

NORMATIVA SULLA CONCORRENZA (Antitrust)

Introduzione

Richiami Storici

Lo Sherman Act

Il Clayton Act

Il Robinson Patman Act

Il Federal Trade Commission Act

Lo Hart-Scott-Rodino Act

Interpretazione ed applicazione della legge Antitrust

Responsabilità Oggettiva (c.d. "Per se Violation")

Criterio di Ragionevolezza dell'attività in questione

Applicazione della legge Antitrust; Sanzioni e Risarcimenti

La Commissione Federale per il Commercio

Il Dipartimento della Giustizia

Procuratori Generali degli Stati

Azioni Legali di Privati

Introduzione

Le leggi americane sulla libera concorrenza (c.d. "Antitrust Laws") intendono prevenire regolandola, l'illecita formazione e sviluppo di posizioni predominanti o monopolistiche -cioè la creazione o crescita di una posizione commerciale predominante che non sia l'effetto di una maggiore efficienza- o qualunque altro tipo di accordi intesi a sminuire la libera concorrenza del mercato. Tra le molteplici leggi che disciplinano questa materia le più importanti sono: lo Sherman Act del 1890; il Clayton Act, del 1914; poi modificato dal Robinson-Patman Act del 1936; il Federal Trade Commission Act del 1914 e lo Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act del 1976.

Richiami Storici

Lo "Sherman Act" del 1890 fu la prima legge federale emanata in risposta a quella che appariva essere una concentrazione del potere economico in grandi gruppi industriali. Alcune attività commerciali in forte sviluppo, tra le quali in particolare la ferroviaria, petrolifera e del tabacco, avevano deciso di evitare la reciproca concorrenza unendo le forze e le varie società concorrenti, consolidandole in entità più grandi. Il c.d. "Standard Oil Trust", che fu costituito nel 1882, è stato il precursore delle odierne società partecipate (c.d. "holding company"). Le azioni di nove società petrolifere fino allora in concorrenza tra loro, vennero fatte confluire e gestire da un fedecommesso (c.d. "trust") costituito ad hoc. Il consiglio dei fiduciari prendeva le decisioni per tutte le nove società riunite nel trust, dando così vita ad un monopolio.

Lo Sherman Act intendeva limitare la concentrazione di potere economico di questi trust. Benché numerosi Stati dell'Unione avessero già emanato norme per limitare i monopoli all'interno dei propri confini, lo Sherman Act si prefiggeva lo scopo di disciplinare quanto accadeva in più Stati. Tuttavia, molti dei termini chiave dello Sherman Act non venivano adeguatamente definiti dal legislatore, la materia ha visto uno notevole sviluppo giurisprudenziale.

Le leggi antitrust sono fatte rispettare con azioni che possono essere sia amministrative, che civili ed anche penali, dalla Commissione Federale per il Commercio (c.d. "Federal Trade Commission" o "FTC"), dal Dipartimento della Giustizia (c.d. "Department of Justice" o "DOJ"), e dai Procuratori Generali dei vari Stati. In ultimo e di particolare rilievo per la sua peculiarità e per i suoi risvolti pratici, anche il comune cittadino (sia esso persona fisica o giuridica) che ritiene e può provare di aver sostenuto dei danni a motivo diretto della violazioni delle leggi antitrust, è legittimato attivamente e può dare inizio ad azioni legali per far rispettare le leggi antitrust nonché per ottenere il risarcimento dei danni oltre a danni punitivi. In questi casi deve esserci sempre un sottostante interesse pubblico che giustifichi l'intervento privato, che tuttavia, rendono ancora più efficaci le leggi antitrust.

Lo Sherman Act

L'articolo 1 dello Sherman Act proibisce qualsiasi accordo che irragionevolmente limiti il libero commercio. Perché ci possa essere una violazione dell'articolo 1, almeno due parti devono essere coinvolte nella formulazione di un accordo illegale per concordare i prezzi di un determinato prodotto, o per ridurre la produzione a livelli prestabiliti, oppure per ripartirsi i mercati, o per rifiutare rapporti commerciali con terzi non fanno parte dell'accordo illegale.

