proprio tradimento.

Sono molte le ragioni che probabilmente hanno contribuito al formarsi di questo stato di cose: si sottolineano, tra le altre, la maggiore efficacia (anche in termini di costi applicativi) delle decisioni con impegni per chiudere istruttorie relative a condotte potenzialmente riconducibili ai criteri della esenzione, il difficile onere probatorio che cade sulle imprese, addirittura la ritrosia di queste ultime a formulare una domanda che presuppone l'ammissione che la condotta in questione violi il par. 1 dell'art. 101<sup>13</sup>.

Esiste tuttavia una spiegazione alternativa che non è possibile scartare, e che anzi sembra indispensabile affrontare: si tratta della possibilità che il test dell'art.

---

<sup>11</sup> *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato* (2004/C 101/08), di seguito anche nel testo "Linee guida generali".

<sup>12</sup> D. BAILEY, *Reinvigorating*, cit., p. 111: "Article 101(3) has been considered by the Commission, national competition authorities and national courts, but in virtually all cases the defense was held not to be applicable".

<sup>13</sup> Una illustrazione di questi aspetti in L. TOFFOLETTI, *Topicality and perspectives of the antitrust "exemption": the general role of art. 101(3) of the Treaty*, in *Antitrust between EU Law and National Law*, a cura di E.A. Raffaelli, in corso di pubblicazione.

101.3 sia oggetto di una diffusa elusione non tanto per le molte difficoltà teoriche e pratiche che circondano la sua applicazione (ma non in modo o misura diversa da quella che scaturisce dall'applicazione di tutte le norme antitrust, tanto più nel contesto *more economic*: necessità di intensa analisi dei fatti, dell'impiego di strumenti di analisi economica ecc.), quanto per il suo contenuto.

Prima di affrontare la questione deve essere però considerato un punto preliminare che consiste nel rapporto tra il 101.3 e i suoi criteri di bilanciamento da un lato, e dall'altro il bilanciamento che è possibile fare all'interno del par. 1 dell'art. 101.

3. *La pretesa equivalenza del bilanciamento entro il par. 1 dell'art. 101.* – Perché non fare a meno di un attrezzo superato (la “vecchia esenzione” cui la sua mutata veste<sup>14</sup> va peraltro stretta), quando allo stesso risultato conduce una tecnica nuova, ossia la nuova concezione del test di divieto (par. 1) basato sullo standard del *consumer welfare*, posto che in quell'ambito metodologico c'è spazio per effettuare il bilanciamento ossia ponderare tutti gli effetti, compresi quelli di efficienza, delle condotte? Questa domanda – che esemplifica un modo di guardare al problema piuttosto diffuso – è in apparenza capace di rendere la situazione di disapplicazione appena illustrata poco più di un effetto naturale del nuovo regime.

Tuttavia il bilanciamento possibile, e anzi prescritto da un test sostanziale di violazione dei divieti antitrust improntato al modello del *consumer welfare* è affatto diverso dal test prescritto dalla norma del Trattato. Il primo bilanciamento deriva semplicemente dal concepire l'opportunità di vietare le sole condotte il cui effetto *netto* – nel senso di saldo degli effetti positivi (efficienze) e negativi (restrizioni) sul valore di benessere rilevante – è negativo. Il secondo bilanciamento richiede di soddisfare le quattro condizioni (e in particolare la seconda – congrua parte di utile al consumatore, e la quarta, non eliminazione della concorrenza), che non coincidono con la verifica di un saldo netto aggregato positivo in termini di *consumer welfare*. Posto che i due test non sono equivalenti (più in dettaglio su

---

<sup>14</sup> La Modernizzazione ha operato anche sul piano del linguaggio sostituendo esenzione con eccezione (a sottolineare la mutazione da un regime di autorizzazione amministrativa a un regime di “eccezione legale”).

questo nel seguito), rimane il problema di giustificare l'abbandono, se non addirittura una possibile abrogazione sostanziale, di una norma del Trattato. La domanda sopra riportata in effetti rovescia i termini della questione. Il problema è giustificare una deviazione da precisi e articolati criteri normativi: non si tratta di proporre una migliore (in tesi) tecnica di bilanciamento (come se il par. 3 dell'art. 101 dicesse semplicemente che le restrizioni di concorrenza accertate in base al par. 1 per essere vietate debbono, inoltre, non essere controbilanciate da eventuali efficienze capaci di neutralizzarne gli effetti complessivi) ma di scegliere tra due concezioni molto distanti di bilanciamento<sup>15</sup>.

