

Applicazione della normativa antitrust

Contrattazione collettiva e concorrenzialità del mercato

Luca Christian Natali *Ispettore del lavoro - Direzione provinciale del lavoro di Lodi*
Ivan Libero Nocera *Scuola Superiore Studi universitari e di perfezionamento S. Anna di Pisa*

Il contributo che segue è finalizzato ad indagare i possibili punti di contatto tra i diritti dei lavoratori e la disciplina a tutela della concorrenza, analizzando le soluzioni avanzate in giurisprudenza e prospettabili in dottrina in merito a tale questione estremamente dinamica.

Considerando infatti l'attività contrattuale e di conclusione dei contratti collettivi di lavoro esercitata dai sindacati quale fenomeno idoneo ad alterare le dinamiche di mercato e pertanto specificazione del diritto di iniziativa economica, risulta possibile applicare all'attività sindacale i limiti previsti dall'art. 41 Cost., e da qui operare il necessario bilanciamento nella dialettica tra le parti sociali dei principi costituzionali attinenti al diritto del lavoro e alla libertà di impresa.

Tale studio, vertendo su una tematica in continua evoluzione, quindi, può essere utile sia agli operatori del settore sindacale che agli ispettori del lavoro (oltre che ai cultori di diritto del lavoro), i quali dispongono di un'ampia analisi delle soluzioni previste nei principali ordinamenti europei e principalmente delle decisioni della Corte di Giustizia europea in merito - nella necessaria consapevolezza della stretta e costante interrelazione e integrazione fra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario - nonché delle possibilità di soluzione della questione nel nostro ordinamento.

In particolare, nel senso già indicato, va ricordato il delicato compito affidato dal Ministro

del welfare stesso agli ispettori del lavoro, recentemente assunti con l'ultimo concorso completato solo a fine marzo, di scovare e combattere il lavoro sommerso, che è quello che occultamente, ma in modo significativo, risulta idoneo ad alterare il meccanismo competitivo del mercato.

Orbene, pare indubbio che solo l'esatta, o comunque, migliore comprensione del suddetto meccanismo e delle questioni correlate può utilmente contribuire al corretto espletamento della stessa indagine ispettiva e dei conseguenti eventuali rimedi e sanzioni applicabili, fra cui la innovativa *diffida accertativa* per crediti patrimoniali, per cui, se durante l'ispezione viene accertato un credito del lavoratore, l'ispettore può "diffidare" il datore di lavoro ovvero intimargli il pagamento del suo debito (1).

Si pensi all'ipotesi, abbastanza diffusa nel territorio lombardo, delle aziende o dei singoli mercanti cinesi, che spesso, a fronte di costi sufficientemente contenuti e prezzi corrispettivi significativamente vantaggiosi per il consumatore, e dunque estremamente competitivi, si associa a una consistente evasione di obblighi contributivi e previdenziali, quale precipuo oggetto dell'attività ispettiva.

Antitrust immunity

Necessità di un'area franca

Nell'ordinamento comunitario

la tutela della concorrenza, come si è illustrato sopra, riveste un'importanza primaria, essendo richiamata nel Trattato Ce, in relazione ai mercati dei beni, dei servizi e dei capitali. Non si fa invece alcun riferimento al mercato del lavoro, laddove è salvaguardata solo la libertà di circolazione dei prestatori d'opera, al fine di comprimere il rischio del *social dumping* tra gli Stati membri, ma non la libera concorrenza tra loro. La limitazione della concorrenza tra i lavoratori mediante il contratto collettivo di lavoro non è dunque impedita.

La collisione possibile tra principio di tutela della concorrenza e diritti di protezione sociale, originata dalla diversa gerarchia dei principi di diritto su cui si fondano l'ordinamento nazionale e l'ordinamento comunitario, si palesa tuttavia laddove dal contratto collettivo discende in maniera diretta o indiretta una restrizione anche della concorrenza fra imprese nel mercato dei beni e servizi.

Paradigmatica in tal senso è la fattispecie da cui discende la sentenza *Albany International* (2) in cui, come si spiegherà in seguito, un contratto con efficacia *erga omnes* contemplava l'iscrizione obbliga-

Note:

(1) V. anche Ministero del lavoro, circolare n. 24 del 24 giugno 2004, in *Dir. prat. lav.*, 2004, 27, 1836.

(2) Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, *Albany International BV vs. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, causa C-67/96, in *Raccolta*, I, 5751.

toria di tutti i lavoratori di un settore ad un fondo di previdenza integrativa e l'attore, un'impresa olandese, lamentava che l'obbligatorietà dell'iscrizione di tutti i lavoratori impiegati nel settore tessile al relativo fondo complementare di categoria violasse gli artt. 81, 82 e 86 (3) del Trattato.

La valutazione, necessaria per la soluzione della controversia, circa l'obbligatorietà, alla luce degli artt. 3, n. 1 lett. «g», 10 e 81 del Trattato Ce, dell'iscrizione ad un fondo pensione di categoria, in seguito ad un accordo tra le parti sociali, presume l'applicabilità alla contrattazione collettiva delle norme *antitrust* e la possibilità che ciascun Stato membro recepisca l'esito della contrattazione tra datori di lavoro e lavoratori, anche se in contrasto con le norme di tutela della concorrenza. La Corte ha stabilito che quando l'oggetto del contratto collettivo non rientra nell'ambito di applicazione delle norme che vietano le intese atte a limitare la concorrenza non subentra la legge statale in virtù degli artt. 3, 10 e 81 Trattato Ce.

In relazione alla questione focale, vale a dire se la contrattazione collettiva costituisca o meno materia compresa nell'area di influenza dell'art. 81, comma 1, la Corte afferma che in quanto mezzo di regolamentazione delle relazioni tra le parti sociali, considerando la natura e l'oggetto, la contrattazione collettiva è sottratta all'applicazione della normativa *antitrust*.

È necessario tuttavia affermare che il bilanciamento di interessi tra la tutela dei diritti sociali e quella della concorrenza necessaria, nell'applicazione, di un'interpretazione comprensiva degli elementi di riferimento, e conseguentemente lascia all'interprete la libertà, quindi anche l'obbligo, di specificare l'area delle limitazioni della concorrenza derivanti dalla contrattazione collettiva, di stabilire cioè, in un affascinante gioco di equilibrismo, i "limiti dei limiti".

Risulta possibile dunque che

la primazia del diritto sulla contrattazione collettiva possa sottrarsi all'applicazione della normativa per la tutela della concorrenza.

Di seguito si esaminerà brevemente come tale fenomeno è stato trattato nei principali ordinamenti (4).

Ricognizione comparata degli approcci di risoluzione

Francia

Il *Conseil de la Concurrence* (5) ha stabilito che la disciplina *antitrust* deve essere applicata anche agli accordi collettivi; pertanto gli effetti restrittivi della concorrenza che derivano da tali contratti sono permessi, in deroga alla normativa generale, solo laddove gli stessi accordi risultano forieri di vantaggi in termini sociali. La Corte di Cassazione (6) transalpina, si è tuttavia pronunciata diversamente, giacché non ha ritenuto il riconoscimento della libertà sindacale sufficiente a sottrarre la contrattazione collettiva al rispetto delle regole della concorrenza. La restrizione della libertà individuale risulta quindi giustificata alla luce della funzione svolta dall'autonomia collettiva di regolamentazione delle tutele minime del lavoro.

Germania

Nell'ordinamento tedesco a tal proposito, il *Bundesarbeitsgericht* (Corte federale del lavoro) (7) ha affermato la necessità di esonerare gli accordi collettivi dall'ambito di applicazione del diritto della concorrenza, malgrado la legge *antitrust* non lo preveda specificamente, in ragione del rango costituzionale di cui gode il diritto alla contrattazione collettiva; si mantiene salva l'ipotesi nella quale tali intese siano impiegate in modo funzionale per occultare un cartello tra imprese. Inoltre, si ricorda che secondo l'ordinamento germanico, alla disciplina *an-*

titrust sono sottratte le organizzazioni sindacali non essendo considerate come imprese giacché non risultano attori del mercato dei beni e dei servizi.