L'articolo 2 dello Sherman Act, vieta i monopoli, il tentativo di costituire monopoli o qualsiasi accordo volto a dare vita ad un monopolio. Questo articolo, a differenza dell'articolo 1, si applica alla condotta anche di singole persone fisiche o giuridiche, indipendentemente da accordi con terzi, che cerchino di monopolizzare il mercato o condurre trattative a ciò finalizzate.

Dal 2004, le sanzioni connesse alla violazione dell'articolo 1 o dell'articolo 2 possono consistere: a) in ammende fino a 10 milioni di dollari per le società e 350.000 dollari per i singoli individui; b) in pene detentive fino a tre anni; c) o in una combinazione di pena pecuniaria e pena detentiva. I c.d. "Corporate Officer" [***Deep link to ICE - I - Il diritto societario negli Stati Uniti (U.S. Corporate Law)***] (ricoprenti le cariche operative in una società, quali quelle di presidente, vicepresidente, e tesoriere) rispondono penalmente per la condotta della società e spesso la sanzione pecuniaria a carico della società è combinata con la comminazione di una pena detentiva a gli "Officer".

Il Clayton Act

L'articolo 3 del Clayton Act proibisce determinati accordi di esclusiva e rende illecito per un venditore stipulare contratti per la vendita di merci o che stabiliscano il prezzo di vendita di tali merci qualora si

richieda che l'acquirente non intrattenga rapporti commerciali con concorrenti del venditore. Questa norma si applica solo nel caso in cui l'accordo tra le parti limiti sostanzialmente la concorrenza o crei un monopolio.

L'articolo 4 del Clayton Act crea il diritto ad un'azione per il risarcimento del danno per coloro che provino di aver subito un danno nella propria attività commerciale a causa della violazione della normativa federale antitrust. Il risarcimento può ammontare fino ad un triplo dei danni subiti, oltre al rimborso delle spese legali.

L'articolo 7 proibisce fusioni od acquisizioni che possano diminuire sostanzialmente la concorrenza o tendere alla creazione di un monopolio.

L'articolo 8 (aggiunto nel 1980), proibisce ad una persona fisica di svolgere contemporaneamente il ruolo di "Director" (cioè di amministratore) od Officer di due o più società qualora: (1) la somma di capitale, riserve ed profitti di ciascuna delle due o più società è superiore ai 10.000.000 di dollari; (2) ognuna delle società svolga attività commerciale; e (3) le società siano tra loro concorrenti.

Il Robinson Patman Act

Il Robinson Patman Act, da alcuni studiosi americani ritenuto non confacente alla realtà economica e di mercato, proibisce qualsiasi tipo di discriminazione basata sul prezzo di vendita di prodotti "dello stesso grado e tipo di qualità", destinati alla vendita od uso nel mercato statunitense, qualora da ciò ne possa derivare un danno sostanziale alla libera concorrenza.

Sono sei gli elementi di prova di un'azione in base a questa legge e cioè: 1) che l'operazione commerciale in questione abbia luogo tra due o più stati; 2) che esista una differenza nel prezzo (che può essere anche una differenza nei termini di credito, o sconti, o rimborsi o costi di trasporto); 3) che siano state completati almeno due acquisti (non avendo rilievo le offerte a cui non abbia fatto seguito un effettivo acquisto, né vendite in conto deposito, locazioni o licenze); 4) che l'acquisto sia di beni che la vendita di servizi, assicurazioni, strumenti finanziari o beni immobili non è regolato dal Robinson Patman Act; 5) i beni siano sostanzialmente simili per quel che riguarda la loro qualità (prodotti riportanti un marchio d'impresa sono considerati allo stesso modo di quelli che non hanno alcun marchio); ed infine, (6) l'uso o la vendita dei prodotti deve avvenire negli Stati Uniti.

Il Robinson Patman Act non si applica a vendite in esportazione né a vendite nelle quali un'acquirente sia negli Stati Uniti mentre l'altro all'estero. Si tenga tuttavia presente che il Robinson Patman Act trova applicazione ogni qual volta un venditore intenda proporre prezzi diversi, sconti o termini di credito ad acquirenti negli Stati Uniti.