4. *I contenuti del test dell'art 101.3.* – Veniamo adesso alle ragioni per cui le condizioni prescritte dal par. 3 dell'art. 101 per il bilanciamento sono in contrasto con un incondizionato recepimento dello standard del *consumer welfare*, e in particolare con la tesi che esclude dal novero delle grandezze da bilanciare il regno dei “*non-economic values*”.

Una prima questione consiste naturalmente nella interpretazione della clausola che descrive i valori capaci di compensare le restrizioni della concorrenza (prima condizione). La sua formulazione, per quanto contenga inequivocabili riferimenti a elementi di efficienza, è sufficientemente ampia<sup>16</sup> per abbracciare anche valori diversi. Infatti è noto che molte decisioni della Commissione appartenenti al regime antecedente alla Modernizzazione abbiano bilanciato

---

<sup>15</sup> Spostare l'esercizio di bilanciamento dal paragrafo 3 al paragrafo 1 dell'art. 101 non è affatto necessario perfino all'interno del *more economic approach*. Infatti è certamente possibile evitare di concepire il divieto secondo criteri formalistici o irragionevoli dal punto di vista economico attraverso l'applicazione di entrambi il par. 1 e 3. Le Linee guida generali rappresentano infatti l'attuazione di questa possibilità.

Assai significativo è inoltre che, in pratica, il bilanciamento entro il par. 1 sembra essere stato messo in atto affatto raramente, se non sostanzialmente evitato, proprio per le molte difficoltà tecniche di applicazione. Un recente studio ne fornisce analitico e documentato riscontro: A.C. WITT, *The enforcement of Article 101 TFEU – What has happened to the effects analysis?*, in *CMLR* 55 (2018), p. 417. Pertanto, il test cosiddetto “effect-based” per l'interpretazione del par. 1 non sembra poter svolgere nei fatti un ruolo di dispositivo suppletivo di bilanciamento, quand'anche il par. 3 fosse considerato non più adatto, superato o inutile dopo la Modernizzazione e con il *more economic approach*.

<sup>16</sup> La condizione richiede che le intese debbano contribuire “a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico”.



restrizioni concorrenziali anche consistenti con miglioramenti delle condizioni ambientali, di sviluppo sociale e occupazionale<sup>17</sup>, e che non vi siano pronunce della Corte di Giustizia che ne abbiano contrastato il contenuto o i principi.

Proprio per la scarsissima applicazione della norma dopo il 2004, non esistono pronunce della Corte sulla interpretazione di questa condizione nel regime attuale: la questione se la Modernizzazione imponga una “visione ristretta” del par. 3, secondo l’espressione di una dibattuta tesi<sup>18</sup>, non trova ancora un riscontro nella giurisprudenza.

Tuttavia è significativo che anche l’analisi delle Linee Guida generali sull’art. 101.3, che la Commissione emana nel 2004 e che certamente rappresentano un testo ispirato al *more economic approach*<sup>19</sup>, non conduca a conclusioni univoche in proposito. Quando si tratta di considerare “incrementi di efficienza di natura qualitativa, come prodotti nuovi o migliori” la Commissione ammette che la loro misurazione (la misurazione della loro capacità redimente, o del loro peso sulla bilancia) passi attraverso “giudizi di valore”, per dimostrare “che i consumatori otterranno benefici compensativi”<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Tra le altre *Ford/Volkswagen*, GU 1993, L 20, pag. 14, *Stichting Baksteen*, GU 1994, L 131/15; *CECED*, GU 2000, L187/47.