L'Alta corte regionale di Berlino (8) tuttavia, deliberando in appello riguardo la legalità di accordi collettivi tra datori di lavoro e lavoratori in merito agli orari di lavoro, ha deciso che sia i contratti collettivi che le parti contraenti di tali accordi sono soggetti ai limiti imposti dalla normativa per la tutela della concorrenza nell'ipotesi in cui incidano sul mercato. Ha asserito però che gli accordi sull'orario di lavoro, pur limitando direttamente o indirettamente la concorrenza, costituiscono l'*hard-core* della contrattazione collettiva garantita dalla Costituzione e, in quanto tali, risultano esenti dal divieto di intese lesive della concorrenza previsto da una norma di rango inferiore.

Un orientamento simile era stato seguito già nei primi anni sessanta, dall'Autorità federale *antitrust* (9), la quale aveva ritenuto che non possa affermarsi *a priori* la sottrazione degli accordi collettivi dall'area di applicazione della normativa a tutela della concorrenza. Nel caso in cui le previsioni di tali contratti determinino un'alterazione in senso restrittivo delle dinamiche concorrenziali del mercato, si dovrà

Note:

(3) Ex artt. 85, 86 e 90.

(4) Per le seguenti considerazioni cfr. Pallini M., Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale, in Riv. it. dir. lav., 2000, II, 229.

(5) Conseil de la Concurrence, decisione n. 90-D-21 del 26 giugno 1990; Syndicats d'artistes interprètes; parere n. 92-A-21 del 21 giugno 1992, Syndicats français des assureurs-conseils.

(6) Cass. Crim., 31 marzo 1992, Teil, Bull. Crim., n. 133, p. 349.

(7) Bundesarbeitsgericht, sentenza del 27 giugno 1989, I AZR 404/88, in WuWIE VG p. 347.

(8) Kammergericht, sentenza del 21 febbraio 1990 - Kart. U 4357/89, in WuWIE OLG, p. 4531.

(9) Bundeskartellamt, parere del 31 gennaio 1961 - Z2 - 121 100 - 465/60, in WuWIE Bkarta p. 339.

effettuare una ponderazione tra il diritto costituzionale alla contrattazione collettiva e gli altri interessi rilevanti.

Gran Bretagna

Osservando la legislazione inglese, che ora ha recepito la disciplina comunitaria riprodotta nel *Competition Act* del 1998, si rileva come il *Fair Trading Act* del 1976 contemplasse un meccanismo singolare. Si prevedeva che il Ministro competente potesse sottoporre gli accordi di lavoro produttivi di alterazioni delle dinamiche di mercato alla *Monopolist and Mergers Commission* la quale avrebbe poi valutato la corrispondenza degli stessi all'interesse pubblico. Nell'unico caso di esercizio di tale facoltà la commissione di controllo ritenne l'accordo legittimo, considerando le previsioni del *Restrictive Trade Practices Act* del 1976 (il quale escludeva dal proprio ambito di applicazione gli accordi di lavoro che regolavano la retribuzione, le condizioni di impiego e di lavoro, il tempo lavorativo).

Nord europa

Se si considera l'esperienza degli ordinamenti nordeuropei, e in particolar modo la legislazione danese (10) e finlandese (11), si riscontra anche qui l'esenzione dei contratti collettivi dall'applicazione della normativa a tutela del mercato. Vi è però una decisione nella quale la Suprema Corte amministrativa finlandese (12) ha giudicato illegittima una clausola di un contratto collettivo con riferimento al divieto imposto agli imprenditori di appaltare all'esterno dei servizi accessori, in quanto, a giudizio della Corte, gli effetti prodotti risultavano restrittivi del mercato concorrenziale e non trovavano giustificazione considerando gli interessi rilevanti tutelati dalla norma.

Stati Uniti

Nell'ordinamento statunitense,

invece, l'esenzione della contrattazione collettiva dall'applicazione della normativa di tutela della concorrenza, prevista dallo *Sherman Act*, è la conseguenza di una scelta adottata esplicitamente a livello di normativa ordinaria: il *Clayton Act* del 1914 e successivamente il *Norris - La Guardia Act* del 1932 disciplinano infatti l'immunità delle attività unilaterali del sindacato (si esclude quindi l'esenzione quando si è in presenza di un accordo stipulato da un sindacato con uno o più datori di lavoro).

Successivamente, in seguito a decisioni giurisprudenziali (13), si sono delineati i requisiti nei quali opera l'esenzione dallo *Sherman Act*: il carattere delle attività, vale a dire la non combinazione del sindacato con gruppi di datori di lavoro; l'oggetto (che può riguardare unicamente una disputa di lavoro) e, in ultimo, il perseguimento di un interesse proprio del sindacato. Di conseguenza, secondo la Corte Suprema (14) e in ossequio con la "filosofia" *antitrust* statunitense, i contratti collettivi risultano di fatto esentati in ragione dei vantaggi offerti ai contraenti per quanto concerne la riduzione dei costi di transazione e del tasso di conflittualità. Tali benefici sarebbero pregiudicati dall'applicazione ad essi della disciplina *antitrust* per cui il giudice dovrebbe valutare circa le modalità e l'oggetto dell'accordo, rendendo dunque precaria la stabilità dell'equilibrio raggiunto tra gli opposti interessi.

Criterio soggettivo: il test della volontà

Dubbia rilevanza dell'elemento soggettivo

Si è visto come in generale gli accordi che hanno ad oggetto elementi costituenti il nucleo essenziale della contrattazione collettiva, vale a dire intese riguardanti gli orari di lavoro, i salari o le condizioni di lavoro, sono sottratti all'applicazione della normativa *antitrust*. Ciò non impedisce che dagli ac-

cordi collettivi si originino effetti diretti sul mercato dei beni o servizi finali, oltrepassando dunque il limite dell'esenzione stessa.

Risulta dunque necessario giungere alla determinazione di metodi finalizzati a specificare e circoscrivere l'*antitrust immunity*.

Un primo approccio, utilizzato dalla Corte Suprema nel caso *Pennington* (15), è stato rintracciato nella sussistenza di una precisa volontà, sia delle organizzazioni sindacali sia di quelle dei datori di lavoro, tendente a falsificare le dinamiche del mercato. Il riscontro di tale elemento soggettivo, capace di avallare l'applicazione della normativa per la tutela della concorrenza, è però di non facile osservazione per ragioni obiettive, ed inoltre non si trova a proprio agio in una normativa, quale quella *antitrust*, che è basata e trova la propria causa nella distorsione, valutata in maniera oggettiva, della concorrenza.

Come sostiene autorevole dottrina (16), infatti, non è previsto un accertamento di dolo o colpa nella comminazione delle sanzioni in ossequio sia con le disposizioni del Trattato Cee sia con la legge italiana n. 287/1990. A sostegno di tale posizione, si pone, oltre alla giurisprudenza statunitense (17),

Note:

(10) Legge n. 284/1997.

(11) Legge n. 480/1992.

(12) Kom. 1987: 4, p. 61; HE 148/1987 vp, 14 e HE 162/1991 vp. 9.

(13) Sentenza *Apex Hosiery Co. v. Leader*, (1940) 310 U.S. 469 e sentenza *United States v. Hutcheson*, (1940) 312 U.S. 219, disponibili in www.findlaw.com/cascode/index.html.

(14) Sentenza *Brown v. Pro Football* (1996) 518 U.S. 231, disponibile in www.findlaw.com/cascode/index.html.

(15) Sentenza *United Mine workers of America v. Pennington*, (1965) 381 U.S. 657, disponibile in www.findlaw.com/cascode/index.html.

(16) Si veda in merito Libertini M., *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 674.

(17) Sentenza *Standard Oil of New Jersey v. U.S.*, (1910) 221 U.S. 1, disponibile in www.findlaw.com/cascode/index.html.

l'orientamento giurisprudenziale comunitario (18), dal quale si deduce il carattere alternativo tra la valutazione dell'oggetto e quella dell'effetto di un'intesa, trascurando quindi qualsiasi ulteriore esame.

Nel caso in cui i soggetti che hanno perfezionato un'intesa ammessa dalla disciplina della concorrenza, subissero le conseguenze anticoncorrenziali derivanti dalle variazioni imprevedibili del mercato, secondo certa dottrina (19), si tratterebbe di una sanzione ingiustificata che non risponderebbe ai principi della legislazione *antitrust*. Per evitare tali distorsioni, la dottrina prevede un nesso di causalità tra l'effetto anticoncorrenziale e l'intesa, considerando rilevante solo l'effetto che rappresenti una conseguenza "normale" dell'accordo a monte (20).

