



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

**SCUOLA DI DOTTORATO IN DIRITTO SOVRANAZIONALE E DIRITTO
INTERNO**

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO COMPARATO – IUS 04
XXIV CICLO**

LA TUTELA DELLA CONCORRENZA NELLA REPUBBLICA POPOLARE CINESE

Tesi di dottorato di
Stefano Vitrano

Tutor:
Chiar.mo Prof. Vincenzo Meli

Coordinatore
Chiar.mo Prof. Guido Smorto

ANNO ACCADEMICO 2013 - 2014

Ringraziamenti

Questo lavoro non sarebbe stato possibile senza il sostegno incondizionato ricevuto dal prof. Vincenzo Meli dell'Università di Palermo, che sempre ha creduto in me ed in questo progetto; al suo intuito devo l'impulso per essermi immerso in questa ricerca rivelatasi straordinariamente affascinante e prolifica: a lui più di ogni altro sono grato.

Un sincero ringraziamento va a chi mi ha sostenuto ed incoraggiato a proseguire il mio progetto durante questi tre anni di dottorato: al prof. Enrico Camilleri dell'Università di Palermo, alla prof.ssa Wang Xiaoye dell'Accademia cinese di scienze sociali di Pechino, alla prof.ssa Chen Ruohong dell'Università di studi stranieri di Pechino, al prof. Prasad Krishnamurthy dell'University of California Berkeley, al prof. Alex Wang dell'University of California Los Angeles.

Essenziale è stato l'appoggio dei miei genitori e di mia sorella che con il loro affetto mi hanno incoraggiato e silenziosamente protetto, rendendomi più lieve il peso della fatica. Magnifico ed insostituibile, infine, è stato l'aiuto di Gabriella, che ha condiviso con me ogni passo di questo percorso e saputo infondermi fiducia nei momenti più difficili.

A tutti, di cuore, grazie!

INDICE

LA TUTELA DELLA CONCORRENZA NELLA REPUBBLICA POPOLARE CINESE

Elenco delle abbreviazioni *XI*

INTRODUZIONE 1

CAPITOLO PRIMO

Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

I. – UN SECOLO DI RIVOLUZIONI E RIFORME ECONOMICHE	9
1. – La Cina prima del 1949	10
2. – L’era di Mao	13
3. – Apertura del mercato ed avvio delle riforme	16
4. – L’economia socialista di mercato e l’ingresso nel WTO	19
5. – Il mercato cinese oggi	23
6. – Imprese statali	28
6.1 Origini e sviluppi	28
6.2 Il controllo da parte dello Stato	30
6.3 Privilegi e limiti	32
II. – IL SISTEMA GIURIDICO CINESE	34
7. – La lunga marcia verso il <i>rule of law</i>	34
8. – Geometria istituzionale e gerarchia delle fonti	39
8.1 Potere legislativo e regolamentare	39
8.2 Potere interpretativo e giudizio di conformità delle fonti	41
9. – Le Corti	44
9.1 Struttura ed indipendenza	44
9.2 Controlli costituzionali	46
9.3 Controlli informali	47
9.4 Reputazione e professionalità dei giudici	50
10. – Il Partito Comunista Cinese	51
10.1 Il partito e lo Stato	51
10.2 Il partito e le imprese	54
10.3 Recenti evoluzioni	54

CAPITOLO SECONDO

Origini della legge antimonopoli

I. – CORNICE ECONOMICA E NORMATIVA DELLA NUOVA LEGGE ANTIMONOPOLI	57
1. – L'imperfetta concorrenza nel mercato cinese	58
1.1 Dominio dell'impresa pubblica	58
1.2 Concorrenza eccessiva	60
2. – Normative preesistenti all'emanazione della legge antimonopoli	16
2.1 Legge contro la concorrenza sleale	67
2.2 Legge sui prezzi	77
2.3 Altre disposizioni a tutela della concorrenza	84
II. – APPROVAZIONE DELLA LEGGE ANTIMONOPOLI	88
3. – Il tormentato percorso legislativo	89
3.1 Le opinioni contrarie	89
3.2 Le ragioni di un ritrovato interesse	91
3.3 Adozione della legge antimonopoli	95
4. – Modelli giuridici a confronto	97
4.1 Circolazione delle norme antitrust	97
4.2 Influenza delle esperienze giuridiche straniere	99
4.3 La preferenza per il modello europeo	100
5. – Una via cinese al diritto della concorrenza?	104
5.1 Consonanze e dissonanze della legge antimonopolistica cinese	104
5.2 Prospettive di evoluzione futura	107

CAPITOLO TERZO

Principi e concetti fondamentali

1. – Obiettivi della legge antimonopoli	109
2. – Ambito di applicazione	114
2.1 Extraterritorialità	114
2.2 Settore agricolo	117
3. – Competenza degli organi amministrativi	120
3.1 Organi centrali	120
3.2 Organi periferici	123
3.3 Autorità di settore	125
4. – Destinatari delle regole della concorrenza	127

4.1 L'impresa: definizione	127
4.2 Associazioni industriali	130
4.3 Imprese statali di importanza strategica e monopoli legali	133
4.4 Autorità amministrative ed enti incaricati di svolgere funzioni pubbliche	143
5. – Definizione del mercato rilevante	146

CAPITOLO QUARTO

Accordi monopolistici

1. – Introduzione	153
1.1 L'esigenza di un cambio di rotta	153
1.2 Caratteri generali degli accordi monopolistici	154
2. – Accordi orizzontali	158
2.1 Accordi di fissazione del prezzo	158
2.2 Accordi di limitazione della produzione o delle vendite	159
2.3 Accordi di ripartizione del mercato	160
2.4 Accordi di trasferimento tecnologico	161
2.5 Boicottaggio collettivo	165
2.6 Altre fattispecie: la manipolazione delle gare di appalto	166
2.7 Decisioni delle associazioni industriali	167
3. – Accordi verticali	168
3.1 Accordi di fissazione del prezzo di rivendita	168
3.2 Altre fattispecie	173
4. – Esenzioni	176
4.1 Struttura e finalità	176
4.2 I miglioramenti dell'offerta	179
4.3 La tutela delle piccole e medie imprese	179
4.4 La realizzazione dell'interesse pubblico	181
4.5 Cartelli di crisi	183
4.6 Cartelli di esportazione	184

CAPITOLO QUINTO

Abusi di posizione dominante

1. – Posizione dominante	189
--------------------------	-----

1.1 Precedenti storici	189
1.2 Definizione di posizione dominante	190
1.3 Imprese destinatarie della disciplina	191
1.4 Prova della dominanza: a) la misurazione “analitica”	192
1.5 Segue: b) la misurazione presuntiva	196
2. – Abuso	200
2.1 Finalità anticoncorrenziale della condotta	200
2.2 Ingiustificatezza	203
3. – Singole condotte abusive	206
3.1 Prezzi iniqui	206
3.2 Prezzi predatori	209
3.3 Rifiuto a contrarre	211
3.4 Rapporti di esclusiva	214
3.5 Pratiche leganti	217
3.6 Imposizione di condizioni di transazione irragionevoli	221
3.7 Pratiche discriminatorie	223
4. – Abuso dei diritti di proprietà intellettuale	228
4.1 Il delicato rapporto tra diritto antitrust e diritto della proprietà intellettuale	228
4.2 Ambito operativo della disposizione	230
4.3 Abusi di posizione dominante e proprietà intellettuale	232
4.4 I rimedi: le licenze obbligatorie	238
4.5 Il caso <i>Huawei c. Interdigital</i> : le tendenze della politica antitrust cinese nel rapporto con la proprietà intellettuale	240

CAPITOLO SESTO

Concentrazioni

1. – Precedenti normativi	248
2. – Nozione di concentrazione	251
2.1 Definizione legislativa: fusione, acquisizione di controllo e influenza determinante	251
2.2 <i>Joint Venture</i>	253
3. – Notifica delle concentrazioni	254
3.1 Soglie di notifica	254
3.2 Obbligo di notifica	257
3.3 Documenti e materiali da notificare	259
3.4 Esenzione dall’obbligo di notifica e concentrazioni tra imprese statali	260
3.5 Concentrazioni al di sotto della soglia	263
4. – Procedimenti di controllo	264

4.1 Procedimento ordinario	264
4.2 Procedimento “semplificato”	267
5. – Criteri di valutazione	269
5.1 Quote di mercato e grado di concentrazione dell’offerta	269
5.2 Effetti restrittivi ed efficienze	271
5.3 Concentrazioni restrittive	275
5.4 Concentrazioni di interesse pubblico	276
6. – Prime applicazioni	279
6.1 Brevi statistiche	279
6.2 Concentrazioni orizzontali	280
6.3 Concentrazioni verticali	284
6.4 Concentrazioni conglomerali	287
7. – Rimedi	292
7.1 Rimedi unilaterali e concordati	292
7.2 Rimedi strutturali	294
7.3 Rimedi comportamentali	295
8. – Procedura di esame della sicurezza nazionale	299
8.1 Il controllo degli investimenti stranieri in Cina: origini e comparazione	299
8.2 Procedimento	302
8.3 La necessaria non interferenza con il controllo antitrust	305
9. – Un primo bilancio	308

CAPITOLO SETTIMO

Abusi di potere amministrativo

1. – Monopoli amministrativi	313
1.1 Definizione	313
1.2 Monopoli amministrativi e monopoli economici	315
1.3 Monopoli amministrativi e monopoli statali	316
1.4 Formazione e cause	318
2. – Abuso di potere amministrativo	321
2.1 Ragioni dell’inserimento all’interno della legge antimonopoli	321
2.2 Rapporto con le altre norme	324
2.3 Abuso e finalità escludente	325
3. – Singoli divieti della legge antimonopoli	326
3.1 Obbligo di contrarre con le imprese affiliate	326
3.2 Discriminazioni territoriali	328
3.3 Gare di appalto	330
3.4 Restrizioni agli investimenti ed allo stabilimento	330
3.5 Induzione a condotte antimonopolistiche	331

3.6 Emanazione di disposizioni restrittive della concorrenza	332
3.7 Fattispecie atipiche	333
4. – Meccanismi di applicazione	334
4.1 Ruolo dell' autorità antitrust	334
4.2 Potere di raccomandazione	337
4.3 Tutela giurisdizionale: l' alternativa del processo amministrativo	339
5. – Considerazioni finali	341

CAPITOLO OTTAVO

Applicazione delle norme antimonopolistiche

I. – PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO	347
1. – Indagini	347
1.1 Avvio del procedimento	347
1.2 Poteri ispettivi	348
1.3 Svolgimento delle indagini	349
2. – Chiusura del procedimento	351
2.1 Accertamento della violazione	351
2.2 impegni	352
3. – Impugnazione dei provvedimenti	353
3.1 Revisione in via amministrativa	353
3.2 Revisione giudiziale	354
II. – CONSEGUENZE DELLA VIOLAZIONE	356
4. – Sanzioni	356
4.1 Sanzioni amministrative	356
4.2 Sanzioni disciplinari	358
4.3 Sanzioni penali	358
5. – <i>Leniency Program</i>	360
6. – <i>Private Enforcement</i>	362
CONCLUSIONI	365
APPENDICE: Legge antimonopoli della Repubblica Popolare Cinese	373
INDICE BIBLIOGRAFICO	389

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

AIC: Amministrazione per l'Industria ed il Commercio [ufficio decentrato dell'ASIC].

AML: *Anti-Monopoly Law*.

ARALA: Autorità Responsabile dell'Applicazione della Legge Antimonopoli.

ASIC: Amministrazione di Stato per l'Industria ed il Commercio.

CACPP: Commissione di Amministrazione e Controllo delle Partecipazioni Pubbliche.

CNP: Congresso Nazionale del Popolo.

CSNR: Commissione per lo Sviluppo Nazionale e le Riforme.

CSP: Corte Suprema del Popolo.

CSEC: Commissione di Stato per l'Economia ed il Commercio.

DOJ: *Department of Justice* degli Stati Uniti d'America.

DPI: Diritti di proprietà intellettuale.

FTC: *Federal Trade Commission* degli Stati Uniti d'America.

GWB: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (legge tedesca contro le restrizioni della concorrenza).

IBA: *International Bar Association*.

ITC: *International Trade Commission*.

PCC: Partito Comunista Cinese.

PMI: Piccole e medie imprese

RPC: Repubblica Popolare Cinese.

RPM: *Resale Price Maintenance*.

UNCTAD: *United Nations Committee for Trade and Development*.

INTRODUZIONE

Il presente lavoro nasce dalla convinzione che gli studi sul diritto della concorrenza non possano esimersi dal considerare il mutato contesto delle relazioni economiche globali e debbano, quindi, saper guardare fuori dai tradizionali confini entro i quali si è finora concentrata l'attenzione della maggior parte degli studiosi e si sono sviluppati quei principi e quelle regole di cui oggi si tende ad universalizzare l'applicazione. A loro volta, gli operatori chiamati a confrontarsi con regole nuove di sistemi poco o nulla conosciuti chiedono di essere accompagnati nella comprensione di queste realtà dal sostegno degli studiosi, i quali li aiutano a razionalizzare il disordinato complesso normativo che si presenta ai loro occhi e permettono loro di orientarsi con maggiore sicurezza nelle relazioni commerciali con quei paesi.

Il diritto della concorrenza non è ancora un diritto "globale" quale quello che si spera potrà realizzarsi in futuro; esso è un diritto che nasce ed è applicato interamente all'interno di ordinamenti giuridici, i quali seguono gli stessi confini del potere politico che ne regge l'emanazione e l'attuazione. Di fronte a questo incontestabile dato di fatto, l'assunto che l'antitrust sia un diritto universale si rivela poco più che un'illusione ed è necessario accettare che ogni regola si adatta all'ordinamento in cui vive, come anche che non esistono soluzioni corrette per ogni situazione e per ogni tempo. Quest'ultima constatazione, seppure sembra ormai quasi del tutto metabolizzata all'interno delle singole realtà ordinamentali, dove più scuole di pensiero antitrust continuamente si scontrano tra loro, sembra perdere vigore quando il confronto è compiuto tra i diritti di Stati differenti, soprattutto allorché uno di essi appartenga alla schiera dei c.d. paesi emergenti. Se un paese si è da poco dotato di una legislazione antitrust, la sua scarsa esperienza con i meccanismi di un'economia di libero mercato lascerebbe persistere un costante dubbio sulla "correttezza" delle soluzioni compiute, quando non addirittura sulla sincerità degli scopi perseguiti, sospettando che l'applicazione del diritto della concorrenza venga spesso piegata alle ragioni della politica. Ci si dimentica, tuttavia, che, se si dovesse giudicare con la medesima severità le decisioni assunte alle loro origini dagli

ordinamenti antitrust attualmente più prestigiosi, si dovrebbe giungere a conclusioni ben più critiche rispetto a quelle che si esprimono oggi in merito ai paesi emergenti. Questo perché le modalità di applicazione del diritto antitrust si conformano alle più ampie esigenze politiche che in un determinato momento storico un ordinamento si prefigge. I paesi che si affacciano sulla scena del diritto della concorrenza devono essere certamente sostenuti e stimolati nel loro percorso di crescita, ma ogni loro orientamento difforme dagli *standard* occidentali va attentamente scrutinato per capire se esso è realmente dannoso per l'economia di quel paese o se, piuttosto, costituisce un necessario adattamento dei principi della concorrenza alle locali condizioni di sviluppo.

La valenza simbolica dell'adozione di una legge della concorrenza in un paese che ancora, convintamente, continua a definirsi "socialista" è di tutta evidenza ed è la ragione del vivacissimo dibattito che ha interessato un numero crescente di studiosi ed operatori del diritto antitrust. L'osservatore occidentale è naturalmente attratto dall'inusitato intreccio creato dall'incontro del modello politico ed economico liberale, di cui le leggi a tutela del mercato sono espressione, con la realtà cinese ed è fondato il timore che l'emotività in lui suscitata da un tale storico compromesso possa traviarne l'indagine. Il rischio è che si preferisca concentrare l'attenzione su considerazioni di carattere astratto circa la riconciliabilità tra opposti principi, a discapito di una valutazione empirica del nascente diritto cinese della concorrenza, il che grava l'analisi di impliciti pregiudizi e fornisce risultati scarsamente realistici e quindi poco utili alla conoscenza dell'ordinamento oggetto d'esame.

Una tipica manifestazione di questo atteggiamento si può scorgere in quei tentativi di misurare il livello di avanzamento del diritto antitrust cinese in base all'aderenza ai principi del c.d. *economic approach* che si è andato imponendo come il modello antitrust dominante e che valorizza all'interno dell'analisi i soli fattori valutabili secondo criteri di efficienza. È stato dimostrato, tuttavia, che un tale orientamento non è imparziale come esso pretende di apparire¹ e che la scelta di limitare le ipotesi di intervento antitrust finisce per privilegiare le imprese più forti e ricche in pregiudizio di quelle di ridotte dimensioni. Riportato su scala mondiale, la

¹ Cfr. Rodriguez – Menon (2010).

Introduzione

preferenza per una limitazione dell'intervento antitrust si traduce in un spostamento di ricchezza a favore delle grandi imprese occidentali in danno degli operatori dei paesi in via di sviluppo.²

Nel compiere le ricerche che hanno portato alla redazione del presente lavoro, si è cercato di sfuggire a questa propensione, spesso inconscia, provando ad approcciarsi, invece, in maniera quanto più neutrale alla conoscenza di un sistema della concorrenza straniero. Un ausilio quanto mai fondamentale per quest'operazione lo si è trovato nella comparazione giuridica. Ciò potrebbe apparire un controsenso per un duplice ordine di ragioni, perché proprio il paragone tra le diverse soluzioni fornite per casi analoghi in occidente e nei paesi in via di sviluppo è la strada attraverso la quale, solitamente, si intendono sottolineare le incongruenze delle decisioni assunte dall'ordinamento comparato e perché spesso la comparazione sottintende un giudizio di valore circa la superiorità del diritto occidentale.

Nello studio del diritto cinese, però, dalla comparazione non si può prescindere e non solo perché a scriverne è uno studioso straniero. Il legislatore cinese, infatti, non ha mai nascosto di aver elaborato il testo della propria legge antitrust attingendo a piene mani dalle esperienze straniere e coinvolgendo esperti ed istituzioni internazionali nel processo di formazione della legge. Per tale motivo, la comparazione ha un indubbio rilievo storico, perché permette di immaginare i ragionamenti compiuti dal legislatore cinese al momento dell'emanazione della legge come delle sue disposizioni di attuazione e dimostra che ogni allontanamento dai modelli considerati dominanti costituisce una scelta ponderata e senz'altro significativa. Ma non è tutto. La comparazione tra i diversi ordinamenti sfata il mito che sia possibile individuare una soluzione univoca o anche solo dominante data ai problemi della concorrenza e questo anche se per il confronto ci si limita ad osservare l'atteggiamento del diritto europeo e di quello statunitense, i sistemi da cui si è soliti ricavare quella che viene poi presentata come la "prassi internazionale" del diritto antitrust. Più che fornire prova della correttezza di una tesi, la comparazione crea nuovi dubbi, perché impone di scrutare i problemi da diverse prospettive ed a domandarsi le ragioni profonde che sostengono una determinata scelta normativa.

Nel corso del lavoro più d'uno sono stati gli ordinamenti oggetto di

² Drexl (2011).

comparazione, ma due sono stati quelli con i quali si è tentato di instaurare un confronto stabile e ad ampio raggio: il diritto della concorrenza che trova la sua fonte nei Trattati dell'Unione Europea ed il diritto antitrust statunitense. La scelta è stata senz'altro segnata da ragioni di carattere soggettivo, essendo su quei due sistemi che durante i miei studi ho sviluppato le maggiori conoscenze, ma a giustificarla è stato soprattutto il desiderio di perseguire un duplice obiettivo. Da un lato, il confronto con l'esperienza dei due ordinamenti occidentali ha permesso di dare sistematicità alla trattazione e l'esame delle loro evoluzioni storiche ha fornito non pochi indizi per predire i possibili sviluppi del diritto della concorrenza cinese. Dall'altro lato, c'è la personale convinzione che l'emersione dell'economia cinese quale seconda potenza economica mondiale (ed a breve, forse, quale detentrica del primato) impone un ripensamento della tassonomia imperante negli studi del diritto della concorrenza, fondata quasi esclusivamente sulla dialettica tra l'Europa e gli Stati Uniti; la legge antimonopoli del 2007, con la quale la Cina si è dotata per la prima volta di un *corpus* unitario di norme antitrust, ha consacrato un nuovo protagonista sulla scena del diritto della concorrenza, il quale si candida a diventare il terzo grande polo di riferimento per gli operatori del settore. Da ciò consegue che conoscere più a fondo l'ordinamento cinese della concorrenza non solo ha un valore genericamente culturale, ma diventa cruciale per acquisire alcune coordinate che si riveleranno essenziali nella navigazione all'interno del mutato contesto dei commerci internazionali.

Per quanto riguarda le concrete modalità di approccio alla tutela della concorrenza in Cina, occorre premettere che chi scrive non conosce la lingua cinese e pertanto non ha avuto accesso diretto alle fonti in lingua originale. L'abbondanza di scritti in lingua inglese, la disponibilità di traduzioni, anche ufficiali, delle leggi e dei testi regolamentari, nonché i consigli e gli scambi di idee con altri studiosi del diritto cinese hanno permesso di attenuare grandemente le conseguenze della mancata padronanza della lingua. Il problema principale, e più profondo, nell'accesso alle fonti cinesi concerne, piuttosto, la scarsa trasparenza delle decisioni amministrative e giurisprudenziali, che raramente vengono pubblicate nella loro interezza. Di molte di esse si ha conoscenza soltanto in via indiretta, attraverso i resoconti dei giudici che hanno partecipato alla decisioni, delle parti e dei loro avvocati o per brevi comunicati stampa che appaiono sui siti delle amministrazioni competenti. Tutto ciò certamente

Introduzione

complica i tentativi di indagare le turbolenze e le inquietudini che caratterizzano la prassi applicativa, al fine di svelare atteggiamenti, linee di pensiero, tendenze che si celano dietro le succinte comunicazioni oggi disponibili. L'obiettivo non è stato però abbandonato e ci si è impegnati per proporre una rappresentazione del diritto della concorrenza non irrigidita attorno al freddo esame del dettato normativo, ma che si integrasse strettamente con l'esame delle decisioni assunte dalle autorità antitrust in questi primi anni di applicazione della legge.

Sempre nell'obiettivo di fornire un'immagine quanto più realistica del diritto cinese della concorrenza, l'analisi non è stata limitata alle sole norme antitrust, ma ha altresì coinvolto tutte le disposizioni che hanno preceduto e che in molti casi convivono, integrandole, con la nuova legge antimonopoli. Si vedrà, così, che alcuni punti che possono apparire oscuri alla lettura della legge antitrust trovano facile soluzione nel momento in cui l'interprete allarga lo sguardo alle altre norme che guidano l'operare delle imprese sul mercato cinese.

“La tutela della concorrenza nella Repubblica Popolare Cinese” è un lavoro suddiviso in otto capitoli in cui, dopo aver centrato il contesto storico, economico e normativo in cui si è inserita la legge antimonopoli del 2007, si procede all'esame dei singoli istituti di quest'ultima.

Il primo capitolo è dedicato a fornire al lettore alcune nozioni di base in merito alle caratteristiche del sistema economico e giuridico cinese, le quali di solito non sono conosciute se non dagli studiosi dello specifico settore. Queste notazioni preliminari consentiranno di cogliere il significato che l'approvazione di una legge sulla concorrenza ha avuto per l'ordinamento cinese, di apprezzare la portata dei principi ivi enunciati e di percepire con maggiore consapevolezza il modo in cui il diritto vive nella pratica esperienza di quel paese.

Il secondo capitolo cerca di comporre il quadro delle condizioni economiche e dell'ambiente normativo in cui la legge antimonopoli si è inserita. In primo luogo si delineerà un mercato diviso tra settori monopolizzati dall'impresa pubblica ed altri in cui l'eccesso di produzione porta le imprese a competere offrendo prezzi spesso al di sotto dei costi. Successivamente si mostrerà come il diritto della concorrenza in Cina non è nato con la legge antimonopoli del 2007 e che esistevano e continuano a rimanere in vigore altre disposizioni che puniscono i comportamenti scorretti delle

imprese sul mercato. Ripercorrendo il processo di formazione della legge antimonopoli, emergeranno le opposte tensioni che caratterizzano l'atteggiamento tenuto dall'amministrazione cinese e dalle imprese locali nei confronti dei nuovi principi della concorrenza. La comparazione tra i modelli rivelerà la fortissima influenza del diritto europeo nella redazione della legge antimonopoli e consentirà di mettere in luce le principali somiglianze e differenze tra il nascente diritto antitrust cinese ed i principali modelli stranieri, come anche le principali difficoltà che esso si appresta ad affrontare nei prossimi anni.

Nel terzo capitolo si entra nel vivo dell'esame delle singole disposizioni della legge antimonopoli. Il nuovo testo normativo contiene un numero significativo di norme di principio, in cui vengono allo scoperto i conflitti che lacerano la politica economica cinese, a riprova della difficile sintesi, che il governo si è ripromesso di realizzare, tra socialismo e mercato. Con l'occasione vengono fornite una serie di nozioni generali che saranno d'aiuto nel resto della trattazione e ci si sofferma, in conclusione, sui criteri di definizione del mercato rilevante e sulle modalità con cui essi sono stati applicati nei primi interventi della giurisprudenza.

Il quarto capitolo ha ad oggetto gli accordi monopolistici, cui la legge dedica appena quattro articoli incentrati, rispettivamente, sugli accordi orizzontali, sugli accordi verticali, le esenzioni e la responsabilità delle associazioni industriali. L'esame di queste norme rivela la tendenza alla tipizzazione propria del legislatore cinese, che in concreto lo ha portato a ridurre gli accordi verticali vietati alla sola ipotesi di intese di fissazione del prezzo di rivendita e a moltiplicare, invece, il novero dei casi di esenzione.

La disciplina degli abusi di posizione dominante è, invece, al centro del quinto capitolo. La Cina ha optato per imporre un generale divieto per l'impresa dominante di abusare della propria posizione per escludere i concorrenti, al quale si associano alcune tipologie di condotte di mero sfruttamento del potere di mercato di chiara ispirazione europea. Non v'è dubbio che la materia sia tra le più complicate del diritto antitrust, sia per l'incerta definizione dei concetti generali, come quello di abuso o di posizione dominante, sia per le difficoltà connesse alla prova in concreto della responsabilità dell'impresa. Nella scarsità di decisioni sul punto, un considerevole aiuto alla ricostruzione delle norme in questione è fornito dalla comparazione con le soluzioni accolte da altri ordinamenti, visto che l'elevata

Introduzione

complessità tecnica e giuridica che caratterizza le fattispecie da esaminare indurrà gli operatori cinesi a prendere spunto dalle esperienze maturate all'estero. In conclusione del capitolo vengono affrontati anche gli abusi dei diritti di proprietà intellettuale, istituto oggetto di una specifica norma della legge antimonopoli ed in realtà trasversale alle diverse condotte anticoncorrenziali, ma la cui struttura e finalità lo avvicina agli abusi di posizione dominante, in coda ai quali si è deciso di esaminarlo.

Le concentrazioni, trattate nel sesto capitolo, sono il settore di gran lunga più sviluppato del diritto cinese della concorrenza, dato che, grazie al meccanismo della notificazione obbligatoria delle operazioni di valore superiore alla soglia legale, l'autorità antitrust ha iniziato ad operarvi già all'indomani dell'entrata in vigore della legge. Il capitolo tenta di fornire una ricostruzione integrata delle disposizioni con le ventuno decisioni attraverso le quali, tra il 2008 ed il 2013, il Ministero del commercio ha vietato o approvato apponendo dei rimedi le concentrazioni ritenute restrittive. Dall'esame emergerà un sistema che tende a concedere notevole spazio ad istanze di politica industriale e di carattere non economico, le quali trovano riconoscimento nel procedimento di controllo delle concentrazioni, in virtù della clausola che consente all'autorità antitrust di approvare operazioni con effetti restrittivi quando ciò si rivela conforme all'interesse pubblico. Alcune brevi considerazioni finali permetteranno di dimostrare che anche negli Stati Uniti ed in Europa le concentrazioni, in ragione dei molteplici interessi ad esse connessi, sono particolarmente vulnerabili alle intrusioni della politica e che è sempre estremamente difficile valutare una concentrazione dal valore di miliardi, che coinvolge migliaia di lavoratori, esclusivamente su ragioni di natura efficientistica.

Il settimo capitolo si occupa degli abusi di potere amministrativo, un istituto peculiare della disciplina antimonopolistica cinese, la cui inserzione nella legge del 2007 è stata sino all'ultimo oggetto di duri scontri. Con gli abusi di potere amministrativo il legislatore cinese tenta di fornire una risposta giuridica unitaria contro le diffusissime restrizioni al libero scambio create dalle amministrazioni pubbliche per proteggere gli operatori di un determinato territorio o appartenenti a specifici settori industriali. Nel capitolo si ricostruisce la natura di questo fenomeno e delle previsioni dettate per contrastarlo, esaminando nel dettaglio le singole disposizioni incluse nella legge e le problematiche connesse alla loro applicazione, la

quale segue uno schema affatto diverso rispetto agli altri istituti del diritto antitrust.

L'analisi termina al capitolo ottavo, dando conto delle procedure, delle sanzioni e delle modalità di contestazione delle decisioni delle autorità antitrust previste dalla legge antimonopoli e dalle disposizioni di attuazione alla stessa.

In coda a quest'ultimo capitolo vengono, infine, presentate alcune brevi conclusioni nelle quali si prova a tirare le fila della ricerca, sottolineando gli aspetti positivi e negativi della nuova normativa cinese ed ipotizzandone le direzioni di sviluppo futuro.

CAPITOLO PRIMO

Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

I. – UN SECOLO DI RIVOLUZIONI E RIFORME ECONOMICHE

Il travaglio economico e politico vissuto dalla Cina nel corso del novecento può essere inserito tra le più complesse e tumultuose esperienze storiche di un secolo già gravido di violenti ed incessanti sconvolgimenti politici. Sorprendentemente, tuttavia, la storia della Cina è sovente negletta negli studi o, al più, nota solo per grandi linee al giurista occidentale, il quale sempre più spesso, è chiamato a rispondere alle sollecitazioni provenienti da quella che è oramai la seconda potenza economica mondiale ed i cui cittadini rappresentano oltre un quinto della popolazione del pianeta.

Il trionfo del Partito Comunista Cinese (PCC) e la nascita della Repubblica Popolare Cinese (RPC) nel 1949 trovano le proprie radici nel gravissimo stato di crisi in cui si è trovata la Cina durante la prima metà del secolo scorso. A loro volta, gli oltre sessant'anni di regime comunista sono stati tutt'altro che unitari, trascorrendo dal forte ideologismo che ha caratterizzato la dittatura di Mao Zedong, alla rottura dell'isolazionismo decretata da Deng Xiaoping e dalla seconda generazione della classe dirigente del partito, per arrivare, infine, alla nuova accelerazione impressa, a partire dal 1992, nel senso di una più convinta apertura ai principi dell'economia di libero mercato. A portare avanti questo cammino è oggi la nuova generazione del PCC, la quinta, la quale appare sempre meno legata alle rigidità ideologiche del passato e pertanto disponibile ad approfondire le riforme avviate negli anni precedenti.¹

¹ Esemplare è la storia di Xi Jinping (15 ottobre 1953), divenuto Presidente della Repubblica Popolare Cinese il 14 marzo 2013, dopo essere stato eletto Segretario Generale della Commissione Permanente del PCC il 15 novembre 2012. La sua giovinezza si situa nel pieno della Rivoluzione Culturale maoista, avendo egli assistito alla deportazione e poi all'arresto, durato sei anni, del padre ed essendo stato costretto ad andare a lavorare per sei anni nelle campagne per "imparare dai contadini" secondo il motto di Mao all'epoca. Finita la Rivoluzione Culturale, Xi portò avanti gli studi contemporaneamente alla propria carriera politica, diventando il primo Presidente della Repubblica

Un'indagine sulla nuova normativa antitrust cinese non può dunque prescindere da un'illustrazione preliminare delle trasformazioni socio-politiche del gigante asiatico e del contesto economico in cui le nuove disposizioni sono chiamate ad operare, tale da lasciare per lo meno intuire lo *shock* culturale, prima ancora che giuridico, derivante dall'emanazione di una normativa a tutela della concorrenza in un paese che si professa ancora formalmente socialista. La conoscenza di questi elementi, unita ad alcune nozioni di base sulle caratteristiche del sistema giuridico, permetterà, quindi, di comprendere il significato delle prime manifestazioni applicative e di predire le probabili evoluzioni future della diritto della concorrenza in Cina.

1.– La Cina prima del 1949

All'ingresso nel Novecento, il celeste impero si presentava in condizioni di profonda arretratezza, con una struttura sociale ancora sostanzialmente ferma al medioevo, in cui era stato relegato dalla severa impostazione confuciana dell'ordine cosmico e dalla chiusura al mondo esterno voluta dalla dinastia Qing.

Una riforma radicale del sistema sembrò l'unica alternativa per un paese umiliato dalle potenze occidentali, che avevano imposto pesanti limitazioni alla sovranità cinese in diverse parti del suo territorio,² minacciato dalle periodiche incursioni militari giapponesi a nord e scosso dai primi fremiti rivoluzionari al suo interno. Osservando l'impressionante crescita economica sperimentata dal Giappone a seguito dell'opera di modernizzazione compiuta nella metà dell'ottocento, l'impero si convinse che l'adozione dei modelli occidentali di monarchia “costituzionale” potesse costituire la base per una riscossa del paese ormai agonizzante. Si tentò così di importare i frutti più avanzati dei modelli giuridici europei, spesso attraverso la

con una laurea in legge. L'accecamento ideologico della Rivoluzione Culturale ha lasciato in lui una visione disincantata e assai pragmatica dell'attività di partito, che lo accumuna ai suoi coetanei e che è efficacemente riassunta da una frase che egli stesso ebbe a pronunciare durante un'intervista alla tv di stato nel 2003: “*In passato, quando parlavamo delle nostre convinzioni, era tutto molto astratto. Penso che i giovani della mia generazione saranno ricordati per il fervore dell'era delle Guardie rosse. Ma era una questione emotiva, di umore, e quando gli ideali della Rivoluzione Culturale divennero irrealizzabili, si dimostrò un'illusione*” (la citazione si può leggere in Watts (2007).

² A seguito della guerra dell'oppio (1839–1842) le potenze occidentali avevano ottenuto sempre più ampie prerogative, attraverso le c.d. “capitolazioni” con i quali istituivano zone franche di commercio nel territorio cinese ed ottenevano il diritto a ché i propri cittadini fossero giudicati dai propri consoli e, in un secondo momento, da tribunali misti, che applicavano il diritto dei paesi di provenienza, proprio in virtù della ritenuta “arretratezza” del diritto cinese; v. Ajani – Timoteo – Serafino (2007), p. 178; Cheng Tien-Hsi (1948), pp. 170 ss.

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

mediazione della ricezione già fattane del sistema giapponese, ritenuto più simile a quello cinese, secondo una delicata opera di sintesi con il sostrato della tradizione confuciana locale, racchiusa nel principio del *Ti-yong* (“*Essenza e prassi*”), con la quale si faceva riferimento ad un processo di “acculturamento locale” delle norme e delle tecniche occidentali.³

Tra il 1908 ed il 1910 furono promulgate ben due costituzioni, che non riuscirono però a frenare l'inevitabile dissoluzione dell'impero e l'ascesa del nuovo movimento nazionalista, guidato da Sun Yat-sen, che con la rivolta di Wuchang del 1911 aveva preso il controllo di tutte le province meridionali. L'abdicazione dell'ultimo imperatore, Pu-Yi, il 12 febbraio 1912, aprì una fase caotica di conflitti interni tra le varie province dell'impero, che si concluse con l'affermazione del partito nazionalista del *Guomindang*, con a capo il generale Chiang Kai-shek, tra il 1926 ed il 1927, e l'avvio di una nuova fase di governo repubblicano della Cina, finalmente riunificata sotto un unico potere centrale.

L'obiettivo principale del nuovo governo del *Guomindang* fu quello di dotare la Cina di un sistema giuridico moderno, dando il via ad una vasta opera di codificazione, che, attingendo a piene mani dalla tradizione giuridica tedesca e dalle recenti riforme giapponesi,⁴ plasmò in modo permanente la cultura giuridica cinese. Tutt'oggi, difatti, il linguaggio giuridico cinese è fortemente tributario della tradizione romanistica ed i caratteri dell'ordinamento giuridico sono per gran parte quelli di un sistema di *civil law*. La furia ideologica maoista, infatti, nel cancellare tutto il diritto preesistente l'avvento del regime comunista,⁵ non arrivò a mettere in discussione il linguaggio giuridico cinese, sebbene in esso fossero evidenti le influenze della cultura occidentale.⁶

Tra il 1928 ed il 1935 furono emanati una legge costituzionale,⁷ un codice civile, un codice penale, un codice di procedura civile ed uno di procedura penale, fu introdotto il concetto di diritto soggettivo, fu creato l'ordine degli avvocati e fu riformata l'amministrazione della giustizia, richiedendo una maggiore professionalità dei giudici ed istituendo delle corti per il l'impugnazione dei provvedimenti

³ Wilson – Z. Han (1995).

⁴ Henderson (1970).

⁵ v. *infra* § 2.

⁶ A questo proposito, giocarono un ruolo fondamentale le “*Lettere sulla linguistica*” pubblicate da Stalin nel 1950; v. Ajani – Serafino – Timoteo (2007), p. 196; De Francis (1950).

⁷ Tre versioni provvisorie della legge costituzionale furono pubblicate nel 1931, 1936 e nel 1946, prima che il testo definitivo entrasse in vigore nel 1947.

amministrativi.⁸

L'opera riformatrice del governo del *Guomindang* era sostenuta dalla volontà di dare attuazione ai “*Tre Principi del Popolo*” (del nazionalismo, del potere del popolo e del benessere del popolo), formulati da Sun Yat-sen⁹ ed accolti, successivamente anche da Mao, che riconosceva nel fondatore del partito nazionalista cinese un precursore della rivoluzione proletaria. In particolare, il principio del “benessere del popolo”, richiedeva che venissero riconosciuti dei limiti di interesse pubblico al diritto di proprietà e l'introduzione di politiche di sostegno sociale alla popolazione più povera.

Nonostante la vastità e la pregnanza delle riforme introdotte dal governo nazionalista, la maggioranza degli studiosi è concorde nel ritenere che esse abbiano avuto un'influenza assai limitata sulla popolazione cinese,¹⁰ soprattutto al di fuori delle città della costa,¹¹ sia per il forte peso mantenuto dalla tradizione confuciana nella gestione dei rapporti sociali sia per la crescente instabilità politica che si registrò in quegli anni per via dei conflitti sempre più violenti tra il governo nazionalista e le frange rivoluzionarie dell'ascendente Partito Comunista Cinese. Se, dunque, è probabile che il diritto della repubblica nazionalista ebbe scarsissima diffusione al di fuori delle università in cui venne insegnato durante il governo del *Guomindang*, è altrettanto vero che al momento della rifondazione del sistema giuridico cinese, intrapresa a partire dal 1978, esso costituì l'unico modello di riferimento, insieme con le leggi di stampo staliniano della prima era maoista, le quali però si rivelarono poco adatte alle esigenze di modernizzazione portate avanti dalla nuova classe dirigente del PCC.

Il *Guomindang*, dopo il suo dirompente successo, fu incapace di dare risposte alle richieste di riscatto sociale che provenivano da una popolazione che in larga misura stentava ancora per sopravvivere. I dirigenti del partito, al contrario, strinsero rapporti privilegiati con la nascente classe media cittadina, diventando icona di quella borghesia che la popolazione delle campagne identificava come fonte di

⁸ Sulla legislazione del periodo repubblicano, v. Albertella – Crespi Reghizzi (1985); K. Chan (2008), p. 139; Avino (2003); Ch'ien (1950).

⁹ Sun (1976).

¹⁰ Ajani– Serafini – Timoteo (2007), p. 184; Cavalieri (2009), pp. 122 ss.; Peerenboom (2002), p. 43: “*Unfortunately, such reforms could not take root during the turbulent Republic period, and thus the first wave of legal globalization had little lasting impact*”.

¹¹ Gambaro – Sacco (2010), p. 395.

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

oppressioni ed ingiustizie.¹²

L'arretratezza della rete viaria rendeva assai difficile la circolazione all'interno del paese, con la conseguenza che periodiche carestie falciavano milioni di persone, non essendo possibile trasportare il cibo da una regione all'altra. Il livello di istruzione era infimo, con una media, tra la popolazione adulta, di due anni di istruzione per persona.

Il secondo conflitto mondiale, in cui la Cina era scesa in campo a fianco dell'Intesa, comportò un ulteriore crollo dell'economia, un'inflazione cavalcante tra il 1948 ed il 1949 e la distruzione, da parte delle truppe russe in ritirata, delle moderne fabbriche costruite dai Giapponesi nel nord del paese.¹³ Sull'onda di una crescente insoddisfazione, l'armata rossa cinese riuscì a sbaragliare in breve tempo le truppe del governo repubblicano, guadagnando il controllo di tutto il paese, escluso alcune isole minori e Taiwan, in cui si erano rifugiati i nazionalisti, fondando così la Repubblica Popolare Cinese il 1° ottobre 1949.

2.– L'era di Mao

I successi dei primi anni di governo comunista furono portentosi: la corsa dell'inflazione fu bloccata; gran parte delle fabbriche distrutte dalla guerra furono ricostruite, tanto che già nel 1952 la produzione industriale era tornata ai livelli anteriori al secondo conflitto mondiale;¹⁴ la collettivizzazione delle terre ed i finanziamenti sovietici permisero di mobilitare ingentissime risorse per finanziare lo sviluppo industriale. La Cina cominciò a crescere a ritmi del 9% annuo, spinta dai

¹² Nella scarsità dei resoconti diretti di quel periodo, illuminante è ancor oggi la descrizione che Edgar Snow, giornalista americano trasferitosi in Cina all'inizio del novecento, fa delle campagne del nord est del paese, dove si recò nell'estate del 1929: “[H]ere [a Suiyuan, al confine con la Mongolia, n.d.r.] for the first time in my life I came abruptly upon men who were dying because they had nothing to eat. In those hours of nightmare I spent in Suiyuan I saw thousands of men, women and children starving to death before my eyes. Have you ever seen a man – a good honest man who has worked hard, a “law abiding citizen”, doing no serious harm to anyone – when he has had no food for more than a month? His dying flesh hangs from him in wrinkled folds; you can clearly see every bone in his body, his eyes stare out unseeing; and even if he is a youth of twenty he moves like an ancient crone, dragging himself from spot to spot. If he has been lucky he has long ago sold his wife and daughters. He has sold everything he owns – the timber of his house itself, and most of its clothes [...] Millions of people died that way in famine, and thousands more still died in China like that. [...] I had seen shallow graves where victims of famine and disease were laid by dozens. But these were not the most shocking things after all. The shocking thing was that in many of those towns there were still rich men, rice hoarders, wheat hoarders, moneylenders, and landlords, with armed guards to defend them, while they profited enormously”, cit. Snow (1968).

¹³ Nee (2010), pp. 2–3.

¹⁴ Nee, *ibidem*.

fortissimi investimenti dello Stato. Quest'ultimo controllava oramai la totalità del settore industriale, oltre a quello bancario, assicurativo e commerciale, tutti interamente nazionalizzati e le imprese statali arrivarono a costituire il 90% dell'industria cinese, con la restante parte occupata dalle fabbriche di proprietà collettiva, comunque sotto il controllo del partito.

La pianificazione integrale dell'economia comportava l'assenza di qualsiasi forma di concorrenza anche all'interno del settore pubblico, con il vertice del partito che, stabilendo i risultati di politica economica ed i settori da sviluppare, determinava la fortuna o l'insuccesso delle singole imprese.¹⁵ Il 97% dei prodotti di consumo ed il 93% dei prodotti industriali veniva venduto ad un prezzo fissato dal governo, che nel definirlo si faceva guidare più dagli obiettivi di politica industriale e di sostegno alle classi meno abbienti che dall'effettivo andamento della domanda, con conseguenti gravi distorsioni dell'intero sistema economico.¹⁶

La locomotiva cinese subì un brusco arresto a partire dalla seconda metà degli anni '50. La carestia del 1956 e poi la sciagurata politica del “Grande balzo in avanti”, che spopolò le campagne nel tentativo di diffondere la coltivazione meccanizzata e lo sviluppo di un'industria rurale (celebre l'invito a costruire una fornace nel giardino di ogni casa), causarono la morte per stenti di milioni di persone ed un vero e proprio crollo dell'economia. L'inizio degli anni sessanta vide una timida ripresa, non più alimentata dagli investimenti sovietici dopo la rottura dei rapporti con l'URSS, che venne tuttavia stroncata dalla Grande Rivoluzione Culturale Proletaria, che piombò la Cina in uno stato di terrore e di fanatismo ideologico. Tra il 1966 ed il 1976 milioni di persone furono uccise dalle “purghe” maoiste e l'economia fu devastata: nel 1967–68 e nel 1972 divenne difficile persino reperire i generi alimentari di prima necessità, lo sviluppo industriale si arrestò, un'intera generazione di studenti, mandata a lavorare nelle campagne, non ricevette alcuna forma di educazione e l'oscurantismo rivoluzionario tentò persino di cancellare ogni traccia delle tradizioni culturali del passato.¹⁷

Sul piano giuridico, l'adesione all'idea marxista-leninista della natura

¹⁵ Y. M. Lin (2004), p. 23, il quale sottolinea come il centralismo economico e la complessità delle procedure burocratiche che governavano l'attuazione dei piani quinquennali, lasciavano scarsissime possibilità alle imprese di ottenere una distribuzione più favorevole delle risorse da parte dei funzionari locali, sui quali avrebbero potuto esercitare maggiori pressioni.

¹⁶ Ad esempio, i prodotti agricoli, le materie prime e i prodotti dell'industria leggera venivano venduti a prezzi tenuti artificialmente molto al di sotto di quelli di mercato; v. W. Zheng (2011), p. 652.

¹⁷ Nee (2010), p. 8.

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

intimamente politica del diritto e della necessità di fare di questo uno strumento di lotta di classe,¹⁸ portarono il neonato governo della Cina popolare ad abrogare l'intero sistema giuridico del *Guomindang*¹⁹ e a dotarsi di nuove leggi “rivoluzionarie”, sul modello formalista staliniano.²⁰ Durante il regime maoista, tuttavia, il diritto non ha mai assunto un ruolo dominante e la sua centralità fu insidiata, in maniera più o meno penetrante, dal comando dell'autorità politica, da un lato, e dal complesso della disorganica normativa sub legale e dalla prassi degli organi amministrativi chiamati ad implementare i principi generali sanciti dalla legge, dall'altro.

In ogni caso, durante tutta l'era maoista, le intrusioni del partito nella gestione dello Stato si verificavano quotidianamente e ad ogni livello ed anche i giudici, la cui nomina doveva ricevere il *placet* dei vertici del PCC, erano considerati meri strumenti di propaganda della volontà politica. Il tecnicismo era ritenuto un carattere del diritto borghese e la classe forense veniva guardata con sospetto dal regime. La perentorietà con cui i giuristi criticarono le grosse carenze del regime comunista ed il ruolo del partito durante il periodo dei “Cento Fiori” (“*Che cento fiori sboccino, che cento scuole si contendano*”) era il motto lanciato da Mao nel 1956)²¹ costò loro una dura repressione, che condurrà al simbolico smantellamento del Ministero della Giustizia nel 1959 ed alla chiusura delle facoltà di Giurisprudenza durante la Rivoluzione Culturale. In quest'ultimo decennio (1966–1976), le masse vennero incitate a scagliarsi contro le strutture dello Stato a favore di un'attuazione

¹⁸ Mao (1977).

¹⁹ Art. 17 della Costituzione del 1954. Il regime comunista, in un primo momento, decretò il ripudio della legislazione nazionalista con un'istruzione del Comitato centrale del CPP del febbraio 1944, con la quale si invitavano i governi locali e gli organi giudiziari di rifiutare l'applicazione dei sei codici e a “criticare tutte le leggi borghesi ed antipopolari”. La deliberazione politica fu da lì a poco adottata formalmente dal Governo Popolare della Cina settentrionale, che con la fondazione delle PRC sarebbe diventato il Governo Centrale del popolo. Entrambi i provvedimenti furono superati dal Programma Comune del 1949, adottato come costituzione provvisoria, e, come detto, dalla Costituzione del 1954.

²⁰ Con la salita al potere di Stalin, infatti, l'URSS aveva abbandonato l'idea leninista dello “società senza diritto”, per orientarsi verso un uso massiccio della legislazione per imporre l'ideologia socialista.

²¹ Tra la fine del 1956 e la prima metà del 1957 Mao incitò gli intellettuali a manifestare le ragioni di dissenso nei confronti del regime, nella convinzione che un pluralismo di idee avrebbe sostenuto il progresso culturale della Cina. Nella tarda primavera del 1957 milioni di lettere di protesta furono inviate ai funzionari governativi e nelle Università studenti ed intellettuali alimentarono la protesta affiggendo poster contro il regime e pubblicando articoli di dura critica contro le esistenti e lo stato di estrema povertà in cui la gran parte della popolazione si trovava a vivere. Nel luglio del 1957 Mao dichiarò chiusa la stagione dei “Cento Fiori”, nella paura che le proteste stessero mettendo a repentaglio la sopravvivenza del partito al potere ed avviò una campagna reazionaria, in cui si scagliò contro tutti coloro che avevano criticato l'operato del regime, i quali furono arrestati e, nella maggior parte dei casi, immediatamente giustiziati.

deformalizzata delle indicazioni che provenivano al partito. Il Congresso Nazionale del Popolo non venne convocato per dieci anni, dal 1965 al 1975, le corti vennero marginalizzate, affidando l'amministrazione della giustizia a comitati rivoluzionari, che agivano al di fuori di qualsiasi schema costituzionale (almeno sino all'emanazione della Costituzione del 1975),²² e che erano legittimati unicamente dal riconoscimento ricevuto dal PCC.²³

La morte di Mao Zedong nel 1976 e l'emarginazione della così detta “Banda dei quattro”, che intendeva perseverare nell'idea della rivoluzione permanente, costituì preludio alla riabilitazione di quei leader che in passato avevano proposto una linea più pragmatica e riformista, tra i quali spiccò la figura di Deng Xiaoping, già Segretario Generale del PCC, poi epurato agli inizi della Rivoluzione Culturale.

3.– Apertura al mercato ed avvio delle riforme

La generazione dei dirigenti del PCC che fu chiamata a guidare la Cina all'indomani della Rivoluzione Culturale seppe interpretare al meglio l'esigenza di cambiamento del paese, senza però sottoporre la società all'ennesimo sconvolgimento politico e sociale, come era più volte avvenuto negli ultimi sessant'anni. Sotto la guida del nuovo leader Deng Xiaoping, eletto alla guida del partito nel 1978, la Cina intraprenderà un lento, ma deciso percorso di riforme, che le consentirà di imporsi come uno degli attori dominanti dell'economia globale.

Il momento di svolta è unanimemente considerato il discorso tenuto da Deng alla terza sessione plenaria dell'undicesimo Comitato Centrale del PCC, in cui egli sostenne la necessità di una moderata liberalizzazione dell'economia. La Cina che si presentava agli occhi dei riformatori dell'epoca era un paese profondamente segnato da venticinque anni di pianificazione economica, caratterizzato dalla fissazione dei prezzi dei principali prodotti industriali e di consumo, dall'isolazionismo, dalla gestione centralizzata del commercio con l'estero, dall'assenza di strutture finanziarie

²² La Costituzione della RPC del 1975 ebbe vita breve, superata dal nuovo corso impresso dalle riforme di Deng Xiaoping, prima ancora che dall'emanazione della nuova costituzione del 1982. La Costituzione del '75, emanata al culmine del delirio della Rivoluzione Culturale, segnava un brusco passo indietro nel perseguimento del *rule of law*. In particolare, gli organi dello Stato venivano espressamente sottomessi al partito (art. 2); veniva ridotta l'indipendenza giudiziaria e legittimata la decisione dei casi secondo il sentimento della massa (art. 25), v. Gambaro – Sacco (2010), pp. 398–399.

²³Robinson (1971); Crespi Reghizzi (1967), pp. 300 ss.

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

e commerciali e, soprattutto, dal monopolio incontrastato delle aziende pubbliche sull'economia, le quali erano pressoché prive di ogni forma di autonomia organizzativa ed erano gestite in modo da non fornire alcun incentivo a lavoratori e dirigenti per il miglioramento della produzione.²⁴

Volendo stabilire un paragone, la scelta che il PCC si trovò a compiere alla fine degli anni '70 anticipa quella cui furono chiamati i paesi dell'ex blocco comunista all'indomani del dissolvimento dell'Unione Sovietica. Il percorso seguito, tuttavia, fu diverso sotto plurimi aspetti.²⁵ In Russia e nell'Europa orientale si assistette ad una brusca rimozione di tutti i vincoli dell'economia pianificata e ad una repentina privatizzazione di gran parte del patrimonio pubblico (c.d. “*Big Bang approach*”). La teoria economica prometteva che a fronte di un temporaneo calo della produzione e dell'occupazione, le politiche di liberalizzazione del mercato avrebbero garantito una stabile e decisa crescita nell'immediato futuro, cosa che poi in effetti avvenne.

In Cina, il ripudio del sistema economico precedente non passò attraverso uno stravolgimento della struttura istituzionale esistente, essendo la medesima oligarchia al potere a guidare il paese nel percorso di riforma.²⁶ A Deng si deve il merito di essersi saputo destreggiare tra le istanze più radicali e quelle più conservatrici che animavano il partito, adottando una linea che anteponeva lo sviluppo economico rispetto alla lotta di classe, pur rimanendo fedele ai cardini dell'ideologia socialista. Egli condensò in quattro principi guida i limiti che i modelli economici di libero mercato avrebbero incontrato nella loro ricezione in Cina (la via socialista, il ruolo predominante del PCC, la dittatura del proletariato e l'osservanza dell'ideologia marxista-leninista e maoista).²⁷ L'atteggiamento di moderato riformismo assunto dalla nuova classe dirigente del partito si rivelò straordinariamente efficace, regalando alla Cina un lungo e stabile periodo di crescita, accompagnato da un sensibile miglioramento delle condizioni di vita dei cittadini, senza sottoporre il paese a quell'iniziale shock recessivo iniziale che si verificherà, invece, nei paesi

²⁴ Per un'esauriente descrizione delle principali distorsioni del mercato che i paesi usciti da un'economia pianificata si trovano a contrastare, si vedano Balcerowicz (1966); Hunter – Ryan (1998), pp. 37 ss.

²⁵ Gaasbeek – van Bergejk (2010), pp. 6–11.

²⁶ Più d'uno sono i casi in cui fu la medesima *élite* di governo ad attuare le riforme (ad. es. in Sud Corea); v. Przeworski (1991), p. 60; M. Mushkat – R. Mushkat (2005), p. 238.

²⁷ Deng (1984).

usciti dalla sfera di influenza sovietica.²⁸

Partendo dal presupposto che la Cina si trovasse ancora ad un primo stadio del socialismo,²⁹ si giustificava l'esigenza di costruire dei settori di economia capitalista che si affiancassero al sistema di economia pianificata al fine di sostenerne la crescita. Lo strumento prescelto fu quello di costituire delle società a capitale misto sino-estero, a partecipazione quasi sempre pubblica,³⁰ che investissero in Cina dietro approvazione del governo, il quale provvedeva ad inserire i piani produzione della nuova impresa all'interno degli schemi di pianificazione economica. Il pressante controllo pubblico sull'economia e l'idea che le imprese estere che investivano in Cina dovessero collaborare con gli operatori nazionali, spesso costituendo delle vere e proprie *joint ventures*, più che competere con essi creava un ambiente non certo favorevole allo sviluppo di una libera concorrenza delle imprese sul mercato. Ciò, tuttavia, non fermò la corsa degli investitori stranieri, che con le prime riforme del governo Deng vedevano aprirsi le porte di un mercato di oltre un milione di nuovi possibili consumatori, tanto che nel 1990 gli investimenti esteri in Cina superarono la soglia dei 25 miliardi di dollari.³¹

Mantenendo immutati i capisaldi del modello socialista, il sistema giuridico dovette, però, affrontare numerose riforme, per venire incontro alle esigenze di tutela dei capitali stranieri e di certezza nell'applicazione del diritto. Visto lo stato di pressoché totale annichilimento del sistema giuridico e degli organi dello Stato all'indomani della morte di Mao, la sfida raccolta dalla nuova classe dirigente cinese fu immane. Si trattava di ricostruire dal nulla un intero apparato normativo, per molti aspetti inesistente e per altri inadeguato, lì dove il governo maoista era intervenuto con leggi dalla forte impronta ideologica, non più rispondenti agli obiettivi di modernizzazione perseguiti dai riformatori.

Il motto di Deng fu: *“Ci devono essere leggi su cui confidare; dove ci sono leggi, queste vanno rispettate; le leggi devono essere applicate con rigore e le violazioni di legge corrette”*.³² L'obiettivo dichiarato fu di trasformare la Cina

²⁸ È chiaro che non mancarono le resistenze al nuovo corso imposto dal governo centrale da parte di molti funzionari del partito, soprattutto a livello periferico, i quali continuavano a ritenere che spettasse al partito il compito di guidare l'economia; v. Ajani – Serafino – Timoteo (2007), p. 303.

²⁹ Nel 1999 il preambolo della Costituzione cinese fu emendato per chiarire che la RPC sarebbe rimasta ad un livello iniziale di socialismo ancora per lungo tempo.

³⁰ Cavalieri (2011).

³¹ Nee (2010), p. 15.

³² Citato in J. Chen (2002), p. 72.

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

comunista in una “Democrazia socialista” dotata di un moderno sistema giuridico.³³ Nei vent'anni successivi, tra il 1978 al 1998, furono approvate 337 leggi, contro le 134 adottate tra il 1949 ed il 1978,³⁴ ed il governo nazionale e quelli locali emanarono oltre 6.000 regolamenti.³⁵ Tra le prime si ricordano la già citata legge sulle imprese comuni, le leggi sui contratti, sui giudici, sulla procura, sugli avvocati, sul contenzioso amministrativo, sui prezzi e la legge contro la concorrenza sleale, delle quali si dirà in seguito. Anche la cultura giuridica rifiorì: furono riaperte le facoltà di giurisprudenza, si moltiplicarono le riviste giuridiche ed il numero di avvocati salì dai 5.500 del 1981 ai 110.000 del 1998.³⁶

4.– L'economia socialista di mercato e l'ingresso nel WTO

La tumultuosa dissoluzione dell'Unione Sovietica e “l'incidente” di piazza Tienanmen del 1989 costrinsero il PCC ad aprire una riflessione sulla sostenibilità di un percorso di riforme economiche non accompagnato da una contestuale liberalizzazione delle istituzioni e dei rapporti civili. Con un'economia in forte ascesa e la nascita di una classe media desiderosa di sfruttare tutte le opportunità offerte dall'apertura del mercato, la gestione centralizzata delle risorse da parte del governo di Pechino veniva sempre più vissuta come un ostacolo ad una effettiva diffusione del benessere tra la popolazione.

L'inizio simbolico del nuovo corso, in cui la politica cinese decise di abbracciare in maniera ancora più convinta i principi di un'economia di libero mercato, si fa simbolicamente risalire ai discorsi che Deng pronunciò durante la propria visita alle zone economiche speciali del sud del paese nel 1992, quando auspicò che quegli esempi di economia capitalistica di mercato potessero proliferare in tutta la Cina. Lo stesso anno, al quattordicesimo congresso del PCC, Jiang Zemin,

³³ Il principio è stato di recente ribadito dall'odierno Capo dello Stato Xi Jinping al suo discorso di commemorazione dei trent'anni della Costituzione del 1982, tenuto il 14 dicembre 2012, quando era stato da poco eletto alla guida del PCC. Xi ha ricordato che a partire dalla politica di apertura del 1978 “lo sviluppo di una democrazia socialista e la creazione di un sistema giuridico socialista più completo nella sua portata e più consono alle esigenze della prassi siano divenuti la direzione fondamentale e indiscussa dello Stato e del partito”. Il discorso è riportato integralmente, in traduzione inglese, da Backer (2013).

³⁴ Delle quali 111 successivamente abrogate e molte delle altre modificate successivamente al 1978.

³⁵ I dati sono riportati da Pei (2001). L'impellente bisogno di creazione *ex novo* di un apparato normativo determinò, come è normale, che si diede preferenza alla quantità piuttosto che alla qualità della legislazione, nella quale ancora oggi è possibile rinvenire numerose imprecisioni e lacune, v. X. Xu (1996), p. 37, *cit.* da Peerenboom (2002), p. 115, nota 61.

³⁶ Peerenboom (2002) pp. 6–7.

che nel giro di pochi mesi sarebbe succeduto a Deng alla presidenza della RPC, dichiarò che lo scopo delle riforme che la Cina si apprestava a compiere era di creare una “*economia socialista di mercato*” (“*shehuizhuyi shichang jingji*”),³⁷ con un'espressione che sarebbe divenuta un *tòpos* del linguaggio politico cinese e con la quale egli intendeva affermare che l'accoglimento dei principi di libero mercato non avrebbe impedito l'impegno diretto dello Stato in economia al fine di piegare lo sviluppo al raggiungimento degli obiettivi di uno Stato socialista.

Gli anni '90, dunque, furono caratterizzati dal riconoscimento al settore privato di maggiori spazi nei quali inserirsi per operare accanto alla ancora ingombrante presenza pubblica. Emersero, inoltre, con tutta evidenza le inefficienze di una gestione accentrata di un sistema economico sempre più vasto e complesso e l'esigenza di trasferire ai livelli inferiori dell'amministrazione alcune responsabilità di politica economica nonché la possibilità di trattenere parte delle risorse generate all'interno dei loro territori.^{38 39}

Per effetto di questa nuova impostazione, furono presi i primi provvedimenti tesi a favorire lo sviluppo dell'impresa privata. Lentamente venne abolita la regolamentazione dei prezzi della stragrande maggioranza delle materie prime e dei prodotti di consumo ed industriali, tanto che oggi per oltre il 90% dei prodotti il prezzo è determinato secondo gli ordinari meccanismi di mercato,⁴⁰ anche se a rimanere regolati sono beni e servizi di grandissima rilevanza, quali l'elettricità, la benzina ed i servizi di telecomunicazione primaria.⁴¹ La Costituzione del 1982 fu emendata per due volte per sottolineare il nuovo ruolo dei privati nell'economia cinese: nel 1993 le “*comuni della gente rurale*” e le “*cooperative dei produttori agricoli*” vennero sostituite da un sistema di responsabilità incentrato sui contratti

³⁷ Cfr. art. 15 Costituzione cinese.

³⁸ In questo senso si portò a compimento l'opera di devoluzione di competenze alle amministrazioni locali, iniziata con la riforma fiscale degli anni '80; v. OCSE (2002), pp. 659 ss.; Lou (2008), pp. 155 ss.

³⁹ La redistribuzione delle competenze dallo Stato alla società civile e dal governo centrale agli organi decentrati è stato sostenuto da Jian Zemin al quindicesimo Congresso del PCC del settembre 1997; v. Nee (2010), p. 9.

⁴⁰ Nel primo periodo delle riforme denghiane la rigidità del sistema di fissazione dei prezzi era già stata attenuata, stabilendo che le imprese erano libere di vendere a prezzo di mercato le quantità di prodotto eccedenti gli obiettivi stabiliti dal governo (c.d. “sistema del doppio prezzo”). Lo scopo era chiaramente quello di scoraggiare il dilagare del mercato nero, dove, durante la Rivoluzione Culturale, i beni di consumo arrivavano a costare in media l'80% di più rispetto al prezzo stabilito; v. Banca Mondiale (1994), p. 22.

⁴¹ W. Zheng (2010), p. 654.

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

familiari⁴² ed il termine “*economia pianificata*” fu sostituito da quello di “*economia socialista di mercato*”; la riforma del 1999, invece, riconobbe espressamente la legittimità di “*differenti forme di proprietà*” accanto alla proprietà pubblica.

Ad ogni modo, l'evento certamente più rilevante fu l'intensificarsi delle negoziazioni per l'adesione al WTO,⁴³ che costituì il principale obiettivo di politica estera del governo cinese nel corso dell'ultimo decennio del secolo scorso, definitivamente raggiunto l'11 dicembre del 2001, quando la Cina acquisì lo *status* di membro dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

Con l'adesione al WTO, la Cina ha assunto specifici impegni nei confronti della comunità internazionale.⁴⁴ Primo tra tutti l'obbligo di non discriminare nel trattamento le imprese estere rispetto a quelle nazionali e di porre fine a quelle pratiche che hanno per effetto di proteggere le imprese nazionali rispetto ai concorrenti esteri, quali la fissazione amministrativa dei prezzi nei settori del mercato dove le imprese cinesi sono più deboli e l'imposizione di prezzi differenti per i prodotti destinati al consumo interno e per quelli esportati.⁴⁵ Inoltre, la Cina si è obbligata a rimuovere tutti i sussidi all'esportazione dei prodotti agricoli ed a consentire, entro tre anni dall'ingresso nel WTO, l'importazione e l'esportazione delle merci e la loro libera circolazione all'interno dei propri confini.⁴⁶ Non da ultimo, costituiva parte integrante dell'accordo la promessa del governo cinese di adottare tutte le norme necessarie per conformare il proprio ordinamento al sistema del WTO e di abrogare o di modificare quelle ritenute incompatibili. Il risultato è stato che, nel

⁴² Crespi Reghizzi (2011), pp. 195 ss.

⁴³ La Cina fu in realtà tra i firmatari originari del GATT nel 1948. Dopo la presa del potere del PCC e la fuga dei nazionalisti sull'isola di Taiwan, tuttavia, questi ultimi comunicarono il loro recesso dall'accordo. La RPC non ratificò mai questa decisione ed anzi nel 1986 chiese di poter ri-aderire al GATT. Nel 1987 fu istituito un gruppo di lavoro con il compito di rinegoziare l'accordo con la Cina, le cui operazioni andarono abbastanza spedite fino a quando non furono bruscamente interrotte in seguito alla repressione di piazza Tienanmen, che costò alla Cina l'imposizione di sanzioni da parte della comunità internazionale. I colloqui ripresero nel 1992, strutturandosi in una lunga serie di incontri bilaterali con i principali paesi membri dell'Organizzazione Mondiale del Commercio. Le negoziazioni si conclusero il 17 settembre 2001 con la firma di un accordo di oltre 900 pagine che fu trasmesso ai rappresentanti dei vari paesi membri per la sua formale ratifica nel corso della conferenza di Doha dell'11 novembre dello stesso anno; v. Halverson (2004), pp. 319 ss.

⁴⁴ V. il comunicato stampa WTO del 17 settembre 2001 “*WTO successfully concludes negotiations on China's entry*”, consultabile su http://www.wto.org/english/news_e/pres01_e/pr243_e.htm.

⁴⁵ La Cina si è riservata, però, il diritto di mantenere il monopolio pubblico su alcuni beni, tra i quali i cereali, il tabacco, i carburanti e i minerali, v. *ibidem*.

⁴⁶ A loro volta, gli altri paesi si obbligavano a rimuovere tutte quelle misure con le quali imponevano limitazioni quantitative o di altro genere alle importazioni dalla Cina, fatta salva la possibilità di ricorrere a meccanismi di protezione transitori per far fronte a situazioni di eccezionale difficoltà della propria economia nazionale; v. *ibidem*.

giro di soli dieci anni, per favorire lo sviluppo degli scambi internazionali, sono state modificate migliaia di leggi e regolamenti⁴⁷ e sono state adottate nuove normative in materia di dazi, imposte, società, proprietà intellettuale, fallimento e, per l'appunto, in materia di concorrenza con la legge antimonopolistica del 2007.

Come è chiaro, l'inclusione della Cina nella più grande organizzazione economica mondiale ha suscitato reazioni non sempre positive sia all'interno della classe dirigente cinese, sia tra gli investitori stranieri. Da un lato, si sosteneva che il governo non avrebbe dovuto rinunciare alle proprie prerogative di controllo e di regolamentazione dell'economia,⁴⁸ dall'altro, si dubitava che l'accettazione dei principi che governano il commercio internazionale avrebbe garantito alle imprese straniere un'effettiva parità di trattamento rispetto alle imprese cinesi, considerata la tradizione protezionistica della politica economica del gigante asiatico e la tendenza delle amministrazioni locali a favorire le imprese originarie del loro territorio,⁴⁹ tanto più – si diceva – che, se le imprese autoctone fossero state esposte al libero gioco della concorrenza, queste non avrebbero potuto competere contro la forza e l'esperienza delle società straniere.⁵⁰

Sebbene non manchino motivi di insoddisfazione per certe caratteristiche strutturali del sistema cinese, come, ad esempio, nell'ambito della trasparenza della normativa commerciale e dei meccanismi della sua applicazione (Art. X GATT),⁵¹ nonché momenti di scontro con altri paesi membri,⁵² molte delle preoccupazioni espresse in passato si sono rivelate infondate e l'adesione all'Organizzazione Mondiale del Commercio ha senz'altro sostenuto l'espansione del volume degli scambi internazionali e scongiurato il ritorno a forme di chiusura del mercato cinese.⁵³

Oltretutto, la sottoposizione ad obblighi di fonte internazionale ha

⁴⁷ Blodget – Hunter – Hayden (2009), p. 210.

⁴⁸ Kong (2002).

⁴⁹ Furse (2009), p. 9.

⁵⁰ Jung – Q. Hao (2003), p. 120; Hoogmartens (2001), pp. 37 ss.

⁵¹ L'Art. X GATT impone agli Stati membri di rendere pubbliche le proprie leggi e regolamenti in materia commerciale e di garantire un'applicazione uniforme, imparziale e ragionevole delle stesse. Sulla compatibilità del sistema cinese con il principio di trasparenza si veda Potter (2011), pp. 183–186.

⁵² A luglio 2013, la Cina è già stata parte in 42 casi dinanzi all'organo di risoluzione delle controversie del WTO, nei quali 11 volte come ricorrente; v. dati su http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm.

⁵³ Si veda il discorso tenuto dal Direttore Generale del WTO, Pascal Lamy, l'11 dicembre 2011 a Pechino, in occasione della celebrazione per i dieci anni dell'adesione della Cina al WTO, consultabile su http://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl211_e.htm.

determinato una sorta di costituzionalizzazione dei principi del libero mercato, rendendo così irrevocabile l'opzione a favore di una liberalizzazione dell'economia cinese.

5.– Il mercato cinese oggi

Gli effetti positivi derivanti dall'ingresso nel mercato globale non si sono fatti attendere: dal 2001 al 2011 la Cina è cresciuta ogni anno a ritmi superiori al 10%; il PIL cinese è salito da 1.325\$ a 7.318\$ miliardi; il reddito *pro capite* medio è quintuplicato, toccando i 5.444\$ nominali;⁵⁴ tra le principali 500 società al mondo 89 sono cinesi, contro le 16 del 2005, e ben tre di esse occupano un posto nella *top ten* globale;⁵⁵ ma, soprattutto, centinaia di milioni di persone hanno avuto accesso ad un'educazione superiore, hanno acquistato la proprietà della loro casa⁵⁶ e sono diventate finalmente libere di viaggiare all'estero e di avviare un'impresa senza dover ottenere l'approvazione del governo.⁵⁷

Quello che stupisce è che la Cina ha raggiunto questi risultati pur rifiutandosi di adottare la ricetta liberista, che è stata più volte suggerita dalle principali istituzioni finanziarie internazionali (Banca Mondiale e FMI *in primis*) ai paesi che decidevano di aprire la propria economia al mercato (il riferimento, chiaramente, è a quell'insieme di principi che va sotto il nome di “*Washington consensus*”).⁵⁸ C'è chi ha parlato, a proposito, di “*Beijing consensus*”, per sottolineare la netta presa di distanza del governo cinese dagli *standard* di sviluppo economico allora incisivamente propagandati e l'adozione di una politica fondata su massicci investimenti nell'economia, su una preferenza accordata alle imprese locali, sulla manipolazione dei tassi di interesse e sull'abbattimento del costo del lavoro e dei costi amministrativi dell'impresa, in particolare di quelli legati alle esigenze di tutela

⁵⁴ Dati della Banca Mondiale.

⁵⁵ “*Fortune Global 500*” consultabile su http://money.cnn.com/magazines/fortune/global500/2013/full_list.

⁵⁶ La proprietà dei terreni, invece, rimane nell'esclusiva titolarità dello Stato, per i fondi urbani, e delle Stato o delle collettività, per i fondi agricoli e sub urbani (art. 10 Costituzione).

⁵⁷ Griswold (2008), p. 17.

⁵⁸ Ancora oggi si utilizza il termine “*Washington consensus*” per riferirsi al programma di dieci riforme che l'amministrazione americana riteneva necessarie per consentire ai paesi latinoamericani di uscire dalla crisi che stavano attraversando nel corso degli anni '80 del secolo scorso. L'elenco in questione fu reso noto nel 1989 dall'economista John Williamson, che vi diede anche il nome con il quale oggi lo conosciamo. È interessante notare che tra le normative di cui si riteneva imprescindibile l'emanazione vi era proprio la legge sulla concorrenza; v. Williamson (1990).

ambientale.⁵⁹

La recezione selettiva dei modelli e delle *best practices* straniere, fatti passare attraverso un processo di acculturamento locale, ha fatto sì che la Cina non vivesse periodi di grandi sconvolgimenti socio-economici, ma il prezzo che essa ha dovuto pagare è stato quello di un sostanziale immobilismo politico e di un rallentamento nello sviluppo dei diritti civili.⁶⁰ Il concetto di *Ti-yong* dell'epoca tardo imperiale riemerge oggi, pertanto, nelle ibride espressioni coniate dal partito come “*economia socialista di mercato*” o “*rule of law socialista*”, dal significato sfuggente e che in buona parte servono a giustificare le incongruenze del modello di crescita cinese.

A tal proposito, è utile soffermarsi ad analizzare alcune delle principali distorsioni dell'economia cinese attuale.

Prima di tutto, alla liberalizzazione degli scambi non è seguito il riconoscimento ai cittadini cinesi di una piena libertà di movimento all'interno dei confini nazionali. In Cina vige infatti un sistema di registrazione delle famiglie (“*hukou*”), che attribuisce ai cittadini uno *status* rurale o urbano in base allo *status* posseduto dai propri genitori e dal quale dipende l'accesso a tutti i servizi sociali forniti dallo Stato e dalle amministrazioni locali (istruzione, assistenza sanitaria, pensioni, ammortizzatori sociali, etc.).

Il sistema dell’*hukou* fu formalmente introdotto nel 1958 per conservare un alto livello di produzione agricola, legando la popolazione alle campagne, in modo da investire il *surplus* generato in questo settore nello sviluppo industriale, secondo i dettami del modello economico staliniano.⁶¹ L’*hukou* ha finito per creare due diverse classi all'interno della popolazione, attribuendo alla minoranza “urbana” il privilegio di vivere nelle sempre più moderne grandi città e di godere di prestazioni sociali di alto livello,⁶² relegando, al contrario, la maggioranza “contadina” nelle campagne. Con l'esplosione della crescita industriale iniziata alla fine degli anni '70 del secolo scorso, una massa enorme di gente proveniente dai villaggi si è riversata ai margini delle grandi città, dove nel frattempo sorgevano giganteschi poli industriali, che potevano impiegare nei lavori più umili una quantità sostanzialmente inesauribile di manodopera a bassissimo costo, alla quale sono negati, oggi come allora, gran parte

⁵⁹ Ramo (2004).

⁶⁰ *Amplius infra* § 7.

⁶¹ T. Cheng – Selden (2004), pp. 644–668.

⁶² Nel 2006, secondo l'ente nazionale di statistica cinese, il reddito della popolazione con *hukou* urbano era tre volte più alto di quello della popolazione con *hukou* rurale.

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

dei diritti fondamentali riconosciuti invece alla popolazione “urbana”.⁶³

Il fenomeno dei “lavoratori migranti rurali” (“*nongmingong*”) ha raggiunto ormai dimensioni intollerabili, tanto che la maggior parte della popolazione residente nelle città ha in realtà un *hukou* rurale e le stime calcolano che un numero tra 200 e 300 milioni di persone in Cina non abbia oggi accesso ai servizi sociali primari.⁶⁴ Nonostante le numerosissime denunce della comunità internazionale per bocca delle organizzazioni umanitarie⁶⁵ e degli stessi Stati, che vedono nello sfruttamento di questa migrazione interna l'illecito strumento attraverso il quale la Cina sostiene l'espansione delle proprie esportazioni, e malgrado le reiterate promesse del governo di rivedere il sistema dell'*hukou*,⁶⁶ quest'ultimo rimane oggi il più grande problema sociale che la Cina si trova ad affrontare.

In secondo luogo, se è vero che la ricchezza del paese è cresciuta vertiginosamente negli ultimi anni e le principali società cinesi sono tra le più floride a livello globale, la “fabbrica del mondo” è un paese in cui le risorse si concentrano nelle mani di pochi ed in particolare di quell'1% di grandi imprese, che da sole valgono il 35% del PIL.⁶⁷ Questa è la conseguenza del ruolo dominante che ancor oggi deve essere riconosciuto al comparto industriale, che contribuisce per quasi il 50% alla creazione del PIL nazionale, trattandosi di un settore in cui le barriere all'ingresso sono più elevate e più ridotti sono i margini di differenziazione dell'offerta tra le imprese.

In terzo luogo, l'espansione del settore privato, cui si devono i tre quarti della ricchezza cinese ed oltre 200 milioni di posti di lavoro, non è stata accompagnata da un relativo sviluppo della domanda interna, la quale conserva un potenziale enorme, dato che alimenta soltanto il 35% del PIL.⁶⁸ A foraggiare la nascita di queste nuove imprese è stato piuttosto il mercato delle esportazioni, sostenuto da una politica economica tendente al contenimento dei salari e dei costi di produzione. La contrazione delle commesse estere, in seguito alla crisi che dal 2008 ha colpito i

⁶³ K. W. Chan (2010), pp. 357–364.