<sup>18</sup> Le due tesi contrastanti, spesso menzionate come “narrow view” e “broader approach” rispetto all’art. 101(3) sono ben rappresentate, rispettivamente da O. ODUDU, *The boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Oxford 2006, e ID., *The Wider Concerns of Competition Law* (2010) 30 OJLS, p. 1, e da G. MONTI, *Article 81 EC and public policy*, (2002) CMLR 39, p. 1057.

<sup>19</sup> Chiara in proposito la descrizione generale della operazione di bilanciamento (par. 33): “L’obiettivo delle regole di concorrenza comunitarie è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un’allocazione efficiente delle risorse. Gli accordi che determinano restrizioni della concorrenza possono al tempo stesso produrre effetti favorevoli alla concorrenza mediante incrementi di efficienza. Questi incrementi di efficienza possono generare un incremento di valore, in quanto riducono i costi di fabbricazione di un prodotto, ne migliorano la qualità o portano alla realizzazione di un nuovo prodotto. Quando gli effetti di un accordo favorevoli alla concorrenza superano gli effetti anticoncorrenziali, l’accordo è in definitiva favorevole alla concorrenza e compatibile con gli obiettivi delle regole di concorrenza comunitarie. L’effetto netto di tali accordi è di promuovere l’essenza stessa del processo concorrenziale, vale a dire la conquista di clienti mediante l’offerta di prodotti o di prezzi migliori di quelli offerti dai concorrenti. Questo quadro di analisi si riflette nell’articolo 81, paragrafo 1 e nell’articolo 81, paragrafo 3. Quest’ultima disposizione riconosce espressamente che gli accordi restrittivi possono generare benefici economici oggettivi tali da superare gli effetti negativi della restrizione della concorrenza”.

<sup>20</sup> Linee Guida Generali, parr. 102-103.

Questa impostazione dell'esercizio di bilanciamento come ricerca di benefici compensativi per i consumatori danneggiati dalle restrizioni di concorrenza<sup>21</sup> è al centro della trattazione generale dell'art. 101.3 nel nuovo corso post modernizzazione, che la Commissione consegna a queste Linee Guida.

La concezione di consumatore (cui la norma prescrive di riservare una congrua parte dell'utile che deriva dai valori dirimenti<sup>22</sup>) è qui oggetto di una trasformazione in cliente/acquirente delle parti dell'accordo o di una di esse (incluse quindi le imprese nella veste di acquirenti), ossia di una operazione lessicale e concettuale (in puro stile neoliberale nel senso di Francesco Denozza) che elude il richiamo alla questione distributiva che la norma certamente pone, e che tenta di portare i criteri dell'art. 101.3 all'interno del bilanciamento puramente economico e quindi ispirato alla massimizzazione allocativa, ossia allo standard del *consumer welfare*.

Tuttavia, quando entrano in gioco "incrementi qualitativi" di efficienza non si tratta soltanto di un problema tecnico supplementare (ossia, come attrezzarsi per dare misura, valore numerario da immettere nel calcolo, alla nuova o migliore qualità), ma di una finestra che fa rientrare in gioco valori e interessi che il *more economic approach* non vorrebbe considerare rilevanti. Come escludere, infatti, dal novero dei valori redimenti (come "incrementi di efficienza qualitativa" nel senso sopra precisato) le caratteristiche di un prodotto nuovo, con le stesse funzioni del precedente ma capace, ad esempio, di inquinare meno, e così consegnarci condizioni ambientali migliori, se questo ha un valore per i consumatori? Lo stesso può essere detto per beni prodotti con metodi, organizzazioni e processi "etici", "sostenibili" o "verdi" (concetti molto diffusi e pubblicizzati che possono alludere

---

<sup>21</sup> In coerenza con questa impostazione le Linee guida generali indicano i soli consumatori che appartengono al medesimo mercato rilevante in cui si producono gli effetti negativi di restrizione concorrenziale come soggetti di riferimento per la valutazione dei benefici redimenti rilevanti: "Gli effetti negativi per gli utilizzatori su un mercato geografico o del prodotto non possono di norma essere controbilanciati e compensati dagli effetti positivi per gli utilizzatori su un altro mercato geografico o del prodotto" (par. 43).