Eppure, ad un più attento esame, emerge come tale tesi, pur facendosi garante della tutela degli interessi delle parti stipulanti, non appare coerente con la finalità generale della disciplina *antitrust*. Se infatti si risparmia l'accordo *prima facie* coerente con la normativa, ma da cui scaturiscono effetti lesivi della concorrenza che non costituiscono una ricaduta normale dell'intesa stessa, si tutela certo l'interesse dell'imprenditore inconsapevole, il quale non vedrà invalidato l'accordo, ma si pregiudicano i rapporti di mercato, vale a dire gli interessi generali che al contrario dovrebbero costituire oggetto di tutela della normativa anticoncorrenziale.

Illeciti e volontà

Considerando l'illecito civile, l'art. 33, comma 2, della legge n. 287/1990 riconosce ai soggetti danneggiati la possibilità di ottenere il risarcimento danni in seguito ad un illecito concorrenziale; si inserisce quindi, tramite la previsione dell'imputazione di un'ipotesi di responsabilità civile, l'accertamento della sussistenza di un comportamento soggettivo di dolo o colpa al fine di attribui-

re l'obbligo risarcitorio ad un soggetto. La particolarità delle fattispecie *antitrust* tuttavia non ritiene sufficiente la semplice applicazione della norma, necessitando del filtro interpretativo dell'autorità amministrativa o del giudice.

Se si guarda alle decisioni della Commissione espresse nell'art. 15 del Regolamento n. 17/62, (come si osserva anche all'art. 15, comma 1, della legge n. 287/1990 in combinato disposto con l'art. 3 della legge n. 689/1981), con riferimento all'illecito amministrativo, è possibile notare come, affinché si perfezioni la fattispecie prevista rispettivamente all'art. 81 del Trattato Ce e all'art. 2 della legge n. 287/1990, basti una corrispondenza di volontà in relazione alla definizione di un accordo, laddove invece riguardo la sanzione dei comportamenti, la volontarietà deve essere ulteriormente dilatata alla determinazione di una violazione della concorrenza (21).

Autorevole dottrina (22) ha rintracciato una possibile via d'uscita avvalendosi dell'istituto, di origine dottrinale, della colpa in senso oggettivo, utilizzabile nel caso in cui siano ravvisabili chiaramente comportamenti riprovevoli per il diritto *antitrust*.

Altro istituto utilizzabile, di produzione normativa, è costituito dalla presunzione legale di colpa previsto all'art. 2600, comma 3°, c.c. in materia di repressione di atti di concorrenza sleale, dilatabile alla normativa per la tutela della concorrenza ma solamente con riferimento ai comportamenti collegabili ad una *per se rule* e quindi rintracciabili a priori (23).

Si legittima quindi in tal modo l'applicazione della norma risarcitoria prescindendo dall'elemento soggettivo e dalla verifica circa il pregiudizio alla concorrenza effettivamente prodotta, seguendo un orientamento molto frequente nella giurisprudenza statunitense (24). Eppure, a tal proposito, emergono dubbi in merito al parallelismo tra le

per se rules derivanti nell'art. 1 dello *Sherman Act* e l'impostazione dell'art. 81 del Trattato Ce, non solo perché, come è noto, la norma comunitaria al comma 3 permette deroghe al divieto di accordi anticoncorrenziali, ma principalmente in considerazione delle differenti finalità perseguite dalle due normative.

Rischi della volontà

Il metodo del «test di volontà», basato sui meccanismi presuntivi riguardo l'elemento psicologico che determina l'agente, non risulta dunque applicabile né all'ordinamento comunitario né a quello italiano, sia con riferimento all'illecito amministrativo che a quello civile, ricordando che sia l'art. 81 Trattato Ce che l'art. 2 della legge n. 287/1990, ponendo attenzione all'interesse generale della salvaguardia della concorrenza, vietano non solo le intese aventi ad oggetto un'alterazione delle dinamiche concorrenziali, ma anche gli accordi che presentano tale esito come effetto (25).

Note:

(18) Corte di Giustizia 30 maggio 1966, *Société technique Minière c. Maschinenbau Ulm GmbH*, Raccolta, 1966, 263.

(19) Cfr. Frignani A. - Waelbroeck M., *Disciplina della concorrenza nella Ce*, Torino, 1996.

(20) Si veda al proposito Pardolesi R., *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in AA.VV., *Diritto antitrust italiano*, Milano 1993, 246.

(21) Cfr. in merito, con riguardo all'esperienza italiana, Tar Lazio, 1° agosto 1995, n. 1474, in *Foro amm.*, 1996, p. 1017 e Consiglio di Stato, 30 dicembre 1996, n. 1792, in *Foro it.*, 1997, III, 213, con nota di Liantonio D., *Accordi, addio! Antitrust e giustizia amministrativa*.

(22) Cfr. Salvi C., *La responsabilità civile*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Ludica G. e Zatti P., Milano, 1998, 109.

(23) Si veda sul punto Di Via L., *Antitrust e diritti sociali*, Napoli, 2004, 140 e ss.

(24) Si vedano le sentenze: *U.S. v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940); *Northern Pacific Railway Co. v. U.S.*, 356 U.S. 1 (1958); *Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332 (1982); disponibili in www.findlaw.com/cascode/index.html.

(25) Alla stessa conclusione approda Di Via L., *Antitrust e diritti sociali*, cit., 144.

Inoltre qualora si ammettesse tale approccio soggettivo, si arriverebbe a vietare comportamenti che oggettivamente risultano ascrivibili ad una sfera di tutela di interessi di rango superiore, come nel caso *Pennington* (26) in cui si proibiva una maggiore protezione dell'interesse dei lavoratori, tradizionalmente di rango superiore, perché qualificati da un elemento soggettivo considerato come anticoncorrenziale.

Criteri oggettivi: la rule of reason

Ordinamento statunitense

Nei primi anni di vita il par. I dello *Sherman Act* del 1890, che sancisce il divieto di accordi limitativi della concorrenza (27), era interpretato dalla Corte Suprema nel senso letterale che qualunque restrizione alla libertà delle parti e dei terzi doveva essere vietata, indipendentemente dagli effetti, in ossequio con le finalità di efficienza economica delineate dalla teoria economica neoclassica di Marshall. L'obiettivo dell'efficienza si accompagnava inoltre alla tutela della libertà di contrarre in caso di contratti in restrizione del commercio. Nel 1911 tuttavia, conseguentemente al venir meno nella teoria economica della convergenza tra efficienza democratica ed efficienza economica, la Corte Suprema, con la sentenza *Standard Oil* (28) dispose che lo *Sherman Act* dovesse essere interpretato in conformità alla *rule of reason* prevalsa nella *common law*, e che pertanto solamente le intese dirette a restringere il commercio "irragionevolmente" dovessero essere proibite, ponendosi dunque come obiettivo quello di garantire il massimo benessere sociale mediante la valutazione degli effetti benefici della concorrenza.

Tale scelta trova spiegazione nell'emersione di più complete analisi economiche delle dinamiche dei mercati concorrenziali che hanno rilevato come bensì il prezzo monopolistico

sia più alto di quello concorrenziale, ma non ogni limitazione al commercio è in grado di per sé di produrre un prezzo monopolistico, da ciò la dicotomia tra intese "ragionevoli", che non attribuiscono a nessuno il potere di stabilire il prezzo, e intese "irragionevoli", che invece permettono tale risultato.

In seguito allo iato tra efficienza democratica ed efficienza economica dunque, la Corte Suprema ha consegnato alla legislazione antitrust solamente il secondo obiettivo. Ciò si traduce in concreto con l'adozione, nel caso di intese da cui deriva un effetto anticompetitivo limitato, di *redeeming virtues* per verificare che l'accordo in questione dà luogo ad effetti fondamentalmente vantaggiosi sia per l'efficienza delle imprese interessate che per i consumatori.