⁶⁴ Si calcola che nelle città di Pechino e Shanghai oltre il 40% della popolazione residente non abbia l'*hukou* urbano e che a Shenzhen, nel Guandong, uno dei cuori industriali della Cina, su otto milioni di abitanti sette non abbiano l'*hukou* di Shenzhen; v. K. W. Chan – Buckingham (2008), pp. 582–606.

⁶⁵ A. Peter – A. Chan (2004), pp. 609–629.

⁶⁶ Nel 2008 il Vice Segretario della Commissione per lo Sviluppo Nazionale e le Riforme affermò che il sistema *hukou* sarebbe stato abolito entro il 2020; v. Auteri (2013)

⁶⁷ Nee (2010), pp. 20–23.

⁶⁸ V. l'editoriale de “*The Economist*”, “*Let a million flowers bloom*”, del 10 marzo 2011, consultabile su <http://www.economist.com/node/18330120>.

paesi sviluppati ed in particolare l'Europa, unita alle indicazioni ormai certe di un rallentamento dell'economia cinese,⁶⁹ rendono dunque improcrastinabile l'impegno del governo per stimolare i consumi interni, tanto più considerato che la Cina detiene il poco lusinghiero primato di paese con la più marcata diseguaglianza nella distribuzione della ricchezza tra la popolazione.⁷⁰

In quarto luogo, l'economia cinese si caratterizza per una scarsa concentrazione del potere di mercato nella maggior parte dei settori liberalizzati.⁷¹ Questo dato, che può a prima vista può apparire come l'esito positivo dello spiegarsi del libero gioco della concorrenza sul mercato, è in realtà la conseguenza dell'estrema frammentazione del tessuto produttivo nazionale, che ha visto le varie province decidere di non specializzarsi in settori specifici, bensì favorire la duplicazione di piccole e medie industrie sul territorio, determinando, così, inevitabili inefficienze di natura allocativa date dal mancato raggiungimento di adeguate economie di scala.⁷²

In quinto luogo, le peculiarità del mercato cinese e la “recezione selettiva” delle regole di un'economia di mercato inducono a chiedersi se la concorrenza tra le imprese sia oggi l'unica o anche solo la principale forza conformante il mercato e promotrice della crescita. I sostenitori della tesi della “esportazione” dei principi liberali nei paesi in via di sviluppo ritengono che il maggior spazio lasciato al mercato determini un inevitabile arretramento della presenza dello Stato ed il conseguente trionfo delle regole della concorrenza.⁷³ L'esperienza dimostra, invece, che il ruolo dello Stato nell'economia risulta ancora molto penetrante e che il governo, lungi dall'abbandonare certe sue prerogative di controllo dell'economia, le

⁶⁹ Nel corso del biennio 2012–2013 il PIL cinese si è assestato ad un livello di crescita inferiore all'8%, il dato più basso dal 1990. Nutre una visione pessimista sulla capacità del governo cinese di stimolare adeguatamente i consumi nel breve periodo per bilanciare la minore rendita degli investimenti Krugman (2013).

⁷⁰ R. Spencer (2008).

⁷¹ N. Jiang – Kattuman (2010), pp. 461–481, i quali evidenziano che in Cina il tasso di “*reverse profitability*” delle imprese, ossia la percentuale delle volte in cui, nel breve periodo, un'impresa che ottiene profitti sopra competitivi è costretta a tornare ai livelli di normale profittabilità, è pari al 55% per le imprese private ed addirittura al 76% per le imprese statali, contro una media del 25% delle imprese operanti sul mercato statunitense.

⁷² Pei (2009), pp. 129 ss., che riporta vari esempi, tra i quali quello dell'industria automobilistica, notando che in Cina ci sono ben 116 fabbriche di automobili, di cui soltanto 18 producono più di 10.000 unità l'anno, quando la scala minima efficiente per una fabbrica automobilistica è considerata di 250.000 automobili l'anno.

⁷³ Rawski (1994), pp. 271 ss.

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

abbia piuttosto affidate alle amministrazioni locali.⁷⁴ Giocoforza, è evidente che, accanto alle forze del mercato, rivestano un ruolo decisivo le relazioni intercorrenti tra le imprese e l'*élite* dominante e che le imprese non possano prescindere per il loro successo dal sostegno diretto o indiretto delle gerarchie al potere.⁷⁵

Queste “relazioni pericolose” che si vengono a creare tra le imprese e la pubblica autorità, e che saranno oggetto di più approfondita trattazione in seguito,⁷⁶ determinano non poche tensioni sia sull'effettivo spiegarsi della libera concorrenza sul mercato sia sull'equilibrio dei rapporti politici.

Sotto il primo profilo, i soggetti economici non sperimentano un'effettiva parità di trattamento, in quanto le imprese che godono di un rapporto privilegiato con l'autorità beneficiano di minori controlli e vengono avvantaggiate nella distribuzione delle risorse non solo da parte degli organi pubblici, ma spesso anche da parte delle banche,⁷⁷ che, nella migliore delle ipotesi, dal sostegno esplicito o implicito da parte dell'autorità traggono rassicurazioni in ordine alla affidabilità creditizia dell'impresa.⁷⁸

Sul piano politico, l'autorità tende a ricompensare quelle imprese che garantiscono i migliori risultati economici e quindi un maggiore gettito per il fisco, scaricando i costi di queste politiche sulle altre imprese, che oltre ad essere escluse dalla spartizione delle risorse pubbliche vengono addirittura gravate di ulteriori costi.⁷⁹ Di conseguenza, c'è il rischio che nel tempo questa disparità di trattamento possa alimentare tensioni sociali all'interno della società, soprattutto in una situazione di contrazione economica, quale quella che si prospetta nell'immediato futuro.

⁷⁴ V. Y. M. Lin (2004), il quale sostiene che le riforme dell'economia abbiano portato alla creazione di due ulteriori nuovi “mercati” accanto a quello dello scambio di beni e servizi. Questi due “mercati” vedrebbero implicati da un lato le imprese e le autorità locali e, dall'altro, le autorità locali e quelle nazionali ed avrebbero ad oggetto lo scambio quel complesso di poteri ed utilità di cui il governo può far uso per influenzare l'andamento dell'economia (risorse finanziarie, investimenti, concessioni, autorizzazioni, esenzioni fiscali, etc.).

⁷⁵ Sul punto v. C. P. W. Wong (1992), pp. 197 ss.

⁷⁶ V. *infra* Cap. VII, § 1.

⁷⁷ V. l'editoriale de “*The Economist*”, “*Interst Rates in China. A small step forward*”, del 27 giugno 2013, consultabile su <http://www.economist.com/news/finance-and-economics/21582290-chinas-central-bank-has-liberalised-lending-rates-does-it-matter-small-step>; Hanse (2013).

⁷⁸ Ciò senza considerare i casi di vera e propria corruzione, in cui un politico, in cambio dei favori ricevuti, “sponsorizza” una determinata impresa presso i vertici delle banche, le quali sono molto spesso ad azionariato pubblico. Bisogna comunque dare atto dell'impegno della nuova dirigenza cinese a favore di una riforma del sistema bancario e di accesso al credito da parte delle imprese private, come dimostra la recente decisione della Banca Centrale del 19 luglio 2013 di liberalizzare i tassi di interesse dei prestiti, che prima erano fissati nei minimi e nei massimi al dichiarato fine di salvaguardare la stabilità delle banche, permettendo a queste ultime di trarre profitti sovra competitivi.

⁷⁹ Y. M. Lin (2004), p. 34.

6.– Imprese statali

6.1 Origini e sviluppi

Una rassegna, benché sintetica, degli elementi peculiari dell'economia cinese non potrebbe considerarsi esaustiva senza un'analisi dell'ingombrante ruolo rivestito dalle imprese statali sul mercato, intendendo con ciò riferirsi a tutte quelle società a responsabilità limitata nelle quali lo Stato rappresenta l'unico o il principale socio.⁸⁰ Accanto ad esse vi sono le imprese possedute dai governi locali, per le quali possono ripetersi molte delle considerazioni che si svolgeranno di seguito, ma non v'è dubbio che le imprese statali sono per le loro dimensioni gli attori più importanti all'interno della generale categoria delle impresa pubblica.

Formalmente queste imprese appartengono al popolo, ma è il governo, tramite i suoi ministeri, ad esercitarne il controllo. All'uscita dalla Rivoluzione Culturale l'intera produzione agricola ed industriale era realizzata dalle imprese di proprietà pubblica e collettiva. Come visto in precedenza, le riforme degli ultimi trentacinque anni hanno profondamente cambiato l'aspetto del mercato cinese, con l'impresa privata che oggi contribuisce per quasi il 75% alla produzione della ricchezza nazionale. Questi dati, tuttavia, non devono trarre in inganno circa il reale peso dell'impresa statale, che conserva un ruolo primario e trainante nell'economia cinese: delle 89 società cinesi presenti nella classifica delle 500 migliori imprese al mondo, solo una manciata di queste sono private; le prime trenta imprese in Cina sono tutte di proprietà pubblica,⁸¹ come lo sono l'80% delle società quotate, nelle quali le azioni con diritto di voto diffuse tra il pubblico rappresentano in media soltanto il 25% del totale.⁸² L'importanza dell'impresa statale non può dunque essere sottovalutata, rappresentando al contempo la più evidente manifestazione del capitalismo di Stato ed uno dei principali ostacoli ad una piena diffusione dei principi di concorrenza in Cina.

Le attuali imprese statali sono le eredi di quegli enti che durante il regime di pianificazione governavano l'economia, dando attuazione agli obiettivi stabiliti nei Piani quinquennali.⁸³ Non essendoci alcun concetto di proprietà individuale, queste imprese altro non erano che degli organi amministrativi di controllo dell'economia

⁸⁰ Gu Minkang (2010), p. 79.

⁸¹ T. Wei (2012), pp. 2–3.

⁸² Williams (2005), p. 112.

⁸³ Xu Xuelei – Xu Xin (2011), p. 6.

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

nazionale, ai quali era affidato il perseguimento di funzioni di vera e propria politica sociale. Molte di esse, infatti, venivano tenute in vita dai sussidi ricevuti dallo Stato esclusivamente per garantire un maggior numero di posti di lavoro e di beni per la popolazione.⁸⁴ La loro gestione era affidata direttamente al Ministero competente per quel settore economico, il quale cumulava anche le funzioni di regolatore, con immaginabili conseguenze negative in termini di lassismo nei controlli e di conflitto tra le funzioni di regolazione e di azione economica.⁸⁵

L'apertura del mercato richiese una gigantesca riorganizzazione dell'impresa statale, che si presentava gravemente inefficiente e contrassegnata da un eccesso di capacità produttiva, dovuta all'indiscriminata proliferazione degli stabilimenti industriali sul territorio. Esclusa la soluzione di una vasta privatizzazione del settore, il percorso di riforma si sviluppò gradualmente in due fasi.⁸⁶

La prima, di così detta “*commercializzazione*”, concise con un allentamento del controllo da parte dello Stato, che lasciò maggiori margini di autonomia agli amministratori delle imprese, che potevano operare in uno spazio via via più liberalizzato, grazie alla graduale limitazione del numero dei prezzi imposti. Si cercò di responsabilizzare gli amministratori e di creare degli incentivi ad una gestione oculata, riconoscendo alle imprese la possibilità di trattenere una parte dei profitti⁸⁷ ed introducendo nel 1988 la disciplina del fallimento.⁸⁸ Inoltre, al fine di equilibrare l'eccesso di offerta e di razionalizzare la produzione, si incentivò la conclusione di accordi commerciali (“*jingji lianying*”) tra le imprese statali.⁸⁹

I deboli interventi descritti non portarono però gli effetti desiderati, poiché tra il 1980 ed il 1992 le perdite delle imprese statali decuplicarono ed il sistema degli accordi commerciali contribuì a rendere ancora più confuso e disarmonico il sistema. Si aprì così la seconda fase di riforma, che si sviluppò secondo due direttrici: la societarizzazione ed il rafforzamento delle imprese.

L'emanazione della legge societaria del 1993, più volte riformata,⁹⁰ permise

⁸⁴ Nee (2010), p. 5.

⁸⁵ L. W. Lin – Milhaupt (2011), p. 35.

⁸⁶ W. Zheng (2010), p. 662 ss.

⁸⁷ Alla reversione degli utili allo Stato, fu sostituito un sistema di tassazione dei profitti in base ad un'aliquota ridotta nel tempo, con una percentuale di utili trattenuti dall'impresa saliti dall'11% del 1980 al 25% del 1989; v. L. C. Xu (2000), p. 151 ss.

⁸⁸ Monfort (1997), pp. 1067 ss.

⁸⁹ L. W. Lin – Milhaupt (2011), p. 16.

⁹⁰ *Zhonghua renmin gongheguo gongsi fa* (Legge sulle società della RPC), del 29 dicembre 2003, ultima modifica in vigore dall'1 gennaio 2006, consultabile, in inglese, su

la trasformazione delle imprese statali in società a responsabilità limitata (c.d. “societarizzazione”) di cui lo Stato possedeva il totale o comunque la maggioranza delle partecipazioni.

6.2 Il controllo da parte dello Stato

Sotto il profilo del rafforzamento dell'impresa pubblica, sin dall'inizio degli anni '90 fu chiaro che per garantire la sostenibilità del sistema fosse necessario concentrare gli investimenti sulle imprese più grandi, privatizzando quelle piccole e medie.⁹¹ L'obiettivo dichiarato fu di creare dei “campioni nazionali” che potessero competere con la sempre più forte concorrenza portata dalle imprese straniere;⁹² la strada scelta fu quella di riunire le imprese in gruppi a volte anche molto vasti, che fossero in grado di realizzare delle economie di scala, specializzarsi nei diversi ambiti del proprio settore e ramificarsi sul territorio.⁹³ Dietro ogni grande società pubblica si nasconde, quindi, una complessa struttura gerarchica, attraverso cui si materializza il controllo dello Stato sull'economia.

Nel 2003 il controllo delle partecipazioni delle imprese statali è stato riunito nelle mani della Commissione di Amministrazione e Controllo delle Partecipazioni Pubbliche (CACPP),⁹⁴ che oggi ha competenza su oltre 117 società “industriali”,⁹⁵ con l'importante esclusione delle imprese assicuratrici e delle banche, tra cui le quattro principali banche commerciali del paese.⁹⁶ La struttura tipica delle imprese statali, prevede che la CACPP abbia il controllo totalitario di una società *holding*, la

http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/13/content_1384124.htm; v. Ajani – Serafino – Timoteo (2007), pp. 232–240.

⁹¹ Si veda il discorso tenuto nel 1998 dal Primo Ministro Zhou Rongji, riportato da Williams (2005), p. 114.

⁹² Cfr. gli “*Orientamenti della Commissione di Amministrazione e Controllo delle Partecipazioni Pubbliche sulla ristrutturazione del capitale e delle imprese statali*”, del 18 dicembre 2006, consultabile in cinese su <http://finance.sina.com.cn/g/20061218/11133173443.shtml>; nelle quali il governo dichiarava che l'obiettivo della Cina era di portare tra le 30 e le 50 imprese statali tra le cento più grandi società del mondo.

⁹³ L. W. Lin – Milhaupt (2011), p. 17, i quali sottolineano che la struttura a gruppo delle imprese statali non è, invece, destinata a favorire la diversificazione sul mercato dell'impresa, considerato che ogni gruppo è stato pensato per operare in un specifico settore, senza sovrapposizioni con l'attività di altri gruppi, v. *Id.*, p. 13.

⁹⁴ La denominazione ufficiale in inglese è *State-Owned Assets Supervision and Administration Commission* (“SASAC”).

⁹⁵ Per la lista completa delle società controllate dalla CACCP si può consultare su <http://www.sasac.gov.cn/n2963340/n2971121/n4956567/4956583.html>.

⁹⁶ Queste ultime (*Industrial and Commercial Bank of China, China Construction Bank, Agricultural Bank of China, and Bank of China*) sono sottoposte alla regolamentazione di un'apposita istituzione (la Commissione Cinese di Regolamentazione Bancaria) e sono controllate da una società *holding* che fa riferimento direttamente al governo.

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

quale possiede le partecipazioni della società che svolge il “*core business*” del gruppo, che, a sua volta, controlla una miriade di altre imprese. Accanto alla società “principale” la *holding* controlla di solito almeno una società finanziaria ed un istituto di ricerca.⁹⁷ La società finanziaria ha il compito di fornire gli stessi servizi di una banca commerciale alle società del gruppo, con una netta riduzione dei costi di finanziamento ed un incremento delle rendite finanziarie. Gli istituti di ricerca, invece, collaborano con le università in attività di ricerca e sviluppo, per migliorare la competitività delle imprese.

Sebbene la struttura verticistica sia pensata per canalizzare il controllo dello Stato all'intero di uno schema privatistico–societario, la CACPP gode in definitiva di poteri più ridotti rispetto a quelli che spetterebbero ad una società capogruppo, scontando pressanti forme di ingerenza, difficili da estirpare, da parte del governo e del partito.

In particolare, i Ministeri investiti di poteri di regolamentazione su un determinato settore industriale continuano a conservare alcuni rilevanti poteri di indirizzo nella gestione delle imprese statali ricadenti sotto la propria competenza, compreso quello di nominarne i *top manager*.⁹⁸ Inoltre, esiste la prassi di affidare agli ex amministratori delle imprese statali ruoli di vertice nel governo e nel partito, il che, insieme con il gradimento che i medesimi amministratori devono ricevere dal partito al momento della loro nomina,⁹⁹ accresce il peso del rapporto clientelare a scapito di quello con la componente azionaria, incentrato invece sulla corretta gestione della società.

A ridurre l'influenza del controllo societario della CACPP, contribuisce, infine, il fatto che le imprese statali sono al contempo inserite in una struttura societaria ed in una struttura gerarchica amministrativa. Le principali società pubbliche, infatti, rivestono rango ministeriale, il più alto nell'amministrazione statale, situandosi allo stesso livello della CACPP. Quest'ultima, pertanto, nell'imporre le proprie direttive, incontra non poche resistenze sia da parte delle imprese che da parte delle concorrenti indicazioni provenienti dagli altri organi

⁹⁷ L. W. Lin – Milhaupt (2011), pp. 20–23.

⁹⁸ È, ad esempio, il caso dei diritti spettanti al Ministero dell'Informazione e Tecnologia sulla gestione del gigante delle telecomunicazioni China Mobile.

⁹⁹ Sulle dinamiche dei rapporti tra PCC ed imprese statali si veda *infra* §10.2.

ministeriali.¹⁰⁰

6.3 Privilegi e limiti

Tornando al ruolo delle imprese statali sul mercato, si può notare che esse, oltre a rappresentare il principale operatore sul mercato nei più importanti settori industriali, godono di sostanziali privilegi rispetto alle imprese private.

Tale situazione di vantaggio deriva loro, in primo luogo, dalla fitta rete di rapporti di cui esse possono giovare. Si è già detto delle strette relazioni esistenti tra i vertici aziendali e le organizzazioni centrali dello Stato e del partito, ma l'analisi della struttura dei gruppi societari pubblici rivela altresì che questi ultimi racchiudono al loro interno imprese partecipate dai governi locali, i quali spesso devono agli ingenti investimenti garantiti dalle imprese statali il salvataggio dell'agonizzante industria locale.¹⁰¹

I rappresentanti delle imprese statali, inoltre, si riuniscono periodicamente all'interno dell'Associazione Cinese dei Gruppi Societari, cui partecipano anche i massimi livelli del governo nazionale, con i quali i manager pubblici hanno dunque un canale di comunicazione diretto attraverso il quale fare pressioni per stimolare l'adozione di politiche confacenti ai propri interessi.¹⁰²

In secondo luogo, le imprese statali sono soggette, in via di diritto o di fatto, ad una disciplina di favore rispetto ai privati sotto molteplici aspetti: l'imposizione fiscale notevolmente più leggera,¹⁰³ la concessione di prestiti a condizioni meno onerose,¹⁰⁴ un trattamento preferenziale nella sottoscrizione di contratti con il governo e nella valutazione delle condizioni per la quotazione sui mercati azionari,¹⁰⁵ la possibilità di operare in regime di monopolio in determinati casi ovvero di accedere alle risorse più redditizie o ai segmenti più profittevoli del mercato nei settori regolamentati¹⁰⁶ ovvero ancora di beneficiare di un trattamento più favorevole

¹⁰⁰ Naughton (2008).

¹⁰¹ L. W. Lin – Milhaupt (2011), p. 26.

¹⁰² *Id.*, p. 27.

¹⁰³ Tra il 2007 ed il 2009 la tassazione media subita dalle imprese statali è stata del 10%, contro il 24% del settore privato; dati riportati da X. Wang (2011).

¹⁰⁴ V. l'editoriale de *"The Economist"*, *"China is spending to recover"*, dell' 1 giugno 2009, consultabile su <http://www.economist.com/node/13765331>.

¹⁰⁵ L. W. Lin – Milhaupt (2011), p. 17.

¹⁰⁶ W. Zheng (2010), pp. 661, 662 e 666, che ricorda il caso della liberalizzazione del mercato dei trasporti aerei, che vide il rapido fallimento delle compagnie private che provarono ad inserirsi nel mercato dominato dalle imprese statali, in quanto queste ultime continuavano a conservare il controllo esclusivo delle tratte aeree più redditizie.

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

da parte dell'autorità di regolamentazione.¹⁰⁷

Quanto detto dimostra che la profonda ristrutturazione compiuta non ha eliminato le preoccupazioni che una così vasta presenza pubblica pone al regolare sviluppo del mercato. In particolare, le riforme non hanno risolto i fondamentali problemi strutturali che affliggono l'impresa statale. I manager pubblici rimangono tuttora scarsamente indipendenti ed ancora troppo poco sensibili ai risultati di gestione, dovendo contemperare gli obiettivi di *corporate governance* (massimizzazione del profitto, protezione degli investitori, efficienza produttiva e manageriale) con gli scopi di politica industriale imposti dallo Stato e dal partito.¹⁰⁸ La CACPP, a sua volta, trattiene soltanto una minima parte degli utili creati dalle imprese sotto il suo controllo, per il resto è lo Stato che incamera i profitti e sopporta interamente anche le perdite. Questa divaricazione tra potere di controllo e diritto alla percezione degli utili costituisce, quindi, il secondo grande ostacolo ad un'effettiva responsabilizzazione dei gestori dell'impresa statale.

Accanto ai problemi di rappresentanza appena descritti, è certo, tuttavia, che il principale limite cui va incontro il sistema di controllo pubblico dell'economia è dato dalla imperfetta separazione tra le funzioni dello Stato–regolatore e quelle dello Stato–imprenditore,¹⁰⁹ fonte di persistenti ingiustizie e disparità di trattamento tra operatori pubblici e privati.

Nel momento in cui il governo cinese deciderà di razionalizzare la spesa pubblica non potrà, dunque, prescindere da un intervento vigoroso nel settore delle società partecipate, che costituiscono oggi una delle principali ragioni di sprechi per il bilancio dello Stato e di rischio per la stabilità del sistema economico nazionale.¹¹⁰

¹⁰⁷ *Id.*, p. 670.

¹⁰⁸ Xu Xuelei – Xu Xin (2011), p. 6.

¹⁰⁹ Owen – Sun – W. Zheng (2005).

¹¹⁰ Si è più volte segnalato lo stato di sostanziale insolvenze di molte imprese pubbliche, le quali, non riuscendo a ripagare i propri debiti, mettono a rischio la solvibilità dell'intero sistema bancario; R. Peerenboom (2002) p. 198;

II.– IL SISTEMA GIURIDICO CINESE

7.– La lunga marcia verso il *rule of law*¹¹¹

Con questa fortunata espressione uno più attenti studiosi occidentali del diritto cinese¹¹² intese descrivere il lento ma risoluto percorso imboccato dalla classe dirigente cinese nel senso della creazione di un sistema giuridico moderno ed affidabile. Il tema è stato oggetto di interesse da parte di numerosissimi Autori,¹¹³ ragione per cui non potrà che essere trattato in via di estrema sintesi all'interno del presente lavoro. L'esperienza cinese, infatti, mette a dura prova un assunto che ha dominato gli studi politici e giuridici degli ultimi sessant'anni, il quale vuole che lo sviluppo economico rechi necessariamente con sé la transizione verso la democrazia, in quanto la formazione di nuova ricchezza crea degli spazi di autonomia (professionalità, capitali e impieghi privati) che mal tollerano il permanere di un regime dittatoriale o anche solo autoritario.¹¹⁴ Può, dunque, la Cina segnare un'eccezione a questo teorema e non sperimentare un miglioramento delle condizioni di vita e della tutela dei diritti civili e politici della popolazione in conseguenza della dirompente crescita economica attraversata negli ultimi trentacinque anni?

Dopo la rivolta di piazza Tienanmen, alla classe dirigente del partito fu chiaro che le nuove leggi di cui la Cina si stava dotando non potevano ridursi a mero strumento di stimolo dello sviluppo economico, finalizzato ad attrarre i capitali stranieri, e che col tempo aumentavano le pressioni affinché esse potessero costituire una forma di garanzia dei diritti dei cittadini contro l'arbitrio del governo. Accettando dei limiti al proprio potere, il PCC avrebbe certamente guadagnato consenso tra la

¹¹¹ Come è noto, il concetto di “*rule of law*” nasce come sintesi delle caratteristiche dei sistemi costituzionali di *common law*. In ragione del peculiare contesto storico e politico da cui trae origini esso è intraducibile con l'espressione “Stato di diritto”, la quale si ricollega, invece, all'esperienza europeo-continentale di edificazione dei moderni stati nazionali. In senso più generico, però, “*rule of law*” è entrato nel linguaggio giuridico per indicare quei i principi fondamentali che stanno alla base delle moderne democrazie occidentali (legalità, separazione dei poteri dello Stato, autonomia del diritto, tutela dei diritti umani). Sarà, dunque, in questo senso che il termine verrà utilizzato nel presente lavoro, evitandone una traduzione che potrebbe risultare imprecisa o, peggio, mistificatoria. V., tra i tanti, Tamanaha (2004); David Clarke (2002), pp. 28 ss.; Craig (1997), pp. 467ss.; Raz (1977), pp. 195 ss.

¹¹² Peerenboom (2002).

¹¹³ Tra i tanti, v. Head (2011), pp. 539 ss.; Lubman (1999); Y. Shen (2000).

¹¹⁴ I primi a formulare questa correlazione necessaria tra sviluppo economico e democrazia furono Hayek, (1944) e Lipset (1959), pp. 69 ss (1959). Molti altri Autori nel tempo hanno poi ribadito la tesi, v. Marks – Diamond (1992). Non sono, però, mancate le critiche all'assunto di Hayek e Lipset, v. Arat (1988), pp. 21 ss.; Gonick – Rosh (1988), pp.171 ss.

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

popolazione e liberato nuove forze che, alimentando il *trend* positivo della crescita, avrebbero a loro volta rafforzato la legittimazione del partito e il suo ruolo all'interno della società.¹¹⁵

Il nuovo motto (*tifa*) del partito divenne “*governare il paese conformemente alla legge, edificare un rule of law socialista*” (“*yifa zhiguo, jianshe shehuizhuyi fazhiguo*”)¹¹⁶ ed esso fu incorporato nella Costituzione con un emendamento del 1999.¹¹⁷ L'opera è stata continuata nel 2004, con l'introduzione di garanzie costituzionali a tutela della proprietà privata¹¹⁸ e dei diritti umani,¹¹⁹ e nel 2008, con la pubblicazione di un libro bianco su “*Gli sforzi ed i risultati della Cina nella promozione del rule of law*”,¹²⁰ nel quale il governo conferma il proprio impegno per il rafforzamento del sistema giuridico, con particolare attenzione alla promozione del principio di legalità nell'amministrazione e della consapevolezza del ruolo della legge tra i funzionari pubblici.¹²¹ In generale, non esiste oggi importante discorso pubblico nel quale i vertici del partito non sentano il bisogno di sottolineare l'importanza di consolidare in Cina le fondamenta del *rule of law*.¹²²

A fronte di una così netta presa di posizione del governo, è lecito domandarsi se il modello perseguito sia in qualche modo corrispondente alle forme di governo dei paesi occidentali e quali siano i principali limiti del sistema giuridico cinese che

¹¹⁵ Peerenboom (2002), p. 61.

¹¹⁶ La traduzione recepisce l'interpretazione data da Peerenboom (2003), p. 67, il quale fornisce una traduzione inglese diversa da quella ufficiale del governo cinese (“*The People's Republic of China governs the country according to law and makes it a socialist country ruled by law*”). L'assenza di preposizioni nella lingua cinese, infatti, permette di tradurre *fazhi* sia come “*rule of law*” sia come “*rule by law*” (espressione con la quale ci si vuole riferire ad una concezione della legge per cui questa è utilizzata dall'*élite* dominante come strumento per perseguire i propri obiettivi politici, ma alla quale la medesima *élite* non si sente vincolata), tuttavia l'analisi dei lavori preparatori dimostra l'intenzione del partito di escludere qualsiasi interpretazione nel senso di un utilizzo meramente strumentale della legge e quindi di recepire il significato dell'espressione “*rule of law*”.

¹¹⁷ Cfr. art. 5 Costituzione.

¹¹⁸ Art. 13: “*La legittima proprietà privata dei cittadini è inviolabile*”.

¹¹⁹ Art. 33: “*Lo Stato riconosce e tutela i diritti umani*”.

¹²⁰ Il testo è consultabile, in inglese, su http://www.china.org.cn/government/news/2008-02/28/content_11025486.htm.

¹²¹ Per un'analisi del testo si veda Castellucci (2011), pp. 347–349.

¹²² Una delle ultime importanti dichiarazioni pubbliche è stato il già citato discorso tenuto dal neo eletto Segretario del PCC, Xi Jiping, in occasione della commemorazione dei trent'anni della Costituzione della RPC: “*Per costruire le fondamenta del “rule of law” e accelerare il processo di edificazione di un “rule of law socialista”, dobbiamo redigere le leggi in maniera scientifica, applicarle rigorosamente, amministrare la giustizia in maniera imparziale e fare in modo che ognuno sia vincolato alla legge [...] Il Congresso Nazionale del Popolo e la sua commissione permanente devono rafforzare la legislazione nei settori chiave per accrescere i canali di ordinata partecipazione del popolo al processo legislativo. [...] Dobbiamo accelerare l'edificazione di un governo fondato sulla legge e migliorare la credibilità del sistema giudiziario. [...] Dobbiamo intensificare la riforma giudiziaria così da assicurare il diritto ad una giustizia indipendente*”.

non consentono di ritenere conclusa la “lunga marcia” in corso da oltre vent'anni.

Affrontando la prima delle suddette questioni, sembra ormai assodato che la nozione di *rule of law* rivesta uno scarso significato classificatorio,¹²³ potendo essere ricondotta all'interno di quelle che un illustre giurista italiano ha definito le “mitologie giuridiche della modernità”¹²⁴ e che altri potrebbero più brutalmente chiamare una forma di neo-colonialismo ideologico, sponsorizzata dalle potenze occidentali per esaltare la propria forma di governo.¹²⁵ L'ideale di *rule of law*, infatti, non rispecchia nessuna esperienza storica concreta ed il suo stesso contenuto risulta sfuggente,¹²⁶ potendo probabilmente definirsi soltanto in negativo, come assenza di quegli elementi che pregiudicano la prevedibilità di un sistema giuridico e lo sottomettono all'arbitrio della politica.¹²⁷

A questo punto le opinioni avanzate dagli studiosi sono state le più varie, trascorrendo da chi ritiene che dietro le dichiarazioni di principio dei *leader* politici cinesi si celi una profonda diffidenza nella capacità della legge di governare la società, da cui la convinzione che essa debba piegarsi ai desiderata della politica,¹²⁸ a chi, invece, pensa che la Cina si stia inesorabilmente dirigendo verso una forma di governo democratica e liberale.¹²⁹ Sotto altro aspetto, non si manca di sottolineare l'insufficienza del binomio diritto-politica nel dar conto della complessità del sistema cinese, che invece risentirebbe ancora dell'influenza della cultura tradizionale. Il pensiero confuciano, infatti, predicando la virtù e l'autolimitazione del potere da parte dei governanti, si opporrebbe a qualsiasi forma di controllo sociale di questi ultimi, i quali rimarrebbero soggetti unicamente al potere disciplinare dei

¹²³ Alford (2000), pp. 1677 ss.; Radin (1989), pp. 781 ss.

¹²⁴ Grossi (2001); v., anche, Hasnas (1995), pp. 199 ss.

¹²⁵ “*A moralistic black-and-white division of states into those having and those lacking the “rule of law” runs the risk of being – and certainly being perceived as – an act of self-congratulation by those who deem themselves ruled by law*” cit. Ruskola (2003), pp. 668 ss; v. anche Stephenson (2000); deLisle (1999), pp. 179 ss.

¹²⁶ Innumerevoli sono stati i tentativi da parte degli Autori e degli organi internazionali di fornire un elenco dei caratteri essenziali del *rule of law* senza che sia mai stato possibile raggiungere un accordo; si veda la definizione proposta dalla Asian Development Bank (2003), p. 23: “*The rule of law is generally defined as (i) general, abstract rules that are prospective, never retrospective, in their effect; (ii) rules that are known and certain; (iii) rules that are equal in that they do not discriminate based on irrelevant distinctions; and (iv) a separation between regulators and the regulated (IFC 2000b). The rule of law in the business environment is expected to guarantee transparency, predictability, and consistency*”; v. anche Head (2011), pp. 542–544.

¹²⁷ Ruskola (2003), p. 661.

¹²⁸ J. Chen (1999); Lubman (1999), pp. 130–135.

¹²⁹ Dezalay – Garth (1996).

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

propri superiori.¹³⁰

Le tesi più convincenti, tuttavia, sono quelle che sottolineano l'impossibilità di ricondurre il modello cinese a delle categorie preformate, mettendone in luce le peculiarità. Tra queste ha goduto di grande successo quella che riconosce al sistema cinese i caratteri “minimi” di un modello di *rule of law* (“a “thin” version of a rule of law”),¹³¹ che però si troverebbero ad operare in un “ambiente” non democratico, ossia in un contesto in cui il partito conserva un ruolo decisivo nella gestione dello Stato ed i diritti civili e politici vengono sacrificati sull'altare della stabilità del sistema e della tutela degli interessi pubblici.¹³²

Merita attenzione, inoltre, la ricostruzione di recente fornita da una studiosa delle evoluzioni della forma di governo cinese,¹³³ la quale ha messo in risalto l'influenza che hanno sull'applicazione della legge i “mandati” del governo centrale, ossia gli ordini di priorità con i quali vengono classificati leggi e obiettivi politici, affinché gli obiettivi e le leggi di rango primario siano perseguiti in via preferenziale. I funzionari danno esecuzione alle leggi secondarie nel rispetto dei “mandati” e fintanto che le leggi secondarie non contrastino con obiettivi politici primari, nel qual caso sono tenuti a derogare alle prime in favore dei secondi. Seguendo questa teoria ben si spiega, pertanto, perché, più che l'emanazione di nuove leggi, siano stati i mutamenti della linea politica assunta dal partito a determinare i principali cambiamenti del sistema cinese.

Al di là del modello euristico che si intenda adottare è comunque possibile affermare che lo stato di evoluzione del sistema cinese non è uniforme, riscontrandosi settori, tra i quali quello dei rapporti commerciali, dove gli strumenti giuridici a disposizione degli operatori sono applicati con soddisfacente professionalità e competenza, mentre in altri casi, specialmente nell'ambito della tutela dei diritti umani e della indipendenza della magistratura, le riforme attuate non possono ritenersi sufficienti, restando ancora fortissime le resistenze delle gerarchie al potere nei confronti della creazione di uno spazio politico effettivamente plurale. Se da un lato, dunque, la società civile conquista sempre maggiori spazi di

¹³⁰ Potter (1999); Potter (2011), p. 185; Lieberthal (1995).

¹³¹ Peerenboom (2002).

¹³² *Id.*, p. 5 e 21, il quale ammette, tuttavia: “Moreover, although rule of law is possible without democracy, the lack of democracy creates certain obstacles to its implementation and raises accountability issues”.

¹³³ Birnei (2013).

autonomia, sfruttando l'impossibilità per la politica di supervisionare tutte le attività private dei cittadini, dall'altro gli organi dello Stato-partito non sembrano avere alcuna intenzione di allentare il controllo sulla vita pubblica del paese, reprimendo, se del caso con l'ausilio della forza militare, tutte le forme di dissenso contro il partito.¹³⁴

In generale, alla liberalizzazione di alcuni aspetti della vita sociale e del mercato non è seguita nessuna vera riforma del sistema istituzionale, che conserva invariati molti dei suoi tradizionali difetti:¹³⁵ il ruolo anomalo conferito al partito all'interno dello Stato; il difficile rapporto tra la supremazia del PCC riconosciuta dalla Costituzione e l'autorità della legge;¹³⁶ il rifiuto per un sistema di *checks & balances* tra i diversi poteri dello Stato e la convinzione che i difetti di conformità del sistema possano essere risolti semplicemente implementando la professionalità e la conoscenza della legge da parte dei singoli funzionari;¹³⁷ la vaghezza delle disposizioni di legge, finalizzate a lasciare ampi margini di discrezionalità alle amministrazioni chiamate ad applicarle;¹³⁸ il peso attribuito alle conoscenze ed alle relazioni personali (“*guanxi*”) nell'ottenimento di favori da parte dell'autorità pubblica, che, insieme con una corruzione dilagante, compromette la fiducia dei cittadini nelle istituzioni;¹³⁹ le perduranti diffidenze nei confronti di una privatizzazione del mercato, che si risolve in uno stridente contrasto tra la libertà di investimento riconosciuta agli operatori esteri e gli ostacoli posti al settore privato, mantenuto in una condizione di sottosviluppo ed incapace di incidere a livello politico;¹⁴⁰ i penetranti controlli subiti dai professionisti legali ed il basso numero di avvocati specializzati nel campo amministrativo e delle c.d. “*public interest litigations*”.¹⁴¹

Ad ogni modo, i primi segni di rallentamento che ci vengono consegnati dai recenti dati sull'economia cinese, dimostrano che il modello di sviluppo necessita di

¹³⁴ V. M. Mushkat – R. Mushkat (2005), pp. 244–245; Scalapino (1998), p. 38, i quali definiscono il sistema cinese a “*pluralismo autoritario*”, facendo un parallelo con altri sistemi autoritari del passato (Corea del Sud, Hong Kong, Singapore, Taiwan tra gli anni '60 e '80; la Spagna del generale Franco; l'Indonesia, la Malesia, il Cile).

¹³⁵ Peerenboom (2002), p. 12, il quale, tuttavia, pensa che queste tradizionali inefficienze, sebbene spesso conseguenza di irrigidimenti ideologici, possano essere superati nel breve periodo.

¹³⁶ Cfr. *infra* §10.1.

¹³⁷ V. il libro bianco del 2008, *cit.*

¹³⁸ Lubman (2006), p. 36.

¹³⁹ Thornton (2008), p. 11; Zimmerman (2004), p. 71; S. Lubman (2006), pp. 70–74.

¹⁴⁰ Gallagher (2002), pp. 338 ss.

¹⁴¹ H. Fu (2006).

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

essere ripensato,¹⁴² a partire dal ruolo da riservare alla società civile. Spetta, dunque, all'attuale classe dirigente dare risposta alle sempre più pressanti richieste di riforma, nella speranza che ciò conduca ad una radicale trasformazione del sistema giuridico cinese.¹⁴³

8.– Geometria istituzionale e gerarchia delle fonti

La Costituzione del 1982 tratteggia un sistema istituzionale in cui i poteri sono suddivisi tra il Congresso Nazionale del Popolo (CNP), il Presidente della Repubblica, il Consiglio di Stato, le Corti del Popolo, le Procure del Popolo, la Commissione Militare Centrale e gli organi legislativi e di governo a livello locale. Il rapporto tra questi vari organi non soggiace, però, ad uno schema di rigida separazione tra i poteri dello Stato e in particolare le funzioni di emanazione ed interpretazione delle norme giuridiche risultano ripartite in maniera non sempre chiara e coerente. Nonostante la Costituzione delinei un sistema unitario e politicamente accentrato, è assente in Cina una reale forza unificante delle istituzioni del paese, che di conseguenza si coagulano in una pluralità di centri di potere, ognuno con la propria competenza, gerarchia amministrativa e modo di operare. Un ordinamento giuridico, dunque, estremamente sfaccettato in cui è difficile individuare una uniformità di indirizzo ed in cui le direttive del governo centrale trovano serie difficoltà ad imporsi tra i meandri del sistema.¹⁴⁴

8.1 Potere legislativo e regolamentare

Il supremo organo legislativo è il CNP,¹⁴⁵ al quale è affidato il compito di promulgare e modificare la Costituzione e le leggi fondamentali della Repubblica.¹⁴⁶ Il CNP si riunisce una volta l'anno e quando non è costituito le sue funzioni sono

¹⁴² Krugman (2013).

¹⁴³ Traggono segnali positivi dall'aumento del contenzioso civile K. W. Chan (2008), p. 142; Peerenboom (2002), p. 504. Per una visione pessimistica sul futuro delle riforme in Cina, si veda, invece, Minzer (2013); Minzer (2011), pp. 936–948, il quale nota un arretramento nelle libertà riconosciute ai cittadini ed una crescente sfiducia nel ruolo della legge.

¹⁴⁴ David Clarke (2005), p. 64.

¹⁴⁵ Il CNP è formato dai membri nominati dalle province, regioni autonome e municipalità sotto il diretto controllo del governo centrale. I suoi componenti non sono dunque eletti dal popolo e durano in carica cinque anni.

¹⁴⁶ Art. 62 Costituzione.

esercitate dalla Commissione Permanente,¹⁴⁷ la quale può autonomamente emanare leggi oltre che integrare e modificare le leggi fondamentali in precedenza approvate dal CNP, purché non contravvenga ai principi generali in esse stabiliti (art. 67 Cost.).

Pur affermando solennemente che il potere legislativo appartiene al CNP ed alla sua Commissione permanente (art. 58 Cost.), la Costituzione non contiene alcuna espressa riserva di legge, così non impedendo di fatto al potere esecutivo, rappresentato dal Consiglio di Stato,¹⁴⁸ di intervenire con provvedimenti amministrativi in materie anche molto delicate. Sul punto non è stato risolutivo neppure l'intervento della legge sulla legislazione,¹⁴⁹ la quale, elencando le materie che devono essere disciplinate esclusivamente dalla legge,¹⁵⁰ attribuisce comunque un potere generale al CNP ed alla sua Commissione permanente di delegare al Consiglio di Stato il compito di regolare questi stessi ambiti in attesa una legge che venga emanata.¹⁵¹ Al di là dei casi di delega espressa, di cui si è appena detto, il limitato numero di leggi approvate dal CNP e dalla Commissione Permanente, da un alto, e la vaghezza del dettato legislativo,¹⁵² dall'altro, fanno sì che in ogni settore del diritto non si possa prescindere dagli interventi regolatori del Consiglio di Stato, il quale è divenuto la principale fonte di produzione normativa all'interno del sistema.¹⁵³

L'ampiezza e l'importanza della disciplina regolamentare in Cina pone, però,

¹⁴⁷ La Commissione permanente è nominata dal CNP e risponde del suo operato a quest'ultimo; essa resta in carica fino alla scadenza del mandato del CNP.

¹⁴⁸ Il Consiglio di Stato è composto dal Primo Ministro, Vice Primo Ministro, Ministri a capo di Ministeri e Commissioni, Segretario Generale e Revisore Generale. Il Primo Ministro è nominato dal Presidente della Repubblica, mentre gli altri membri sono scelti dal Primo Ministro. Tutte le nomine devono essere, in ogni caso, ratificate dal CNP.

¹⁴⁹ *Zhonghua renmin gongheguo lifa fa* (Legge sulla legislazione della RPC), del 15 marzo 2000, entrata in vigore l'1 luglio 2000; testo consultabile, in inglese, su http://english.gov.cn/laws/2005-08/20/content_29724.htm.

¹⁵⁰ Tra i settori coperti da riserva di legge si possono ricordare: l'esproprio della proprietà non pubblica e i fondamenti del sistema civile, economico, finanziario, fiscale, doganale, bancario e del commercio internazionale.

¹⁵¹ Art. 8 legge sulla legislazione. I provvedimenti del Consiglio di Stato emanati su delega del CNP prendono il nome di "*Regolamenti/Disposizioni temporanee*", secondo quanto previsto dall'art. 4 del "*Regolamento sulla formulazione dei regolamenti amministrativi*", emanato dal Consiglio di Stato il 16 novembre 2001, entrato in vigore l'1 gennaio 2002; testo consultabile, in inglese, su http://english.gov.cn/laws/2005-08/24/content_25827.htm. La sola limitata eccezione al potere di delega riconosciuto al CNP ed alla sua Commissione permanente riguarda le norme penali incriminatrici, il sistema giudiziario e tutte quelle misure e sanzioni che concernono la privazione dei diritti politici dei cittadini o la restrizione della libertà personale (art. 9).

¹⁵² V. Corne (1996), il quale suggerisce che la prassi di redigere le disposizioni di legge in maniera quanto più generale ed astratta sia frutto di una scelta destinata garantire che le leggi trovino applicazione anche in caso di un mutamento della linea politica del partito.

¹⁵³ J. Chen -Ke (2005), §§ 4-260.

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

non pochi problemi agli operatori giuridici. Se, infatti, per le leggi approvate dal CNP e dalla Commissione permanente si sta diffondendo la prassi di avviare delle consultazioni pubbliche, a volte anche assai estese, con le categorie interessate,¹⁵⁴ lo stesso non si può dire per i provvedimenti adottati dal Consiglio di Stato, dai Ministeri o dalle numerose autorità dotate di potere regolamentare. In questi ultimi casi, le informazioni sui provvedimenti in corso di formazione sono assai scarse e talvolta è addirittura difficile reperire il testo delle disposizioni dopo che queste sono entrate in vigore.¹⁵⁵ La mancata comunicazione con le categorie sociali interessate comporta che i testi regolamentari siano spesso imprecisi, per non dire del tutto errati, con conseguenti ricadute in termini di difficoltà da parte dei soggetti giuridici nell'adottare misure di *compliance* e di imprevedibilità nei comportamenti della pubblica amministrazione. In più, l'abbondante ricorso alla regolamentazione amministrativa aggrava il problema dell'instabilità della normativa cinese, la quale, tanto più se contenuta in fonti sub legali, è soggetta a continui e repentini cambiamenti, che rendono difficile per gli operatori economici adottare delle strategie di lungo periodo.

8.2 Potere interpretativo e giudizio di conformità delle fonti

A complicare il sistema normativo cinese si aggiunge la pluralità di organi legittimati a fornire interpretazioni generali e vincolanti delle leggi e dei regolamenti. Come è chiaro, tale potere compete prima di tutto agli organi investiti della funzione legislativa e regolamentare, quindi alla Commissione permanente del CNP, che può fornire interpretazioni “autentiche” della Costituzione come della legge,¹⁵⁶ ai Congressi del Popolo locali ed al Consiglio di Stato, che può interpretare ogni clausola dei regolamenti amministrativi la cui applicazione risulti incerta.¹⁵⁷

La vera peculiarità dell'ordinamento cinese risiede, però, nel potere di

¹⁵⁴ K. W. Chan (2008), p. 101.

¹⁵⁵ La legge sulla legislazione impone di pubblicare in gazzetta i regolamenti amministrativi approvati dal Consiglio di Stato e gli altri regolamenti amministrativi emanati dai dipartimenti del governo centrale e dai governi locali (artt. 62, 70, 76 e 77), ma nulla dice su tutte le altre misure a carattere normativo che non assumono la veste di regolamenti, le quali possono essere pubblicate anche semplicemente attraverso l'affissione nelle bacheche degli uffici dell'amministrazione competente. In ogni caso, tutte le disposizioni in materia commerciale sono pubblicate sulla Gazzetta Cinese di Economia e Commercio Internazionale; v. Peerenboom (2002), pp. 245–246.

¹⁵⁶ Art. 67 Costituzione. L'art. 47 della legge sulla legislazione chiarisce che le interpretazioni delle Commissioni Permanenti hanno la stessa forza vincolante delle leggi

¹⁵⁷ Art. 31 Regolamento sulla formulazione dei regolamenti amministrativi.

interpretazione conferito alla Corte Suprema del Popolo (CSP). In Cina i precedenti giudiziari non hanno valore vincolante per le corti che li hanno pronunciati e per le corti inferiori e neppure esiste a livello nazionale un sistema di raccolta e catalogazione ufficiale delle decisioni giurisprudenziali;¹⁵⁸ soltanto la CSP pubblica con cadenza trimestrale una “*Gazzetta*” con i casi più rilevanti decisi da essa e dalle corti inferiori, la legislazione nazionale più importante, i documenti ufficiali e, per l'appunto, le interpretazioni da essa fornite.¹⁵⁹ Nel silenzio della Costituzione, infatti, la legge sull'organizzazione giudiziaria¹⁶⁰ ha attribuito alla CSP il potere di “*fornire interpretazioni su questioni concernenti la specifica applicazione di leggi e decreti nei procedimenti giudiziari*”.¹⁶¹ La CSP, mediante un proprio regolamento interno del 1997, poi sostituito da un nuovo regolamento del 2007,¹⁶² ha successivamente chiarito che tale suo potere ermeneutico ha ad oggetto “*l'interpretazione giudiziale sulla specifica applicazione di particolari disposizioni di legge o sull'applicazione di una precedente interpretazione giudiziale ad uno specifico tipo di casi o di questioni sorte nell'amministrazione della giustizia*”. Le interpretazioni fornite dalla CSP negli anni hanno di gran lunga superato in numero quelle rilasciate dal CNP e dal Consiglio di Stato e, essendo vincolanti per tutte le corti, seppure non anche per gli organi amministrativi, sono divenute un punto di riferimento obbligato per gli operatori del diritto cinese.¹⁶³

In un sistema tanto complesso, caratterizzato da una pluralità di fonti di produzione del diritto, il problema principale è senza dubbio quello di garantire la conformità tra norme di rango superiore ed inferiore. È inevitabile che all'interno dell'amministrazione convivano interessi diversi e tra loro confliggenti e che i singoli organi dello Stato dotati di potere normativo tendano ad adottare provvedimenti che, nel soddisfare le loro esigenze particolari, finiscano per porsi in contrasto con la normativa gerarchicamente superiore. Questo conflitto riguarda sia il rapporto tra

¹⁵⁸ Sul ruolo assolutamente marginale assunto dalla giurisprudenza nei primi anni delle riforme, in ragione della concezione rigidamente positivista imperante all'epoca, si v. N. Liu(1991), pp. 107 ss.

¹⁵⁹ D. Chow (2003), pp. 214–215.

¹⁶⁰ *Zhonghua renmin gongheguo ren min fa yuan zu zhi fa* (Legge organica sulle Corti del Popolo della RPC), dell'1 luglio 1979, da ultimo modificata il 31 ottobre 2006; testo consultabile, in inglese, su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=5623&lib=law>.

¹⁶¹ Art. 33 legge sull'organizzazione giudiziaria.

¹⁶² “*Disposizioni della Corte Suprema del Popolo sul lavoro concernente l'interpretazione giudiziale*”, approvate il 23 marzo 2007, in vigore dall'1 aprile 2007; testo consultabile, in inglese (a pagamento), su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=5970&lib=law>.

¹⁶³ K. W. Chan (2008), pp. 104–105; Ajani – Serafino – Timoteo (2007), p. 438.

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

norme di legge e regolamenti amministrativi adottati dal Consiglio di Stato, sia, soprattutto, il rapporto tra leggi dello Stato (leggi e regolamenti amministrativi) ed i provvedimenti degli organi locali, i quali, animati da finalità protezionistiche, adottano spesso normative palesemente incompatibili con gli obiettivi stabiliti dal governo centrale.¹⁶⁴

Benché la Costituzione definisca in maniera chiara la gerarchia tra le varie fonti del diritto cinese, con la Costituzione al vertice, seguita nell'ordine dalle leggi, i regolamenti amministrativi ed i provvedimenti dei dipartimenti del governo centrale e degli organi locali,¹⁶⁵ i meccanismi esistenti per risolvere le antinomie tra norme di diverso grado sono al momento tutt'altro che soddisfacenti. Sotto il profilo del controllo giurisdizionale, non esiste un organo indipendente che abbia l'autorità di valutare la costituzionalità delle leggi, con la conseguenza che, qualora un giudice ritenga che una normativa locale contrasti con una disposizione di legge nazionale o con la Costituzione, non può invalidare la normativa locale, ma si deve limitare a disapplicarla nel caso concreto.¹⁶⁶ I soli strumenti per ottenere la modifica o l'annullamento di una normativa non conforme sono nelle mani del Consiglio di Stato e della Commissione permanente del CNP, ai quali unicamente la Costituzione conferisce il potere di valutare la legittimità delle leggi e dei regolamenti.¹⁶⁷ Tali procedimenti, tuttavia, sono particolarmente lunghi e tortuosi ed in definitiva poco utilizzati; per questa ragione assume assoluta priorità, nell'ambito delle riforme istituzionali che la Cina sarà chiamata a varare, un profondo ripensamento del sistema di controllo di conformità della normativa sub legale e, in generale, la semplificazione del sistema delle fonti, al fine di renderlo più lineare ed unitario.

¹⁶⁴ V. Peerenboom (2002), p. 256.

¹⁶⁵ Artt. 78–80 legge sulla legislazione; v. anche Head (2011), pp. 575–580.

¹⁶⁶ Castellucci (2011), p. 347, il quale ricorda un caso del 2005 in cui l'Alta Corte dello Hunan criticò aspramente un giudice della Corte Intermedia che, ritenendo contrastante con la legge nazionale alcune disposizioni di una legge dello Hunan, aveva dichiarato invalida la normativa locale.

¹⁶⁷ In particolare, lo specifico procedimento di fronte alla Commissione permanente del CNP può essere avviato da chiunque (cittadini, imprese ed enti governativi) che ritengono che una normativa di rango inferiore contrasti con la legge o la Costituzione (artt. 67 Cost.; 88, 90 e 91 legge sulla legislazione). Del procedimento è incaricata la sottocommissione del CNP competente per materia, la quale può invitare l'organo che ha emanato la normativa a correggerla o ritirarla entro il termine di due mesi. Nel caso in cui ciò non avvenga, la Commissione Permanente, su richiesta della Conferenza dei Presidenti del CNP, annulla le disposizioni contestate.

9.– Le Corti

9.1 Struttura ed indipendenza

Nell'apparato dello Stato le corti rappresentano il luogo in cui meglio si misura l'idoneità del sistema giuridico di rispondere alle sempre più sofisticate sollecitazioni provenienti dalla società civile e dal mercato.

L'organizzazione giudiziaria in Cina si struttura su quattro livelli: Corti di Base, Corti Intermedie, Alte Corti e, al vertice, la CSP.¹⁶⁸ Di regola la competenza in prima istanza è delle Corti di Base tranne che la legge stabilisca diversamente per specifici tipi di cause ovvero la causa venga trasferita ad un livello superiore in ragione della sua particolare rilevanza per gli interessi di un intero territorio.¹⁶⁹ I gradi di giudizio sono massimo due e la decisione di appello viene assunta dall'organo di livello immediatamente successivo nella scala gerarchica, a meno che la Procura ovvero il Congresso del Popolo Nazionale o locale, facendo uso del loro potere di supervisione sulle corti, non chiedano la revisione del processo.¹⁷⁰

Il (pre)giudizio che ha caratterizzato gran parte degli studi sulla magistratura cinese è che uno stato socialista non possa tollerare l'indipendenza della magistratura, la quale, invece, deve operare come strumento al servizio dello Stato-partito nell'imporre le linee politiche da quest'ultimo stabilite.¹⁷¹ Tale idea sembra, d'altronde, confermata dalla distanza che contraddistingue il sistema giudiziario cinese rispetto ai principi stabiliti a livello internazionale.¹⁷² Bisogna dire, ad onor del vero, che il modello descritto da questi canoni internazionali appare molto astratto e nella sua assolutezza non può essere ritrovato nell'esperienza di alcun

¹⁶⁸ Le Corti di Base sono costituite in ogni contea, contea autonoma, municipalità e distretto municipale; le Corti Intermedie in ogni prefettura dipendente da una provincia o regione autonoma, prefettura indipendente e municipalità sotto il diretto controllo del governo centrale (Pechino, Shanghai, Guangxi Zhuang, Ningxia) o di una provincia o regione autonoma; le Alte Corti in ogni provincia, regione autonoma e municipalità sotto il diretto controllo del Governo centrale. In totale sono presenti 32 Alte Corti, 409 Corti Intermedie, 3.117 Corti di Base per un totale di 190.000 giudici (fonte <http://www.bloomberg.com/news/2013-03-15/zhou-qiang-picked-as-president-of-china-s-supreme-people-s-court.html>).

¹⁶⁹ Artt. 21, 25 e 28 legge sull'organizzazione giudiziaria. L'art. 21 del codice di procedura civile stabilisce che per i casi di impatto generale su tutto il paese, la competenza in primo grado spetta alla CSP.

¹⁷⁰ V. § successivo.

¹⁷¹ Cfr., *ex multis*, Minzer (2011); Dam (2006), p. 250; Michelson (2007), pp. 353 ss; Lubmann (1999), p. 317: “*Structural weakness, ideology, rigidity, entrenched interests, localism, and corruption limit the functions and autonomy of the courts and undermine their legitimacy*”.

¹⁷² Tra questi vale la pena ricordare i “*Principi fondamentali delle Nazioni Unite sull'indipendenza della magistratura*” del 1985 e gli “*Standard minimi di indipendenza giudiziari*” pubblicati dall'*International Bar Association* del 1982.

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

sistema giuridico contemporaneo.¹⁷³ Oltretutto, con otto milioni di cause iniziate ogni anno è impensabile che l'indipendenza dei giudici costituisca un problema rilevante anche soltanto per una quota significativa delle controversie né gli operatori stranieri sembrano attribuire un peso alla questione nell'orientare le proprie scelte di investimento in Cina.¹⁷⁴ Ampia è, dunque, la sfera di autonomia di cui i giudici godono nell'esercizio delle proprie funzioni, pur essendo tuttora numerose le forme di pressione esterna che possono condizionare l'operato degli organi giudicanti,¹⁷⁵ soprattutto allorquando si fuoriesce dall'ambito delle controversie commerciali, dove più decisa è stata la ritirata del partito e del governo dalla amministrazione della giustizia.¹⁷⁶

È, per meglio dire, la magistratura nel suo complesso che non assurge a potere autonomo dello Stato, vista l'influenza determinante esercitata dai Congressi del Popolo e dagli organi di governo nella progressione della carriera dei giudici e nella scelta dei presidenti delle corti, i quali, come detto in precedenza, sono anche a capo della Commissione politico-giuridica del partito che ha il compito di sorvegliare l'operato della corte da loro diretta. Secondo la tradizione socialista le corti si inseriscono in un doppio ordine gerarchico ed i giudici, alla stregua di ogni funzionario pubblico, sono al contempo soggetti all'autorità dell'organo giudiziale gerarchicamente superiore ed a quella dell'organo di rappresentanza politica dell'ambito territoriale in cui essi operano, vale a dire del Congresso del Popolo locale (o del CNP per i giudici della Corte Suprema).¹⁷⁷ In realtà, i controlli cui vanno incontro le corti cinesi sono ben più numerosi e ramificati, per cui accanto ai controlli previsti dalla Costituzione ed affidati ai Congressi del Popolo,¹⁷⁸ alle Corti superiori¹⁷⁹ ed alle Procure del Popolo¹⁸⁰ esistono ulteriori forti interferenze

¹⁷³ Peerenboom (2009), pp. 72–74.

¹⁷⁴ V. American Chamber of Commerce (2013), “*China Business Climate Survey Report*”, pp. 8–9, consultabile su <http://web.resource.amchamchina.org/cmsfile/2013/03/29/0640e5a7e0c8f86ff4a380150357bbef.pdf>.

¹⁷⁵ “*The courts are not simply a passive instrument of the governments and the party, yielding to various external forces that have been imposed on them. Under the seemingly peaceful surface of iron control exists dynamic turbulences of conflict, repression, resistance, competition, compromise, and cooperation in which law, power, and politics interact. There is room for the courts to maneuver in the current political structure*” cit. Xin (2009), p. 193.

¹⁷⁶ Parla espressamente di sviluppo a due velocità con riferimento alle controversie commerciali, da un lato, e a quelle concernenti i diritti civili e politici, dall'altro, Peerenboom (2009), p. 4.

¹⁷⁷ Ajani – Serafino – Timoteo (2007), p. 440.

¹⁷⁸ Artt. 62, 67, 101, 104 Costituzione.

¹⁷⁹ Art. 127 Costituzione.

¹⁸⁰ Art. 29 Costituzione.

provenienti dall'ambiente sociale, dai governi e, soprattutto, dal PCC.¹⁸¹

9.2 Controlli costituzionali

Partendo dall'esame dei controlli per così dire “istituzionali”, i Congressi del Popolo e le loro Commissioni Permanenti costituiscono per le Corti il referente principale e costante del loro operato. Compete, infatti, ai predetti organi assembleari la nomina e la rimozione dei giudici dall'incarico, lo svolgimento di periodiche investigazioni negli uffici giudiziari e l'approvazione delle relazioni sull'attività svolta presentate dalle corti del loro medesimo livello territoriale. La forma di sorveglianza certamente più penetrante in mano ai Congressi del Popolo è, tuttavia, il potere di “*supervisionare*” i singoli casi già decisi dalle corti dietro richiesta di cittadini che lamentino la corruzione dell'organo giudicante ovvero l'erronea applicazione della legge, potere che può arrivare sino all'estremo di dettare alla corte il contenuto della nuova sentenza da rendere. Questa prerogativa deriva ai Congressi del Popolo dall'idea che essi, in quanto espressione della volontà popolare, siano i custodi ultimi della legge e della giustizia e che pertanto spetti a loro il dovere controllare le corti e non il contrario.¹⁸²

Peculiare è, inoltre, il rapporto esistente tra le corti di diverso grado. Si è già detto che la relazione gerarchica non comporta, in Cina, l'obbligo per le corti di seguire i precedenti degli organi giudiziari di grado più elevato, come avviene negli ordinamenti di *common law*; dall'altro, la superiorità di una corte non si riduce, come negli ordinamenti di *civil law*, alla possibilità di annullare o modificare la sentenza resa dall'organo inferiore. Secondo uno schema tipico dei rapporti tra le amministrazioni dello Stato, le Corti superiori in Cina hanno, invece, la possibilità di determinare gli esiti di una controversia pendente di fronte ad una corte inferiore, qualora quest'ultima ne faccia espressa richiesta. Siccome per ogni sentenza che viene impugnata e poi riformata in appello il giudice che l'ha emessa in prima istanza può andare incontro a sanzioni pecuniarie e vedere pregiudicate le proprie possibilità di carriera, si è sviluppata la prassi di richiedere “pareri” ai giudici superiori, molto spesso addirittura per telefono, nel tentativo di indurre la parte soccombente a non contestare il verdetto, accettando la sentenza che verrà emessa, così privandola di

¹⁸¹ H. Fu (2003), p. 203.

¹⁸² J. Chen – Li Yuwen – Otto (2002), pp. 48–54.

fatto del diritto ad un doppio grado di giudizio.¹⁸³

Una funzione ibrida, infine, è attribuita alla Procura del Popolo, la quale oltre a rappresentare l'accusa nei procedimenti penali ha anche il compito di controllare l'operato delle corti e richiedere, se del caso, una revisione del processo, sia civile che penale, qualora ravvisi una violazione di legge.¹⁸⁴ I dati dimostrano che questo potere è esercitato con considerevole frequenza dalle Procure e quasi sempre in relazione a controversie civili, sebbene il più delle volte la corte ribadisca l'opinione espressa nella sentenza impugnata, dando torto alla procura.¹⁸⁵

9.3 Controlli informali

Non meno forti, benché non formalizzate, sono le altre forme di pressione che gravano sulle corti. In primo luogo, è naturale che in una cultura dominata dal *guanxi* e dalla necessità di sviluppare i rapporti sociali, i giudici vengano avvicinati da intermediari delle parti che spingono per uno specifico esito della controversia, rendendo assai comuni i casi di corruzione a tutti i livelli del sistema giudiziario.¹⁸⁶ A sua volta, il meccanismo di finanziamento delle Corti rende queste ultime inevitabilmente dipendenti dai governi, poiché questi forniscono le risorse necessarie per integrare le entrate derivanti dai contributi di causa, che da sole non sarebbero sufficienti a coprire i costi di funzionamento.¹⁸⁷

Il principale ostacolo ad una piena indipendenza del sistema giudiziale è, tuttavia, rappresentato dal ruolo svolto dal partito, il quale controlla l'operato delle Corti, ad ogni livello della linea gerarchica, attraverso una “Commissione politico-giuridica”. Quest'ultima, secondo il gioco degli specchi che caratterizza le relazioni tra Stato e partito, è composta da quegli stessi giudici che fanno parte della “Commissione giudiziale” all'interno della Corte, di quell'organo cioè che può

¹⁸³ Minzer (2011), pp. 949–975; Peerenboom (2009), p. 84.

¹⁸⁴ V. art. 5 *Zhonghua renmin gongheguo renmin fayuan zuzhi fa* (legge organica sulle Procure del Popolo della RPC) del 1979. La Procura Suprema del Popolo ha il potere di chiedere alla CSP di revisionare qualsiasi caso già deciso da una corte inferiore (art. 18 stessa legge).

¹⁸⁵ Peerenboom, (2009), p. 84.

¹⁸⁶ Ling (2009), pp. 196 ss. A seguito di una dettagliata analisi dei casi di corruzione giudiziaria in Cina negli ultimi anni, l'A. sottolinea come i rischi di corruzione siano più elevati tra i giudici delle corti inferiori e, tra le tre fasi in cui si suddivide il processo (ammissione, decisione ed esecuzione), nella fase decisoria ed esecutiva.

¹⁸⁷ Wang Yuhua (2013), pp. 48–51. La situazione è stata soltanto parzialmente risolta dalla decisione del Consiglio di Stato di centralizzare una parte del finanziamento alle corti, non essendo stata cancellata del tutto la possibilità per gli organi decentrati di governo di esercitare pressioni, affinché, nel loro operato, le corti si facciano promotrici degli obiettivi politici, spesso di carattere protezionistico, perseguiti a livello locale.

avocare a sé tutte le cause ritenute più rilevanti ed al quale i giudici più giovani chiedono spesso indicazioni per la soluzione dei casi più complessi.¹⁸⁸

Pertanto, sebbene la Cina non abbia creato dei tribunali politici che si affiancano alle corti ordinarie nella decisione dei casi più “sensibili, quando davanti alle corti sono portate controversie dagli importanti risvolti economici o socio-politici, i giudici sono tenuti ad agire in stretto contatto con la Commissione politico-giuridica, che devono tenere continuamente aggiornata circa l'andamento del giudizio.¹⁸⁹ Ciò non implica, tuttavia, che, ogni volta che il partito si intromette nella decisione di una controversia, esso finisca per determinarne inevitabilmente l'esito, in quanto il più delle volte la Commissione si limita ad esprimere la propria opinione su singoli aspetti della controversia o fornisce ai giudici indicazioni di carattere generale come, ad esempio, la necessità di dare un'interpretazione restrittiva alla legge o l'invito a non accettare casi dal chiaro significato politico.¹⁹⁰

Il rapporto tra un'aggiudicazione imparziale conforme ai dettami del *rule of law* e la necessità di tenere conto, nella decisione della controversia, di obiettivi ulteriori di natura politica, quali la stabilità economico-sociale, la tutela dell'occupazione, le aspettative della popolazione civile (le “masse”), è un tema al centro dell'attuale dibattito dottrinale e politico sullo stato del sistema giudiziario cinese. Il punto di equilibrio tra queste forze contrastanti è stato mutevole. Il periodo di riforme istituzionali inaugurato da Jiang Zemin investì in maniera evidente anche la magistratura, che sotto la presidenza di Xiao Jang (Presidente della CSP dal 1998 al 2008) intraprese un percorso di professionalizzazione, indipendenza e di lotta alla corruzione tra i giudici. L'obiettivo primario divenne il radicamento dei principi del *rule of law* all'interno delle Corti, per accrescerne il prestigio tra la popolazione. Al contrario, il quinquennio successivo (dal 2008 al 2013), sotto la presidenza di Wang Shengjun, non a caso uomo scelto tra le fila del partito senza alcuna precedente esperienza in campo giuridico,¹⁹¹ è stato caratterizzato dalla nuova enfasi riposta sul ruolo del partito e dalle pressioni affinché i giudici, nel decidere i singoli casi portati

¹⁸⁸ Ajani – Serafino – Timoteo (2007), p. 441; Woo, (1991), pp. 116 ss.

¹⁸⁹ H. Fu (2003), p. 206.

¹⁹⁰ H. Fu – Cullen (2008); Y. Fu – Peerenboom (2009), pp. 79–80: “*In practice, the party influences the courts in various ways and through various channels. The party exerts influence in ideology, policy, and personnel matters, although it sometimes is involved in deciding the outcome of particular cases*”.

¹⁹¹ Si veda la biografia ufficiale di Wang su http://www.gov.cn/english/2008-03/16/content_921829.htm.

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

alla loro attenzione, si facessero promotori degli obiettivi di politica generale stabiliti a livello centrale. Tra queste indicazioni, la più rilevante fu certamente quella di indurre le parti a ricorrere alla mediazione ed a rinunciare ad una aggiudicazione contenziosa della lite.¹⁹² Il riferimento primario non furono più i principi del *rule of law*, bensì la “Teoria dei tre Supremi”, formulata da Hu Jintao al termine del suo primo mandato da Presidente della RPC nel 2007, secondo la quale tutti i funzionari pubblici, tra cui quindi anche i giudici, devono tenere in massima considerazione, insieme con la Costituzione e le leggi, l'interesse del popolo e la causa del partito.¹⁹³

Ad oggi è difficile prevedere quali saranno le evoluzioni a seguito dell'avvicendamento di Zhou Qiang alla guida della CSP. A differenza del suo predecessore, infatti, Zhou ha alle spalle degli studi giuridici, ma dalle poche dichiarazioni pubbliche fino ad oggi diffuse non è emerso un indirizzo chiaro, ribadendosi l'impegno nel combattere la corruzione, sviluppare l'educazione e l'aggiornamento dei giudici¹⁹⁴ ed al contempo affermandosi la necessità per le corti di abbandonare formalismi ed edonismi del passato per seguire la linea delle masse.¹⁹⁵

Va dato conto, inoltre, dell'esistenza di pressioni interne alla stessa Corte chiamata a giudicare, che sono in grado di pregiudicare l'indipendenza del singolo magistrato. La considerazione ed il rispetto per i magistrati più anziani induce i più giovani a chiedere pareri in via informale ai giudici dotati di maggiore esperienza. Se, da un lato, questa pratica garantisce una maggiore competenza nella decisione finale e riduce i rischi di corruzione, essa finisce per deresponsabilizzare il singolo giudice e, in sostanza, affida la decisione finale ad un soggetto che non ha partecipato all'attività di udienza.¹⁹⁶

Un ulteriore elemento è il potere riconosciuto ai presidenti delle Corti di stabilire gli obiettivi ed i criteri di valutazione dell'operato dei giudici. Pur non essendo vincolati al rispetto delle indicazioni dei vertici della Corte di appartenenza, il mancato rispetto degli obiettivi sanciti ad inizio di ogni anno (ad esempio, una determinata percentuale di cause definite attraverso la mediazione) pregiudica

¹⁹² Minzer (2013).

¹⁹³ Wang Xianchu (2008), p. 258.

¹⁹⁴ “*The Supreme People's Court to enhance the judge's training*”, comunicato stampa del 26 luglio 2013, consultabile su <http://en.chinacourt.org/public/detail.php?id=4793>.

¹⁹⁵ “*The Supreme People's Court to promote the “mass line” education campaign*”, comunicato stampa dell'1 agosto 2013, disponibile su <http://en.chinacourt.org/public/detail.php?id=4796>.

¹⁹⁶ Peerenboom (2009), pp. 77–78.

l'avanzamento di carriera del singolo magistrato e la sua possibilità di godere di specifici premi salariali¹⁹⁷.

9.4 Reputazione e professionalità dei giudici

Avendo presente questo complesso quadro di pressioni cui sono soggetti i giudici nell'esercizio delle proprie funzioni, bisogna, ad ogni modo, ammettere che i progressi compiuti nel campo dell'amministrazione della giustizia sono stati notevoli. La magistratura gode oggi certamente di una maggiore autorità rispetto al passato e questo sia nei confronti degli altri organi pubblici, dalle cui indicazioni non teme di distanziarsi qualora lo ritenga opportuno,¹⁹⁸ sia nei confronti della popolazione, che sempre più spesso ricorre alle corti per ottenere giustizia.¹⁹⁹ Inoltre, quando i Congressi del Popolo, le Procure del Popolo o la Commissione politico-giuridica del partito esercitano il loro potere di supervisione sulle Corti, raramente si sostituiscono a queste ultime nella decisione del caso, limitandosi a fornire indicazioni generali al fine di garantire la corretta applicazione della legge. Come si vedrà a breve, infine, le riforme degli ultimi anni hanno accresciuto l'importanza della formazione tecnica dei giudici, i quali vengono nominati secondo criteri meritocratici, malgrado le procedure di promozione e di nomina ai ruoli di vertice rimangano per molti aspetti oscure.

Strettamente legato al problema dell'indipendenza della magistratura è il livello di professionalità dei giudici. Per lungo tempo la formazione giuridica non costituì un requisito per l'accesso alla magistratura, ragion per cui tra le file dei giudici, accanto ai laureati in giurisprudenza, si contano ancora numerosi ex membri dell'esercito e funzionari provenienti da altri settori dell'amministrazione pubblica, trasferiti nelle corti in virtù della loro fedeltà alla causa del partito ed agli ottimi rapporti con l'oligarchia al potere.²⁰⁰ La situazione fu destinata a cambiare con l'apertura del sistema cinese al mercato e la crescente domanda di un apparato giudiziario competente, in grado di operare in un sistema giuridico sempre più complesso. La disciplina di accesso alla magistratura fu più volte emendata e nel

¹⁹⁷ Minzer (2011), p. 956.

¹⁹⁸ Peerenboom (2009), pp. 75–76; ma v. Ginsburg (2009), p. 257.

¹⁹⁹ Chan Kay-Wah (2008), pp. 141–143.

²⁰⁰ Fu Hualing (2003), pp. 102–103.

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

1995 fu approvata una legge sui giudici,²⁰¹ che, dopo la modifica del 2001, pone come requisito essenziale il possesso di una laurea specialistica o di un dottorato di ricerca in giurisprudenza ovvero di altra laurea, anche non in giurisprudenza, associata ad una esperienza lavorativa nel campo del diritto.²⁰² Sempre la riforma del 2001, pur conservando il meccanismo della nomina dei giudici da parte dei Congressi del Popolo, ha previsto l'obbligo che la scelta ricada tra coloro che abbiano superato un concorso pubblico per esami²⁰³ e che chi fosse stato nominato precedentemente all'entrata in vigore della legge seguisse dei corsi di formazione giuridica.²⁰⁴ Si è assistito, pertanto, ad un innalzamento del livello professionale dei giudici, con una graduale espansione del numero dei laureati all'interno delle corti a scapito della categoria dei militari e dei burocrati.²⁰⁵ Questi ultimi due gruppi rimangono, però, ben radicati ed anzi spesso ricoprono le cariche più prestigiose nelle corti, conservando una notevole influenza sulla decisione dei casi di maggiore importanza.²⁰⁶

In definitiva, la magistratura in Cina rimane un organismo assai composito in cui i giudici più giovani e preparati si confrontano con una compagine più anziana maggiormente sensibile alle influenze del partito ed in cui il livello di competenza non è uniforme in tutto il territorio nazionale, con i giudici delle grandi città e delle Corti superiori tecnicamente più abili e competenti rispetto a quelli delle corti inferiori e delle campagne.²⁰⁷

10.– Il Partito Comunista Cinese

10.1 Il partito e lo Stato

Con oltre 82 milioni di iscritti²⁰⁸ il Partito Comunista Cinese è di gran lunga la più grande organizzazione politica al mondo ed indiscusso è il ruolo predominante

²⁰¹ *Zhonghua renmin gongheguo faguan fa* (Legge sui giudici della RPC), del 28 febbraio 1995, da ultimo modificata il 30 giugno 2001; testo consultabile, in inglese, su http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383686.htm.

²⁰² Art. 9 legge sui giudici

²⁰³ Art. 12 legge sui giudici.

²⁰⁴ Art. 9 legge sui giudici.

²⁰⁵ Si calcola che oggi oltre il 40% dei giudici è in possesso di una laurea; v. K. W. Chan (2008), p. 112.

²⁰⁶ Head (2011), pp. 588.

²⁰⁷ Guarnieri (2009), pp. 243–244.

²⁰⁸ Il dato ufficiale di 82,620 milioni di membri è calcolato alla fine del 2011 e può essere letto su <http://english.cpc.people.com.cn/206972/206981/8188126.html>.

ad esso riconosciuto all'interno del sistema giuridico cinese. Il PCC è radicato ad ogni livello della società e, permeando ogni più piccolo ambito delle relazioni sociali, è il principale strumento di controllo nelle mani della classe dirigente cinese. In conclusione di questo breve *excursus* delle istituzioni cinesi, non ci si può dunque esimere dal trattare il ruolo del PCC all'interno dell'ordinamento.

Contrariamente a quanto la sua onnipresenza nella vita pubblica potrebbe far pensare, il PCC non è parte della struttura dello Stato ed i poteri che esso esercita non trovano spesso alcuna legittimazione, e di conseguenza alcun limite, nella Costituzione e nelle leggi della Repubblica Popolare.²⁰⁹ Il sistema giuridico cinese vive, infatti, un'insanabile conflitto tra il ruolo di guida della società attribuito al partito dalla concezione marxista-leninista e dalla teoria politica di Deng Xiaoping,²¹⁰ da un lato, ed i principi della supremazia della legge, della sottomissione del partito alla legge e di eguaglianza di tutti i cittadini introdotti nella Costituzione del 1982,²¹¹ dall'altro.²¹² La medesima contraddizione si ritrova nella Costituzione del PCC²¹³ e, a catena, si ripropone nelle ambigue espressioni coniate dal partito, quale, ad esempio, quella di un "rule of law *socialista*".