Il Federal Trade Commission Act

L'articolo 5 del "Federal Trade Commission Act" o "FTC Act" sancisce, peraltro in modo alquanto generico, l'illegalità di "metodi scorretti di concorrenza" e "di azioni o pratiche scorrette o ingannevoli." Nella sostanza ed in base al FTC Act, la Commissione Federale per il Commercio (c.d. "FTC") può intentare azioni legali qualora accerti una condotta proibita sia ai sensi del Clayton Act che del Robinson-Patman Act, oltre che ai sensi del FTC Act. Inoltre, benché la FTC non abbia diretta competenza in materia di Sherman Act, grazie all'articolo 5 del FTC Act, può di fatto e di legge considerare ed agire qualora una condotta violi apertamente anche quanto previsto dallo Sherman Act. Di fatto, la previsione normativa di cui al FTC Act è talmente generica che anche qualora una condotta non violi le previsioni specifiche delle summenzionate normative contro la concorrenza, la FTC potrà sempre giudicare la condotta scorretta od ingannevole.

Lo Hart-Scott-Rodino Act

Lo Hart-Scott-Rodino Act (c.d. "HSR Act") stabilisce che le parti intenzionate ad acquistare azioni (c.d. "stock purchase") o gli attivi societari (c.d. "asset purchase"), o fondere due o più società, sono tenute farne notifica alla Commissione Federale per il Commercio (c.d. "FTC") nonché alla Divisione Antitrust (c.d. "Antitrust Division") del Dipartimento di Giustizia (c.d. "Department of Justice" o "DOJ") prima di finalizzare l'operazione d'acquisto o fusione.

La notifica è richiesta al sussistere di determinati prerequisiti concernenti il valore della transazione e la dimensione commerciale delle parti coinvolte nella transazione. In particolare e dal 2004, il prerequisito del valore si applica ad operazioni che abbiano un valore di almeno cinquanta milioni (USD. 50.000.000) di dollari. In quanto alla dimensione delle parti, invece, si devono prendere in considerazione le dimensioni dell'intero gruppo societario della parte acquirente così come della cedente (c.d. "target"). Fanno parte del gruppo quali controllate, tutte le società di cui è detenuta, direttamente od indirettamente, il 50% o più delle azioni con diritto di voto, o si abbia il diritto di eleggere almeno il 50% dei "Director" della società. Qualora una delle parti, anche intesa come gruppo, disponga di un attivo a livello internazionale o di vendite nette internazionali per un valore di almeno cento milioni (USD. 100.000.000) di dollari e l'altra parte abbia a sua volta un attivo o vendite nette internazionali per un valore di almeno dieci milioni (USD. 10.000.000) di dollari, in questo caso il prerequisito è provato.

Qualora sia richiesto il deposito di documentazione, entrambe le parti saranno tenute a fornire alla FTC ed al DOJ: informazioni dettagliate relative alle loro attività, ivi inclusi ricavi negli Stati Uniti derivanti da tutte le società anche non americane, per l'anno fiscale più recente nonché per l'anno 1997 fissato come anno di paragone standard; una lista di tutte le società controllate a livello mondiale; una lista di tutti gli azionisti di minoranza (cioè azionisti con più del 5% ma meno del 50% delle azioni della società); e una lista di ogni altra società in cui ognuna delle controllate detenga più del 5% ma meno del 50% delle azioni con diritto di voto.

Il deposito della documentazione comporta il pagamento di una tassa di deposito, solitamente a carico della parte acquirente (benché la parti possano negoziare una differente ripartizione di questa tassa) che viene determinata in base al valore dell'operazione da considerare:

Valore dell'Operazione	Tassa di Deposito
Fino a USD. 100.000.000	USD. 45.000
Da USD. 100.000.000 a meno di USD. 500.000.000	USD. 125.000
USD. 500.000.000 o più	USD. 280.000

Interpretazione ed applicazione della legge Antitrust

In sostanza i tribunali federali applicano due criteri d'analisi per casi di antitrust: un criterio legato alla responsabilità oggettiva (c.d. "per se violation"), qualora la condotta sia ritenuta di portata tale e talmente dannosa alla concorrenza che non si ritenga esservi alcuna valida giustificazione; ed un criterio ragionevolezza (c.d. "rule of reason"), in base al quale il convenuto può giustificare la propria condotta – giustificazione che comporta una analisi molto sofisticata e dettagliata (oltre che onerosa), dal punto di vista economico così come giuridico, dei mercati e della concorrenza coinvolti nell'operazione.