<sup>22</sup> Nella versione italiana, congrua parte degli utili è da riservare agli "utilizzatori"; ma il termine utilizzato nella versione inglese è "consumers". Come si vede dalla citazione dei brani nel testo, la Commissione nella versione italiana delle Linee Guida usa indifferentemente il termine "consumatori".

a valori diversi come ad esempio condizioni e protezione del lavoro, livello dei salari, trattamento degli animali), che certamente sono suscettibili di apprezzamento, anche in termini di scelta di prodotti etici più cari a parità di altre caratteristiche, da parte dei consumatori<sup>23</sup>.

Un ultimo punto, forse il più importante, in cui il contenuto dell'art. 101.3 contraddice le concezioni più radicali del *more economic approach* è la quarta condizione, di non eliminazione della concorrenza<sup>24</sup>. Essa rende irrilevanti i profili

---

<sup>23</sup> Di notevole interesse in proposito sono le recenti iniziative dell'Autorità antitrust olandese nel campo della sostenibilità, che consistono nella pubblicazione di un documento di orientamenti generali con l'illustrazione della propria "perspective on the cooperation between undertakings with respect to sustainability and the cartel prohibition" (Autoriteit Consument & Markt, *Vision Document – Competition and Sustainability*, maggio 2014), e di due applicazioni, nella forma di decisioni informali in cui i criteri generali per la valutazione di valori di sostenibilità come fattori redimenti entro il test dell'art. 101.3 sono applicati a due distinti accordi orizzontali: Autoriteit Consument & Markt, *Analysis by the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) of the planned agreement on closing down coal power plants from the 1980s as part of the Social and Economic Council of the Netherlands' SER Energieakkoord* (2014), e *ACM's analysis of the sustainability arrangements concerning the 'Chicken of Tomorrow'* (2015).

Questi provvedimenti riflettono il tentativo di svolgere l'esercizio di bilanciamento prescritto dalle Linee guida generali della Commissione, applicando però un "concetto ampio di benessere": "From an economic point of view, a broad welfare concept is used. In this welfare concept, consumer preferences play a central role. For this Vision Document, it is essential to note that consumers may also find product characteristics related to sustainability important, and may therefore value the fact that products are produced in an environmentally friendly or animal-friendly manner" (*Vision Document*, Section 2.6, p. 7). La questione è resa più chiara nel contesto specifico del bilanciamento: "For the application of paragraph 3, it is important to know what benefits are allowed to be included when answering the question of whether the first two criteria of this paragraph are met. It has already been noted in section 2.6 that, in that context, a broad welfare concept can be assumed, taking into account *how much value (subjective) consumers attach to certain product features that relate to sustainability* as well as the benefits that result from a more efficient use of scarce natural resources. (*Ibid.*, p. 11, enfasi aggiunta). L'Autorità olandese propone in altre parole di assegnare un valore monetario alle preferenze dei consumatori per l'incremento di sostenibilità prodotto dall'accordo sotto esame. Nel caso *Chicken of Tomorrow* (un accordo tra allevatori di pollame e catene di supermercati che consisteva nell'adozione di migliori canoni di trattamento dei polli – come ad esempio un più lungo periodo di allevamento – con cessazione della vendita di prodotti ottenuti con i precedenti criteri) questa operazione è compiuta mediante interviste ai consumatori di carne di pollo cui viene chiesto quanto sarebbero stati disponibili a pagare (in termini di incremento di prezzo al chilogrammo) in cambio delle prospettato miglior trattamento degli animali nel corso del loro allevamento. Il valore ottenuto (precisamente un valore medio di euro 0,68/kg) è sommato agli effetti negativi (ossia gli incrementi di prezzo attesi e calcolati come effetto delle restrizioni di concorrenza generate dall'accordo).

<sup>24</sup> "(...) evitando di (...) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi".

di efficienza se è a rischio la conservazione del meccanismo concorrenziale. Qui la concorrenza viene in gioco come valore in sé, perché la condizione non consente in questo caso di utilizzare un criterio di compensazione tra limitazioni di concorrenza e incrementi di efficienza (criterio che è concepito nelle Linee Guida generali come privo di limitazioni quantitative: secondo il principio della scala progressiva tutte le restrizioni di concorrenza, anche le più gravi, sono suscettibili di essere esentate: quello che conta è che abbiano un peso sufficiente<sup>25</sup>).