Malgrado i continui appelli da parte dei leader politici cinesi al rispetto delle leggi e dei regolamenti, resta forte il dubbio che le istituzioni dello Stato vengano utilizzate dal partito esclusivamente allo scopo di legittimare il proprio operato²¹⁴ e le leggi continuino ad essere soltanto un veicolo per imporre le decisioni assunte dagli organi politici.²¹⁵ Emblematico della reale intenzione del partito di sottomettersi alla legge è la constatazione che assai raramente i leader accusati di crimini anche gravi sono sottoposti al giudizio delle Corti, venendo piuttosto giudicati da organi interni al partito, secondo un apposito procedimento disciplinare, che li sottrae alle pesanti

²⁰⁹ Rimangono attuali gli studi sul rapporto tra Costituzione e partito compiuti da Jones (1985), pp.707 ss.; A. Cohen (1979), pp. 794 ss.

²¹⁰ V. Preambolo della Costituzione: "Sotto il comando del Partito Comunista Cinese e la guida del marxismo-leninismo, del pensiero di Mao Zedong, della teoria di Deng Xiaoping e dell'importante pensiero dei Tre Rappresentanti, il popolo cinese di ogni nazionalità continuerà a rispettare la dittatura democratica del popolo e la via socialista".

²¹¹ Artt. 5 e 33 Costituzione.

²¹² Lubman (1999), p. 7.

²¹³ Nel "Programma Generale" della Costituzione del PCC si legge: "Il partito deve operare all'interno della cornice stabilita dalla Costituzione e dalle altre leggi".

²¹⁴ Chow (2003), pp.131-132.

²¹⁵ Assai significativo è che in conclusione del discorso per i trent'anni della Costituzione (di cui si è già detto in precedenza), Xi Jinping abbia pronunciato le seguenti parole: "Dobbiamo essere capaci di trasformare le politiche del partito in politiche dello Stato attraverso procedure giuridiche, capaci di indurre l'élite di partito di diventare leader dello Stato, capaci di governare lo Stato e la società attraverso la rappresentanza politica".

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

sanzioni giudiziali cui altrimenti andrebbero incontro.²¹⁶

La struttura del PCC è modellata su quella delle istituzioni dello Stato, per cui ogni organo statale ha un suo omologo all'interno dell'organigramma del partito, in modo da poterne controllare da vicino l'operato.²¹⁷ Tuttavia, la forza principale del partito risiede nella sua capacità di penetrazione all'interno delle compagini civili, attraverso le oltre 3,6 milioni di “organizzazioni di base”, che devono obbligatoriamente essere costituite all'interno delle imprese, aree rurali, uffici governativi, scuole, istituti di ricerca scientifici, zone residenziali, associazioni, agenzie di intermediazione sociale, unità militari che contino più di tre iscritti al partito. Tutto ciò spiega l'enorme influenza del PCC nel selezionare le persone ai vertici dei più importanti enti pubblici e privati e quindi le origini di quel sistema di *nomenklatura* che è il più pregnante tra i poteri non formalizzati di cui gode il partito.

All'interno dell'amministrazione pubblica l'ingerenza nelle nomine²¹⁸ consente di conformare l'attività degli organi dello Stato alle direttive del Partito, confidando nella lealtà politica dei funzionari ed evitando, il più delle volte, un coinvolgimento diretto del partito nella gestione dello Stato.²¹⁹ In molti casi, tra l'altro, gli uomini a capo delle istituzioni ricoprono contemporaneamente un ruolo anche nell'organizzazione del partito che si trova allo stesso livello gerarchico. Avviene così, ad esempio, per i presidenti delle Corti del Popolo, che sono di regola anche a capo degli organi di partito competenti a sorvegliare l'operato della corti di

²¹⁶ Peerenboom (2002), p. 214, che nota che, anche quando i leader politici vengono giudicati dalle Corti, il contenuto della sentenza è in realtà determinato dal partito. Tuttavia, di recente uno dei massimi leader del PCC, Bo Xilai, è stato condannato da un Corte del Popolo a scontare la pena del carcere a vita a seguito di un processo che si è svolto a porte aperte e addirittura trasmesso in diretta *on-line*; per un commento critico sul significato politico di questo caso v. Lubman (2013).

²¹⁷ Gli organi di governo del partito a livello nazionale e locale ricalcano la struttura dei Congressi Nazionali del Popolo. L'organo supremo di rappresentanza è il Congresso Nazionale del Partito (CNP) che si riunisce ogni 5 anni (il 18° Congresso si è svolto nel novembre del 2012). Il CNP nomina la Commissione Centrale (CC) che rappresenta il partito quando il CNP non è convocato. La CC elegge successivamente il *Politburo*, la Commissione permanente del *Politburo* ed il Segretario Generale della CC, cui è automaticamente affidato anche il ruolo di dirigere i lavori del *Politburo* e della sua Commissione Permanente. A livello centrale esiste poi una Commissione Militare Centrale, i cui membri sono nominati dalla CC ed il cui presidente al momento è Xi Jinping.

²¹⁸ Sono soggette ad approvazione del PCC, tra le altre, le nomine del Presidente, vice-Presidente, Segretario Generale, vice Segretario Generale e membri della Commissione permanente del Congresso Nazionale del Popolo, del Presidente, vice-Presidente e membri della commissione aggiudicatrice della Corte Suprema del Popolo, dei Presidenti delle Alte Corti del Popolo e delle Alte Procure del Popolo a livello provinciale; p. 191, H. Chen (2004), pp. 703 ss.; v. Peerenboom (2002).

²¹⁹ Che ciò nonostante continua ad avvenire, nelle più varie forme (pre-approvazione dell'agenda legislativa, esame delle proposte di legge, indicazioni ai giudici su come decidere certi casi, etc.); v. Tanner (1999); Tanner (1994), pp. 381 ss.

cui fanno parte.²²⁰ In tutti questi casi, di conseguenza, è sostanzialmente impossibile discernere se una decisione sia stata influenzata dal volere del partito o sia stata, invece, autonomamente assunta dall'organo pubblico.

10.2 Il partito e le imprese

Parimenti pervasivo è il controllo del partito sulle imprese statali, in cui il PCC è titolare di una serie di diritti di gestione occulti che contrastano con il ruolo attribuito dalla legge alla CACPP e che spesso finiscono anzi per prevalere sui diritti azionari di quest'ultima. Oltre all'applicazione del sistema di *nomenklatura* nella scelta dei *top manager*, che, vale la pena ricordarlo, nelle principali imprese statali hanno rango ministeriale o vice ministeriale, il partito ha creato un vero e proprio doppio sistema di amministrazione dell'impresa. All'interno delle imprese statali è presente una "Commissione di Partito", le cui funzioni rispecchiano quelle dell'organo di amministrazione, e sovente i *manager*, avendo ricevuto il gradimento sia dalla CACPP che dal partito, ricoprono un ruolo equivalente nel consiglio di amministrazione e nella Commissione di Partito interna all'impresa.²²¹ A ciò si aggiunga che circa un terzo degli impiegati delle imprese statali sono iscritti al PCC²²² e che quasi sempre gli amministratori vengono selezionati tra gli appartenenti ai ranghi del partito.²²³ Una volta cessati di carica, inoltre, è prassi trasferire i *top manager* pubblici alle più alte cariche dello Stato o del partito.²²⁴

Non meno rilevante, infine, è l'ingerenza esercitata dal partito sulle imprese private. Qui è la stessa legge sulle società ad imporre a queste ultime di realizzare "*le condizioni per l'attività del partito comunista*", che sia presente al suo interno con un'organizzazione di base.²²⁵

10.3 Recenti evoluzioni

Bisogna pur dire che, nonostante le sue innumerevoli ramificazioni, nel tempo il PCC ha ridotto la propria invadenza. Le riforme economiche, infatti, hanno

²²⁰ Zhu (2009), p. 56.

²²¹ L. W. Lin – Milhaupt (2011), pp. 37–38.

²²² *Id.*, p. 29.

²²³ Shambaugh (2008), p. 837, che ricorda come all'interno delle scuole del partito esistano corsi appositi per la formazione dei manager delle imprese pubbliche.

²²⁴ Circa il 30% dei funzionari di governo di rango ministeriale o vice-ministeriale hanno precedenti esperienze nelle imprese statali; v. X. Wang (2011); v., altresì, L. W. Lin – Milhaupt (2011), pp. 41 e 66.

²²⁵ Art. 19, legge societaria; v. Cavalieri (2011), p. 365.

1. Lineamenti del sistema economico e giuridico cinese

determinato una decentralizzazione ed una frammentazione dell'autorità tra i vari livelli di governo, così che sono sempre più rari i casi in cui il partito decide di intervenire nella gestione quotidiana dello Stato.²²⁶ Il suo coinvolgimento nella vita pubblica si manifesta attraverso la formulazione delle linee politiche e degli obiettivi generali, limitando in particolare la propria ingerenza nell'ambito della regolamentazione amministrativa, dove le agenzie del governo godono di una spiccata autonomia nell'esercizio delle proprie funzioni e dove è diventato prioritario assicurare un'elevata professionalità tecnica piuttosto che il rigoroso rispetto dell'ideologia socialista.²²⁷

Si è detto che con l'apertura al mercato il partito abbia rifiutato una rigida impostazione ideologica del suo operato. La “teoria delle tre rappresentanze”, formulata da Jiang Zemin, accoglieva l'idea che il partito non dovesse essere espressione di una sola classe sociale chiamata ad imporsi sulle altre, ma che anzi dovesse farsi portatore degli interessi di tutta la popolazione.²²⁸ La sua legittimazione viene pertanto fondata su basi nuove, di carattere morale ed economico. Da un lato, il partito, in quanto avanguardia della società civile, rivendica il proprio potere/dovere di stabilire la linea politica del paese, che viene condensata in brevi formulazioni ufficiali (*tifa*),²²⁹ che fungono da direttive generalissime per la gestione della cosa pubblica; dall'altro, sempre il partito, attribuendo a sé il merito della strepitosa crescita economica della Cina, si pone come unica forza in grado di garantire il progresso del paese.

In ultima analisi, per lo meno nel breve periodo, qualsiasi rilevante trasformazione dell'assetto politico ed economico della Cina dovrà necessariamente passare attraverso un'evoluzione della linea del partito. Il PCC, infatti, è il promotore delle riforme ma costituisce, al contempo, il principale ostacolo alla realizzazione delle stesse. Ciò accade perché, a differenza che in altre esperienze socialiste in cui il partito si è imposto colonizzando le istituzioni dello Stato, in Cina non è esistita una

²²⁶ Peerenboom (2002), p. 209–210.

²²⁷ Moon – Ingraham (1998), pp. 77 ss.

²²⁸ Si tratta del cuore del pensiero di Jiang Zemin, che egli ebbe ad esprimere nel corso del 16° Congresso del CPC nel novembre del 2002. Secondo la “teoria delle tre rappresentanze”, il partito deve farsi portatore degli interessi delle forze produttive più avanzate del paese, degli orientamenti culturali più avanzati della Cina e degli interessi fondamentali della stragrande maggioranza della popolazione.

²²⁹ I *tifa* hanno sempre svolto un ruolo fondamentale nella propaganda di partito; per un'indagine approfondita sul punto v. Schoenals (1992).

burocrazia statale moderna antecedente all'avvento del partito, ma le istituzioni e la stessa cultura giuridica del paese sono tutte figlie delle riforme del PCC.²³⁰ Di conseguenza, non esistono all'interno delle istituzioni cinesi centri di potere autonomo, portatori di una diversa concezione dell'economia e dello Stato, in grado di guidare un percorso di cambiamento indipendentemente dal partito.

Il fatto che una spinta riformista provenga dal medesimo gruppo al potere non è, di per sé, un'ipotesi improbabile. Oggi, la stragrande maggioranza degli iscritti aderisce al partito non per ragioni ideologiche, ma per beneficiare di migliori prospettive di carriera; la classe dirigente di tecnocrati che governa il Paese, quasi tutti con studi universitari alle spalle, non ha molto a che spartire con il PCC dei primi anni della Repubblica Popolare, composto per oltre il 60% da contadini;²³¹ dal 2002, inoltre, possono diventare membri partito anche i possessori di redditi medio alti, titolari di un'impresa privata. Tutti questi sono elementi rivelatori dell'esistenza di un dibattito e di un pluralismo di idee all'interno del partito, che fanno del PCC attuale un'organizzazione molto meno compatta di quella che appare all'esterno e per nulla paragonabile alla compagine fortemente ideologizzata che caratterizzò i primi anni del regime. C'è da sperare, dunque, che le proposte di riforma istituzionale possano trovare la loro strada all'interno delle gerarchie al potere, portando ad una lenta e graduale trasformazione della forma di governo cinese secondo un percorso che ricalchi quanto avvenuto in occasione dell'apertura dell'economia ai principi di libero mercato.

²³⁰ Zhu (2009), p. 65.

²³¹ Burns (2000), pp. 580 ss. Oggi il 34% dei membri del partito possiede almeno un diploma universitario di primo livello, contro una media del 5% tra la popolazione cinese (Dati ufficiali al 2009, consultabili su <http://english.people.com.cn/90002/98666/99313>).

CAPITOLO SECONDO

Origini della legge antimonopoli

I.- CORNICE ECONOMICA E NORMATIVA DELLA NUOVA LEGGE ANTIMONOPOLI

La legge antimonopoli cinese non è destinata ad operare in un ambiente separato dall'intricato sistema economico–giuridico cinese di cui si è detto nel capitolo precedente. Essa non è il frutto di un'operazione intellettuale che il giurista occidentale può pretendere di afferrare senza conoscere le normative che l'hanno preceduta e che in buona parte sopravvivono all'innovazione legislativa e, soprattutto, senza inserire la legge antimonopoli nell'ambito del pluritrentennale processo di trasformazione attraversato dal sub–continente cinese.

Questa notazione preliminare può apparire per certi aspetti pleonastica, ma non è inconsueto che lo studio di fenomeni giuridici globali, quale è la lotta alle pratiche anticoncorrenziali, sia condotto utilizzando schemi, criteri e concetti con i quali si tenta di isolare una parte della legislazione di un paese dall'ordinamento che la ospita, in virtù di una pretesa “universalità” degli scopi da essa perseguiti. Si è di fronte a forme deteriori di funzionalismo giuridico,¹ che tentano di oscurare le differenti esigenze degli ordinamenti esaminati, nel tentativo di imporre un modello dominante, implicitamente ritenuto superiore, e di impedire la formazione di possibili modelli alternativi e concorrenti. Un tale atteggiamento può forse

¹ Col termine di funzionalismo giuridico ci si riferisce alla gloriosa tradizione comparatistica che ha visto tra i suoi massimi esponenti Konrad Zweigert e Hein Kötz, i quali sostenevano la possibilità di comparare efficacemente sistemi giuridici all'apparenza anche molto diversi tra loro in base al rilievo che, di fronte a problemi simili, le soluzioni adottate dagli ordinamenti tendevano a non divergere nel loro risultato pratico: “[...] se rivolgiamo la nostra attenzione al resto del diritto privato, per così dire “apolitico”, si deve pur sempre constatare che ad eguali bisogni del traffico giuridico corrispondono, nei sistemi di diritto dei paesi civilizzati, soluzioni uguali o molto simili dappertutto. Si parla a volte di una “presumptio similitudinis”, di una presunzione di similitudine delle soluzioni pratiche” Zweigert – Kötz (1998), p. 44. Le differenti evoluzioni del funzionalismo giuridico sono state ampiamente analizzate da Michaels (2006), pp. 339 ss., che non ha mancato di sottolineare le esagerazioni di alcune delle più recenti formulazioni; per una critica al funzionalismo nell'analisi antitrust, v. Mehra – Meng (2009).

semplificare la comparazione tra i vari sistemi giuridici, ma di sicuro non permette di cogliere la complessità della legislazione cinese, le difficoltà che si pongono alla recezione degli istituti giuridici stranieri e, in definitiva, rende difficile immaginare gli sviluppi futuri del diritto all'interno dei confini dello Stato.

Nel prosieguo del presente lavoro, pertanto, si cercherà di riflettere, in maniera quanto più completa possibile, sul contesto economico e normativo in cui la legge antimonopoli si è innestata, esaminando le legislazioni che sia affiancano a quest'ultima nel regolare i rapporti tra i soggetti del mercato; inoltre, nel corso di tutta la trattazione, continuo sarà lo sforzo per agganciare le disposizioni in materia di concorrenza alle normative contigue ed alla prassi sviluppatasi nel tempo, nella speranza di fornire al lettore un'immagine dinamica e concreta di una legge di così speciale rilevanza nell'ordine economico e sociale cinese.

Nella seconda parte del capitolo si ripercorrerà, invece, il tortuoso percorso che ha condotto all'emanazione della legge antimonopolistica, tratteggiando sin da subito le principali somiglianze e differenze con quei modelli giuridici che hanno costituito punto di riferimento costante del legislatore cinese.

1.– L'imperfetta concorrenza nel mercato cinese

In avvio dell'indagine sulla legge antimonopolistica cinese, è necessario fotografare, alla luce dei dati e della ricostruzione fornita nel capitolo precedente, le peculiari condizioni di concorrenza del mercato cinese, dando risalto a due aspetti apparentemente opposti, ma strettamente collegati tra di loro: lo strapotere economico ancora saldamente nelle mani delle imprese di proprietà pubblica, da un lato, e l'aggressiva competizione tra gli operatori dei settori liberalizzati dell'economia cinese, dall'altro.

1.1 Dominio dell'impresa pubblica

Per quanto riguarda il primo degli anzidetti elementi, all'apertura del mercato agli investimenti stranieri le imprese statali cinesi hanno mantenuto il controllo esclusivo di alcuni servizi essenziali che, per ragioni di carattere tecnico-economico

2. Origini della legge antimonopoli

(difficile duplicabilità dell'infrastruttura) o normativo (divieto imposto dal governo),² non sono accessibili ai capitali privati. In questi settori lo Stato ha così inteso ricreare le condizioni per la concorrenza, scindendo l'originario monopolista in più soggetti destinati a competere tra di loro. L'operazione non ha però raggiunto i risultati sperati ed in essa sono emersi tutti i limiti conseguenti all'affidamento al medesimo soggetto proprietario delle partecipazioni pubbliche anche del ruolo di arbitro della condotta delle imprese.³

Nel mercato delle telecomunicazioni, ad esempio, le sei società figlie del vecchio operatore unico, China Telecom, non tardarono a concordare tra di loro una spartizione del mercato cinese lungo linee regionali e, dopo l'ultima riforma del settore del 2008, è stato lo stesso Ministero dell'Industria e della tecnologia a ripartire il mercato della rete telefonica fissa in territori esclusivi, assegnati agli unici due operatori rimasti.⁴ Non dissimile è la situazione creata nel mercato elettrico, in cui al monopolio iniziale della società energetica nazionale si sono sostituiti due “più piccoli” monopoli su base regionale, affidati in esclusiva dal governo alle due società nate dalla scissione del primo operatore.⁵

Nel settore della vendita dei prodotti della raffinazione del petrolio la liberalizzazione del mercato non ha comunque scalfito il predominio delle tre maggiori imprese statali, che insieme controllano la quasi totalità del mercato e due di queste, in particolare, *Sinopec* e *Petrochina*, sono anche proprietarie dell'80% degli impianti di distribuzione al dettaglio del carburante. Nel tempo, tale condizione ha permesso a questi due giganti del mercato petrolifero di sfruttare la propria posizione dominante collettiva lungo tutta la catena distributiva per danneggiare i grossisti ed i distributori indipendenti, ai quali il carburante viene fornito in modo incostante e comunque in misura di gran lunga inferiore ai loro bisogni ovvero ad un prezzo pari o superiore rispetto a quello praticato al pubblico.⁶ È stato documentato che, per effetto di queste condotte escludenti, nel giro di pochi anni un terzo degli

² Si fa riferimento “*Catalogo per indirizzare gli investimenti stranieri nell'industria*” pubblicato nella sua ultima versione congiuntamente dalla Commissione per lo Sviluppo Nazionale e le Riforme ed il Ministero del commercio il 24 dicembre 2011 ed entrato in vigore il 30 gennaio 2012. In esso sono elencati i settori in cui gli investimenti stranieri sono “incoraggiati”, “permessi”, “limitati” e “vietati”.

³ Owen – Sun – W. Zheng (2008), p. 240.

⁴ Li (2009), pp. 361–366.

⁵ OCSE (2009), pp. 235–236.

⁶ Y. Wang (2008).

impianti di distribuzione indipendenti e ben due terzi dei grossisti indipendenti sono stati costretti a cessare la propria attività.⁷

Quanto detto dimostra che, nonostante i consistenti passi in avanti compiuti, le imprese pubbliche continuano a rappresentare una presenza ingombrante sul mercato ed una minaccia al regolare funzionamento dello stesso.⁸ Se la Cina non intende rinunciare al ruolo svolto oggi dall'impresa pubblica, è allora improcrastinabile una profonda riforma del sistema di controllo e regolamentazione, che superi gli attuali problemi di conflitto di interessi e di “*regulatory capture*”⁹ che affliggono il governo dell'economia.

1.2 Concorrenza eccessiva

Per quanto riguarda il problema antitetico della feroce concorrenza sviluppatasi in alcuni mercati, occorre premettere che in un'economia in cui la maggioranza degli investimenti industriali è gestita dallo Stato, essi non seguono l'andamento della domanda, ma vengono indirizzati al soddisfacimento di interessi pubblici diversi rispetto alla massimizzazione del profitto; ciò comporta che nei settori nei quali si concentrano i finanziamenti viene mantenuta una capacità produttiva di gran lunga superiore a quelli che sono i bisogni del mercato. La liberalizzazione dell'economia ed il confronto con le imprese straniere dovrebbero riuscire ad eliminare le distorsioni del mercato derivanti da una gestione pubblica delle risorse e costringere ad una profonda ristrutturazione del sistema industriale, che consenta di riassorbire l'eccedenza venutasi a creare.

La Cina, tuttavia, come si è detto,¹⁰ alla scelta di incondizionata liberalizzazione del mercato (“*Big Bang approach*”) ha preferito quella di proseguire lungo un percorso di continuità con il precedente regime di pianificazione, riassunto nell'originale formula di una “*economia socialista di mercato*”.¹¹ Alla rimozione dei vincoli alla circolazione dei capitali privati non ha corrisposto la rinuncia ad un impegno diretto nell'economia da parte dello Stato, il quale ha continuato a farsi promotore di massicci investimenti nell'industria nazionale, a scapito dello sviluppo

⁷ Yue (2009); Randall (2008).

⁸ D. Yang (2006), pp. 31–37.

⁹ Sulle insufficienze del sistema regolatorio in Cina, v. W. Zheng (2010), pp. 705–708.

¹⁰ Cfr. *supra* Cap. I, § 3.

¹¹ Cfr. *supra* Cap. I, § 4.

2. Origini della legge antimonopoli

dei consumi interni, così alimentando il problema dell'eccesso di capacità produttiva.¹²

Se pure è vero che una tanto gigantesca iniezione di liquidità non comporta necessariamente delle perdite nel breve periodo, perché, ad esempio, preserva un alto livello di occupazione e garantisce un sostanzioso ritorno in termini di gettito tributario per lo Stato ed i governi locali nel cui territorio hanno sede le imprese pubbliche,¹³ tali investimenti determinano comunque la sopravvivenza di operatori economicamente inefficienti e sostanzialmente insensibili alle leggi del mercato, che grazie al sostegno pubblico sono in grado di mantenere livelli di produzione sovra-ottimali senza percepirne gli effettivi costi.

L'immissione di uno smisurato quantitativo di beni sul mercato trascina in basso i prezzi, rendendo assai gravosa, se non del tutto controproducente, la permanenza sul mercato di quelle imprese che non godono di equivalenti mezzi di finanziamento esterno. Basti pensare che in Cina esistono oltre 60 imprese produttrici di televisori, la maggior parte delle quali di proprietà pubblica, e che, nonostante le croniche perdite registrate nel settore, i prezzi continuano ad essere in calo.¹⁴ Addirittura, nei collegamenti marittimi tra Shanghai ed il Giappone la feroce concorrenza tra le compagnie di navigazione pubblica ha portato ad applicare tariffe con dei margini di profitto negativi, tanto che nel 2006 una compagnia subiva in media perdite per €580.000 la settimana.¹⁵

Oltretutto, le conseguenze di un'eccessiva capacità produttiva non si riducono soltanto all'abbattimento dei margini di profitto sul mercato, ma si riverberano sulla capacità delle imprese cinesi di investire in qualità e innovazione. Paradigmatico è il caso del cemento, di cui la Cina è al contempo il primo produttore ed il principale consumatore a livello mondiale. Nonostante questi immensi quantitativi, la

¹² V. l'editoriale del "*Financial Times*", "*The Cost of China's Excess Capacity*", del 30 novembre 2009, consultabile su <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/a75ade98-dd14-11de-ad60-00144feabdc0.html>; Batson (2009), il quale nota come in risposta alla crisi degli ultimi anni la Cina abbia adottato un piano di stimolo all'economia di 4.000 miliardi di *yuan* (485 miliardi di euro circa); v. anche *supra* Cap. I, § 5.

¹³ W. Zheng (2010), p. 681, il quale sottolinea che in Cina la tassazione del reddito di impresa, come anche quella sul valore aggiunto, si basano sul fatturato e non sui profitti, sicché, nella misura in cui un'impresa continua a produrre, anche se in perdita, essa è tenuta al pagamento delle imposte.

¹⁴ Jung – Q. Hao (2003), p. 14, che ricorda che nel 2001, a fronte di una perdita complessiva del settore di oltre 3 miliardi di *yuan* (365 milioni di euro ca.), i prezzi dei televisori subirono un ulteriore crollo di quasi il 20%.

¹⁵ Owen – Sun – W. Zheng (2008), pp. 247–248.

produzione del cemento è dispersa in tanti piccoli impianti locali, che per lo più lavorano ancora con il metodo delle fornaci a tino, una tecnica che in gran parte del mondo è stata abbandonata da oltre un secolo a favore di tecnologie più economiche ed ecologiche, le quali assicurano un prodotto più resistente e duraturo.¹⁶

Non è raro, inoltre, soprattutto nel campo dei generi alimentari, che per la necessità di tagliare i costi di produzione si immettano sul mercato prodotti scadenti e nocivi per la salute dei consumatori, come è avvenuto nel noto caso del latte alla melamina.¹⁷

Esempi del genere si potrebbero ripetere per il mercato delle energie rinnovabili, delle automobili,¹⁸ dei trasporti aerei, delle agenzie di viaggio e per un'infinità di altri settori.¹⁹ In generale, l'assenza di apprezzabili margini di profitto impedisce alle imprese di crescere e di fornire prodotti competitivi rispetto a quelli dei concorrenti stranieri, ingabbiandole all'interno del loro mercato locale e costringendo la maggioranza dei consumatori a fruire di un'offerta scarsamente differenziata di beni qualitativamente scadenti e tecnologicamente arretrati.

Il problema è molto vasto e chiaramente avvertito dalla popolazione, di modo che in casi del genere si parla oramai comunemente di “*concorrenza eccessiva*”, espressione all'apparenza contraddittoria, con la quale si vuole intendere quella strutturale inefficienza dei meccanismi di mercato, che vedono una moltitudine di piccole imprese offrire beni a prezzi inferiori a quelli che si determinerebbero dal naturale incontro della domanda e dell'offerta. Sebbene sia evidente che la formazione di un prezzo inferiore a quello di mercato non sia da addebitare ad un funzionamento più che perfetto delle regole della concorrenza, quanto, piuttosto, alle carenze strutturali del sistema,²⁰ l'accezione negativa che circonda nell'immaginario comune il concetto di “concorrenza” (“*jingzheng*”, in cinese) non agevola la penetrazione dei principi informatori della stessa; ragione che con ogni probabilità ha

¹⁶ DeWeaver (2009).

¹⁷ Nel 2008 almeno sei bambini morirono e altri 300.000 restarono intossicati dopo aver bevuto del latte in polvere commercializzato sotto 69 marchi diversi, in cui furono trovate tracce di melamina, un composto chimico utilizzato nella produzione di plastiche e solventi, aggiunto al latte per incrementarne artificialmente il contenuto proteico. A seguito del processo due degli autori della contaminazione furono condannati a morte ed altre 21 persone furono incarcerate.

¹⁸ Cfr. *supra* Cap. I, § 5.

¹⁹ W. Zheng (2010), pp. 682–683.

²⁰ Owen – Sun – W. Zheng (2008), p. 251: “*Most examples of claimed excessive competition found in China's economy are not examples of there being too much competition; rather, they are examples of competition going awry*”.

2. Origini della legge antimonopoli

indotto il legislatore cinese a non utilizzare questo termine nel titolo della legge del 2007, preferendo quello di “legge antimonopoli” (“*fan long duan fa*”).

Nello scenario di mercato sopra delineato trovano giustificazione alcune disposizioni²¹, antecedenti alla legge antimonopoli, che puniscono le pratiche di prezzi predatori poste in essere in modo unilaterale o concordato dalle imprese, a prescindere dall'accertamento di un loro potere di mercato. Anche senza soffermarsi sul dibattito che ha animato in passato la dottrina circa l'opportunità di sanzionare le pratiche di prezzi predatori,²² si può considerare oramai pacifico nell'orientamento dei principali sistemi di diritto della concorrenza che l'applicazione di prezzi inferiori ai costi deve essere punita soltanto qualora sia commessa da un'impresa che, potendo contare su maggiori risorse economiche e su un consistente potere di mercato, sia in grado di recuperare le perdite realizzate nel breve periodo, tornando ad applicare prezzi sopra competitivi una volta che il concorrente sia stato eliminato,²³ ovvero riesca, come minimo, a produrre un'alterazione significativa delle condizioni di mercato.²⁴ Nel mercato cinese, invece, la vendita sottocosto è un fenomeno per così dire naturale e generalizzato e le disposizioni cui si fa riferimento dimostrano tutta l'incoerenza di un sistema che prima garantisce i finanziamenti necessari alle imprese pubbliche per sostenere delle inefficienti pratiche predatorie e poi condanna le medesime condotte ritenendole dannose per i consumatori e per gli altri imprenditori.

Ulteriore elemento rilevatore dell'incerta adesione dell'amministrazione cinese ai principi di libera concorrenza è la seconda forma con cui il governo

²¹ V. art. 11 legge contro la concorrenza sleale e art. 14, n. (2), legge sui prezzi, sui quali ci si soffermerà meglio *infra*.

²² V. le critiche alla teoria dei prezzi predatori mossi dagli economisti della scuola di Chicago, McGee (1958), e le successive risposte fornite in difesa della fattispecie, Yamey (1972); per un'analisi critica delle varie teorie, v. Motta – Polo (2005), pp. 250–273.

²³ La prova della capacità di “*recoupment*” è considerata necessaria per poter giungere ad una condanna dell'impresa predatrice da parte della giurisprudenza statunitense, v. *Brook Group Ltd. vs. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993); v. anche Motta – Polo (2005), pp. 265–267.

²⁴ La Corte di Giustizia UE ha sempre escluso che per integrare una fattispecie di prezzi predatori fosse necessario dimostrare la capacità dell'impresa di recuperare le perdite nel lungo periodo, ritenendo al contrario sufficiente il mero dato obiettivo dell'applicazione di prezzi inferiori ai costi medi variabili ovvero la prova dell'intento predatorio, quando i prezzi, pur superiori ai costi medi variabili, siano comunque inferiori ai costi medi totali; C-333/94P, *Tetra Pak International SA c. Commissione* (c.d. “*Tetra Pak II*”). Secondo la Corte questa scelta più rigorosa si giustifica in base al principio per cui le norme antitrust tutelano la struttura concorrenziale del mercato, a prescindere dall'esistenza di un danno diretto a carico dei consumatori; C-202/07, *France Télécom SA c. Commissione*, § 105.

tipicamente interviene per contrastare il supposto “eccesso” di concorrenza sul mercato. In periodi di depressione economica è comune la tentazione di rispondere all'eccesso di produzione legittimando dei cartelli di “crisi”, attraverso i quali le imprese tengono alti i prezzi dei propri prodotti e ne scongiurano una perniciosa corsa al ribasso, benché sia ormai dimostrato che questo genere di intese non aiuti a risollevarne l'economia e sia piuttosto tra le cause che prolungano il periodo di depressione economica.²⁵ Questo è quanto avvenuto, ad esempio, negli Stati Uniti durante la grande depressione,²⁶ in Giappone durante la crisi degli anni '90²⁷ e, seppure in maniera meno diffusa, anche in Europa dopo il secondo *shock* petrolifero del 1979, quando la Commissione si riservò la possibilità di esentare²⁸ o comunque ridurre grandemente²⁹ le sanzioni per gli accordi tra imprese conclusi al fine di attenuare le conseguenze della recessione economica. Non diversamente si è orientata l'amministrazione cinese, che negli ultimi vent'anni è intervenuta numerose volte, in modo più o meno diretto, per tentare di ripristinare un sistema di regolamentazione dei prezzi, favorendo o imponendo intese tra i produttori in difficoltà.³⁰ In questo contesto, l'approvazione di una legge antitrust non sembra essere sufficiente ad indurre un ripensamento di queste politiche, che l'incipiente

²⁵ AGCM (2012), pp. 10–14; Hawley (1966), pp. 268–278.

²⁶ Nel 1933, nel caso *Appalachian Coal Inc. vs United States*, 288 U.S. 344, la Corte Suprema degli Stati Uniti esentò un accordo tra 137 produttori che detenevano il 74% del mercato del carbone estratto sui monti Appalachi. Le imprese avevano stipulato un'intesa per la costituzione di un consorzio, al quale veniva affidata la vendita in esclusiva del carbone da loro prodotto. In uno dei passaggi più noti della pronuncia, la Corte afferma: “*The interests of producers and consumers are interlinked. When industry is grievously hurt, when producing concerns fail, when unemployment mounts and communities dependent upon profitable production are prostrated, the wells of commerce go dry*”, ragione per cui non andava vietato un accordo il cui scopo fosse di fissare “*fairer price levels*”. Nello stesso anno veniva emanato dal Congresso il *National Recovery Act*, che legittimava tutti gli accordi tra imprese, approvati da un'autorità indipendente, che fossero volti alla creazione di codici di condotta validi tra tutti gli operatori del settore; l'effetto che si produsse sul mercato fu una drastica riduzione dell'offerta, la paralisi dell'innovazione tecnologica e la sopravvivenza di imprese manifestamente inefficienti. La deriva corporativistica del diritto americano non durerà invero a lungo: nel 1935 la Corte Suprema dichiarerà incostituzionale il *National Recovery Act* e nel 1940, nel caso *Socony-Vacuum Oil Co. vs United States* 310 U.S. 150, essa prenderà espressamente le distanze dal precedente del 1933, riaffermando l'irrelevanza delle condizioni congiunturali di crisi nella valutazione degli accordi anticompetitivi; v. Libertini (2009), pp. 1–3.

²⁷ La legge antitrust giapponese del 1947, nel periodo che va dal 1953 ed al 1999, conteneva un'espressa esenzione per gli accordi di fissazione del prezzo in caso di imminente fallimento delle imprese di un determinato settore industriale (§ 24–3); v. Hayashi – Prescott (2002), pp. 206 ss. Il testo della legge giapponese sul divieto di monopolizzazione privata ed il mantenimento dell'equità degli scambi del 1947 è consultabile, in inglese, su http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/index.html.

²⁸ *Synthetic Fibres* (1984), G.U. L 207/17; *Eni/Montedison* (1987), G.U. L 5/13.

²⁹ *Zinc Producer Group* (1984), G.U. L 220/27.

³⁰ V. *amplius infra* Cap. IV, § 1.1.

2. Origini della legge antimonopoli

rallentamento dell'economia potrebbe anzi sostenere e che la legge antimonopoli sembra persino tollerare.³¹

In Cina, quindi, la spinta verso un più compiuto regime concorrenziale si scontra con le istanze di maggiore stabilità del mercato, tanto più forti in quanto ad esse si intrecciano spesso intenti protezionistici ed il desiderio delle singole amministrazioni e dei governi locali di conservare un controllo su specifici settori dell'economia. Può essere, pertanto, difficile giustificare politicamente all'interno dei confini nazionali un impegno deciso a favore di una piena attuazione dei principi di libera concorrenza, ma per combattere le distorsioni del mercato e ripristinare l'equilibrio tra la domanda e l'offerta è solo di più (e non certo di meno) concorrenza che la Cina ha bisogno.

Si può dunque concludere che lo iato dell'economia cinese risiede nella circostanza, che mentre in alcuni settori il monopolio, di diritto o di fatto, dell'impresa pubblica impedisce ogni forma di sviluppo, in altri è la bulimica proliferazione dell'offerta fomentata dai finanziamenti dello Stato a determinare l'imperfetta realizzazione della concorrenza, per via di un costante eccesso di produzione che crea un ambiente sfavorevole all'ingresso di nuovi operatori privati ed al miglioramento dei prodotti e dei servizi.³²

In questo scenario, non ci si può illudere che una legge a tutela della concorrenza sia in grado, da sola, di sciogliere tutti i numerosi e intricati nodi dell'economia cinese, se a monte non viene risolto l'enigma di come conciliare il prepotente ruolo dello stato nell'economia con l'adesione ai principi del libero mercato; ambiguità che d'altronde traspare nella formulazione della medesima legge antimonopoli, nelle norme chiamate a dettarne i principi ed i criteri per la risoluzione dei conflitti tra interessi contrapposti.³³

La politica della concorrenza deve, dunque, essere inevitabilmente accompagnata da un riordino del sistema economico, da una regolamentazione più stringente di quei mercati ancora nelle mani delle grandi imprese statali e dalla predisposizione di adeguati strumenti di tutela a favore dei consumatori e delle

³¹ V. art. 15, n. (5) legge antimonopoli; cfr. *infra* Cap. IV, § 4.5.

³² V. in proposito, la comunicazione del Consiglio di Stato “*Opinioni per ridurre l'eccessiva capacità e le costruzioni duplicate in certe industrie al fine di guidare un sano sviluppo industriale*”, del 26 settembre 2009.

³³ V., ad esempio, artt. 1, 7, 15, 28, 51.

piccole imprese. Soltanto se inserita in un sistema giuridico ed economico coerente, la legge antimonopoli potrà ambire a creare un mercato effettivamente competitivo³⁴ e costituire altresì un baluardo contro uno sviluppo indiscriminato e selvaggio dell'economia, che in altre paesi in transizione ha visto nuovi agglomerati di potere privato sostituirsi ai monopoli pubblici, occupando rapidamente gli spazi lasciati liberi dalla ritirata dello Stato.

2.— Normative preesistenti all’emanazione della legge antimonopoli

Durante il maoismo il termine “*jingzheng*” (concorrenza) era additato dalla gerarchie del partito quale “mostro” del capitalismo occidentale;³⁵ l'economia nazionale, si diceva, doveva fondarsi esclusivamente sulla proprietà pubblica dei mezzi di produzione e sulla pianificazione integrale della produzione da parte dello Stato³⁶ ed ogni contaminazione con sistemi economici diversi andava rigorosamente bandita.

Come è facile immaginare, i cambiamenti imposti da Deng non tardarono a ripercuotersi sulla percezione dei principi della concorrenza. Il primo segnale fu dato dalle “*Disposizioni provvisorie per la promozione e la protezione della concorrenza nell'economia socialista*”³⁷, emanate dal Consiglio di Stato il 17 ottobre del 1980, nelle quali si stabiliva il principio per cui “*nelle attività economiche, ad eccezione di quelle gestite direttamente dallo Stato o da enti autorizzati, la monopolizzazione e la distribuzione esclusiva non sono consentite*” (articolo 4). Tuttavia, sarà soltanto a partire dal 1992–1993, in seguito all'impetuosa accelerazione nella direzione dell'apertura ad un'economia di libero mercato, che l'attenzione si concentrerà sulla predisposizione di una nuova legislazione atta a regolamentare i rapporti commerciali oramai liberati dalle briglie del controllo pubblico.

La legge antimonopoli si inserisce in questo percorso evolutivo, di cui rappresenta attualmente il punto più avanzato, e per questa ragione non può essere

³⁴ Jung – Q. Hao (2003), p. 78.

³⁵ X. Wang (2009), p. 580.

³⁶ D. Xu (1980), pp. 597–599.

³⁷ Gazzetta Ufficiale del Consiglio di Stato, n. 487 (in cinese); v. anche X. Wang – Su (2013), pp. 194–195.

2. Origini della legge antimonopoli

iniziata la sua indagine senza prima aver dato conto delle disposizioni che l'hanno preceduta e che, essendo ancora oggi in vigore, sollevano non pochi problemi di coordinamento in sede applicativa. In esse ritroviamo, sparsi e separati tra loro, quei medesimi istituti che costituiranno i pilastri della legge antimonopoli: accordi di monopolio, abusi di posizione dominante, concentrazioni e abusi di potere amministrativo.³⁸ In questa prospettiva, la legge antimonopoli intende sviluppare in maniera coerente e unitaria le frammentarie esperienze del passato, introducendo un quadro normativo uniforme per l'interpretazione di quelle norme in materia di concorrenza rimaste in vigore a fianco del nuovo testo legislativo. Al contempo, l'interpretazione della nuova legge non può prescindere dalla prassi sviluppata nel vigore delle disposizioni che l'hanno preceduta, non fosse altro perché non sono cambiati gli organi investiti del compito di vigilare sul corretto funzionamento del mercato, i quali continueranno ad applicare le vecchie norme insieme con le nuove.³⁹

2.1 Legge contro la concorrenza sleale⁴⁰

Già nell'estate del 1987 l'Ufficio affari legali del Consiglio di Stato creò un gruppo di lavoro per la stesura di una legge antitrust e contro la concorrenza sleale. Il progetto si scontrò subito con le fortissime resistenze fraposte da chi, all'interno del governo, riteneva che non fosse necessaria una legge a tutela della concorrenza, perché, questa era l'opinione, le restrizioni alla concorrenza non erano né tipiche né diffuse in Cina.⁴¹ Pertanto, fu creato un nuovo gruppo di lavoro sotto la supervisione dell'Amministrazione di Stato per l'Industria ed il Commercio ("ASIC"), il quale predispose il testo dell'attuale legge contro la concorrenza sleale, che venne definitivamente approvata dalla Commissione permanente dell'ottavo CNP il 2 settembre 1993.⁴²

³⁸ Z. Wu (2008), p. 76.

³⁹ V. *infra* Cap. III, § 3.

⁴⁰ *Zhonghua renmin gongheguo fanbuzhengdang jingzheng fa* (Legge contro la concorrenza sleale della RPC), emanata il 2 settembre 1993 ed entrata in vigore l'1 dicembre 1993; testo consultabile, in inglese, su http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383803.htm.

⁴¹ W. Zheng, p. 717.

⁴² Jin – Luo (2002), p. 71. Nel tempo si sono succeduti diversi regolamenti attuativi della legge contro la concorrenza sleale, tutti promulgati dalla ASIC; tra questi si possono ricordare: le "Norme definitive per vietare le pratiche anticompetitive delle imprese pubbliche", del 24 dicembre 1993; le "Norme definitive per vietare la violazione dei segreti industriali", del 23 novembre 1995; le "Disposizioni provvisorie per vietare la corruzione in commercio", del 15 novembre 1996; le "Disposizioni provvisorie per vietare le turbative d'asta", del 6 gennaio 1998; i testi sono consultabili, in inglese, su <http://www.saic.gov.cn/english/LawsRegulations/Others/>.

Benché ridimensionato rispetto al progetto iniziale, il testo della legge contro la concorrenza sleale comprende norme di ispirazione diversa, che spaziano dalla protezione dei segni distintivi (articolo 5), dei segreti industriali (articolo 10) e del rispetto delle regole di deontologia imprenditoriale (articolo 14),⁴³ ai divieti di corruzione tra privati (articolo 8) e di ingiustificate restrizioni al commercio imposte da monopolisti, società di pubblico servizio e organi amministrativi (articoli 6 e 7), fino a norme di natura latamente consumeristica (articoli 9 e 13)⁴⁴ nonché di diretta tutela della concorrenza (articoli 11, 12 e 15).

Elemento comune ed unificante di questa variegata normativa è l'unicità del soggetto giuridico tutelato: la legge contro la concorrenza sleale è stata pensata per proteggere gli interessi dei soli imprenditori da tutte quelle condotte che hanno per effetto di pregiudicare ingiustificatamente la loro posizione sul mercato a vantaggio di un imprenditore concorrente;⁴⁵ esclusivamente gli imprenditori che si pongono in concorrenza con l'autore della violazione possono agire in giudizio per vedere tutelati i propri diritti ed interessi ed anche l'intervento di terzi non imprenditori in una lite iniziata da altri si presenta alquanto difficile e subordinato ad una valutazione discrezionale di ammissibilità da parte della Corte.⁴⁶ Vale la pena notare, al proposito, che la qualifica di imprenditore ai fini della legge contro la concorrenza sleale è circoscritta soltanto a quei soggetti che esercitano un'attività commerciale allo scopo di trarne un profitto,⁴⁷ introducendo un requisito, quello della finalità di

⁴³ Art. 14: "Un'impresa non deve formare o diffondere notizie false allo scopo di danneggiare la fama commerciale o la reputazione dei beni dei suoi concorrenti"; v. anche la "clausola generale" di cui all'art. 2, su cui si dirà più in dettaglio *infra* in questo paragrafo.

⁴⁴ Gli artt. 9 e 13 vietano rispettivamente la pubblicità falsa o ingannevole e certe pratiche attraverso le quali si associa la vendita di beni o servizi alla partecipazione a giochi a premi; v. Chua –G. Wong (2007), p. 444, le quali definiscono la legge contro la concorrenza sleale come un incrocio tra una legge a tutela della proprietà intellettuale ed una legge protettiva degli interessi dei consumatori.

⁴⁵ V. l'art. 1: "La presente legge è redatta con l'intento di salvaguardare il sano sviluppo dell'economia socialista di mercato, promuovere e proteggere una concorrenza non falsata, reprimere gli atti di concorrenza sleale e proteggere i diritti e gli interessi legittimi degli imprenditori"; e l'art. 2: "'Concorrenza sleale', in questa legge, si riferisce agli atti di un imprenditore compiuti in violazione delle disposizioni della presente legge e dei diritti e degli interessi legittimi di un altro imprenditore, che rechino disturbo all'ordine economico-sociale".

⁴⁶ A queste soluzioni sembra doversi giungere attraverso la lettura coordinata degli artt. 2 e 20 della legge contro la concorrenza sleale e degli artt. 22 e 108 del codice di procedura civile, che disciplinano l'intervento in giudizio e la legittimazione ad agire; cfr. Jin – Luo (2002), pp. 115–117.

⁴⁷ V. art. 2: "'Un imprenditore', in questa legge, si riferisce ad una persona giuridica e ad ogni altra organizzazione economica o persona fisica impegnata nella commercializzazione di beni e di servizi profittevoli (con il termine "beni" d'ora in avanti ci si riferirà anche ai servizi)". C'è da dire, tuttavia, che l'ASIC in passato ha mostrato di non dare grande rilevanza a questo requisito, stabilendo che

2. Origini della legge antimonopoli

lucro, che è assente, come vedremo, nella parallela definizione contenuta nella legge antimonopoli.⁴⁸

Giova a questo punto soffermarsi su quelle norme di immediata rilevanza per la tutela della concorrenza.⁴⁹

L'articolo 6⁵⁰ e la prima parte dell'articolo 7⁵¹ della legge vietano quelle forme di limitazione della libertà di iniziativa imprenditoriale realizzate dalle autorità amministrative ovvero dalle imprese di pubblico servizio e da ogni altro monopolista legale, attraverso le quali questi soggetti costringono altri ad acquistare beni o servizi esclusivamente dalle controparti da loro indicate.⁵² La diversa collocazione delle due norme si spiega alla luce del differente trattamento sanzionatorio riservato agli atti degli operatori incaricati di un pubblico servizio o titolari di un monopolio legale rispetto a quelli compiuti dalle autorità pubbliche. Solamente in relazione ai primi la legge stabilisce che l'ASIC o i suoi uffici decentrati (Amministrazioni per l'Industria ed il Commercio, AIC) possono imporre una sanzione amministrativa (articolo 23) e dà diritto agli imprenditori danneggiati di agire in giudizio contro l'impresa monopolista (articolo 20),⁵³ mentre nel caso di provvedimenti restrittivi adottati dalle pubbliche autorità l'unica reazione consentita è l'emissione di un ordine di correzione da parte dell'autorità gerarchicamente superiore, appositamente stimolata dall'ASIC (articolo 30).⁵⁴ In entrambe le ipotesi, all'impresa beneficiaria della pratica sleale può

anche le scuole e gli ospedali, benché enti no-profit, fossero soggetti alla legge contro la concorrenza sleale; v. X. Wang – Su (2012), p. 59.

⁴⁸ V. art. 12 legge antimonopoli; *infra* Cap. III, § 4.1.

⁴⁹ Nel 2007 l'ASIC ha pubblicato una raccolta dei casi più interessanti, affrontati da essa e dai suoi uffici decentrati, in materia di concorrenza, v. X. Mao (2007). La raccolta costituisce una diretta testimonianza della capillarità dell'applicazione della normativa contro le pratiche sleali su tutto il territorio cinese con diverse centinaia di procedimenti amministrativi avviati ogni anno. Il testo è disponibile soltanto in cinese, ma alcuni dei casi ivi contenuti sono riportati in inglese da Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), pp. 331 ss.

⁵⁰ Art. 6: "Un'impresa di pubblico servizio o ogni altra impresa occupante una posizione di monopolio in base alla legge non deve costringere altri ad acquistare beni dalle imprese da essa designate, così impedendo ad altre imprese di competere lealmente".

⁵¹ Art. 7: "I Governi e i dipartimenti che da essi dipendono non devono abusare dei loro poteri amministrativi per costringere altri ad acquistare beni dalle imprese da loro designate ed imporre limiti alla libera attività di altre imprese".

⁵² Cfr. artt. 17, n. (4), e 32 legge antimonopoli.

⁵³ L'art. 20 è chiaro nel restringere la cerchia dei legittimati passivi alle sole imprese: "Un'impresa che viola le disposizioni della presente legge così causando un danno ad altra impresa è tenuta a risarcire il danno causato [...] La parte danneggiata può proporre domanda alla Corte del Popolo quando i suoi diritti ed interessi legittimi sono stati lesi da atti di concorrenza sleale".

⁵⁴ Uno dei pochi casi di applicazione dell'art. 7 riportati dall'ASIC riguarda la condotta di un Ufficio Provinciale del Turismo, che aveva imposto a tre agenzie turistiche l'obbligo di rivolgersi ad un'impresa concorrente, la *China International Travel Service*, per tutte le procedure di rilascio dei

essere irrogata una sanzione amministrativa e sono confiscati i profitti illecitamente conseguiti, a condizione però che essa abbia tratto vantaggio dalla propria posizione “vendendo beni di bassa qualità a prezzo elevato o richiedendo pagamenti ingiustificati”.

Il differente apparato sanzionatorio che affianca le due norme è alla base del grandissimo successo riscosso dalla disposizione di cui all'articolo 6, che ha finito per essere applicata ben oltre i limiti entro i quali era stata originariamente concepita.⁵⁵ L'esempio più lampante riguarda l'ipotesi del *tying*.

La legge contro la concorrenza sleale contiene una disposizione espressamente riservata alle pratiche leganti (articolo 12). Si tratta, tuttavia, di un divieto non munito di apposita sanzione, ragione per cui la stragrande maggioranza di casi riguardanti pratiche leganti sono stati affrontati sotto forma di abusi di posizioni di monopolio *ex* articolo 6 della legge.⁵⁶ Con il tempo tale articolo è diventato la valvola di sfogo di tutte quelle istanze volte ad individuare delle forme di tutela adatte a contrastare pratiche restrittive della concorrenza che sino a quel momento non formavano oggetto di apposita disciplina legislativa.⁵⁷ Le autorità amministrative preposte all'applicazione della legge contro la concorrenza sleale ed i giudici furono pertanto sospinti a piegare la lettera di una legge che dettava norme di sostanziale deontologia imprenditoriale al perseguimento degli obiettivi oggi fatti

visti relative a clienti provenienti da una città diversa da quella in cui le agenzie avevano sede. Per la fruizione dei propri servizi la *China International Travel Service* richiedeva un pagamento extra di CNY250, rendendo così non conveniente per le tre agenzie turistiche operare fuori dalle proprie città; v. X. Mao (2007), pp. 99 ss., n. 39.

⁵⁵ Dalle statistiche pubblicate dall'ASIC si evince che i procedimenti avviati ai sensi dell'art. 6 della legge contro la concorrenza sleale costituiscono circa il 70% del totale dei casi di concorrenza sleale, contro percentuali molto più basse, rispettivamente dell'8%, del 4% e del 2%, registrate nell'applicazione degli artt. 12 (*tying*), 7 (abuso di potere amministrativo) e 11 (vendite sottocosto); v. X. Mao (2007), pp. 207 ss.

⁵⁶ Nei due casi "*Bombole del gas*", l'AIC di Shanghai sanzionò una società del gas che incorporava nel corrispettivo richiesto per la fornitura e la ricarica delle bombole del gas una quota a titolo di premio di assicurazione, senza informare i clienti dell'esistenza di questo sovrapprezzo. Una delle due decisioni venne poi impugnata ed annullata dalla Corte Intermedia di Shanghai, la quale ritenne che la mancata informazione ai consumatori circa la possibilità di rinunciare all'assicurazione non poteva essere equiparata alla coercizione e che dunque il comportamento tenuto dalla società del gas non doveva considerarsi illecito; v. X. Mao (2007), pp. 27–28, nn. 8 e 9. Per altri casi di pratiche leganti poste in essere da imprese di pubblico servizio v. Nee (2010), pp. 354–357.

⁵⁷ Al lettore italiano questa espansione della sfera di applicazione delle norme contro la concorrenza sleale in assenza di un'apposita disciplina antitrust ricorderà probabilmente quanto avvenuto nell'interpretazione della clausola dell'art. 2598, n. 3, cod. civ., che fu estesa proprio per coprire alcune fattispecie di pratiche anticoncorrenziali successivamente disciplinate dalla L. 10 ottobre 1990, n. 287; v. Cass. 15 marzo 1985, n. 2018; Cass. 4 maggio 1982, n. 2743; in dottrina, Ghidini (1978) e Santagata (1975).

2. Origini della legge antimonopoli

propri dalla legge antimonopoli. In particolare, valorizzando il principio dell'eguale diritto degli imprenditori di competere sul mercato, si riuscirono a sanzionare fattispecie di pratiche discriminanti⁵⁸ e pratiche scontistiche⁵⁹ poste in essere da società controllate dal monopolista pubblico o da imprese considerate in posizione dominante su un determinato mercato nonché persino alcuni casi di cartelli.⁶⁰

Tornando alle condotte delle pubbliche amministrazioni, vietate dall'articolo 7 della legge contro la concorrenza sleale, la seconda parte di questa disposizione proibisce le restrizioni di qualsiasi tipo imposte dalle autorità locali alla libera circolazione dei beni tra le varie regione del paese.⁶¹ Si tratta, come si vedrà meglio quando affronteremo le disposizioni in materia di abusi di potere amministrativo nella legge antimonopoli,⁶² di fenomeni molto diffusi in Cina e che costituiscono, attualmente, uno dei principali ostacoli all'effettiva realizzazione dei principi del libero scambio.

Va rilevato, altresì, come l'atteggiamento draconiano del governo cinese nei confronti della corruzione abbia avuto inaspettati riflessi sulla disciplina della concorrenza. L'articolo 8 ("corruzione in commercio" "*shangye huilu*") della legge contro la concorrenza sleale,⁶³ infatti, è stato interpretato in maniera tanto estensiva

⁵⁸ In un caso, l'AIC della città di Wulanchabu, nella Mongolia Interna, sanzionò alcune società locali controllate dalle imprese nazionali del petrolio per aver venduto il carburante ai distributori indipendenti ed alle imprese private allo stesso prezzo praticato al dettaglio, anziché al prezzo ridotto indicato dalle proprie società madri; v. X. Mao (2007), p. 64, n. 25.

⁵⁹ L'AIC dello Henan ritenne contrari all'art. 6 gli "sconti fedeltà" praticati alle agenzie turistiche da una società controllata da un vettore aereo in posizione dominante sul mercato, la quale si avvaleva di un penetrante sistema di controlli e di sanzioni per assicurare il rispetto degli accordi. È interessante notare che, per stabilire l'esistenza di una posizione dominante della compagnia aerea, l'AIC prese in considerazione non soltanto la quota di mercato (del 60–65% circa), ma anche l'ammontare dei profitti ed il volume dei voli in partenza dalla provincia; v. X. Mao (2007), p. 33 ss., n. 12.

⁶⁰ In "*Distributori di gas della città di Ningbo*", l'AIC di Ningbo, nello Zhejiang, intervenne contro alcuni distributori di gas, che avevano concluso un accordo di spartizione territoriale del mercato. La decisione fu confermata in primo e secondo grado dalle corti dello Zhejiang; v. X. Mao (2007), pp. 126–127, n. 47.

⁶¹ Art. 7: "[...] I Governi e i dipartimenti da loro controllati non devono abusare dei loro poteri amministrativi per limitare l'ingresso sul mercato locale di beni provenienti da altri luoghi il flusso dei beni locali verso altri mercati".

⁶² V. Cap. VI.

⁶³ Art. 8: "Nella vendita o nell'acquisto di beni, un'impresa non può valersi di denaro, merci o ogni altro mezzo allo scopo di corrompere altri. Un'impresa che offra in segreto commissioni non contabilizzate ad un altro ente o persona fisica sarà considerata colpevole di corruzione; se l'ente o la persona fisica accettano l'offerta saranno considerate anch'esse colpevoli di corruzione. Un'impresa può, nella vendita o nell'acquisto di beni, concedere uno sconto all'altra parte e pagare una commissione all'intermediario. Tuttavia, l'impresa che concede lo sconto o paga la commissione e l'impresa o la persona fisica che li ricevono devono registrare in modo veritiero l'operazione nei loro registri". Qualora il comportamento non costituisca reato ai sensi del codice penale,

dall'ASIC da aver reso praticamente impossibili gli accordi di esclusiva tra imprese, tutte le volte in cui ad essi venga associata la pattuizione di un compenso, sotto qualsiasi forma corrisposto, in relazione alla suddetta esclusiva.⁶⁴ A dire il vero, l'applicazione della legge non è stata uniforme su tutto il territorio, con atteggiamenti meno intransigenti registrati nelle aree metropolitane, dove sono più evoluti i traffici commerciali,⁶⁵ rispetto agli orientamenti più confusi e discutibili da un punto di vista economico emersi nella prassi di altre autorità locali.⁶⁶ Resta da vedere se le nuove norme della legge antimonopoli, le quali vietano gli accordi di esclusiva soltanto quando siano posti in essere da una impresa in posizione dominante,⁶⁷ elimineranno o per lo meno attenueranno il rischio di subire le pesanti sanzioni sia amministrative che penali previste per la corruzione in relazione a condotte considerate del tutto lecite nella prospettiva dell'operatore straniero.

Gli articoli 11⁶⁸ e 12⁶⁹ della legge sulla concorrenza sleale contengono disposizioni contro le vendite sotto costo ed il *tying*.

Oltre ad una formulazione assai generica, le disposizioni condividono due

all'imprenditore che offre la prestazione illecita può essere irrogata una multa e possono essere confiscati i profitti illegalmente realizzati (art. 22).

⁶⁴ Si vedano le "Disposizioni provvisorie per vietare la corruzione in commercio", *cit.*, che dettano un'interpretazione assai lata dei termini contenuti nell'art. 8.

⁶⁵ L. Chen (2010), pp. 3–4. In "Hotel Mixin", una Corte del Fujian ribaltò la decisione della AIC di Longyan che, conformemente ad una circolare dell'ASIC, aveva ritenuto integrasse corruzione in commercio la corresponsione di un'indennità di esclusiva da parte di un'agente di un'impresa di vini ad un hotel per consentire al primo di svolgere la propria attività di promozione all'interno dei locali dell'hotel, in quanto non risultava che il corrispettivo fosse stato utilizzato dall'hotel per coprire i costi di pubblicità dei vini in questione. La Corte affermò che la condotta delle parti non costituiva concorrenza sleale, poiché non esiste un diritto delle altre imprese concorrenti ad avere riconosciuti gli stessi spazi pubblicitari all'interno dei locali dell'hotel.

⁶⁶ In "Tsingtao", un grossista e altre cinque imprese, tra piccoli distributori, hotel e *nightclub*, furono puniti per aver concluso un contratto di distribuzione e vendita esclusiva della birra Tsingtao, in base al quale ai distributori ed ai locali parti dell'accordo veniva riconosciuta una somma quale corrispettivo per la concessione dell'esclusiva. La AIC di Wenling, nello Zhejiang, concluse che l'accordo aveva come scopo quello di "accaparrarsi delle opportunità commerciali che distorcevano l'ordine normale del mercato ed eliminavano gli altri concorrenti, determinando una concorrenza sleale", liquidando sanzioni per un totale di CNY1,727 milioni (€215.000 ca.).

⁶⁷ Art. 17, n. (4), legge antimonopoli.

⁶⁸ Art. 11: "Un'impresa non deve vendere i propri beni ad un prezzo inferiore al loro costo allo scopo di escludere un concorrente. Non sono considerati atti di concorrenza sleale: 1. la vendita di beni deperibili o vivi; 2. la cessione di beni prossimi alla scadenza o di beni immagazzinati per lungo tempo; 3. i saldi stagionali; 4. la vendita a prezzi scontati allo scopo di saldare debiti dell'impresa, per cambio o per sospensione delle attività".

⁶⁹ Art. 12: "Un'impresa non può, senza il consenso dell'acquirente, costringere all'acquisto di un altro bene venduto insieme al prodotto che il consumatore intende comprare ovvero inserire nella vendita qualsiasi altra condizione irragionevole". Sotto il nome di *tying* si identificano dunque due diverse condotte: le vere e proprie pratiche leganti e la previsione nei contratti di vendita di condizioni non necessarie e irragionevoli.

2. Origini della legge antimonopoli

ulteriori caratteristiche: da un lato, l'illiceità della condotta non è subordinata al riscontro di un potere di mercato⁷⁰ in capo all'impresa che la pone in essere e, dall'altro, alla loro violazione non è associata alcuna specifica sanzione.⁷¹ Quest'ultimo elemento è alla base della loro scarsa applicazione, rimessa quasi esclusivamente alla disponibilità dei privati di farsi carico di un'azione giudiziale per ottenere la condanna al risarcimento del danno.⁷²

Tralasciando per adesso le ipotesi di turbativa d'asta di cui all'articolo 15, oggetto di specifica disciplina da parte della legge sulle offerte pubbliche di cui si dirà in seguito,⁷³ bisogna concludere questa analisi delle varie fattispecie contemplate dalla legge contro la concorrenza sleale con un riferimento all'articolo 2, secondo il quale *“Nel corso delle transazioni commerciali, un'impresa deve conformarsi ai principi di volontarietà, uguaglianza, correttezza, buona fede e rispettare i principi di etica commerciale generalmente riconosciuti”*.

L'articolo in questione si presenta come una delle tante norme di principio inserite all'inizio degli atti normativi cinesi. La legge contro la concorrenza sleale non prevede alcuna specifica forma di sanzione per la violazione dei principi enunciati dall'articolo 2, eppure esso, insieme con l'articolo 6 della stessa legge, è stato individuato come la clausola generale attraverso la quale potevano avere ingresso forme di protezione più estese contro atti restrittivi della concorrenza sul mercato.

⁷⁰ Secondo Johnston (2009), p. 84, la necessaria sussistenza di una posizione dominante, ai fini della configurabilità dell'illecito, da parte dell'impresa che vende a prezzi predatori ovvero subordinando l'acquisto di un bene a quello di un altro o a delle condizioni irragionevoli sarebbe implicita nel fatto che altrimenti l'impresa non sarebbe in grado di escludere i concorrenti dal mercato e di imporre la propria volontà su quella dei consumatori. Tuttavia, si è visto che prezzi predatori possono essere praticati profittevolmente dalle imprese pubbliche cinesi a prescindere da una loro posizione dominante ed inoltre nell'applicazione delle norme di concorrenza sleale l'ASIC non è sembrata dare alcun rilievo all'accertamento del potere di mercato delle imprese coinvolte.

⁷¹ Dubbio è se, nel silenzio della legge contro la concorrenza sleale, le amministrazioni locali possano stabilire delle sanzioni amministrative per le vendite sottocosto o per il *tying*, ai sensi degli artt. 8–14 della legge sulle sanzioni amministrative. Queste disposizioni consentono alle autorità amministrative locali di adottare con propri regolamenti sanzioni amministrative pecuniarie ed inibitorie entro i limiti stabiliti dalla legge che disciplina la condotta vietata ovvero qualora nessuna legge disciplini quella condotta. Nulla si dice, invece, per il caso in cui la legge vieti una condotta senza prevedere alcuna sanzione.

⁷² Va notato, inoltre, che la legge sui prezzi contiene un'apposita disposizione sulle vendite sottocosto, l'art. 14, n. (7), che si sovrappone alla previsione dell'art. 11 della legge contro la concorrenza sleale e che questa volta è munita da apposite sanzioni amministrative; v. *infra* § 2.2.

⁷³ V. *infra* § 2.3. Per un caso di applicazione dell'art. 15 prima dell'entrata in vigore della legge sulle offerte pubbliche, v. Furse (2007), p. 329.

In una controversia decisa nel 2002 dalla Corte Intermedia di Pechino,⁷⁴ il motore di ricerca *Baidu* citò in giudizio la società *3721*, deducendo la violazione dell'articolo 2 della legge contro la concorrenza sleale. L'attore sosteneva che *3721* aveva decodificato i codici del proprio *software* di ricerca "*Baidu Super Search*", coperti da diritto di esclusiva, per modificare di conseguenza i codici programma del *software* concorrente "*Internet Name*", realizzato da *3721*. Tale modifica faceva sì che qualunque utente scaricasse il *software* "*Internet Name*" non potesse successivamente installare o utilizzare "*Baidu Super Search*",⁷⁵ poiché i codici programma di "*Internet Name*" impedivano il corretto funzionamento del motore di ricerca di *Baidu*.

Pregevole è la motivazione con cui la Corte accolse la domanda dell'attore, riconoscendo che l'articolo 2 della legge mira a salvaguardare la libera scelta dei consumatori e la pari opportunità delle imprese di concludere transazioni con i consumatori e che integra un atto di concorrenza sleale l'essersi avvalsi di misure tecniche per privare i consumatori di questa libera scelta e di precludere alle imprese questa pari opportunità.⁷⁶

Esito diverso si ebbe, invece, nel caso "*Tsum c. Sony*".⁷⁷ *Tsum*, uno dei maggiori produttori cinesi di batterie per dispositivi digitali, accusò *Sony* di aver violato l'articolo 2 della legge contro la concorrenza sleale, poiché nei nuovi dispositivi di videoregistrazione da prodotti dalla società convenuta non sarebbe stato possibile utilizzare batterie diverse da quelle prodotte dalla medesima *Sony*, che erano le uniche ad essere riconosciute dal dispositivo digitale.⁷⁸ Nel febbraio del 2008 la Corte Intermedia di Shanghai respinse la domanda di *Tsum*, ritenendo che il sistema di riconoscimento digitale tra la batteria e la videocamera fosse necessario

⁷⁴ *Baidu Online Internet Technology (Beijing) Ltd.* contro *Beijing 372 Technology Co. Ltd.*, consultabile (in cinese e a pagamento) su <http://vip.chinalawinfo.com/case/displaycontent.asp?Gid=117450778&Keyword=>.

⁷⁵ La particolarità di questi *software* era quella di permettere la ricerca universale delle pagine internet digitando i termini con caratteri cinesi.

⁷⁶ V. Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), pp. 333–335.

⁷⁷ Inedita; v. Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), pp. 340–342; Ning (2010); Y. Zhou (2009), pp. 723 ss.

⁷⁸ L'uso di batterie compatibili di marche diverse non permetteva di visualizzare sullo schermo della videocamera il livello di carica rimasta e, a detta di *Sony*, avrebbe potuto comportare esplosioni e danneggiamenti del dispositivo di registrazione. *Tsum* affermava di aver dovuto spendere 1 milione di *yuan* (€125.000 ca.) per decodificare la tecnologia utilizzata da *Sony* e chiedeva che quest'ultima fosse condannata a risarcire tale somma per evitare che i maggiori costi di produzione ricadessero sui consumatori; v. Sohn – Gleklen (2007), p. 574.

2. Origini della legge antimonopoli

per garantire il buon funzionamento del dispositivo e che non fosse stato provato l'intento di *Sony* di escludere i propri concorrenti dal mercato delle batterie.⁷⁹

La vicenda da ultimo narrata dimostra l'incapacità delle norme in materia di concorrenza sleale di fornire risposta a fattispecie complesse, analoghe a quella esaminata, in cui si intrecciano problemi relativi ai limiti all'esclusiva brevettuale, all'esistenza di un obbligo di garantire l'interoperabilità tra dispositivi di produttori diversi e alla capacità di un'impresa di realizzare condotte escludenti nei c.d. “*after markets*”; tutte questioni che richiedono un'analisi approfondita ed un corretto bilanciamento dei vari interessi in gioco e che all'epoca non trovavano un contesto normativo che fornisse al giudice idonee basi per risolvere il caso. A ben vedere, d'altronde, quella dei giudici di Shanghai è stata una pronuncia di rigetto “allo stato”, con la quale si è lasciata aperta la possibilità per l'attore di ripresentare la domanda in base alla legge antimonopoli la quale sarebbe entrata in vigore di lì a pochi mesi.⁸⁰ Sarà, però, soltanto il tempo a dirci se, con l'approvazione della legge antimonopoli e delle prime disposizioni di attuazione, l'ordinamento cinese è adesso in grado di affrontare adeguatamente casi così sofisticati.

Quanto alla questione dei rapporti tra la legge contro la concorrenza sleale e la legge antimonopoli non è facile addivenire ad una soluzione univoca.⁸¹ Gli unici criteri che vengono in soccorso sono quelli dettati dalla legge sulla legislazione, la quale stabilisce la prevalenza della disposizione successiva su quella precedente e di quella speciale su quella generale⁸² nonché la superiorità delle leggi rispetto ai regolamenti.⁸³ Per il caso, invece, che una nuova legge generale contrasti con precedenti leggi speciali, questione che andrebbe risolta espressamente dalla Commissione permanente del NPC, anche se è difficile che una tale procedura venga avviata.⁸⁴ Si può quindi dire La legge contro la concorrenza sleale resta formalmente in vigore nella sua interezza e bisognerà verificare se la pratiche di *tying* e di vendite sottocosto, previste nella legge antimonopoli come abusi di posizione dominante,

⁷⁹ Ning (2010).

⁸⁰ Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 341.

⁸¹ Attualmente è all'esame del Consiglio di Stato una proposta di riforma della legge contro la concorrenza sleale che tenga conto delle nuove disposizioni contenute nella legge antimonopoli; v. ABA (2011), China-19.

⁸² Art. 83 legge sulla legislazione.

⁸³ Art. 79 legge sulla legislazione

⁸⁴ Art. 85 legge sulla legislazione; Wang – Su (2012), pp. 39–40; v. anche Cap. I, § 8.2

continueranno ad essere punite anche se poste in essere da imprese non in posizione dominante, in virtù della più rigida proibizione contenuta negli articoli 11 e 12 della legge del 1993, e se si addiverrà ad un'interpretazione più equilibrata della norma sulla corruzione in commercio.⁸⁵

Per altro verso sarebbe, invece, auspicabile un'applicazione congiunta delle due normative. Pur prevedendo sanzioni mediamente inferiori rispetto alla legge antimonopoli,⁸⁶ alcune disposizioni sulle conseguenze delle violazioni sono più dettagliate rispetto alla legge antimonopoli. Nello specifico, l'articolo 20 della legge contro la concorrenza sleale detta una norma di grande utilità per incoraggiare la promozione di azioni individuali, stabilendo che, se il danno subito dall'imprenditore è di difficile quantificazione, il risarcimento può essere liquidato in misura pari ai profitti conseguiti dal convenuto durante la violazione; l'articolo 30, a sua volta, prevede che, nell'ipotesi di condotte discriminatorie tenute dalle pubbliche amministrazioni o dai monopolistici pubblici (articoli 6 e 7 prima parte), le imprese che traggono vantaggio da tali atti possono subire la confisca dei profitti illecitamente conseguiti, oltre ad una sanzione amministrativa. La legge antimonopoli nulla prevede per i due casi sopraindicati, per cui l'ASIC e le Corti potrebbero recuperare in via interpretativa quanto già previsto nella legge sulla concorrenza sleale in materia di liquidazione del danno e di responsabilità delle imprese beneficiarie della pratica restrittiva. Va, al contrario, considerata positivamente la mancata riproposizione all'interno della nuova legge del requisito per cui per aversi violazione delle norme sulla concorrenza sleale era necessario dimostrare che la condotta avesse in concreto causato un danno alle altre imprese.⁸⁷

⁸⁵ Ma vedi l'annuncio dell'ASIC del 13 agosto 2013, la quale ha anticipato l'avvio di una dura campagna di repressione delle pratiche di concorrenza sleale, con particolare riferimento alla corruzione in commercio; testo consultabile, in cinese, su http://gkml.saic.gov.cn/auto3743/auto3746/201308/t20130814_137288.htm.

⁸⁶ La legge antimonopoli, per i casi di accordi monopolistici e di abuso di posizione dominante parametrata le sanzioni al fatturato dell'impresa, visto lo scarso effetto dissuasivo nei confronti delle grandi imprese riscosso dalla norme della legge contro la concorrenza sleale, che determinano in maniera fissa il massimo e minimo edittale della sanzione amministrativa; v. X. Wang, 2009, p. 582.

⁸⁷ V. artt. 5, 6, 11 e, indirettamente, artt. 23 e 30, legge contro la concorrenza sleale; il principio della necessaria prova dell'esistenza di un danno è stato ribadito dalla Corte intermedia di Shanghai nel caso "*Bombole del gas*" (v. *supra*) e dalla Alta Corte del Chongqing in "*Società di distribuzione dell'Acqua*", X. Mao (2007), pp. 1-10, n. 1; *contra*, per l'ipotesi di vendite sottocosto (art. 11), si è pronunciata nel 2000 la Corte Intermedia di Pechino in *Chuanglian Communication Network Co. Ltd.* contro *Huimeng International Consultants Co. Ltd.*; testo consultabile, in cinese, su

2. Origini della legge antimonopoli

2.2 Legge sui prezzi ⁸⁸

Negli ultimi giorni dell'anno 1997, la Commissione permanente del CNP adottò la legge sui prezzi, allo scopo di dettare una disciplina che rispecchiasse il nuovo corso impresso all'economia cinese e che stimolasse la transizione da un sistema di controllo statale dei prezzi ad uno di libero scambio.

La legge sui prezzi non è una normativa pensata per garantire la concorrenza.⁸⁹ L'obiettivo della legge è piuttosto quello di creare le condizioni affinché l'incrocio tra la domanda e l'offerta sia il frutto del libero gioco delle forze del mercato, riducendo le possibili alterazioni artificialmente indotte dal comportamento tenuto dagli imprenditori o, per via autoritativa, dallo Stato.

La legge assevera il principio per cui, ove non diversamente stabilito, i prezzi sono determinati dalle forze del mercato e, dunque, fissati in maniera autonoma dalle imprese,⁹⁰ le quali a tal fine devono conformarsi ai “*principi di lealtà, legalità, correttezza e buona fede*” (articolo 7) ed evitare, in particolare, quegli “*anormali comportamenti di prezzo*” vietati dall'articolo 14. Per un gruppo ristretto di beni genericamente indicati dalla legge e specificatamente individuati in un elenco predisposto ed aggiornato periodicamente dal governo,⁹¹ quest'ultimo si riserva il potere di fissarne i prezzi o di stabilirne i prezzi minimi e massimi praticabili dagli imprenditori. Sempre al governo, e nello specifico alla Commissione per lo sviluppo nazionale e le riforme (“CSNR”), è affidato il potere di vigilare sulla stabilità dei prezzi e di intervenire sugli stessi ogni volta che si verificano, ovvero sia

<http://vip.chinalawinfo.com//NewLaw2002/SLC/slc.asp?db=fnl&gid=117452369>; v. Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 339.

⁸⁸ *Zhonghua renmin gongheguo jiage fa* (Legge sui prezzi della RPC), emanata il 29 dicembre 1997, in vigore dall'1 maggio 1998; testo consultabile, in inglese, su http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383577.htm.

⁸⁹ Blodgett – Hunter – Hayden (2009), p. 207; Harris (2006), p.175.

⁹⁰ V. artt. 3 e 6. Nella legge sui prezzi, come anche nella legge antimonopoli e diversamente da quanto previsto dalla legge contro la concorrenza sleale, la qualifica di impresa prescinde dall'accertamento dello scopo di lucro dell'attività svolta. La legge sui prezzi estende, inoltre, gli obblighi previsti per le imprese anche alle organizzazioni di categoria (art. 17).

⁹¹ L'art. 18 elenca cinque diverse categorie di beni: “1. *quel limitato numero di beni di grande importanza per lo sviluppo dell'economia nazionale ed il sostentamento della popolazione*; 2. *quel limitato numero di beni dei quali vi è scarsità*; 3. *prodotti per i quali esiste un monopolio naturale*; 4. *servizi pubblici importanti*; 5. *importanti prestazioni di politica sociale*”. L'amministrazione incaricata delle riforme è la Commissione per lo Sviluppo Nazionale e le Riforme che, se lo ritiene opportuno, può delegare i propri uffici territoriali decentrati (cfr. artt. 19 e 20). Sono in ogni caso esclusi dall'applicazione della legge in questione i tassi di interesse e di cambio, i prezzi dei premi assicurativi e degli strumenti finanziari (art. 47).

ragionevole attendersi, violente fluttuazioni dei prezzi.⁹²

Le sanzioni conseguenti alla inosservanza delle disposizioni contenute nella legge, per il caso di violazione dei divieti stabiliti dall'articolo 14, consistono nell'intimazione di regolarizzare la propria condotta, nella confisca dei profitti illecitamente conseguiti e nell'imposizione di una multa⁹³ nonché, per le ipotesi più gravi, nell'ordine di interruzione dell'attività (articolo 40). Positiva novità rispetto alla legge contro la concorrenza sleale è, infine, il riconoscimento della legittimazione ad agire in giudizio anche i consumatori, che possono domandare la restituzione del maggior prezzo pagato in conseguenza dell'illecita condotta dell'impresa convenuta oltre al risarcimento del danno che abbiano eventualmente subito (articolo 41).