Al fine di definire con maggiore certezza quali caratteristiche dell'intesa siano sufficientemente "redimenti" da trascurare l'effetto lesivo della concorrenza delle stesse, è stato adottato come metodo il principio di proporzionalità in base al quale l'accordo anticoncorrenziale può essere mantenuto solo se la restrizione risulta indispensabile per il conseguimento della finalità di migliorare le condizioni di concorrenza sul mercato (29). Questione essenziale al proposito è costituita dalla definizione del rapporto tra imprese e consumatori (30) (che rientra nell'ampio contrasto sulle finalità della legislazione *antitrust*), in merito al quale si assiste allo scontro tra la scuola di Harvard che, portatrice di un concetto di efficienza strettamente connesso al comportamento di venditori e acquirenti condizionato dalla struttura del mercato, intravede nella normativa anticoncorrenziale finalità redistributive, e la scuola di Chicago, la quale, individuando nel perseguimento dell'efficienza economica l'esclusiva finalità di una disciplina *antitrust*, si affida al mercato come "autorità" capace di re-

golare i processi concorrenziali (31).

Ragionevolezza e art. 81 del Trattato Ce

Con riferimento al diritto della concorrenza comunitario, sin dall'adozione del Trattato Ce, si sono manifestati analoghi dubbi riguardo la possibilità di accogliere il criterio della *rule of reason* nell'alveo del disposto dell'art. 81 del Trattato.

In particolare si era posto l'interrogativo se fornire un'interpretazione del concetto di restrizione della concorrenza in senso "atomistico", in base alla quale non si può individuare nell'art. 81, comma 1, un criterio atto a valutare la portata di una restrizione della concorrenza in confronto al bilanciamento tra effetti positivi e negativi della limitazione (32), ovvero identificare la restrizione esclusivamente nei casi di pregiudizio al funzionamento del mercato, solo in seguito quindi ad una analisi fattuale.

La Commissione, nello scegliere la prima ipotesi (33), fece

Note:

(26) Si veda la nota 14.

(27) «Every contract, combination (...) or conspiracy in restraint of trade or commerce (...) is declared to be illegal».

(28) Sentenza *Standard Oil of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1910), disponibile in www.findlaw.com/casecode/index.html.

(29) Cfr. *National Society of Professional Engineers v. U.S.*, 435 U.S. 679 (1978), disponibile in www.findlaw.com/casecode/index.html.

(30) Sul punto Denozza F., *Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella Cee e negli Usa*, Bologna, 1988.

(31) In proposito cfr. Denozza F., *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 9.

(32) Cfr. Manzini P., *La rule of reason nel diritto comunitario della concorrenza: una analisi giuridico economica*, in *Riv. dir. eur.*, 1991, 859.

(33) Decisione del 23 settembre 1964, in *Guce* 161, 20 ottobre 1964, 37. Successivamente lo stesso orientamento è rinvenibile in decisione dell'8 luglio 1965, *Dru - Blondel*, in *Guce* 131, 17 luglio 1965, 2194; decisione del 17 settembre 1965, *Kummel - Isbeque*, in *Guce* 156, 23 settembre 1965, 2581; decisione del 17 dicembre 1965, *Jallote*, in *Guce* 3, 6 gennaio 1966, 37.

propria un'interpretazione che poteva non trovare riscontro alla luce delle finalità della normativa comunitaria, così che la Corte di Giustizia abbracciò la diversa soluzione interpretativa, specificando che sussiste una restrizione della concorrenza non quando l'accordo limita la libertà di azione delle parti, bensì quando lo stesso cagiona un danno effettivo al funzionamento del mercato (34).

Rimaneva da valutare l'opportunità di adottare, nell'interpretazione dell'art. 81, comma 1, del Trattato, una regola di giudizio in qualche misura analoga alla *rule of reason* sviluppata negli Usa. La Commissione e la Corte di Giustizia (35), questa volta concordi, negarono l'accesso alla regola di ragionevolezza decretando che nel caso in cui dall'accordo anticoncorrenziale si producessero effetti negativi sulla concorrenza, lo stesso fosse in ogni caso da vietare in ossequio all'art. 81, comma 1, eccetto la possibilità di permettere l'esenzione in base al comma 3 dello stesso articolo qualora fosse accertato che l'intesa producesse anche effetti positivi sulle dinamiche concorrenziali.

La ragione di tale diniego va ricercata nelle conseguenze dannose che sarebbero potute derivare da un'interpretazione dell'art. 81, comma 1. Si sarebbe infatti permesso un giudizio analogo alla *rule of reason*, ammettendo quindi la possibilità per i giudici civili di ciascun Stato di darne applicazione diretta, come previsto prima della riforma introdotta con il Regolamento n. 1/2003 (36). Mancando una disciplina *antitrust* nazionale anteriore all'entrata in vigore del Trattato Ce, i giudici nazionali non possedevano le competenze tecniche ed economiche oltre che l'esperienza con gli strumenti del diritto della concorrenza richieste dalle operazioni di analisi economica; capacità oltremodo necessarie a loro volta per applicare la regola di ragione. Si preferì quindi assegnare ai giudici nazionali la funzione di interpre-

tare l'art. 81, comma 1, nel senso formalistico - funzionale (37).

All'interpretazione estensiva del concetto di restrizione della concorrenza si accompagnava la procedura prevista dal Regolamento n. 17/1962 la quale esigeva che le imprese aspiranti all'esenzione dalla normativa, in ossequio al comma 3 dell'art. 81, notificassero alla Commissione le intese potenzialmente lesive prima di darne esecuzione. In tal modo quindi il potere di "governare" la politica *antitrust* veniva posto integralmente nelle mani della Commissione, assicurando «uniformità di valutazione, certezza del diritto ed efficacia dell'enforcement» (38).

Il sistema susepato, a partire dagli anni ottanta fu sottoposto ad un processo di graduale cambiamento, che avrebbe condotto all'impiego dell'analisi dell'influsso economico effettivo dell'intesa ai fini del giudizio di liceità in virtù del comma 1 dell'art. 81.

Si avvertirono i primi segni di evoluzione con il riconoscimento della liceità delle restrizioni connesse direttamente (e indispensabili) alla realizzazione di un'opera principale (cc.dd. «restrizioni accessorie») (39). La compatibilità di tali accordi è stata recentemente esaminata considerandola inglobata con la conciliabilità dell'operazione principale, di cui dunque segue le sorti (40). Le restrizioni accessorie vengono "salvate" in quanto ritenute necessarie al funzionamento di un'operazione principale di per sé produttrice di effetti proconcorrenziali sul mercato.

Siffatta impostazione effettua dunque un «bilancio concorrenziale» (41) che valuta gli effetti globali dell'accordo potenzialmente lesivo della concorrenza, ottenendo quindi un risultato non dissimile a quello conseguito per mezzo della *rule of reason* nell'ordinamento statunitense.

Ai fini del giudizio di liceità, seguendo l'approccio su delineato, i giudici comunitari hanno configurato due differenti ti-

pologie di intese: gli accordi vietati «per sé», senza il bisogno di stimarne gli effetti concreti, per le quali vi è una presunzione di anticoncorrenzialità (42) (eccetto l'esenzione in virtù del comma 3 dell'art. 81) (43), e accordi vietati solo in seguito all'accertamento di concreti effetti lesivi per la concorrenza sul mercato di riferimento, considerando quindi il particolare contesto economico-giuridico nel quale operano le imprese coinvolte.

Come si è già anticipato tale analisi richiama la regola di ragionevolezza applicata nelle corti statunitensi: risulta tuttavia opportuno sottolineare la neutralità di tale strumento, al di là di ogni diatriba tra scuole economiche, rispetto agli obiettivi della politica *antitrust*, i quali rimangono nettamente

Note:

(34) Corte di Giustizia, 16 giugno 1966, *Grundig vs. Costen*, cause riunite 56/64 e 58/64, in *Raccolta*, 1966, 429.

(35) Corte di Giustizia, 30 giugno 1966, *Société Technique Minière vs. Maschinenbau Ulm*, C-56/65, in *Raccolta*, 1966, 250; Corte di Giustizia, 6 febbraio 1973, *Brasserie de Haecht*, C-48/72, in *Raccolta*, 1973, 77.

(36) Cfr. Corte di Giustizia, 31 gennaio 1974, C-127/73, *Brt vs. Sadam*, in *Raccolta*, 1974, 51.

(37) Così D'Atorre G., *Una «ragionevole» concorrenza: il ruolo della «rule of reason» dopo la riforma del diritto antitrust comunitario*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 80.

(38) Ghezzi F., *Verso un diritto antitrust comune? Il processo di convergenza delle discipline statunitensi e comunitarie in materia di intese*, in *Riv. soc.*, 2002, 517.