Responsabilità Oggettiva (c.d. "Per se Violation"):

Le Per Se Violation sono azioni ritenute talmente dannose alla libera concorrenza che la sola esistenza del fatto è prova sufficiente della responsabilità del convenuto il quale non potrà giustificare le proprie azioni. In base alla normativa sulla responsabilità oggettiva, una limitazione della concorrenza è considerata irragionevole senza che vi sia la necessità di effettuare alcuna indagine sull'effettiva esistenza del danno o le motivazioni commerciali per l'azione. La parte convenuta potrà solo cercare di limitare l'ammontare del risarcimento.

In generale, la normativa sulla responsabilità oggettiva trova applicazione nei casi di "limitazioni orizzontali alla libera concorrenza" – ovvero i casi in cui le parti sono concorrenti o sono comunque parte dello stesso livello nella catena di distribuzione. Tipiche delle Per Se Violation:

- Accordi tra concorrenti per fissare il prezzo di vendita di un prodotto
- Accordi tra concorrenti per ridurre o limitare la produzione
- Accordi tra concorrenti per ripartire i mercati o la clientela
- Accordi tra concorrenti per boicottare od escludere altri concorrenti

Le suddette attività antitrust sono state perseguite sia come limitazioni della libera concorrenza in base all'articolo 1 dello Sherman Act, che come cospirazioni disciplinate dall'articolo 2 della stessa legge.

È importante ricordare che la condotta unilaterale non viene esaminata in base alla normativa sulla responsabilità oggettiva o Per Se Violation, poiché questa ultima trova applicazione solo qualora vi sia un accordo tra le parti. In genere, quindi, è più difficile provare una violazione dello Sherman Act se un produttore decide di aumentare il prezzo della propria merce, in assenza di un accordo in tal senso con gli altri produttori, e le società concorrenti fanno altrettanto, o qualora il produttore decida, in base al proprio piano di marketing e distribuzione, di ripartire determinati territori geografici tra i suoi distributori. Per questo un'eventuale azione legale viene esaminata in base alla regola della ragionevolezza dell'attività in questione.

Criterio di Ragionevolezza dell'attività in questione (c.d. "Rule of Reason"):

Le attività che non influiscono chiaramente e senza spazio ad ambiguità sulla libera concorrenza, sono solitamente analizzate in base al criterio detto della ragionevolezza della attività posta in essere e della quale si valutano eventuali conseguenze anticoncorrenziali. L'indagine è diretta a comprendere se una determinata limitazione promuova o, invece, riduca la libera concorrenza.

La regola sulla ragionevolezza dell'attività esaminata si applica a restrizioni verticali del commercio – ovvero tra parti che siano su diversi livelli nella catena di distribuzione, come ad esempio produttore e distributore, o commerciante all'ingrosso e commerciante al dettaglio – e a quelle su livelli orizzontali che non sono analizzate in base alla norma sulla responsabilità oggettiva. Tipiche dell'esame in base al "Rule of Reason":

- Accordi verticali legati a territori o clienti (p.e., esclusiva per determinati territori o aree di primaria responsabilità)
- Risoluzione di accordi di rivendita (c.d. "dealer") o rifiuto unilaterale a condurre affari con certe parti
- Accordi che legano un prodotto ad un altro (c.d. "tying arrangement"), cioè che condizionano la vendita all'acquirente di un prodotto all'acquisto di un altro prodotto
- Esclusive, cioè i casi in cui il venditore accetta di vendere i suoi prodotti solo a condizione che l'acquirente accetti di non acquistare lo stesso prodotto da altri rivenditori
- Pratiche monopolistiche o tentativi di creare dei monopoli