Questo criterio è incompatibile con un obiettivo di pura massimizzazione allocativa. Anche le Linee Guida, a commento di questa condizione, affermano che “la protezione della rivalità e del processo concorrenziale viene considerata prioritaria rispetto agli incrementi di efficienza favorevoli alla concorrenza che potrebbero derivare da accordi restrittivi”<sup>26</sup>. Ma rivalità e processo concorrenziale, non senza qualche contraddizione, sono subito messi in connessione con l’efficienza economica l’allocazione delle risorse, di cui la rivalità concorrenziale è definita “motore fondamentale”<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Linee guida generali, para. 46: “L’articolo 81, paragrafo 3 non esclude a priori certi tipi di accordi dal suo campo di applicazione. In linea di principio, tutti gli accordi restrittivi che soddisfano le quattro condizioni di cui all’articolo 81, paragrafo 3 possono beneficiare della deroga. Le restrizioni gravi della concorrenza, tuttavia, non possono verosimilmente soddisfare le quattro condizioni di cui all’articolo 81, paragrafo 3”.

Il criterio della cosiddetta “scala progressiva” è così illustrato: “La seconda condizione di cui all’articolo 81, paragrafo 3 comprende una scala progressiva. Maggiore è la restrizione della concorrenza riscontrata ai sensi dell’articolo 81, paragrafo 1, maggiori devono essere gli incrementi di efficienza trasferiti agli utilizzatori. Questo approccio basato su una scala progressiva implica che se gli effetti restrittivi di un accordo sono relativamente limitati e gli incrementi di efficienza significativi, è probabile che una congrua parte dei risparmi sui costi venga trasferita agli utilizzatori” (par. 90).

<sup>26</sup> Nella migliore versione inglese: “Ultimately the protection of rivalry and the competitive process is given priority over potentially pro-competitive efficiency gains which could result from restrictive agreements” (par. 105).

<sup>27</sup> “L’ultima condizione di cui all’articolo 81, paragrafo 3 riconosce il fatto che la rivalità tra imprese è un elemento motore fondamentale dell’efficienza economica, inclusi gli incrementi di efficienza dinamici sotto forma di innovazione. In altre parole, l’obiettivo ultimo dell’articolo 81 è proteggere il processo concorrenziale. Quando la concorrenza viene eliminata, il processo concorrenziale viene meno e gli incrementi di efficienza a breve termine sono superati dalle perdite a lungo termine che derivano tra l’altro dalle spese sostenute dall’operatore che domina il mercato per mantenere la sua posizione (ricerca di una rendita), da una cattiva allocazione delle risorse, da una riduzione dell’innovazione e da prezzi più alti” (par. 105).

In realtà il confronto tra incrementi di efficienza e perdite nel breve e nel lungo termine rappresenta l’oggetto specifico del bilanciamento, in generale e specialmente quando vengono in gioco condotte

Il testo dell'art. 101.3 pone invece in questo punto un decisivo ostacolo all'adozione di un approccio basato sulla valorizzazione di un risultato allocativo come obiettivo, anziché di valori intrinseci. Qui siamo indiscutibilmente di fronte a un valore perseguito come tale, il processo concorrenziale.

5. *Altri profili normativi di contrasto con il consumer welfare standard.* – C'è un altro elemento del contenuto delle norme antitrust dei Trattati europei che milita contro l'esclusione di valori diversi da quelli inclusi nel calcolo puramente economico. E anche in questo caso si è assistito a un tentativo di abrogazione di fatto che è passato attraverso una delega tecnica.