All'interno di una normativa pensata per disciplinare i poteri della pubblica amministrazione e per tutelare le esigenze di consumatori ed imprese dagli abusivi interventi tanto dello Stato che di quelle imprese che intendono falsare il naturale andamento del mercato,⁹⁴ trova posto un articolo rivolto a porre un limite alle pratiche unilaterali o concordate che abbiano per effetto di determinare un'anomala formazione dei prezzi sul mercato.⁹⁵ L'articolo 14 della legge contiene un elenco di

⁹² Cfr. artt. 30–32.

⁹³ Nello specifico le sanzioni, distinte in base alle per le diverse fattispecie previste dall'art. 14, sono determinate dalle “*Disposizioni sulle sanzioni amministrative per le violazioni in materia di prezzo*” da ultimo modificate il 12 aprile 2010, che per alcune violazioni (prezzi predatori, pratiche discriminatorie ed accordi orizzontali sul prezzo) prevedono sanzioni fino a cinque volte i profitti illeciti realizzati, ovvero, se non risultano profitti, da un minimo di CNY100.000 (€12.500 ca.) ad un massimo di CNY1 milione (€125.000 ca.), pene che possono aumentare da un minimo di CNY1 milione ad un massimo di CNY5 milioni (€650.000 ca.) per le ipotesi ritenute più gravi. È prevista, inoltre, un'apposita sanzione non superiore a CNY500.000 (€62.000 ca.) per le associazioni industriali che coinvolte nella creazione di cartelli di prezzo o nell'aumento eccessivo dei prezzi dei beni delle imprese del settore. Il testo delle disposizioni è consultabile, in inglese (a pagamento), su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=8631&lib=law>.

⁹⁴ V. art. 13: “*Nel commercio e nella vendita di beni o nella fornitura di servizi, le imprese devono cercare di indicare chiaramente i prezzi, specificare i nomi, i luoghi di origine, le particolarità, le proprietà, le unità di prezzo, gli articoli, i tempi ed i modi di pagamento ed ogni altra informazione in conformità ai regolamenti del Governo. Le imprese non devono vendere beni a prezzi superiori rispetto a quelli indicati o richiedere pagamenti non specificati in precedenza*”.

⁹⁵ L'art. 14 così dispone: “*Le imprese non devono tenere nessuno dei seguenti anormali comportamenti di prezzo:*

(1) *operare in collaborazione con altri per controllare i prezzi sul mercato con grave nocimento dei diritti e degli interessi legittimi di altre imprese o dei consumatori;*

(2) *realizzare vendite sottocosto (tranne i casi di vendite a prezzo scontato di prodotti freschi e vivi, prodotti stagionali e prodotti immagazzinati per lungo tempo), al fine di trarne vantaggio sui concorrenti o dominare il mercato e di sconvolgere i normali livelli di produzione e di attività con grave nocimento degli interessi dello Stato o dei diritti e degli interessi legittimi di altre imprese;*

2. Origini della legge antimonopoli

fattispecie vietate che presentano anime diverse e non tutte pienamente comprensibili in un'ottica di tutela della libera concorrenza tra imprenditori. Quanto detto vale, ad esempio, per le ipotesi *sub* (3), (4) e (6) (aggiotaggio dei prezzi, induzione fraudolenta alla contrattazione, mistificazione delle proprietà dei beni), le quali si fondano sull'idea che l'imprenditore debba assumere le funzioni prima svolte dallo Stato nell'assicurare un “*giusto prezzo*” dei beni commercializzati.⁹⁶

Sempre l'articolo in esame si caratterizza per la scarsa precisione delle sue previsioni, motivo per cui fu sentita la necessità di approvare, nel 2003, le “*Disposizioni provvisorie per prevenire le pratiche restrittive di prezzo*”.⁹⁷ Attraverso di esse la CSNR, in virtù del potere ad essa attribuito dall'articolo 14 (8),⁹⁸ intervenne a tipizzare nuove condotte, come la fissazione del prezzo di rivendita,⁹⁹ a vietare le illecite interferenze delle autorità amministrative nella formazione dei prezzi¹⁰⁰ e subordinò l'illiceità di alcune pratiche di prezzo all'accertamento della posizione dominante sul mercato (“*shichang zhipei diwei*”) da parte dell'impresa. Per effetto di questa ultima previsione le pratiche unilaterali di

(3) creare e diffondere notizie di un aumento dei prezzi per spingere questi ultimi a livelli eccessivamente elevati;

(4) ricorrere a mezzi fraudolenti o ingannevoli relativamente al prezzo per indurre consumatori o altre imprese a concludere l'accordo;

(5) applicare, in presenza delle stesse condizioni di scambio, prezzi diversi per beni e servizi dello stesso tipo offerti da determinate imprese;

(6) elevare o ridurre surrettiziamente i prezzi a livelli irragionevoli, mascherando o esaltando le proprietà dei prodotti e dei servizi;

(7) ricercare profitti eccessivi in violazione delle leggi e dei regolamenti;

(8) tenere altri illeciti comportamenti di prezzo, vietati dalla legge o da provvedimenti amministrativi”.

⁹⁶ In una delle poche applicazioni di queste norme di cui si ha notizia, la Corte Intermedia di Foshan, nel Guangdong, dichiarò la nullità, in base all'art. 14 (4) della legge sui prezzi, di una clausola di un contratto di vendita di un immobile da costruire, in quanto finiva per imporre sul compratore un ulteriore costo non chiaramente specificato nel contratto; v. Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 352.

⁹⁷ Adottate il 18 giugno 2003 ed entrate in vigore l'1 novembre dello stesso anno; testo in inglese consultabile (a pagamento) su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=2936&lib=law>. Le disposizioni del 2003 sono state abrogate con l'entrata in vigore, l'1 febbraio 2011, del “*Regolamento contro le pratiche restrittive di prezzo*”, emanato il 29 dicembre 2010 dalla CSNR [“*Regolamento prezzi CSNR*”]; testo in inglese consultabile (a pagamento) su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=8440&lib=law>.

⁹⁸ Questo collegamento con il rinvio contenuto nell'art. 14 (8), abbastanza evidente per l'interprete, non è però espressamente citato nelle Disposizioni del 2003.

⁹⁹ Art. 5 “*Disposizioni provvisorie per prevenire le pratiche restrittive di prezzo*”: “Un'impresa non deve abusare della propria posizione dominante per fissare i prezzi di rivendita quando fornisce beni ai propri distributori”.

¹⁰⁰ V. art. 12 disposizioni *ult. cit.*: “*Il Governo ed i dipartimenti da esso dipendenti devono proteggere il diritto delle imprese di stabilire legittimamente i prezzi a loro piacimento e non devono interferire illecitamente con i prezzi di mercato*”.

prezzo di cui ai nn. (2), (5) e (7) (vendite sottocosto, pratiche discriminatorie e realizzazione di profitti eccessivi), che prima erano punibili a prescindere da qualsiasi considerazione sul potere di mercato delle imprese coinvolte,¹⁰¹ hanno assunto più chiaramente la forma di abusi di posizione dominante,¹⁰² vietati in quanto siano in grado di eliminare o restringere la concorrenza sul mercato.¹⁰³ Quel che qui preme sottolineare è che, con la riformulazione intervenuta nel 2003, le pratiche unilaterali citate si sono sganciate dalla loro originaria funzione di presidio all'applicazione di un “giusto” e “ragionevole” prezzo alle controparti,¹⁰⁴ per divenire strumento di diretta tutela della libera concorrenza sul mercato.

Deve essere precisato che la legge sui prezzi ha prodotto nel tempo risultati pratici assai scarsi, addebitabili, più che a difetti tecnici della normativa, alla contraddittoria politica del governo, il quale, se da una parte si è mostrato intenzionato a contrastare le emergenti tendenze di monopolizzazione, dall'altra ha sostenuto la concertazione tra gli operatori del mercato e nuove forme di corporativismo imprenditoriale, nel tentativo di tamponare la vertiginosa caduta dei prezzi derivante, come si è già illustrato in precedenza,¹⁰⁵ dall'eccesso di produzione industriale. Sono numerosi i casi di cartelli tra società produttrici di beni di consumo la cui esistenza è divenuta di dominio pubblico, ma davanti ai quali le autorità cinesi

¹⁰¹ In *Lixing Mao Yi Co. Ltd. contro Ufficio dei prezzi di Taizhou*, è stata confermata la decisione della sezione territoriale della CSNR, con la quale si era punito un commerciante per avere rivenduto delle cinture a cinque volte il prezzo cui le aveva acquistate; comunicato stampa consultabile in cinese (a pagamento) su <http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/slc/SLC.asp?Db=fnl&Gid=117446684> In un altro caso, ad essere sanzionato fu un commerciante di Chengdu per avere raddoppiato il prezzo delle proprie tende da campeggio a seguito del devastante terremoto del Sichuan del 2008; cfr. il sito del governo cinese <http://www.gov.cn/zfjg/content-986597.htm>.

¹⁰² La distinzione delle pratiche restrittive di prezzo in “accordi” e “abusi” è stata ripresa sia dalla legge antimonopoli che dal “*Regolamento prezzi CSNR*” del 2011, che ha sostituito le disposizioni provvisorie del 2003; di entrambe le normative si parlerà più approfonditamente nel prosieguo della trattazione.

¹⁰³ V., tuttavia, la diversa opinione espressa dal Direttore Generale del Dipartimento di controllo dei prezzi della CSNR, Xu Kunlin, il quale, in una recente intervista, dichiarava che nell'applicazione del divieto di prezzi predatori di cui all'art. 14 della legge sui prezzi non fosse necessario accertare una posizione dominante sul mercato dell'impresa e che, di fronte ad una fattispecie del genere, la CSNR avrebbe scelto se applicare la legge sui prezzi o la legge antimonopoli “*in relazione alle specifiche circostanze del caso*”; v. Deng – Harris – Y. Zhang (2011), p. 4.

¹⁰⁴ La prima interpretazione delle disposizioni dell'art. 14 si giustificava in ragione del contesto in cui queste erano state inserite: “*Nello stabilire i prezzi, le imprese devono cercare di attenersi ai principi di lealtà, legalità, correttezza e buona fede*” (art. 7); “*I prezzi dovrebbero essere fissati dalle imprese sulla base dei costi di produzione o di funzionamento e dell'andamento della domanda e dell'offerta sul mercato*” (art. 8); “*Le imprese devono impegnarsi per una migliore gestione della loro produzione e delle attività commerciali, in modo da ridurre i costi e fornire ai consumatori beni e servizi a prezzi ragionevoli, ottenendo a loro volta legittimi profitti in un mercato concorrenziale*” (art. 9).

¹⁰⁵ Cfr. *supra* § 1.2.

2. Origini della legge antimonopoli

sono rimaste impassibili.¹⁰⁶

Prendendo atto delle insufficienze della normativa e nell'intento di dare un segno di discontinuità, furono così emanate le disposizioni provvisorie del 2003, cui si deve il merito di aver dato maggiore concretezza ai divieti stabiliti nell'articolo 14 della legge sui prezzi. Non vi fu, però, alcun apprezzabile cambiamento nell'atteggiamento della CSNR e i procedimenti sanzionatori delle condotte abusive delle imprese in materia di prezzi continuarono ad avere un peso marginale nella complessiva attività della autorità governativa,¹⁰⁷ neppure lontanamente paragonabile allo zelo con cui, negli stessi anni, l'ASIC perseguiva una capillare applicazione delle disposizioni della legge contro la concorrenza sleale. Questo perlomeno è quanto accaduto fino all'emanazione della legge antimonopoli ed al sorgere di nuove preoccupazioni circa i crescenti livelli di inflazione, le quali minacciano il *trend* positivo dell'economia cinese.

Poco chiari, infine, sono i rapporti tra la legge sui prezzi e la legge antimonopoli, stante la vigenza di entrambe le normative. Certamente rimangono applicabili quelle fattispecie contenute nell'articolo 14 e non riprodotte nella legge antimonopoli,¹⁰⁸ per le quali le “*Disposizioni sulle sanzioni amministrative per le violazioni in materia di prezzo*” dell'aprile 2010 continuano a prevedere l'applicazione di autonome sanzioni.¹⁰⁹ Allo stesso modo, non vi sono dubbi che per le altre pratiche restrittive di prezzo previste dall'articolo 14, la legge antimonopoli detti oggi una disciplina più ampia e completa. Non si verifica, però, nessun automatico assorbimento delle vecchie disposizioni nelle nuove¹¹⁰ ed in futuro è ben

¹⁰⁶ Quando nel 2000 i produttori di televisori decisero di concludere un accordo per interrompere la corsa al ribasso dei prezzi, che aveva già causato ingentissime perdite alla maggioranza degli operatori del settore (v., quanto detto *supra*, al § 1.2), la Commissione per la Pianificazione Statale (antenata della CSNR) si limitò ad una dichiarazione pubblica di biasimo dell'intesa, senza che alcun procedimento venisse contestualmente instaurato; v. ABA (2011), China–20. Si tratta di uno degli esempi più lampanti di come l'applicazione delle regole di concorrenza in Cina sia stata nel tempo grandemente limitata dall'idea che la competizione tra gli operatori, nel momento in cui diventa “eccessiva”, possa pregiudicare il regolare funzionamento del mercato.

¹⁰⁷ Ancora nel 2007 un cartello ampiamente pubblicizzato tra le imprese lattiere, promosso dalla relativa associazione dei produttori, non riscosse alcuna attenzione da parte della CNSR; v. Johnston (2009), p. 69 (in nota).

¹⁰⁸ Si fa riferimento agli “*anormali comportamenti di prezzo*” di cui ai nn. (3), (4) e (6) (agiotaggio dei prezzi, induzione fraudolenta alla contrattazione, mistificazione delle proprietà dei beni).

¹⁰⁹ V. artt. 6–8 “*Disposizioni sulle sanzioni amministrative per le violazioni in materia di prezzo*” del 12 aprile 2010.

¹¹⁰ E ciò nonostante quanto previsto all'art. 40 della legge sui prezzi, dove si afferma: “*Se altre leggi contengono clausole sanzionatorie degli atti elencati all'art. 14 della presente legge, le relative leggi*

possibile immaginare un'applicazione congiunta delle due normative,¹¹¹ essendo unica l'autorità chiamata ad applicarle (la CSNR) ed unico il procedimento che conduce al loro accertamento ed alla loro punizione.¹¹² Difatti, nei non molti procedimenti avviati dopo l'entrata in vigore della legge antimonopoli, l'orientamento sul punto da parte dell'autorità di controllo è stato piuttosto ambiguo e spesso non è facile comprendere quale delle due leggi sia stata applicata nel caso concreto.¹¹³

Altre volte, invece, la CSNR ha espressamente preferito applicare le sanzioni stabilite dalla legge sui prezzi. Nel caso “*Spaghetti di riso*” del marzo del 2010, le autorità locali delle città di Nanning e Liuzhou, nel Guangxi, scoprirono una vasta collusione tra i produttori di spaghetti di riso a cottura istantanea, preordinata ad un aumento coordinato dei prezzi in vista del Capodanno cinese.¹¹⁴ Nell'affermare che l'accordo si poneva in contrasto sia con la legge antimonopoli che con la legge sui prezzi, le autorità decisero non solo di multare le imprese, ma ordinarono anche alle stesse di ripristinare i prezzi anteriori all'esecuzione dell'intesa, esercitando una potestà regolatoria riconosciuta dalla legge del 1997 ed esclusa, invece, dalla legge

devono prevalere”. La disposizione, infatti, è stata interpretata come facente riferimento esclusivamente alle sanzioni da applicare e non anche alle fattispecie sostanziali.

¹¹¹ Cfr. la già cit. intervista in cui il Direttore Generale del Dipartimento di controllo dei prezzi afferma che le vendite sottocosto sono ancora punibili sia ai sensi della legge sui prezzi che della nuova normativa antitrust; v. Deng – Harris – Y. Zhang (2011), p. 4.

¹¹² V. il “*Regolamento sulle procedure di applicazione amministrativa relative alle pratiche restrittive di prezzo*” emanato dalla CSNR il 29 dicembre 2010 ed entrato in vigore l'1 febbraio 2011 [“*Regolamento procedure CSNR*”]; testo in inglese consultabile (a pagamento) su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=8439&lib=law>. Bisogna notare che il regolamento in questione, come il coevo “*Regolamento prezzi CSNR*”, all'art. 1 affermano di essere “*promulgati in conformità alla legge antimonopoli*” e non anche alla legge sui prezzi. La soluzione positiva circa l'applicabilità di entrambi i regolamenti alle fattispecie previste dalla legge del 1997 sembra preferibile anche alla luce della lettera dell'art. 2 di entrambi i testi, in cui si precisa che le disposizioni sono applicabili “*alle pratiche restrittive di prezzo*” e “*ai procedimenti contro le pratiche restrittive di prezzo*”, con una formulazione generale che lascia trasparire l'intenzione di includere nella portata delle disposizioni anche la legge sui prezzi.

¹¹³ In un report pubblicato il 30 aprile 2010 la CSNR ha reso noto di aver sventato un cartello tra ventotto imprese di sterilizzazione, promosso dall'associazione industriale di settore, limitandosi a dire, in modo assai criptico, che la collusione sul prezzo violava “*le leggi ed i regolamenti in materia*”; v. Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), pp. 356–357. Anche la decisione di non multare alcuna compagnia, visto che l'accordo non era stato attuato e le imprese avevano accettato di correggere la propria condotta, potrebbe giustificarsi sia nell'ottica dell'art. 14 (1), che considera illeciti solo quegli accordi sul prezzo che arrechino “*grave nocimento dei diritti e degli interessi legittimi di altre imprese o dei consumatori*”, sia in base alla disciplina degli impegni di cui all'art. 45 della legge antimonopoli.

¹¹⁴ Resoconto ufficiale del caso consultabile, in cinese, su http://www.ndrc.gov.cn/xwfb/t20100330_338104.htm; v. anche Anandarajah – Lombardi (2010) e ABA (2011), China–21; Emch (2010).

2. Origini della legge antimonopoli

antimonopoli.¹¹⁵

In un'altra più recente vicenda, “LCD”, la CSNR ha seguito l'esempio delle autorità antitrust europee e statunitensi, intervenendo nei confronti di un cartello concluso tra sei dei maggiori produttori mondiali di televisori al plasma.¹¹⁶ Le sanzioni imposte, per complessivi CNY353 milioni (€44 milioni ca.),¹¹⁷ pur essendo le più elevate mai registrate in Cina per ipotesi del genere, sono di gran lunga inferiori rispetto a quelle applicate nei due precedenti casi.¹¹⁸ La ragione principale di questo più clemente atteggiamento risiede nella decisione di applicare le disposizioni della legge sui prezzi e non quelle della legge antimonopoli (le quali ultime avrebbero permesso di chiedere alle imprese una somma compresa tra l'1% ed il 10% dei loro miliardari fatturati),¹¹⁹ in quanto i fatti contestati si erano verificati prima dell'entrata in vigore della legge del 2007.

La mancata applicazione delle disposizioni della legge antitrust, giustificata in base al principio di irretroattività della legge e di applicazione delle disposizioni più favorevoli all'autore della violazione, appare in questo caso giuridicamente più convincente rispetto alle confuse motivazioni riscontrate nelle precedenti decisioni e sembra d'altronde lasciare intendere che in futuro la CSNR tenderà ad avvalersi con maggiore frequenza delle più dure sanzioni previste dalla legge antimonopoli.¹²⁰

¹¹⁵ Gli uffici territoriali della CSNR giustificarono tale intervenendo, sostenendo che esso si era reso necessario per “*stabilizzare rapidamente il mercato degli spaghetti di riso, proteggere i diritti e gli interessi legittimi dei consumatori e far sì che la popolazione trascorresse un pacifico e allegro Capodanno*”.

¹¹⁶ Era stato accertato che Samsung, LG e quattro concorrenti produttori taiwanesi, tra il 2001 ed il 2006, avevano tenuto almeno 53 diversi incontri in Corea del Sud, nel corso dei quali si erano scambiati informazioni rilevanti tra di loro ed avevano concordato il prezzo di vendita dei televisori al plasma nei diversi mercati in cui le imprese erano impegnate, tra cui anche quello cinese; testo dell'annuncio pubblico della CSNR reperibile, in cinese, su http://jjs.ndrc.gov.cn/gzdt/t20130117_523203.htm; v. X. Wang – Emch (2013), pp. 13–14.

¹¹⁷ La CSNR ha condannato le imprese parte del cartello a risarcire CNY172 milioni (€21 milioni ca.) ai concorrenti produttori cinesi, a riversare CNY33 milioni (€4 milioni ca.) di illeciti profitti e a pagare, infine, una multa di CNY144 milioni (€18 milioni ca.).

¹¹⁸ Nel 2010 la Commissione europea aveva condannato i sei produttori di schermi al plasma a pagare multe per complessivi €649 milioni; COMP/39.309– *Liquid Crystal Displays*. Nello stesso anno il *Department of Justice* [DOJ] degli Stati Uniti ha patteggiato una sanzione di \$890 milioni con alcune delle società partecipanti al cartello, mentre nel 2012 la “*AU Optronics*”, l'unica ad impugnare la decisione di fronte ad un giudice federale, è stata condannata al pagamento di \$500 milioni dalla Corte Distrettuale di San Francisco, la quale ha anche inflitto tre anni di carcere all'ex presidente e all'ex vicepresidente della compagnia; v. A. Chen (2013) e Jia Li (2013), p. 48.

¹¹⁹ V. art. 46 legge antimonopoli.

¹²⁰ Bush (2013b); H. Zhan – Song (2013b).

2.3 Altre disposizioni a tutela della concorrenza

Come già si può vedere da quanto appena esposto il diritto cinese della concorrenza si identificava, sino all'entrata in vigore della legge antimonopoli, con una pluralità di disposizioni che punteggiavano l'ordinamento in maniera disordinata, sprovviste di una cornice giuridica unitaria. Quello che circonda la nuova legge antimonopoli è un complesso normativo in cui le disposizioni a tutela della concorrenza sono funzionali alla protezione di interessi diversi, di volta in volta perseguiti dai testi legislativi in cui esse sono incluse. Ovvio conseguenza dell'inserimento di disposizioni sulla concorrenza in normative dal più svariato contenuto è la sovrapposizione di previsioni relative alle medesime condotte restrittive, che spesso si traduce, come dimostrano i rapporti tra la legge antimonopoli e quella sui prezzi, nell'applicazione contestuale o addirittura congiunta delle diverse disposizioni rilevanti.

Il primo esempio in ordine di tempo è dato dalla “*Legge per la protezione dei diritti e degli interessi dei consumatori*” del 1993,¹²¹ in cui troviamo sancito il diritto di “*libera scelta dei beni e dei servizi*” (articolo 9), in base al quale il consumatore deve essere libero di selezionare la propria controparte commerciale e di decidere se acquistare o meno un determinato bene o servizio.¹²² La disposizione normativa nasceva dalla volontà di contrastare l'assai diffuso fenomeno delle “*transazioni forzate*”, per cui i consumatori cinesi vengono spesso obbligati (e a volte persino minacciati) ad acquistare beni o servizi che essi non intendono però ricevere.¹²³ L'articolo 9, pertanto, va letto in correlazione con i divieti della legge contro la

¹²¹ *Zhonghua renmin gongheguo xiaofeizhe quanyi baohu fa* (Legge per la protezione dei diritti e degli interessi dei consumatori della RPC), emanata il 31 ottobre 1993, da ultimo modificata il 25 ottobre 2013; testo in inglese consultabile su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=15518&lib=law>.

¹²² Art. 9: “*Ai consumatori deve essere assicurato il diritto ad una libera scelta dei beni e servizi. I consumatori devono avere il diritto di scegliere liberamente le imprese per la prestazione di beni o servizi, di selezionare liberamente tra i diversi tipi di beni e le diverse modalità di servizi e decidere indipendentemente se acquistare o meno qualsiasi tipo di bene o se acconsentire o meno a qualsiasi fornitura di servizi. Ogni qual volta effettuano una libera scelta di beni e servizi, ai consumatori spetta il diritto di compiere comparazioni, distinzioni e selezioni*”.

¹²³ Sino a qualche anno fa chi voleva attivare una nuova linea telefonica doveva anche acquistare un telefono dai rivenditori delle compagnie di telecomunicazione ovvero chi sottoscriveva un contratto di somministrazione di gas doveva acquistare le cucine a gas dalla medesima società che fornitrice del servizio; nella contea di Luotian, nello Hubei, gli uffici postali obbligavano i clienti, che intendevano ritirare il proprio denaro, ad acquistare ingenti quantità di cartoline, francobolli e buste, perché in caso contrario il prelievo non sarebbe stato autorizzato; questi ed altri casi sono raccontati da Jin – Luo (2002), pp. 164–165.

2. Origini della legge antimonopoli

concorrenza sleale, in particolare con le previsioni di cui agli articoli 6 e 12,¹²⁴ di cui costituisce necessario completamento, sancendo l'illiceità di pratiche limitative della libertà contrattuale anche se poste in essere a danno dei consumatori. A differenza di quanto previsto nella legge contro la concorrenza sleale, tuttavia, il diritto di libera scelta di cui all'articolo 9 non è assistito da sanzioni amministrative, legittimando esclusivamente un'azione giudiziale per le restituzioni ed i danni da parte dei consumatori.

La “*Legge sulle offerte pubbliche*”¹²⁵ fa divieto alle imprese partecipanti ad una gara pubblica di colludere tra di loro o con il soggetto appaltante allo scopo di fissare i prezzi di acquisto o di escludere un offerente in pregiudizio degli interessi pubblici coinvolti e dei diritti e degli interessi legittimi degli altri partecipanti e del soggetto appaltante.¹²⁶ Allo stesso modo è proibito offrire prezzi inferiori ai costi, in nome di altri soggetti o fare uso di altri mezzi fraudolenti per aggiudicarsi la gara¹²⁷. Anche in questo caso i divieti di pratiche anticoncorrenziali sono, dunque, preordinati alla tutela di interessi ulteriori, individuabili nell'efficienza, nella trasparenza e nell'imparzialità dell'attività amministrativa.

Le previsioni della legge sulle offerte pubbliche collimano in buona parte con le identiche pratiche collusive punite dalla legge contro la concorrenza sleale (articolo 15)¹²⁸ e dalla “*Legge sugli appalti pubblici*”,¹²⁹ la cui applicazione è

¹²⁴ Cfr. anche l'art. 4 delle “*Norme definitive per vietare le pratiche anticompetitive delle imprese pubbliche*”, del 24 dicembre 1993, nel quale sono tipizzate alcune delle condotte restrittive tipiche delle imprese di servizi pubblici e dei monopolisti legali (*tying*, imposizione di *standard* tecnologici o di condizioni irragionevoli, rifiuto a contrarre).

¹²⁵ *Zhonghua renmin gongheguo zhao biao tou biao fa zhu shi ben* (Legge sulle offerte pubbliche della RPC), emanata il 30 agosto 1999 ed in vigore dall'1 gennaio 2000, consultabile in inglese su http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383557.htm.

¹²⁶ Art. 32 legge sulle offerte pubbliche: “*Gli offerenti non devono colludere tra loro nello stabilire i prezzi offerti né devono estromettere gli altri offerenti da una leale concorrenza e pregiudicare i diritti e gli interessi legittimi degli altri offerenti e del soggetto appaltante. Gli offerenti non devono colludere con il soggetto appaltante in pregiudizio degli interessi dello Stato, della collettività e di ogni altro soggetto. Agli offerenti è proibito aggiudicarsi la gara corrompendo in qualsiasi modo il soggetto appaltante o qualunque membro della commissione incaricata di valutare le offerte*”.

¹²⁷ Art. 33 legge sulle offerte pubbliche: “*Gli offerenti non devono partecipare a gare pubbliche offrendo prezzi inferiori ai costi né devono tentare di aggiudicarsi la gara in nome d'altri o attraverso ogni altro mezzo fraudolento*”.

¹²⁸ Art. 15 legge contro la concorrenza sleale: “*Gli offerenti non devono colludere tra di loro al fine di determinare l'aumento o la riduzione dei prezzi offerti. Gli offerenti ed i soggetti appaltanti non devono colludere tra di loro al fine di estromettere i loro concorrenti da una leale concorrenza*”. L'unica differenza rilevante rispetto alle altre due normative consiste nella applicabilità della legge sulla concorrenza sleale anche alle turbative d'asta realizzate da imprenditori persone fisiche, in quanto la legge sulle offerte pubbliche punisce le violazioni commesse dalle sole persone giuridiche,

affidata, in tutti e tre i casi, all'ASIC. A fronte dell'unità strutturale delle tre fattispecie, alcune piccole differenze emergono in materia di sanzioni, le quali nell'ipotesi punita dalla legge sulla concorrenza sleale si riducono ad una multa,¹³⁰ mentre nelle due altre normative prescrivono anche l'invalidità della gara, la confisca dei profitti ed il divieto temporaneo di partecipare a successivi bandi pubblici.¹³¹

Altro complesso normativo in cui si rinvencono norme con finalità schiettamente pro competitiva è la legge sui contratti.¹³² Ci si riferisce, in particolare, alla disciplina degli accordi di trasferimento di tecnologie, che costituiscono uno dei primi banchi di prova della capacità dell'ordinamento di bilanciare la protezione dei diritti di esclusiva con la tutela della concorrenza. Vista la delicatezza delle questioni trattate, di queste previsioni si dirà meglio in sede di esame degli accordi di monopolio.¹³³

A conclusione di questa breve rassegna, va sottolineato che disposizioni a tutela della concorrenza si rinvencono in tutte le normative che nel tempo sono state introdotte per regolamentare quei settori industriali cui sono sottesi rilevanti interessi di carattere pubblico. Così, il “*Regolamento telecomunicazioni*”¹³⁴ vieta l'offerta sottocosto di servizi, il rifiuto a contrarre, l'acquisto forzato di apparecchi telefonici da parte di chi intenda attivare una nuova utenza e tutte quelle pratiche dilatorie

con l'unica eccezione delle gare per progetti di ricerca scientifica (cfr. art. 25 legge sulle offerte pubbliche); v. Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), pp. 358–359.

¹²⁹ *Zhonghua renmin gongheguo zhengfu caigou fa* (Legge sugli appalti pubblici della RPC), promulgata il 29 giugno 2002 ed entrata in vigore l'1 gennaio 2003; testo consultabile, in inglese, su http://english.gov.cn/laws/2005-10/08/content_75023.htm. L'art. 25 di questa legge così dispone: “*Le parti coinvolte in un appalto pubblico non possono colludere tra di loro pregiudicando gli interessi dello Stato, della collettività o delle altre parti coinvolte e non possono con alcun mezzo eliminare la concorrenza delle altre imprese [...]*”; v. L. Gao– Jia (2008), pp. 351–353.

¹³⁰ Compresa tra CNY10.000 (€1.250 ca.) e CNY200.000 (€25.000 ca.) in relazione alle circostanze (art. 27 legge contro la concorrenza sleale).

¹³¹ Una leggera discrepanza sussiste tra le sanzioni stabilite dalla legge sulle offerte pubbliche e quelle della legge sugli appalti pubblici. Mentre la prima prevede a carico dell'impresa una multa compresa tra lo 0,5% e l'1% del valore della gara ed un'altra tra il 5% ed il 10% per le persone direttamente responsabili nonché l'esclusione dalle gare per non più di due anni (art. 53 legge sulle offerte pubbliche), la legge sugli appalti pubblici consente di punire soltanto l'impresa vincitrice con una multa tra il 5% ed il 10% del valore dell'appalto e prevede una sospensione dalle gare fino a tre anni (art. 77 legge sugli appalti pubblici).

¹³² *Zhonghua renmin gongheguo hetong fa* (Legge dei contratti della RPC), promulgata il 15 marzo 1999 ed entrata in vigore l'1 ottobre dello stesso anno, artt. 329 e 343; testo consultabile, in inglese, su http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383564.htm.

¹³³ V. *infra* Cap. IV, § 2.4 e Cap. V, §§ 4.1 e 4.2.

¹³⁴ *Zhonghua renmin gongheguo dianxin taoli* (Regolamento telecomunicazioni) emanato dal Consiglio di Stato il 25 settembre 2000; testo consultabile, in inglese (a pagamento), su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=1667&lib=law>.

2. Origini della legge antimonopoli

finalizzate ad impedire l'interconnessione con altri operatori.¹³⁵ Esempi analoghi potrebbero ripetersi per le regolamentazioni del settore postale,¹³⁶ bancario,¹³⁷ assicurativo¹³⁸ e dell'elettricità,¹³⁹ dall'esame delle quali è possibile formulare un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, è facile avvedersi di come le disposizioni inserite in queste normative siano meramente riproduttive delle fattispecie proibite dalle leggi generali sulla concorrenza applicabili ad ogni impresa; in secondo luogo, nessuno dei divieti di pratiche restrittive sanciti dalle legislazioni di settore è assistito da specifica sanzione, ragione per cui sarà sempre necessario riferirsi alle disposizioni generali per rendere effettiva la prescrizione normativa della legge speciale.¹⁴⁰

Con l'approvazione della legge antimonopoli è quest'ultima ad avere assunto la ruolo cruciale all'interno del sistema del diritto della concorrenza cinese e dunque di referente necessario per la disaggregata massa delle disposizioni appena esaminate. Si tratta di disposizioni che la legge del 2007 non abroga e che all'interprete si chiede invece di coordinare con le nuove norme: un risultato non sempre facile da conseguire, considerate le diverse competenze, a volte confliggenti, spettanti alle autorità chiamate ad applicare la legge antimonopoli e alle altre autorità governative investite della funzione di regolamentazione e sorveglianza dei singoli settori industriali.¹⁴¹

¹³⁵ V. artt. 4, 7, 8, 12, 17, 41, 42 del Regolamento telecomunicazioni; v. anche Cramer (2008), pp. 5–6.

¹³⁶ *Zhonghua renmin gongheguo you zheng fa* (Legge sulle poste della RPC) promulgata il 2 dicembre 1986, da ultimo modificata il 26 ottobre 2012, artt. 4 e 18 ; testo consultabile, in inglese, su www.procedurallaw.cn/english/law/200905/t20090526_224670.html.

¹³⁷ *Zhonghua renmin gongheguo shang ye yin hang fa* (Legge sulle banche commerciali della RPC) promulgata il 10 maggio 1995, modificata il 27 dicembre 2003, art. 9; testo consultabile, in inglese, su http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383716.htm.

¹³⁸ *Zhonghua renmin gongheguo bao xian fa* (Legge sulle assicurazioni della RPC), promulgata il 30 giugno 1995, da ultimo modificata l'1 ottobre 2009, artt. 67 e 115; testo consultabile, in inglese, su (a pagamento) su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=7346&lib=law>.

¹³⁹ *Zhonghua renmin gongheguo dianli fa* (Legge sull'energia elettrica della RPC), promulgata il 28 dicembre 1995, modificata il 27 agosto 2009, art. 25; testo in inglese consultabile (a pagamento) su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=117&lib=law>.

¹⁴⁰ Shang (2009), p. 5.

¹⁴¹ Cfr. *infra* Cap. III, § 3.3.

II. – APPROVAZIONE DELLA LEGGE ANTIMONOPOLI

“First of all, in today's China, there is no uniform law on the regulation of monopoly, and most of the provisions on monopoly are scattered among administrative regulations and departments rule, circulars and replies. In addition there is no codification system in China to codify regulations and rules. Therefore, it is very difficult for one to familiarize with all the antitrust provisions or even to find out these provisions, let alone to have a complete and overall idea of the Chinese antitrust law. Thus, it is very difficult for enterprises to control their business behaviors because they are not able to know whether their acts are being outlawed”.

(Jin Chaowu – Luo Wei, *"Competition Law in China"*, 2002)

L'esposizione finora compiuta ci consegna l'immagine di una condizione alquanto confusa del diritto cinese della concorrenza precedente l'emanazione della legge antimonopoli. Quello che si presentava agli occhi dell'interprete era un sistema composto da previsioni normative ridondanti e assai vaghe, che spesso non facevano che prendere atto delle gravi inefficienze del mercato cinese senza fornire strumenti adeguati a contrastarle.¹⁴² Il diritto della concorrenza non era altro che uno sparuto gruppo di norme, frammentate nell'ordinamento, cui gli organi amministrativi istituzionalmente preposti davano un'applicazione rara e incostante, colpendo il più delle volte fenomeni di rilevanza esclusivamente locale.

La diffusa insoddisfazione che accompagnava questo sistema e gli insufficienti risultati raggiunti nel fronteggiare le innumerevoli restrizioni che quotidianamente ostacolavano i traffici sul mercato cinese resero non più rinviabile la formulazione di una legge a tutela della concorrenza, la quale sembrava essere scomparsa dall'orizzonte delle priorità del governo cinese.

¹⁴² Owen – Sun – W. Zheng (2008), p. 7.

3.– Il tormentato percorso legislativo

3.1 Le opinioni contrarie

Si è già detto delle opposizioni che sin da subito hanno accolto il progetto di una normativa antitrust, quando, sul finire degli anni ottanta, se ne ipotizzò l'emanazione contestuale alla legge contro la concorrenza sleale.¹⁴³ L'obiettivo di adottare una legge a tutela della concorrenza non fu però mai del tutto abbandonato dal Consiglio di Stato, il quale nel 1994 istituì un gruppo di lavoro composto per la maggioranza da rappresentanti dell'ASIC e della Commissione di Stato per l'economia ed il commercio ("CSEC"), cui parteciparono anche membri della Commissione legislativa del CNP e semplici esperti del settore.¹⁴⁴

La speranza di giungere alla rapida formulazione di un testo condiviso, tuttavia, si scontrò ben presto con le spinte opposte provenienti da diversi ambienti della politica e dell'economia cinese. Larga parte delle gerarchie governative rimanevano contrarie all'adozione di una legislazione che minacciava di stravolgere le basi di un sistema che in Cina, per quasi mezzo secolo, aveva attribuito alla burocrazia il ruolo di guida nella distribuzione delle risorse all'interno del paese.¹⁴⁵ Molteplici furono, pertanto, le richieste di introduzione nel testo della nuova legge di eccezioni o esenzioni per categorie di imprese, sulle quali i diversi rami dell'amministrazione pubblica non intendevano rinunciare al loro potere di vigilanza e di ingerenza nella gestione. Del pari, fece facilmente breccia nel dibattito legislativo la preoccupazione delle imprese statali di perdere il predominio da esse esercitato sul mercato, spesso mantenuto attraverso pratiche commerciali volte ad impedire una concorrenza effettiva da parte di altri operatori.¹⁴⁶ In virtù dell'indissolubile intreccio tra interessi delle grandi imprese e interessi politici, l'opinione di questi colossi di stato ebbe una grandissima influenza durante tutto il procedimento di formazione della legge antimonopoli.

Le resistenze delle oligarchie al potere furono declinate secondo argomenti all'apparenza condivisibili. Si poneva l'accento sul fatto che l'economia cinese non

¹⁴³ V. *supra* § 2.1.

¹⁴⁴ Williams (2005), pp. 172–173; X. Wang (2004), p. 285.

¹⁴⁵ Gerber (2010), p. 225, il quale sostiene che l'adozione di una legge sulla concorrenza "*not only symbolizes competition's central role in the economic system, but it also requires that the state protect that process. This clashes necessarily implicated the legitimacy of China's political leadership*".

¹⁴⁶ *Ibidem*.

fosse pronta ad affrontare lo *shock* di un assoggettamento forzato alle leggi di mercato e che un'apertura indiscriminata alla concorrenza dei giganti stranieri avrebbe falciato le piccole industrie cinesi, spogliando la Repubblica Popolare di buona parte del suo patrimonio industriale.¹⁴⁷ Al contrario, si soggiungeva, un governo che intenda portare avanti una progressiva modernizzazione del paese deve permettere alle proprie imprese di crescere e irrobustirsi in un ambiente protetto, così da esser pronte, nel più breve tempo possibile, a confrontarsi, in condizioni di parità, con le grandi imprese straniere.¹⁴⁸ D'altronde, si è visto,¹⁴⁹ era assai diffusa l'idea che, se dei problemi esistevano sul mercato cinese, questi erano addebitabili non ad un'irrazionale distribuzione delle risorse pubbliche, bensì ad un "eccesso" di concorrenza nei settori liberalizzati, che impediva alle imprese cinesi di operare con profitto e di sfruttare le nuove opportunità di crescita.

Stupisce, piuttosto, sentire riecheggiare le suddette obiezioni nelle opinioni di alcuni studiosi occidentali, i quali, sotto diversa prospettiva, non mancano di sottolineare le insufficienze dell'ordinamento cinese nel garantire un'applicazione credibile delle regole della concorrenza. Le riserve mostrate prendono avvio dalla qualificazione della Cina come paese in via di sviluppo, il che comporterebbe l'incapacità di questo paese di salvaguardare il libero esplicarsi delle forze del mercato per via della fragilità della sua infrastruttura politica ed economica. Le istituzioni non sarebbero, quindi, sufficientemente forti ed indipendenti da scongiurare il rischio che nel loro operato vengano sedotte dall'esigenza di perseguire interessi di politica industriale, a cui beneficio finirebbero per piegare l'applicazione delle norme sulla concorrenza. Quale inevitabile conseguenza, le disposizioni di una legge antitrust verrebbero applicate soltanto nei confronti di quelle imprese dietro cui non si celano interessi pubblici rilevanti, pregiudicando ulteriormente la posizione di queste ultime rispetto alle grandi imprese, le quali, invece, possono beneficiare di relazioni privilegiate con le autorità pubbliche.¹⁵⁰ La conclusione cui si giunge è che l'introduzione di una disciplina della concorrenza in Cina non ha costituito, almeno

¹⁴⁷ Huo (2008), p. 37.

¹⁴⁸ Huang (2008), pp. 140–142, *cit.* in Huo (2008), p. 37.

¹⁴⁹ V. *supra* § 1.2.

¹⁵⁰ Cox – Moody – Johnston (2009), pp. 21–22; Ulen (2011), pp. 23–24; v. anche Williams (2005), pp. 219–220, che ritiene che lo sviluppo istituzionale sia un prerequisito indispensabile per il corretto operare delle regole antitrust e che la Cina, approvando la legge antimonopoli, potrebbe avere compiuto una scelta politicamente sbagliata.

2. Origini della legge antimonopoli

per adesso, un risultato desiderabile, potendosi, in realtà, rivelare persino dannoso per lo sviluppo di un paese, che, con il ritmo strabiliante della sua crescita, ha dimostrato di non patire alcuna grave distorsione nelle proprie dinamiche di mercato.¹⁵¹

3.2 Le ragioni di un ritrovato interesse

Seppure è vero che la Cina è un paese in transizione, che molte sono le anomalie che balzano agli occhi di un giurista occidentale e che l'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione rende spesso incerta l'applicazione della legge, ciò non può spingerci a ritenere che gli istituti del diritto antitrust siano appropriati soltanto per ordinamenti evoluti, quali quelli in cui si sono sviluppate le prime normative sulla concorrenza. Indizio della inverosimiglianza di questa affermazione è già la semplice constatazione che oggi sono già più di cento gli Stati ad essersi dotati di una legislazione a tutela della concorrenza e di questi soltanto una minoranza appartengono a paesi che potremmo definire “sviluppati”.¹⁵² A convincere della soluzione opposta alla tesi critica innanzi prospettata è, però, soprattutto, l'analisi delle ragioni politiche che hanno determinato nel governo l'intento di non ritardare ulteriormente l'adozione di una legge antitrust.

Prima di tutto, le liberalizzazioni dell'economia avviate all'inizio degli anni novanta, non potevano produrre effetti tangibili sulla popolazione fino a quando il controllo esercitato da parte di un'unica o di un ridotto numero di imprese statali su settori chiave dell'economia impediva quel miglioramento dell'offerta normalmente indotto dalle dinamiche concorrenziali. Il potere prima direttamente esercitato dallo Stato su larghe fette dell'economia era dunque transitato alle grandi imprese statali, che continuavano ad operare incuranti delle sfide che potevano provenire dall'ingresso di nuovi concorrenti sul mercato.

Era chiaro al governo che l'altissimo livello di concentrazione su quei mercati costituiva uno dei principali ostacoli a quella “diffusione della ricchezza” tra la popolazione, di cui il PCC si è fatto garante e che viene propagandata come mezzo per la costruzione di una “società armoniosa” di confuciana memoria.¹⁵³ Per tale

¹⁵¹ Ulen (2011), pp. 33–34.

¹⁵² Licetti (2013), p. 2.

¹⁵³ Gerber (2010), p. 226; Huang (2008), p. 124.

motivo, l'adozione di una legge antitrust non era intesa come un'operazione di sola “facciata”, per accontentare le richieste internazionali, ma costituiva un passo obbligato nella transizione verso un'economia di mercato e una mossa utile a coltivare l'immagine di un partito impegnato per la tutela della masse e per la promozione del benessere sociale.¹⁵⁴

In secondo luogo, una legge a tutela della concorrenza rappresentava un chiaro segnale che la Cina mandava all'esterno circa la volontà di continuare nel suo percorso verso il *rule of law*. Abdicando alle proprie prerogative nella gestione dell'economia e sottoponendo i propri poteri al rispetto dei presupposti e delle procedure indicate dalla legge, il governo tentava di rispondere alle crescenti critiche di chi sottolineava la poca trasparenza degli interventi pubblici in economia e gli onnipresenti rischi derivanti dall'alto tasso di corruzione.¹⁵⁵

A questo proposito, è innegabile che una spinta determinante all'adozione della legge antimonopoli è provenuta dall'adesione della Cina all'Organizzazione Mondiale del Commercio¹⁵⁶. I trattati del WTO non obbligano i paesi membri ad adottare normative a tutela della concorrenza né un impegno in tal senso era stato assunto dalla Cina con la firma del Protocollo di adesione.¹⁵⁷ È un fatto, tuttavia, che il tema della concorrenza fu oggetto di approfondito dibattito durante i negoziati che precedettero la firma dell'accordo,¹⁵⁸ come anche che ad imprimere un'accelerazione nei lavori preparatori della legge antimonopolistica fu il Ministero del commercio, l'organo incaricato di curare le relazioni con il WTO e l'adattamento dell'ordinamento cinese ai nuovi obblighi internazionali¹⁵⁹, creato nel 2003 dalla fusione del Ministero del commercio con l'estero e della cooperazione economica con la CSEC e la Commissione di Stato per la programmazione e lo sviluppo. Va ricordato, inoltre, che nello stesso anno la Commissione centrale del PCC approvava la “*Decisione sul*

¹⁵⁴ R. Chen (2011).

¹⁵⁵ Gerber (2010), p. 226.

¹⁵⁶ Furse (2007), pp. 332–333, che ricorda anche la “*Opinione per un pieno impiego delle funzioni giurisdizionali per garantire tutela e sostegno giuridico allo sviluppo economico*”, del 4 marzo 2000, con la quale la CSP chiedeva alle Corti di accelerare la loro opera interpretativa delle controversie relative a questioni di concorrenza (art. 6.2).

¹⁵⁷ Sull'impatto provocato dall'accesso nel WTO sull'economia cinese v. A. Chen (2003).

¹⁵⁸ Furse (2007), p. 333, il quale riporta un passaggio del Report del “*Working Party*” sull'adesione della Cina: “*The representative of China noted that the Government of China encouraged fair competition and was against acts of unfair competition of all kinds. [...] China was now formulating the law on Anti-Monopoly*”, II. Economic Policies, 8, Competition § 65 (WT/MIN(01)/30).

¹⁵⁹ La descrizione della degli scopi istituzionali del Ministero del commercio si può leggere sul sito <http://english.mofcom.gov.cn/column/mission2010.shtml>.

2. Origini della legge antimonopoli

perfezionamento dell'economia socialista di mercato",¹⁶⁰ dando inizio di una nuova fase di riforme economiche.

Tra l'ottobre del 2002 ed il febbraio del 2004 furono diffuse almeno quattro diverse bozze di legge, che furono fatte circolare tra i governi e gli studiosi occidentali.¹⁶¹ Una prima bozza dell'ottobre 2002 fu trasmessa dalla CSEC al Consiglio di Stato e corrispondeva nella sostanza alla bozza del settembre 2003 approvata dal medesimo Consiglio. In entrambe si prevedeva la creazione di un'autorità antitrust di livello ministeriale sotto il diretto controllo del Consiglio di Stato e con ampi poteri di accertamento e di sanzione, secondo un disegno organizzativo che sarà poi abbandonato durante il cammino che porterà all'approvazione del testo definitivo. Nel gennaio e nel febbraio del 2004 furono rese pubbliche, quasi contestualmente, due nuove bozze: la prima, preparata dall'ASIC e trasmessa all'OCSE, escludeva dal suo raggio di azione le condotte tenute dagli organi pubblici;¹⁶² la seconda, redatta dal Ministero del Commercio, rispecchiava l'intento di quest'ultimo di avere riconosciuto un ruolo centrale nel nascente sistema della concorrenza in Cina e, difatti, prevedeva che le competenze in materia di concorrenza fossero attribuite ad una autorità interna al medesimo Ministero.¹⁶³

In terzo luogo, paralleli timori di uno sviluppo incontrollato del mercato provenivano dalle imprese cinesi, le quali avevano iniziato a percepire come una minaccia gli investimenti sempre più corposi effettuati dalle società estere in Cina, le quali si stavano inesorabilmente imponendo nel debole tessuto produttivo del paese.¹⁶⁴ Ad accrescere questo allarme fu un rapporto dell'ASIC del marzo del 2004,¹⁶⁵ con il quale si denunciavano i rischi per l'economia cinese della prepotente espansione delle multinazionali straniere. L'intervento dell'ASIC fu sollecitato dalla polemiche che l'anno precedente avevano coinvolto la *Tetra Pak*, multinazionale

¹⁶⁰ *Zhonggong zhongyang guanyu wanshan shehui zhuyi shichang jingji tizhi ruogan wenti de juedin* (Decisione della Commissione Centrale del PCC su diverse questioni per il perfezionamento dell'economia socialista di mercato), adottata il 17 ottobre 2003; v. Fewsmith (2003).

¹⁶¹ Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), pp. 15–17.

¹⁶² W. X. Zheng (2004), p. 2.

¹⁶³ Harris (2005); quasi in concomitanza con la divulgazione della bozza del febbraio 2004, il Ministero del commercio istituiva un proprio Ufficio antimonopoli.

¹⁶⁴ Z. Wu – X. Hu – Percival (2009), pp. 51–52.

¹⁶⁵ *Zai hua kua guo gong si xian zhi jing zheng xing wei biao xian ji dui ce* (Le pratiche restrittive della concorrenza delle multinazionali in Cina e le contromisure da adottare) [“Rapporto ASIC”], realizzato dall'Ufficio concorrenza del Dipartimento per l'equo commercio. Il rapporto era destinato ad un uso esclusivamente interno all'amministrazione, ma ciò nonostante le sue conclusioni furono ben presto note tra il pubblico.

svedese, contro la quale era stata lanciata l'accusa di legare la vendita di apparecchiature per l'imballaggio, mercato in cui era dominante, alla fornitura delle relative confezioni.¹⁶⁶ L'ASIC rilevava che in almeno sette mercati relativi a beni di ampio consumo le multinazionali straniere avevano acquisito una posizione dominante,¹⁶⁷ anche se, bisogna precisare, l'amministrazione governativa giungeva a questo risultato sommando le quote di mercato detenute dal complesso delle imprese straniere operanti in ogni singolo settore.

Le conclusioni del rapporto in questione furono contestate già all'epoca¹⁶⁸ e, nel giro di pochi anni, smentite anche dal Ministero del Commercio;¹⁶⁹ ciò malgrado esse ebbero un'influenza determinante nel convincere le autorità cinesi circa l'urgenza di dotare la Cina di una legislazione antitrust, dando il via a una fase concitatissima dei lavori preparatori della nuova legge, di cui tra il marzo e il novembre del 2005 l'Ufficio affari legali del Consiglio di Stato stese quattro diverse bozze.¹⁷⁰

Quanto detto ci conduce alla quarta ed ultima ragione di impulso all'adozione della legge antimonopolistica. A sospingere questa seconda fase dei lavori fu, infatti, anche l'interessamento sempre più diffuso mostrato dagli organi internazionali e dagli studiosi stranieri, che a seguito del rapporto dell'ASIC temevano che nella formulazione della nuova legge potessero trovare ingresso disposizioni che si prestassero ad applicazioni discriminatorie in danno delle imprese straniere.¹⁷¹ Il governo cinese si premurò di rassicurare gli investitori stranieri sulla natura non protezionistica del nascente provvedimento, ripetendo che esso si sarebbe applicato indifferentemente a tutte le imprese presenti sul mercato.¹⁷² Nel frattempo fu avviata

¹⁶⁶ La medesima condotta è stata di recente fatta oggetto di un'indagine avviata dall'ASIC alla luce delle previsioni sull'abuso di posizione dominante della legge antimonopoli; v. Hille – Hook (2013).

¹⁶⁷ I sette gruppi di prodotti per i quali l'ASIC individuava dei rischi di monopolizzazione da parte delle imprese straniere erano i *software*, i materiali fotosensibili, i *personal computer*, i telefoni cellulari, le macchine fotografiche, i pneumatici e le bevande analcoliche.

¹⁶⁸ È stato autorevolmente sostenuto che il report dell'ASIC non faceva altro che prendere atto di un processo di concentrazione di alcuni mercati in atto a livello globale e che non potesse additarsi il comportamento delle multinazionali straniere come unica causa della tendenza alla monopolizzazione del mercato cinese; v. Sheng Jiemen, Direttore del Dipartimento di diritto ed economia della Peking University, *cit.* da Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 16.

¹⁶⁹ W. Zheng (2010), p. 719; v. “*China Plans to Introduce Foreign Funds of \$60 Bln*”, 16 gennaio 2006, consultabile su http://news.xinhuanet.com/english/2006-01/16/content_4058912.htm.

¹⁷⁰ Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), pp. 17–19.

¹⁷¹ Harbour (2006); Lau (2005).

¹⁷² V. la dichiarazione del Vice Ministro dell'Ufficio affari legali del Consiglio di Stato, riferita da Dickie (2006).

2. Origini della legge antimonopoli

una poderosa attività di consultazione per venire incontro alle richieste dei principali *partner* commerciali e recepire le *best practice* sperimentate dagli ordinamenti oggetto di comparazione da parte del legislatore cinese. Le diverse versioni provvisorie della legge furono distribuite alla Commissione europea, al governo giapponese, al Dipartimento di Giustizia degli Stati Uniti, *all'American Bar Association*,¹⁷³ alla Banca Mondiale, all'UNCTAD all'OCSE¹⁷⁴ e sotto gli auspici del Consiglio di Stato furono organizzati, sempre nel 2005, tre diversi incontri internazionali cui parteciparono studiosi della concorrenza, membri delle istituzioni internazionali e consulenti dei principali investitori stranieri.¹⁷⁵

3.3 Adozione della legge antimonopoli

Le osservazioni acquisite in quei mesi furono quasi tutte recepite nel testo trasmesso al CNP nel giugno del 2006, il quale possedeva tutti i caratteri di una legge sulla concorrenza di stampo occidentale,¹⁷⁶ pur con alcune peculiarità necessarie ad armonizzarla con l'irripetibile contesto economico della Cina contemporanea. Nella sua relazione al CNP, il Presidente dell'Ufficio affari legali del Consiglio di Stato, enucleava le ragioni che militavano a favore dell'adozione di una legge antitrust: combattere le pratiche restrittive che pregiudicano gli interessi dei consumatori e ostacolano la formazione di un mercato comune, introdurre una regolamentazione delle concentrazioni e consentire alle imprese di operare in un ambiente giuridico prevedibile e trasparente.¹⁷⁷

Il dibattito rimase acceso anche durante le tre diverse letture cui ogni progetto di legge deve essere sottoposto in seno alla Commissione legislativa del CNP. I maggiori attriti si verificarono in merito alla disciplina da riservare alle imprese statali, alla struttura del sistema di *enforcement* amministrativo e all'opportunità di inserire un divieto abuso di potere amministrativo, punti sui quali non si era riusciti a trovare una soluzione condivisa in seno al Consiglio di Stato. In particolare, mentre le imprese ed i governi stranieri insistevano affinché l'applicazione della legge antimonopoli non fosse limitata ai soli operatori privati e si

¹⁷³ ABA (2005).

¹⁷⁴ Bush (2007).

¹⁷⁵ Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), pp. 17–19.

¹⁷⁶ Hittinger – Huh (2007), p. 254.

¹⁷⁷ R. Chen (2011).

punissero anche gli atti restrittivi della concorrenza posti in essere dalle autorità pubbliche, altrettanto forti erano le opposte pressioni esercitate dagli interessi particolari dei governi locali e delle imprese statali.¹⁷⁸

Il 30 agosto del 2007, al termine di un pluridecennale processo legislativo, la “*Legge antimonopoli*” fu definitivamente approvata dalla Commissione permanente¹⁷⁹ del decimo CNP, entrando in vigore il primo agosto del 2008.¹⁸⁰ Essa è composta da 57 articoli, suddivisi in otto Capi: (I) disposizioni generali, (II) accordi di monopolio, (III) abusi di posizione dominante sul mercato, (IV) concentrazioni tra imprese, (V) abusi di potere amministrativo per eliminare o restringere la concorrenza, (VI) indagini delle condotte monopolistiche sospette, (VII) responsabilità giuridiche, (VIII) disposizioni supplementari.

La legge antimonopoli costituisce una conquista innegabile per l'ordinamento cinese ed un passo fondamentale nella costruzione di un sistema economico affidabile e moderno. La stessa si contraddistingue per un discreto livello di dettaglio delle sue previsioni, ma molte delle tematiche che furono oggetto di scontro nel corso dei lavori preparatori non trovano in essa una soluzione chiara ed univoca, che viene lasciata alle successive disposizioni di attuazione. Pertanto, soltanto un esame dei regolamenti attuativi approvati dalle autorità competenti e delle prime esperienze applicative potrà aiutare a comprendere in che direzione si sta evolvendo il diritto della concorrenza in Cina. Nei paragrafi che seguono, intanto, sarà possibile constatare come la legge antimonopoli si inserisca nel solco tracciato dalle più autorevoli esperienze straniere, così rendendo più agevole l'approccio da parte di un osservatore occidentale, il quale potrà orientarsi tra concetti e categorie a lui noti, senza dimenticare, tuttavia, la singolarità del sistema economico-politico cinese e gli

¹⁷⁸ È stato riferito che nel corso dei lavori il Segretario Generale della Commissione legislativa si sia espresso nei seguenti termini: “*Non esistono monopoli amministrativi in Cina e l'utilizzo del termine 'monopoli amministrativi' non è scientificamente corretto*”; v. Huo (2008), p. 38.

¹⁷⁹ Huo (2008), pp. 41–44, si chiede se la legge antimonopoli possa ritenersi incostituzionale per non essere stata approvata dal *plenum* del CNP, ma dalla sua Commissione Permanente. È diffusa l'idea, sostenuta anche nella relazione del Ufficio affari legali al CNP, che la legge a tutela della concorrenza costituisca un provvedimento “fondamentale” dell'ordinamento giuridico cinese, pertanto la competenza ad approvarla spetterebbe unicamente al CNP nella sua più ampia composizione (v. *supra* Cap. I, § 8.1). Lo stesso autore, tuttavia, ammette che nell'attuale architettura costituzionale cinese un sindacato di costituzionalità delle leggi si presenta assai improbabile.

¹⁸⁰ *Zhonghua renmin gongheguo fan longduan fa* (Legge antimonopoli della RPC), del 30 agosto 2007, in vigore dall'1 agosto 2008; testo consultabile in italiano in APPENDICE; la versione originale è consultabile su http://www.gov.cn/flfg/2007-08/30/content_732591.htm; per una versione in lingua inglese si veda, invece, http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2009-02/20/content_1471587.htm.

2. Origini della legge antimonopoli

ostacoli che si frappongono ad una piena attuazione dei principi della concorrenza all'interno di esso.

4.– Modelli giuridici a confronto

4.1 Circolazione delle norme antitrust

La propagazione del diritto antitrust può essere osservata come un aspetto del più vasto fenomeno della globalizzazione. La liberalizzazione degli scambi internazionali, derivante dalla frantumazione del blocco di influenza sovietica e dalla conseguente scelta della stragrande maggioranza dei paesi di aprirsi ad una economia di mercato, hanno imposto la necessità di adottare delle regole di concorrenza trasparenti e condivise tra i vari Stati.¹⁸¹ Come già accennato in precedenza,¹⁸² né il WTO né altri organismi di cooperazione internazionale obbligano gli Stati che ne sono membri ad adottare una legislazione antitrust, ma è innegabile che l'emanazione di una legge a tutela della concorrenza si ponga per i governi come condizione pressoché indispensabile per accreditare l'immagine del proprio paese all'opinione degli investitori stranieri e, al contempo, per stimolare lo sviluppo degli scambi interni, spesso vittima delle restrizioni create da un'inefficiente gestione pubblica delle risorse o dall'agire incontrollato degli operatori privati.

La rapidità con cui le regole della concorrenza si sono diffuse in sistemi politici ed economici così diversi non si spiegherebbe, tuttavia, se non si tenessero in considerazione gli sforzi compiuti dalle potenze occidentali per promuovere l'idea dell'antitrust come “diritto universale”, in grado di superare i confini degli ordinamenti, grazie alla pretesa bontà dei fondamenti economici che lo sostengono. Gli Stati Uniti e l'Unione Europea, dal canto loro, hanno riversato un grandissimo impegno per convincere i paesi che si affacciavano al mercato globale ad adottare i propri sistemi di legislazione antitrust,¹⁸³ sicché la circolazione delle regole della

¹⁸¹ Cfr. Fox (2007), p. 72, e Dhall (2007), sulla nuova legge antitrust indiana; Fingleton (1996), per l'esperienza degli Stati dell'Europa dell'est; Coate – Bustamante – Rodriguez (1992), per le vicende dei paesi dell'America Latina; Kovacic (1995), pp. 1197 ss, con specifico riferimento agli ordinamenti di Mongolia, Nepal, Ucraina e Zimbabwe; Kovacic (1996), pp. 437 ss.

¹⁸² V. *supra* § 3.2.

¹⁸³ Fox (1997), p. 351 ss., che sottolinea le pressioni compiute da UE e USA e sui governi dell'Europa dell'est, appena fuoriusciti dalla sfera di influenza sovietica, per adottare i propri rispettivi modelli di legislazione a tutela della concorrenza; Coate – Bustamante – Rodriguez (1992), pp. 56 ss., i quali

concorrenza può essere considerata come una delle opere di trapianto giuridico di modelli occidentali più vaste mai riuscite.¹⁸⁴

Al raggiungimento di questo risultato ha contribuito anche il lavoro di alcune organizzazioni internazionali, che si sono occupate di armonizzare il diritto della concorrenza dei paesi membri (UNCTAD, ICN, OCSE).¹⁸⁵ Sul piano legislativo, questo è avvenuto attraverso la predisposizione di modelli di testi di legge, che rispecchiano fedelmente gli schemi del diritto antitrust dei paesi sviluppati.¹⁸⁶ Sul piano operativo, il confronto costante in sede internazionale tra le istituzioni incaricate di dare attuazione alle norme sulla concorrenza nei propri rispettivi ordinamenti, consente l'elaborazione di una prassi omogenea, che, ancora una volta, necessariamente si conforma a quella dei paesi che sono in possesso un'esperienza applicativa più copiosa e sofisticata.¹⁸⁷

L'interrogativo che sorge spontaneo, a questo punto, è se modelli giuridici nati e sviluppatisi in paesi avanzati siano adeguati anche per ordinamenti con fondamenti giuridici, culturali ed economici profondamente diversi,¹⁸⁸ tanto più che non appare credibile oggi qualificare il diritto antitrust, al pari di qualsiasi altra normativa, come una disciplina neutra e "scientifica". Tutto il diritto è figlio della cultura in cui si è formato e le norme giuridiche spesso racchiudono una ben

ricordano che il medesimo tipo di intervento si è avuto nei confronti dei governi del Sud America, per condizionare il contenuto delle legislazioni antitrust in corso di formulazione in quei paesi.

¹⁸⁴ Haley (2001), p. 172.

¹⁸⁵ Gli interventi delle organizzazioni internazionali hanno natura non vincolante e il solo scopo di favorire una convergenza spontanea tra i vari ordinamenti. Diverso è, pertanto, il caso in cui l'introduzione di una legislazione a tutela della concorrenza è in un certo senso imposta dalla Banca Mondiale, come condizione per ricevere i finanziamenti necessari a fronteggiare situazioni di crisi economica; in merito al c.d. "*Washington consensus*" v. *supra* Cap. I, § 5.

¹⁸⁶ V. il modello di legge sulla concorrenza preparato dalla "*Conferenza delle Nazioni unite per il Commercio e lo Sviluppo*" (UNCTAD) ed aggiornato, da ultimo, nel 2012, consultabile su <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/The-Model-Law-on-Competition.aspx>; v. anche Fox – Crane (2010), pp. 492–505. Anche la "*Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico*" (OCSE) ha dettato alcuni principi comuni che dovrebbero ispirare la politica antitrust; v. OCSE (1998).

¹⁸⁷ L' "*International Competition Network*", fondato nel 2001, ha il compito di "*fornire alle autorità della concorrenza una sede specializzata sebbene informale in cui mantenere contatti regolari ed affrontare questioni applicative in merito al diritto della concorrenza. Ciò consente un dialogo dinamico che aiuta a costruire, attraverso tutta la comunità antitrust internazionale, un consenso ed una convergenza verso dei solidi principi di politica della concorrenza*". Anche l'OCSE, da par suo, a partire dal 1995, ha sostenuto un confronto costante tra i paesi membri in materia di concorrenza, organizzando delle tavole rotonde annuali ed emanando raccomandazioni e linea guida non vincolanti, ad esempio in materia di intese "*hard core*" (1998) o di controllo delle concentrazioni (2005); i testi in inglese di questi documenti sono reperibili su <http://www.oecd.org/daf/competition/>.

¹⁸⁸ Haley (2004), p. 277.

2. Origini della legge antimonopoli

specifica scelta valoriale, un bilanciamento di interessi implicito, che sarebbe insensato pensare di potere trapiantare acriticamente in un altro ordinamento.¹⁸⁹

4.2 Influenza delle esperienze giuridiche straniere

Occorre tenere presente che la posizione della Cina nello scacchiere mondiale e la sua forza economica le garantivano un'indipendenza ignota ad altri paesi in transizione, nel momento in cui si decise di avviare l'*iter* per l'approvazione di una legge antitrust. La Cina, infatti, non necessitava di alcun aiuto economico dall'estero e le pressioni dei governi e delle istituzioni straniere non avevano perciò grande potere di influenzare le decisioni in merito alla nuova legge.¹⁹⁰ L'adozione della legge antimonopoli fu, invece, determinata, prima di tutto, da preoccupazioni di ordine interno, non ultima quella di proteggere le imprese cinesi dall'aggressiva concorrenza delle multinazionali estere.¹⁹¹ I modelli giuridici stranieri costituivano, però, un riferimento obbligato per il legislatore cinese, visto che esso mancava di sufficiente competenza per affrontare la stesura di un provvedimento tanto complesso,¹⁹² e l'attenzione si soffermò sugli ordinamenti delle economie più avanzate.¹⁹³

Il primo e più grande bacino da cui attingere fu rappresentato dalla disciplina antitrust statunitense, fosse soltanto per la diffusa conoscenza dell'inglese tra gli operatori del diritto cinesi. La letteratura giuridica del paese nordamericano è di gran lunga la più vasta al mondo, così come il numero di casi che nel tempo hanno definito sin nel minimo dettaglio i contorni del diritto antitrust. Quest'ultimo costituiva, dunque, metro di comparazione ineludibile per qualsiasi altro sistema di concorrenza.¹⁹⁴ Il modello statunitense, tuttavia, non si prestava ad una facile esportazione per le particolarissime caratteristiche dell'ordinamento in cui esso si è evoluto.¹⁹⁵ Infatti, il *case-law* americano presuppone, per poter funzionare adeguatamente, una struttura giudiziaria forte, indipendente e con giudici altamente

¹⁸⁹ Tanase (2006), p. 879: “all laws, including imported Western laws and the de facto market-oriented “global laws” of today, are culture-laden and hence have the character of local knowledge”.

¹⁹⁰ R. Chen (2011).

¹⁹¹ Cfr. *supra* § 3.2.

¹⁹² Gerber (2010), p. 227.

¹⁹³ Wang (2008), la quale nota con favore come la Cina decise di prendere a paragone i modelli giuridici di paesi sviluppati con sistemi di antitrust “avanzati”.

¹⁹⁴ *Id.*, pp. 227–228.

¹⁹⁵ Gerber (2004), pp. 315 ss.

specializzati e pratici nel maneggiare gli strumenti dell'economia, caratteristiche che generalmente mancano agli organi giudicanti dei paesi in via di transizione e tra i quali la Cina non fa eccezione.¹⁹⁶ In aggiunta, non sarebbe stato accettabile, perché in netto contrasto con i principi di una “*socialist market economy*”, recepire un modello noto per incentrare interamente la sua analisi sull'efficienza economica.¹⁹⁷

Ebbero, invece, una discreta influenza nell'ispirare la legge antimonopoli le esperienze di altri paesi asiatici, Giappone e Corea del Sud su tutti, il cui sistema giuridico era sentito più prossimo a quello cinese. L'ordinamento giapponese in particolare era ben conosciuto dagli studiosi cinesi e possedeva il duplice vantaggio di avere alle spalle un'applicazione già ultracinquantennale della norme sulla concorrenza, oltre ad essere stato il tramite storico attraverso il quale gli istituti giuridici occidentali avevano fatto ingresso in Cina,¹⁹⁸ dopo avere subito un adattamento alle specifiche esigenze del paese del Sol Levante.¹⁹⁹

4.3 La preferenza per il modello europeo

Malgrado le diverse contaminazioni, il modello giuridico dominante fu quello europeo, intendendo così riferirci sia al diritto antitrust comunitario sia alla legge tedesca sulla concorrenza.²⁰⁰ Quest'ultima, malgrado i maggiori ostacoli dati dalla lingua di cognizione, possedeva un livello di analiticità molto più elevato rispetto alle parallele previsioni dei Trattati²⁰¹ e pertanto si prestava bene all'esigenza di redigere un testo normativo sufficientemente dettagliato e idoneo ad un'immediata applicazione.

Il modello europeo aveva il vantaggio di essere più adatto alle caratteristiche del sistema della Cina Popolare, la quale, è bene ricordarlo, condivide con gli ordinamenti dell'Europa continentale la comune appartenenza alla famiglia di *civil law*. A differenza del suo omologo americano, il diritto della concorrenza europea non nacque per rispondere ad un problema di crescente monopolizzazione del mercato interno, che, al contrario, in Europa rimaneva assai frammentato,

¹⁹⁶ Cramer (2008), p. 2.

¹⁹⁷ Jung – Q. Hao (2003), p. 23.

¹⁹⁸ V. *supra* Cap., I § 1.

¹⁹⁹ Gerber (2010), pp. 229–230.

²⁰⁰ *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (“GWB”), del 27 luglio 1957, da ultimo modificata il 26 giugno 2013; il testo è consultabile, in tedesco, su <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gwb/gesamt.pdf>.

²⁰¹ V. Gerber (2010), pp. 228–29.

2. Origini della legge antimonopoli

sussistendo invero una contraria esigenza di proteggere le piccole e medie imprese europee dalle incursioni dei colossi americani, un'urgenza per molti aspetti simile a quella che si riscontra oggi in Cina.²⁰² Inoltre, in maniera analoga alla situazione che si riscontra nel paese asiatico, il sistema della concorrenza europea si è sviluppato al fianco di una presenza relativamente forte dello Stato nell'economia e ha dimostrato di prestare maggiore fiducia all'applicazione amministrativa delle norme antitrust rispetto che ai meccanismi di *private enforcement*.²⁰³

Numerose ed evidenti sono le tracce lasciate dal modello europeo, sia nella struttura che nel linguaggio della legge antimonopoli.

Il Capo secondo della legge (accordi di monopolio) rispecchia la struttura del divieto di intese di cui all'articolo 101 TFUE, con una definizione ed una tipizzazione delle pratiche collusive vietate (articoli 13 e 14), le quali, seppure illecite, possono essere esentate quando ricorrono le condizioni stabilite dalla legge (articolo 15). Non è previsto, inoltre, alcun procedimento di notifica preventiva delle intese, in conformità al sistema di eccezione legale introdotto dal Reg. (CE) n. 1/2003, del 16 dicembre 2002.

La legge antimonopoli conferma una scelta che era già stata anticipata dalle "*Disposizioni provvisorie*" del 2003 in relazione alle pratiche unilaterali vietate dall'articolo 14 della legge sui prezzi²⁰⁴ e fa propria la categoria dell'abuso di posizione dominante di origine comunitaria (articolo 17). Sul modello della legge tedesca,²⁰⁵ vengono stabilite le quote di mercato alla presenza delle quali scatta una presunzione relativa di dominanza, che spetta all'impresa sospettata ribaltare (articolo 19). Il legislatore cinese ha inoltre trovato conforto nel diritto antitrust europeo²⁰⁶ per ribadire il divieto, già presente nel proprio ordinamento, di sfruttamento della propria posizione dominante al fine dei ottenere profitti eccessivi.²⁰⁷ Manca, invece, la possibilità per le autorità antitrust di ordinare lo scorporo della società quale sanzione per l'accerta violazione delle norme sulla concorrenza, come invece ammesso dal

²⁰² Korah (2007), pp. 10–11.

²⁰³ Cox – Moody – Johnston (2009), pp. 22–23.

²⁰⁴ V. *supra* § 2.3.

²⁰⁵ § 18, nn. (4)–(6) GWB.

²⁰⁶ Art. 102, lett. a), TFUE.

²⁰⁷ Art. 17, n. (1), legge antimonopoli; cfr. art. 14, n. (7), legge sui prezzi, *supra* § 2.2.

Reg. (CE) n. 1/2003²⁰⁸ e per le ipotesi di cui al § 2 dello *Sherman Act*.²⁰⁹

Per quanto riguarda il controllo delle concentrazioni, l'art. 28 della legge antimonopoli rifiuta di ancorare il giudizio di restrittività alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante,²¹⁰ incentrandolo interamente sull'esame degli effetti prodotti dalla concentrazione in termini di riduzione della concorrenza sul mercato, allineandosi così ai più recenti *test* adottati da UE ed USA.²¹¹ Diversamente da questi ultimi, tuttavia, essa non richiede che l'effetto restrittivo raggiunga una determinata soglia di rilevanza (che sia cioè “*significant*” o “*substantial*”, per usare i termini del legislatore europeo e statunitense), essendo sufficiente che la concentrazione “*abbia o possa avere l'effetto di restringere o eliminare la concorrenza*” (articolo 28).²¹² Sconosciuta al diritto europeo è, invece, la previsione di un procedimento di controllo della compatibilità della concentrazioni con la sicurezza nazionale.²¹³ Nell'ordinamento UE eventuali interessi pubblici sottostanti l'operazione di concentrazione devono di regola essere valutati all'interno dell'unico procedimento che si svolge davanti la Commissione europea, ai sensi del

²⁰⁸ L'art. 7 del Regolamento consente alla Commissione, nel caso di violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, di associare alla sanzione pecuniaria dei rimedi comportamentali e strutturali, sebbene questi ultimi possano essere imposti “*solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale*”. Si tratta di una disposizione innovativa, non presente nel precedente Reg. (CEE) 17/62. Ciò nonostante la Commissione non ha mai fatto uso di questo potere, almeno sotto forma di imposizione unilaterale, preferendo piuttosto concordare con le imprese soggette ad investigazione piani di disinvestimento delle loro partecipazioni industriali ex art. 9 Reg. (CE) 1/2003; si veda, ad esempio, la decisione nel caso COMP/39.388, *E.ON* (2008); testo consultabile su http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39388/39388_2796_3.pdf; v. Hellström – Maier–Rigaud – Wenzel Bust (2009).

²⁰⁹ Cfr. *Standard Oil Co. vs. U.S.*, 221 U.S. 1 (1911); *MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel.*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983). Anche in *U. S. vs. Microsoft Corp.*, n. 98–1232 (TPJ), il giudice di primo grado optò per lo scorporo di *Microsoft* in due società che avrebbero dovuto rispettivamente operare nel mercato dei S.O. e di quello dei *software*; la decisione fu poi annullata dalla Corte di Appello e la causa infine risolta con la firma di un accordo che escludeva lo smembramento della compagnia. Il rimedio della *divestiture* è stato comunque spesso ritenuto inefficiente, visti gli altissimi costi d'esecuzione che esso comporta, e per questo poco utilizzato dalle autorità antitrust; v. Weber Waller (2008), pp. 6–9 e 18–22, e O'Connor (1976), pp. 687 ss.

²¹⁰ Cfr. Reg. (CEE) n. 4064/89 del 21 dicembre 1989, art. 2; v. Levy (2003).

²¹¹ Si fa riferimento al così detto *test* SIEC (“*Significant Impediment to Effective Competition*”), introdotto dal Reg. (CE) n. 139/2004 del 20 gennaio 2004, che ha sostituito il precedente Reg. (CEE) 4064/1989, ed al *test* SLC (“*Substantial Lessening of Competition*”), introdotto nel 1976 dall'*Hart – Scott – Rodino Act*, che ha emendato il *Clayton Act* del 1914, 15 U.S.C. § 18.

²¹² Art. 28 legge antimonopoli.

²¹³ Per una disciplina intermedia, in base alla quale le imprese alle quali è stata vietata la concentrazione possono rivolgersi al governo per ottenere un'autorizzazione in deroga per ragioni di pubblico interesse, v. § 42 GWB.