(39) In questo senso cfr. Corte di Giustizia, 11 luglio 1985, C-42/84, *Remia e altri vs. Commissione*, in *Raccolta*, 1985, 2545; Corte di Giustizia, 28 gennaio 1986, C-161/84, *Pronuptia*, in *Raccolta*, 1986, 353; Corte di Giustizia, 15 dicembre 1994, C-250/92, *Dlg*, in *Raccolta*, 1994, 5641.

(40) In merito si veda Corte di Giustizia, 18 settembre 2001, C-T-112/99, *M6 e altri vs. Commissione*, in *Raccolta*, 2001.

(41) Si veda al proposito Pardolesi R., *Commento sub art. 2, in Diritto antitrust italiano*, cit., 194.

(42) Cfr. Corte di Giustizia, 8 luglio 1999, C-49/92, *Commissione vs. Anic*, in *Raccolta*, 1999, 4125; Corte di Giustizia, 15 marzo 2000, C-T-25/95, *Gimenteries CBR SA e altri*, in *Raccolta*, 2000.

(43) Cfr. Corte di Giustizia, 15 luglio 1994, C-T-17/93, *Matra Hachette vs. Commissione*, in *Raccolta*, 595.

sullo sfondo, o meglio, non condizionano assolutamente l'utilizzo della regola (44).

Regola di ragionevolezza in seguito alla riforma del diritto antitrust comunitario

La riforma dell'applicazione delle regole della concorrenza avvenuta in seguito al Regolamento n. 1/2003 (45) ha corretto l'art. 81 rendendolo una disposizione unitaria che racchiude una norma che sancisce il divieto e un'eccezione finalizzata ad attenuarne la severità, stabilendo quindi in maniera tipica i casi in cui è possibile disapplicare lo stesso divieto. In tal modo è stata prodotta una modifica radicale dei rapporti tra le norme preposte al controllo delle intese restrittive, inserendo, tramite un'esenzione per categoria preventiva, una forma di nozione tipica di *rule of reason* (46).

Come si è ricordato sopra nel periodo ante riforma la regola di ragionevolezza rappresentava un criterio di valutazione della liceità di intese anticoncorrenziali e allo stesso tempo di distribuzione della competenza in merito tra i giudici nazionali e la Commissione, la quale aveva il potere esclusivo di esentare in virtù del comma 3 dell'art. 81. Con l'introduzione della riforma invece, stante una sovrapposizione di potere tra la Commissione e i giudici nazionali, i quali possono applicare quindi l'art. 81 per intero, la regola di ragionevolezza mantiene solo la prima funzione.

I giudici nazionali e le autorità garanti dei singoli Stati membri dovranno quindi accertare la presenza di effetti lesivi per la concorrenza ed eventualmente stabilire se l'accordo dà luogo a effetti proconcorrenziali sulla concorrenza. Nel caso in cui si verifichi la mancanza di effetti positivi o non si valutino tali da bilanciare quelli negativi, prima di vietare l'accordo, bisogna in ogni caso considerare se siano integrate le condizioni per la dero-

ga al divieto previste dal comma 3 dell'art. 81 (47).

Criteri oggettivi: l'intimacy test

Indagine su un rapporto di accessoriarietà

Nel precedente paragrafo si è visto come escludendo la preminenza automatica delle regole comunitarie sulla concorrenza rispetto ai diritti dei lavoratori, tra cui quelli derivanti dalla libertà sindacale, e dunque rifiutando la riconducibilità del criterio di composizione del conflitto all'art. 81, comma 3 del Trattato, si propone invece «un'area di esenzione che discende da un bilanciamento tra normative» (48), derivabile in via di principio da una *rule of reason* che legga nell'art. 81, comma 1, una deroga implicita ma non illimitata, perché governata dal principio di proporzionalità, nei confronti dell'autonomia collettiva.

Risulta ora necessario richiamare un altro tipo di approccio logico - giuridico di determinazione dell'*antitrust immunity*. Come la *rule of reason* anche tale criterio, denominato *intimacy test* è di natura oggettiva, essendo ascrivibile ad una relazione tra gli interessi protetti; ma, se il bilanciamento di interessi riguarda la riproduzione concreta di un possibile contrasto normativo tra le norme per la tutela della concorrenza e le norme che favoriscono la contrattazione collettiva, quest'altro criterio è relativo all'esistenza o meno di un rapporto di accessoriarietà tra violazioni della concorrenza legittimate (riguardanti salari, orari di lavoro e condizioni lavorative) e violazioni che *prima facie* non sarebbero giustificate, ma lo diverrebbero in quanto collegate alle prime.

Giudizio di proporzionalità

Come accezione particolare della regola di ragione, l'*intimacy test* ammette quindi l'esenzione dall'applicazione del-

la legge *antitrust*, di alcune restrizioni sul mercato, effettuate in conseguenza della contrattazione collettiva se intrinsecamente collegate in via di fatto agli interessi precisi delle organizzazioni sindacali come salari, orari di lavoro e condizioni lavorative. In altre parole si verifica un bilanciamento degli effetti, confrontando l'intesa le-

Note:

(44) Sul punto si veda D'Attorre G., op. cit.

(45) In cui si afferma che gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'art. 81, comma 1 Tratt. Ce non esaudienti le condizioni per l'applicazione della norma in materia di deroga di esenzione per categoria, sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso.

L'art. 3 recita infatti:

1. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi di detta disposizione, esse applicano anche l'articolo 81 del trattato a siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza agli sfruttamenti abusivi vietati dall'articolo 82 del trattato, esse applicano anche l'articolo 82 del trattato.

2. Dall'applicazione della legislazione nazionale in materia di concorrenza non può scaturire il divieto di accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri che non impongono restrizioni alla concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato, che soddisfano le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato o che sono disciplinati da un regolamento per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato. Il presente regolamento non impedisce agli Stati membri di adottare e applicare nel loro territorio norme nazionali più rigorose che vietino o sanzionino le condotte unilaterali delle imprese.

3. Fatti salvi i principi generali ed altre disposizioni di diritto comunitario, i paragrafi 1 e 2 non si applicano quando le autorità garanti della concorrenza e le giurisdizioni degli Stati membri applicano la legislazione nazionale in materia di controllo delle fusioni, né precludono l'applicazione di norme nazionali che perseguono principalmente un obiettivo differente rispetto a quello degli articoli 81 e 82 del trattato.

(46) Per ulteriori e approfondite considerazioni al proposito si veda D'Attorre G., op. cit.; Guerri E., *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento Ce n. 1/2003*, Torino, 2005.

(47) Manca testo nota.

(48) Di Via L., *Sindacati, contratti collettivi e antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, 307.

siva della concorrenza con il contesto in cui l'intesa stessa produce conseguenze.

La giurisprudenza comunitaria riferisce numerosi casi di applicazione della *rules of reason* considerando le violazioni accessorie rispetto allo scopo che il contratto si ripromette di realizzare (49).

Al fine di configurare meglio il bilanciamento, che riguarda come detto le restrizioni accessorie rispetto all'obiettivo perseguito dal contratto, viene in aiuto la dottrina costituzionale in merito alla tematica della ponderazione tra valori costituzionali equipollenti (50). Si osserva infatti che è possibile ricomporre un conflitto tra valori metagiuridici solo laddove esso stesso si configura come una collisione tra principi costituzionali, che può essere risolta non utilizzando il principio di non contraddizione, bensì operando un bilanciamento (51), posto che in nessun caso un diritto fondamentale può essere lesa nel suo contenuto essenziale.

È necessario evidenziare, a tal proposito, che i criteri utilizzati per il bilanciamento degli interessi hanno una connotazione intrinsecamente duttile, in quanto permettono la circolazione di elementi peculiari dello sviluppo economico e sociale dei mercati, di cui non si può fare a meno quando, nell'applicazione della disciplina *antitrust*, si deve calare la norma nelle asperità delle fattispecie concrete (52).

Dalla giurisprudenza comunitaria: un metodo trifasico

Il giudizio di proporzionalità degli interessi in gioco, di origine tedesca, rileva nell'ordinamento comunitario all'art. 5, comma 2, del Trattato Ce (53) laddove si richiama la metodologia della proporzionalità al fine di misurare la legittimità delle modalità con cui l'intervento della Comunità si esplica.