L'art. 102 TFUE che vieta l'abuso di posizione dominante prevede espressamente (lettera a), tra le fattispecie di un elenco esemplificativo di condotte abusive, la imposizione di prezzi non equi. Secondo la classificazione manualistica si tratta di una figura che esemplifica una categoria specifica di abusi, i cosiddetti abusi di sfruttamento, caratterizzati dall'aver come effetto un pregiudizio diretto sui consumatori (o sugli acquirenti della impresa dominante). Il punto è che, a differenza di tutti le altre condotte abusive (abusi "escludenti") non si ha qui ostacolo o interferenza con il mantenimento della residua concorrenza o lo sviluppo di nuova, ma semplice estrazione di rendite particolarmente elevate (prezzi eccessivi) o imposizione di condizioni particolarmente gravose.

L'analisi economica della condotta effettivamente stenta a trovare una logica per il suo divieto. E il gruppo di esperti che la Commissione aveva incaricato sul tema, in vista della emanazione di linee guida sull'applicazione, secondo un *more economic approach* dell'art. 102, aveva, coerentemente, suggerito di evitare di concentrare la politica di intervento su questo genere di condotte<sup>28</sup>.

---

che hanno effetto sull'innovazione e il progresso tecnico. In altre sezioni delle Linee Guida il punto è infatti trattato specificamente (v. ad es. il par. 54 e il par. 87). Sul problema generale della promozione di innovazione come esimente v. L. TOFFOLETTI, *Progresso tecnico e bilanciamento di interessi nell'applicazione dei divieti antitrust*, Milano, 2009.

<sup>28</sup> ECONOMIC ADVISORY GROUP ON COMPETITION POLICY (EAGCP), *An economic approach to art. 82*, July 2005, dove in sostanza si suggerisce che sotto diversi riguardi sia generalmente preferibile, di fronte a prezzi di monopolio, evitare l'applicazione della norma in questione e piuttosto "leave the matter alone, hoping that the profits that the monopolist earns will spur innovation or imitation and entry into the market, so that, eventually, the problem will be solved by competition" (p. 10).

Successivamente, la Commissione aveva pubblicato le sue linee guida<sup>29</sup> confinandole ai soli abusi escludenti, così di fatto (pur riservandosi un secondo intervento in proposito, che però non è mai stato realizzato) degradando gli abusi di sfruttamento a una condizione non prioritaria, e non meritevole nemmeno di trattazione.

In effetti l'unico modo di dare pieno significato alla lettera a) dell'art. 102 sembra essere adottare una concezione del diritto antitrust europeo che assegna valore anche alla protezione dei consumatori, come categoria e gruppo di interessi, e che in questo particolare caso ne prescrive la protezione in caso di confronto con imprese dotate di potere di mercato: non tanto per le distorsioni allocative che il potere di mercato può complessivamente generare, quanto per il valore intrinseco di un limite allo sfruttamento.

Non c'è dubbio che la norma presenti difficoltà applicative significative (che meritano naturalmente seria attenzione). Ma è invece quantomeno dubbio che si possa scartare del tutto l'applicazione di una norma per le sue difficoltà di gestione<sup>30</sup>. Ancor più opinabile è che si trascuri il possibile significato sistematico della disposizione, anche nel complesso delle altre norme antitrust dei Trattati, a cominciare dall'art. 101.3 e dalla sua clausola di riserva di una "fair share"<sup>31</sup> di benefici redimenti per i consumatori.

---

<sup>29</sup> *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti* (2009/C 45/02)

<sup>30</sup> Una tesi che invece propone lo standard del consumer welfare proprio e – sembrerebbe – soltanto per la sua migliore gestibilità in concreto si trova in H. HOVENKAMP, *Implementing antitrust welfare goals*, U Iowa Legal Studies Research Paper No. 12-39, <http://ssrn.com/abstract=2154499>, in particolare a p. 28, per la definizione di consumer welfare come "the most practical goal of antitrust enforcement".