2. Origini della legge antimonopoli

Reg. (CE) 139/2004;²¹⁴ in Cina, invece, analogamente a quanto previsto negli Stati Uniti,²¹⁵ l'esame delle conseguenze della concentrazione sulla sicurezza nazionale segue una procedura separata che può anche ribaltare l'esito cui si è giunti al termine del procedimento di valutazione *ex* articolo 28.²¹⁶

Se è vero che il modello giuridico europeo è più semplice da trapiantare in un sistema straniero, una ragione, su tutte, rendeva il diritto antitrust comunitario particolarmente attraente agli occhi del riformatore cinese. Quando fu firmato il Trattato di Roma e per molti anni a venire, costituì obiettivo principale della Comunità, prima ancora della protezione del mercato, la “creazione” di un mercato comune, al fine di scongiurare il rischio che le imprese o gli Stati, con i loro comportamenti, contribuissero a restaurare quelle barriere lungo i confini nazionali che le istituzioni comunitarie erano impegnate ad abbattere.²¹⁷ Si affermò, così, un'applicazione delle norme del Trattato orientata a coniugare le finalità di tutela della concorrenza con i principi di libera circolazione.²¹⁸ Allo stesso modo, in Cina la principale fonte di distorsioni sul mercato è rappresentata dall'azione degli organi pubblici nell'economia, la quale tende a favorire certe imprese su altre ed a segmentare il gigantesco territorio cinese in tanti piccoli mercati locali segregati tra loro. L'inserzione nella legge antimonopoli di un Capo, il quinto, concernete l'abuso dei poteri amministrativi, era dunque indispensabile per consentire alla nuova normativa di rispondere in maniera adeguata agli specifici problemi del sistema cinese. Può essere discutibile che la formulazione attuale delle disposizioni in questioni sia effettivamente in grado di contrastare i comportamenti abusivi degli organi amministrativi,²¹⁹ ma è certo che già adesso l'esperienza europea di costruzione di un mercato comune costituisce un'eccezionale fonte di ispirazione per

²¹⁴ Art. 21, par. 4, Reg. (CE) 139/2004; cfr. *infra* Cap. VI, § 5.4.

²¹⁵ Nel 1988 fu attribuito il potere al Presidente degli Stati Uniti di bloccare le concentrazioni che minacciavano la sicurezza del paese, qualora non vi fossero altri modi per tutelare la sicurezza nazionale. L'ambito di applicazione del controllo di sicurezza nazionale è stato grandemente esteso nel 2007 con il “*Foreign Investment and National Security Act*”; v. Goldstein (2011), pp. 221–227; v. *amplius infra* Cap. VI, § 81.

²¹⁶ Cfr. art. 31; *infra* Cap. V, § 8.2.

²¹⁷ Cfr. artt. 28, 45, 49, 56 e 63 TFUE.

²¹⁸ Cfr. caso *Consten e Grunding – Verkaufs GmbH c. Commissione*, Corte Europea di Giustizia cause riunite 56 e 58/64, del 13 luglio 1966.

²¹⁹ V. *infra* Cap. VII, § 2.1.

le autorità chiamate a dare concreta attuazione alle disposizioni della nuova legge.²²⁰

5.– Una via cinese al diritto della concorrenza?

5.1 Consonanze e dissonanze della legge antimonopolistica cinese

La consapevolezza che ogni trapianto comporta anche una necessaria opera di adattamento trova una tangibile conferma nel caso della Cina. La Repubblica Popolare è sempre stata particolarmente gelosa della propria millenaria tradizione, mai del tutto rinnegata neppure durante gli anni più oscuri della Rivoluzione Culturale, e sempre alla ricerca di un equilibrio tra modernizzazione e conservazione (“*Ti-Yong*”).²²¹ Oggi la Cina è strenua sostenitrice dell'idea che si possa costruire un'economia di mercato che non rinneghi i principi dell'ideologia socialista ed in cui allo Stato ed ai suoi interessi sia riservato un ruolo primario e prevalente rispetto all'esigenza di garantire l'efficienza economica. Quindi, se, da un lato, l'adozione della legge antimonopoli può inserirsi in quel processo di armonizzazione che ha visto la quasi totalità dei paesi in via di sviluppo dotarsi di una legislazione antitrust, dall'altro, è certo che l'attuazione della legge nell'ordinamento cinese seguirà strade in parte sconosciute e tali da rendere il diritto della concorrenza cinese meritevole di speciale attenzione nei prossimi anni.

La struttura ed il linguaggio della legge antimonopoli sono conformi ai modelli giuridici dominanti nel diritto della concorrenza, così come si rifanno agli schemi adottati dalle autorità antitrust dei paesi occidentali le più recenti decisioni con cui si è data esecuzione alle nuove disposizioni. Dietro le fattezze di una normativa che pare allinearsi a quelli che sono gli *standard* internazionali in materia di concorrenza, si nasconde, tuttavia, un complesso intreccio di interessi, connessi alla distinta situazione economica e politica cinese, che determinano inedite manifestazioni applicative.²²²

La legislazione antitrust si deve adeguare alle esigenze di un paese in via di

²²⁰ La legislazione antitrust statunitense non prende mai direttamente in considerazione i problemi che possono sorgere dalle restrizioni al commercio imposte dagli ordinamenti dei singoli Stati federati. La ragione è che tali questioni sono affrontate esclusivamente nell'ottica della violazione della *Commerce Clause*, di cui all'art. 1 della Costituzione, che attribuisce allo Stato Federale la competenza a regolare il commercio tra Stati e vieta, dunque, implicitamente, l'imposizione di indebite restrizioni agli scambi da parte del potere statale; v. Coenen (2004).

²²¹ Cfr. Cap. I, § 1.

²²² Cfr. Gerber (2010), p. 235.

2. Origini della legge antimonopoli

sviluppo ed alcune delle sue previsioni si distanziano coscientemente dal paradigma affermatosi a livello internazionale. La differenza più eclatante è il costante riferimento all'interesse pubblico quale limite imposto alle regole della concorrenza, che si può porre in diretta relazione con la volontà di armonizzare le norme antitrust con i principi di una “*socialist market economy*”.²²³ Per il ruolo concessole all'interno della legge antimonopolistica, l'eccezione relativa all'interesse pubblico può sollevare seri dilemmi nel concreto operare della normativa.²²⁴

In merito alle pratiche restrittive della concorrenza, larga parte delle esenzioni alla disciplina delle intese risponde ad esigenze estranee all'obiettivo del miglioramento dell'offerta sul mercato (favorire le piccole e medie imprese, fare fronte a situazione di crisi economica e realizzare interessi pubblici diversi),²²⁵ mentre la speciale disciplina prevista dall'articolo 7 permette un trattamento più favorevole dei comportamenti abusivi quando questi sono posti in essere dalle imprese statali. Nella disciplina delle concentrazioni, a sua volta, è fatta oggetto di specifica valutazione l'influenza dell'operazione sullo sviluppo del paese²²⁶ e, inoltre, l'accertata rispondenza di quest'ultima all'interesse pubblico consente di giungere all'approvazione di concentrazioni che sarebbero altrimenti vietate.²²⁷ Il proposito, non tanto celato, è quello di favorire il rafforzamento delle imprese cinesi e la creazione di “campioni nazionali” capaci di competere con le società straniere, in conformità ad un piano prefissosi da ogni paese in via di sviluppo che decida di aprirsi al mercato globale, ma che la Cina, più di altri, si trova nella condizione di poter realizzare con successo.²²⁸

Diversi dubbi sono stati sollevati da più parti sulla effettiva capacità delle regole della concorrenza di imporsi all'interno dell'ordinamento cinese e di apportare sensibili miglioramenti sul mercato²²⁹ né mancano, nel contesto normativo e politico, circostanze che gettano ombra sul futuro della legge antimonopoli.

A lasciare incerto il giudizio dell'interprete sulla riforma del 2007 è

²²³ Cfr. art. 4.

²²⁴ Bush (2013b).

²²⁵ Cfr. art. 15, nn. (3), (4) e (5).

²²⁶ Cfr. art. 27, n. (5).

²²⁷ Cfr. art. 28.

²²⁸ Emch – Q. Hao (2007), p. 18.

²²⁹ Berry (2005), p. 130; Owen – Sun – W. Zheng (2005), p. 133; ma v. anche Wang (2008), p. 133–134, che ammette la probabilità che la legge antimonopoli incontri non pochi problemi nelle prime fasi della sua attuazione; cfr. *supra* § 3.1.

soprattutto la formulazione assai generica di molte delle disposizioni della legge antimonopoli²³⁰, nella quale rimangono irrisolti alcuni nodi fondamentali (la sottoposizione delle imprese statali alle norme sulla concorrenza, la rilevanza delle quote di mercato ai fini di un giudizio di illiceità degli accordi monopolistici, il rapporto tra diritto della concorrenza e diritti di proprietà intellettuale, etc.).²³¹ Si potrebbe rispondere che l'elevato tecnicismo delle regole della concorrenza rende impossibile in qualsiasi ordinamento inserire previsioni sufficientemente dettagliate all'interno di un testo legislativo e suggerisce, invece, l'emanazione di regolamentazioni amministrative da parte delle autorità competenti, le quali hanno anche il vantaggio di essere più semplici da modificare rispetto ad una legge.

La vera anomalia del diritto della concorrenza cinese, tuttavia, è che ad essere affidata alla discrezionalità delle autorità antitrust non è soltanto l'individuazione di regole tecniche e procedurali, ma la ben più delicata opera di bilanciamento degli interessi contrapposti che trovano enunciazione nella legge.²³² Si tratta di un potere discrezionale vastissimo, ingigantito dalla scarsa trasparenza del procedimento e dagli innegabili rischi di politicizzazione della decisione, scaturenti dalla subordinazione delle autorità agli organi di governo. A ciò si deve aggiungere la spinta nel senso di un'applicazione propagandistica e poco rigorosa delle disposizioni di legge, provocata da una concezione politica che vede tra i compiti dello Stato quello di impegnarsi per garantire una giustizia sostanziale che venga incontro ai bisogni del popolo, rifuggendo da eccessivi formalismi.²³³ Per l'uno e l'altro motivo è spesso assai difficile capire che ruolo abbiano avuto considerazioni economiche e opportunità politiche nell'emanazione di un provvedimento e se una decisione dal contenuto insolito sia il frutto di una *competition policy* autonomamente elaborata dall'autorità antitrust o se sia stata dettata esclusivamente dalle contingenze politiche relative al caso concreto.²³⁴

²³⁰ Elemento che è comune alla gran parte della legislazione cinese; v. Lubman (2006), pp. 33–39.

²³¹ Bush (2013b).

²³² Cfr. Gerber (2010), pp. 233–234, che puntualizza come una così ampia delega di poteri nell'ordinamento cinese si spiega con l'unità dell'orientamento politico che unisce le varie istituzioni della Repubblica, per cui, nella sostanza, sarà sempre il PCC, che ha voluto ed approvato la legge antimonopoli, a controllarne l'attuazione.

²³³ Tanase (2006), p. 890.

²³⁴ Bush (2013b).

5.2 Prospettive di evoluzione futura

Cosa ci si può aspettare, dunque, dal diritto della concorrenza in Cina? Il contesto economico, i precedenti normativi e le tortuose vicende del procedimento legislativo lasciano pensare che il percorso di radicamento della nuova normativa non sarà né semplice né rapido, ma per questo non deve essere sottovalutata l'importanza dell'innovazione introdotta con l'approvazione della legge antimonopoli.

È indubitabile che la Cina avesse bisogno di una legge sulla concorrenza, che le massicce iniezioni di liquidità da parte dello Stato non possano protrarsi all'infinito e che sia necessario stabilire un meccanismo di regolazione del mercato meno costoso e più efficiente, liberando maggiori spazi per una concorrenza libera e non falsata tra le imprese. La legge del 2007 ha gettato un seme nell'ordinamento che darà i suoi frutti se sostenuto dalla diffusione di una cultura della concorrenza tra la classe dirigente.²³⁵ Intanto, una timida applicazione delle nuove norme fa già capolino, costringendo a smentire le previsioni più pessimistiche dei primi commenti alla nuova legge, in quanto è sempre dalle disposizioni attuative e dalle esperienze applicative e non dall'astratta formulazione normativa che devono essere misurate le reali differenze tra gli ordinamenti.

²³⁵ W. Zheng (2010), p. 721: *“The AML has at least forced China’s policymakers to ponder, perhaps for the first time, over questions about competition in a systematic manner”*.

CAPITOLO TERZO

Principi e concetti fondamentali

Un'analisi dettagliata delle previsioni della legge antimonopoli non può che prendere avvio da quel nutrito gruppo di disposizioni di principio che precedono la disciplina dei singoli istituti. In esse emergono, con singolare chiarezza, le confliggenti anime che hanno ispirato la legge ed agitato il dibattito che ne ha preceduto l'emanazione. Principi all'apparenza inconciliabili si trovano a convivere financo nella medesima disposizione legislativa, affidando all'interprete l'arduo compito di trovare la giusta sintesi tra di essi e lasciando inquieti gli investitori occidentali circa gli esiti applicativi della nuova normativa, sospesa in equilibrio tra la tutela della libera concorrenza e la tentazione di un ripiegamento verso scelte schiettamente protezionistiche.

1.– Obiettivi della legge antimonopoli

La legge antimonopoli non fa mistero della doppiezza di intenti che l'ha generata e affianca, nell'elencazione delle sue finalità, la lotta alle pratiche monopolistiche, la tutela della leale concorrenza sul mercato, l'accrescimento dell'efficienza economica, la salvaguardia degli interessi dei consumatori e dell'interesse pubblico e la promozione di un sano sviluppo dell'economia socialista di mercato.¹ Poco più avanti la legge prosegue, affermando che ad orientarne l'attuazione deve essere, inoltre, il rispetto dei principi dell'economia socialista di mercato, lo sviluppo macroeconomico ed il rafforzamento di un mercato unito, aperto, competitivo ed ordinato.²

Forse nulla rappresenta in maniera tanto plastica l'ambiguità di un sistema economico in transizione dallo "Stato" al "mercato" quanto le suddette disposizioni, le quali, nello stesso momento in cui professano la fiducia nei meccanismi di

¹ Art. 1 legge antimonopoli.

² Art. 4 legge antimonopoli.

mercato, affermano l'esigenza di limitarlo per il raggiungimento di fini diversi. In dottrina è stata autorevolmente sostenuta l'idea che l'articolo 1 della legge stabilisca, nel proprio ordine di elencazione, un'implicita gerarchia tra obiettivi economici, che costituirebbero lo scopo-mezzo della disciplina della concorrenza, ed obiettivi extra-economici, che ne rappresenterebbero, invece, lo scopo-fine.³ Dalla formulazione letterale delle disposizioni non sembra possibile, tuttavia, ricavare alcuna indicazione nel senso appena riferito; il legislatore non ha voluto, o non è riuscito, ad esplicitare in maniera sufficientemente definita ed univoca gli obiettivi che intende perseguire, delegando alle autorità incaricate di applicare la nuova legge il compito di trovare il bilanciamento più adeguato al caso concreto. La tendenza ad interpretare la legge in maniera alquanto letterale e la mancanza di una guida chiara all'opera applicativa affidata agli organi amministrativi ed al giudice possono facilmente condurre ad un'acritica preferenza per gli obiettivi di politica industriale a scapito delle ragioni del mercato.⁴ In un paese scosso da opposte tensioni, da una disordinata struttura amministrativa che vede sovrapporsi le competenze tra le varie autorità di settore ed in cui gli organi periferici spesso agiscono in palese contrasto con gli ordini del governo centrale, la legge antimonopoli viene in sostanza lasciata in balia dei contingenti equilibri che si vengono a creare nella soluzione del caso concreto e che sono destinati a mutare in ragione delle imprese, dei settori e dei territori coinvolti dalla decisione amministrativa.⁵

Il dibattito su quali siano gli obiettivi che una legge antitrust debba perseguire è aperto e lontana dal giungere ad una composizione.⁶ Le caratteristiche del sistema cinese e la sua condizione di economia in piena transizione obbligavano ad un approccio più complesso al diritto della concorrenza, che tenesse conto degli specifici problemi connessi al ruolo dell'impresa pubblica ed ai comportamenti degli organi di governo sul mercato,⁷ i quali sono guidati nel loro agire da obiettivi diversi rispetto a quelli degli imprenditori privati. Quel che è certo è che la mancanza di un consenso intorno ai principi informatori della materia e la conseguente vaghezza

³ X. Wang (2009), p. 584.

⁴ X. Wang (2008a), p. 4.

⁵ V. Bush (2009), pp. 111 e 112, "*Infusing the uncertainties of the Chinese political process into case by case antitrust enforcement compromises the predictability and transparency of the entire system*".

⁶ Cfr. Zimmer (2012); OCSE (2003a).

⁷ V. Mehra – Meng (2009), p. 405.

3. Principi e concetti fondamentali

della loro formulazione pregiudica la certezza nell'applicazione della legge e la forza con cui essa potrà incidere sull'ordinamento,⁸ diluendone l'efficacia in una pluralità di scopi che sarebbero stati più coerentemente perseguiti, se fatti oggetto di specifici provvedimenti legislativi, anziché essere disordinatamente sovrapposti all'interno della disciplina della concorrenza.⁹

Ad intricare il quadro, si aggiunge l'indeterminatezza dei termini utilizzati dal legislatore, i quali non trovano espressa definizione né nella legge antimonopoli né altrove nell'ordinamento.¹⁰ Su tutti, è in particolare il concetto di "interesse pubblico" (*"she hui gong gong li yi"*) che per sua natura sfugge ad una precisa tipizzazione.¹¹ L'interesse pubblico si pone tradizionalmente quale limite ai diritti individuali ed alle libertà economiche riconosciute dalla legge¹² ed in esso si vuole riassumere quel coacervo di bisogni ritenuti irrinunciabili dallo Stato, di fronte ai quali le esigenze di efficienza allocativa passano in secondo piano. In materia di accordi monopolistici, troviamo un timido tentativo del legislatore di dare concretezza a questa nozione, riconducendo ad essa la protezione dell'ambiente, il risparmio energetico ed il sostegno alle vittime di calamità, ma si tratta di un'elencazione puramente esemplificativa.¹³ La definizione di interesse pubblico non può che rimanere vaga per adattarsi alle diverse epoche storiche ed alle mutevoli priorità politiche dello Stato e proprio la latitudine con cui viene interpretata questa clausola generale è sintomo della natura più o meno autoritaria della forma di governo di un paese, cartina di tornasole del peso attribuito agli interessi privati in confronto con quelli dello Stato. Considerata la struttura non democratica della RPC è dunque possibile che il riferimento all'interesse pubblico venga interpretato in maniera abbastanza disinibita, ogni qual volta l'applicazione delle norme sulla concorrenza possa risultare politicamente non gradita e ciò, ovviamente, a tutto vantaggio delle imprese cinesi e soprattutto delle grandi società di proprietà dello Stato.¹⁴

⁸ OCSE – Banca Mondiale (1999), pp. 4–5.

⁹ IBA (2005).

¹⁰ Di Federico (2009), p. 251.

¹¹ Y. Xiao – Huo (2005), pp. 653 ss.

¹² Wang (2009), pp. 584–585, la quale menziona l'art. 13 della Costituzione cinese che prevede che la proprietà privata possa essere requisita o espropriata per ragioni di interesse pubblico.

¹³ Art. 15, n. (4), legge antimonopoli.

¹⁴ Wang (2009), p. 585.

Accanto all'interesse pubblico, l'articolo 1 afferma di voler proteggere l'interesse ("li yi") e non, si badi, il benessere ("fu li"), dei consumatori. L'espressione non è causale ed implica una netta presa di distanza dalla visione che è venuta imponendosi negli ordinamenti occidentali e condensatasi nel brocardo per cui l'antitrust tutela la concorrenza e non i concorrenti.¹⁵ A completamento di questo generale principio il diritto statunitense¹⁶ e, a seguire, quello europeo¹⁷ hanno affermato che lo scopo della tutela della concorrenza è la realizzazione del benessere del consumatore, inteso, ancora una volta, come protezione non degli interessi economici dei singoli, bensì della struttura concorrenziale del mercato.¹⁸ In concreto, però, è assai difficile sostenere, soprattutto sul piano politico, che una condotta d'impresa che danneggia una platea molto vasta di consumatori sia, nel caso di specie, complessivamente efficiente e, di conseguenza, non vada sanzionata dalle norme antitrust. Il legislatore ha probabilmente preso atto di ciò e ha voluto lasciare intendere che l'ordinamento cinese riconoscerà un peso rilevante agli effetti che la pratica restrittiva produrrà sui consumatori. Se anche questo non implica che le autorità antitrust impiegheranno i loro poteri per combattere situazioni di semplice dipendenza economica o di sfruttamento della posizione di debolezza dei consumatori, certamente è da attendersi un atteggiamento molto più rigido nella valutazione delle efficienze scaturenti da pratiche commerciali che nell'immediato si rivelano significativamente lesive degli interessi dei consumatori. In altre parole l'inciso in esame manda un segnale alle imprese, avvertendole che, ove una condotta metta a repentaglio gli interessi di una collettività di consumatori, gli effetti positivi discendenti dalla stessa dovranno essere particolarmente sostanziosi oltre che altamente probabili.

Meno problematico è l'inserimento tra gli obiettivi della legge antimonopoli

¹⁵ La regola aurea del diritto antitrust statunitense è stata pronunciata in *Brown Shoe Co. vs. United States*, 370 U.S. 294, 344 (1962); v. anche Bork – Bowman (1963), p. 138, che scorgevano nella tensione tra la protezione della concorrenza e la protezione delle imprese dai loro concorrenti più potenti ed efficienti, la "crisi" dell'antitrust statunitense del dopoguerra. In tal senso va accolto positivamente lo stralcio nel corso del procedimento di approvazione della legge antitrust del riferimento alla "protezione delle imprese"; v. Wang (2009), p. 585.

¹⁶ Cfr. *Arizona vs. Maricopa County Med. Society*, 457 U.S. 332, 367 (1982); *Reiter vs. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 343 (1979).

¹⁷ Cfr. *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione*, Corte Europea di Giustizia, cause riunite 501, 513, 515 e 519/06

¹⁸ Per un confronto sul punto tra l'ordinamento statunitense e quello europeo v. Blair – Sokol (2013), pp. 2504–2517; per una critica al concetto di *consumer welfare* v. Orbach (2010) e Rosch (2007).

3. Principi e concetti fondamentali

al “*sano sviluppo di un’economia socialista di mercato*”, essendo questa una sorta di formula di rito che si rintraccia in apertura di quasi tutte le leggi emanate in ambito economico. È singolare, invece, ritrovare questo richiamo all’economia socialista insieme con il riferimento ad un mercato “ordinato” (“*youxu*”) in un’altra norma del Capo dedicato ai principi e precisamente all’articolo 4 della legge. In questa collocazione, il vincolo per l’autorità amministrativa e giudiziaria di dare attuazione alla legge in modo coerente con i postulati del peculiare sistema economico cinese può avere una forza normativa inusitata, costituendo un ulteriore limite ad un’incondizionata applicazione delle regole della concorrenza.¹⁹ È evidente, infatti, come il mercato “ordinato” avuto in mente dal legislatore sia inconciliabile con quella concorrenza “spietata” ed “eccessiva” che, agli occhi dell’osservatore cinese, affligge molti dei settori liberalizzati²⁰ e richieda, invece, una qualche forma di eteroregolamentazione imposta dall’alto o concertata tra le imprese.²¹ L’assurdo che ne deriva, quindi, è che l’articolo 4 della legge antitrust sostiene lo sviluppo di un mercato “aperto” e “concorrenziale” ed al contempo legittima il suo esatto opposto, reclamando un intervento esterno che si sostituisca alle forze di mercato.

Dall’esame dei primi articoli della legge si ricava, che le autorità cinesi dispongono di uno strumento potenzialmente efficacissimo per promuovere la concorrenza e l’efficienza dei mercati. Se correttamente indirizzata, l’interpretazione delle norme di principio potrà consentire di estendere la portata dei divieti antitrust a condotte non espressamente tipizzate nella legge e nei regolamenti di attuazione, garantendo flessibilità e freschezza nel tempo al diritto della concorrenza cinese.²² Al contrario, sono numerosi gli spazi per dare alla legge un’inclinazione protezionistica e demagogica.²³ La direzione che assumerà il diritto della concorrenza cinese potrà, quindi, essere apprezzata soltanto con l’osservazione della concreta applicazione delle norme, la quale sta già esorcizzando molte delle paure inizialmente diffuse, come si vedrà nel corso della trattazione. L’uniformazione ad uno specifico modello di diritto antitrust è illusoria e neppure sperabile, visto che l’approccio alla

¹⁹ Harris (2006), p. 185.

²⁰ V. *supra* Cap. II, § 1.2.

²¹ Healey (2010), pp. 24–25.

²² Il pensiero corre automaticamente a quanto avvenuto nell’interpretazione dell’art. 2 della legge contro la concorrenza sleale; v. *supra* Cap. II, § 2.1.

²³ Bush (2009), p. 88.

concorrenza dovrà conformarsi alle irripetibili caratteristiche dell'ambiente economico e normativo cinese; l'auspicio è, piuttosto, che le autorità antitrust possano conquistarsi uno spazio di sufficiente indipendenza, così da poter costruire un sistema della concorrenza che sia guidato dal perseguimento di principi ed obiettivi propri e non sottomesso ai contingenti *desiderata* della politica.

2.– Ambito di applicazione

2.1 Extraterritorialità

Tenuto conto della particolare diffusività delle conseguenze negative derivanti dalle pratiche anticoncorrenziali e della capacità delle grandi società multinazionali di influire, con i loro comportamenti, su una pluralità di mercati a livello globale, un principio di stretta territorialità, che vincolasse la punibilità della condotta alla sua commissione all'interno dei confini dello Stato, doveva apparire eccessivamente riduttivo per il governo cinese. In forza dell'articolo 2 della legge, pertanto, le disposizioni sulla concorrenza si applicano in tutta la Cina continentale²⁴ ed anche a quelle “*condotte monopolistiche al di fuori del territorio della Repubblica Popolare Cinese che hanno l'effetto di eliminare o restringere la concorrenza sul mercato interno*”.²⁵

Il testo riprende l'analoga previsione contenuta nella GWB tedesca²⁶ ed ha ben noti precedenti nell'atteggiamento delle autorità europee e statunitensi di riservarsi un potere di intervento sulle pratiche anticompetitive poste in essere da società straniere al di fuori dei confini dell'ordinamento, per contrastare le inevitabili ripercussioni che queste condotte producono sul mercato interno.²⁷ Tale prassi non è

²⁴ La legge antimonopolistica non si applica ai territori di Hong Kong e Macao, le cui leggi fondamentali limitano la competenza legislativa del governo centrale. Hong Kong, in particolare, ha di recente adottato una propria legge antitrust, entrata in vigore il 21 giugno 2012; v. M. Wang (2012).

²⁵ Diverso, seppure connesso, è il problema della disciplina di quegli accordi conclusi sul territorio nazionale, ma finalizzati a regolare il commercio verso l'estero (c.d. “cartelli d'esportazione”). Di essi si dirà in sede di esame dell'apposita disposizione in materia di accordi monopolistici (cfr. art. 15, n. (6) legge antimonopoli), *infra* Cap. IV, § 4.6.

²⁶ Art. 130 (2) GWB.

²⁷ In Europa cfr. i casi T-201/04, *Microsoft Corp. c. Commissione* (rifiuto a contrarre di una società con sede legale negli Stati Uniti); T-210/01, *General Electric Company c. Commissione* (concentrazione tra due società statunitensi); T-102/1996, *Gencor Ltd. c. Commissione* (concentrazione tra una società sudafricana ed una inglese); cause riunite C-89, 104, 114, 116, 117, 125, 129/85, *Ahlström Osakeyhtiö e altri c. Commissione* (“*Pasta di legno*”), (pratica concordata tra imprese finlandesi). Negli Stati Uniti cfr. *Hartford Fire Insurance Co. vs. California*, 509 U.S. 764

3. Principi e concetti fondamentali

esente da critiche perché, se non altro, genera incertezza tra le imprese e costringe le medesime ad adattare le proprie condotte a più modelli di diritto antitrust, le cui disposizioni potrebbero anche essere inconciliabili tra loro o comunque mal adattarsi al sistema economico in cui la pratica è destinata a realizzarsi in misura prevalente.²⁸

Gli ordinamenti in questione, consci dei problemi connessi ad un'applicazione universale della proprie regole di concorrenza, hanno cercato di limitare il proprio potere di intervento, stabilendo che l'effetto prodotto sul mercato interno deve essere quantomeno "apprezzabile" (per l'ordinamento UE)²⁹ o "sostanziale e ragionevolmente prevedibile" (per l'ordinamento americano).³⁰ Nel diritto cinese manca, invece, alcun riferimento all'entità della restrizione, quale temperamento del principio di extraterritorialità e le disposizioni amministrative di attuazione non forniscono alcun chiarimento in proposito.³¹ In concreto, però, non è

(1993) (accordo tra imprese assicuratrici inglesi); *Institut Merieux*, S.A., 113 F.T.C. 742 (1990) (concentrazione tra due società canadesi); *Consolidated Goldfields plc v. Minorco*, S. A., 871 F. 2d 252 (1989) (concentrazione tra una società lussemburghese ed una inglese); nonché il *leading case Alcoa*, 148 F.2d 416 (2^d Cir. 1945), §§ 440–445 (accordo tra una società canadese, nella sostanza controllata da *Alcoa*, ed altre società europee produttrici di alluminio, per rinunciare alle proprie esportazioni verso gli Stati Uniti, nell'implicita convinzione che i produttori statunitensi di alluminio avrebbero a loro volta tagliato le loro esportazioni verso l'Europa). Una leggera differenza tra i due ordinamenti sussiste in merito all'approccio seguito per affermare la propria giurisdizione. Mentre le autorità statunitensi si concentrano sulla capacità della pratica restrittiva posta in essere al di fuori dei confini degli Stati Uniti di produrre effetti nel territorio statunitense (c.d. "teoria degli effetti"), la Corte di Giustizia UE ha precisato che ciò che rileva non è il luogo in cui l'accordo è stato concluso, bensì il territorio in cui questo viene eseguito (c.d. "teoria dell'implementazione"), a prescindere dall'esistenza sul territorio degli Stati Membri di controllate o filiali delle imprese coinvolte. In dottrina, v. Wagner–von Papp (2012), pp. 21 ss; Guzman (2011); Jones – Sufrin (2011), pp. 1240–1255; Areeda – Kaplow – Edlin (2004), pp. 98–102.

²⁸ Jung – Q. Hao (2003), p. 142; *contra* Areeda – Kaplow – Edlin (2004), p. 101.

²⁹ Cause riunite C–100–103/80, *SA Musique Diffusion française e altri c. Commissione*, §§ 81–87; C–5/69, *Franz Völk c. J. Vervaeke S.P.R.L.*; v. anche "Pasta di Legno", *cit.*, § 141.

³⁰ V. "Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations", emanate nel 1995 dal DOJ e dalla *Federal Trade Commission* [FTC]; testo consultabile su <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>; v. *Hartford Fire Insurance Co., cit.*, § 796; *Timberlane Lumber Co. vs. Bank of America*, 549 F.2d 597 (IX Circ. 1977), nel quale la Corte federale precisò che i giudici devono astenersi dall'applicare il diritto antitrust statunitense a condotte avvenute fuori dai confini nazionali, a meno che gli effetti sul mercato interno siano sufficientemente forti alla luce (1) della nazionalità, fedeltà e localizzazione delle parti coinvolte; (2) del peso relativo della condotta interna e di quella estera nella violazione contestata; (3) degli effetti relativi sui diversi paesi coinvolti; (4) della chiara prevedibilità dell'intenzione di influire o di recare danno al mercato statunitense; (5) del diritto ed del sistema straniero ed del grado di conflitto con il diritto ed il sistema statunitense; (6) dei problemi di esecuzione della decisione.

³¹ Dal combinato disposto del "Regolamento del Consiglio di Stato sulle soglie di notifica delle concentrazioni tra imprese", del 3 agosto 2008 ["Regolamento soglie"], art. 3, testo consultabile, in inglese, su <http://fdj.mofcom.gov.cn/sys/print.shtml?c/200903/20090306071501>, e del "Regolamento per la notifica delle concentrazioni tra imprese", adottato dal Ministero del Commercio il 21 novembre del 2009 ed entrato in vigore l'1 gennaio 2010 ["Regolamento notifiche"], art. 4, testo consultabile, in inglese, su http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_3635_0_7.html, si

finanziariamente sostenibile, né conveniente per uno Stato punire tutte le condotte anticoncorrenziali che avvengono a livello globale sul presupposto di una loro anche minima influenza sul mercato nazionale e si può dubitare che, almeno nei prossimi anni, la Cina abbia la forza economica e politica per imporre in maniera energica le proprie regole della concorrenza al fuori dei confini nazionali.³²

Nell'unico caso finora noto di applicazione delle norme antitrust a condotte avvenute interamente all'estero,³³ è stato sanzionato un cartello tra sei società sud coreane e taiwanesi, avvalendosi delle abbondanti risultanze già raccolte dalle autorità UE ed USA nel corso dei paralleli procedimenti da queste avviati e di cui la CSNR ha atteso la conclusione prima di pubblicare la propria decisione. Tra l'altro, è il caso di notare che due della società coinvolte, *LG* e *Samsung*, che nei procedimenti stranieri avevano beneficiato dell'immunità, rispettivamente totale e parziale, per aver rivelato l'esistenza dell'accordo, non sono state ritenute meritevoli di alcuna particolare riduzione della sanzione nell'ordinamento cinese.

È, dunque auspicabile un rafforzamento della cooperazione internazionale che consenta di facilitare il lavoro di accertamento delle infrazioni e di ridurre il rischio di giudizi antinomici. Il dialogo tra le autorità antitrust potrà, altresì, beneficiare le imprese in termini di maggiore prevedibilità delle valutazioni dei loro comportamenti all'interno dei loro paesi.³⁴ Sfortunatamente, però, l'amplissima opera di consultazione realizzata nel corso della redazione della legge antimonopoli non ha condotto all'instaurazione di meccanismi di cooperazione strutturati e permanenti con le autorità antitrust dei *partner* stranieri³⁵ e fino ad adesso la Cina

ricava che al fine del calcolo del fatturato delle imprese si tiene conto delle prestazioni effettuate a favore di controparti situate in Cina, anche se l'impresa fornitrice interessata dalla concentrazione non ha sede nella RPC. In UE, v. le analoghe previsioni contenute nel Reg. (CE) 139/2004, artt. 1 e 5, par. 1; per l'ordinamento statunitense v. *Consolidated Goldfields plc v. Minorco*, cit. Cfr. *infra* Cap. VI, § 3.1.

³² X. Wang – Tao (2004), p. 43; sottolinea, invece, l'“*aggressive legalism*” della Cina nel campo del commercio internazionale; v. anche Jung (2002), p. 1037 ss.

³³ “*LCD*”, v. *supra* Cap. II, § 2.2; in cui tra l'altro alla legge sui prezzi è stata riconosciuta un'efficacia extraterritoriale, pur in assenza di una espressa previsione in tal senso, ragione per cui alla regola di cui all'art. 2 della legge antimonopoli può attribuirsi il compito di formalizzare un principio già implicito nell'ordinamento.

³⁴ Z. Wu (2008), p. 103; Eichener (2012), pp. 600–602.

³⁵ Al momento in cui si scrive, la Cina non si è spinta oltre la firma di *memorandum* di intesa con le autorità antitrust di alcuni paesi. Le autorità più attive in questo senso sono state la CSNR e l'aSIC che hanno concluso il *memorandum* d'intesa con la Commissione Europea, del 20 settembre 2012, testo consultabile su <http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/china.html>; quello con la “*Australian Competition and Consumer Commission*”, del 18 settembre 2012, , testo consultabile su

3. Principi e concetti fondamentali

non ha manifestato alcuna intenzione di partecipare all'*International Competition Network*, adesione che, grazie ad un confronto costante con le autorità cinesi competenti, consentirebbe forse di presagire quelli che verosimilmente saranno i futuri sviluppi di questo nuovo sistema di diritto antitrust.

2.2 Settore agricolo

È un dato, lungamente studiato dagli economisti, che la crescita industriale non si accompagna ad un parallelo sviluppo dell'economia rurale, la quale, al contrario, per via dell'industrializzazione, subisce un dilatamento del divario tra il reddito reale della popolazione agricola e quello dei lavoratori delle città.³⁶ Oltre alle differenti condizioni tecniche e strutturali in cui si realizza l'offerta nel mercato agricolo,³⁷ a mantenere bassi (ed in alcuni casi a deprimere) i prezzi dei prodotti agricoli è la scarsa concentrazione del mercato in questione, nel quale l'offerta rimane per lo più parcellizzata in tante minuscole aziende familiari, rispetto all'industria ed ai servizi, dove, invece, tendono a crearsi condizioni non concorrenziali.³⁸

In Cina la popolazione agricola rappresenta oggi circa la metà del totale, con un notevole divario tra aree costiere ed aree interne, queste ultime ancora scarsamente urbanizzate.³⁹ Negli ultimi anni non sono mancati gli interventi per tentare di sollevare centinaia di milioni di cittadini delle campagne dalla povertà in cui si trovavano, non da ultimo l'abolizione delle comuni e delle cooperative agrarie e l'attribuzione in concessione dei terreni alle famiglie di contadini, le quali possono

<http://www.accc.gov.au/system/files/Memorandum%20of%20understanding%20between%20the%20SAIC%20of%20the%20PRC%20and%20the%20ACCC.pdf>; quello con il DOJ e la FTC, del 27 luglio 2012, testo consultabile su <http://www.justice.gov/atr/public/international/docs/273310.pdf>; e quello con la Federazione Russa, del 21 settembre 2011, v. comunicato stampa in inglese su http://www.brics2011.org.cn/english/dhttp_en/201109/t20110928_119822.html. Il Ministero del commercio, invece, ha concluso dei *memorandum* d'intesa con la Corea del Sud ed il Regno Unito, mentre con le autorità dell'UE e degli USA svolge degli incontri con cadenza annuale; v. Shang (2013).

³⁶ Sylos Labini (1965), p. 643–645.

³⁷ *Id.*, pp. 638–639; rispetto al settore industriale il progresso tecnico in agricoltura avviene in modo molto meno rapido e la produzione agricola non riesce ad adattarsi tempestivamente alla diversa composizione della domanda generata dal miglioramento delle condizioni di vita.

³⁸ *Id.*, pp. 639–640; l'A. sottolinea come ad ostacolare la formazione di un potere di mercato in agricoltura sia anche la sostanziale impossibilità di differenziare i prodotti agricoli "grezzi". L'ordinamento cinese, come la stragrande maggioranza dei paesi, prevede, pertanto, un meccanismo di sostegno dei prezzi dei prodotti agricoli, nel caso in cui questi si contraggano eccessivamente; v. art. 29 legge sui prezzi.

³⁹ Xinhua (2013).

oggi lavorarli in maniera indipendente,⁴⁰ ferma comunque restando la proprietà pubblica o collettiva del suolo agricolo.⁴¹ Pur avendo profondamente migliorato le condizioni di vita dei contadini, le riforme non sono, però, riuscite a sviluppare un'economia agricola avanzata ed in grado di generare nelle campagne una ricchezza anche lontanamente paragonabile a quella goduta dagli abitanti delle città,⁴² come, d'altronde, testimoniano i numeri mastodontici relativi all'esodo dalle campagne ed i problemi connessi al sistema dell'*hukou*, di cui si è detto in precedenza.⁴³

La complessità dei temi legati al regolare funzionamento del sistema agricolo rendono più che comprensibile, anche alla luce delle analoghe deroghe contenute negli ordinamenti di paesi dotati di un'agricoltura avanzata,⁴⁴ la previsione dell'articolo 56 della legge antimonopoli, la quale esclude dal proprio campo di applicazione “*le alleanze e le pratiche concordate realizzate dagli imprenditori agricoli e dalle organizzazioni agricole con finalità economica relativamente alla produzione, trasformazione, vendita, trasporto o stoccaggio dei prodotti agricoli*”.⁴⁵

L'eccezione in parola è concessa alla sola attività agricola in qualsiasi forma esercitata⁴⁶ e non si estende automaticamente alle “*imprese dei comuni e dei*

⁴⁰ Peerenboom (2002), p. 192; cfr. *supra* Cap. I, § 4.

⁴¹ Cfr. art. 10, Cost. cinese.

⁴² Nee (2010), pp. 404–405.

⁴³ V. *supra* Cap. I, § 5.

⁴⁴ Si fa riferimento, in primo luogo, al Reg. (CE) 1234/2007, artt. 175–177, e al Reg. (CE) 1184/2006, artt. 1–2, i quali attribuiscono alla Commissione la facoltà di esentare dall'applicazione dell'art. 101, par. 1, TFUE le intese tra gli agricoltori o le loro associazioni, facenti parte di un unico Stato membro, qualora tali intese contribuiscano agli obiettivi di cui all'art. 39 TFUE (politica agricola comune) e purché non fissino i prezzi o abbiano l'effetto di eliminare la concorrenza sul mercato; v. Gerbrandy – de Vries (2011); Buccirosi – Marette – Schiavina (2002), pp. 373ss. Negli Stati Uniti, un'eccezione all'applicazione del § 1 dello *Sherman Act* a favore dei produttori agricoli esiste sin dal 1914, quando è stato introdotto il § 6 del *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 17.; eccezione poi ulteriormente estesa nel 1922 con l'approvazione del *Capper–Volstead Act*, 7 U.S.C. 291, che legittima gli agricoltori ad agire in maniera coordinata nelle fasi di preparazione, trasformazione e commercializzazione dei prodotti agricoli; v. Crespi – Sexton (2003), pp. 135 ss.; Barnes – Ondeck (1997).

⁴⁵ Nella relazione alla Commissione Permanente del CNP, il Consiglio di Stato giustificava l'eccezione sulle seguenti motivazioni: (1) il settore agricolo riveste ancora un'importanza fondamentale per lo sviluppo del paese; (2) la maggior parte dei produttori agricoli è costituita da aziende agricole familiari, le quali non sono abbastanza competitive, soprattutto in raffronto ai paesi sviluppati, in seguito all'ingresso della Cina nel WTO; (3) un'eccezione alle regole della concorrenza può consentire ai produttori agricoli ed alle organizzazioni agricole con finalità economica di unirsi, di accelerare il progresso dell'economia agricola e potenziare le economie di scala; v. Johnston (2009), p. 46, in nota.

⁴⁶ Secondo l'interpretazione data dal Consiglio di Stato, l'attività agricola comprende la selvicoltura, la pesca, l'allevamento di bestiame e le attività a valle connesse; *ibidem*.

3. Principi e concetti fondamentali

villaggi” (“*xiangzhen qiye*”)⁴⁷, ossia a quelle categorie di imprese che condividono tra loro il fatto di essere localizzate in aree rurali e di essere sostenute dalle amministrazioni locali, a prescindere dalla proprietà pubblica o privata delle stesse e dal settore in cui operano.⁴⁸ Le *xiangzhen qiye* possono svolgere qualsiasi tipo di attività, anche industriale, ma hanno come scopo istituzionale quello di “sostenere l’agricoltura”,⁴⁹ motivo per cui le amministrazioni locali possono intervenire nella gestione dell’attività di queste imprese o ordinare loro di investire parte dei profitti nell’attività agricola.⁵⁰ Pertanto, nei limiti in cui le *xiangzhen qiye* svolgono attività diversa da quella agricola, esse devono sottostare alla disciplina della concorrenza.

Negli intenti del Consiglio di Stato l’esenzione in questione non andrebbe riconosciuta quando l’accordo o la pratica concordata sono realizzati con l’esclusivo intento di restringere o escludere la concorrenza e producano effetti restrittivi sul mercato rilevante.⁵¹ Le disposizioni attuative della legge antimonopoli, tuttavia, non hanno dato seguito a questa affermazione, ripetendo il dettato dell’articolo 56 senza nessuna ulteriore specificazione⁵², non sembrando così lasciare spazio alcuno alla possibilità di punire le condotte anticoncorrenziali, anche se gravi, commesse nell’ambito dell’attività agricola. Le autorità cinesi si sono focalizzate piuttosto sui comportamenti tenuti dagli operatori della distribuzione dei prodotti alimentari,⁵³ cui sono imputabili gli irrazionali incrementi di prezzo che si riversano sui consumatori e la persistente compressione dei profitti che colpisce gli imprenditori agricoli.

⁴⁷ Nella geografia politica cinese i comuni (“*xiang zhen*”) sono i più piccoli centri amministrativi in cui si suddivide il territorio rurale, mentre le comunità locali, spesso a base familiare, che si individuano all’interno di un’area agricola costituiscono i “villaggi” (“*cunmin weiyuanhui*”). Con il termine *xiangzhen qiye* il diritto cinese fa riferimento sia alle imprese di proprietà collettiva facenti capo ai comuni sia alle imprese di proprietà della popolazione rurale, v. *Zhonghua renmin gongheguo xiangzhen qiye fa* (Legge sulle imprese dei comuni e dei villaggi della RPC), promulgata il 29 ottobre 1996 ed entrata in vigore l’1 gennaio 1997, art. 2, testo consultabile, in inglese, su http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383587.htm; v., anche, Lin (2004), p. 28.

⁴⁸ Sulle imprese dei comuni e dei villaggi in generale, v. Kung – Lin (2007); He (2005).

⁴⁹ Art. 2 legge sulle imprese dei comuni e dei villaggi.

⁵⁰ Q. Wu – H. Wang – X. Xu (1990), p. 324.

⁵¹ Cfr. relazione alla Commissione Permanente del CNP, cit. da Johnston (2009), p. 46, in nota.

⁵² Cfr. art. 27 *Regolamento prezzi CSNR* e art. 17, “*Regolamento dell’Amministrazione dell’Industria e del Commercio sul divieto di accordi monopolistici*”, del 31 dicembre 2010, entrato in vigore l’1 febbraio 2011 [“*Regolamento accordi ASIC*”].

⁵³ La CSNR ha comunicato che nel 2010 ha sanzionato, ai sensi della legge sui prezzi, diversi distributori di fagiolini, per avere concertato un incremento di prezzi e per aver realizzato profitti eccessivi, nonché numerosi distributori di aglio e un’associazione di categoria per illecito accaparramento di beni; v. X. Wang – Su (2013), p. 218.

3.– Competenza degli organi amministrativi

L'applicazione delle regole della concorrenza è affidata ad una struttura amministrativa estremamente complessa, in cui la competenza viene ripartita per materia tra tre organi di livello ministeriale (la CSNR, l'ASIC ed il Ministero del Commercio), i quali hanno poi la facoltà di suddividere la competenza attribuitagli tra i loro uffici territoriali. Di seguito si illustrerà questo particolare intreccio istituzionale, dando anche conto del difficile rapporto esistente tra le autorità della concorrenza e gli organismi di regolazione dei singoli settori industriali.

3.1 Organi centrali

Durante le concitate trattative che accompagnarono la formulazione della legge antimonopoli, si giocò una partita tutta interna all'amministrazione governativa riguardo a quale dovesse essere l'organo responsabile dell'applicazione della nuova normativa.⁵⁴ La soluzione preferibile sarebbe certamente stata l'erezione di una nuova autorità di rango ministeriale, la quale, se anche non indipendente dal governo, sarebbe dovuta essere investita del compito di curare in via esclusiva l'attuazione delle regole della concorrenza.⁵⁵ Posta allo stesso livello di altre amministrazioni centrali dotate di funzioni di regolazione di singoli settori industriali ed affrancata dall'esigenza di perseguire ulteriori, e possibilmente contrastanti, obiettivi di politica economica, un'autorità antitrust di questo tipo avrebbe garantito una maggiore incisività della politica della concorrenza e dato un chiaro segnale agli investitori occidentali della volontà della Cina di ridurre il rischio di contaminazioni tra gli obiettivi della concorrenza e quelli di politica industriale.

Tale opzione fu presto abbandonata per via delle resistenze opposte dalle tre autorità che sino ad allora si erano a vario titolo occupate di dare esecuzione a disposizioni con finalità genericamente pro concorrenziali: l'ASIC, che aveva curato l'applicazione della legge contro la concorrenza sleale, la legge sulle offerte pubbliche e la legge sugli appalti pubblici,⁵⁶ la CSNR, organo di vigilanza

⁵⁴ Huo (2008), p. 52; Donald Clarke (2007), pp. 18–19.

⁵⁵ Si veda la bozza del 27 luglio 2005, inviata all'IBA, che prevedeva l'istituzione di una *Commissione antimonopoli*, con poteri investigativi e sanzionatori, alle dirette dipendenze del consiglio di Stato, consultabile su http://www.ibanet.org/LPD/Antitrust_Trade_Law_Section/Antitrust/DevCompLaw_PRC.aspx.

⁵⁶ V. *supra* Cap. II, § 2.1.

3. Principi e concetti fondamentali

amministrativa in base alla legge sui prezzi;⁵⁷ il Ministero del commercio, autorità competente a esaminare le concentrazioni e gli accordi tra imprese finalizzati all'esportazione rispettivamente in base alle disposizioni sulle concentrazioni tra imprese nazionali e straniere⁵⁸ e alla "*Legge sul commercio con l'estero*".⁵⁹ A rendere impraticabile la costituzione di un'unica autorità antitrust, vi era poi l'impegno assunto dal governo allora guidato da Wen Jiabao di non creare nuovi enti pubblici fino alla fine del proprio mandato.⁶⁰ Per questi motivi, nell'inviare il progetto di legge al CNP, il Consiglio di Stato chiese di mantenere l'attuale struttura di *enforcement* amministrativo, impegnandosi ad una futura riforma degli organismi incaricati.⁶¹

Nella versione finale, la legge affida al Consiglio di Stato il compito di individuare la "*Autorità Responsabile dell'Applicazione della Legge Antimonopoli*" ("ARALA"),⁶² cui si fa riferimento come ad un organismo unitario, benché il governo abbia successivamente provveduto, con dei provvedimenti ampiamente annunciati, a ripartire le funzioni della nuova autorità tra le amministrazioni già esistenti.⁶³ Nel disegno del governo, che, come detto, dovrebbe avere natura provvisoria in attesa di una futura coraggiosa riforma,⁶⁴ l'ASIC è incaricata di accertare e sanzionare gli accordi monopolistici, gli abusi di posizione dominante e gli

⁵⁷ V. *supra* Cap. II, §§ 2.2 e 2.3.

⁵⁸ "*Disposizioni provvisorie sulle acquisizioni delle imprese nazionali da parte delle imprese straniere*", dell'8 agosto 2006; testo consultabile, in inglese, (a pagamento) su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=5420&lib=law>; v. *infra* Cap. VI, § 1.

⁵⁹ *Zhonghua renmin gongheguo dui wai mao yi fa* (Legge sul commercio con l'estero della RPC), adottata il 12 maggio 1994 ed emendata il 6 aprile 2004; consultabile, in inglese, su <http://english.mofcom.gov.cn/aarticle/policyrelease/internationalpolicy/200705/20070504715845.html>; v. *infra* Cap. IV, § 4.6, per la disciplina dei c.d. "cartelli di esportazione".

⁶⁰ Huang (2008), p.126.

⁶¹ Cfr. relazione alla Commissione Permanente del CNP, *cit.* da Wang (2009), p. 588.

⁶² Cfr. art. 10 legge antimonopoli.

⁶³ Cfr. "*Circolare dell'Ufficio affari generali del Consiglio di Stato riguardo le principali responsabilità, i dipartimenti interni e la pianta organica dell'Amministrazione di Stato per l'Industria ed il Commercio*", dell'11 luglio 2008, che ha istituito l'Ufficio per la lotta alle pratiche antimonopolistiche e contro la concorrenza sleale; testo in cinese consultabile su http://www.law-lib.com/law/law_view.asp?id=261207. "*Regolamento concernente le principali responsabilità, i dipartimenti interni e la pianta organica della CSNR*", del 22 agosto 2008, che ha attribuito le competenze in materia di concorrenza al Dipartimento di controllo dei prezzi; testo in cinese consultabile su http://www.ndrc.gov.cn/gzdt/t20080821_231802.htm. "*Regolamento concernente le principali responsabilità, i dipartimenti interni e la pianta organica del Ministero del Commercio*", del 23 agosto 2008, che ha elevato l'Ufficio antimonopoli a livello di dipartimento all'interno del Ministero; testo in cinese consultabile su http://www.china.com.cn/policy/zhuanti/xbwzj/2008-08/24/content_16316678.htm; v. ABA (2011), China–22.

⁶⁴ È dell'opinione che, nonostante le promesse, la struttura di applicazione amministrativa della legge antimonopoli rimarrà immutata ancora a lungo Mehra – Meng (2009), p. 408.

abusi di potere amministrativo (Capi II, III e V), ad esclusione delle pratiche restrittive di prezzo, che rimangono affidate alla CSNR, mentre per la valutazione delle operazioni di concentrazione (Capo IV) è competente in via esclusiva il Ministero del commercio.

Il frazionamento delle competenze tra tre diverse autorità è uno dei punti più aspramente criticati dell'intera normativa potrebbe in astratto favorire una competizione interistituzionale, che conduca ad un'applicazione sempre più estesa delle norme della concorrenza.⁶⁵ Allo stesso modo, l'attribuzione della competenza in materia antitrust alle medesime autorità già incaricate di sanzionare le condotte restrittive degli operatori del mercato in base alle precedenti e non abrogate normative evita che la medesima condotta possa essere fatta oggetto di due diversi procedimenti e permette che venga valutata unitariamente alla luce sia della vecchia che della nuova disciplina. Tuttavia, è alto il rischio che le tre autorità sviluppino concezioni non omogenee riguardo agli obiettivi della concorrenza, che si traducano in applicazioni discordanti delle regole antitrust, così come è di tutta evidenza l'eccessivo formalismo insito nella distinzione tra pratiche di prezzo e pratiche non di prezzo, che rende impraticabile una chiara delimitazione delle competenze tra la CSNR e l'ASIC,⁶⁶ visto che la maggior parte delle condotte *non-price* produce comunque degli effetti distorsivi sui prezzi.⁶⁷

Al di sopra di questi tre organismi la legge costituisce, sotto il diretto controllo del Consiglio di Stato, la Commissione Antimonopoli con il compito di sovrintendere al lavoro dell'ARALA e garantire maggiore uniformità nell'applicazione della legge.⁶⁸ La Commissione Antimonopoli è stata pensata per

⁶⁵ Van den Bergh – Faure (2011), p. 58.

⁶⁶ *Ibidem*; Bush (2009), pp. 104–105.

⁶⁷ In “*Agenzie turistiche di Xishuangbanna*” (2013), ad esempio, l'AIC dello Yunnan ritenne di avere competenza a sanzionare un accordo di fissazione del prezzo promosso da due associazioni di agenzie turistiche che si collegava ad una forma di boicottaggio; testo della decisione consultabile, in cinese, su http://www.saic.gov.cn/zwgk/gggs/jzzf/201307/t20130726_136768.html. Non vi sono dubbi che il boicottaggio sia una tipica pratica *non-price*, come anche che i cartelli di prezzo rientrino nella competenza della CSNR, ma l'ASIC deve avere ritenuto preferibile non frammentare l'indagine e la relativa sanzione, sottoponendo ad un trattamento unitario la condotta anticoncorrenziale tenuta dalle due associazioni industriali.

⁶⁸ In base all'art. 9 legge antimonopoli la Commissione Antimonopoli “*svolge le seguenti funzioni:*

- (1) *studiare e formulare le politiche della concorrenza;*
- (2) *raccordare le indagini, valutare le condizioni complessive di concorrenza sul mercato e pubblicare le relazioni sui risultati della valutazione;*
- (3) *formulare ed emanare le linee guida in materia di concorrenza;*
- (4) *coordinare il lavoro di applicazione amministrativa in materia di concorrenza;*

3. Principi e concetti fondamentali

svolgere una funzione consultiva e conciliativa e non per sostituirsi all'ARALA nella risoluzione dei singoli casi.⁶⁹ La sua composizione rispecchia l'intenzione di fare di essa il luogo di sintesi dei differenti interessi presenti all'interno del governo. Il compito di presiederla è affidata al Vice Presidente del Consiglio di Stato, affiancato dai tre rappresentanti di vertice delle amministrazioni incaricate dell'applicazione della legge e dal Vice Segretario Generale del Consiglio di Stato, i quali assumono il ruolo di vice presidenti. Il resto della Commissione è composto da quattordici esponenti di varie amministrazioni centrali investite della potestà regolatorie di singoli settori del mercato.⁷⁰ Bisogna ammettere che fino ad oggi il ruolo della Commissione Antimonopoli è stato piuttosto modesto, non essendo noto l'effettivo impatto da essa prodotto sullo sviluppo di un'organica politica della concorrenza tra le diverse autorità competenti. A rendere ancor meno incisiva una struttura istituzionale già di per sé debole contribuisce, infine, la mancata previsione di un apparato amministrativo ausiliario autonomo e l'affidamento della gestione quotidiana dell'attività della Commissione al Ministero del Commercio, il cui Vice Ministro svolge anche le funzioni di Segretario Generale della Commissione Antimonopoli.⁷¹

3.2 Organi periferici

Al fine di favorire la diffusione delle regole della concorrenza, l'ARALA può delegare l'applicazione delle disposizioni antimonopolistiche ai propri uffici locali a livello delle province, delle regioni autonome e delle municipalità sotto il diretto

(5) *svolgere gli altri compiti attribuiti dal Consiglio di Stato*".

⁶⁹ Shang (2009), p. 10.

⁷⁰ "Circolare dell'Ufficio affari generali del Consiglio di Stato in ordine alle principali funzioni ed alla costituzione della Commissione Antimonopoli sotto il controllo del Consiglio di Stato", del 28 luglio 2008; testo consultabile, in inglese (a pagamento) su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=7190&lib=law>. L'art. 2 della Circolare inserisce tra i membri della Commissione Anti Monopoli il vice Presidente della CSNR, il vice Ministro dell'industria e della tecnologia, il vice Ministro della vigilanza, il vice Ministro delle finanze, il vice Ministro delle comunicazioni, il vice Ministro del commercio, il vice Presidente della CACPP, il vice Direttore dell'ASIC, il vice Direttore dell'Ufficio proprietà intellettuale di Stato, il vice Direttore dell'Ufficio affari legali del Consiglio di Stato, il vice Presidente della Commissione di regolazione bancaria, il vice Presidente della Commissione di regolazione finanziaria, il vice Presidente della Commissione di regolazione assicurativa, il vice Presidente della Commissione di regolazione dell'energia elettrica.

⁷¹ Cfr. art. 3 Circolare *ult. cit.*; v. Bush (2009), p. 107, il quale ritiene che grazie alle funzioni così attribuitegli, il Ministero del Commercio potrebbe acquistare, con il tempo, una posizione preminente all'interno della Commissione, arrivando ad influenzare l'attività interpretativa dell'ASIC e della CSNR.

controllo del governo centrale.⁷²

L'ASIC e la CSNR sono state le prime ad avvalersi di questa facoltà ed hanno attribuito ai propri uffici periferici (le AIC e gli Uffici dei prezzi), seppure con modalità diverse, il potere di accertare e sanzionare le condotte monopolistiche che si realizzano all'interno dei territori di loro competenza. Le AIC possono avviare le indagini soltanto su espressa delega da parte dell'ASIC, pertanto, ogni volta che le autorità locali ricevono una segnalazione di una pratica anticoncorrenziale, devono riferire all'autorità centrale, la quale concede l'autorizzazione a trattare il caso;⁷³ la CSNR, invece, ha trasferito un potere generale ai propri Uffici dei prezzi, i quali possono a loro volte subdelegare i casi di minore rilevanza alle autorità territoriali di livello inferiore.⁷⁴ Differente è anche il grado di autonomia degli organi decentrati, per cui, mentre gli Uffici dei prezzi possono decidere liberamente i casi che rientrano nelle loro attribuzioni, dovendo trasmettere le risultanze del procedimento esclusivamente per ragioni di documentazione,⁷⁵ le AIC devono, invece, sempre chiedere all'ASIC di approvare la decisione che intendono assumere.⁷⁶ In ogni caso, entrambe le autorità centrali si riservano il potere di avocare a sé le indagini dei casi di maggiore rilevanza e di risolvere i conflitti di competenza che dovessero sorgere tra diverse autorità locali.⁷⁷

La proliferazione delle pratiche anticoncorrenziali che è possibile osservare ad ogni livello dell'economia cinese insieme con la vastità del territorio della Repubblica Popolare rendono oggettivamente imprescindibile uno sviluppo altrettanto capillare dell'azione di contrasto da parte dell'autorità pubblica. Il

⁷² Art. 10 legge antimonopoli. Attualmente in Cina ci sono 22 province, 5 regioni autonome (Guanxi Zhuang, Mongolia Interna, Ningxia Hui, Tibet e Xinjiang Uygur) e 4 municipalità sotto il diretto controllo del governo centrale (Chongqing, Pechino, Shanghai, Tianjin); come detto, la legge antimonopoli non si applica, invece, alle due regioni amministrative speciali di Hong Kong e Macao.

⁷³ Cfr. art. 3 "Regolamento sulle procedure d'indagine e sanzione degli accordi monopolistici e degli abusi di posizione dominante sul mercato da parte dell'Amministrazione per l'Industria ed il Commercio", emanato dall'ASIC il 5 giugno 2009 ed entrato in vigore l'1 luglio 2009, ["Regolamento procedure ASIC"]; testo consultabile, in inglese, su http://www.brics2011.org.cn/english/jzlt_en/jzfg_en/201107/t20110727_111708.html.

⁷⁴ Cfr. artt. 3 e 4 *Regolamento procedure CSNR*.

⁷⁵ Cfr. art. 22 *Regolamento procedure CSNR*.

⁷⁶ Cfr. art. 23 *Regolamento procedure ASIC*, che prevede che per i "casi più rilevanti" l'ASIC stessa debba riferire alla Commissione Antimonopoli prima di infliggere una sanzione.

⁷⁷ Cfr. art. 3 *Regolamento procedure CSNR* e art. 3 *Regolamento procedure ASIC*; cfr. anche artt. 10 e 12 "Regolamento sulle procedure per le sanzioni amministrative conseguenti a violazioni in materia di prezzi", emanato dalla CSNR il 3 giugno 2013 ed in vigore dall'1 luglio 2013, il quale, ex art. 55 legge antimonopoli, si applica in via analogica alle condotte monopolistiche di prezzo, quando il *Regolamento procedure CSNR* nulla prevede sul punto.

3. Principi e concetti fondamentali

vantaggio della decentralizzazione è quello di moltiplicare gli interventi sanzionatori, sfruttando le maggiori informazioni che gli organismi locali posseggono in relazione alle specifiche condizioni del mercato, e di conformare l'attività antimonopolistica a quelle che sono le aspettative della popolazione locale.⁷⁸ Il pericolo opposto ovviamente è quello di trovarsi di fronte ad un'applicazione incoerente ed a valutazioni profondamente divergenti tra le varie autorità locali, dovute alla mancanza di un indirizzo politico unitario; scenario che già si è manifestato in passato⁷⁹ e che è legato all'eccessiva cedevolezza dimostrata delle autorità amministrative decentrate di fronte alle pressioni politiche dei governi locali, i quali spingono simultaneamente per un'applicazione di stampo protezionistico delle norme del mercato ovvero per un minore rigore sanzionatorio, al fine di attrarre altre imprese a stabilirsi nel proprio territorio.⁸⁰

Va, infine, ricordato che gli uffici decentrati dell'ASIC e della CSNR rimangono incaricati dell'applicazione delle precedenti normative in materia di concorrenza ed in particolare della legge contro la concorrenza sleale e di quella sui prezzi, le quali richiedono un'analisi dei fatti meno approfondita rispetto alle norme antimonopolistiche e sono certamente più semplici da maneggiare per le autorità sub-provinciali, che spesso difettano di adeguate competenze in materia economica. La conseguenza che rischia di prodursi, però, è quella che si formino due sistemi paralleli di tutela della concorrenza, uno per le condotte di minore rilevanza, rimesso alla vigilanza delle autorità di ambito territoriale inferiore e fondato sull'applicazione delle normative antecedenti al 2007, le quali, come si è visto,⁸¹ perseguono finalità non del tutto conformi al principio di efficienza dei mercati, cui si contrappone, dall'altro, un sistema riservato alle condotte di maggiore impatto sull'economia, affidato ad amministrazioni più competenti e regolato dalle nuove norme in materia di concorrenza.

3.3 Autorità di settore

Il rapporto tra le norme antitrust e le altre disposizioni, legislative o amministrative che regolano singoli settori industriali non è specificatamente

⁷⁸ Van den Bergh (2000).

⁷⁹ Cfr. *supra* Cap. II, § 2.1. e L. Chen (2010), pp. 4–5.

⁸⁰ Van den Bergh – Faure (2011), p. 60.

⁸¹ Cfr. *supra* Cap. II, § 2.

disciplinato nella legge antimonopoli. Il passato da economia pianificata fa sì che in Cina siano ancora molti i settori dominati dalle imprese statali, in cui al libero gioco della concorrenza si sostituisce la regolazione da parte di un'autorità di vertice.⁸² La previsione che stabiliva una sorta di eccezione generale per tutte le industrie soggette a regolamentazione amministrativa è stata eliminata nel corso del passaggio al CNP⁸³ e la questione necessita certamente di precisazioni da parte delle autorità cinesi,⁸⁴ per capire sino a che punto l'ARALA potrà insidiare le prerogative che alcuni enti governativi ancora conservano su alcuni dei mercati economicamente e socialmente più importanti. Per il momento si può dire che il problema evidenziato è strettamente connesso alla posizione assunta dalle imprese statali all'interno del nuovo sistema della concorrenza ed ai limiti della loro soggezione alle norme antimonopolistiche, che si affronterà poco oltre;⁸⁵ questo perché i settori dove la regolamentazione è più penetrante sono anche quelli in cui le imprese statali continuano ad operare in condizione di monopolio o quasi monopolio, largamente protette dal rischio di subire la concorrenza da parte di nuovi operatori privati.

Un limite alle competenze dell'ARALA si rinviene, invece, in materia di abusi di potere amministrativo. Il secondo paragrafo dell'articolo 51 della legge antimonopoli stabilisce che il Capo V della stessa non si applica alle autorità amministrative e agli enti incaricati, per legge o regolamento amministrativo, di svolgere funzioni pubbliche, quando una legge o una regolamentazione di settore stabilisce una disciplina apposita per gli abusi di potere amministrativo.⁸⁶ Sembrerebbe, dunque, che quando la legge o un regolamento del Consiglio di Stato⁸⁷ predispone degli appositi meccanismi per vigilare sul comportamento delle autorità amministrative o degli enti incaricati di svolgere funzioni pubbliche, le disposizioni della legge antimonopoli sugli abusi di potere amministrativo non trovino

⁸² Cfr. *supra* Cap. I, § 6, e Cap. II, §§ 1.1 e 2.3.

⁸³ Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), pp. 25–26.

⁸⁴ Wang (2009), pp. 597–598.

⁸⁵ Cfr. *infra* § 4.3.

⁸⁶ Una simile clausola di salvaguardia non era invece prevista nelle disposizioni precedenti l'emanazione della legge antimonopoli che pure si occupavano di contrastare gli abusi di potere amministrativo. Siccome queste previsioni sono rimaste in vigore, rimane il dubbio che le autorità competenti ad applicarle (l'ASIC ed il Ministero del commercio) possano utilizzarli per combattere gli abusi di potere amministrativo in settori in cui la legge antimonopoli non risulta applicabile.

⁸⁷ La qualifica di “regolamenti amministrativi” spetta, infatti, ai soli regolamenti adottati dal Consiglio di Stato e non anche ai regolamenti di fonte ministeriale o adottati dalle autorità locali; cfr. artt. 56–62 legge sulla legislazione.

3. Principi e concetti fondamentali

applicazione.⁸⁸ È il caso ad esempio dei dipartimenti ministeriali di controllo che competenti ad assicurare il rispetto della legge nei settori dei servizi pubblici quali le telecomunicazioni o le ferrovie.⁸⁹ La “forza passiva ridotta” della legge antimonopoli in questo settore della disciplina testimonia le difficoltà che il governo centrale incontra nell’imporre il rispetto della legalità all’interno della pubblica amministrazione e finisce per esonerare dal rispetto delle disposizioni del Capo V della legge antitrust un considerevole numero di enti.⁹⁰ Questi ultimi, infatti, potranno continuare a perseguire i propri obiettivi di politica industriale senza preoccuparsi dei vincoli derivanti dai principi della concorrenza, in quanto le normative che ne regolano l’attività raramente incorporano finalità pro competitive, ma anzi sono state spesso emanate proprio per isolare le attività degli organi pubblici e delle imprese da essi regolate dalle disposizioni poste a tutela del mercato.⁹¹

4.– Destinatari delle regole della concorrenza

4.1 L’impresa: definizione

È senza dubbio lodevole lo sforzo del legislatore del 2007 di estendere l’applicazione delle regole della concorrenza, fornendo una definizione di “impresa” (“*jingyingzhe*”) che include le persone fisiche, le persone giuridiche e tutti gli altri enti che esercitino un’attività di produzione o di scambio di beni o servizi.⁹² Si è imprese, dunque, ai sensi della legge antimonopoli, a prescindere dalla presenza di uno scopo di lucro, dalla natura dell’attività esercitata e dalla legittimità della stessa, per cui può essere soggetta a sanzione anche un’impresa che non sia ufficialmente registrata come tale.⁹³ Viene accolta l’interpretazione inclusiva che si era sviluppata

⁸⁸ V., tuttavia, Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 188, in cui si supporta l’idea di poter giungere ad un’interpretazione dell’art. 51, par. 2, della legge antimonopoli che conduca ad un’applicazione delle disposizioni sugli abusi di potere amministrativo anche ai settori in cui esiste una specifica regolamentazione, nei limiti in cui la legge o i regolamenti amministrativi non regolano espressamente il caso di abuso dei poteri amministrativi conferiti all’autorità amministrativi o agli enti incaricati di svolgere un pubblico servizio.

⁸⁹ Wen (2008), pp. 168–169.

⁹⁰ *Id.*, p. 170; l’Autore sostiene, pertanto, un rovesciamento della regola per permettere alla legge antimonopoli di imporsi con decisione anche all’interno dei settori regolamentati; v. anche le modifiche all’articolo 51 proposte da Fox (2008), p. 190.

⁹¹ Healey (2011), p. 138.

⁹² Cfr. art. 12 legge antimonopoli.

⁹³ Cfr. artt. 12–14 legge sulle società; *Zhonghua renmin gongheguo hehuo qiye fa* (Legge sulla collaborazione tra imprese della RPC), del 23 febbraio 1997, ultima modifica in vigore dall’1 giugno 2007, artt. 15–18, testo consultabile, in inglese, su <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007–>

sotto la legge contro la concorrenza sleale,⁹⁴ ma a differenza di quest'ultima si fanno rientrare nella definizione anche gli enti *no-profit* che svolgono attività di produzione e di scambio di beni, secondo una formulazione che era già stata adottata in precedenti disposizioni di legge, prima tra tutte la legge sui prezzi.⁹⁵

La formulazione legislativa risolve anche il problema della riconducibilità alla nozione di impresa delle associazioni industriali ("*hangye xiehui*"). Gli organismi a carattere associativo, infatti, non potendo per legge svolgere attività lucrativa,⁹⁶ sembrano a prima vista esclusi dall'ambito applicativo della legge contro la concorrenza sleale, ma vi sono stati ricondotti per via interpretativa, tutte le volte in cui essi operino in maniera diretta sul mercato. Nella legge antimonopoli le associazioni industriali sono oggetto di specifiche disposizioni, come si vedrà subito di seguito,⁹⁷ ma ciò non toglie che esse possono comunque farsi rientrare nel concetto di "impresa" e che, dunque, possono essere convenute in giudizio ai sensi dell'articolo 50 della legge, che fonda la responsabilità civile delle "imprese" per i danni causati ad altri in conseguenza della propria condotta monopolistica.⁹⁸ La qualificazione delle associazioni industriali come "imprese" è confermata dall'inclusione degli enti *no profit* nella definizione di cui all'articolo 12 nonché dall'interpretazione fornita dal massimo organo giurisdizionale della RPC, che ha ritenuto costituiscano "accordi tra imprese", ai sensi del Capo II della legge, non soltanto i contratti stipulati tra gli operatori privati, ma anche le disposizioni adottate dalle associazioni industriali.⁹⁹ Il problema, se esiste, è semmai quello di riuscire a provare la responsabilità dell'associazione industriale ed ottenere contro di essa una condanna risarcitoria e non soltanto l'ingiunzione a porre fine alla propria illegittima

12/11/content_1383548.htm; *Zhonghua renmin gongheguo geren duzi qiye fa* (Legge sulle imprese individuali della RPC), emanata il 30 agosto 1999, in vigore dall'1 gennaio 2000, artt. 12–14; testo consultabile, in inglese, su http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383558.htm. Q. Hao (2013), p. 4.

⁹⁴ Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 333, in nota.

⁹⁵ Cfr. art. 3 legge sui prezzi, ma v. X. Wang – Su (2012), p. 59.

⁹⁶ Cfr. "*Regolamento per la registrazione e la vigilanza degli organismi associativi*" emanato dal Consiglio di Stato il 25 settembre 1998, art. 4; testo consultabile, in inglese, su <http://www.chinadevelopmentbrief.com/node/298>.

⁹⁷ Cfr. artt. 11, 16, 46 ed *infra* § successivo.

⁹⁸ Cfr. *infra* Cap. VIII, § 6.

⁹⁹ Cfr. "*Interpretazione della Corte Suprema del Popolo su diverse questioni concernenti l'applicazione della legge nella trattazione delle cause civili derivanti da condotte monopolistiche*", del 30 gennaio 2012 [*Interpretazione CSP*], artt. 1 e 15; testo consultabile, in inglese, su <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Free/SPCAMLJudicial-Interpretationeng.pdf>.

3. Principi e concetti fondamentali

attività.¹⁰⁰

Resta da precisare se due imprese soggette al medesimo controllo possano essere considerate come un'unica impresa sotto il profilo della disciplina antitrust.¹⁰¹ Secondo la legge societaria,¹⁰² le società facenti parte del medesimo gruppo posseggono una personalità giuridica distinta, quindi, tecnicamente, le intese tra di esse potrebbero essere sanzionate alla stregua di accordi monopolistici. L'unica indicazione emerge in materia di concentrazioni, dove si esclude l'obbligo di notifica per l'acquisto di un'impresa già controllata in via esclusiva o nel caso in cui tutte le imprese partecipanti alla concentrazione siano soggette a comune controllo.¹⁰³ Le autorità antitrust non hanno affrontato espressamente la questione, ma non si sono motivi per non credere che la Cina si conformerà all'interpretazione dominante nei principali ordinamenti.¹⁰⁴

Per quanto riguarda, invece, il soggetto cui imputare la violazione quando la condotta anticoncorrenziale è stata realizzata da una società facente parte di un gruppo, l'unica autorità a prendere posizione sino ad adesso è stata la CSNR, la quale ha ritenuto che andasse punita esclusivamente la società che aveva materialmente commesso il fatto e quindi che la sanzione andasse calcolata sul fatturato di quest'ultima e non su quello della *holding*.¹⁰⁵

Si può ricordare, infine, che in base ad un'interpretazione generalmente accettata gli avvocati non sono considerati imprese e le loro condotte scorrette sono sanzionate dalla legge sugli avvocati¹⁰⁶ e dal codice etico predisposto dalla

¹⁰⁰ Nel caso "*Hui Erxun*" l'attore domandò la nullità del codice di condotta, che egli riteneva contrario all'art. 13 della legge antimonopoli, e la condanna dell'Associazione per la disinfezione di Shenzhen ad un risarcimento puramente nominale di uno *yuan*; *Shenzhen Hui Erxun Science and Technology Co. Ltd. c. Associazione per la disinfezione di Shenzhen*, Alta Corte del Guangdong, *Yue Fao Fa Min San Zhong Zhi* n. 155, del dicembre 2012, consultabile, in cinese, su <http://www.gdcourts.gov.cn/gdcourt/front/front!content.action?lmdm=LM41&gjid=20121205100741451802>; .v., anche, Q. Hao (2013), p. 8.

¹⁰¹ X. Wang – Su (2012), pp. 58–59.

¹⁰² Art. 14 legge sulle società.

¹⁰³ Art. 22; *infra* Cap. V, § 3.4.

¹⁰⁴ C–15/74, *Centrafarm BV e Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc.*; C–73/95, *Viho Europe BV c. Commissione*. Negli Stati Uniti v. *Copperweld Corp. vs. Independence Tube Corp.*, 476 U.S. 752 (1984).

¹⁰⁵ Cfr. il caso "*Prezzi del latte in polvere per i bambini*", deciso dalla CSNR nell'agosto del 2013, in cui sono state sanzionate le controllate cinesi di sei grandi multinazionali; decisione inedita, v. comunicato stampa, in inglese, su http://news.xinhuanet.com/english/china/2013-08/07/c_132609938.htm.

¹⁰⁶ Modificata da ultimo nel 2012 e consultabile in inglese sul sito della CSP, all'indirizzo <http://en.chinacourt.org/public/detail.php?id=100>.

Associazione degli avvocati di tutta la Cina.¹⁰⁷

4.2 Associazioni industriali

Una figura essenziale del panorama industriale cinese è costituita dalle associazioni industriali, organizzazioni non lucrative il cui ruolo all'interno del sistema rappresenta uno degli elementi distintivi dell'economia socialista di mercato.¹⁰⁸

Nel rinunciare al proprio potere di ingerenza diretta su quei mercati che venivano avviati ad un regime di libera concorrenza, lo Stato ha voluto rendere meno brusca questa radicale svolta, trasferendo parte delle sue funzioni ad organismi di nuova formazione, che assunsero la fisionomia di organizzazioni private di categoria. Molte delle attuali associazioni industriali non sono altro che l'evoluzione dei vecchi dipartimenti ministeriali incaricati di vigilare su uno specifico settore, i quali hanno cambiato forma,¹⁰⁹ ma dei precedenti organi pubblici conservano la struttura e la compagine amministrativa, costituita per lo più da ex burocrati provenienti dall'amministrazione dello Stato.¹¹⁰ Accanto a queste associazioni che potremmo definire "quasi governative" e che spesso sono collegate anche dal punto di vista formale con i ministeri competenti per lo specifico settore,¹¹¹ sono sorte spontaneamente anche altre associazioni industriali per facilitare i contatti tra le imprese, un fenomeno abbastanza naturale in mercati caratterizzati da un'offerta sensibilmente frammentata e minacciata da quella anomala condizione di mercato erroneamente definita come "eccesso di concorrenza".¹¹² Attraverso di esse le imprese sono cercate di sfuggire alle inesorabili conseguenze della concorrenza, concertando le proprie attività, mentre, da altro punto di vista, la mancanza di operatori dotati di un forte potere di mercato ha fatto sì che le associazioni di categoria siano state il più delle volte in grado di imporre efficacemente le proprie

¹⁰⁷ L'ultima versione è stata emanata a novembre 2011; testo consultabile, in inglese, (a pagamento) su <http://www.chinalawandpractice.com/Article/3002830/Issue/8508/Code-of-Practice-for-Lawyers-2nd-Revision.html>.