Dalla giurisprudenza in merito degli ultimi trenta anni della

Corte di Giustizia (54) è possibile evidenziare un processo sequenziale trifasico, articolato contrapponendo l'interesse perseguito dalla normativa a tutela della concorrenza (la concorrenzialità appunto dei mercati), con il concreto mezzo utilizzato (nella fattispecie la contrattazione collettiva), valutando in tal maniera l'adeguatezza del mezzo al fine. Il risultato di tale scontro tra i diritti fondamentali sarà la configurazione del confine esatto, della libertà d'azione dei due diritti, la determinazione della c.d. «coessenzialità del limite» (55).

Seguendo tale metodo si dovrebbe quindi procedere chiedendosi se i contratti collettivi risultano idonei ad ottenere il fine previsto dalla legge, valutando se le restrizioni alla concorrenza derivanti dai contratti collettivi siano coerenti con le finalità di tutela previste dalla Costituzione (in tal caso si applicherà l'esenzione dalla disciplina *antitrust*); successivamente bisognerebbe appurare la necessità della limitazione della concorrenza in rapporto agli obiettivi che legittimano l'esistenza stessa della contrattazione collettiva; per ultimo occorrerebbe verificare l'adeguatezza, vale a dire la corrispondenza della contrattazione collettiva all'oggetto stesso della tutela, senza che siano travalicati gli scopi ad essa propri (56).

Si rivela quindi necessario, per ponderare in concreto gli interessi in conflitto, far ricorso al principio di proporzionalità, come suggerisce l'Avvocato generale Lenz nelle sue Conclusioni in relazione al caso *Bosman*, in cui si afferma che «l'autonomia collettiva non può rendere necessario esentare gli accordi collettivi dalle norme sulla concorrenza, nei limiti in cui ciò sia richiesto dall'obiettivo perseguito. Una corrispondente limitazione (...) potrebbe effettivamente ammettersi, ma sarebbe di portata ristretta» (57).

Partecipazione del sindacato

Applicabilità della disciplina *antitrust* in relazione al soggetto agente

Questione pregiudiziale per definire il rapporto tra concorrenza e autonomia collettiva, sia per l'ordinamento comunitario che per quello nazionale, è chiarire se e in quali termini sia possibile qualificare l'accordo collettivo come accordo tra imprese.

Note:

(49) Cfr. Corte di Giustizia, 11 luglio 2005, *Remia BV vs. Commissione*, C-42/84, in *Raccolta*, 2545, 22; Corte di Giustizia, 28 febbraio 1991, *Delimitis vs. Henninger Bräu AG*, in *Raccolta*, 935; Corte di Giustizia, 28 gennaio 1986, *Pronuptia vs. Pronuptia*, C-161/84, in *Raccolta*, 533; Corte di Giustizia, 8 giugno 1982, *Nungesser vs. Commissione*, C-258/78, in *Raccolta*, 2015; Corte di Giustizia, 6 febbraio 1973, *Brasserie de Haecht vs. Wilkin-Janssen*, C-236/7, in *Raccolta*, 77.

(50) Così Di Via L., *Antitrust e diritti sociali*, cit., 164.

(51) Cfr. Scaccia G., *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 313.

(52) Si veda sul punto *Id.*, ult. cit.

(53) Il secondo comma dell'art. 5 del Trattato Ce dispone che «la Comunità agisce soltanto nei limiti delle competenze e degli obiettivi che le sono espressamente conferite dai trattati», mentre il terzo comma afferma che «la Comunità interviene secondo il principio di 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 e degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati a livello comunitario».

(54) Si veda Corte di Giustizia, 20 febbraio 1979, *Rewe Zentral AG vs. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, C-120/78, in *Raccolta*, 649; Corte di Giustizia, 2 febbraio 1989, C-274/87, in *Raccolta*, 229; Corte di Giustizia, 11 luglio 1974, *Dassonville*, C-8/74, in *Raccolta*, 837.

(55) Corte Costituzionale, sentenza n. 220/1995, in *Giur. cost.*, 1995, 1648, con nota di Cerri A., *Dalla garanzia del «giusto procedimento» in sede disciplinare al criterio della «proporzionalità»: spunti problematici e riflessioni a partire da un'interessante sentenza della Corte*.

(56) Si veda sul punto Di Via L., *Antitrust e diritti sociali*, cit., e *Id.*, *Sindacati, contratti collettivi e antitrust*, cit.

(57) Corte di Giustizia, 15 dicembre 1995, *Union de associations européennes de football c. Jean Marc Bosman*, C-415/93, in *Raccolta*, 4921.

Rilevanza del soggetto nell'ordinamento comunitario

Ai sensi dell'art. 81 del Trattato Ce è impresa ogni soggetto di qualsiasi natura che svolga, sia pure occasionalmente, un'attività economica suscettibile di svolgersi nel regime di concorrenza, anche solo potenziale. In altre parole, applicando un procedimento di impronta funzionale, si estende la nozione di impresa a ogni soggetto individuando come sola condizione l'idoneità della sua attività ad incidere sulle dinamiche del mercato.

Nella sentenza *Höfner* si legge infatti che «nel contesto del diritto della concorrenza (...) la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento» (58). Tale definizione si rivela nella sua essenzialità, tralasciando qualsiasi riferimento alla natura giuridica e alle modalità di finanziamento, ponendo come unica condizione necessaria lo svolgimento di un'attività economica.

Di conseguenza ai fini dell'applicazione della normativa comunitaria a tutela della concorrenza, sarà sufficiente individuare un'attività svolta da un soggetto (imprenditore, consorzio, fondazione, società di persone o di capitali, o semplice persona fisica che sia) in una logica di mercato. Viceversa nel caso in cui si sia di fronte ad un bene o servizio rispetto al quale l'attività economica può essere posta in essere esclusivamente da un soggetto non operante in un'ottica di mercato, la disciplina *antitrust* non risulterà applicabile (59).

Tale innovativo approccio sposta necessariamente l'analisi dall'ambito soggettivo a quello oggettivo, vale a dire al contesto dove opera il soggetto (60).

La nozione di impresa che si ricava dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia non ha una portata molto selettiva

e si riduce sostanzialmente ad una nozione economica.

È opportuno a tal fine richiamare due casi esemplificativi dello scontro tra la nozione "solidaristica" di impresa, vale a dire esclusa dall'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato e quella "mercantilistica" cioè di impresa sottoposta alla sfera di applicazione della disciplina a tutela della concorrenza. Da un lato si colloca la sentenza in causa *Poucet e Pistre* (61), relativa ad un sistema redistributivo di assicurazioni sociali, finanziato con i contributi dei lavoratori "attivi", per cui la Corte ha stabilito che indipendentemente dalla natura del soggetto che la svolge, l'attività di previdenza sociale non è assimilabile a quella d'impresa per la rilevanza non esclusivamente economica della stessa (come sarà successivamente sostanzialmente confermato nella sentenza *Albany International*) (62). In campo avverso si pone invece la già citata sentenza *Höfner* (63) in merito ad un servizio di collocamento riservato a manager, in cui la Corte ha ritenuto che vi fosse abuso di posizione dominante da parte dell'Ufficio pubblico di collocamento, per il fatto che tale sistema non si era rivelato in grado di soddisfare la domanda del mercato, perlomeno per quella particolare categoria di lavoratori composta da manager, tanto da richiedere il ricorso da parte dei destinatari del servizio, ad agenzie specializzate e quindi "oggettivamente" in concorrenza con il soggetto pubblico.

Sindacato come soggetto agente

Con riferimento al diritto nazionale è da osservare come i metodi di individuazione del soggetto - impresa nell'ambito della tutela della concorrenza, siano differenti dai requisiti rilevanti, in ossequio all'art. 2082 c.c., per l'individuazione del soggetto in altri rami dell'ordinamento. Si nota infatti come, seguendo l'orientamento

comunitario, si pone al centro ancora una volta l'attività, nell'accezione di qualsiasi condotta attribuita ad un qualsiasi centro di imputazione, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento, idonea ad incidere su un determinato mercato, sia esso individuato allo stato attuale che allo stato meramente potenziale (64). Autorevole dottrina (65) propone invece una definizione che, riflettendo le specifiche finalità della legge n. 287/1990, si riduce a comprendere solo chiunque operi attivamente sul mercato escludendo quindi il consumatore che dalla concorrenza trae vantaggio.