<sup>31</sup> Nella versione inglese 101 e 102 contengono un riferimento ciascuno a un criterio di *fairness*, all'interno di due clausole che menzionano i consumatori. Questo rappresenta un ulteriore supporto testuale, entro un argomento sistematico, alla lettura proposta nel testo. Si lega inoltre alla tendenza in atto a proporre *fairness* come un valore-guida per la comprensione del senso ultimo dei divieti antitrust. Una posizione, che certamente prende le distanze dal *more economic approach*, e che è promossa in molti recenti discorsi pubblici dal Commissario alla concorrenza M Vestager (v. ad es. *Fairness and competition*, GCLC Annual Conference, Brussels, 25 January 2018 ([https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/fairness-and-competition\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/fairness-and-competition_en))). Per un'ampia ricostruzione in chiave critica v. M. DOLMANS-W. LIN, *Fairness and competition law: A fairness paradox*, *Concurrences* 4 (2017).

Del resto in questo campo si assiste a una serie di significative applicazioni, delle Autorità nazionali<sup>32</sup>, della Commissione<sup>33</sup> e anche da parte della Corte di Giustizia<sup>34</sup>, che sono ben lontane da mostrare una concreta tendenza di abbandono.

6. *Affrontare il bilanciamento come contemperamento di interessi.* – Questi chiari segni di un ripensamento del *more economic approach* si presentano, assai significativamente sul campo di una delle figure più controverse e lontane da quel contesto (il prezzo eccessivo è quasi un rompicapo irrisolvibile per il tecnico che si muova su un terreno esclusivamente tale), in un momento di particolare complessità e cambiamento.

Affrontare la questione del bilanciamento nel suo terreno di elezione, ossia quello originario dell'articolo 101.3 potrebbe essere oggi particolarmente appropriato da parte della Commissione. Esiste in particolare la possibilità di dare per la prima volta attuazione alle decisioni di inapplicabilità: l'art. 10 del Regolamento 1/2003 è infatti uno strumento non solo caratterizzato dalla funzione di affrontare in chiave generale e armonizzatrice questioni nuove (<sup>35</sup>) ma anche da una concezione che si emancipa, superandolo, dal ruolo che il Trattato aveva riservato al test a quattro condizioni per la valutazione delle circostanze redimenti. Le decisioni di inapplicabilità sono infatti previste non solo per le intese e l'art. 101 ma anche per gli abusi di posizione dominante e l'art. 102 (cui per generale

---

<sup>32</sup> Sono note le istruttorie, entrambe in campo farmaceutico, di AGCM (*Aspen*, decisione del 29 settembre 2016; confermata da TAR Lazio, Sez. I, 26 luglio 2018) su cui v. L. ARNAUDO e R. PARDOLESI, *Sul giusto prezzo, tra Aquino e Aspen*, in *MCR*, 2016, p. 479 ss., e di CMA (*Pfizer/Flynn*, decisione del 7 dicembre 2016), poi annullata dal CAT (7 giugno 2018, in punto di metodologia di analisi, pur confermando l'applicabilità in astratto del divieto di abuso e rinviando alla CMA).

<sup>33</sup> Che ha annunciato di aver avviato una istruttoria nei confronti di Aspen per condotte del tutto simili a quelle oggetto dell'indagine dell'Autorità italiana (comunicato stampa del 15 maggio 2017: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1323\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1323_en.htm)).

<sup>34</sup> 14 settembre 2017, C 177/16, *Latvian copyright*.

<sup>35</sup> Come emerge chiaramente dal considerando 14 del Regolamento 1/2003: “Può inoltre essere utile, in casi eccezionali dettati da ragioni di interesse pubblico comunitario, che la Commissione adotti decisioni di natura dichiarativa in ordine all'inapplicabilità del divieto di cui all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato, al fine di rendere chiara la legislazione e di garantirne un'applicazione coerente nella Comunità, in particolare per quanto riguarda nuovi tipi di accordi o di pratiche non consolidati nella giurisprudenza e prassi amministrativa esistenti”.

riconoscimento, come si è già ricordato, il test a quattro condizioni dell'art. 101.3 va applicato per valutare esimenti e giustificazioni anche in questo campo).

Che sia in questo ambito o nel contesto di istruttorie di valutazione di specifiche intese, si tratterebbe comunque di un passo che potrebbe riportare il test di esenzione in una posizione più consona al ruolo centrale che ha nell'antitrust europeo, anche come luogo e mezzo di mediazione tra le diverse nuove istanze che sono entrate nel dibattito.