¹⁰⁸ Healey (2011), p. 128.

¹⁰⁹ Howell – Wolff – Howe – Oh (2009), pp. 87–88.

¹¹⁰ W. Zheng (2010), p. 669.

¹¹¹ Ad esempio le c.d. "Camere di commercio" ("*shanghui*"), associazioni che raccolgono gli importatori e gli esportatori di un determinato settore, sono tutte organizzazioni affiliate al Ministero del Commercio; allo stesso modo, le associazioni delle industrie considerate di importanza strategica (carbone, petrolio, siderurgia, etc.) sono affiliate alla CACPP; v. W. Zheng (2010), p. 669, in nota.

¹¹² Cfr. *supra* Cap. II, § 1.2.

3. Principi e concetti fondamentali

decisioni, restringendo in concreto l'offerta sul mercato.

Le associazioni industriali dell'una e dell'altra specie sono state lo strumento utilizzato dal governo per implementare la propria politica di "autodisciplina industriale" (*"hangye zilu"*), quale risposta all'eccesso di concorrenza sui nuovi mercati liberalizzati.¹¹³ Nel 1998 la CSEC, vale a dire la stessa autorità a quel tempo incaricata di redigere il progetto di legge antitrust,¹¹⁴ chiamò le imprese a cooperare tra di loro e invitò le associazioni industriali a fissare dei "prezzi di autodisciplina industriale" calcolati in base ai "costi sociali medi di produzione".¹¹⁵ L'atteggiamento della CSEC ricorda quanto avvenuto negli Stati Uniti con l'emanazione del "*National Recovery Act*" del 1933,¹¹⁶ quando sostanzialmente lo Stato diede il proprio beneplacito alla formazione di cartelli tra le imprese. A differenza di quest'ultimo caso, però, la scelta del governo cinese non è stata dettata dall'esigenza di rispondere ad una crisi economica congiunturale, quale quella vissuta dagli Stati Uniti durante la Grande Depressione, ma rispecchia piuttosto l'ambiguità di una politica che da un lato afferma di voler stimolare la concorrenza (la legge sui prezzi che vietava il *price fixing* era stata adottata appena un anno prima dell'intervento della CSEC) e dall'altro ne è intimorita, tanto da non rinunciare a quegli strumenti giuridici che le permettono di aggirare i principi del mercato.¹¹⁷

La formulazione della legge antimonopoli ripropone questa discrasia e l'articolo 11 include tra i compiti delle associazioni industriali il "mantenimento dell'ordine concorrenziale sul mercato", da un lato, e il "rafforzamento dell'autodisciplina dei settori industriali", dall'altro,¹¹⁸ con un esplicito

¹¹³ Cfr. Healey (2011), p. 126.

¹¹⁴ V. *supra* Cap. II, § 3.1.

¹¹⁵ "*Opinione sui prezzi di autodisciplina industriale adottati in alcuni settori*", emanata dalla CSEC il 17 agosto 1998; cfr. W. Zheng (2010), p. 688.

¹¹⁶ Cfr. *supra* Cap. II, § 1.2, in nota.

¹¹⁷ Ancora nel 2007, poche settimane prima dell'approvazione della legge antimonopoli, il Consiglio di Stato adottava una circolare "*Alcune opinioni dell'Ufficio affari generali del Consiglio di Stato su come accelerare le riforme e lo sviluppo delle associazioni industriali e delle camere di commercio*", del 13 maggio 2007, in cui si sottolineava la necessità di rendere autonome le associazioni industriali dalle autorità amministrative e contemporaneamente si confermava il ruolo di queste associazioni nella vigilanza sul mercato, nell'applicazione delle regole di deontologia imprenditoriale e nello sviluppo di un sistema di controllo dell'autodisciplina industriale; testo consultabile, in cinese, su <http://finance.sina.com.cn/g/20070605/16213662902.shtml>; v. ABA (2011), China-39, e Howell – Wolff – Howe – Oh (2009), p. 87.

¹¹⁸ È stato fatto notare come la disposizione sia stata inserita su pressione delle associazioni industriali e di alcuni governi locali per tutelare la posizione delle associazioni di categoria; v. Huang (2008), p. 130, in nota.

riconoscimento della funzione “compensativa” degli effetti del libero gioco della concorrenza spettante a questi organismi. La maggior parte delle associazioni industriali ritiene che rientri tra i propri doveri il controllo interno del mercato e l’individuazione di un “giusto prezzo” delle prestazioni, arrogandosi un potere regolatorio sostitutivo dell’effetto disciplinante del mercato scaturente dall’applicazione delle norme della concorrenza.¹¹⁹ Sotto la bandiera della “autodisciplina industriale” gli organi rappresentativi di categoria impongono meccanismi di controllo dei prezzi, di ripartizione del mercato o di limitazione della produzione.¹²⁰ Non è raro, pertanto, osservare l’ingenuità con cui certe associazioni proclamano pubblicamente di aver raggiunto un accordo per l’aumento o la fissazione di dei prezzi,¹²¹ convinte della piena legittimità del proprio operato, in quanto ritenuto rispondente a finalità di interesse generale.

In ragione di questa diffusa concezione del ruolo delle associazioni industriali, si temeva che l’applicazione della legge antimonopoli, che pur vieta espressamente la promozione di accordi monopolistici da parte delle associazioni di categoria,¹²² sarebbe stata poco incisiva nell’affrontare il problema di questo nuova forma di corporativismo¹²³ e che, nell’implicito contrasto tra il divieto di accordi dell’articolo 16 e la disposizione di principio dell’articolo 11, le autorità antitrust avrebbero potuto privilegiare la tutela della funzione pubblica riconosciuta alle associazioni di imprese. La prassi che ne è seguita, tuttavia, ha in parte fugato questi timori, poiché nella non abbondantissima attività antimonopolistica dell’ASIC e della CSNR si evidenzia come nella stragrande maggioranza dei casi siano state

¹¹⁹ Huang – Z. Zhang (2011), p. 50.

¹²⁰ Nel caso “*Calcestruzzo pre-miscelato*” (2010), l’AIC del Jiangsu, svelò un cartello tra le imprese produttrici di calcestruzzo nella città di Lianyungang, nel quale un’associazione industriale aveva formulato delle “*regole di autodisciplina*” per ripartire i mercati e far sì che i prezzi dei prodotti venissero stabiliti di comune accordo tra gli aderenti. Per garantire l’effettività del cartello, l’associazione predispose delle procedure d’indagine presso i produttori e stabilì delle penali che dovevano essere pagate in caso di mancato rispetto dell’accordo; testo della decisione consultabile, in cinese, su http://www.saic.gov.cn/zwgk/gggs/jzzf/201307/t20130726_136749.html; v. anche X. Wang – Emch (2013), p. 17.

¹²¹ Cfr. Huang – Z. Zhang (2011), p. 53, in nota, che ricorda il caso di un’associazione di promotori immobiliari a Shenyang, nel Liaoning, che propagandò attraverso il canale televisivo nazionale il raggiungimento di un accordo di fissazione dei prezzi; v. anche il caso “*Spaghetti di riso*”, cit. *supra* Cap. II, § 2.2, che si dice abbia indotto la Commissione permanente del CNP, a causa del clamore da esso suscitato tra il pubblico, ad inserire una disciplina più stringente delle condotte delle associazioni industriali, contenuta negli attuali artt. 16 e 46 della legge; v. Huang (2008), p. 130, e X. Wang (2008a), p. 602.

¹²² Cfr. artt. 16.

¹²³ Cramer (2008), p. 31.

3. Principi e concetti fondamentali

sanzionate delle associazioni industriali di categoria da sole o in concorso con altre imprese.¹²⁴ Va comunque notato che tutte le associazioni colpite rientrano nel novero di quelle nate per volontà dei privati e che nessuna azione risulta essere stata intrapresa contro le associazioni industriali “quasi governative”, benché il loro potenziale lesivo della concorrenza, per l’importanza e la latitudine dei mercati controllati, sia notevolmente più elevato. Inoltre, è sempre latente il rischio che il divieto di cui all’articolo 16 e le pesanti sanzioni previste dall’articolo 46, che per i casi più gravi prevedono lo scioglimento dell’associazione,¹²⁵ possano venire in concreto neutralizzati, sfruttando gli ampi spazi di esenzione garantiti dall’articolo 15 della legge,¹²⁶ perseverando nell’errore ravvisare nella protezione degli interessi particolari dei membri di una categoria imprenditoriale un più generale beneficio per l’intera economia nazionale.¹²⁷

4.3 Imprese statali di importanza strategica e monopoli legali

La struttura, le funzioni ed il ruolo affidato all’impresa pubblica sono elementi essenziali per definire i caratteri del sistema di economia socialista di mercato.¹²⁸ Il modo in cui i principi della concorrenza si relazionano con tale particolare forma di mercato è uno degli indicatori più significativi del livello di integrazione delle regole antitrust nell’ordinamento di un paese che ancora

¹²⁴ Ad esempio, dall’elenco delle decisioni assunte dall’ASIC tra il 2010 ed il luglio del 2013 emerge che in dieci dei dodici casi è stata sanzionata un’associazione industriale; si veda la nuova piattaforma *on-line* inaugurata dall’ASIC nel luglio del 2013 [“*Piattaforma ASIC*”], in cui vengono raccolte le decisioni più importanti assunte dall’amministrazione statale e dai suoi uffici decentrati, consultabile in cinese su <http://www.saic.gov.cn/zwgk/gggs/jzzf/>.

¹²⁵ In forza del *Regolamento per la registrazione e la vigilanza degli organismi associativi*, *cit.*, è fatto divieto alle organizzazioni sociali di svolgere qualsiasi attività senza aver prima ottenuto la registrazione presso il Ministero degli affari civili o i suoi dipartimenti locali. A seguito della registrazione ogni associazione industriale viene assegnata alla supervisione dell’amministrazione competente per il settore in cui essa opera. In caso di violazioni gravi delle norme sugli accordi monopolistici, l’art. 46, par. 3, legge antimonopoli consente all’autorità incaricata della registrazione e vigilanza sull’associazione industriale di revocare la registrazione, così costringendo l’organizzazione a sciogliersi.

¹²⁶ In “*Hui Erxun*”, *cit.*, i giudici del Guangdong ritennero che la decisione dell’Associazione delle imprese di disinfestazione di Shenzhen, la quale fissava un prezzo minimo per i servizi disinfestazione e stabiliva che chi avesse violato la decisione sarebbe stato sanzionato per “concorrenza sleale”, poteva essere giustificata ai sensi dell’art. 15, nn. (1) e (4), legge antimonopoli in quanto evitava che la concorrenza sul prezzo tra le varie imprese portasse ad un peggioramento qualitativo dell’offerta e a degli effetti negativi per l’ambiente ed i consumatori; v. Q. Hao (2013), pp. 8–9.

¹²⁷ Cfr. Johnston (2009), p. 54.

¹²⁸ Cfr. *supra* Cap. I, § 6.

formalmente avalla il controllo delle attività produttive da parte dello Stato¹²⁹ e riconosce l'impresa pubblica quale "forza trainante" dell'intera economia nazionale.¹³⁰

Per rendere credibile il proprio impegno contro la monopolizzazione del mercato, tuttavia, il governo non poteva esimersi dall'applicare la nuova legge anche ai comportamenti delle imprese statali, le quali, nell'immaginario comune, sono diventate il simbolo stesso dello spreco del denaro pubblico e della dilagante corruzione nell'economia.¹³¹ In Cina è sempre più palese l'insoddisfazione dei consumatori per il modo in cui tali operatori agiscono sul mercato, offrendo servizi scadenti a prezzi irragionevolmente elevati¹³² e realizzando profitti stratosferici grazie alle inesauribili sovvenzioni provenienti dallo Stato.¹³³ Anche gli imprenditori, dal canto loro, sperano che una moderazione del potere dell'impresa pubblica tramite l'assoggettamento ai meccanismi di mercato possa agevolare la crescita del settore privato.¹³⁴

Il governo non poteva pertanto sperare di ottenere alcun sensibile miglioramento delle condizioni dell'offerta se non intervenendo per promuovere l'efficienza dei principali attori dell'economia cinese.¹³⁵ La strada scelta non fu, però, la piena parificazione dell'impresa pubblica a quella privata, secondo la soluzione adottata dal diritto europeo,¹³⁶ bensì quella di un bilanciamento tra l'imposizione di un nuovo regime concorrenziale e la conservazione della posizione di privilegio tradizionalmente riconosciuta alle imprese statali in virtù degli interessi generali di cui esse sono ritenute portatrici.

¹²⁹ Art. 15 Cost. cinese: "Lo Stato attua un'economia socialista di mercato. Lo Stato rafforza la legislazione in materia economica e potenzia la macroregolazione ed il controllo sull'economia. Lo Stato proibisce nel rispetto della legge a qualsiasi individuo o organizzazione di turbare l'ordine socio-economico".

¹³⁰ Art. 7 Costituzione cinese: "L'economia pubblica, ossia l'economia socialista appartenente a tutta la popolazione, è la forza trainante dell'economia nazionale. Lo Stato assicura il consolidamento e la crescita dell'economia pubblica".

¹³¹ Xinhua (2002).

¹³² Bush (2009), pp. 112–113.

¹³³ Xinhua (2007).

¹³⁴ T. Wei (2012), p. 4.

¹³⁵ Xinhua (2002).

¹³⁶ Cfr. art. 106 TFUE; v. anche ABA (2005), p. 28, che proponeva l'introduzione di una norma che equiparasse l'impresa pubblica a quella privata, nel timore che l'assenza di una disposizione apposita nella bozza allora circolante potesse tradursi in un'implicita esenzione di tutte le condotte realizzate dalle imprese pubbliche attraverso una sorta di automatica inclusione delle stesse nell'alveo delle eccezioni giustificate per ragioni di interesse pubblico.

3. Principi e concetti fondamentali

Nel corso dell'ultima lettura in Commissione permanente del giugno 2007, fu aggiunto l'odierno articolo 7,¹³⁷ una delle disposizioni più ambigue ed al contempo più dibattute dell'intera legge antimonopoli, con la quale si è inteso introdurre una disciplina speciale dell'impresa pubblica a cavallo tra regolazione ed adattamento ai principi del libero mercato. La fretta con cui fu inserita la norma in questione si manifesta nell'ambiguità dei termini utilizzati, che non esprimono un indirizzo chiaro circa la sua portata derogatoria, per cui sembra essere stato attribuito alla prassi il compito di trovare un equo bilanciamento fra gli interessi opposti che si agitano all'interno della previsione legislativa.¹³⁸

Il primo paragrafo dell'articolo in questione elenca tre diversi settori industriali nei quali lo Stato si riserva un potere di controllo ed intervento, in sostituzione delle forze del mercato, in modo da assicurare il corretto operare delle imprese statali e la regolamentazione dei prezzi dei beni e dei servizi offerti,¹³⁹ tenendo conto sia degli interessi dei consumatori che delle ragioni del progresso tecnologico. Le funzioni di regolazione sono ripartite tra una le amministrazioni di rango ministeriale, cui è affidato il compito di curare gli interessi pubblici all'interno di uno specifico settore industriale.¹⁴⁰ La legge antimonopoli non esautora questi organi, che possono continuare ad esercitare i loro poteri nei limiti indicati, per l'appunto, dall'articolo 7, il quale crea a favore di alcune imprese una vasta area di esenzione dalle norme antitrust, i cui limiti saranno analizzati di seguito.

Le tre categorie di imprese individuate dalla norma sono i monopoli legali e le imprese di proprietà dello Stato essenziali per l'economia nazionale ovvero per la sicurezza nazionale.

Quanto ai primi è generalmente accettato il principio per cui, in presenza di un monopolio naturale, l'applicazione delle regole della concorrenza si rivela sostanzialmente inutile, poiché una singola impresa può produrre un bene ad un

¹³⁷ Healey (2011), p. 130.

¹³⁸ Huang – S. Jiang – Moss – Stutz (2010), p. 347.

¹³⁹ Cfr. art. 18, legge sui prezzi, che affida alla CSNR il compito di stabilire i prezzi di alcuni gruppi di beni, tra i quali “*quel limitato numero di beni di grande importanza per lo sviluppo dell'economia nazionale ed il sostentamento della popolazione*” (n. 1) ed “*i prodotti per i quali esiste un monopolio naturale*” (n. 3); v. *supra* Cap. II, § 2.2.

¹⁴⁰ Tra queste si possono ricordare: il Ministero delle comunicazioni, Ministero dell'industria e della tecnologia la Commissione di regolazione bancaria, la Commissione di regolazione finanziaria, la Commissione di regolazione assicurativa, la Commissione di regolazione dell'energia elettrica; si ricorderà che i rappresentanti di queste amministrazioni sono tra i componenti della Commissione Antimonopoli.

prezzo inferiore rispetto a quello che sarebbe offerto se fossero operanti più imprese in competizione tra loro,¹⁴¹ e di conseguenza è la regolamentazione l'unico strumento in grado di riportare in equilibrio il mercato, imponendo al monopolista un comportamento efficiente che tenga conto degli interessi degli altri soggetti interessati. Il riferimento dell'articolo 7 alle imprese che operano nei “*settori nei quali la legge riconosce il potere di produrre e vendere beni in esclusiva*”, è sostanzialmente identico a quello, contenuto nella legge contro la concorrenza sleale,¹⁴² alle imprese che occupano “*una posizione di monopolio in base alla legge*”,¹⁴³ i cui elementi caratterizzanti sono, secondo l'interpretazione fornita dall'ASIC, il diritto esclusivo di operare in un mercato in cui l'ingresso è impedito dall'esistenza di barriere di natura normativa e la sufficientemente marcata dipendenza di utenti e consumatori dai prodotti e servizi dell'impresa.¹⁴⁴ Inoltre, dall'inciso della disposizione antimonopolistica che affida specificatamente allo Stato il compito di tutelare “*il legittimo operare delle imprese*” nei mercati in questione si ricava che solo il governo centrale può attribuire alle imprese la gestione esclusiva di un mercato.¹⁴⁵ Se un monopolio di diritto o di fatto viene concesso ad un'impresa da parte di un governo locale, che non agisce su espressa delega dello Stato, si è di fronte ad un abuso di potere amministrativo *ex* articoli 32 e 37 della legge e pertanto l'impresa in questione non potrà beneficiare di alcuna deroga alle normali regole della concorrenza.¹⁴⁶

Gli altri due gruppi di imprese cui fa riferimento l'articolo 7 sono di più difficile identificazione, perché il criterio utilizzato della essenzialità dell'impresa per l'economia o la sicurezza nazionale è volutamente ambiguo e destinato a mutare nel tempo. L'intensità dell'intervento dello Stato in Cina varia da settore a settore ed addirittura da luogo a luogo,¹⁴⁷ rendendo impossibile tracciare una chiara demarcazione tra imprese essenziali e non. Un indizio può trarsi dalla coeva legge sulle partecipazioni pubbliche,¹⁴⁸ che divide le “*grandi imprese a partecipazione*

¹⁴¹ Areeda (1972); *contra* v. Posner (1969).

¹⁴² Art. 6 legge contro la concorrenza sleale

¹⁴³ Emch (2008a), p. 9.

¹⁴⁴ Risposta della SAIC Gong Shang Gong Zi n. 48, cit. in Emch (2008b), p. 621.

¹⁴⁵ Gli esempi più rilevanti sono i mercati del petrolio, del sale e del tabacco.

¹⁴⁶ Cheng (2008), p. 24.

¹⁴⁷ Bush (2009), p. 114.

¹⁴⁸ Art. 4 legge sulle partecipazioni pubbliche

3. Principi e concetti fondamentali

pubblica” (“*daxing guojia chuzi qiye*”), controllate direttamente dallo Stato, dalle altre imprese pubbliche, la cui amministrazione è invece affidata ai governi locali. La distinzione tra le due categorie si fonda sull’essenzialità dell’impresa per l’economia o la sicurezza nazionale (“*guomin jingji mingmai he guojia anquan*”), con una formulazione esattamente identica a quella che abbiamo visto utilizzata dall’articolo 7 della legge antimonopoli. A seguito della profonda ristrutturazione del sistema di partecipazioni pubbliche lo Stato ha concentrato i propri investimenti in un ridotto numero di settori strategici (armamenti, produzione e distribuzione dell’energia elettrica, petrolio e suoi derivati, carbone, telecomunicazioni, trasporti aerei e trasporti marittimi), ritenendo che, per proteggere adeguatamente gli interessi pubblici connessi a questi mercati, la regolamentazione amministrativa delle condotte delle imprese non sarebbe stata sufficiente se non in quanto fosse stata associata alla proprietà pubblica del capitale di tutti o della stragrande maggioranza degli operatori del settore.¹⁴⁹ Si potrebbe, dunque, ritenere che le imprese di cui all’articolo 7 siano proprio le 117 imprese di proprietà della CACPP e le altre comunque sottoposte al controllo del Consiglio di Stato.¹⁵⁰ In questo caso la portata della disposizione in esame sarebbe molto ampia, coprendo settori, ad esempio quello dei trasporti, per i quali è difficile scorgere la ragione che giustificerebbe un’applicazione differenziata delle norme della concorrenza.¹⁵¹ In assenza di un collegamento espresso tra le due normative, tuttavia, nulla vieta di costruire in maniera più ristretta (ma anche più estesa) l’ambito della disposizione della legge antimonopoli, continuando a restare incerto il problema dei limiti che incontra l’applicazione del diritto della concorrenza nel settore pubblico.

Il secondo paragrafo dell’articolo 7 si occupa direttamente delle condotte delle imprese operanti nei settori in precedenza descritti, facendo uso di un linguaggio che, ancora una volta, è di assai difficile decrittazione. Da un lato, infatti, si dice che le imprese devono conservare una rigorosa autodisciplina, improntata ai principi di correttezza ed onorabilità ed assicurata dal controllo pubblico sulla loro gestione; dall’altro si ribadisce che le imprese statali devono agire nel rispetto della legge (“*yifa*”) per non pregiudicare gli interessi dei consumatori. La domanda

¹⁴⁹ Owen – Sun – W. Zheng (2007), pp. 243–244.

¹⁵⁰ Principalmente banche ed assicurazioni; cfr. *supra* Cap. I, § 6.

¹⁵¹ Healey (2011), p. 132.

principale che ci si pone è se per “legge” si debba intendere esclusivamente la normativa che regola il singolo settore industriale ovvero il complesso dell’ordinamento giuridico, inclusa quindi la legge antimonopoli.¹⁵²

Accettando la prima interpretazione proposta, l’articolo 7 avrebbe introdotto un’esonazione generalizzata alle norme della concorrenza, di cui si gioverebbero tutte quelle imprese che lo Stato considera strategiche per la propria politica economica, riservandosi il potere di fissare il prezzo dei loro prodotti e di gestirne l’operato in base ai principi stabiliti dalle normative di settore e dal medesimo articolo 7.¹⁵³ In un primo tempo quest’ultima era stata l’opzione abbracciata dalla Commissione permanente, che aveva approvato un emendamento che chiaramente escludeva le imprese in questione dal raggio di applicazione della legge antimonopoli. Tale previsione fu duramente contestata ed in seguito sostituita con la disposizione in commento¹⁵⁴, perché gli stretti rapporti tra le imprese pubbliche e gli organi di vigilanza rendevano altamente improbabile un’applicazione imparziale dei principi della concorrenza.¹⁵⁵ Va inoltre considerato che, quando il legislatore ha voluto inserire un’esonazione per categoria l’ha fatto espressamente, come si è visto in merito agli abusi di potere amministrativo commessi in settori regolamentati.¹⁵⁶ Per questa ragione l’opinione maggioritaria¹⁵⁷ ritiene che l’articolo 7 si sia limitato a ribadire il privilegio costituzionale spettante alle imprese statali all’interno dell’ordinamento, affermando piuttosto la compatibilità della disciplina della concorrenza con l’esistenza di una regolamentazione di settore.¹⁵⁸ Il carattere strategico di un’impresa e la consapevolezza dei limiti che incontrano le leggi del mercato nei settori regolamentati rappresentano soltanto degli indizi di cui l’interprete deve tenere conto nella sua valutazione circa la sussistenza delle condizioni per l’applicazione di una delle “eccezioni di interesse pubblico” previste in via generale dalla legge,¹⁵⁹ ma che non forniscono alcuna indicazione circa un’acritica preferenza che dovrebbe essere tributata agli obiettivi di politica

¹⁵² W. Zheng (2010), pp. 697–698.

¹⁵³ In questo senso v. Howell – Wolff – Howe – Oh (2009), p. 83.

¹⁵⁴ Huang (2007).

¹⁵⁵ Huang (2008), p. 128.

¹⁵⁶ Art. 51 legge antimonopoli, v. *supra* § 3.3.

¹⁵⁷ Meng (2010), pp. 14–20; Fox (2008), p. 178; Huang (2008), p. 127; J. Shi (2008), pp. 14–19; Wu (2008), p. 99.

¹⁵⁸ Shang (2009), p. 99.

¹⁵⁹ Cfr. artt. 15 e 28.

3. Principi e concetti fondamentali

industriale rispetto a quelli della concorrenza.¹⁶⁰

Il problema si sposta, a questo punto, sul come contemperare il rispetto dei principi della concorrenza con la regolamentazione pubblica, in alcuni casi assai pervasivo, dell'attività delle imprese statali e con l'invito, contenuto nella legge, ad adottare forme di autodisciplina interne ad uno specifico settore. La risposta risiede proprio nello "yifa", ossia nella conformità della condotta anticoncorrenziale dell'impresa ad una norma giuridica che imponga alla stessa di tenere quel preciso comportamento.¹⁶¹ Nel momento in cui l'impresa statale, oltrepassando i limiti di quanto consentito dalla legge che ne regola l'attività, decide di sfruttare la posizione di vantaggio in cui si trova o i diritti esclusivi conferitile dall'ordinamento per restringere l'offerta sul mercato in pregiudizio degli interessi dei consumatori, essa va ritenuta direttamente responsabile della violazione delle norme della concorrenza.

L'interpretazione proposta trova ben noti precedenti nella *State Action Doctrine* statunitense¹⁶² e nelle sentenze della Corte di giustizia europea sui limiti all'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE,¹⁶³ che esentano dalla disciplina antitrust le pratiche restrittive poste in essere dalle imprese nei limiti in cui ciò avvenga in stretta esecuzione di una normativa emanata dal potere pubblico. In Europa si aggiunge la specifica eccezione alle norme sulla concorrenza riconosciuta a favore delle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale ed i monopoli fiscali per i comportamenti tenuti nell'adempimento della loro missione.¹⁶⁴ È estremamente probabile che il legislatore cinese sia stato influenzato dalla prassi dei due principali ordinamenti antitrust nel momento di ritagliare uno spazio di esenzione per lo Stato, che, al contempo, non lo conducesse a

¹⁶⁰ Healey (2010), p. 26.

¹⁶¹ Cfr. Cheng (2008), p. 24, "That would mean undertakings addressed by Article 7 would not be exempt from AML's application simply because of its position to meet some socially desirable goals, but Article 7 would be available only if the undertaking's operations are also lawful as prescribed elsewhere in another body of law either as separate legislation or established rules. Put differently, "lawful business operations" means business operations specifically provided for by law".

¹⁶² La teoria è stata formulata per la prima volta in *Parker vs. Brown*, 317 U.S. 341 (1943) in relazione all'immunità riconosciuta alle condotte degli organi pubblici; *California Retail Liquor Dealers Assn. vs. Midcal Aluminium*, 445 U.S. 97 (1980), ha poi precisato che anche i comportamenti dei privati possono essere esentati qualora l'atto pubblico abbia l'esplicito e specifico scopo di derogare ai principi della concorrenza e l'autorità pubblica eserciti un controllo effettivo sul potere dei privati.

¹⁶³ Cfr. Cause riunite C-94 e 202/04, *Cipolla c. Fazari*; cause riunite T-191, 212 e 214/98, *Atlantic Container c. Commissione*; C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* ("CIF"). Le imprese sono, invece, sanzionabili ove la normativa interna consenta di essere applicata senza violare le regole della concorrenza.

¹⁶⁴ Art. 106, par. 2, TFUE.

rinnegare principi della concorrenza per una vasta area del mercato cinese.

In un caso deciso prima dell'entrata in vigore della legge antitrust, ma che può costituire un utile precedente nell'interpretazione delle disposizioni della nuova legge, l'ASIC, rispondendo ad un quesito dell'AIC del Sichuan, sostenne che poteva essere sanzionata la società pubblica monopolista nella produzione e distribuzione del tabacco a livello locale, la quale aveva riunito tutti i tabaccai della zona in un'associazione da essa controllata e, per mezzo di quest'ultima, aveva imposto agli aderenti l'adozione di un prezzo uniforme per la vendita delle sigarette, pena l'estromissione dal circuito di distribuzione. L'ASIC esclude che l'esistenza di una normativa speciale che attribuiva alla società locale dei tabacchi il monopolio dell'amministrazione del tabacco¹⁶⁵ impedisse l'applicazione delle norme della concorrenza a quelle condotte che non erano imposte dalla legge e, pertanto, concluse che la fissazione dei prezzi di rivendita delle sigarette andava punita ai sensi dell'articolo 6 della legge contro la concorrenza sleale.¹⁶⁶

Anche le altre autorità antitrust hanno espresso l'idea di non considerare l'articolo 7 un salvacondotto per le principali imprese statali. Già nel 2009 il Ministero del commercio biasimò la scelta di *China Unicom* e *China Netcom*, due giganti pubblici delle telecomunicazioni, di non notificare la propria fusione avvenuta nell'ottobre dell'anno precedente.¹⁶⁷ Le società interessate ritenevano che, trattandosi di un'operazione con cui si dava esecuzione ad un più complesso piano di ristrutturazione del settore delle telecomunicazioni, non fosse necessario ottenere un'ulteriore autorizzazione ai sensi della legge antimonopoli, tanto più che le autorità antitrust si collocavano ad un livello gerarchicamente inferiore rispetto agli organismi di regolamentazione di settore che avevano già approvato la fusione.¹⁶⁸ Nonostante il Ministero abbia puntualizzato la necessità che tutte le concentrazioni che superano la soglia stabilita siano approvate dall'ufficio antimonopoli costituito al suo interno,¹⁶⁹ ad oggi rimangono ancora molte le concentrazioni tra imprese statali

¹⁶⁵ *Zhonghua renmin gongheguo yancao zhuanmai fa* (Legge sul monopolio del tabacco della RPC), del 29 giugno 1991, entrata in vigore l'1 gennaio 1992; testo consultabile, in inglese, su <http://www.asianlii.org/cn/legis/cen/laws/tml202/>.

¹⁶⁶ “*Società del tabacco del Sichuan*”; v. X. Mao (2007), pp. 121, n. 46.

¹⁶⁷ X. Wang – Su (2012), p. 46.

¹⁶⁸ Cfr. *infra* Cap. VI, § 3.4.

¹⁶⁹ Healey (2011), p. 135.

3. Principi e concetti fondamentali

che sfuggono al controllo antitrust¹⁷⁰ e il Ministero del commercio non sembra preoccuparsi di invertire questa tendenza.¹⁷¹

Parimenti insufficiente è stato l'impegno mostrato dell'ASIC e della CSNR nel combattere le pratiche restrittive realizzate dalle imprese statali e questa volta la ragione che sta dietro questo lassismo nei controlli è la malcelata tolleranza per quelle condotte che finiscono per consolidare la posizione di mercato delle imprese statali o che consentono a queste ultime di realizzare profitti sopracompetitivi.¹⁷² L'unico caso finora noto è l'investigazione avviata contro *China Telecom* e *China Unicom* per l'abuso della loro posizione dominante consistente nell'aver ostacolato l'interconnessione alla rete da parte di operatori concorrenti nella fornitura di servizi internet a banda larga. La vicenda si caratterizza per la particolare complessità dell'indagine e per l'incertezza circa l'applicabilità dei divieti antimonopolistici in presenza di una regolamentazione amministrativa che stabilisce i costi di interconnessione; tuttavia, il fatto che ancora dopo due anni dall'avvio del procedimento non si sia giunti ad una decisione evidenzia tutta la difficoltà e le resistenze che le autorità antitrust incontrano nell'applicare la legge del 2007 alle imprese che agiscono sotto il controllo dello Stato.¹⁷³

Le vicende che hanno caratterizzato l'*iter* di formazione della legge antimonopoli rendono prevedibile che l'affermazione dei principi della concorrenza nel settore pubblico non sarà un lavoro né breve né semplice. In particolare, l'avvio di una indagine nell'ambito dei servizi pubblici, dove maggiori sono il peso la regolazione amministrativa e le influenze da parte del governo, può essere vissuto

¹⁷⁰ Per una lista aggiornata delle ristrutturazioni che hanno interessato le imprese sotto il controllo dello Stato, si veda, in cinese, <http://www.sasac.gov.cn/n1180/n1226/n2665/index.html>.

¹⁷¹ Cfr. *infra* Cap. VI, § 3.4.

¹⁷² Ad esempio, nel 2009 la stampa diede la notizia che i due principali importatori di fertilizzanti potassici, *Sino-Chem* e *Sino-Agri*, raggiunsero un accordo per incrementare i prezzi di vendita dei prodotti, ma nessun procedimento fu avviato dalle autorità competenti; sempre nello stesso anno *CNPC* e *Sinopec* collusero tra di loro per fissare i prezzi di vendita del gasolio, i quali avevano subito un consistente decremento nell'ultimo periodo, ed anche in questo caso la notizia ebbe ampia diffusione sulla stampa; v. W. Zheng (2009): "Whether or not the AML creates a de jure exemption for dominant SOEs, all evidence indicates that the AML is simply not being enforced against such SOEs as a practical matter".

¹⁷³ Nel dicembre del 2011 le due imprese delle telecomunicazioni resero noto di aver inviato alla CSNR una proposta di impegni con la quale le due compagnie promettevano di ridurre i costi dei loro servizi al pubblico e di facilitare l'interconnessione da parte di altri operatori. Non è chiaro, tuttavia, se l'indagine è stata temporaneamente sospesa in attesa di verificare il rispetto degli impegni, visto che la CSNR non ha mai comunicato di avere ufficialmente accettato la proposta di *China Telecom* e *China Unicom*; v. M. Han – Connolly (2013) ed anche <http://money.163.com/12/0329/00/7TNLGHG00253B0H.html> (in cinese).

come un “attacco” diretto contro il ministero che si pone al vertice di quel determinato settore.¹⁷⁴ L’esperienza dei primi anni di applicazione della legge dimostra, infatti, il timore vissuto dalle autorità antitrust nel sottoporre a verifica le condotte delle grandi imprese statali, spesso realizzate con il benestare dai massimi organi del governo, confermando la sensazione, condivisa da molti, che in un primo tempo l’applicazione della legge antimonopoli si concentrerà sui comportamenti delle imprese private ed al più su quelli delle imprese pubbliche di minori dimensioni sotto il controllo dei governi locali.¹⁷⁵

D’altro canto, bisogna pur ammettere che il sempre più deciso impegno del governo nel promuovere l’interesse dei consumatori non lo fa restare sordo alle crescente malcontento della popolazione, per essere questa costretta ad usufruire di servizi scadenti a prezzi irragionevolmente elevati, a causa dei comportamenti abusivi tenuti dalle imprese pubbliche. Queste ultime, a loro volta, stanno conoscendo una rapida espansione nel mercato globale e si trovano pertanto a confrontarsi con le legislazioni antitrust di altri paesi, senz’altro meno benevoli nei loro confronti. È probabile, quindi, che la necessità di modificare le proprie pratiche commerciali nell’approcciarsi a nuovi mercati influirà inevitabilmente anche sull’atteggiamento delle imprese pubbliche all’interno dei confini cinesi.¹⁷⁶ Stessa cosa può dirsi per le autorità antitrust cinesi, le quali troveranno sempre più difficile da giustificare a livello internazionale la loro indulgenza nei confronti delle principali imprese del paese, avendo oltretutto dato prova, nell’applicazione della legge contro la concorrenza sleale, di possedere tutti gli strumenti per reprimere le condotte abusive realizzate nel settore pubblico.¹⁷⁷

Ad ogni modo, sarebbe ingenuo pensare che la legge antimonopoli possa, da sola, risolvere gli intricati problemi di staticità dei mercati in cui le società pubbliche conservano una posizione dominante. È, dunque, necessario, prima di tutto,

¹⁷⁴ Hou (2013), p. 22.

¹⁷⁵ Johnston (2009), p. 43; v. anche Xinhua (2007), che riporta i dati di un sondaggio tra la popolazione, dal quale risulta che quasi i due terzi degli intervistati siano molto scettici sulla capacità della legge antimonopoli di combattere le pratiche restrittive nel settore pubblico.

¹⁷⁶ T. Wei (2012), pp. 4–5.

¹⁷⁷ Cfr. Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), pp. 345–347, che notano come la maggior parte degli interventi dell’ASIC in applicazione della legge contro la concorrenza sleale abbiano riguardato condotte di società di servizi pubblici o operanti in regime di monopolio (entrambe quasi sempre a controllo pubblico) illecite ai sensi dell’art. 6 della predetta legge.

3. Principi e concetti fondamentali

approfondire il processo di liberalizzazione di quei mercati,¹⁷⁸ allentando il peso della regolamentazione per creare nuovi spazi per la concorrenza tra le imprese.¹⁷⁹ Soltanto un rinnovato impegno nel progetto di scorporo delle grandi imprese e di educazione delle stesse ai meccanismi di mercato, tramite il contenimento delle sovvenzioni pubbliche e la ristrutturazione degli operatori inefficienti, potrà creare un ambiente confacente al corretto operare delle regole della concorrenza.

4.4 Autorità amministrative ed enti incaricati di svolgere funzioni pubbliche

Nell'impianto della legge antimonopoli è possibile notare come sia stata tracciata una chiara demarcazione tra le "imprese", da una parte, soggette alla norme sulle condotte antimonopolistiche, che includono gli accordi, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni (Capi II, III, IV),¹⁸⁰ e le autorità amministrative e gli enti incaricati, per legge o regolamento amministrativo, di svolgere funzioni pubbliche, dall'altra, destinatari della speciale disciplina degli abusi di potere amministrativo (Capo V). Si può dire, tentando un'ulteriore astrazione, che il legislatore ha voluto differenziare i comportamenti "operativi" delle imprese dalle funzioni "normative" dagli organi pubblici o parapubblicistici, che difatti la legge antimonopoli assoggetta ad un regime sanzionatorio affatto peculiare.¹⁸¹

Con un'importante innovazione rispetto alla disciplina contenuta nella legge contro la concorrenza sleale,¹⁸² alle autorità pubbliche sono equiparate quelle organizzazioni che, estranee alla gerarchia amministrativa, svolgono funzioni di regolazione, esercitando poteri di natura pubblicistica. Queste possono essere associazioni industriali, ma anche singole imprese, che svolgono attribuzioni tipiche dell'autorità amministrativa, come stabilire gli *standard* tecnici per un determinato settore o rilasciare le licenze necessarie per operarvi.¹⁸³ Si parla, in proposito, di "società con funzioni amministrative" ("*xingzheng gongsi*"), le quali cumulano su di

¹⁷⁸ W. Zheng (2009).

¹⁷⁹ Meng (2012), p. 9; Owen – Sun – W. Zheng (2007), p. 247.

¹⁸⁰ Cfr. art. 3 legge antimonopoli.

¹⁸¹ Cfr. art. 51 legge antimonopoli; *infra* Cap. VII, § 4.3.

¹⁸² Cfr. art. 7 legge contro la concorrenza sleale.

¹⁸³ Nel caso "*Società del tabacco del Sichuan*", *cit.*, la società pubblica che si occupava della produzione e distribuzione dei prodotti del tabacco esercitava anche le funzioni di autorità locale del tabacco, alla quale la legge attribuiva funzioni di vigilanza e regolazione del settore.

sé il ruolo di attori del mercato e di regolatori dello stesso.¹⁸⁴ Esse sono diverse dalle altre associazioni industriali o imprese perché sono soggette anche alla disciplina amministrativa propria delle altre agenzie governative ma, a differenza di queste ultime, svolgono diretta attività di produzione e scambio di beni o servizi sul mercato.¹⁸⁵ È evidente che le società con funzioni amministrative tenderanno a sfruttare le loro prerogative per restringere la concorrenza, impedendo l'accesso di nuovi operatori o costringendo le altre imprese a realizzare pratiche anticoncorrenziali, ed in tal senso la loro condotta sarà altresì punibile come abuso di potere amministrativo.¹⁸⁶

La formulazione legislativa permette, inoltre, di estendere i divieti di abuso di potere amministrativo anche a quelle imprese che operano come “agenti” degli organi pubblici, dai quali vengono incaricate di svolgere funzioni di natura amministrativa pur non essendo parte integrante della burocrazia governativa. Ne sono esempio le agenzie delle imposte, cui bisogna rivolgersi per le pratiche di rimborso o di agevolazione fiscale, e le agenzie locali per gli investimenti stranieri, che ricevono ed amministrano le richieste di investimento in progetti all'interno delle città o di determinate aree del paese.¹⁸⁷

Diversamente, come si è visto, le imprese statali monopoliste non sono soggette alle norme sugli abusi di potere amministrativo, ma a quelle sulle condotte anticoncorrenziali, benché i controlli esercitati su di esse dallo Stato e dalle autorità locali siano spesso assai penetranti e quantomeno le decisioni d'impresa più importanti siano sempre indotte o autorizzate dagli organi amministrativi addetti alla loro vigilanza.¹⁸⁸ Le imprese statali monopoliste, però, operano sul mercato quali soggetti autonomi dallo Stato, almeno formalmente parificati alle imprese private, anche se talune volte godono di una disciplina derogatoria o sono in concreto favorite nella distribuzione delle risorse.

Si è già accennato alle ragioni che hanno indotto il legislatore ad inserire le disposizioni sull'abuso di potere amministrativo all'interno della legge a tutela della

¹⁸⁴ Sulle società con funzioni amministrative si veda Song (2005), pp. 406–408.

¹⁸⁵ Jin – Luo (2002), p. 98.

¹⁸⁶ Fox (2008), pp. 189–190.

¹⁸⁷ Cfr. Nee (2010), p. 353.

¹⁸⁸ W. Zheng (2012), pp. 592–593, osserva come le imprese statali monopoliste non siano formalmente qualificate come “monopoli amministrativi” ai fini della disciplina applicabile, ma nel linguaggio comune si tenda a considerarle tali.

3. Principi e concetti fondamentali

concorrenza ed in seguito si analizzerà meglio il significato e la portata di questo peculiare *corpus* normativo nonché le caratteristiche degli enti che ne sono destinatari.¹⁸⁹ Ciò che qui interessa sottolineare è che non è improbabile che questa categoria di soggetti dotati di poteri autoritativi operi direttamente sul mercato, impegnandosi in attività di produzione o scambio di beni o servizi, e che, in tal caso, non pare possano sussistere dubbi sulla possibilità di qualificare questi enti come “imprese”, ritenendoli, pertanto, responsabili della violazione delle norme di cui ai Capi II–IV della legge antimonopoli.¹⁹⁰ In un recente caso, “*Società di trasporti comuni dello Shaanxi*”,¹⁹¹ un locale ufficio delle ferrovie è stato convenuto in giudizio da un’impresa che lo accusava di avere abusato dei propri poteri amministrativi per averle negato ogni anno, dal 2006 al 2011, l’autorizzazione ad aprire nuove biglietterie, autorizzazione che nello stesso periodo era stata concessa alle società direttamente controllate dall’ufficio delle ferrovie, le quali avevano aperto ben 61 nuovi punti vendita. Al momento in cui si scrive, la vicenda non è ancora giunta ad una conclusione, ma si sa che la Corte di Base di Taiyuan Xinghualing ha accettato di trattare il caso e che l’ufficio dei trasporti si è difeso asserendo che esso va qualificato come impresa ai fini della fattispecie in questione, in quanto controlla direttamente le società concorrenti dell’attore. L’ufficio, pertanto, sostiene che contro di lui andava proposta un’azione civile ai sensi dell’articolo 50 della legge antimonopoli e non un’azione amministrativa, come ha invece scelto l’attore.¹⁹²

5.– Definizione del mercato rilevante

L’individuazione del mercato rilevante è la prima cruciale operazione che è

¹⁸⁹ V. *infra* Cap. VII.

¹⁹⁰ In tal senso, si veda il caso “*Ufficio amministrazione trasporti*”, deciso in base alla legge contro la concorrenza sleale. In esso l’Alta Corte dello Zhejiang ha ritenuto che un’istituzione pubblica, affiliata al locale ufficio dei trasporti, potesse considerarsi “impresa” ai fini dell’applicazione della legge contro la concorrenza sleale nei limiti dell’attività commerciale esercitata, che consisteva nella stipula di assicurazioni per il trasporto in qualità di agente di alcune società assicurative, le quali dovevano versare all’istituzione pubblica un compenso per l’attività prestata; v. X. Mao (2007), pp. 96 ss., n. 38.

¹⁹¹ *Società di trasporti comuni dello Shaanxi c. Ufficio delle ferrovie di Taiyuan*, iniziato il 7 novembre 2011, inedito; un breve *report*, in inglese, del caso può essere letto su http://www.anzsog.edu.au/magma/media/upload/ckeditor/files/Research/Publications/The%20China%20Bulletin%20Competition/China%20Competition%20Bulletin_November%202011.pdf; per un resoconto in cinese v. http://newspaper.jrb.com/html/2011-11/08/content_85261.htm.

¹⁹² Farmer (2013a), pp. 55–56.

necessario compiere per potere giungere ad una corretta valutazione della conformità dell'operato dell'impresa ai principi della concorrenza. La legge fornisce una definizione abbastanza scarna di cosa sia il mercato rilevante, specificando che con esso si fa riferimento a *“l'ambito merceologico e territoriale all'interno del quale le imprese competono tra loro in un determinato lasso di tempo in relazione a specifici beni o servizi”*.¹⁹³ Era, dunque, necessario che il governo intervenisse con una regolamentazione più dettagliata, stabilendo dei punti fermi per orientare l'attività delle autorità antitrust in maniera più precisa e prevedibile.

Nel maggio del 2009 furono così adottate *“Le linee guida per la definizione del mercato rilevante”*, unico documento pubblico fino ad oggi diffuso dalla Commissione Antimonopoli.¹⁹⁴ Provenendo dalla massima autorità antitrust del paese, le linee guida sono vincolanti per tutte le amministrazioni che compongono l'ARALA e si applicano a tutte le fattispecie anticoncorrenziali che presuppongono l'accertamento di un potere di mercato in capo alle imprese coinvolte. Le linee guida sono divise in quattro parti, le quali, rispettivamente, affermano l'indispensabilità della definizione del mercato rilevante, introducono il criterio della sostituibilità dal lato della domanda e dell'offerta, elencano gli elementi da prendere in considerazione nella determinazione del mercato merceologico e geografico e, infine, illustrano il funzionamento del *“test dell'ipotetico monopolista”*, detto anche *SSNIP* (*“Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price”*), quale metodo analitico per l'individuazione del mercato rilevante.

Procedendo con ordine nell'analisi delle disposizioni amministrative in questione, balza subito agli occhi l'insistenza con cui la Commissione Antimonopoli rimarchi come l'accertamento del mercato rilevante sia il primo e fondamentale passo per acquisire in maniera scientifica essenziali informazioni su quali siano le quote di mercato, i concorrenti attuali e potenziali delle imprese, il grado di concentrazione del mercato e gli effetti restrittivi eventualmente scaturenti dalle condotte esaminate.¹⁹⁵ Chiarendo il significato della definizione contenuta nella

¹⁹³ Art. 12, par. 2, legge antimonopoli.

¹⁹⁴ Il provvedimento del 24 maggio del 2009 ricalca per buona parte un documento in precedenza preparato dal Ministero del Commercio, ma in un secondo momento si decise di affidare alla Commissione Antimonopoli il compito di approvare le linee guida; v. Di Federico (2009), pp. 252–253. Il testo delle linee guida è consultabile, in inglese, su http://www.brics2011.org.cn/english/jzlt_en/jzfg_en/201107/t20110726_111645.html.

¹⁹⁵ Art. 2, par. 2, linee guida sulla definizione del mercato rilevante.

3. Principi e concetti fondamentali

legge antimonopoli, le linee guida specificano la natura multidimensionale del mercato rilevante, che si individua tenendo conto non soltanto della presenza di prodotti sostituibili e dell'area geografica in cui questi si trovano competere, ma anche di ulteriori fattori che denotano l'instabilità nel tempo della posizione delle imprese sul mercato (il ciclo di vita del prodotto, la sua stagionalità, il mutare delle preferenze dei consumatori per beni c.d. "alla moda", la durata dei diritti di proprietà intellettuale).¹⁹⁶ Non rileva, invece, che i beni siano offerti a pagamento o in maniera gratuita sul mercato.¹⁹⁷

Successivamente le linee guida passano a considerare quegli elementi che possono favorire la sostituibilità dei prodotti sul mercato sia dal punto di vista delle controparti commerciali delle imprese sia da quello dei concorrenti, con un'implicita preferenza riconosciuta ai risultati dell'analisi della sostituibilità dal lato della domanda, in quanto si dispone che la sostituibilità dal lato dell'offerta può essere presa in considerazione soltanto qualora la sua incidenza sul mercato sia rilevante paragonata alla sostituibilità dal lato della domanda.¹⁹⁸ Quanto a quest'ultima a dover essere presi in esame sono le funzioni e lo scopo del prodotto, la qualità, i limiti di spesa dei consumatori e le eventuali difficoltà riscontrate nel procurarsi il prodotto;¹⁹⁹ mentre, per la sostituibilità dal lato dell'offerta si valutano gli

¹⁹⁶ Art. 3, par. 2, linee guida sulla definizione del mercato rilevante; è il c.d. "mercato del tempo", che va analizzato insieme con il mercato del prodotto e quello geografico.

¹⁹⁷ Cfr. *Tangshan Renren Information Service Co., Ltd. c. Beijing Baidu Network Technology Co. Ltd.*, *Gao Min Zhing Zi* n. 489/2010, del 9 luglio 2010, in cui l'Alta Corte di Pechino ha respinto la difesa di *Baidu*, secondo la quale quello dei motori di ricerca non poteva considerarsi un mercato, in quanto il servizio veniva offerto gratuitamente; testo consultabile, in cinese, su http://pub.bj148.org/pub/bj148web/sfgk/jpal/zscqajfl/qt/201109/t20110907_159076.html; *contra* v. il caso deciso di recente da una corte distrettuale degli Stati Uniti, *Kinderstart.com LCC vs. Google Inc.*, caso n. C 06–2057 JF (RS) (N.D. Ca., 16 marzo 2007); v. anche Lu – Tan (2012), p. 15, e A. H. Zhang (2011), p. 283.

¹⁹⁸ Art. 4, par. 2, linee guida sulla definizione del mercato rilevante; v. anche art. 7 "[...] un'analisi della sostituibilità dal lato della domanda può essere condotta qualora risulti necessario"; cfr. Nee (2010), p. 199.

¹⁹⁹ Art. 5, linee guida sulla definizione del mercato rilevante. In *Li FangPing c. China Netcom Beijing Ltd.*, *Gao Min Zhong Zhi* n. 48/2010, del 9 giugno 2010, inedito, l'Alta Corte di Pechino rifiutò la definizione del mercato rilevante proposta dall'attore e confermò, invece, la ricostruzione compiuta dalla Corte Intermedia, ritenendo che proprio in ragione dell'omogeneità di prezzo e di funzioni, e malgrado la diversità tecnica dei servizi, non si potesse costruire un mercato dei servizi di comunicazione tramite linea fissa, *xiaolingtong* (un particolare sistema di comunicazione mobile a corto raggio che permette di utilizzare un telefono *cordless* entro alcune centinaia di metri di distanza dalla centralina) e ADSL separato dal mercato dei servizi di telefonia mobile, da un lato, e di connessione internet *wireless*, dall'altro. Avendo allargato i confini del mercato di riferimento, i giudici rigettarono la domanda dell'attore tendente ad accertare un abuso di posizione dominante da parte di *China Netcom*, in quanto non aveva dato prova che quest'ultima possedeva una posizione dominante all'interno del mercato; v. Emch (2011a), p. 134, e Ning – Liang – Ng (2010b).

investimenti richiesti all'impresa per entrare sul mercato, il rischio connesso a tali investimenti e il tempo necessario all'ingresso.²⁰⁰

Particolare attenzione è poi rivolta a quei fattori attraverso i quali si può pervenire ad un giudizio circa la maggiore o minore ampiezza del mercato rilevante, con la precisazione che essi hanno un valore soltanto orientativo nell'analisi del mercato, la quale deve essere condotta sulla base delle specifiche circostanze del caso concreto attraverso l'analisi economica di dati oggettivi ed autentici.²⁰¹ Per delimitare il mercato del prodotto va osservato il prezzo, le caratteristiche, l'elasticità incrociata della domanda, l'esistenza di diversi canali per la distribuzione²⁰² ed altri fattori quali la fedeltà dei consumatori ad un determinato marchio ed eventuali barriere all'ingresso o *switching cost*.²⁰³ Il mercato geografico si determina, invece, valutando i costi di trasporto, i canali di distribuzione, eventuali barriere tecniche e normative alla circolazione dei prodotti tra diversi territori e la disponibilità di consumatori e imprese a spostarsi su un altro territorio in caso di aumento dei prezzi.²⁰⁴

Sino a qui, il documento della Commissione Antimonopoli fornisce, per la determinazione del mercato rilevante, una lunga serie di indicatori, che potremmo chiamare "qualitativi", non corredati, però, da un metodo analitico ("quantitativo") che consenta una valutazione in concreto delle dimensioni del mercato.²⁰⁵ Per questo motivo, allo scopo di rivestire l'indagine di maggiore obiettività, le linee guide

²⁰⁰ Art. 6, linee guida sulla definizione del mercato rilevante; ovviamente minori sono gli investimenti, minore è il rischio assunto e più alto è il grado di sostituibilità dal lato della domanda. Allo stesso modo più è rapido l'ingresso dell'impresa sul mercato, più è probabile la sostituibilità dal lato dell'offerta.

²⁰¹ Artt. 7 e 8, par. 3, linee guida sulla definizione del mercato rilevante.

²⁰² Può, infatti, accadere che la domanda di un medesimo prodotto venga a differenziarsi per effetto dell'esistenza di più canali di distribuzione attraverso i quali l'offerta tende a distinguere diverse categorie di acquirenti, di modo che è assai difficile che si crei un rapporto concorrenziale tra i prodotti di catene distributive differenti. Un interessante quesito, che può essere posto in relazione con il problema dei differenti canali di distribuzione, riguarda il rapporto tra prodotti originali e prodotti contraffatti che in Cina costituiscono spesso una porzione consistente del totale dei prodotti venduti (si riferisce, ad esempio, che circa il 70% delle copie del S.O. Windows 7 circolanti in Cina siano in realtà contraffatte). La domanda che ci si pone è se i prodotti illegalmente messi in commercio competano con gli originali, perché, in tal caso, la quota di mercato detenuta in Cina anche dalle più gigantesche multinazionali andrebbe notevolmente ridimensionate; per questo motivo, ad esempio, *Microsoft* sostiene di non avere una posizione dominante in Cina, ma di occupare una quota di mercato di ca. il 18% del totale; v. Fong (2008); v. anche Nee (2010), pp. 206–208. Le linee guida, tuttavia, sembrerebbero propendere per la differenziazione dei mercati dei prodotti originali da quelli dei prodotti contraffatti, in virtù dei diversi canali di distribuzione utilizzati.

²⁰³ Art. 8, linee guida sulla definizione del mercato rilevante.

²⁰⁴ Art. 9, linee guida sulla definizione del mercato rilevante.

²⁰⁵ Nee (2010), p. 201.

3. Principi e concetti fondamentali

invitano le autorità antitrust a fare uso, per i casi più complessi,²⁰⁶ del “test dell’ipotetico monopolista” (o “SSNIP”), importato dall’esperienza europea²⁰⁷ e formalizzato per la prima volta nelle “Merger Guidelines” emanate dal DOJ nel 1982.²⁰⁸ L’esperimento che si richiede di compiere è di immaginare che un ipotetico imprenditore monopolista di determinati prodotti aumenti il prezzo di questi ultimi di un ammontare compreso tra il 5% ed il 10% per un periodo di circa un anno. Se dai dati raccolti risulta che i maggiori profitti derivanti dall’aumento di prezzo supererebbero le minori entrate conseguenti alla riduzione della domanda, allora i prodotti offerti dall’ipotetico monopolista costituiscono il mercato rilevante; in caso contrario il *test* andrà invece ripetuto includendo ulteriori prodotti sostituti.²⁰⁹ È apprezzabile, inoltre, lo scrupolo con cui la Commissione mette in guardia l’interprete circa i possibili equivoci cui può condurre una superficiale applicazione dello SSNIP, dovuti, in particolare, alla presenza sul mercato di prezzi già sovra competitivi, che potrebbero falsare il risultato dell’analisi (cd. “*cellophane fallacy*”), o alla non uniforme reazione della domanda agli aumenti di prezzo, con la possibilità di rintracciare coefficienti di elasticità della domanda diversi tra più gruppi di consumatori o di aree geografiche.²¹⁰

Il modello che si profila dal complesso delle disposizioni esaminate è soddisfacentemente sofisticato e conforme ai principali sistemi di diritto della concorrenza.²¹¹ Le autorità antitrust hanno dato prova di tenere in massima considerazione l’accertamento del mercato rilevante, questione su cui gli organi amministrativi e giurisdizionali hanno oramai imparato a misurarsi nelle loro decisioni.²¹² È evidente, tuttavia, che l’inesperienza, il ridotto tempo a disposizione e

²⁰⁶ Cfr. Art. 7, par. 1, linee guida sulla definizione del mercato rilevante.

²⁰⁷ Cfr. “Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell’applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza” (1997), G.U. C 372/05, §§ 15–19, [“Comunicazione della Commissione sul mercato rilevante”].

²⁰⁸ V. §§ II A e C; testo consultabile su <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11248.htm>.

²⁰⁹ Art. 10 linee guida sulla definizione del mercato rilevante. Analogo è il meccanismo per determinare il mercato geografico, per cui si valuta se il numero di acquirenti che si rivolgerebbero ad imprenditori di altre aree geografiche renderebbe profittevole o meno l’aumento di prezzo.

²¹⁰ Art. 11, linee guida sulla definizione del mercato rilevante.

²¹¹ Cfr. il “Model Law” UNCTAD, Chap. II, § I (d), *cit.*, *supra* Cap. II, § 4.1.

²¹² L’unica eccezione è forse rappresentata da *Inbev/Anheuser-Busch*, avviso del Ministero del Commercio n. 95/2008, la prima decisione in assoluto di applicazione della legge antimonopoli, ove non sembra essere stata effettuata alcuna indagine circa le dimensioni del mercato rilevante; testo consultabile, in cinese, su <http://fldj.mofcom.gov.cn/aarticle/ztxx/200811/20081105899216.html>; v. Emch (2011a), p. 133.

la scarsità di dati sulle condizioni di mercato non agevolano il ricorso a metodi di analisi quantitativa delle relazioni di sostituibilità tra i prodotti e costringono le autorità antitrust a fondarsi su valutazioni sintetiche effettuate sulla base di indicatori “qualitativi” applicati secondo massime di esperienza.²¹³ A ciò si affiancano i paralleli impedimenti contro cui si scontrano i privati nel raccogliere e provare tutti gli elementi utili alla definizione del mercato rilevante. Si tratta, come è noto, di un problema comune alla maggior parte degli ordinamenti che si sono dotati di un sistema di *private enforcement*, ma che è particolarmente sentito in Cina dove alla mancanza di meccanismi di *discovery* nel processo si aggiunge l’estrema difficoltà di rinvenire dati pubblici sulle preferenze dei consumatori nonché l’ostilità mostrata dal governo nei confronti delle ricerche di mercato.²¹⁴ Ad esempio, per svolgere indagini di mercato all’interno di una provincia le imprese straniere si devono rivolgere alle imprese cinesi autorizzate dal governo a svolgere questo tipo di attività e, se la ricerca eccede l’ambito provinciale, la ricerca deve essere autorizzata direttamente dall’Ufficio nazionale di statistica.²¹⁵

A lasciare insoddisfatti è soprattutto lo scarso livello di approfondimento dell’indagine del mercato, spesso soltanto abbozzata o comunque lacunosa.²¹⁶ In

²¹³ Cfr. Botta (2010), p. 670 e 680, che analizza i problemi di definizione del mercato rilevante che affrontano le autorità dei paesi in via di sviluppo, con particolare riferimento all’Argentina ed al Brasile.

²¹⁴ V. Nee (2010), pp. 204–205, che ricorda come in Cina ogni progetto di sondaggio ed il relativo argomento devono essere preventivamente comunicati al governo e le società che si occupano di ricerca di mercato possono essere costituite soltanto nella forma di *joint venture* con partner nominati dalle autorità governative incaricate della censura. Per effetto di queste restrizioni sono molto poche le società che operano nel settore e non vi è alcuna fonte pubblica di dati sulle preferenze dei consumatori.

²¹⁵ *Zhonghua renmin gongheguo tongji fa* (Legge sulle statistiche della RPC), dell’8 dicembre 1983, da ultimo modificata il 27 giugno 2009; testo consultabile, in inglese, su http://www.stats.gov.cn/enGliSH/LF/SL/201209/t20120921_27177.html; ma v. art. 13 *Interpretazione CSP*, che nel corso del processo consente alle parti di ottenere l’autorizzazione dalla Corte per nominare un professionista che svolga delle indagini di mercato.

²¹⁶ In “*Baijiu*”, l’AIC del Sichuan affermava che Wuliangye, una casa produttrice del tipico liquore cinese, aveva una forte posizione di mercato senza fornire alcuna prova a sostegno di quanto dichiarato; testo del comunicato stampa consultabile, in cinese, su <http://www.scdrc.gov.cn/dir25/159074.htm>; v. anche X. Wang – Emch (2013), pp. 14–15. In *Società di servizi per il controllo delle termiti di Huzhou Yiting c. Istituto di ricerca per il controllo delle termiti della città di Huzhou*, *Zhe Zhi Zhong Zi* n. 125/2010, del 27 agosto 2010, inedita, l’Alta Corte dello Zhejiang ritenne provata l’esistenza di una posizione dominante del convenuto nel mercato della prevenzione dalle termiti sulla base della semplice affermazione dell’attore che al momento dei fatti non vi erano altre imprese che operavano tale servizio nella città di Huzhou; nel merito, però, la domanda venne rigettata non avendo l’attore provato in che modo la società convenuto avrebbe abusato della propria posizione dominante sul mercato v. Ning – Dang (2010).

3. Principi e concetti fondamentali

Tencent/Qihoo,²¹⁷ ad esempio, una decisione che per molti aspetti va comunque lodata per la ricerca di maggiore scientificità nell'argomentazione,²¹⁸ l'Alta Corte del Guangdong respinse la domanda di *Qihoo*, sostenendo che, in considerazione del grado di dinamicità dell'offerta e dei risultati ottenuti applicando il *test SSNIP*, il mercato rilevante fosse in realtà molto più ampio di quello prospettato e mancasse di conseguenza la prova che in quest'ultimo *Tencent* possedesse una posizione dominante. Il ragionamento della Corte prendeva le mosse dai risultati di un sondaggio effettuato tra i consumatori, il quale evidenziava come la stragrande maggioranza degli intervistati non sarebbe stata disponibile a continuare ad utilizzare servizi attualmente gratuiti, qualora l'ISP avesse deciso di renderli a pagamento.²¹⁹ Se dunque, si affermava, *Tencent* avesse imposto un costo per l'utilizzo del proprio servizio di messaggistica istantanea "QQ", una sostanziale quota dei clienti avrebbe abbandonato "QQ" per dirigersi verso servizi sostitutivi, quali quelli di *social network* e *microblogging*,²²⁰ i quali andavano dunque inclusi nel mercato rilevante.

La lacuna più evidente del percorso argomentativo seguito dalla Corte è l'omessa valutazione degli effetti che l'introduzione di un prezzo per i servizi di messaggistica istantanea provocherebbe sull'adiacente mercato della pubblicità. Le imprese di servizi internet riescono, infatti, ad operare profittevolmente, perché, a

²¹⁷ *Qihoo Technology Co. Ltd. c. Tencent Technology (Shenzhen) Co. Ltd. and Shenzhen Tencent Calculation Systems Co. Ltd., Yue Gao Fa Min Chu Zi* n. 2/2011, del 20 marzo 2013, testo consultabile, in cinese, su <http://www.gdcourts.gov.cn/gdcourt/front/front!content.action?lmdm=LM43&gjid=20130328040159946185>; *Qihoo*, società produttrice di "Qihoo 360", un *software* antivirus utilizzato da oltre 400 milioni di utenti, accusava *Tencent* di aver abusato della propria posizione dominante sul mercato dei servizi di messaggistica istantanea, detenuta in quanto proprietaria di "QQ", *software* che conta oltre 700 milioni di clienti in Cina, per promuovere l'installazione del proprio programma antivirus. I fatti di causa erano ben noti tra il pubblico e consistevano nell'invito effettuato da *Tencent* ai propri clienti di scaricare l'antivirus "Tencent security Software", il quale avrebbe garantito una migliore protezione dei dati delle loro conversazioni su "QQ", accompagnato dall'intimazione di rimuovere "Qihoo 360" dai propri computer perché in caso contrario *Tencent* si sarebbe riservata il diritto di interrompere il proprio servizio di messaggistica istantanea; v. Su (2012).

²¹⁸ Evans – V. Zhang (2013), p. 1 e 4–5: "Although some commentators will certainly disagree with specifics of the analysis, the Court provided a relatively nuanced analysis of multi-sided platform competition, rivalry in attention markets, the application of the SSNIP test to products that are offered free of charge, and the role of dynamic competition".

²¹⁹ Il sondaggio condotto dal *China Internet Network Information Center* mostrava che il 60,6% degli utenti interne non sarebbe stata disposta a pagare un prezzo per i servizi di messaggistica istantanea; v. Fang (2013).

²²⁰ La Corte rifiutò l'opinione degli esperti di *Qihoo*, secondo cui i servizi di *social network* e *microblogging* andavano esclusi dal mercato in forza della diversità delle funzioni da essi esercitate, ritenendo, di contro, che tra i vari servizi esistesse una forte relazione di sostituibilità a causa della elasticità della domanda e del dinamismo dei mercati di *social network* e *microblogging*, che avevano registrato una costante crescita degli utenti attivi negli ultimi anni; Fang (2013).

fronte della fornitura gratuita di servizi ai consumatori, vendono spazi pubblicitari a pagamento ad altre imprese che sono disposte a pagare una somma tanto maggiore quanto più elevato è il numero degli utenti del servizio principale. Un'applicazione corretta del *test SSNIP* avrebbe richiesto di verificare se i profitti provenienti dall'imposizione di un prezzo per l'utilizzo di "QQ" eccedevano i minori guadagni ottenuti sul mercato della pubblicità e soltanto in caso di risposta negativa si sarebbero potuti ricomprendere nel mercato rilevante ulteriori servizi di comunicazione via internet.²²¹

La decisione è altresì contestabile per avere ritenuto che il mercato rilevante fosse quello mondiale e non esclusivamente quello cinese, considerate le restrizioni che impediscono ad operatori concorrenti stranieri (*Google, Facebook, Twitter*, su tutti) di accedere al mercato cinese, così ponendosi in contrasto, tra l'altro, con la diversa soluzione cui sono avvenute le Alti Corti di Pechino e Shanghai nei casi *Renren c. Baidu* e *Shusheng c. Shanda*,²²² in merito ai mercati dei motori di ricerca e della letteratura *online*.²²³

Il caso è adesso all'attenzione della CSP²²⁴ che potrà riconsiderare alcuni dei punti più problematici della decisione e che si spera sfrutti l'occasione di questa sua prima pronuncia in materia antitrust per fare chiarezza intorno all'orientamento che le Corti cinesi intendono assumere nell'approccio ad alcuni dei temi più controversi del diritto della concorrenza.

²²¹ Evans – V. Zhang (2013), p. 4.

²²² *Shusheng Electronics Technology Co., Ltd. v Shanda Internet Development Co., Ltd.*, Hu Gao Min San (Zhi) Zhong Zi n. 135/2009, del 15 dicembre 2009, inedita; v. Ning – Liang – Ng (2010a).

²²³ Emch – Liang (2013), p. 7.

²²⁴ V. comunicato stampa di *Qihoo* con il quale la compagnia comunica di voler proporre appello contro al decisione dell'Alta Corte, riportato, in inglese, da http://news.xinhuanet.com/english/sci/2013-04/25/c_132340184.htm;

CAPITOLO QUARTO

Accordi monopolistici

Superato l'esame delle disposizioni preliminari, tocca adesso addentrarsi nello studio delle singole fattispecie oggetto di disciplina da parte della legge antimonopolistica, partendo dall'indagine delle condotte in grado di compromettere l'ordine concorrenziale del mercato ed in particolare di quelle più pericolose e diffuse, vale a dire gli accordi tra le imprese.

1.– Introduzione

1.1 L'esigenza di un cambio di rotta

Nel corso tempo la Cina ha tenuto un atteggiamento a dir poco ambiguo nei confronti delle alleanze tra le imprese volte a disciplinarne il loro comportamento sul mercato. Al processo di liberalizzazione e all'introduzione del divieto di illecite pratiche manipolative dei prezzi da parte degli operatori economici,¹ ha fatto da contraltare il tentativo delle imprese di reintrodurre surrettizie forme di controllo dei prezzi in mercati dove un'incompleta riforma del sistema economico aveva creato evidenti distorsioni nel gioco tra la domanda e l'offerta.² Basti qui prendere ad esempio i mercati dei televisori e del trasporto aereo. Riguardo ai primi, la patologica situazione di eccesso di capacità produttiva che ha investito il settore³ ha generato tentativi, ripetuti e pubblicamente sbandierati, di stabilizzare i prezzi da parte delle imprese, i quali si sono sempre, però, arenati di fronte all'indisciplina delle società produttrici che trovavano numerosi incentivi a competere in maniera aggressiva in un mercato frammentato ed in forte espansione.⁴ Lo stesso è accaduto nei trasporti aerei, un settore dominato dalla presenza delle imprese statali, dove si è provato a limitare gli sconti praticati dalle diverse compagnie attraverso un accordo che ebbe appena il

¹ Cfr *supra* Cap. II, §§ 1.2 e 2.

² W. Zheng (2010), p. 691.

³ Cfr *supra* Cap. II, § 1.2.

⁴ Kennedy (2005), pp. 113–116.

tempo di vedere la luce per poi dissolversi in appena una settimana dalla sua stipula.⁵

In entrambi i casi citati, come nella maggior parte dei cartelli di cui si ha pubblica notizia, un ruolo determinante è stato svolto dai governi locali, che li hanno promossi o comunque sostenuti facendosene garanti, per tutelare la redditività delle numerose imprese pubbliche operanti nel settore. Una tanto palese divaricazione tra *law in the books* e *law in action* ha condotto ad un'applicazione assai incostante dei divieti antimonopolistici, dato che essa ha sistematicamente evitato di prendere di mira i comportamenti delle grandi imprese e le pratiche restrittive con effetti più significativi sull'economia nazionale, focalizzandosi, piuttosto, su beni di largo consumo, all'implicito scopo di arginare possibili esplosioni di scontento tra la popolazione.⁶

1.2 Caratteri generali degli accordi monopolistici

La struttura del Capo II sugli accordi monopolistici, insieme con la disciplina sugli abusi di posizione dominante, è la parte della legge antimonopoli che più risente dell'influenza del modello di concorrenza europeo,⁷ seppure con un paio di differenze non irrilevanti. In primo luogo, la legge antimonopoli divide la disciplina degli accordi tra imprese concorrenti (articolo 13) da quella degli accordi delle imprese con le proprie controparti commerciali (articolo 14). La distinzione può non essere nitidissima, in quanto non si comprende se nella prima categoria vadano considerati anche i concorrenti potenziali,⁸ tuttavia essa è legittima, già su un piano formale, un diverso trattamento degli accordi orizzontali da quelli verticali. In questo modo, ad esempio, la CSP ha potuto introdurre una sorta di presunzione di restrittività per gli accordi che rientrano nelle ipotesi di cui all'articolo 13,⁹ senza

⁵ W. Zheng (2010), pp. 690 e 692.

⁶ Si ricorderà che nei non molti casi in cui la CSNR ha applicato i divieti contenuti nella legge sui prezzi, il più delle volte l'autorità è intervenuta a sanzionare pratiche restrittive avvenute nel settore agro-alimentare (si vedano i casi "*Spaghetti di riso*" o quelli riguardanti la distribuzione dei fagiolini e dell'aglio, di cui *supra*, rispettivamente al Cap. II, § 2.2, e al Cap III, § 2.2. D'altronde, un rapporto della *Deutsche Bank* del 2008 evidenziava come in Cina la spesa alimentare incida per oltre 1/3 sul reddito dei consumatori cinesi, in misura anche superiore a quanto avviene in altri grandi paesi in via di sviluppo quali il Brasile o l'India; v. Riley (2008).

⁷ Cfr. *supra* Cap. II, § 5.3.

⁸ Cfr. Reg. (CE) 330/2010, articolo 1 (c), e anche "*Linee Diretrici sull'applicazione dell'art. 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea agli accordi di cooperazione orizzontale*" (2011), C 11/1, § 10, che definiscono "concorrenti" sia i concorrenti attuali che potenziali.

⁹ L'art. 7 della "*Interpretazione CSP*" stabilisce: "*Qualora la presunta condotta monopolistica rientri in una delle fattispecie previste dall'art. 13, nn. da (1) a (5), il convenuto ha l'onere di provare che l'accordo non ha l'effetto di eliminare o restringere la concorrenza*"; nulla si dice, invece, in merito

4. Accordi monopolistici

estendere questo alleggerimento dell'onere della prova anche agli accordi tra imprese che si trovano ad un diverso stadio della medesima catena produttiva o distributiva. Per questi ultimi, la giurisprudenza successiva ha, infatti, chiarito che compete all'attore dimostrare, oltre al contenuto anticoncorrenziale dell'accordo, anche l'esistenza di concreti effetti restrittivi della concorrenza.¹⁰

In secondo luogo, l'articolo 101, par. 1, TFUE contiene un divieto generale di accordi restrittivi tra imprese rispetto al quale le fattispecie indicate dalle lettere da a) sino ad e) hanno valore soltanto esemplificativo. Gli articoli 13 e 14 della legge antimonopolistica, invece, contengono un elenco chiuso delle ipotesi di accordi vietati, ma estensibile per atto dell'autorità antimonopolistica competente. Un accordo deve, dunque, essere ricondotto all'interno di una delle categorie vietate per potere essere proibito e rimane incerto se la tipizzazione successiva di una forma di accordo monopolistico da parte dell'autorità amministrativa abbia portata costitutiva ovvero dichiarativa, con conseguente effetto retroattivo.¹¹

A prima vista potrebbe sembrare che un'ulteriore distinzione tra le due normative risieda nella mancata espressa previsione da parte della legge antimonopoli della nullità degli accordi anticoncorrenziali, così come previsto dall'articolo 101, par. 2, TFUE. In realtà, già interpretando a partire dalla disciplina generale dei contratti si poteva giungere alla dichiarazione di nullità (“*wuxiao*”) dei negozi conclusi in violazione dei divieti di pratiche monopolistiche.¹² La CSP ha, infine, sciolto ogni rimanente dubbio affermando la possibilità per le parti private di domandare l'invalidità degli accordi e delle disposizioni delle associazioni industriali che fossero in contrasto con la legge antimonopoli o con ogni altra legge o regolamento amministrativo.¹³

La legge definisce “accordi monopolistici” (“*longduan xieyi*”) “*gli accordi, le*

agli accordi di cui all'art. 14, nonostante una prima bozza attribuisse esplicitamente all'attore l'onere di provare gli effetti restrittivi derivanti da un accordo verticale; v. Emch – Linag (2013), p. 5.

¹⁰ V. *Beijing Ruibang Yonghe Science and Technology Trade Company c. Johnson & Johnson Medical (Shanghai) Ltd. e Johnson&Johnson Medical (China) Ltd., Hu Gao Min San (Zhi) Zhong Zi* n. 63/2012, dell'1 agosto 2013, inedita; v. *amplius infra* § 2.2.

¹¹ Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 75.

¹² V. *Zhonghua renmin gongheguo hetong fa* (Legge sui contratti della RPC), emanata il 15 maggio 1999 ed in vigore dall'1 ottobre 1999, art. 52, n. (5), che commina la nullità dei contratti in contrasto con norme imperative di legge o di regolamenti amministrativi; testo della legge consultabile, in inglese, su http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383564.htm; v. Jung – Q. Hao (2003), p. 48.