Altro punto importante, ai fini

Note:

(58) Corte di Giustizia, 23 aprile 1991, C-41/90, *Höfner e Elser c. Macraton*, in *Raccolta*, 1979; per utili commenti si vedano Tassone R., *Monopoli pubblici e abuso di posizione dominante*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1992, 1329 e Shaw J., *Captains of industry, the labour market and the competition rules*, in *European Law Review*, 1991, 964.

(59) Di Via L., *La sentenza «Job Centre II» tra controllo sull'efficienza del servizio e applicazione delle regole di concorrenza al mercato del lavoro*, (Nota a Cgce, 11 dicembre 1997, C-55/96), in *Foro it.*, 1998, VI; p. 247; Ghezzi F., *Commento sub art. 85 Trattato CE*, in Marchetti P., *Ubertazzi L.C.*, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 12.

(60) Cfr. Guizzi G., *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. Dir. comm.*, 1993, I, 294.

(61) Corte di Giustizia, 17 febbraio 1993, cause riunite 159 e 160/91, *Poucet c. Assurances Generales de France*, in *Raccolta*, 1993, I, 637.

(62) Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, *Albany International BV vs. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, C-67/96, in *Raccolta*, I, 5751.

(63) Corte di Giustizia, 23 aprile 1991, causa 41/90, *Höfner e Elser c. Macraton*, in *Raccolta*, 1979, si veda nota 57.

(64) Come afferma anche Tar Lazio, 28 gennaio 2000, n. 466, *Consiglio nazionale dei ragionieri e periti commerciali e Consiglio nazionale dei dottori commercialisti c. Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Foro it.*, 2000, 176, con nota di Di Via L. e Pardolesi R.; in *Giorn. di dir. amm.*, 2000, 356, con commento di Fonderico G., *Diritto della concorrenza e partecipazione al procedimento: il caso delle tariffe professionali*, in *Giur. comm.*, 2000, II, 640, con nota di Argentati A., *Le professioni intellettuali tra regolamentazione pubblicistica e disciplina della concorrenza*.

(65) Pardolesi R., *Commento all'art. 2 della legge 10 ottobre 1990 n. 287*, in *Diritto Antitrust Italiano*, Bologna, 1993, 155.

della trattazione, è la configurazione delle caratteristiche del mercato rilevante (66). In linea generale è possibile sostenere che può sussistere un mercato rilevante in senso merceologico unicamente quando i beni o i servizi prodotti o erogati dal soggetto agente possono essere suscettibili di rilevanza economica.

L'organizzazione sindacale può assumere una doppia valenza a seconda delle attività svolte. Sebbene in astratto il mercato della forza lavoro sia qualificabile come un qualsiasi altro mercato, in virtù delle scelte operate dagli ordinamenti giuridici, nel caso in cui le transazioni che si svolgono sul mercato della forza lavoro siano relative al conseguimento dei diritti dei lavoratori di rango costituzionale o riguardino gli orari di lavoro, i salari o le condizioni lavorative (materie che riguardano come già detto l'*hard-core* della contrattazione collettiva), risultano esentate dall'applicazione della disciplina della concorrenza: conseguentemente le parti dell'accordo non sono ricomprese nella nozione di impresa (67).

Diversamente l'organizzazione sindacale sarà considerata impresa a tutti gli effetti rilevanti per il diritto della concorrenza se, attraverso la contrattazione collettiva, influenza con la sua attività il mercato, sia dei beni e dei servizi che della forza lavoro, per le fattispecie non protette dall'esenzione costituzionale.

Da quanto detto è possibile affermare che, con una sorta di rivoluzione copernicana al contrario, è l'oggetto a precedere e a qualificare il soggetto, in quanto sono i rapporti economici e i loro effetti a configurare o meno il soggetto come impresa e quindi a renderlo rilevante o meno per la disciplina della concorrenza. In altre parole l'intrinseco dinamismo, lo sdoppiamento che il soggetto - sindacato soffre, impedisce una valutazione aprioristica e astratta in merito alla sua considerazione come impresa o meno e quindi della

sua sottomissione o sottrazione alla normativa a tutela della concorrenza.

Lavoratori come impresa?

Occorre ora chiedersi se, così come i lavoratori autonomi, anche i lavoratori subordinati possano essere inclusi nella definizione di impresa suesposta. La Corte di Giustizia in precedenti pronunce (68) si è espressa in senso negativo, affermando che i lavoratori subordinati non sono attori del mercato dei beni e servizi in quanto offrono le loro prestazioni ad un datore di lavoro in cambio di una retribuzione, non affrontando quindi direttamente il rischio dell'operazione commerciale cui collaborano. È soltanto il datore di lavoro ad essere attore di quel mercato. Il lavoratore assume invece il ruolo di attore nel mercato del lavoro (dove risulta inapplicabile la disciplina *antitrust* nel caso in cui i lavoratori siano parte di intese finalizzate ad adempiere agli obiettivi contemplati nella Costituzione agli artt. 36 - 38), connesso sì con il mercato dei beni e servizi ma pur sempre distinto da questo.

Ritornando alla giurisprudenza comunitaria l'Avvocato generale Jacobs nelle sue conclusioni in merito al caso *Albany International* (69), richiamando il precedente *Suiker Unie* (70), ha ritenuto inapplicabile il disposto dell'art. 81 del Trattato Ce alla concorrenza tra lavoratori, considerando la differente funzione rispetto all'impresa. Ha giustificato tuttavia l'applicazione ai contratti collettivi affermando infatti che i contratti collettivi se da un lato sono visti come una fonte a cui attribuire uno "status speciale", senza peraltro riconoscere nel sistema vigente comunitario un diritto fondamentale alla contrattazione, dall'altro risulta difficile costruire per tali contratti un regime di immunità generale della concorrenza in quanto essi contengono necessariamente un accordo precedente

tra le imprese che rivela la comune volontà dei datori di lavoro.

La decisione della Corte, recependo la conclusione dell'Avvocato generale, è che non vi è violazione dell'art. 81 del Trattato Ce laddove un fondo pensione viene istituito tramite la stipulazione di un contratto collettivo e l'adesione al fondo medesimo è resa obbligatoria per tutte le parti. Ciò non esclude come suesposto la natura di impresa del fondo pensione: il conflitto con gli artt. 86 comma 1 e 82 si verrebbe a creare esclusivamente nel caso in cui tali imprese non si dimostrassero in grado di svolgere pienamente la loro funzione nel mercato.

In dottrina (71) sono state espresse tuttavia opinioni contrarie. È stato infatti esplicitamente escluso che i lavoratori svolgano un'attività economica rilevante sul mercato del prodotto o del servizio finale se non esclusivamente in quanto attività costituita all'interno e per mezzo dell'impresa.

È l'attività economica dell'impresa dunque, a differenza del singolo lavoratore, ad essere qualificata come impresa rilevante per il diritto della concorrenza.

Note:

(66) Si definisce mercato rilevante, nel linguaggio del diritto della concorrenza, quel settore di mercato del prodotto in relazione al quale va valutata l'efficacia restrittiva degli accordi tra le imprese.

(67) Sul punto si veda Di Via L., *Antitrust e diritti sociali*, Napoli, 2004.

(68) Corte di Giustizia, cause riunite 40/73 e 48/73, *Suiker Unie and Others v. Commision*, in *Raccolta*, 1975, 1663.

(69) Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, *Albany International BV vs. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, C-67/96, in *Raccolta*, I, 5751. Per utili commenti si veda Di Via L., *Commento alla sentenza della Corte di Giustizia del 21 settembre 1999, C-67/96, Albany* in *Foro it.*, 1999, IV, 489; Everson M., *Adjudicating the Market*, in *European Law Journal*, 2002, 152; Pallini M., *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 225.

(70) Si veda nota 67.

(71) Così Di Via L., *Antitrust e diritti sociali*, Napoli, 2004.

Se si guarda invece al mercato della forza lavoro il lavoratore deve essere reputato come impresa rilevante ai fini del diritto *antitrust* svolgendo in tale mercato un'attività appunto rilevante per la concorrenza.