Riconoscere il bilanciamento antitrust come un bilanciamento di interessi non consisterebbe nel dare carta bianca per un esercizio di discrezionalità politica da parte delle autorità della concorrenza. Le Autorità degli Stati membri operano in un preciso contesto di vincoli e relazioni con l'apparato di norme, applicazioni e precedenti del diritto europeo<sup>36</sup>. Né è naturalmente pensabile che questo significhi l'abbandono di tecniche e metodiche economiche.

Più che dare spazio incondizionato ai cosiddetti valori non economici (si è sostenuto qui che sia nondimeno corretto non ritenerli in via pregiudiziale estranei al campo di applicazione della normativa antitrust europea), occorre piuttosto riconoscere che i Trattati contemplano un esercizio di bilanciamento che non è riducibile al calcolo di massimizzazione della efficienza allocativa e consiste invece in un temperamento di interessi.

Sono in particolare indicati dalle norme i valori intrinseci del processo concorrenziale, e degli interessi dei consumatori alla protezione dallo sfruttamento cui li espone il potere di mercato, e alla condivisione di una parte dei vantaggi rivenienti dai rapporti tra le imprese.

Esistono peraltro diverse connessioni di questi punti fermi a una generale concezione del diritto antitrust e delle sue finalità certamente non slegata dall'analisi economica: quella che valorizza la libertà di scelta presupposta dal meccanismo concorrenziale come sistema decentrato di selezione e rilevazione delle preferenze. Si coniuga in questo ambito il valore del processo concorrenziale

---

<sup>36</sup> E così è per i giudici nazionali, cui pure la Modernizzazione ha conferito uguale potere di applicazione del par. 3 dell'art. 101, entro il medesimo contesto di vincoli giurisprudenziali e normativi, e la medesima organizzazione istituzionale (coordinamento con la prassi applicativa della Commissione anche nel suo ruolo di guida che le assegna proprio l'art. 10 del Regolamento 1/2003).



e quello degli interessi dei consumatori, attori delle scelte individuali che il processo concorrenziale consente loro di esprimere (tra una pluralità di diverse alternative), così veicolando al sistema le preferenze la cui soddisfazione sta alla base della scelta generale per un sistema di mercato e concorrenziale<sup>37</sup>.

Restano aperte, naturalmente, molte questioni specifiche, che proprio il bilanciamento inteso come giudizio in cui si contemperano confliggenti interessi in un quadro necessariamente (e tipicamente) disegnato dal legislatore con clausole generali può consentire di affrontare in modi compatibili con le esigenze di certezza del diritto (anch'esse da contemperare) e lo sviluppo delle pratiche e dei contesti tecnologici e sociali.

---

<sup>37</sup> Credo sia ovvio il riferimento alla visione che Francesco Denozza illustrava nel 1988 nel suo *Antitrust – Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli Usa*, Bologna, 1988, *passim*. Voglio citare in particolare il paragrafo che chiude il lavoro, e che compendia il senso della valorizzazione della libertà di scelta affiancandolo a un'avvertenza circa la imprescindibile necessità di bilanciamenti concreti da risolversi nelle applicazioni: “È evidente che le generalissime indicazioni qui offerte non aspirano a costituirsi in formule magiche capaci di risolvere i molti problemi di applicazione del diritto antitrust (in particolare, quando si tratta di decidere se la possibilità di scegliere prodotti a prezzo basso, di qualità migliore, o comunque più attraenti, talvolta offerti da intese, concentrazioni ed altre forme di collaborazione tra imprese, compensi la diminuzione di alternative disponibili che nell'immediato ne consegue). Credo tuttavia che esse offrano una prospettiva di ricerca che non può essere ignorata, e che siano idonee a confermare l'importanza del compito tradizionalmente attribuito al diritto antitrust: quello di disciplinare gli esiti del conflitto che esiste tra imprese e consumatori in ordine alla conservazione di una struttura dei mercati che consenta ai primi di incidere sul comportamento delle seconde, mediante scelte consapevoli effettuate in una gamma di alternative che sia la più ampia possibile” (p. 154 s.).