¹³ Art. 15 *Interpretazione CSP*.

decisioni e le pratiche concordate che eliminano o restringono la concorrenza".¹⁴ Il Regolamento accordi ASIC precisa, forse in maniera superflua, che gli accordi ("xieyi") possono assumere sia forma orale che scritta, dal che si ricava che dovrebbe prevalere un'interpretazione abbastanza lata del termine, conformemente a quanto avviene in altri ordinamenti che reputano sufficiente l'accertamento di un consenso esplicito tra le parti anche in assenza di un contratto valido e vincolante¹⁵ e che a loro volta non ritengono idonea a fondare l'esistenza di un accordo la mera acquiescenza tacitamente prestata da un'impresa alle modificazioni del rapporto contrattuale unilateralmente decise dalla propria controparte.¹⁶

Con "decisioni" ("jueding") ci si riferisce, invece, alle direttive emanate da gruppi o unioni di imprese, anche a carattere informale, cui viene esteso il divieto specificatamente rivolto alle associazioni industriali di coordinare le attività degli operatori del settore per realizzare condotte anticoncorrenziali.¹⁷

Più incerta è la definizione di "pratiche concordate" ("xietong xingwei"), perché più sottile è la distinzione tra una forma di intesa tacita tra le imprese ed il semplice parallelismo di condotte che si verifica in mercati altamente concentrati e trasparenti. I regolamenti attuativi della CSNR e dell'ASIC utilizzano una formulazione non perfettamente coincidente per chiarire cosa si intenda per "pratica concordata", ma lo spirito è sostanzialmente identico¹⁸ ed è evidente l'intenzione di entrambe le autorità di considerare non sufficiente la mera uniformità di condotte. Alla dimostrazione dell'omogeneità dei comportamenti delle imprese deve

¹⁴ Art. 13, par. 2, legge antimonopoli.

¹⁵ In *Europa v. T-41/96*, confermato da cause riunite C-2 e 3/01 P, *Bayer AG c. Commissione*, "nell'interpretazione giurisprudenziale, la nozione di accordo [...] si struttura sull'esistenza, tra almeno due parti, di una comune volontà, il cui modo di manifestarsi non è rilevante, purché sia fedele espressione della volontà delle parti stesse"; v. anche C-41/69, *ACF Chemiefarma NV c. Commissione*, che ha incluso nella nozione di accordo anche i "gentlemen's agreement". Negli USA v. *Monsanto Co. vs. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752 (1984), "A "concurrency of wills" does not have to take the form of legally binding contract. [...] It can be written or oral, signed or unsigned. The concept is wide enough to catch arrangements such as "gentlemen's agreements," simple "understandings," the constitution of a trade association or non-binding marketing guidelines"; v. anche *Socony-Vacuum Oil Co., cit.*, che sanzionò un generico "gentlemen's understanding" tra gli operatori del mercato.

¹⁶ Cfr. C-74/04, *Volkswagen c. Commissione (Volkswagen II)*, in cui la Corte ha affermato la necessità di provare quantomeno un consenso implicito del distributore alle modificazioni in senso restrittivo della concorrenza di clausole "neutrali" del contratto, di per sé non contrarie ai principi antitrust, tenendo conto anche del contesto economico e legale di riferimento. Negli Stati Uniti v. *United States vs. Parke, Davis & Co.*, 362 U.S. 29 (1960). Nel senso della non riconducibilità agli accordi delle ipotesi di acquiescenza v. Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 64–65.

¹⁷ V. art. 16 legge antimonopoli e *supra* Cap. III, § 4.2; v. anche Z. Wu (2008), p. 80.

¹⁸ Hang – Z. Zhang (2011), p. 46.

4. Accordi monopolistici

accompagnarsi la prova di una comunicazione di intenti¹⁹ ovvero di un concreto scambio di contatti o informazioni²⁰ e, precisa il *Regolamento accordi ASIC*, non deve sussistere alcuna giustificazione di carattere economico alla condotta in questione.²¹ In ogni caso, entrambe le disposizioni amministrative sottolineano la necessità di tenere conto delle specifiche condizioni di mercato e dei suoi cambiamenti per poter giungere ad un giudizio di illiceità del comportamento delle imprese.²² Le disposizioni di attuazione, per quanto scarse, paiono pertanto conformi all'orientamento dominante a livello internazionale, che ritiene non punibile il mero parallelismo di condotte,²³ anche se si dovranno attendere le prime concrete manifestazioni applicative per capire quanto rigorosa sarà l'indagine delle autorità antitrust cinese circa la prova dell'esistenza di un intento anticoncorrenziale da parte delle imprese.²⁴

Un'ipotesi, in un certo senso intermedia, è prevista dal Regolamento dell'ASIC²⁵, il quale consente a quest'ultima di ordinare la cessazione della condotta illecita senza imporre sanzioni, tutte le volte in cui si ravvisi una collusione tra le imprese, eventualmente coordinata da un'associazione industriale, la quale non si è ancora tradotta in un accordo o in una pratica concordata. Si tratta con tutta probabilità di una previsione che consente all'ASIC di intervenire con un provvedimento inibitorio quando non sia stato possibile raggiungere la piena prova dell'esistenza tra le imprese di un accordo monopolistico, neppure sussumibile negli elastici confini della pratica concordata.

¹⁹ Art. 6, n. (2), *Regolamento prezzi CSNR*.

²⁰ Art. 3, n. (2), *Regolamento accordi ASIC*.

²¹ Art. 3, n. (3), *Regolamento accordi ASIC*.

²² Art. 6, par. 2, *Regolamento prezzi CSNR* e Art. 3, par. 2, *Regolamento accordi ASIC*.

²³ Si v. *Pasta di legno*, cit.; v. anche Jones – Sufrin (2011), pp. 783–798. Negli Stati Uniti v. *Theatre Enterprises vs. Paramount Film Distributing Corp.*, 346 U.S. 537 (1954), “*Circumstantial evidence of consciously parallel behavior may have made heavy inroads into the traditional judicial attitude toward conspiracy; but “conscious parallelism” has not yet read conspiracy out of the Sherman Act entirely*”; *Bell Atlantic Corp. vs. Twombly*, 127 S. Ct. 1955 (2007), “*The inadequacy of showing parallel conduct or interdependence, without more, mirrors the behavior’s ambiguity: consistent with conspiracy, but just as much in line with a wide swath of rational and competitive business strategy unilaterally prompted by common perceptions of the market*”.

²⁴ Non si è d'accordo con chi esprime un giudizio negativo nei confronti delle attuali disposizioni in materia di pratiche concordate, sostenendo, senza adeguatamente motivarlo in realtà, che tali previsioni consentirebbero alle autorità antitrust di sanzionare la condotta uniforme delle imprese sul mercato anche in assenza della prova di un intento di coordinamento tra le stesse; v. Emch (2011b), p. 21.

²⁵ Art. 10, par. 4, *Regolamento accordi ASIC*.

2.– Accordi orizzontali

Nell'accingersi ad esaminare le singole fattispecie di accordi monopolistici individuati dal legislatore cinese, bisogna ricordare che il potere di accertamento e sanzione delle condotte anticoncorrenziali è stato ripartito tra la CSNR e l'ASIC in ragione della più o meno diretta incidenza della pratica restrittiva sul prezzo dei prodotti o servizi offerti.²⁶ In merito agli accordi orizzontali, i regolamenti applicativi hanno definito la competenza delle due autorità, attribuendo alla CSNR potere esclusivo di accertamento e sanzione degli accordi di fissazione del prezzo e riservando all'ASIC gli accordi di limitazione della produzione e delle vendite, di allocazione dei mercati, di trasferimento tecnologico e di boicottaggio collettivo.²⁷

2.1 Accordi di fissazione del prezzo

La concertazione che abbia come unico scopo la determinazione del prezzo di vendita di beni o servizi è la forma più palese ed anche la più pericolosa limitazione della libertà di concorrenza tra gli imprenditori, in quanto finisce per dare origine ad una condizione di mercato del tutto analoga a quella di monopolio e, senza produrre alcun rilevante effetto di carattere pro competitivo.²⁸

L'atteggiamento del legislatore cinese è ovviamente dei più rigidi, con la previsione in dettaglio di tutte le possibili modalità vietate di alterazione dei prezzi.²⁹ Molte imprese del sub-continente asiatico, infatti, ritengono che il divieto di accordi sul prezzo coinvolga soltanto la determinazione di un prezzo fisso o al più di un prezzo minimo e perciò pensano di eludere la proibizione fissando un *range* all'interno del quale i partecipanti all'accordo devono stabilire il prezzo di vendita dei propri prodotti.³⁰ Per citare un esempio, la constatazione dell'anomala uniformità dei prezzi dell'oro e del platino praticati dalle gioiellerie di Shanghai ha di recente

²⁶ Cfr. *supra* Cap. III, § 3.1, in cui si evidenzia anche la scarsa utilità pratica di questa distinzione.

²⁷ R. Z. Li (2011), p. 6.

²⁸ V. Areeda – Kaplow – Edlin (2004), pp. 114–119, per una sintetica confutazione dei motivi che secondo alcuni potrebbero rendere legittima la conclusione di cartelli tra imprese.

²⁹ Cfr. art. 7 *Regolamento prezzi CSNR*, che vieta: “(1) la fissazione o il mutamento del livello dei prezzi dei prodotti e dei servizi (comprensivamente identificati come “prodotti”); (2) la fissazione o il mutamento del ventaglio dei prezzi di riferimento; (3) la fissazione o il mutamento di commissioni, sconti o altre spese che influenzano il prezzo; (4) l'individuazione di un prezzo come base per le negoziazioni con terzi; (5) l'accordo su una formula per il calcolo del prezzo; (6) l'accordo di non mutare i prezzi senza il consenso delle altre imprese partecipanti all'accordo; (7) la fissazione o il mutamento occulto dei prezzi con mezzi diversi da quelli indicati; (8) altri accordi monopolistici di prezzo individuati dall'autorità dei prezzi sotto il controllo del Consiglio di Stato”.

³⁰ H. Zhan – Song (2013a).

4. Accordi monopolistici

portato allo smantellamento di un cartello promosso dalla locale associazione industriale, che obbligava i dettaglianti a stabilire il prezzo di vendita dell'oro e del platino non discostandosi dal prezzo consigliato di oltre, rispettivamente, il 2% o il 3%.³¹

La nota indolenza delle autorità ad attivarsi contro la “cartellizzazione” di interi settori industriali, fa sì che oggi sia enorme l'impegno richiesto alla CSNR e agli Uffici locali dei prezzi per reintrodurre una piena concorrenza sulla gran parte dei mercati. La speranza è che una politica che si dichiara sempre più attenta alle esigenze dei cittadini consumatori possa moltiplicare i propri sforzi nel combattere gli abusivi rialzi di prezzo del mercato al fine di scongiurare i rischi che potrebbero derivare da un incontrollato aumento dell'inflazione.

2.2 Accordi di limitazione della produzione o delle vendite

Sostanzialmente simile rispetto ad un accordo che abbia direttamente ad oggetto la fissazione del prezzo è l'effetto conseguente al contingentamento dell'offerta sul mercato, che permette alle imprese di realizzare profitti sovra competitivi. Pertanto, le intese di mera limitazione della produzione o delle vendite sono generalmente trattate con lo stesso rigore riservato a quelle di fissazione del prezzo.³² Gli accordi di restrizione dell'offerta sono molto comuni tra le imprese e spesso servono a rafforzare un'intesa di *price-fixing*, poiché nella normalità dei casi istituiscono un sistema di controlli dell'attività delle imprese partecipanti che permette di verificare in ogni momento il rispetto degli obiettivi sanciti nell'accordo e l'ammontare dei beni prodotti o venduti, dati che sono sicuramente più facili da osservare rispetto ai prezzi che vengono praticati a terzi.³³

³¹ “*Rivenditori di oro e platino di Shanghai*”; il resoconto del caso è consultabile su http://news.xinhuanet.com/english/china/2013-08/12/c_132624501.htm; v. anche Ning – Yin – H. Wu (2013).

³² In Europa v. la sentenza C-51/92, *Hercules NV c. Commissione*, e le decisioni della Commissione europea COMP/39125, *Vetro destinato al settore auto* (2008); IV/33833, *Cartonboard*; ma v. C-309/99, *Wouters c. Algemeen Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, in cui la Corte di Giustizia ha ritenuto che il divieto imposto agli avvocati di lavorare in rapporto di collaborazione integrata con i revisori contabili costituisca sì una restrizione dell'offerta ai sensi dell'art. 101, lett. b), TFUE, ma che tale previsione andasse considerata lecita, in quanto non determinava alcun effetto di restrizione della concorrenza sul mercato. Negli USA v. *National Collegiate Athletic Association vs. Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 U.S. 85 (1984).

³³ V. Areeda – Hovenkamp (2005), § 2006, “*Fixing the price may not always be the best way for colluder to accomplish their goal. If firms simply agree upon a price without restricting output, each firm will tend to produce too much, for sales at the agreed upon price will be highly profitable. It might be far more workable for the firms to agree that each will produce a certain number of units*”.

Il regolamento attuativo dell'ASIC non aggiunge nulla di significativo alla fattispecie descritta dalla legge antimonopoli e si limita a precisare che la restrizione dell'offerta può avvenire sia fissando il numero o il tetto massimo di unità di prodotto o di singoli modelli di una gamma di prodotti da produrre o vendere sia obbligando alcune imprese a sospendere temporaneamente la propria attività.³⁴

Si ha, invece, notizia di almeno due interventi delle AIC contro dei cartelli di limitazione dell'*output*.³⁵ In particolare, dopo una lunga indagine, è stata accertata l'esistenza di un accordo tra dodici cementifici della provincia del Liaoning e la relativa associazione industriale al fine di sospendere la produzione del cemento per alcune settimane con l'intesa di tornare poi a venderlo ad un prezzo prefissato; iniziativa che, a quanto si riferisce, aveva causato pesanti perdite alle imprese che operavano nel settore delle costruzioni.³⁶

2.3 Accordi di ripartizione del mercato

Un'altra pericolosa modalità di restrizione dell'offerta è la compartimentazione dei mercati, che può realizzarsi attribuendo alle imprese di un settore una determinata porzione di territorio, di clienti o di fornitori³⁷ con il connesso diritto ad operare in via esclusiva entro i limiti così stabiliti. La vastità del territorio cinese e le disomogenee condizioni economiche che si ritrovano all'interno delle diverse aree geografiche facilitano la diffusione di questa pratica tra le imprese³⁸ e, difatti, ben nove delle prime dodici decisioni dell'ASIC hanno riguardato accordi di allocazione del mercato.

Alla fine del 2012, ad esempio, l'AIC dello Hunan ha svelato l'esistenza di una prassi tra gli agenti assicurativi di varie città della provincia della Cina meridionale volta a ripartire il mercato delle assicurazioni per le nuove auto e ad

³⁴ Art. 4 *Regolamento accordi ASIC*.

³⁵ Oltre al caso esaminato subito oltre, si veda "*Produttori di mattoni di Yibin*" (2013), relativo ad un accordo di riduzione e sospensione della produzione mantenuto dalla locale associazione industriale; testo della decisione consultabile, in cinese, su http://www.saic.gov.cn/zwgk/gggs/jzzf/201307/t20130726_136767.html.

³⁶ "*Cementifici del Liaoning*" (2012). Nel caso di specie l'AIC sanzionò esclusivamente la condotta di restrizione dell'offerta, rimettendo la decisione sulla fissazione del prezzo di vendita del cemento alla CSNR, la quale, però, non risulta fino ad adesso aver assunto alcuna decisione in merito; v. E. Gao (2012). testo della decisione consultabile, in cinese, su http://www.saic.gov.cn/zwgk/gggs/jzzf/201307/t20130726_136746.html.

³⁷ Cfr. art. 5 *Regolamento accordi ASIC*.

³⁸ Si pensi alla tendenza delle società servizi pubblici, sorte dalla scissione dell'originario monopolista pubblico, di suddividersi il mercato lungo linee regionali, ricreando di fatto la medesima condizione di monopolio che si era inteso eliminare; v. *supra* Cap. II, § 1.1.

4. Accordi monopolistici

incrementare il costo delle relative polizze.³⁹ Sempre l'autorità dello Hunan ha individuato un cartello tra i venditori di auto usate della città di Anyang, attraverso il quale undici agenti assicurativi si spartivano il locale mercato dell'usato, praticando prezzi sovra competitivi ai consumatori.⁴⁰

Il numero di decisioni riguardanti questo genere di intese non deve stupire, se si considera che è primario interesse del governo non segmentare il mercato cinese in una miriade di piccoli mercati, che finiscano in balia degli interessi delle comunità locali. Può non essere azzardato, quindi, prefigurare per il prossimo futuro un incisivo impegno dell'ASIC nel sanzionare gli accordi di ripartizione del mercato, con un atteggiamento anche più rigoroso rispetto a quello manifestato per altre categorie di intese, in questo modo ricalcando l'esperienza europea dei primi anni di applicazione delle norme della concorrenza contenute nel Trattato di Roma, quando la primaria preoccupazione delle autorità antitrust comunitarie sembrò essere quella di non consentire ai privati di ostacolare con le loro condotte l'obiettivo della creazione del mercato unico.⁴¹

2.4 Accordi di trasferimento tecnologico

Particolarmente delicata è l'interpretazione della disposizione che vieta di *“restringere l'acquisto di nuove tecnologie o nuove apparecchiature o lo sviluppo di nuovi prodotti”*⁴². La questione è trovare un equo temperamento tra l'interesse dei titolari di diritti di proprietà intellettuale ad un loro legittimo sfruttamento e le ragioni di stimolo al progresso tecnologico. In questo senso la disposizione è espressione del più generale divieto di abusare dei propri diritti di proprietà intellettuale, che è sancito dall'articolo 55 della legge e che sarà oggetto di specifica trattazione al termine dell'indagine sulle pratiche anticoncorrenziali, nell'ambito degli abusi di posizione dominante.⁴³

³⁹ Si tratta degli accordi monopolistici che coinvolgevano gli agenti assicurativi della città di Yongzhou, Zhangjiajie, Changde e Chenzhou; testo delle decisioni consultabile, in cinese, su <http://www.saic.gov.cn/zwgk/gggs/jzzf/>, ai nn. 5–8.

⁴⁰ *“Venditori di auto usate di Anyang”* (2012); testo della decisione consultabile, in cinese, su http://www.saic.gov.cn/zwgk/gggs/jzzf/201307/t20130726_136758.html; v. anche Gu – Z. Hao (2013a), p. 80. Anche il primo caso in assoluto di applicazione della legge antimonopoli da parte dell'ASIC riguardava una compartimentazione del mercato; v. *“Calcestruzzo pre-miscelato”* (2010), cit. *supra* Cap. III, § 4.2.

⁴¹ Amato (1998), pp. 46–47.

⁴² Art. 13, n. (4), legge antimonopoli.

⁴³ V. *infra* Cap. V, § 4.5.

La disposizione in questione non è una totale novità nell'ordinamento cinese, ma trova un precedente significativo nella legge sui contratti del 1999, che prevede la nullità degli accordi che “*monopolizzano una tecnologia, impediscono il progresso tecnologico o violano le conquiste tecnologiche altrui*”⁴⁴ e che fissa il principio per cui i limiti pattizi all'utilizzo di un diritto di privativa altrui non possono mai sfociare in una restrizione “*alla concorrenza tecnologica e al progresso tecnologico*”.⁴⁵ Con le disposizioni sui contratti fece, dunque, ingresso nel diritto cinese il concetto di monopolio/monopolizzazione (“*longduan*”), che poneva non pochi problemi nell'individuazione del momento in cui le restrizioni imposte dai privati a tutela del proprio diritto di privativa superassero il confine della liceità e si trasformassero in un pregiudizio per l'innovazione.

La CSP ha tentato di illuminare la strada dell'interprete, individuando sei gruppi di clausole restrittive⁴⁶ che possono condurre all'invalidazione di un accordo di licenza.⁴⁷ Le ipotesi indicate dalla interpretazione della Corte Suprema del 2004 sono per molti aspetti sovrapponibili a quelle che si ritrovano in altri ordinamenti ed

⁴⁴ Art. 329 legge sui contratti.

⁴⁵ Art. 343 legge sui contratti.

⁴⁶ V. la “*Interpretazione della Corte Suprema del Popolo su diverse questioni concernenti la trattazione delle controversie riguardanti i contratti di trasferimento di tecnologia*”, del 16 dicembre 2004, entrata in vigore l'1 gennaio 2005, art. 10: “(1) la limitazione della possibilità per una delle parti di realizzare nuovi progetti di ricerca e sviluppo fondati sulla tecnologia oggetto del contratto ovvero la limitazione per una delle parti di utilizzare i perfezionamenti della tecnologia ovvero ancora l'imposizione di condizioni non reciproche per lo scambio tra le parti dei perfezionamenti della tecnologia, quali l'obbligo per una delle parti di licenziare gratuitamente all'altra il perfezionamento della tecnologia, di trasferire il perfezionamento della tecnologia all'altra parte a condizioni diseguali o di acquistare in via esclusiva o congiunta il diritto di esclusiva sul perfezionamento della tecnologia senza alcun indennizzo; (2) impedire ad una delle parti di ottenere da terzi una tecnologia simile o concorrente a quella della parte licenziante; (3) impedire ad una delle parti uno sfruttamento idoneo della tecnologia contrattuale, in modo ragionevole e conformemente alla richiesta del mercato, compresa l'irragionevole restrizione della quantità, della varietà, dei prezzi, dei canali di distribuzione e dell'esportazione di prodotti e servizi su mercati esteri; (4) la richiesta all'impresa licenziataria di accettare condizioni accessorie per consentire lo sfruttamento della tecnologia, compresa l'acquisizione non necessaria di tecnologie, materie prime, prodotti, apparecchiature, servizi, personale in eccesso, etc.; (5) la limitazione irragionevole degli sbocchi o delle fonti di approvvigionamento di materie prime, parti, componenti, prodotti o apparecchiature, e (6) il divieto all'impresa licenziataria di contestare la validità dei diritti di esclusiva sulla tecnologia contrattuale o la previsione di ulteriori condizioni per l'esercizio dell'azione”; testo consultabile, in inglese, su <http://www.grandall-law.com/china-laws-regulations/laws-regulations-contract/interpretation-of-supreme-peoples-court-on-application-of-law-disputes-over-technology-contracts.html>.

⁴⁷ La giurisprudenza ha affermato che la ritenuta nullità di una clausola contrattuale può non estendersi all'intero accordo; v. *Wuqi c. Silugao Co. Ltd., Gao Min Zhong Zi n. 592/2007* (Alta Corte di Pechino); testo consultabile, in cinese, su <http://lawyer.legaldaily.com.cn/judgment/default/detail/uuid/148202420810493041>.

4. Accordi monopolistici

in particolare nei regolamenti di esenzione per categoria della UE.⁴⁸ A differenza delle disposizioni dei diritti stranieri, tuttavia, la legge sui contratti e la relativa interpretazione fornita dalla CSP prescindono dall'accertamento dell'esistenza di effetti negativi per la concorrenza e pertanto la quota di mercato detenuta dalle parti non sembra giocare alcun ruolo nella valutazione della restrittività dell'accordo.⁴⁹

Le due normative appena esaminate si applicano a tutti gli accordi regolati dal diritto cinese, ma quei contratti di trasferimento di tecnologie che hanno come parte un'impresa straniera sono altresì soggetti ai divieti del “*Regolamento sulla gestione dell'importazione di tecnologie*” del 2002,⁵⁰ che contiene disposizioni simili a quelle che saranno successivamente generalizzate dall'intervento normativo della Corte Suprema e finalizzate, in questo caso, ad evitare una subordinazione delle imprese cinesi allo strapotere tecnologico delle società dei paesi sviluppati. Il Regolamento, tra l'altro, diversamente dall'interpretazione della CSP, è vincolante per le autorità governative, che nell'applicazione della legge antitrust dovranno farvi riferimento al pari, e forse più, della vaga elencazione delle condotte vietate, contenuta nel *Regolamento accordi ASIC*.⁵¹

⁴⁸ Cfr. Reg. (UE) 1217/2010 su talune categorie di accordi di ricerca e sviluppo, artt. 5 (Restrizioni fondamentali) e 6 (Restrizioni escluse), e Reg. (CE) 772/2004 su categorie di accordi di trasferimento di tecnologia, artt. 4 (Restrizioni fondamentali) e 5 (Restrizioni escluse); quest'ultimo regolamento scadrà il 30 aprile 2014, data entro la quale dovrà essere emanato un nuovo regolamento.

⁴⁹ Si consideri, però, che è in via di definizione un Regolamento dell'ASIC sul “*divieto di condotte che eliminano o restringono la concorrenza attraverso l'abuso di diritti di proprietà intellettuale*” [“*Bozza regolamento DPP*”], il cui testo provvisorio è stato fatto circolare tra gli esperti per ottenere dei commenti. In esso sono fissate le quote di mercato (ad esempio, del 20% tra imprese concorrenti e del 30% tra imprese non concorrenti) al di sotto delle quali gli accordi di trasferimento di tecnologia sono considerati non rilevanti ai fini antitrust. Per un commento sulla sesta versione del giugno 2013 di queste disposizioni (che sino alla quinta bozza dell'agosto 2012 si pensava di emanare sotto forme di linee guida a non di regolamento giuridicamente vincolate), v. M. Han – Bird (2013); Tucker (2013).

⁵⁰ Emanato il 10 dicembre 2001 ed entrato in vigore l'1 gennaio 2002, art. 29: “*Un contratto di importazione di tecnologia non deve contenere nessuna delle seguenti clausole restrittive: (1) l'accettazione di condizioni non essenziali per l'importazione della tecnologia, compreso l'acquisto non necessario di tecnologie, materie prime, prodotti, apparecchiature e servizi; (2) l'imposizione di condizioni economiche o l'assunzione di determinate obbligazioni per lo sfruttamento di tecnologie per le quali il brevetto è scaduto o è stato dichiarato nullo; (3) l'impegno a non realizzare perfezionamenti della tecnologia o a non sfruttare tali perfezionamenti; (4) il divieto per una delle parti di ottenere da terzi una tecnologia simile o concorrente a quella della parte licenziante; (5) l'irragionevole limitazione dei canali di distribuzione e delle fonti di approvvigionamento di materie prime, parti separate, prodotti o apparecchiature; (6) l'irragionevole limitazione della quantità, del tipo e dei prezzi dei prodotti contrattuali; (7) l'irragionevole limitazione dell'esportazione dei prodotti che utilizzano la tecnologia importata*”; testo consultabile, in inglese, su http://www.ccpit-patent.com.cn/references/Regulations_technology_Import_export_administration_china.htm.

⁵¹ V. art. 6 *Regolamenti accordi ASIC*, che vieta “(1) gli accordi che restringono l'acquisto e l'utilizzo di nuove tecnologie e nuovi procedimenti; (2) gli accordi che restringono l'acquisto, il noleggio o l'utilizzo di nuove apparecchiature; (3) gli accordi che restringono gli investimenti e lo sviluppo di

Alla luce della precedente esperienza del diritto cinese nel disciplinare le irragionevoli restrizioni al trasferimento tecnologico, possono essere ridimensionate molte delle preoccupazioni da più parti manifestate circa l'eccessiva indeterminazione della proibizione dell'articolo 13, n. (4), che parrebbe esporre anche il più innocuo accordo di licenza alla censura delle autorità antitrust.⁵² Si paventa, infatti, il rischio che la legge antimonopoli possa legittimare un incontrollato ricorso a licenze obbligatorie o ad altre sproporzionate restrizioni dei diritti di proprietà intellettuale, così disincentivando la stessa circolazione di questi diritti.⁵³ L'esame di alcune pronunce giurisprudenziali emesse sulla base delle precedenti normative, tuttavia, ci fornisce l'immagine di un ordinamento pienamente consapevole delle conseguenze positive che possono derivare dalla previsione di ragionevoli limiti all'utilizzo di tecnologie protette da diritti di privativa.

In un caso la CSP ammise la legittimità di un contratto che prevedeva il necessario acquisto di attrezzature dall'impresa titolare del brevetto da questa ritenute indispensabili per l'applicazione industriale della tecnologia oggetto di licenza.⁵⁴ Allo stesso modo, l'Alta Corte del Tianjin considerò legittima una clausola di esclusiva territoriale annessa ad un accordo di licenza brevettuale, in quanto consona al potere sostanzialmente monopolistico che spetta al possessore del brevetto.⁵⁵ Diversamente, ma in maniera conforme ai principi stabiliti dalla CSP nel 2005 ed al regolamento sulla gestione della importazione di tecnologie, l'Alta Corte di Pechino ha dichiarato la nullità di un contratto che impediva al licenziatario di procurarsi la medesima o una simile tecnologia da terzi.⁵⁶

È, quindi, lecito prevedere che le autorità antitrust cinesi, lungi dall'applicare in modo rigido e acritico il divieto di cui all'articolo 13, n. (4), tenderanno a valutare con attenzione i pro ed i contro insiti negli accordi di licenza, giungendo a soluzioni

nuove tecnologie, nuovi procedimenti o nuovi prodotti; (4) gli accordi che negano l'utilizzo di nuove tecnologie, nuovi procedimenti o nuove apparecchiature; (5) gli accordi che negano l'adozione di nuovi standard tecnici".

⁵² Huo (2008), pp. 47–48; ABA (2005), pp. 10–11.

⁵³ Huo (2008), *ibidem*.

⁵⁴ *Dayang Co. c. Huanghe Co., Min San Zhong Zi* n. 8/2003; testo consultabile, in inglese (a pagamento), su <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=case&id=270>.

⁵⁵ *Lu yuzhu c. Tianjin Beifang gang ban Co. Ltd., San Zhing Zi Jin Gao Min* n. 53/2007; testo consultabile, in cinese, su <http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/slc/SLC.asp?Db=fnl&Gid=117536492>.

⁵⁶ *Wuqi c. Silugao Co. Ltd., cit.*

4. Accordi monopolistici

in concreto non tanto divergenti da quelle adottate in sistemi economici avanzati.⁵⁷

2.5 Boicottaggio collettivo

Il boicottaggio è pacificamente riconosciuto come una delle infrazioni più gravi delle norme della concorrenza ed è severamente vietato sia in Europa⁵⁸ sia negli Stati Uniti,⁵⁹ sebbene quest'ultimo ordinamento riconosca degli spazi per una giustificazione in senso non restrittivo di tale pratica.⁶⁰ A rendere necessaria l'inclusione del boicottaggio nell'elenco dell'articolo 13 della legge, però, fu soprattutto la constatazione che esso è un fenomeno tutt'altro che raro in Cina, giacché si collega alla vasta concertazione delle condizioni dell'offerta caratterizzante il mercato di questo paese, in cui le imprese usano o minacciano il boicottaggio quale strumento di rappresaglia in caso di condotte devianti tenute dai partecipanti al cartello. Una delle vicende più note e che ha probabilmente influito nel processo di redazione legislativa ha riguardato il mercato del trasporto aereo ove, per via della scelta di *Eastern Airlines* di ridurre i prezzi sulla tratta Chengdu – Shanghai, le compagnie aeree concorrenti intimarono alle agenzie di viaggio convenzionate di non vendere biglietti di tale compagnia pena l'adozione di gravose

⁵⁷ Per una prima, per quanto provvisoria conferma di questa previsione, si veda l'approccio agli accordi di *patent pool* esplicitato nella *Bozza regolamento DPI*, in cui la valutazione della restrittività dell'accordo da parte dell'ASIC è improntata ad un'attenta valutazione delle efficienze scaturenti dal rapporto di associazione, tenuto conto delle quote di mercato, del carattere aperto e non discriminatorio dell'intesa e della ragionevolezza delle limitazioni allo sfruttamento dei diritti di esclusiva. Soltanto per alcune tipologie di accordi di trasferimento tecnologico (restrizione dell'offerta, ripartizione del mercato esclusione di un'impresa sul mercato), vi è una presunzione di illiceità della condotta, ma l'impresa interessata può dimostrare l'assenza in concreto di effetti anticompetitivi; M. Han – Bird (2013).

⁵⁸ Cfr. IV/426, *Carte da parati in Belgio* (1974), § IV.3 “il boicottaggio collettivo è una delle infrazioni più gravi delle regole della concorrenza, in quanto mira ad eliminare un concorrente scomodo”; più di recente v. IV/35691/E-4, *Intesa tubi pre-isolati* (1999).

⁵⁹ *Klor's vs. Broadway-Hale Stores*, 359 U.S. 207 (1959); *Associated Press vs. United States*, 326 U.S. 1 (1945); *Fashion Originators' Guild of America vs. Federal Trade Commission*, 312 U.S. 457 (1941).

⁶⁰ Cfr. *Northwest Wholesale Stationers vs. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284 (1985), in cui un'impresa, in conseguenza dell'espulsione dalla cooperativa di cui faceva parte insieme con altri concorrenti, lamentava l'illegittimità di quest'atto che la costringeva a competere sul mercato a condizioni più svantaggiose rispetto alle imprese rimaste socie della cooperativa. La Corte ritenne di dover analizzare la fattispecie secondo la *rule of reason* e respinse la domanda di *Pacific* non ravvisando l'esistenza di effetti anticompetitivi nella condotta della cooperativa. È incerto, dalla lettura dell'*opinion* del giudice Brennan, se la decisione abbia ribaltato i precedenti in cui il boicottaggio veniva considerato illecito *per se* o se abbia voluto tracciare una distinzione tra le pratiche di boicottaggio vere e proprie, che resterebbero dunque punibili *per se*, ed altre forme di rifiuto collettivo a contrarre, che sarebbero invece soggette al più mite criterio della *rule of reason*; v. Areeda – Kaplow – Edlin (2004), pp. 273 e 294.

contromisure ai loro danni.⁶¹

Il *Regolamento accordi ASIC* individua diverse ipotesi di boicottaggio (rifiuto di vendere o acquistare i prodotti di un'altra impresa ovvero di vendere o acquistare i propri prodotti ad un'altra impresa ovvero ancora l'impedimento frapposto ad un'altra impresa ad avere rapporti con i suoi concorrenti),⁶² le quali, a parere di chi scrive, devono essere considerate come aventi un valore soltanto esemplificativo. In caso contrario, risulterebbe impossibile sanzionare condotte certamente illecite quale quella succitata orchestrata ai danni di *Eastern Airlines*, in cui il boicottaggio si realizza per via indiretta, costringendo le controparti di una impresa concorrente a non avere rapporti commerciali con essa.⁶³

Il primo caso di applicazione della disposizione di cui all'articolo 13, n. (5), ha riguardato un accordo tra operatori turistici (agenzie di viaggio, hotel, società di trasporti, gestori di attrazioni turistiche) della regione dello Xishuangbanna, nello Yunan, mediante il quale le imprese si obbligavano a indirizzare i propri clienti esclusivamente verso altre imprese facenti parte del cartello, le quali, a loro volta, si impegnavano a praticare un prezzo prefissato.⁶⁴ La decisione è degna di nota perché per la prima volta l'ASIC ha deciso di non limitare il proprio intervento alla pratica di propria competenza, ma di sanzionare anche la condotta di fissazione del prezzo che ad essa si associava.

2.6 Altre fattispecie: la manipolazione delle gare di appalto

Tra gli accordi non tipizzati dal legislatore, vale la pena di ricordare la manipolazione delle gare di appalto. Non è nota la ragione per cui si decise di eliminare il divieto in questione nel corso del percorso di approvazione della legge come anche dall'iniziale versione del *Regolamento prezzi CSNR*,⁶⁵ ma ciò di certo non ne preclude la punibilità.⁶⁶ Le pratiche di *bid-rigging*, infatti, possono essere di

⁶¹ La vicenda è raccontata da Di Federico (2009), p. 253.

⁶² Art. 7 *Regolamento accordi ASIC*.

⁶³ In questo senso la relazione presentata dall'Ufficio affari legali del Consiglio di Stato al CNP conteneva un'elencazione più specifica delle ipotesi di boicottaggio rispetto a quella stabilita dall'ASIC, comprendente altresì “*il rifiuto collettivo di rifornire gli acquirenti provenienti da una determinata regione*” e “*il boicottaggio da parte di diverse imprese acquirenti contro un'altra impresa acquirente attraverso la richiesta ai fornitori di non rifornire quell'impresa*”; v. Johnston (2009), p. 78.

⁶⁴ “*Agenzie turistiche di Xishuangbanna*”, cit.

⁶⁵ Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 74.

⁶⁶ In Europa la punibilità della manipolazione delle gare di appalto non è in discussione; v. la sentenza T-138/07, confermata da C-501/11 P., *Schlinder Holding c. Commissione*, e la decisione IV/26918,

4. Accordi monopolistici

solito rilette come forme particolari di accordi di fissazione del prezzo⁶⁷ o di spartizione del mercato, quando presuppongono una turnazione nell'accaparramento degli appalti.⁶⁸ Non va dimenticato, inoltre, che la collusione tra gli offerenti in danno del soggetto appaltante, degli altri offerenti, dello Stato o dell'interesse generale costituisce reato secondo la legge penale generale cinese,⁶⁹ quindi a maggior ragione tale condotta potrà essere perseguita ai sensi della legge antimonopolistica.

In ogni caso, la manipolazione delle gare di appalto rimane espressamente disciplinate dalla legge sulle offerte pubbliche, dalla legge sugli appalti pubblici e dalla legge contro la concorrenza sleale, che già in precedenza dettavano delle disposizioni discretamente dettagliate e statuivano l'invalidità della gara e la confisca dei profitti illecitamente conseguiti quali sanzioni ulteriori all'irrogazione della multa da parte dell'ASIC.⁷⁰

2.7 Decisioni delle associazioni industriali

Resta qui poco da aggiungere a quanto già detto in precedenza intorno al ruolo delle associazioni industriali nello stimolare e sostenere le pratiche anticoncorrenziali messe in atto dalle imprese di un determinato settore.⁷¹ Queste organizzazioni di categoria forniscono un contributo autonomo e spesso determinate per la realizzazione delle violazioni da parte delle imprese che ne fanno parte e per questo sono assoggettate dalla legge ad una specifica sanzione.⁷² Quel che è utile puntualizzare è che la molteplicità delle condotte illecite che possono essere tenute dalle associazioni industriali sono genericamente suddivisibili in atti di natura, *latu sensu*, "normativa" (regolamenti, decisioni, avvisi, imposizione di *standard* tecnici, etc.), più o meno vincolanti, e atti "materiali" di diretta ingerenza nelle operazioni del cartello (promozione e mediazione dell'accordo, raduni delle imprese, controllo

Industria europea della zucchero (1973); nell'ordinamento tedesco tale pratica collusiva è punita con la reclusione sino a cinque anni (§ 298 *StGB*). Negli Stati Uniti v. *United States vs. Gosselin World Wide Moving NV*, 411 F3d 502 (4th Circ. 2005).

⁶⁷ In particolare v. l'art. 8, n. (4), *Regolamento prezzi CSNR*, che vieta "l'individuazione di un prezzo come base per le negoziazioni con terzi".

⁶⁸ Froeb – Koyak – Werden (1993).

⁶⁹ Cfr. *infra* Cap. VIII, § 4.3.

⁷⁰ V. *supra* Cap. II, § 2.3.

⁷¹ Cfr *supra* Cap. III, § 4.2.

⁷² Art. 46, par. 3, legge antimonopoli.

del rispetto degli obblighi assunti, etc.)⁷³ : sia le une che le altre sono comunque considerate attività di “organizzazione” dell’azione antimonopolistica delle imprese e pertanto vietate ai sensi dell’articolo 16 della legge.

3.– Accordi verticali

Di gran lunga più scarna è la disciplina riservata agli accordi verticali, che sostanzialmente si riduce ai soli accordi di imposizione di un prezzo fisso o minimo di rivendita dei prodotti a terzi (accordi di “*resale price maintenance*” o *RPM*)⁷⁴. Come per gli accordi orizzontali, anche per gli accordi verticali è prevista la possibilità per l’ARALA di individuare nuove tipologie vietate,⁷⁵ ma tale potere non è stato ancora esercitato.

3.1 Accordi di fissazione del prezzo di rivendita

Gli effetti anticompetitivi derivanti dalle restrizioni di prezzo sono generalmente poderosi ed è difficile che eventuali efficienze possano sormontare le conseguenze negative per i consumatori connessi ad un aumento del costo di acquisto dei beni.⁷⁶ Per tale motivo il diritto europeo continua a ritenere illecite per oggetto tutte le intese di fissazione di un prezzo determinato o minimo di rivendita⁷⁷ e non sembra intenzionato a rivedere questo orientamento⁷⁸ neppure dopo lo storico *overruling* della giurisprudenza statunitense nel caso *Leegin*, con il quale si è affermata la necessità di ricorrere alla *rule of reason* per la valutazione degli accordi

⁷³ Cfr. art. 9 *Regolamento prezzi CSNR* e art. 9 *Regolamento accordi ASIC*.

⁷⁴ Art. 14, nn. (1) e (2), legge antimonopoli.

⁷⁵ Art. 14, n. (3), legge antimonopoli. La prima bozza del *Regolamento accordi ASIC* prevedeva la possibilità di sanzionare gli accordi di un’impresa con la propria controparte commerciale quando questi avessero avuto l’effetto di eliminare o restringere la concorrenza e di danneggiare l’interesse dei consumatori; questa disposizione è stata eliminata nella versione definitiva del regolamento; v. ABA (2011), *China*–75.

⁷⁶ Allain – Chambolle (2011); Peepkorn (2008); Rey – Vergé (2004); Comanor (1985).

⁷⁷ Si veda il principio per cui la concorrenza sul prezzo non può mai essere eliminata, affermato nel caso C–26/7, *Metro SB–Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commissione*; ripreso da C–243/83, *SA Binon & Cie c. SA Agence et messageries de la presse*, e dalla decisione della Commissione COMP/37.975, *PO/Yamaha*, non pubblicata in gazzetta, ma consultabile su http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37975/37975_91_3.pdf. La Corte ha tuttavia ammesso la legittimità delle mere raccomandazioni di prezzo nei contratti di *franchising*, quando queste non si associno ad una pratica concordata tra affiliante e gli affiliati o tra gli affiliati medesimi in C–161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*.

⁷⁸ Jones – Sufrin (2011), pp. 661–662.

4. Accordi monopolistici

di fissazione di un prezzo minimo di rivendita.⁷⁹

Vista l'indeterminatezza del divieto contenuto nella legge antimonopoli,⁸⁰ ci si chiedeva quale posizione avrebbe assunto la Cina nel contrasto che opponeva il diritto europeo a quello statunitense in merito al criterio di valutazione degli accordi di *RPM*. La risposta era lasciata per lo più alle convinzioni personali di ciascun interprete sul punto, almeno sino a quando, nel 2013, le autorità cinesi hanno avuto modo di pronunciarsi per ben tre volte sulla legittimità di accordi di distribuzione che prevedevano una limitazione del prezzo minimo di rivendita.

Il primo in ordine di tempo è il caso “*Maotai–Wuliangye*”,⁸¹ che ha riguardato due grandi produttori di *baiju* (una tradizionale bevanda alcolica cinese) sanzionati dagli Uffici provinciali dei prezzi del Guizhou e del Sichuan, per aver introdotto un sistema di fissazione dei prezzi di rivendita dei loro liquori che prevedeva un controllo sull'attività dei distributori e l'obbligo per questi ultimi di pagare ingenti somme alle società produttrici nel caso in cui fossero stati scoperti a praticare prezzi inferiori a quanto stabilito.⁸² In particolare, nella decisione concernente *Wuliangye*, si afferma che, anche in considerazione della forte posizione di mercato dell'impresa, della notorietà del marchio e della fedeltà dei consumatori, la condotta di *RPM* produce effetti negativi in termini di efficienza economica in relazione all'interesse dei consumatori. Più stringato, invece, l'annuncio relativo a *Maotai*, in cui l'Ufficio dei prezzi del Guizhou si limita a dar conto dell'esistenza di

⁷⁹ In *Leegin Creative Leather Products vs. PSKS Inc.*, 551 U.S. 887 (2007), la Corte Suprema ha ribaltato il proprio precedente sancito in *Dr. Miles Medical Co vs. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911), ritenendo necessario valutare caso per caso se gli effetti restrittivi della concorrenza *intra-brand* derivanti dall'imposizione di un prezzo minimo possono essere compensati da un incremento della concorrenza *inter-brand*. In particolare, l'imposizione di un prezzo minimo può incentivare gli investimenti pubblicitari e il miglioramento dei servizi di assistenza pre- e post-vendita. Dipende, dunque, principalmente dal potere di mercato del fornitore o del distributore la possibilità che effetti restrittivi si producano in conseguenza di un'intesa di *RPM*, perché soltanto in caso di accertamento di tale potere i distributori di marche concorrenti sono privati di un'importante leva concorrenziale; v., però, anche la *minority opinion* del giudice Breyer, il quale, riportando numerosi casi pratici e avvalendosi dei risultati raggiunti da molti economisti, sottolinea come la fissazione di prezzi minimi determini in definitiva prezzi più alti per i consumatori.

⁸⁰ L'art. 9 del *Regolamento prezzi CSNR* utilizza la stessa identica formulazione dell'art. 14 per proibire gli accordi verticali sul prezzo.

⁸¹ “*Kweichow Maotai Co. Ltd.*” (2013), dell'Ufficio provinciale dei prezzi del Guizhou; testo consultabile, in cinese, su <http://www.gzdpc.gov.cn/col/col409/index.html>. “*Wuliangye Yibin Group Co. Ltd.*” (2013) dell'Ufficio provinciale dei prezzi del Sichuan; testo consultabile, in cinese, su <http://www.scdrc.gov.cn/dir25/159074.htm>; v. Hickin – Ha – Monaghan (2013).

⁸² Secondo il comunicato dell'Ufficio dei prezzi del Sichuan, *Wuliangye* aveva vincolato oltre 3.200 distributori di liquori e nel 2012 aveva punito 14 di questi per non essersi conformati alle indicazioni di prezzo contenute nel contratto. Similmente, *Maotai* aveva sospeso i rapporti con tre dei suoi distributori, trattenuto il 20% del loro deposito e minacciato i medesimi di ulteriori sanzioni se non avessero riallineato il prezzo dei prodotti alle indicazioni di *Maotai*; v. anche Dai (2013), pp. 2–3.

una restrizione al prezzo di rivendita, ad affermare l'effetto anticompetitivo dell'accordo e ad irrogare la sanzione all'impresa. In ogni caso, entrambe le decisioni hanno avuto consistenti ripercussioni sul mercato e segnano un passo importante dell'antitrust cinese, perché confermano il principio per cui anche le imprese statali sono soggette alle disposizioni sulla concorrenza.⁸³

In un altro caso l'autorità amministrativa svelò l'esistenza di una diffusa pratica di *RPM* nel mercato del latte in polvere per i bambini.⁸⁴ A seguito dello scandalo del latte alla melamina del 2008, molti consumatori evitarono di acquistare i prodotti delle imprese cinesi e si indirizzarono verso i marchi delle grandi multinazionali straniere, le quali, a loro volta, decisero di incrementare i propri profitti obbligando i rivenditori ad un determinato prezzo minimo.⁸⁵ Immediatamente dopo la notizia dell'avvio dell'indagine alcune delle imprese reagirono riducendo i prezzi praticati ai consumatori, così implicitamente riconoscendo l'esorbitanza di quelli in precedenza praticati.⁸⁶ La CSNR sostenne che le restrizioni imposte ai dettaglianti mantenevano ingiustificatamente alto il livello dei prezzi, eliminavano o restringevano seriamente la concorrenza *intra-brand*, indebolivano la concorrenza *inter-brand*, pregiudicavano una leale ed ordinata concorrenza e, in definitiva, arrecavano pregiudizio agli interessi dei consumatori. Nel caso di specie, inoltre, l'autorità ha espressamente preso in considerazione la difesa sollevata dalle imprese circa la conformità dei loro accordi agli obiettivi dell'articolo 15 legge antimonopoli, anche se ha escluso che sussistessero, in concreto, i presupposti per esentare l'accordo.⁸⁷ Ulteriore particolarità, infine, è l'imposizione a tutte le imprese interessate dal provvedimento amministrativo dell'obbligo di attuare specifici obblighi comportamentali, sotto la supervisione della CSNR, per restaurare la legalità nel settore e prevenire che le pratiche contestate si ripetano in futuro.⁸⁸

⁸³ X. Wang – Emch (2013), p. 15.

⁸⁴ La decisione “*Latte in polvere per bambini*”, inedita, del 7 agosto 2013 ha sanzionato le società *Abbot Laboratories*, *Biostime*, *Danone Dumex*, *FrieslandCampina* e *Fonterra*, *Mead Johnson*; testo del comunicato stampa, in cinese, consultabile su http://www.ndrc.gov.cn/xwfb/t20130807_552991.htm.

⁸⁵ La CSNR aveva stimato che a partire dallo scandalo del 2008 i prezzi aumentarono di circa il 30%.

⁸⁶ Si tratta di *Wieth* e *Beingmate*, che, insieme con *Meiji*, furono esentate da sanzioni per aver collaborato con l'autorità; cfr. *infra* Cap. VIII, § 5.

⁸⁷ Cfr. Bush (2013a).

⁸⁸ Gli obblighi imposti dalla CSNR consistono nella cessazione della condotta illecita, nella revisione dei contratti e delle pratiche commerciali, nella rivitalizzazione della concorrenza anche attraverso un'apposita formazione del proprio personale e nell'adozione di misure concrete che eliminino gli effetti negativi causati e arrechino immediato beneficio ai consumatori.

4. Accordi monopolistici

Un contributo determinante alla definizione della fattispecie degli accordi di *RPM* è, infine, pervenuta dalla giurisprudenza nella decisione della controversia insorta tra *Johnson & Johnson* e la cinese *Rainbow*,⁸⁹ una distributore autorizzato con cui la multinazionale intratteneva rapporti da quindici anni. Nell'accordo, che veniva rinnovato ogni anno, era sempre stata inserita una clausola che autorizzava *Rainbow* ad offrire le cucitrici ed altri prodotti di sutura della multinazionale agli ospedali di Pechino che si trovavano all'interno di una determinata zona territoriale, praticando un prezzo non inferiore a quello stabilito nel contratto.⁹⁰ Dopo aver scoperto che nel 2008 *Rainbow* aveva violato i patti, aggiudicandosi delle gare al di fuori del territorio contrattuale e al di sotto del prezzo minimo concordato, *Johnson & Johnson* sospese la fornitura per l'anno in corso e non rinnovò il rapporto per l'anno successivo; decisione che condusse rapidamente *Rainbow* al fallimento.⁹¹

La controversia fu portata all'attenzione della Corte Intermedia di Shanghai, davanti alla quale *Rainbow* chiese che fosse accertata la nullità della clausola di *RPM* per contrasto con l'articolo 14 della legge antimonopoli ed il suo conseguente diritto al risarcimento dei danni. Nel processo furono sentiti gli esperti economici di entrambe le parti ed ampio spazio fu dedicato alla dimostrazione degli effetti sul mercato della previsione di un prezzo minimo di rivendita. La domanda, respinta in prima istanza in ragione del ritenuto mancato assolvimento da parte dell'attore dell'onere della prova relativo alle conseguenze negative della pratica impugnata, fu poi accolta in appello con una minuziosa quanto importantissima sentenza. Nella sua motivazione l'Alta Corte di Shanghai preliminarmente dichiarò la legittimazione dell'impresa parte di un contratto anticoncorrenziale ad agire in giudizio contro la propria controparte come anche l'applicabilità della legge antimonopoli al caso in questione.⁹² Nel merito essa confermò che, a differenza degli accordi tra imprese concorrenti, gli accordi verticali di solito pregiudicano in misura minore la

⁸⁹ *Beijing Ruibang Yonghe Science and Technology Trade Company c. Johnson&Johnson Medical (Shanghai) Ltd. e Johnson&Johnson Medical (China) Ltd.*, cit.

⁹⁰ Ning – Jia – D. Xiao – Yin (2013).

⁹¹ Dai (2013), p. 5.

⁹² In effetti, la Corte chiari la non applicabilità della legge antimonopoli a fatti compiuti prima della sua entrata in vigore, avvenuta, lo si ricorda, l'1 agosto 2008. Il contratto tra *Johnson & Johnson* e *Rainbow*, però, era rimasto in vigore per tutto l'anno 2008 e ciò permise l'applicazione della legge antitrust, anche se il danno fu calcolato soltanto in relazione ai cinque mesi che andavano dall'entrata in vigore della legge sino al termine del contratto di fornitura, per cui *Johnson & Johnson* fu condannata a risarcire appena CNY530.000 (€66.250 ca.); v. *Id.*, pp. 5–6.

concorrenza e, pertanto, l'attore ha l'onere di provarne la concreta restrittività.⁹³ Nello specifico, secondo la Corte, per giungere ad un accertamento della natura anticoncorrenziale di un accordo di *RPM* bisogna dimostrare: 1) l'estensione del mercato rilevante e la non concorrenzialità dello stesso tenendo conto del potere contrattuale di entrambe le parti, dell'esistenza di barriere all'ingresso e della fidelizzazione dei consumatori al marchio; 2) il potere di mercato dell'impresa convenuta, in base principalmente alle quote di mercato, al controllo della distribuzione ed alla titolarità di marchi rinomati; 3) l'intento restrittivo dell'impresa convenuta; 4) gli effetti negativi prodotti dall'accordo sulla concorrenza all'interno del mercato.⁹⁴

In forza di tale analisi i giudici ritennero che il mercato dei prodotti di sutura non fosse sufficientemente competitivo, che in esso *Johnson & Johnson* possedesse un rilevante potere di mercato e che le limitazioni al prezzo di rivendita inserite nel contratto di distribuzione avessero prodotto un notevole pregiudizio senza che ad esse potesse attribuirsi alcun vantaggio in termini di efficienza.⁹⁵

Prima che si potessero verificare le prime applicazioni della norma, era diffusa in dottrina l'opinione per cui l'intenzione del legislatore sarebbe stata quella di punire le condotte di fissazione del prezzo di rivendita *per se*.⁹⁶ La prassi, tuttavia, sembra aver definitivamente smentito l'adozione di un così rigido atteggiamento verso gli accordi di *RPM*.

Una scelta convinta nel senso dell'utilizzo della *rule of reason* per la valutazione di questi accordi è stata chiaramente manifestata dalle Corte di Shanghai, la quale fu probabilmente indotta ad assumere questo più prudente orientamento per prevenire il profluvio di domande di risarcimento che sarebbero seguite ad un alleggerimento dell'onere della prova per l'attore in merito ad una fattispecie, quella della fissazione dei prezzi di rivendita, molto diffusa nei contratti commerciali stipulati in Cina. Ancorché connotate da una minore profondità di analisi, anche le precedenti decisioni della CSNR pongono l'attenzione sul potere di mercato delle

⁹³ *Id*, p. 6

⁹⁴ Ning – Jia – D. Xiao – Yin (2013).

⁹⁵ La Corte non esaminò nel dettaglio la sussistenza di una delle condizioni di esenzione previste dall'art. 15, ma è possibile che tale eccezione non fosse stata sollevata dai convenuti; v. *Id*.

⁹⁶ La convinzione era sostenuta dall'opinione espressa da Z. Wu (2008), p. 81, il quale, al momento della redazione dell'articolo citato, ricopriva il ruolo di vice direttore dell'Ufficio antimonopoli del Ministero del commercio ed era tra coloro che avevano partecipato in prima persona alla redazione della legge antimonopoli.

4. Accordi monopolistici

imprese e sugli effetti della condotta sul mercato, elementi che non sarebbero rilevanti in una pronuncia di condanna fondata su un giudizio *per se*.⁹⁷ Qualche dubbio può permanere con riguardo alla decisione assunta contro le imprese produttrici del latte in polvere per i bambini, le quali operavano in un mercato scarsamente concentrato e discretamente competitivo, ma in quel caso la scelta delle imprese di ridurre i prezzi subito dopo l'avvio delle indagini suonò come un'implicita conferma della finalità anticompetitiva della pratica di *RPM* ed attenuò perciò la prova a carico dell'autorità.⁹⁸

In definitiva, si può sostenere che sia l'autorità amministrativa che l'autorità giudiziaria sono concordi nel tenere un atteggiamento più cauto nella valutazione delle pratiche di fissazione del prezzo di rivendita, ma che lo *standard* probatorio richiesto dalle pronunce delle Corti è notevolmente più elevato. Per tale ragione, se la CSNR non si impegnerà ad approfondire la propria indagine delle condizioni di mercato e degli effetti economici delle pratiche sospette, si preannuncia molto difficile per le decisioni amministrative in tema di prezzo di rivendita resistere di fronte ad un'eventuale impugnativa giudiziale.⁹⁹

3.2 Altre fattispecie

La mancata previsione di ulteriori categorie di accordi verticali vietati lascia indubbiamente insoddisfatti, perché sono molti i rischi per la concorrenza connessi alle molteplici forme di restrizioni verticali di cui la legge antimonopoli non si occupa. In particolare, sono noti gli effetti anticompetitivi che possono derivare dagli accordi di esclusiva territoriale e da quelli relativi alla fornitura ed alle vendite dei prodotti, tanto più in un mercato che per le sue caratteristiche è eccezionalmente vulnerabile a questo genere di pratiche tendenti a confinare le imprese all'interno di ristrette aree territoriali del gigantesco territorio cinese.

Le limitazioni della libertà dei distributori, imposte al solo fine di impedire la rivendita dei prodotti acquisiti in altri territori o ad altri gruppi di clienti possono rivelarsi necessarie per alcune tipologie di accordi commerciali, prima di tutto il

⁹⁷ X. Wang – Emch (2013), p. 15.

⁹⁸ Gong (2013), che sostiene che una tale decisione sarebbe difficilmente giustificabile, se non per ragioni populistiche, qualora si fosse fatto un rigoroso utilizzo degli strumenti forniti dall'analisi economica.

⁹⁹ Ning – Jia – D. Xiao – Yin (2013) e You (2013).

franchising,¹⁰⁰ ma tali restrizioni sono spesso utilizzate per consolidare un'intesa orizzontale sui prezzi e non producono alcun sensibile beneficio per i consumatori.¹⁰¹ La mancanza di disposizioni in merito stupisce ancor di più considerata l'influenza esercitata dal diritto europeo, il quale ha sempre palesato un atteggiamento assai intransigente nel trattare gli accordi di esclusiva e quelli costitutivi di una protezione territoriale assoluta o di divieti di esportazione,¹⁰² dimostrandosi molto cauto nel riconoscere la superiorità delle possibili efficienze scaturenti da questo tipo di accordi.¹⁰³

Allo stato attuale, nel diritto cinese, le restrizioni verticali non di prezzo sono punibili come condotte anticompetitive soltanto in quanto integrino un abuso di posizione dominante.¹⁰⁴ Residuano, però, alcune disposizioni al di fuori della legge antimonopoli che conservano il divieto di includere nei contratti determinate clausole limitative della libertà dei distributori anche diverse dalla fissazione di un prezzo di rivendita.

¹⁰⁰ Sul franchising v. il “Regolamento per la disciplina del franchising”, emanato dal Consiglio di Stato il 31 gennaio 2007 ed in vigore dall'1 maggio 2007, artt. 5 e 10, nel quale si stabilisce che attraverso il *franchising* non si può creare un monopolio sul mercato o impedire lo svolgimento di una leale concorrenza e che non si possono imporre al *franchisee* obblighi di fornitura esclusiva, anche se il *franchisor* può prevedere degli *standard* qualitativi minimi che i beni acquistati devono rispettare o creare una lista di fornitori presso i quali il *franchisee* può rifornirsi. Il regolamento in questione non prevede, però, alcuna sanzione in caso di violazione delle norme in esso contenute; testo del regolamento consultabile, in cinese, su http://www.gov.cn/zwgk/2007-02/14/content_527207.htm.

¹⁰¹ Areeda – Kaplow – Edlin (2004), pp. 553–554 “*With RPM a customer attracted by one dealer may buy from another dealer even if the other dealer cannot use price to lure away the customer. Territorial limitations eliminate not just intrabrand price competition, but all interbrand competition*”; Monti (2002), pp. 1065; Rey – Stiglitz (1995). In *United States vs. Topco Associates*, 405 U.S. 596 (1972), si ebbe un tipico caso in cui furono i distributori a richiedere l'introduzione di restrizioni alla rivendita dei beni per rafforzare un cartello in essere tra i medesimi distributori.

¹⁰² V. Reg. (UE) 330/2010 sugli accordi verticali e pratiche concordate, considerando n. (10) e art. 4 (Restrizioni che eliminano il beneficio dell'esenzione per categoria – restrizioni fondamentali), lett. b) e c). Tra i numerosissimi casi v. T-12/03 – T-13/03 – T-18/03, *Itochu Corp. c. Commissione – Nintendo Co. Ltd. e Nintendo of Europe GmbH c. Commissione – CD-Contact Data GmbH c. Commissione* (sul divieto di importazioni parallele); T-62/98, confermato da C-338/00 P, *Volkswagen AG c. Commissione* (per un caso in cui ai distributori venivano fornite quantità ridotte di prodotti per impedirne l'esportazione); ed il *leading case* cause riunite C-56 e 58/64, *Etablissements Consten SA & Grunding-Verkaufs-GmbH c. Commissione* (sul divieto di vendite attive e passive). Una dura critica all'orientamento assunto dalle istituzioni europee in materia di restrizioni verticali, almeno sino alla svolta del c.d. “*more economic approach*” della seconda metà degli anni '90, è stata mossa da Hawk, pp. 974–986 s. Negli Stati Uniti sin dal 1977, con *Continental TV Inc. vs GTE Sylvania*, 433 U.S. 36, la Corte Suprema ha, invece, affermato la regola della *rule of reason* come criterio guida dell'analisi antitrust delle restrizioni verticali diverse da quelle di prezzo.

¹⁰³ V. C-501/06P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited c. Commissione* (limitatamente a certi divieti di esportazione contenuti negli accordi di licenza di diritti di proprietà intellettuale); v. anche Jones – Surfin (2011), p. 659, che sostengono che difficilmente il diritto antitrust europeo muterà il proprio più rigoroso atteggiamento nei confronti degli accordi di esclusiva, avvicinandosi al modello statunitense.

¹⁰⁴ Cfr. art. 17, nn. (4), (5) e (6), legge antimonopoli; v. *infra* Cap. V, §§ 3.4–3.6.

4. Accordi monopolistici

Nelle “*Misure per il controllo della leale concorrenza tra fornitori e dettaglianti*”¹⁰⁵ è fatto divieto ai fornitori di imporre clausole di acquisto esclusivo o di associare la fornitura di un prodotto ad un altro che il rivenditore non ha richiesto;¹⁰⁶ del pari i rivenditori non possono impedire ai propri fornitori di vendere la loro merce ad altri rivenditori o direttamente al pubblico.¹⁰⁷ Si tratta di disposizioni volte ad ostacolare la costituzione di forme di dipendenza economica tra le imprese e la cui emanazione fu stimolata dalla colonizzazione sempre più massiccia dei canali della distribuzione al consumo realizzata in quegli anni dalle grandi catene straniere (*Wal-Mart, Carrefour, etc.*).¹⁰⁸ In assenza di una specifica regolamentazione di queste pratiche, le misure in questione devono ritenersi applicabili ai rapporti tra gli imprenditori ed è interessante notare che le autorità incaricate di accertare le violazioni sono le stesse cui è affidata l’applicazione della legge antimonopoli,¹⁰⁹ seppure le sanzioni previste siano notevolmente inferiori rispetto a quest’ultima.¹¹⁰

Contenuto analogo hanno anche norme con finalità affatto diverse. Un divieto di esclusive territoriale è, infatti, logica conseguenza di disposizioni che si prefiggono di garantire la circolazione di beni e servizi tra i diversi territori del paese ed evitare l’innalzamento di barriere economiche, oltre che normative, al libero scambio tra le comunità locali. In tal senso il “*Regolamento sul divieto di barriere regionali*” proibisce a chiunque di creare o rafforzare eventuali vincoli che ostacolano l’ingresso di beni provenienti da un altro territorio.¹¹¹ Tale normativa è stata in gran parte superata dall’introduzione delle disposizioni sugli abusi di potere

¹⁰⁵ Emanate da ASIC, CSNR, Ministero del commercio e Ministero della pubblica sicurezza il 13 ottobre 2006, in vigore dal 15 novembre 2006; testo consultabile, in inglese (a pagamento), su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=5565&lib=law>.

¹⁰⁶ Art. 18 misure per il controllo della leale concorrenza tra fornitori e dettaglianti.

¹⁰⁷ Art. 7 misure per il controllo della leale concorrenza tra fornitori e dettaglianti.

¹⁰⁸ I “dettaglianti” cui si applicano le misure citate, infatti, sono quelli con un volume annuale di vendite del complesso dei punti vendita superiore a CNY10 milioni (€1,25 milioni ca.); v. art. 3 misure per il controllo della leale concorrenza tra fornitori e dettaglianti.

¹⁰⁹ Art. 21 misure per il controllo della leale concorrenza tra fornitori e dettaglianti.

¹¹⁰ Art. 23 misure per il controllo della leale concorrenza tra fornitori e dettaglianti, che stabiliscono una sanzione massima applicabile di CNY30.000 (€3.750 ca.). Bisogna tenere presente che le disposizioni in questione cedono di fronte ad altre leggi o regolamenti che contengono previsioni analoghe che disciplinano le condotte vietate.

¹¹¹ “*Regolamento del Consiglio di Stato sul divieto di creazione di barriere regionali nelle attività economiche di mercato*” [“*Regolamento sul divieto di barriere regionali*”], del 21 aprile 2001, art. 3, par. 2; testo consultabile, in inglese (a pagamento), su <http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=1820&CGid=>; cfr. anche *infra* Cap. VII, §§ 2.2 e 3.2.

amministrativo, ma le sue previsioni continuano ad applicarsi alle condotte restrittive poste in essere da soggetti privati (individui, imprese o associazioni industriali), visto che il Capo V della legge antimonopoli si concentra esclusivamente sugli atti compiuti dall'autorità pubblica e dalle organizzazioni incaricate di svolgere attività pubbliche.¹¹² Sono tuttavia incerte le conseguenze giuridiche della violazione del *Regolamento sul divieto di barriere regionali* da parte delle imprese, dato che esso non prevede specifiche sanzioni per gli operatori che trasgrediscono alle sue disposizioni ed ha ricevuto un'applicazione assai sporadica in passato.¹¹³

Le disposizioni sugli accordi di trasferimento di tecnologia in precedenza esaminate,¹¹⁴ infine, contengono una dettagliata serie di previsioni che permettono di vietare, limitatamente ai traffici inerenti la circolazione dei diritti di esclusiva, le pratiche di *tying* e quelle clausole destinate a restringere la libertà di vendita, fornitura o esportazione dell'impresa licenziataria, dimostrando un'influenza ancora più marcata da parte del modello antitrust europeo.¹¹⁵ Manca, però, anche in questo caso, un esplicito potere dell'autorità amministrativa di sanzionare le imprese che contravvengono a queste disposizioni, essendo la tutela interamente focalizzata sul piano dei rimedi civilistici.

4.– Esenzioni

4.1 Struttura e finalità

Chiave di volta della disciplina degli accordi monopolistici sono le norme che permettono di esentare quegli accordi che sono restrittivi ai sensi degli articoli 13 e 14, ma che possono essere sussunte all'interno di una delle ipotesi previste dall'articolo 15 della legge antimonopoli. La configurazione normativa ricalca lo schema divieto – esenzione proprio dell'articolo 101 TFUE ed assurge ad elemento caratterizzante della nuova disciplina antitrust, segnando una novità rispetto alle disposizioni che l'hanno preceduta, le quali vietavano, *sic et simpliciter*, determinati

¹¹² Ma v. *infra* Cap. VI, § 3.5 sulla punibilità delle imprese che trasgrediscono le disposizioni sugli accordi e gli abusi di posizione dominante facendosi scudo di un provvedimento amministrativo che le autorizzerebbe o costringerebbe a tenere una condotta antimonopolistica.

¹¹³ X. Wang – Su (2012), pp. 98–99.

¹¹⁴ V. *supra* § 2.4.

¹¹⁵ Cfr. Interpretazione della CSP su diverse questioni concernenti la trattazione delle controversie riguardanti i contratti di trasferimento di tecnologia, art. 10, nn. (2), (4) e (5); art. 29, nn. (1), (4), (5) e (7) regolamento sulla gestione dell'importazione di tecnologie.

4. Accordi monopolistici

accordi anticoncorrenziali, senza accordare alcun margine per una loro giustificazione sul piano giuridico.¹¹⁶

In Cina non è stato seguito il diverso atteggiamento adottato dagli ordinamenti UE¹¹⁷ ed USA,¹¹⁸ che, invece, considerano mai esentabili i c.d. *hardcore cartels*, espressione che fa riferimento a quegli accordi che perseguono il solo scopo di fissare i prezzi o contingentare la produzione nonché le intese contenute “restrizioni fondamentali”,¹¹⁹ i cui effetti negativi per la concorrenza sono considerati in ogni caso non desiderabili anche a fronte di sostanziosi benefici pro competitivi. Le esenzioni previste dalla legge sono pertanto applicabili ad ogni tipo di accordo e nessuna restrizione è astrattamente esclusa dal beneficio legislativo, come conferma il già esaminato caso “*Hui Erxun*”,¹²⁰ in cui proprio in forza dell’articolo 15 i giudici decisero di non sanzionare un cartello di fissazione del prezzo tra le imprese di disinfezione della città di Shenzhen, promosso dalla locale associazione industriale.

L’articolo 15 della legge antimonopoli prevede che un accordo antimonopolistico possa essere esentato se alternativamente: (1) promuove lo sviluppo tecnologico, la ricerca e lo sviluppo di nuovi prodotti; (2) produce efficienze quantitative o qualitative nella produzione; (3) promuove l’efficienza e la competitività delle piccole e medie imprese; (4) realizza un interesse pubblico; (5) fronteggia un violento crollo delle vendite o un speciale eccesso di produzione dovuti ad una situazione di depressione economica; (6) promuove il commercio con l’estero.

Ulteriori deroghe possono essere previste dalla legge o dal Consiglio di Stato e non, si badi bene, dall’ARALA, cui, invece, è affidata la tipizzazione delle condotte vietate ex articoli 13, n. (6), e 14, n. (3). Chi scrive ritiene che il riferimento alla “legge” vada interpretato restrittivamente, nel senso di provvedimento normativo di pari grado emanato dal CNP, e che l’esenzione vada limitata all’esecuzione di quelle condotte specificatamente imposte dalla legge in deroga alla disciplina

¹¹⁶ Cfr. legge contro la concorrenza sleale, legge sui prezzi, legge sulle offerte pubbliche, *supra* Cap. II, § 2.

¹¹⁷ T-14/89, confermato da C-235/92 P, *Montedipe S.p.A. c. Commissione*.

¹¹⁸ *Northwest Wholesale Stationers vs. Pacific Stationery & Printing Co.*, 472 U.S. 284 (1985); *United States vs. Trenton Potteries Co.*, *cit.*

¹¹⁹ Si vedano i già citati Reg. (UE) 330/2010, art. 4, Reg. (UE) 1217/2010, art. 5, e Reg. (CE) 772/2004, art. 4.

¹²⁰ *Cit. supra* Cap. III, §§ 4.1 e 4.2.

monopolistica.¹²¹ Per altro verso, la disposizione in esame intende probabilmente attribuire al Consiglio di Stato la possibilità di stabilire delle esenzioni di categoria, sulla falsariga del potere che in Europa appartiene alla Commissione; mentre è incerto se sia possibile introdurre attraverso la regolamentazione amministrativa un procedimento di autorizzazione preventiva degli accordi¹²² ovvero un procedimento di esenzione caso per caso rimesso alla discrezionalità del Consiglio di Stato.

Per le ipotesi di esenzione di cui ai nn. da (1) a (5) la legge richiede anche la verifica della duplice condizione che l'accordo non restringa in modo grave la concorrenza sul mercato¹²³ e che esso consenta ai consumatori di usufruire degli effetti positivi che si producono in conseguenza di esso. È di immediata evidenza il richiamo all'omologa previsione dell'articolo 101, par. 3, TFUE, benché la legge antimonopoli non includa anche l'ulteriore requisito della indispensabilità della restrizione per la realizzazione delle efficienze.

Nel complesso il sistema di esenzione disegnato dal diritto della concorrenza cinese è per molti aspetti conforme a quello che si ritrova in tanti altri ordinamenti, ancorché alcune ipotesi individuate dall'articolo 15 siano eccentriche rispetto ai modelli di concorrenza oggi dominanti. A causa di queste ultime previsioni si è diffusa la preoccupazione che con esse il legislatore cinese abbia congegnato un espediente per eludere l'applicazione delle disposizioni antimonopolistiche, qualora queste si trovino a confliggere con gli obiettivi di politica industriale del governo. In considerazione dello scenario economico ed istituzionale in cui si inserisce la disciplina antitrust e dell'eterogeneità dei principi informatori della legge, non può essere purtroppo escluso un utilizzo smodato dello strumento dell'esenzione da parte delle autorità competenti anche se bisogna ammettere che ad oggi non risultano applicazioni dell'articolo 15 da parte degli organi dell'ARALA¹²⁴ e che, in generale, "Hui Erxun", deciso dall'Alta Corte del Guangdong è stato l'unico caso in cui si è realizzata una consapevole deroga ai divieti monopolistici nel diritto cinese della concorrenza.

¹²¹ Cfr. ABA (2011), China-37.

¹²² In questo senso vedi l'auspicio espresso da Bush (2009), p. 147.

¹²³ Secondo ABA (2011), China-38, questo requisito potrebbe consentire di recuperare in via interpretativa il divieto di esenzione delle *hardcore restrictions*.

¹²⁴ Ad esempio, sappiamo che in sette delle dodici decisioni in materia di accordi pubblicate sulla *Piattaforma ASIC* le imprese hanno richiesto l'applicazione dell'art. 15, ma che essa non è stata mai concessa.

4. Accordi monopolistici

4.2 I miglioramenti dell'offerta

Sotto i primi due punti, l'articolo 15 tutela quegli accordi che incrementano, rispettivamente, l'efficienza dinamica e l'efficienza allocativa delle imprese.

Nello specifico, la disposizione di cui al n. (1) va letta in combinato disposto con il divieto contenuto nell'articolo 13, n. (4), relativamente alle restrizioni che coinvolgono l'acquisto di nuove tecnologie, apparecchiature o prodotti,¹²⁵ del quale mitiga il rigore sanzionatorio. Attraverso questa esenzione, da un lato, si assicurano le imprese straniere, tipicamente titolari dei diritti di proprietà intellettuale poi sfruttati dalle imprese cinesi, circa la legittimità degli accordi di licenza e di ricerca e sviluppo attuati sul territorio cinese e, dall'altro, si favorisce il trasferimento di conoscenze e tecniche più evolute a favore dell'industria cinese.¹²⁶

Il punto n. (2) consente di tenere in considerazione le diverse forme di miglioramenti dell'offerta che possono riconnettersi alla conclusione di un accordo restrittivo della concorrenza sia sul piano quantitativo (riduzione dei costi tramite la creazione di economie di scala e altre efficienze) che su quello qualitativo (creazione di prodotti nuovi e migliori). In particolare trovano protezione all'interno della norma gli accordi di standardizzazione¹²⁷ e di specializzazione della produzione, anche se l'interprete è lasciato privo di qualsiasi indicazione circa i criteri che devono guidare l'opera di bilanciamento tra le restrizioni dell'*output*, che si verificano in conseguenza di questi accordi, e le correlative efficienze generate dagli stessi. Si esprime, dunque, l'auspicio che venga al più presto emanata una regolamentazione che fissi caratteristiche, condizioni e limiti di queste categorie di accordi, sulla falsariga di quanto sembra stia per avvenire con riferimento agli accordi di ricerca e sviluppo.¹²⁸

4.3 La tutela delle piccole e medie imprese

Corollario del principio per cui il diritto della concorrenza tutela il mercato e non le singole imprese è che la dimensione degli operatori coinvolti è in astratto irrilevante ai fini dell'applicazione delle norme antitrust. Se in un'ottica di politica industriale lo Stato può riservare un regime di favore alle piccole e medie imprese

¹²⁵ Cfr. *supra* § 2.4.

¹²⁶ Tian (2010), pp. 8–9.

¹²⁷ Sugli accordi di standardizzazione nell'ambito degli abusi dei diritti di proprietà intellettuale v. *infra* Cap. V, § 4.5.

¹²⁸ V. *Bozza regolamento DPI*.

(“PMI”), l’applicazione delle norme della concorrenza deve essere esclusivamente subordinata all’esistenza di effetti restrittivi in concreto determinati dalle pratiche poste in essere dalle imprese.

Per quanto singolare, l’esenzione degli accordi che promuovono l’efficienza e la competitività delle PMI non è, a ben vedere, così distante dalla disciplina vigente nei due ordinamenti–modello dell’UE e degli USA.¹²⁹ Quanto al primo, l’articolo 101, par. 1, TFUE vieta le intese che siano in grado di “*pregiudicare il commercio tra Stati membri*”,¹³⁰ escludendo di conseguenza quelle di rilevanza meramente locale. Inoltre, anche quando un’intesa sia giudicata di rilievo comunitario, il divieto dell’articolo 101 TFUE non si applica se la restrizione ha un’incidenza trascurabile sulla concorrenza¹³¹ e a tal fine vengono stabilite delle soglie, calcolate sulla base delle quote di mercato detenute dalle imprese coinvolte, al di sotto delle quali la Commissione non avvia alcun procedimento né su domanda né d’ufficio (c.d. “*safe harbor*”).¹³²

Più simile a quanto prevede oggi la legge cinese è, soprattutto, il § 1 dello *Sherman Act*, che nella sua formulazione letterale non condiziona l’illiceità delle varie forme di concertazione tra imprese ad una specifica consistenza della restrizione. Fu successivamente la giurisprudenza ad integrare il precetto legislativo, stabilendo che bisognasse dimostrare non soltanto l’esistenza di una restrizione al commercio, ma anche la “irragionevolezza” di quest’ultima.¹³³

L’articolo 15 della legge antimonopoli quando dispone l’esentabilità degli accordi che promuovono l’efficienze e la competitività delle PMI intende dare rilievo a specie di efficienze e di vantaggi non inclusi nel precedente n. (2) e probabilmente di minor portata pro competitiva, che, tuttavia, acquistano efficacia derogatoria dei divieti di accordi monopolistici in quanto parti di questi ultimi sono imprese di ridotte dimensioni, le cui condotte restrittive non sono in grado di alterare la

¹²⁹ Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 67.

¹³⁰ Cfr. “*Linee Diretrici sulla nozione di pregiudizio al commercio tra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*”, del 27 aprile 2004, G.U. C 101/07.

¹³¹ Cause riunite C–215 e 216/96, *Bagnasco c. Banca Popolare di Novara soc. coop. a r.l. e Cassa di risparmio di Genova e Imperia S.p.A.*; C–8/95, *New Holland Ford c. Commissione*; C–7/95, *Deree c. Commissione*; ma il principio era già stato espresso in C–5/69, *Franz Voelk c. J. Vervaecke S.p.r.l.*

¹³² “*Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell’articolo 81, paragrafo 1, del Trattato che istituisce la Comunità europea (de minimis)*”, del 22 dicembre 2001, G.U. C 368/07.