Attuazione del conflitto

Dopo aver circoscritto il campo di applicazione dell'*anti-trust immunity* e aver esaminato la possibilità di applicare le norme a tutela della concorrenza alle organizzazioni sindacali, bisogna ora esaminare in concreto quali delle condotte che possono costituire oggetto di contrattazione collettiva provochino effetti restrittivi della concorrenza sul mercato. Si è già visto come i contratti collettivi di lavoro possono rivelarsi rilevanti sul piano dell'alterazione delle dinamiche concorrenziali in tre diverse condotte: in maniera diretta, tramite accordi riguardanti la definizione di restrizioni alla produzione o la fissazione di prezzi o ancora i presupposti di accesso al mercato; ovvero in maniera indiretta, laddove, malgrado i contratti sembrino finalizzati per il loro oggetto alla produzione di effetti solamente sul mercato della forza lavoro, in realtà, a causa dei loro effetti concreti, costituiscono fattispecie di falsificazione della concorrenza del mercato. Una terza via si verifica allorché i contratti collettivi travalicano la "zona franca" in cui l'ordinamento considera il mercato della forza lavoro immune dall'applicazione della disciplina per la tutela della concorrenza.

Al fine di avviare l'analisi è utile operare la divisione tra contratto collettivo nazionale, efficace anche nei confronti dei soggetti non associati ai sindacati stipulanti e con cui vengono regolate condizioni uniche di concorrenza sul mercato a livello nazionale, e contratto aziendale, concluso con riferimento esclusivamente ad una singola impresa e tramite il quale si determinano le condizioni concorrenziali unica-

mente nei confronti del soggetto stipulante. In entrambi i casi il sindacato può dare origine ad alterazioni del mercato concorrenziale frutto di accordi o pratiche concordate, sia avendo riguardo all'intero mercato che ad una sua parte, nel caso in cui si impegni a tenere condotte equivalenti, ad esempio nel perfezionamento dei contratti aziendali verso diversi soggetti.

Le opportunità di regolare i prezzi e la produzione sorgono allorché un'associazione sindacale rappresenta i lavoratori dell'impresa che compete sullo stesso mercato del prodotto, nell'ambito del quale bisogna reputare interesse degli imprenditori giungere ad un'intesa per limitare il livello di produzione e far lievitare i prezzi. Il sindacato, essendo presente su tutto il mercato del prodotto, potrebbe quindi fungere da mezzo al fine di organizzare e mantenere attivo il cartello, favorendo ad esempio lo scambio di informazioni tra imprese in cambio di un aumento dei salari e di benefici per i lavoratori.

Paradigmatico risulta il caso *Allen Bradley v. Local 3, IBEW* (72) in cui si pone in luce il problema della collaborazione tra i sindacati e i gruppi imprenditoriali per cui le imprese assumevano solo operai associati ai sindacati e avrebbero riservato le loro vendite ai contraenti legati contrattualmente con l'associazione. Nella fattispecie l'intesa provocava dunque indirettamente un aumento dei prezzi dei beni prodotti dalle imprese e l'innalzamento di una barriera all'entrata sul mercato della produzione di un determinato bene. La Corte Suprema sostenne che l'attività sindacale, valutata singolarmente, sarebbe stata sottratta all'applicazione della normativa per la tutela della concorrenza; l'esenzione ciò nonostante non veniva ammessa poiché il sindacato non aveva agito da solo per promuovere i suoi obiettivi, ma aveva operato di concerto con gli imprenditori, con gli effetti anticoncorrenziali suesposti.

Avvantaggiandosi dunque, le due parti dell'intesa avevano danneggiato i consumatori che vedevano aumentare i prezzi di acquisto e gli imprenditori estranei all'accordo che difficilmente riuscivano a introdursi nel mercato.

La posizione della Corte Suprema relativa al caso *Allen Bradley* attesta quindi la sostanziale applicabilità dello *Sherman Act* unicamente ai casi in cui il sindacato pone in essere attività che si collocano al di fuori dell'area che gli è propria.

Altra ipotesi in cui si è evidenziato un accordo tra datori di lavoro e sindacati è stato il già menzionato caso *Pennington* (73). Secondo tale intesa riguardante le più importanti imprese minerarie, i datori di lavoro si uniformavano nel pagare salari "elevati" e l'associazione sindacale si accordava per esigere lo stesso livello salariale ad ogni operatore indipendentemente dalla loro capacità di pagare.

Ponendo ora l'attenzione sul mercato forza lavoro, si è già detto che le intese che travalicano l'oggetto di tutela prevista dalla Costituzione (artt. 36, 37, 38, 40) sono sottoposte alla disciplina per la tutela della concorrenza. Utilizzando il metodo della *rule of reason* tali accordi non si rivelano idonei a perseguire gli obiettivi costituzionali di tutela dei diritti dei lavoratori attraverso il c.d. metodo sindacale e dunque sono vietate in quanto restrizioni della concorrenza sul mercato della forza lavoro.

Le intese stipulate per favorire i lavoratori già occupati (c.d. *insiders*), impedendo di fatto o limitando, l'entrata sul mercato dei soggetti che aspirano ad una occupazione (c.d. *outsiders*) rappresentano un

Note:

(72) Sentenza *Allen Bradley v. Local 3, IBEW*, (1945) 325 U.S. 797, disponibile in www.findlaw.com/cascode/index.html.

(73) Sentenza *United Mine workers of America v. Pennington*, (1965) 381 U.S. 657, disponibile in www.findlaw.com/cascode/index.html.

esempio del tipo di accordo descritto sopra.

Nella sentenza sul caso *Connell Construction Co. v. Plumbers Local 100* (74) la Corte Suprema ha infatti vietato a *Local 100*, che rappresentava gli idraulici di Dallas, di obbligare ad un *general contractor* la limitazione del ricorso ai sub-contratti a favore dei soli soggetti che avevano un contratto con il sindacato stesso. In tale fattispecie si verificava una lesione delle dinamiche concorrenziali in un duplice aspetto: sia in quanto l'accordo vietava il ricorso ad un sub-fornitore non solo per quelle

imprese che non avevano un contratto con *Local 100*, ma anche per quelle che non osservavano i salari e gli orari previsti dall'associazione medesima; sia poiché il sindacato si riservava la facoltà di escludere anche i subcontraenti propri associati.

È da notare come il caso esaminato ricada nella fattispecie in cui non è alterata solamente la concorrenza sul mercato del prodotto o servizio finale, ma principalmente la concorrenza sul mercato dei beni e servizi intermedi necessari al processo produttivo, siano essi formule contrattuali alternative

come nel caso suesposto, ovvero apparecchiature tecnologiche, alternative alla manodopera, di cui si limita l'utilizzo.

Nota:

(74) Sentenza *Connell Construction Co. v. Plumbers Local 100*, (1975) 421 U.S. 616, disponibile in www.findlaw.com/cascode/index.html.

CORSI E CONVEGNI

IPSOA  Scuola
 di
 Formazione

MANAGEMENT

Marketing, vendite, comunicazione e risorse umane

Il Marketing turistico

Milano, 2 e 3 ottobre 2006

La scrittura efficace per una comunicazione di successo

Milano, 10 e 11 ottobre 2006

Il Marketing dei prodotti editoriali

Milano, 12 e 13 ottobre 2006

Tecniche di vendita. Come diventare professionisti delle relazioni d'affari

Roma, 11 e 12 ottobre 2006

Milano, 18 e 19 ottobre 2006

Marketing e comunicazione: corso base

Roma, 18, 19 e 26 ottobre 2006

Milano, 25, 26 ottobre e 15 novembre 2006

Marketing: corso avanzato, dalla strategia all'operatività

Roma, 30 novembre e 1 dicembre 2006

Milano, 12 e 13 dicembre 2006

Organizzare e gestire un evento: corso base

Roma, 13 e 14 novembre 2006

Il Marketing dei servizi

Milano, 16, 17 e 30 novembre 2006

La comunicazione per gli studi professionali

Milano, 8 e 9 novembre 2006

Parlare in pubblico: presentare con successo idee, progetti e controllare paure, emozioni e stress

Roma, 8, 9 e 22 novembre 2006

La comunicazione nella pubblica amministrazione. Uffici Relazioni pubbliche

Milano, 22, 23 e 30 novembre 2006

La gestione delle Risorse Umane

Milano, 21 novembre 2006

Roma, 29 novembre 2006

Per informazioni e iscrizioni

Scuola di Formazione Ipsoa

Tel. 02/82476.316-889-331-838

formazione@ipsoa.it - www.ipsoa.it/formazione



Approfondimenti