In tutti i summenzionati casi, l'attore deve provare che la condotta del convenuto viola una normativa antitrust e che ha già causato, o può causare con ogni probabilità un effetto sostanzialmente avverso alla libera concorrenza e più generalmente al mercato (ed in ultima analisi, ai consumatori) – e non soltanto all'attore stesso. Il convenuto avrà l'opportunità di dimostrare quali siano le condizioni dello specifico mercato per il prodotto in questione (ivi inclusa la percentuale che il convenuto ha sul mercato) e le giustificazioni economiche per aver tenuto una determinata condotta. Tale analisi

richiede la testimonianza di economisti, esperti in statistica ed altri esperti del settore commerciale in questione. L'intero procedimento comporta tempi e costi ragguardevoli.

In ultima analisi in casi controllati dalla "rule of reason", la domanda che ci si deve porre è se gli effetti negativi per la libera concorrenza siano maggiori o minori dei benefici che questa può trarre dalla condotta che viene esaminata.

Applicazione della legge Antitrust; Sanzioni e Risarcimenti

Le leggi antitrust sono fatte rispettare dalla Commissione Federale per il Commercio (c.d. "Federal Trade Commission" o "FTC"), dal Dipartimento della Giustizia (c.d. "Department of Justice" o "DOJ"), e dai Procuratori Generali dei vari stati.

La Commissione Federale per il Commercio.

Creata nel 1914 con il FTC Act, questa commissione ha l'autorità per far applicare, iniziando azioni legali, le leggi antitrust quali il Clayton Act ed il Robinson-Patman Act, come anche lo Sherman Act.

Il Dipartimento della Giustizia.

Il DOJ, cioè il ministero della giustizia americano, è responsabile per l'applicazione dello Sherman Act e condivide con la FTC e con altre agenzie federali, l'autorità in materia di Clayton Act. A seconda delle particolari situazioni e dei tipi di violazioni o del tipo di mercato che ne è coinvolto, il DOJ e la FTC decidono quale delle due agenzie investigherà condotta in violazione delle leggi antitrust. Tuttavia solo il DOJ può agire penalmente e lo fa solitamente quando le prove siano sufficienti a superare l'onere molto più elevato tipico di un'azione penale, altrimenti può decidere di agire civilmente per l'imposizione di una sanzione risarcitoria del danno causato.

Procuratori Generali degli Stati.

Alla stregua dei privati cittadini, anche gli Stati ed altre suddivisioni amministrative, per esempio i comuni, possono agire civilmente per il recupero dei danni che ritengono di aver subito, quali acquirenti di beni, per comportamenti che contravvengono il Clayton Act. Si ricorda che essendo le leggi antitrust di natura federale la loro applicazione a livello penale viene rimessa unicamente al governo federale.

La maggioranza delle cause civili introdotte dai procuratori generali statali intendono recuperare quale risarcimento di un danno i maggiori costi che lo Stato o sue suddivisioni amministrative, ha sostenuto a causa di manipolazioni dei prezzi. Gli Stati hanno anche la legittimazione attiva per agire a favore di singoli cittadini –persone fisiche - che abbiano subito un danno a causa della violazione di una norma dello Sherman Act.

Azioni Legali di Privati

Lo Sherman Act ed il Clayton Act, così come modificato dal Robinson-Patman Act, permettono a privati cittadini di agire legalmente per il risarcimento danni a imprese o beni a causa della violazione di queste leggi.

Il Clayton Act autorizza risarcimenti in un ammontare fino a tre volte i danni effettivamente sofferti dall'attore, private cittadino, inclusi costi legali ed onorari.

Perché l'attore possa ottenere la triplicazione dei danni in base alla legge antitrust, deve provare che ha subito un danno all'impresa o a dei beni causato dalla violazione antitrust ed al contempo vi sia stato un danno pubblico, cosiddetto "antitrust injury". Il danno pubblico è quello alla libera concorrenza, il danno privato è quello causato da una minore concorrenza ottenuta in violazione delle leggi antitrust e non da una legittima maggiore concorrenza sul mercato