¹³³ *Standard Oil Co. vs. United States*, 221 U.S. 1 (1911), che segna l’ingresso della *rule of reason* nel diritto antitrust statunitense.

4. Accordi monopolistici

complessiva struttura concorrenziale del mercato.¹³⁴ Orbene, se da un punto di vista teorico ritenere non applicabile la disciplina delle concorrenze a pratiche di impatto non significativo sul mercato (come avviene in UE ed USA) è altra cosa rispetto a esonerare le stesse dopo che in astratto le si è ritenute contrarie ai principi antitrust, l'effetto pratico che si produce è sostanzialmente lo stesso e non vi sono motivi di temere un'applicazione eccessivamente generosa di questa esimente.

Ovvio presupposto per la concessione della deroga è che la restrizione produca dei benefici, ragione per cui qualora le imprese coinvolte, ancorché piccole o piccolissime, concludano un accordo che non abbia altra finalità che quella di restringere il prezzo, la quantità offerta o il territorio di operatività degli operatori sul mercato (c.d. “*naked restraints*”), questo non potrà mai essere esentato. Esempio ne sono i tantissimi casi puniti dalla CSNR e dall'ASIC che coinvolgevano piccoli esercizi che operavano su un mercato limitato ad un'unica città o addirittura ad un unico quartiere, in alcuni dei quali, tra l'altro, l'eccezione fondata sull'articolo 15 è stata espressamente disattesa.¹³⁵

4.4 La realizzazione dell'interesse pubblico

L'ipotesi di esenzione più discussa tra le sei introdotte dal legislatore cinese è certamente quella relativa all'idoneità dell'accordo a perseguire l'interesse pubblico, in questo includendo, in maniera non tassativa, il risparmio energetico, la protezione dell'ambiente e l'assistenza in caso di disastri.

Nel corso della discussione sugli obiettivi della legge antimonopoli si sono sottolineati i rischi che un richiamo all'interesse pubblico può causare per un coerente sviluppo delle norme sulla concorrenza¹³⁶ e, in effetti, si tratta di una locuzione che è per sua stessa natura vaga e con un significato difficilmente afferrabile.

Nel più volte citato caso “*Hui Erxun*”, ad esempio, la Corte rinvenne un interesse pubblico, convincendosi pertanto della legittimità dell'accordo, nel fatto che i prodotti che formavano oggetto dell'intesa (i pesticidi) appartenessero ad una categoria di beni potenzialmente pericolosa per la salute umana, motivo che rendeva

¹³⁴ Per una disciplina analoga, cfr. § 3 GWB.

¹³⁵ Si pensi, a titolo esemplificativo, ai casi riguardanti gli agenti assicurativi (decisioni nn. 4–8 della *Piattaforma ASIC*) e i “*Rivenditori di oro e platino di Shanghai*”, tutti *cit. supra* §§ 2.1 e 2.3.

¹³⁶ Cfr. *supra* Cap. III, § 1.

giustificabile la decisione delle imprese di aumentare i prezzi.¹³⁷ Qualora il mercato fosse stato lasciato alla libera concorrenza degli imprenditori, argomentò le Corti, la corsa al ribasso dei prezzi che si sarebbe scatenata avrebbe gravemente pregiudicato la qualità dei prodotti e dei servizi di disinfestazione offerti, con inammissibili danni all'ambiente ed alla vita delle persone.¹³⁸

L'incongruenza delle motivazioni è evidente. Per quanto legittimo sia l'interesse alla sicurezza dei prodotti, questo deve essere tutelato tramite normative apposite che stabiliscano gli *standard* di qualità e i necessari controlli e non di certo affidando alle imprese il compito di fissare da sé i prezzi sul mercato.

A dire il vero neppure gli ordinamenti di più antica tradizione sono rimasti immuni alla tentazione di includere, nel giudizio di bilanciamento delle efficienze, considerazioni di carattere non economico.¹³⁹ In uno dei casi di autorizzazioni in deroga più controversi, la Commissione europea autorizzò un accordo di produzione in comune tra due case automobilistiche, preferendo che le imprese unissero i propri sforzi costruttivi anziché continuare ad operare autonomamente, per il semplice fatto che l'accordo prevedeva la costruzione di una nuova fabbrica che avrebbe creato numerosi posti di lavoro in un'area economicamente depressa del Portogallo.¹⁴⁰ In questo senso, nel giudizio di impugnazione proposto da un'impresa concorrente, i giudici comunitari confermarono il carattere indispensabile della restrizione e si dimostrarono altresì molto elastici nel ravvisare la sussistenza degli altri requisiti dell'articolo 101, par. 3, TFUE (allora 85, par. 3, TCE).¹⁴¹ Un caso simile si ebbe, d'altronde, anche negli Stati Uniti, dove la FTC acconsentì alla creazione di una *joint venture* tra *General Motors* e *Toyota*, attraverso la quale veniva fissato il limite massimo di auto commerciabili da *General Motors* sul mercato americano, ritenendo che in questo modo l'industria statunitense avrebbe potuto acquisire le nuove e più

¹³⁷ Q. Hao (2013), p. 8.

¹³⁸ *Ibidem*; si nota, tuttavia, che mentre il ragionamento della Corte di primo grado è stato centrato sulla sussistenza dei presupposti per la concessione di un'esenzione ex art. 15, nn. (1) e (4), l'Alta Corte del Guangdong ha più genericamente valutato se la restrizione potesse considerarsi giustificabile alla luce del principio per cui l'applicazione delle norme della concorrenza deve essere conforme all'interesse dei consumatori ed all'interesse pubblico.

¹³⁹ Ad esempio, nella decisione di autorizzazione in deroga COMP/34493 ed altri, *DSD* (2001), confermata da C-385/07P, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland c. Commissione* ("DSD"), si è dato rilevanza al fatto che gli accordi di prestazione dei servizi fossero finalizzati a garantire la raccolta ed il riciclo degli imballaggi nel rispetto delle regole stabilite da una direttiva europea per la tutela dell'ambiente.

¹⁴⁰ Decisione IV/33814, *Ford/Volkswagen* (1993), confermata dalla pronuncia T-17/93, *Matra Hachette SA c. Commissione*.

¹⁴¹ Per un'analisi critica della decisione, v. Amato (1998), pp. 59–63.

4. Accordi monopolistici

efficienti tecniche di produzione sperimentate dalle concorrenti case automobilistiche giapponesi.¹⁴²

Quanto detto permette di concludere dicendo che, se è vero che in tutti gli ordinamenti è sempre latente l'eventualità che le autorità antitrust si lascino influenzare, nel corso del loro giudizio, da ragioni di interesse pubblico, le caratteristiche del sistema della concorrenza cinese rendono particolarmente fondata la preoccupazione che l'affermazione di un'interpretazione dilatata della clausola di interesse pubblico finisca per porre una seria ipotesi ad una credibile applicazione del divieto di accordi monopolistici nel prossimo futuro.

4.5 Cartelli di crisi

In precedenza si è detto che in moltissimi settori liberalizzati le imprese, sotto la guida delle associazioni di categoria e la protezione del governo, hanno coordinato le proprie attività per far fronte ad una situazione di esuberanza di capacità produttiva e di connesso "eccesso di concorrenza".¹⁴³ Ivi si è sottolineato che anche altri Stati in passato hanno previsto la possibilità di deroghe alle regole della concorrenza, giustificate da una situazione congiunturale di crisi patita da tutta l'economia,¹⁴⁴ e che tali esenzioni sono state mano a mano eliminate, nella consapevolezza che la diffusione di cartelli sul mercato ha come effetto soltanto quello di allontanare la ripresa.

Letto congiuntamente con le norme di principio che spingono per il mantenimento di un mercato "ordinato"¹⁴⁵ e per il rafforzamento della

¹⁴² *General Motors Corp.*, 103 F.T.C. 374 (1984). La decisione di accogliere la richiesta di un *consent decree* formulata da *General Motors* vide due membri della FTC votare in senso contrario. Costoro sostenevano che in realtà *General Motors* già conosceva le specifiche tecniche di produzione giapponesi e che anzi l'accordo avrebbe ridotto l'incentivo dell'impresa ad innovare, producendo effetti di c.d. *path dependence*. Ulteriore elemento negativo, che a parere dei membri dissenzienti dell'autorità antitrust, non era stato adeguatamente valutato, consisteva nella possibilità riconosciuta a Toyota di determinare il prezzo delle nuove vetture, visto che questo veniva indicizzato al prezzo di vendita della *Toyota Corolla*, autonomamente stabilito dalla casa automobilistica giapponese. Per tale motivo, si diceva, era concreto il rischio di un innalzamento generalizzato dei prezzi delle utilitarie vendute sul mercato statunitense, visto che l'elevata concentrazione di questo mercato avrebbe suggerito ai pochi altri operatori del settore di adeguare al rialzo la propria offerta; v. Areeda – Kaplow – Edlin (2004), pp. 259–261.

¹⁴³ Cfr. *supra* Cap. II, § 1.2, e Cap. III, § 4.2.

¹⁴⁴ Brevemente si ricordano il caso *Appalachian Coal Inc. vs U.S.*, *cit.*, ed il *National Recovery Act* del 1933; v. anche la decisione della Commissione europea *Synthetic Fibres* del 1984, *cit.*, ed il § 24–3 della legge antitrust giapponese.

¹⁴⁵ Art. 4 legge antimonopoli.

“autodisciplina industriale”,¹⁴⁶ pure questa disposizione acquista un ruolo potenzialmente disgregante dell’intera disciplina degli accordi. Proprio per tale motivo, devono esser valorizzati quei termini utilizzati nella disposizione in questione che intendono far risaltare il carattere eccezionale dell’esonazione. Deve perciò aversi, ai fini dell’applicazione dell’articolo 15, n. (5), una situazione di depressione che, come insegnano i precedenti stranieri citati, deve riguardare l’intera economia nazionale e non un singolo settore industriale e che deve riflettersi non in una generica riduzione dei profitti, ma in un “*violento crollo delle vendite*” ed in uno “*speciale eccesso di produzione*”. Così facendo si potrà evitare che la cronica condizione di eccesso di concorrenza vissuta dai mercati cinesi possa venire interpretata come una situazione di “crisi permanente” che autorizzi una facile scappatoia dal divieto di accordi monopolistici.

4.6. Cartelli di esportazione

È aperto il dibattito in dottrina circa l’opportunità di sollevare dal rispetto delle norme antitrust quegli accordi tra le imprese finalizzati unicamente a regolare le esportazioni e quindi privi di alcun effetto restrittivo sul mercato nazionale.

Gli Stati Uniti sono un paese che ancora oggi conserva un’ampia esenzione per i cartelli c.d. “di esportazione”, ai quali il § 1 dello *Sherman Act* si applica unicamente qualora questi abbiano un effetto diretto, sostanziale e ragionevolmente prevedibile sul mercato interno o sulle esportazioni delle imprese statunitensi esterne al cartello.¹⁴⁷ La giustificazione che viene tradizionalmente fornita si fonda sulla necessità di garantire alle imprese nazionali la possibilità di competere ad armi pari in mercati fortemente “cartellizzati”.¹⁴⁸

Sostanzialmente sulle stesse ragioni la Corte di giustizia europea aveva stabilito in passato che i cartelli aventi ad oggetto le esportazioni verso paesi extra-

¹⁴⁶ Art. 11 legge antimonopoli.

¹⁴⁷ La prima disciplina dei cartelli di esportazione fu introdotta dal *Webb-Pomerene Act* del 1918, 15 U.S.C. §§ 61–65. Siccome le imprese statunitensi non si sentivano sufficientemente tutelate dall’esonazione in questione, il Congresso è intervenuto nuovamente nel 1982 con l’*Export Trading Company Act*, 15 U.S.C. §§ 4001–4003, 4011–402, con il quale è stata prevista la possibilità per le imprese di ottenere dei certificati dal governo che attestino che le intese tra loro concluse ai fini dell’esportazione non producono effetti restrittivi all’interno del territorio statunitense. Questi certificati esonerano del tutto le imprese cui sono rilasciati da possibili azioni penali e civili da parte delle autorità antitrust federali o statali e fanno presumere, sino a prova contraria, la non restrittività dell’accordo nel caso di azioni iniziate da singoli che si considerino individualmente danneggiati dal cartello di esportazione.

¹⁴⁸ Areeda – Kaplow – Edlin (2004), pp. 101–102.

4. Accordi monopolistici

europei non erano di per sé atti a restringere o alterare il gioco della concorrenza nell'ambito del mercato¹⁴⁹ ed anche la Germania sino al 1999 prevedeva un'esenzione per questo genere di accordi.¹⁵⁰

L'atteggiamento degli ordinamenti nei confronti degli accordi di esportazione era destinato a cambiare con la proliferazione di nuove leggi antitrust all'interno di molti Stati che si aprivano all'economia di mercato, in quanto veniva meno il presupposto che nel mercato dell'esportazione gli operatori dei paesi sviluppati si trovassero a competere con imprese che agivano sciolte dai vincoli imposti dai principi della concorrenza. Ecco, pertanto, che tra gli attori del nuovo mercato globale si diffuse un'insofferenza per le legislazioni che autorizzavano i cartelli di esportazione.¹⁵¹ Ad esprimere questo malcontento, accanto ad alcuni paesi in via di sviluppo come il Brasile ed i paesi della Comunità Economica Caraibica (CARICOM),¹⁵² furono anche l'Unione Europea ed il Giappone. Quest'ultimi, in particolare, sottolineavano come, nonostante i cartelli di esportazione avessero un chiaro effetto distorsivo sui mercati, gli stessi non venissero puniti né dagli Stati in cui venivano conclusi né dagli Stati di importazione, che incontravano numerose difficoltà ad accertare e sanzionare pratiche avvenute fuori dai loro territori.¹⁵³ Altri paesi in via di sviluppo, con in testa la Cina e l'India, si fecero invece portatori di un orientamento peculiare, premendo affinché l'esenzione per i cartelli di esportazione fosse abolita negli ordinamenti dei paesi sviluppati e venisse, al contrario, mantenuta in quei sistemi caratterizzati da un tessuto industriale debole e frammentato in tante piccole imprese, le quali dovevano essere poste nelle condizioni di competere contro i colossi stranieri sul mercato globale.¹⁵⁴

Con l'adozione della legge antimonopoli si può dire che la Cina si è conformata all'indirizzo da essa espresso in sede internazionale. In forza del

¹⁴⁹ C-174/84, *Bulk Oil (Zug) AG c. Sun International Ltd. e Sun Oil Trading Company*, § 44; v. anche la decisione IV/5715, *Junghans* (1977).

¹⁵⁰ Cfr. § 6 GWB oggi abrogato; in dottrina v. Immenga (1995), pp. 96-102.

¹⁵¹ Bhattacharjea (2004), pp. 334-335.

¹⁵² Cfr. la comunicazione al WTO del Brasile, WT/WGTCP/M/22 (verbale dell'incontro del 26-27 maggio 2003, § 25) e di Trinidad e Tobago in rappresentanza del CARICOM, WT/WGTCP/M/12 (verbale dell'incontro del 2-3 ottobre).

¹⁵³ Cfr. le comunicazioni della UE, WT/WGTCP/M/12 (verbale dell'incontro del 2-3 ottobre 2000, § 10 e 25), e del Giappone, WT/WGTC al WTOP/W/156 (19 dicembre 2000).

¹⁵⁴ Cfr. le comunicazioni inviate al WTO dall'India, WT/WGTCP/W/216 (26 settembre 2002); dalla Cina, WT/WGTCP/M/19 (verbale dell'incontro del 26-27 settembre 2002, § 78); dall'Indonesia, WT/WGTCP/M/19 (verbale dell'incontro del 26-27 settembre 2002, § 53); dalla Thailandia, WT/WGTCP/W/213/Rev.1 (26 settembre 2002); dall'Egitto, WT/WGTCP/M/22 (verbale dell'incontro del 26-27 maggio 2003, § 33).

principio sancito dall'articolo 2, infatti, sono rilevanti, ai fini dell'applicazione della legge antimonopoli, tutte e solo quelle condotte che comportano effetti restrittivi all'interno del territorio cinese (c.d. "teoria degli effetti");¹⁵⁵ pertanto, i cartelli di esportazione tra le imprese cinesi che non hanno ricadute sugli scambi interni sono teoricamente irrilevanti per le autorità antitrust nazionali, mentre possono essere sanzionati gli accordi monopolistici conclusi tra imprese straniere e finalizzati all'esportazione sul mercato cinese, anche se questi sono stati considerati legittimi dalle autorità dello Stato di esportazione.

Di conseguenza soggiacciono agli ordinari divieti antitrust quei cartelli di esportazione che producono delle restrizioni anche sul mercato interno, riducendo l'offerta o aumentando i prezzi a danno dei consumatori cinesi ovvero impedendo ad altri operatori di esportare le loro merci.¹⁵⁶ L'ordinamento cinese permette, però, di esentare anche questo genere di accordi, quando risulti che i benefici da essi apportati salvaguardano il "legittimo interesse al commercio con l'estero ed alla cooperazione internazionale".¹⁵⁷

Le esportazioni hanno da sempre rappresentato il principale motore della crescita dell'economia cinese e non è, perciò, difficile comprendere che il "legittimo interesse", di cui si legge nell'articolo 15, si riferisca principalmente all'esigenza di scongiurare l'attivazione di procedure *antidumping* da parte dei paesi di importazione.¹⁵⁸ Ben vengano, dunque, quelle alleanze tra le imprese finalizzate a coordinare l'offerta dei prodotti esportati ed evitare una gara al ribasso dei prezzi analoga a quelle cui si è soliti assistere sui mercati nazionali.¹⁵⁹

Disposizioni apparentemente discordanti si ritrovano nella legge sul commercio con l'estero,¹⁶⁰ emendata nel 2004, che vieta di tenere "condotte

¹⁵⁵ Cfr. *supra* Cap. III, § 2.1.

¹⁵⁶ In questo senso ci si domanda se un'impresa straniera danneggiata da un cartello di esportazione possa agire dinanzi ad una Corte cinese per far valere l'illiceità dell'accordo secondo la legge antimonopoli, dimostrando, per l'appunto, che esso restringe la concorrenza anche sul territorio cinese, sul modello di quanto ammesso dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in relazione ai cartelli di esportazione che non beneficiano dell'esenzione del *Webb-Pomerene Act* nel caso *Pfizer Inc. vs. Government of India*, 434 U.S. 308 (1978).

¹⁵⁷ Art. 15, n. (6), legge antimonopoli.

¹⁵⁸ Huang – Z. Zhang (2011), p. 49.

¹⁵⁹ X. Wang (2009), p. 600.

¹⁶⁰ Cfr. artt. 32 e 33 legge sul commercio con l'estero. Art. 32: "Negli scambi commerciali internazionali, non è ammesso tenere una condotta monopolistica in violazione delle relative disposizioni delle leggi antimonopolistiche e dei regolamenti amministrativi. Negli scambi commerciali internazionali, ogni condotta antimonopolistica che abbia l'effetto di eliminare la leale concorrenza sul mercato deve essere rimossa nel rispetto delle relative disposizioni delle leggi

4. Accordi monopolistici

monopolistiche”, in violazione di leggi e regolamenti, negli scambi con l’estero. Secondo taluni, contrariamente a quanto appena sostenuto, tali previsioni estenderebbe l’ambito di applicazione della legge antimonopoli anche alle pratiche restrittive incidenti esclusivamente sul mercato dell’esportazione.¹⁶¹

A parere di chi scrive, questa interpretazione, tuttavia, tralascia di considerare almeno due fattori. In primo luogo la legge sul commercio con l’estero è precedente alla legge antimonopoli ed essa si inseriva in un contesto in cui nessuna delle normative che all’epoca regolavano il comportamento sul mercato delle imprese conteneva una disposizione sulla sua portata territoriale. Con l’emanazione della legge antitrust, l’articolo 2 di quest’ultima ha implicitamente superato la regola dell’applicabilità dei divieti monopolistici a tutte le attività di commercio con l’estero. In secondo luogo, anche in caso di accertata commissione di condotte antimonopolistiche, la legge sul commercio con l’estero consente al Ministero del commercio di intervenire soltanto ove il comportamento delle imprese “*pregiudichi l’ordine del commercio internazionale*”.¹⁶² Il concetto utilizzato è certamente vago, ma con esso ci si è voluti tutelare contro la possibilità che le condotte delle imprese possano creare una consistente distorsione nei mercati degli Stati di importazione, i quali pertanto potrebbero reagire imponendo dazi *antidumping* ovvero altre misure di limitazione alle importazioni dalla Cina, che, di rimando, finirebbero per causare danni considerevoli a tutta l’economia cinese.

Dal complesso di queste indicazioni normative sembra potersi dedurre che i cartelli di esportazione privi di ricadute sul mercato interno sono sempre esentati

antimonopolistiche e dei regolamenti amministrativi. Laddove una qualsiasi attività in violazione delle leggi indicate nel precedente periodo si verifichi ed abbia l’effetto di pregiudicare l’ordine del commercio internazionale, l’autorità responsabile per il commercio con l’estero sotto il controllo del Consiglio di Stato può prendere le misure che si ritengono necessarie per eliminare il predetto pregiudizio”.

Art. 33: “*Negli scambi commerciali internazionali, non sono ammesse le condotte di concorrenza sleale quali quelle volte a vendere i prodotti a prezzi irragionevolmente bassi, ad accordarsi per falsare una gara pubblica, a creare ed a diffondere pubblicità false, commettere atti di corruzione in commercio o altre attività simili. Ogni condotta di concorrenza sleale nelle attività di commercio con l’estero deve essere rimossa nel rispetto delle relative disposizioni delle leggi e dei regolamenti amministrativi contro la concorrenza sleale. Laddove una qualsiasi attività illecita tra quelle indicate nel precedente periodo si verifichi ed abbia l’effetto di pregiudicare l’ordine del commercio internazionale, l’autorità responsabile per il commercio con l’estero sotto il controllo del Consiglio di Stato può prendere misure per proibire all’impresa di importare o esportare i relativi beni e tecnologie al fine di eliminare il predetto pregiudizio”.*

¹⁶¹ Mehra – Meng (2009), pp. 393–394.

¹⁶² Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 367, sottolineano come siano incerti i rimedi che il Ministero del commercio può adottare per ristabilire l’ordine internazionale in forza della legge sul commercio con l’estero.

dall'applicazione della legge antimonopolistica, fatta eccezione per l'ipotesi in cui essi rischiano di ostacolare i rapporti commerciali internazionali, nel qual caso spetterà al Ministero del commercio, e non alla CSNR o all'ASIC, il compito di adottare le misure necessarie per eliminare il pregiudizio. A sua volta, tuttavia, nulla potrà impedire che gli accordi tra le imprese conclusi per doppiare indenni lo scoglio delle indagini *antidumping* finiscano successivamente sotto i riflettori delle autorità antitrust dei paesi di importazione¹⁶³ ed ivi sanzionati in forza di un principio di extraterritorialità nell'applicazione delle norme della concorrenza.¹⁶⁴

¹⁶³ Huo (2008), p. 49.

¹⁶⁴ X. Wang (2009), p. 601. Un caso del genere si è presentato con riguardo al c.d. “cartello delle vitamine” quando le imprese cinesi importatrici di vitamina C negli Stati Uniti furono accusate di aver concertato un aumento del prezzo. Le imprese, sostenute dal Ministero del commercio quale *amicus curiae*, tentarono di difendersi sottolineando che l'innalzamento dei prezzi era stato loro richiesto dal Ministero del commercio, il quale in questo modo aveva tentato di rispondere alle precedenti denunce di *dumping* mosse dagli Stati Uniti agli imprenditori cinesi del settore; v. *In re Vitamin C Antitrust Litigation*, 810 F. Supp. 2d 522 (E.D. N.Y. 2011); v. anche Sohn – Solomon (2013).

CAPITOLO QUINTO

Abusi di posizione dominante

1.– Posizione dominante

1.1 Precedenti storici

La subordinazione della punibilità di certe condotte delle imprese alla sussistenza di un potere di mercato è il risultato di un'evoluzione che è possibile scorgere osservando la formulazione delle norme che hanno preceduto la legge antimonopoli.

La legge contro la concorrenza sleale sancisce l'illiceità di alcune condotte escludenti senza prestare alcuna rilevanza alla posizione dell'impresa sul mercato o agli effetti sullo stesso prodotti dalla pratica vietata;¹ soltanto l'articolo 6 della legge in questione, applicandosi alle sole imprese esercenti un pubblico servizio e ai monopolisti legali, implicitamente riconnette il divieto di pratiche lesive dell'altrui libertà imprenditoriale alla particolare natura dell'operatore che le pone in essere.² Similmente, le regolamentazioni di alcuni settori industriali (elettricità, poste, telecomunicazioni) proibiscono i comportamenti discriminatori che certi operatori possono adottare in virtù del controllo esercitato sulla rete dei servizi, dando sempre per presupposto il possesso di un potere di mercato.³ Si ricorderà, d'altronde, che anche la legge sui prezzi, nel suo originario intendimento, vietava *tout court* le condotte unilaterali di prezzo da essa individuate.⁴

Furono, nel 2003, le Disposizioni provvisorie per prevenire le pratiche restrittive di prezzo ad importare il concetto di “posizione dominante sul mercato” (“*shichang zhiwei diwei*”) ed a chiarire che alla sua individuazione si perviene attraverso l'utilizzo degli strumenti dell'analisi economica, tenendo conto delle quote

¹ Cfr. *supra* Cap. II, § 2.1.

² Le “*Norme definitive per vietare le pratiche anticompetitive delle imprese pubbliche*”, *cit.*, art. 3, riconoscevano che il potere di mercato delle imprese di pubblico servizio era alla base della loro capacità di recare danno alle altre imprese presenti sul mercato.

³ Cfr. *supra* Cap. II, § 2.3.

⁴ Cfr. *supra* Cap. II, § 2.2.

di mercato dell'impresa, della sostituibilità dei prodotti e delle barriere all'ingresso.⁵

Diverso è, infine, il significato del termine “posizione di vantaggio”, che si ritrova nelle misure per il controllo della leale concorrenza tra fornitori e dettaglianti⁶. Queste non richiedono, infatti, un accertamento in concreto della posizione di vantaggio, che è in un certo senso insita nella capacità del dettagliante di realizzare le pratiche vietate dalla normativa, poiché l'obiettivo è tutelare le controparti dell'impresa prima ancora che la struttura del mercato.⁷

1.2 Definizione di posizione dominante

La legge antimonopoli porta a termine questo percorso, fornendo per la prima volta una definizione della posizione dominante, poi ulteriormente precisata dalle disposizioni di attuazione che sono seguite. Ci si riferisce, nello specifico, al *Regolamento prezzi CSNR* e al *Regolamento abusi ASIC*,⁸ i quali, malgrado i tentativi delle due autorità di uniformare i testi nel corso della redazione, mantengono tutt'ora disposizioni non perfettamente coincidenti.

In base alla legge antimonopoli, per posizione dominante “*si intende la posizione di mercato detenuta da imprese in grado di controllare il prezzo o la quantità dei beni o di altre condizioni relative allo scambio dei beni sul mercato rilevante o di impedire o condizionare l'ingresso di altre imprese sul mercato rilevante*”.⁹ Il fulcro di questa disposizione è il concetto di controllo (“*zhipei*”), nel senso che è l'impresa in posizione dominante a controllare il mercato e non il contrario.¹⁰ Alla luce di ciò è innegabile il richiamo della legge alla nota definizione di posizione dominante offerta dalla Corte di giustizia europea, che ne rintracciava l'essenza nell'indipendenza di cui l'impresa dominante gode rispetto agli altri operatori del mercato.¹¹

⁵ Art. 3 disposizioni provvisorie per prevenire le pratiche restrittive di prezzo.

⁶ Art. 6 misure per il controllo della leale concorrenza tra fornitori e dettaglianti.

⁷ Emch (2008b), pp. 618–619, sottolinea che tra le condotte vietate dall'art. 6 delle misure in questione soltanto quelle previste ai nn. (4) e (5) (l'imposizione al fornitore dell'obbligo di rimborsare i profitti al verificarsi di determinate circostanze ed il *tying*) possono ricondursi ad un generico fine di tutela della concorrenza. Bisogna ricordare, inoltre, che le misure non si applicano ove altre leggi o regolamenti disciplinino condotte identiche o analoghe a quelle da esse vietate.

⁸ *Regolamento dell'Amministrazione dell'Industria e del Commercio sul divieto di abusi di posizione dominante*, del 31 dicembre 2010, entrato in vigore l'1 febbraio 2011 [*“Regolamento abusi ASIC”*].

⁹ Art 17, par. 2.

¹⁰ Emch (2008b), pp. 616–617.

¹¹ Cfr. C– 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione*; C–27/76, *United Brands c. Commissione*. Non molto distante è in concreto la nozione di “*monopoly power*” fornita dalla

5. Abusi di posizione dominante

Oggetto del potere di imposizione dell'impresa possono essere il prezzo, la quantità e, aggiungono i regolamenti amministrativi, la qualità del bene, le condizioni di pagamento,¹² i metodi di consegna, i servizi post-vendita, le modalità della transazione e le limitazioni tecniche.¹³ L'influenza degli ultimi sviluppi del diritto europeo è, pure in questo caso, evidente.¹⁴

1.3 Imprese destinatarie della disciplina

Visti i suoi connotati, non può essere taciuto che l'abuso di posizione dominante si presta ad un'applicazione fortemente politicizzata.¹⁵ In un mercato scarsamente concentrato qual è in generale quello cinese, le norme in esame sono destinate ad un gruppo tendenzialmente ristretto di imprese sul mercato. Queste sono, da un lato, le multinazionali straniere e, dall'altro, le grandi imprese statali. Il permanere, nell'atteggiamento del regolatore, di una non del tutto sopita diffidenza nei confronti delle imprese straniere e di un corrispettivo maggior favore per le imprese di proprietà pubblica non permette di vincere il timore di un'applicazione discriminatorie delle norme sull'abuso di posizione dominante, eccessivamente formalistica per alcuni e troppo blanda per altri.

Tra i possibili destinatari della disciplina degli abusi vi rientrano certamente le imprese di pubblico servizio ed i monopolisti legali, che già erano assoggettate al divieto di condotte escludenti in forza dell'articolo 6 della legge contro la concorrenza sleale e dell'estensiva interpretazione che ne è stata fornita dall'ASIC e dalla giurisprudenza. Oltretutto, i monopolisti legali e, quasi sempre, pure le imprese di pubblico servizio rientrano nella categoria delle imprese statali disegnata dall'articolo 7 della legge antimonopoli, sulle quali, come visto, lo Stato si riserva un

giurisprudenza americana, che ne parla come di un potere di controllare i prezzi o di escludere la concorrenza; cfr. *United States vs. E.I. du Pont de Nemours & Co. (Cellophane)*, 351 U.S. 377 (1956); *United States vs. Aluminium co. of America (Alcoa)*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

¹² Art. 17 *Regolamento prezzi CSNR* e art. 3 *Regolamento abusi ASIC*.

¹³ Questi ultimi due elementi sono previsti soltanto dal *Regolamento prezzi CSNR*.

¹⁴ Cfr. "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), G.U. C 45/02 ["Orientamenti della Commissione in materia di abusi"], § 11: "Nella presente comunicazione, l'espressione «aumentare i prezzi» comprende il potere di mantenere i prezzi al di sopra del livello concorrenziale e viene utilizzata per designare in forma abbreviata i vari modi in cui i parametri della concorrenza — quali prezzi, produzione, innovazione, varietà o qualità di beni o servizi — possono essere influenzati a beneficio dell'impresa dominante e a scapito dei consumatori".

¹⁵ Bush (2009), p. 148.

potere di intervento diretto nella gestione.¹⁶ Considerato che dalle prime applicazioni pratiche appare pacifico che tali imprese siano soggette alla disciplina degli abusi,¹⁷ è necessario chiedersi se le disposizioni del Capo III della legge antimonopoli rappresentino un'effettiva novità rispetto alle previgenti norme sulla concorrenza sleale o se costituiscano unicamente una riformulazione più analitica di divieti già contenuti, *in nuce*, nella legge del 1993, che adesso trovano una sistemazione più adeguata all'interno dell'abuso di posizione dominante. In altre parole, la domanda che ci si pone è se attraverso le previsioni antimonopolistiche si continueranno a punire esclusivamente quelle condotte delle imprese statali che, sfruttando il loro potere nel mercato regolamentato, sostengono la realizzazione di pratiche escludenti in mercati connessi, ovvero se l'ambigua formulazione dell'articolo 7 consentirà alle autorità antitrust di punire condotte abusive che si materializzano nel medesimo mercato in cui le imprese statali godono di un monopolio o, comunque, di una posizione dominante.

1.4 Prova della dominanza: a) la misurazione “analitica”

La legge antimonopoli prevede un doppio meccanismo per ricostruire la posizione dominante di un'impresa. Ad una misurazione che potremmo definire “analitica”, che prende in esame i singoli fattori che possono rivelare il possesso da parte dell'impresa di un potere di mercato,¹⁸ si aggiunge la possibilità di presumere l'esistenza di una posizione dominante singola o collettiva unicamente sulla base del valore relativo delle quote di mercato detenute dalle imprese.¹⁹ In entrambi i casi all'impresa oggetto d'indagine è comunque riconosciuta la facoltà di dimostrare di non ricoprire una posizione dominante nel senso indicato dall'articolo 17 della legge.²⁰

¹⁶ Cfr. *supra* Cap. III, § 4.3.

¹⁷ V. art. 9, *Interpretazione CSP*; v. anche *Wu Qin c. Shaanxi Broadcast & TV Network Media (Group) Co. Ltd.* (“*Shaanxi Broadcast*”), del 5 gennaio 2013 (Corte Intermedia di Xi'an), inedito; per un resoconto dettagliato del caso, in cinese, da parte di un giudice della medesima Corte giudicante v. Yao (2013); per una sintesi in inglese v. Ning – Rui – Yin (2013). V. anche il caso “*Industria del sale di Wuchang*” (2010); comunicato stampa consultabile, in cinese, su http://jjs.ndrc.gov.cn/gzdt/t20101115_380421.htm. Entrambi i casi verranno esaminati nello specifico nel prosieguo del capitolo.

¹⁸ Art. 18 legge antimonopoli.

¹⁹ Art. 19 legge antimonopoli.

²⁰ Per l'ipotesi di posizione dominante è lo stesso articolo 19 a permettere il ribaltamento di questa presunzione; per il caso, invece, di posizione dominante individuata ai sensi dell'art. 18, questa facoltà è riconosciuta dall'art. 12 *Regolamento abusi ASIC*.

5. Abusi di posizione dominante

Nell'indagine antitrust, il parametro più rilevante, seppure non esclusivo, di calcolo del potere di mercato è costituito dalle quote dello stesso possedute dall'impresa. Tradizionalmente, infatti, in presenza di quote di mercato ridotte si tende ad escludere la sussistenza di una posizione dominante,²¹ mentre una quota di mercato elevata rende probabile che l'impresa che la detenga sia dotata di un potere di mercato.²² In Europa si è arrivato ad affermare che quote di mercato superiori al 70-80% possano da sole fondare l'esistenza di una posizione dominante,²³ ma in genere questo dato va sempre integrato con informazioni circa le quote degli altri concorrenti, le caratteristiche del mercato, le barriere all'ingresso e la concorrenza potenziale, al fine di potere ricostruire un'immagine quanto più realistica della stabilità del posizionamento di mercato dell'impresa nonché dell'effettiva libertà di cui essa gode nel modificare la propria offerta.²⁴

L'articolo 18 della legge antimonopoli non si distanzia dall'orientamento comunemente adottato dai principali sistemi antitrust. La dimensione della quota di mercato, osservata alla luce del grado di competitività del mercato rilevante,²⁵

²¹ Cfr. gli *Orientamenti della Commissione in materia di abusi*, § 14, che ritengono non probabile una posizione dominante in presenza di quote di mercato inferiori al 40%; ma v. T-219/99, confermato da C-95/04 P, *British Airways plc c. Commissione*, dove una quota di mercato del 39,7% è stata considerata sufficiente per affermare la posizione dominante di *British Airways*; v. anche ABA (2007), p. 66.

²² In Europa la sentenza "*Hoffmann-La Roche*", cit., § 41, ha affermato che "*benché l'importanza delle quote di mercato possa variare da un mercato all'altro, si può ritenere che quote molto alte costituiscano di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante*". Negli Stati Uniti v. *United States vs. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) (quota di mercato del 95%); *United States vs. Grinnell Corp.* ("*Grinnell*"), 384 U.S. 563 (1996) (quota di mercato dell'85%); *Eastman Kodak Co. vs. Image Technical Services*, 504 U.S. 451 (1992) (quota di mercato dell'80% del mercato); *Cellophane, cit.*, (quota di mercato del 75%).

²³ T-30/89, confermato da C-53/92 P, *Hilti AG c. Commissione*; ripresa da T-83/91, confermata da C-333/94, *Tetra Pak c. Commissione* ("*Tetra Pak II*"), che ha considerato provata l'esistenza di una posizione dominante basandosi unicamente sulla quota di mercato, che nel caso di specie ammontava era pari al 90%.

²⁴ La Commissione Europea si accontenta sempre meno del risultato dell'esame delle quote di mercato ed indaga comunque l'esistenza di altri fattori che possono dissuadere l'impresa dal tenere condotte monopolistiche, primo tra tutti l'esistenza di barriere all'ingresso; v. *Orientamenti della Commissione in materia di abusi*, § 15; nelle recenti decisioni COMP/C-3/37792, *Microsoft* (2004), §§ 448-464, e COMP/C-3/37990 *Intel* (2009) (impugnazione pendente, T-286/09), §§ 852-853, benché le imprese possedessero elevatissime quote di mercato, rispettivamente del 90% e del 70-80%, la Commissione ha, infatti, esaminato l'esistenza di barriere all'ingresso e di effetti di rete. Negli USA vedi l'omologo caso *United States vs. Microsoft Corp.*, cit.

²⁵ Il *Regolamento abusi ASIC*, art. 10, a differenza del *Regolamento prezzi CSNR*, prova a specificare il contenuto dei fattori elencati dall'art. 18, nn. (1)-(5), legge antimonopoli. Per quanto riguarda la quota di mercato viene chiarito che essa si ricava dal raffronto del fatturato delle vendite dell'impresa con il totale del fatturato registrato nel mercato rilevante. Invece, gli elementi da tenere in considerazione al fine della valutazione del grado di concorrenza sul mercato sono, in via esemplificativa, lo sviluppo del mercato rilevante, il numero e le quote di mercato delle imprese concorrenti, i concorrenti potenziali ed il livello di differenziazione dei prodotti.

conserva un peso decisivo nel giudizio intorno all'esistenza della posizione dominante, ma a questi parametri la legge affianca altri quattro fattori in grado di apportare un contributo significativo alla ricostruzione della fattispecie.

Primo, il controllo esercitato dall'impresa sui mercati a monte o a valle,²⁶ comprese eventuali situazioni estreme di integrazione verticale o di monopsonio. Nel momento in cui l'impresa riesce ad imporre il proprio volere sulle controparti commerciali, ad accaparrarsi le migliori fonti di approvvigionamento ed i canali di distribuzione più redditizi, si è di fronte alla manifestazione più evidente della posizione dominante,²⁷ sicché si può dire che il fattore in questione rappresenta la vera essenza del potere di mercato.²⁸ In presenza di una controparte dotata di un forte potere contrattuale (“*countervailing market power*”), infatti, un'impresa, anche se in possesso di una rilevante quota di mercato, non è in grado di determinare unilateralmente le condizioni del rapporto.²⁹ Questione diversa è capire se la rete dei rapporti commerciali intessuta dall'impresa dominante non sia replicabile e costituisca un ostacolo alla capacità di altre imprese di inserirsi sul mercato,³⁰ considerato che alcuni economisti sottolineano come una consolidata rete distributiva o l'integrazione verticale dell'impresa siano il sintomo dell'efficienza della stessa e non del suo potere di mercato.³¹

Secondo, la superiorità tecnica e finanziaria dell'impresa.³² Il possesso di

²⁶ Art. 18, n. (2), legge antimonopoli.

²⁷ L'art. 10, n. (2), *Regolamento abusi ASIC* elenca, tra i fattori da tenere in considerazione per la valutazione di questo requisito: la capacità dell'impresa di controllare i canali di distribuzione o di acquisto, la capacità di incidere o determinare il prezzo, la quantità, la durata o altre condizioni del contratto o di avere accesso prioritario all'approvvigionamento di materie prime, prodotti semi-lavorati e componenti nonché a quelle attrezzature necessarie per la produzione e l'esercizio dell'impresa.

²⁸ Johnston (2009), p. 78.

²⁹ *Orientamenti della Commissione in materia di abusi*, § 18; *Comunicazione della Commissione sul mercato rilevante*, § 43; per un'applicazione del principio si vedano i casi di due intese autorizzate proprio in ragione della forte concentrazione esistente dal lato della domanda IV/M.1225 *Enso/Stora* (1998) e IV/M.495 *Behringwerke/Armour Pharmaceutical* (1995). In dottrina v. Kokkoris (2006) e Galbraith (1952), pp. 527–536.

³⁰ Tra i casi in cui la Corte di giustizia europea ha considerato la rete dei rapporti commerciale e l'integrazione verticale dell'impresa quale elemento di prova della posizione dominante dell'impresa, si vedano i casi C–322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie Michelin c. Commissione* (“*Michelin P*”), *Hilti, cit.*, *United Brands, cit.* Gli *Orientamenti della Commissione in materia di abusi*, § 17, considerano espressamente gli elementi suddetti quali barriere all'ingresso sul mercato.

³¹ Harbord – Hoen (1994), p. 419; Korah (1980), p. 408. Nel caso *United Brands, cit.*, ad esempio, la ricorrente, criticando la decisione della Commissione, sosteneva che non le sarebbe stato possibile diffondere i suoi prodotti in tutto il mondo in maniera tanto capillare se non avesse operato direttamente anche nel mercato della distribuzione delle banane, che sono un bene altamente deperibile, che, pertanto, deve essere consumato a breve distanza temporale dalla raccolta.

³² Art. 18, n. (3), legge antimonopoli.

5. Abusi di posizione dominante

tecnologie avanzate e di cospicue di risorse finanziarie nonché la facilità di accesso al credito sono caratteristiche praticamente costanti della posizione della impresa *incumbent*.³³ Sulla significatività di tali fattori, come di tutte le c.d. barriere economiche,³⁴ al fine dell'accertamento del potere di mercato, si è focalizzata sin da subito la lente della Scuola di Chicago, la quale ha rimarcato come le spese richieste al nuovo entrante per lo sviluppo dimensionale e tecnologico siano le stesse in precedenza già sostenute dall'impresa insediata sul mercato e di conseguenza non determinano alcuna asimmetria tra i due operatori.³⁵ In seguito a queste critiche, si è diffuso un atteggiamento molto cauto nell'utilizzo dei parametri in questione nell'analisi antitrust, che tiene conto delle circostanze del caso concreto e della condizione degli altri operatori, attuali o potenziali, del mercato.³⁶ Il rischio sempre latente è che un giudizio eccessivamente severo nei confronti delle efficienze in termini di costo e di migliori tecnologie realizzate da un'impresa possa nel tempo tradursi in un indebolimento degli incentivi ad investire ed innovare. È probabile, inoltre, che in Cina i piccoli operatori locali tentino di scoraggiare forme di concorrenza aggressiva da parte delle grandi imprese straniere che si avventano sul mercato, additando le maggiori capacità finanziarie ed i diritti di esclusiva di cui le imprese straniere sono titolari come evidenze di un'ingiusta posizione di vantaggio da queste detenuta in danno della crescita dell'economia cinese.

Terzo, la situazione di dipendenza economica in cui si trovano le altre imprese.³⁷ La questione è concatenata a quella già affrontata al primo punto. La legge impone di tenere conto di quelle rigidità del mercato dovute agli alti costi che le controparti di un'impresa devono sopportare per trasferire la propria domanda

³³ Il *Regolamento abusi ASIC*, art. 10, n. (3), individua quali parametri di valutazione della capacità tecnica e finanziaria dell'impresa il valore del capitale investito, la situazione debitoria, la redditività, la capacità finanziaria e di investimento in ricerca e sviluppo, le apparecchiature tecniche, l'innovazione tecnologica, la capacità applicativa ed i diritti di proprietà intellettuale di cui è titolare l'impresa; l'analisi della condizione tecnologica e finanziaria dell'impresa deve anche tenere conto di quella degli affiliati.

³⁴ Cfr. Bain (1956).

³⁵ Bork (1978), p. 320; Stigler (1958).

³⁶ In IV/26811, *Continental Can Company* (1972), la Commissione nell'accertare la posizione dominante dell'impresa diede rilievo al fatto che questa aveva facile accesso al mercato internazionale dei capitali. Da allora, la Commissione ha mostrato di prestare molto meno affidamento su questo fattore, il quale può costituire una barriera all'ingresso sul mercato soltanto ove vi sia una notevole asimmetria tra *incumbent* e *new entrant* e la disponibilità di risorse sia particolarmente rilevante per lo specifico settore, anche in considerazione della scarsa attrattività di esso per il mercato dei capitali; v. *"Discussion paper della DG Concorrenza sull'applicazione dell'art. 82 del Trattato agli abusi escludenti"*, del dicembre 2005, § 40.

³⁷ Art. 18, n. (4), legge antimonopoli.

verso altri operatori (“switching costs”).³⁸ In alcuni casi si può parlare dell’impresa dominante come di un *partner* commerciale insostituibile, con il quale le altre imprese sono obbligate ad intrattenere rapporti per l’assenza di concorrenti in grado di prenderne il posto sul mercato³⁹ o perché i suoi prodotti costituiscono un “*must-stock brand*” per effetto della pubblicità, di strategie commerciali o della vastità della gamma offerta.⁴⁰ Tassello essenziale di questa indagine è, infine, la durata dei contratti conclusi dall’impresa, da cui si può inferire la stabilità del potere di mercato.⁴¹

Quarto, le barriere all’ingresso. In realtà, tutti i fattori in precedenza elencati, che integrano gli indizi forniti dalla quota di mercato, possono essere ricondotti all’interno della categoria delle barriere all’ingresso; pertanto, la previsione in questione ha lo scopo di inglobare nell’analisi, in funzione chiaramente residuale, quelle condizioni di mercato non tipizzate che sono in grado di ostacolare l’accesso di nuovi operatori. Tra queste si può ricordare l’ottenimento di speciali autorizzazioni amministrative per l’esercizio dell’impresa e la disponibilità di infrastrutture essenziali o di determinati requisiti tecnici o finanziari.⁴² Data l’ampiezza di quest’ultima previsione, non sembra sia necessario formulare ulteriori parametri per l’accertamento della posizione dominante, come pure la legge dà potere all’ARALA di fare,⁴³ giacché essi possono già essere ricavati in via interpretativa dalle disposizioni esistenti.

1.5 Segue: b) la misurazione presuntiva

Punto di grande interesse della normativa antimonopolistica cinese è la disposizione che permette di desumere la posizione di dominanza singola o collettiva

³⁸ Il *Regolamento abusi ASIC*, art. 10, n. (4), suggerisce di guardare il volume delle transazioni, la durata dei rapporti commerciali con ciascuna impresa interessata e il grado di difficoltà incontrato per cambiare la propria controparte.

³⁹ In “*British Airways*”, *cit.*, ad esempio, le agenzie turistiche non potevano fare a meno di intrattenere rapporti con il vettore aereo, in virtù della sua posizione di dominanza su molte tratte nazionali del Regno Unito.

⁴⁰ Cfr. decisione “*Intel*”, *cit.*, §§ 867–882.

⁴¹ In *United States vs. General Dynamics Corp.*, 415 U.S. 486 (1974), la Corte Suprema statunitense approvò una fusione tra due delle principali quattro imprese minerarie dell’Illinois, che insieme occupavano il 75% del mercato, evidenziando che una delle imprese partecipanti non avrebbe potuto rinnovare a lungo tutti i contratti di fornitura, viste le prospettive non positive dei giacimenti di cui era proprietaria, il che avrebbe inevitabilmente condotto ad una redistribuzione di buona parte delle sue quote di mercato tra le altre imprese del settore.

⁴² Così l’art. 10, n. (5), *Regolamento abusi ASIC*.

⁴³ Art. 18, n. (6), legge antimonopoli.

5. Abusi di posizione dominante

delle imprese dalla misura delle quote di mercato. In base all'articolo 19 un'impresa si presume in posizione dominante se detiene il 50% delle quote del mercato rilevante; a loro volta, due o tre imprese si presumono in posizione dominante collettiva se la somma delle loro quote di mercato ammonta rispettivamente ai 2/3 e ai 3/4 del mercato rilevante. In queste ultime ipotesi la posizione dominante è comunque esclusa se l'impresa possiede una quota di mercato inferiore al 10%. In ogni caso, l'impresa presunta in posizione dominante può sempre provare il contrario.

Alla lettura della norma la mente dell'interprete corre immediatamente alla analoga disposizione del GWB, che prevede soglie persino più basse della legge cinese,⁴⁴ nonché al noto caso "AKZO", nel quale la Corte di giustizia europea fissò una presunzione di dominanza per le imprese con una quota di mercato superiore al 50%.⁴⁵ Nulla di simile è, invece, previsto nel diritto statunitense, che ha sempre rifuggito un approccio rigido alla prova del potere di mercato dell'impresa.⁴⁶

Assai più controversa è la scelta di riconoscere la figura della posizione dominante collettiva e, soprattutto, di ricostruirla sulla base delle sole quote di mercato. Il valore aggregato di queste ultime è, infatti, un dato scarsamente significativo, che al più fornisce informazioni sul livello di concentrazione del mercato rilevante. Un mercato oligopolistico è compatibile sia con una situazione di notevole concorrenza tra le imprese, specialmente quando alcuni degli operatori più piccoli tengono condotte molte aggressive per espandere la propria quota di mercato (i c.d. "maverick"), sia con una situazione di parallelismo di condotte, che abbiamo visto essere non punibile nel diritto antitrust.⁴⁷

Per tale motivo, gli ordinamenti che riconoscono l'istituto della posizione dominante collettiva chiedono di provare l'esistenza di specifici elementi che inducono a limitare la spinta concorrenziale delle imprese presenti sul mercato, quali,

⁴⁴ Il § 18, par. (4) e (6), GWB prevede una presunzione di dominanza singola per le imprese con una quota di mercato di almeno il 40% ed una presunzione di dominanza collettiva quando due o tre imprese detengono insieme il 50% delle quote di mercato ovvero quando quattro o cinque imprese detengono insieme i 2/3 del mercato. In ogni caso, per aversi una dominanza collettiva bisogna dimostrare, ai sensi del par. (5), che tra le imprese non sussiste alcuna sostanziale concorrenza e che nel loro complesso esse non sono soggette a stimoli di carattere competitivo ovvero che le imprese in posizione dominante collettiva occupano una posizione di mercato preminente rispetto alle altre.

⁴⁵ C-62/86, *AKZO Chemie BV v. Commissione*, § 60.

⁴⁶ V. § precedente. V. anche le critiche mosse alla presunzione di dominanza singola del diritto cinese dall'allora *Deputy Assistant Attorney General* del DOJ, Masoudi (2007).

⁴⁷ V. *supra* Cap. IV, § 1.

primi tra tutti, i legami economici o strutturali tra gli operatori concorrenti.⁴⁸ Anche in presenza di imprese pienamente indipendenti, inoltre, gli studi di teoria dei giochi,⁴⁹ prontamente ripresi dalla giurisprudenza,⁵⁰ hanno dimostrato la possibilità che certe condizioni di mercato agevolino una collusione tacita tra i membri dell'oligopolio che si realizzerebbe attraverso una serie di decisioni unilaterali delle imprese, le quali trovano razionale allineare la propria condotta sul mercato, al fine di massimizzare i profitti di tutti i membri dell'oligopolio. Queste, sinteticamente, sono: la trasparenza del mercato, che consente di monitorare i comportamenti tenuti dalle imprese, l'esistenza di meccanismi di rappresaglia rapidi ed efficaci e l'incapacità di altri operatori sul mercato, concorrenti o controparti commerciali, di spezzare l'equilibrio oligopolistico. L'assenza di alcun riferimento a questi parametri nella legge antimonopolistica e nelle disposizioni di attuazione espone la disciplina cinese della posizione dominante collettiva a non poche critiche e solleva timori di una possibile sproporzionata moltiplicazione dei casi di applicazione della normativa sugli abusi.⁵¹

Scarsamente comprensibile è, inoltre, la previsione che fissa al 10% la quota di mercato al di sotto della quale le imprese non sono mai ritenute in posizione dominante. Per le imprese che operano in un mercato concentrato e che non superano tale soglia può, infatti, crearsi un perverso incentivo a non conquistare nuove porzioni di mercato, e quindi a non competere efficacemente, per la paura di poter essere considerate in posizione dominante collettiva con le imprese di maggiori dimensioni.⁵²

Le disposizioni sulle presunzioni di cui all'articolo 19 hanno importanti ricadute principalmente sul processo, dove spetta all'attore provare i presupposti del suo diritto e quindi anche l'esistenza della posizione dominante.⁵³ In effetti, nei non molti casi di abuso ad oggi decisi dalle Corti cinesi, gli attori hanno sempre cercato di dimostrare la posizione dominante del convenuto avvalendosi delle presunzioni

⁴⁸ Cfr. C-395/96 P, *Compagnie maritimes belges transports SA c. Commissione*. Nella Repubblica Popolare un caso tipico di oligopolio collusivo che si fonda sugli strettissimi legami strutturali tra le imprese che ne fanno parte è rappresentato dai mercati delle telecomunicazioni, dell'energia o del petrolio, in cui operano poche grandi imprese controllate direttamente dal governo centrale; Johnston (2009), p. 78.

⁴⁹ D. A. Yao – DeSanti (1993); Friedman (1977).

⁵⁰ T-342/99, *Airtours plc. c. Commissione*.

⁵¹ Howell – Wolff – Howe – Oh (2009), p. 70; Masoudi (2007).

⁵² Harris – Ganske (2008), p. 222.

⁵³ Art. 7 *Interpretazione CSP*.

5. Abusi di posizione dominante

ricavabili dalla misura delle quote di mercato da questo detenute. Il compito, però, si è rivelato tutt'altro che semplice e le prime azioni civili per abuso di posizione dominante sono state sempre respinte dai giudici proprio a causa della mancata prova della quota di mercato posseduta dall'impresa.

In particolare, le Corti si sono dimostrate restie a riconoscere valore probatorio alle informazioni provenienti dal convenuto in merito alla propria posizione di mercato. In “*Shanda*”⁵⁴ fu contestata l'accuratezza delle dichiarazioni commerciali nelle quali si affermava che l'impresa convenuta possedeva oltre l'80% delle quote del mercato della letteratura *on-line*, anche perché il convenuto eccepi che l'attore nel proprio sito sosteneva di essere egli stesso il principale operatore del settore. In “*Renren c. Baidu*”⁵⁵ fu giudicato non sufficientemente affidabile il contenuto della pagina internet di *Baidu*, in cui il convenuto si qualificava come il più grande motore di ricerca in lingue cinese al mondo, con una quota di mercato del 70%, in quanto la dichiarazione allegata non era stata corroborata da un'indagine di analisi economica che suffragasse quanto da essa risultante.⁵⁶ In “*Dongfeng Nissan*”⁵⁷ una dichiarazione effettuata da un rappresentante dall'impresa nel corso di una conversazione telefonica non è stata considerata rilevante, perché, secondo la Corte, l'informazione non era stata diffusa alla generalità del pubblico. Inoltre, si ricorderà, che pure nella già esaminata vicenda che ha opposto *Qihoo* e *Tencent* elemento risolutivo controversia è stata la mancata prova in merito al potere di mercato dell'impresa convenuta.⁵⁸

Non è mistero che questa serie di insuccessi registrati da chi per primo si era coraggiosamente cimentato nel domandare in giudizio l'applicazione delle neonata legge della concorrenza indusse la CSP a ripensare il sistema dell'onere della prova e a facilitare il percorso dell'attore nella dimostrazione delle condotte antimonopolistiche.⁵⁹ Pertanto, oggi, in forza degli articoli 9 e 10 della

⁵⁴ Cit. *supra* Cap. III, § 5; v. anche Emch (2011a), p. 136.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Yeh – Ren (2012).

⁵⁷ *Liu Dahua c. Dongfeng Nissan Passenger Vehicle Company of Dongfeng Motor Co. Ltd. e Hunan Huayuan Industrial Company, Chang Zhong Min Wu Xhu Zi* n. 158/2011 (Corte Intermedia di Changsa), inedito; v. Farmer (2013a), pp. 48–49.

⁵⁸ Cit. *supra* Cap. III, § 5.

⁵⁹ L'intento è stato chiaramente espresso dal soprintendente della Sezione proprietà intellettuale della CSP in un'intervista rilasciata il 25 aprile 2012 in merito alla emananda interpretazione sull'applicazione della legge antimonopoli, riportata integralmente, in inglese, da Farmer (2013a), p. 71.

Interpretazione CSP, a fondare una presunzione di dominanza dell'impresa convenuta, oltre che le quote di mercato possedute *ex* articolo 19 legge antimonopoli, sono anche di per sé la qualifica di impresa di pubblico servizio o di monopolista legale, nonché la pubblicizzazione da parte della medesima impresa di informazioni che rimarcano il suo ruolo dominante all'interno del mercato.⁶⁰ Si tratta pur sempre di presunzioni che possono essere superate fornendo la prova contraria, ma che sembrano aver effettivamente semplificato gli adempimenti procedurali, se si considera che nel caso “*Shaanxi Broadcast & TV Network*”⁶¹ l'attore è riuscito a provare la posizione dominante della locale impresa pubblica di trasmissioni televisive semplicemente affermando che tale impresa operava in regime di monopolio legale.

2.– Abuso

2.1 Finalità anticoncorrenziale della condotta

Adottando il modello dell'abuso di posizione dominante, l'opzione dell'ordinamento cinese è stata dunque netta nella direzione di contrastare non tanto l'acquisizione del potere di mercato,⁶² quanto il suo concreto esercizio con modalità pregiudizievoli per il mantenimento della concorrenza sul mercato, conformemente alla tradizione europea⁶³ ed all'evoluzione maturata dal diritto statunitense nel corso

⁶⁰ Gli artt. 9 e 10 della *Interpretazione CSP* in realtà precisano che le Corti, in presenza di un'impresa di pubblico servizio o in monopolio legale ovvero di informazioni rese pubbliche dal convenuto, “possono” e non “devono” presumere la posizione dominante dell'impresa.

⁶¹ *Cit. supra* § 5.4.

⁶² Basti qui richiamare il pensiero del grande economista Schumpeter, che per primo mise in evidenza come nel processo concorrenziale fosse fisiologico che un'impresa emergesse sulle altre, acquistando temporaneamente una posizione di superiorità all'interno del mercato, ma che questo fatto fosse necessario per indurre un processo di imitazione e miglioramento da parte dei concorrenti che così puntano ad ottenere lo stesso successo dell'impresa di maggiori dimensioni. Garantendo ad alcune imprese l'acquisizione di un potere di mercato è dunque possibile stimolare il miglioramento dell'offerta ed il progresso tecnologico, favorendo, in definitiva, il benessere dei consumatori; v. Schumpeter (1954).

⁶³ È noto che nel pensiero ordoliberal, alla base della GWB tedesca e delle norme sulla concorrenza del Trattato di Roma, l'accumulazione di potere di mercato fosse vista in modo non certamente positivo, creando essa degli agglomerati di potere privato oppressivi della libertà economica delle imprese ed addirittura potenzialmente pericolosi per la sopravvivenza della democrazia all'interno dello Stato. Per tale motivo, seppure la crescita dimensionale e l'acquisizione di un potere di mercato da parte di un'impresa non fosse di per sé vietato, l'impresa in questione avrebbe dovuto comportarsi come se (“*als ob*”, in tedesco) operasse in un mercato concorrenziale. Compito dell'autorità pubblica era, di conseguenza, reprimere quelle condotte dell'impresa in posizione dominante che questa non sarebbe stata in grado di attuare in condizioni di effettiva concorrenza sul mercato; v. Miksch (1947). Questa riflessione è stata portata a compimento dalla giurisprudenza comunitaria nel *leading case*

5. Abusi di posizione dominante

del secolo passato.⁶⁴

L'articolo 6 della legge, inserito tra le disposizioni di principio, vieta alle imprese di “abusare [*lanyong*] della propria posizione dominante per eliminare o restringere la concorrenza”. La collocazione di questa norma impone di leggere i divieti dell'articolo 17 quali forme di abusi con finalità escludente, all'interno dei quali trovano posto, con carattere di eccezione, le due ipotesi di abuso di sfruttamento relative all'imposizione di prezzi iniqui e di condizioni irragionevoli, di cui all'articolo 17, nn. (1) e (5).⁶⁵

In maniera ancora più chiara di quanto risulta dalla lettura dell'articolo 102 TFUE,⁶⁶ quindi, il diritto cinese ha scelto di punire certe condotte in quanto impediscono ad un'impresa concorrente di accedere al mercato o di competere

“Hoffman–La Roche”, cit., per poi essere nuovamente ripresa nel caso “Michelin P”, cit., § 70: “[...] bisogna ricordare innanzitutto che l'art. 86 [ora 102 TFUE, n.d.r.], vietando lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato, in quanto il commercio fra Stati membri possa esserne pregiudicato, si riferisce ai comportamenti atti ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera l'impresa interessata, il grado di concorrenza è già sminuito e che hanno l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza”; v. Nazzini (2011), pp. 107 ss.

⁶⁴ Nei primi decenni di applicazione del diritto antitrust statunitense, le Corti federali intesero il divieto di “*monopolization*” di cui al § 2 dello *Sherman Act* nel senso che esso impediva la formazione stessa di imprese dotate di potere di mercato. Di conseguenza, due dei maggiori colossi imprenditoriali statunitensi furono frammentati in decine di piccole società, ritenendo che questo fosse l'effettivo intento del legislatore antitrust; v. i casi “*Standard Oil*”, *cit.*, e *United States vs. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911). Esemplificativo dell'atteggiamento dei giudici è, in particolare, la decisione nel caso “*Alcoa*”, *cit.*, in cui la Corte Suprema così rispose alla difesa dell'impresa, che sosteneva di non aver commesso alcuna specifica condotta volta a danneggiare i propri concorrenti: “*Nothing compelled it [Alcoa, n.d.r.] to keep doubling and redoubling its capacity before others entered the field. It insists that it never excluded competitors; but we can think of no more effective exclusion than progressively to embrace each new opportunity as it opened, and to face every newcomer with new capacity already geared into a great organization, having the advantage of experience, trade connections and the elite of personnel. Only in case we interpret ‘exclusion’ as limited to maneuvers not honestly industrial, but actuated solely by a desire to prevent competition, can such a course, indefatigably pursued, be deemed not ‘exclusionary.’ So to limit it would in our judgment emasculate the Act; would permit just such consolidations as it was designed to prevent*”. L'impostazione è poi radicalmente mutata con il caso “*Grinnell*”, *cit.*, nel quale è stato definitivamente ammesso che si ha violazione del divieto di “*monopolization*” soltanto quando al possesso di un potere monopolistico si accompagna “*the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth and development as a consequence of a superior product, business acumen or historical accident*”.

⁶⁵ Cfr. W. Zheng (2010), pp. 695–696.

⁶⁶ L'art. 102 TFUE non specifica la finalità escludente o di sfruttamento cui devono esser volte le condotte dell'impresa in posizione dominante. Recenti studi sui lavori preparatori del Trattato di Roma hanno tuttavia rivelato che la preoccupazione degli estensori erano concentrate quasi esclusivamente nella necessità di proteggere i consumatori dai tentativi dell'impresa dominante di estrarre un maggiore profitto facendo leva sul proprio potere di mercato; v. Akman (2009). Alcuni tra i primi interpreti del Trattato comunitario, d'altronde, sostenevano che questo vietasse soltanto gli abusi di sfruttamento e non anche quelli con finalità escludente; v. Joliet (1970), che tra il 1984 ed il 1995 sarà anche giudice della Corte di giustizia europea.

efficacemente con l'operatore dominante. La discriminazione o il rifiuto a contrarre, ad esempio, saranno punibili soltanto se commessi a danno di un'impresa concorrente, anche potenziale, e non se l'impresa discrimina o rifiuta di prestare i propri beni o servizi direttamente al consumatore. Ad essere tutelato, infatti, non è l'interesse del consumatore ad ottenere prestazioni più favorevoli, quanto la struttura concorrenziale del mercato che, se pregiudicata dal comportamento dell'impresa dominante, si traduce in un peggioramento complessivo dell'offerta. Di conseguenza, al di fuori dei casi di imposizione di prezzi iniqui e di altre condizioni irragionevoli, non vi potranno essere abusi nei mercati dove opera un'unica impresa in situazione di monopolio legale, il cui comportamento deve essere disciplinato attraverso apposita regolamentazione amministrativa. Accade tuttavia che in molti dei casi portati davanti alle Corti, gli attori tendano a rileggere le proibizioni legislative sotto forma di abusi di sfruttamento perpetrati ai loro danni, tralasciando ogni informazione in ordine agli effetti della condotta sulle complessive condizioni del mercato.

In "*Shanda*" un'impresa accusava un proprio concorrente di avere abusato della propria posizione dominante nel mercato perché, opponendo il proprio *copyright*, aveva impedito alla società attrice di pubblicare sul proprio sito il *sequel* di un romanzo scritto dagli stessi autori che avevano pubblicato i precedenti episodi sul sito di *Shanda*.

Altre volte furono dei consumatori a lamentare la presunta abusività delle condizioni loro praticate dalle imprese dominanti. In "*Dongfen Nissan*"⁶⁷ l'attore sosteneva che la compagnia automobilistica convenuta non avrebbe permesso ai suoi riparatori autorizzati di vendere i pezzi di ricambio separatamente dal servizio di riparazione, così costringendo i consumatori a pagare i servizi in questione a prezzi molto più elevati di quelli praticati dai riparatori indipendenti.⁶⁸ In "*China Netcom*"⁶⁹ veniva contestato come discriminatorio⁷⁰ il comportamento dell'operatore di telefonia pubblico che praticava sconti ai clienti della città di Pechino a condizione

⁶⁷ Cit. *supra* § 1.

⁶⁸ Tra i casi citati in questo paragrafo, "*Dongfen Nissan*" è l'unico in cui l'attore chiese di accertare anche un abuso di sfruttamento ai sensi dell'art. 17, n. (1), legge antimonopoli.

⁶⁹ Cit. *supra* Cap. III, § 5.

⁷⁰ Il fondamento giuridico della domanda era dunque individuato nell'art. 17, n. (6), legge antimonopoli

5. Abusi di posizione dominante

che questi avessero l'*hukou*⁷¹ della capitale.

In tutti questi casi, ciò che non è chiaro è il modo in cui il comportamento dell'impresa, che in "*Shanda*" integrava persino il legittimo esercizio di un diritto di esclusiva, avrebbe ostacolato la concorrenza da parte degli altri operatori. Emerge, piuttosto, un certo smarrimento degli attori nel comprendere le finalità del diritto antitrust e di indirizzare correttamente le proprie domande. Si può dire che, in assenza di indicazioni da parte delle autorità amministrative, le quali finora non hanno istruito alcun procedimento di abuso, i privati hanno proposto una rilettura della legge antimonopoli come di una normativa che tuteli direttamente gli interessi dei singoli operatori del mercato, probabilmente giocando sull'ambiguità dei principi in essa enunciati.⁷² Tuttavia, le Corti hanno sempre e saggiamente respinto questi tentativi, dando mostra di richiedere a chi agisce in giudizio una più attenta ricostruzione degli effetti sul mercato della condotta denunciata. Pertanto, oltre a ribadire la necessaria finalità anticompetitiva della pratica, la giurisprudenza ha anche indirettamente chiarito che la prova dell'abuso si estende alla dimostrazione degli effetti che la condotta realizza sul mercato, non essendo sufficiente la mera riconduzione della fattispecie all'interno di una delle tipologie individuate dal legislatore.

2.2 Ingiustificatezza

Quantomeno nelle intenzioni del legislatore, è possibile scorgere un atteggiamento molto cauto nella valutazione circa la sussistenza di un abuso. Difatti, con una formula presente in ciascuna delle sei condotte vietate dall'articolo 17 si richiede, quale condizione per la punizione della condotta abusiva, che questa sia "*ingiusta*" ("*bugongping*"), per l'ipotesi *sub* (1), ovvero "*senza giustificato motivo*" ("*meiyou zhengdangliyou*"), in tutti gli altri casi.

⁷¹ Sull'*hukou* v. *supra* Cap. I, § 5.

⁷² Cfr. *supra* Cap. III, § 1. A proposito si può citare un altro caso dello stesso genere, riportato da W. Zheng (2010), pp. 698–699, in cui, però, le parti hanno trovato un accordo prima che la Corte Intermedia di Chongqing potesse pronunciarsi. Un consumatore aveva citato in giudizio la banca di cui era cliente, poiché questa si rifiutava di restituire le somme depositate fino a quando il cliente non avesse pagato una "commissione di gestione" che la banca chiedeva a tutti i titolari di conti in cui le somme depositate fossero inferiori ad un ammontare minimo. Anziché fondare la propria domanda sulle disposizioni della legge dei prezzi o della legge per la protezione dei diritti e degli interessi dei consumatori, l'attore sostenne che il comportamento della banca costituiva abuso di posizione dominante ai sensi dell' art. 17, n. (3) e n. (6) della legge antimonopoli (rifiuto a contrarre e comportamento discriminatorio), la quale era entrata in vigore pochi giorni addietro.

Ancora una volta il diritto antitrust cinese accoglie quello che è stato il frutto dell'evoluzione giurisprudenziale europea, che sin dai primissimi casi si è interrogata sulla possibilità di “giustificare” sulla base di ragioni oggettive i comportamenti tenuti dall'impresa dominante per ragioni oggettive.⁷³ In generale, i giudici europei hanno sempre tenuto un atteggiamento molto restrittivo nell'accogliere le scusanti opposte dalle imprese, pur ammettendo, in via teorica, l'ammissibilità di giustificazioni fondate sulla necessità dell'impresa di difendere i propri interessi commerciali⁷⁴ e, più di recente, anche su ragioni efficienza.⁷⁵ Si esclude, invece, che motivi di interesse pubblico possano legittimare condotte restrittive da parte dell'impresa dominante, sottolineando che tali deroghe devono essere espressamente previste da un atto normativo e non può, dunque, essere il privato, di sua iniziativa, ad intraprendere azioni dirette ad escludere dal mercato beni ritenuti pericolosi o qualitativamente scadenti. Alla luce dei numerosi richiami all'interesse pubblico contenuti nella legge antimonopoli,⁷⁶ è ben possibile, però, che su questo punto la Cina si orienti diversamente e che sia consentito alle imprese di addurre giustificazioni di carattere non economico a difesa della propria condotta.

I regolamenti amministrativi di attuazione intendono chiarire quando una condotta di un'impresa in posizione dominante possa considerarsi oggettivamente giustificata, adottando due tecniche differenti. Il *Regolamento prezzi CSNR* tenta di esemplificare, in modo non tassativo, le possibili giustificazioni per ogni specifica condotta vietata,⁷⁷ che, perciò, appare più utile analizzare al momento dell'esame delle singole *species* di abuso; il *Regolamento abusi ASIC*, al contrario, stabilisce che

⁷³ Cfr. “*United Brands*”, *cit.*, §§ 189–190. È incerto se l'esistenza di una giustificazione impedisca di qualificare una condotta come abusiva o se, piuttosto, esenti una condotta che in astratto è abusiva; l'Avvocato Generale Jacobs nelle proprie conclusioni al caso C–53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias e altri c. GlaxoSmithKline AEVE*, optava per la prima soluzione, mentre la Commissione, nei suoi orientamenti del 2009, sembra prediligere la seconda ricostruzione.

⁷⁴ Cfr. “*France Télécom*”, *cit.*, e la decisione IV/34801, *FAG–Flughafen–Frankfurt/Main* (1998).

⁷⁵ Cfr. la pronuncia “*Microsoft*”, *cit.*, in cui la Corte esaminò a fondo i possibili benefici in termini di efficienza che potevano derivare dal *tying* dei prodotti informatici e dal rifiuto di interconnessione opposto da *Microsoft* ai produttori di sistemi operativi concorrenti. Più di recente i requisiti della c.d. “*efficiency defence*” sono stati elencati in dettaglio negli *Orientamenti della Commissione in materia di abusi*, § 30, secondo uno schema per molti aspetti ricalcato sul *test* dell'art. 101, par. 3, TFUE, che fa leva sulla probabilità di realizzazione delle efficienze, sulla loro superiorità rispetto al effetti negativi che ne derivano, sull'indispensabilità della restrizione e sulla non eliminazione della concorrenza effettiva sul mercato rilevante.

⁷⁶ Cfr. artt. 1, 15 e 28.

⁷⁷ V. artt. 11–14 *Regolamento prezzi CSNR*; specifiche esenzioni non sono previste nel caso di imposizioni di spese ingiustificate (art. 15) e discriminazioni di prezzo (art. 16); al termine di ogni elenco, il regolamento lascia aperta la possibilità di rinvenire ulteriori ragioni non tipizzate di giustificazione della condotta.

5. Abusi di posizione dominante

gli abusi in esso previsti possono essere giustificati in base ad un doppio criterio di carattere generale e, segnatamente, quando la condotta è posta in essere nel corso della normale attività o per garantire l'ordinaria efficienza dell'impresa ovvero quando la condotta produce effetti sull'efficienza economica, l'interesse pubblico o la crescita economica.⁷⁸

In giudizio, è onere del convenuto provare la sussistenza di una causa di giustificazione⁷⁹ e le Corti cinesi hanno mostrato di essere piuttosto sensibili alle difese delle imprese accusate di abusare della propria posizione dominante. In “*Renren c. Baidu*”,⁸⁰ il motore di ricerca era accusato di aver notevolmente declassato il sito di proprietà dell'attore tra i risultati di ricerca, dopo che questo aveva smesso di pagare per i servizi pubblicitari offerti dal convenuto. *Baidu* non negò che il proprio algoritmo di ricerca avesse marginalizzato la pagina *web* di *Renren*, ma sostenne che la misura si era resa necessaria per evitare la comparsa tra i primi risultati della ricerca di messaggi *spam*, quali quelli che l'attore aveva postato su numerose pagine internet di proprietà di terzi. L'argomentazione difensiva fu accolta dall'Alta Corte di Pechino.

In altri casi i giudici, pur negando che il convenuto si trovasse in posizione dominante sul mercato, si premurarono di sottolineare, in *obiter dicta*, che la condotta contestata era in ogni caso sorretta da una valida ragione. In “*Shanda*”⁸¹ si disse che l'identità degli autori e la somiglianza tra i nomi utilizzati nei vecchi episodi pubblicati sul sito di *Shanda* e quelli dei nuovi episodi inseriti sul sito dell'attore creavano confusione tra i consumatori, inducendoli a ipotizzare un collegamento tra le due storie, così giustificando l'opposizione alla pubblicazione sollevata dal convenuto. Analogamente, nella decisione “*China Netcom*”,⁸² la Corte ritenne convincente la spiegazione dell'impresa che motivava la decisione di non praticare sconti a chi non risiedesse nella città di Pechino in base alla minore solvibilità di questi ultimi rispetto a chi possedeva una casa ed un lavoro stabile nella capitale. Anche in “*Tencent*”,⁸³ infine, l'Alta Corte del Guangdong sottolineò che, in assenza di prova circa gli specifici effetti anticompetitivi discendenti dalla condotta

⁷⁸ Art. 4 *Regolamento abusi ASIC*.

⁷⁹ Art. 8, par. 2, *Interpretazione CSP*.

⁸⁰ Cit. *supra* Cap. III, § 5.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

di *Tencent*, la scelta di integrare i servizi di messaggistica istantanea a quelli di antivirus fosse economicamente razionale e pertanto efficiente.

3.– Singole condotte abusive

Secondo lo stesso schema seguito in materia di accordi, il legislatore cinese elenca un numero chiuso tipologie di abuso di posizione dominante per poi lasciare all'ARALA il compito di individuare differenti forme di abusi; potere che, in questo settore, le autorità hanno cautamente iniziato a sfruttare.⁸⁴

Anche in materia di abusi si rinnova la divisione di poteri tra la CSNR e l'ASIC in virtù dell'attinenza della pratica contestata direttamente al prezzo o ad altre condizioni del rapporto. La CSNR è, dunque, competente in via esclusiva per le condotte di prezzi iniqui e di prezzi predatori, di cui ai nn. (1) e (2) dell'articolo 17, mentre in tutte le altre ipotesi si realizza una competenza concorrente tra le due autorità, costringendo ancora una volta l'interprete a rintracciare un'artificiosa distinzione tra abusi di prezzo e abusi non di prezzo. Per tale ragione, ad esempio, risulta realmente ostico riuscire a cogliere la differenza tra le discriminazioni di prezzo, previste dal *Regolamento prezzi CSNR*,⁸⁵ e le discriminazioni attuate applicando sconti o termini di pagamento differenti, che rientrano, invece, tra le attribuzioni dell'ASIC.⁸⁶

3.1 Prezzi iniqui

La prima condotta abusiva vietata consiste nel “*vendere beni a prezzi iniquamente alti o comprare beni a prezzi iniquamente bassi*”.⁸⁷

La possibilità per un'impresa di stabilire prezzi non di mercato è il sintomo più evidente dell'esistenza in capo ad essa di un potere di mercato ed è indubbio che da questo aumento i consumatori subiscono un danno. La teoria economica ha dimostrato, però, che queste distorsioni nell'offerta sono un presupposto necessario per aversi concorrenza sul mercato, poiché la prospettiva di praticare, ancorché per un breve periodo, dei prezzi sovracompetitivi, spinge le imprese a competere tra di

⁸⁴ È il caso di divieto di *margin squeeze*; cfr. *infra* § 3.3.

⁸⁵ Art. 16 *Regolamento prezzi CSNR*.

⁸⁶ V. art. 7, nn. (2) e (3), *Regolamento abusi ASIC*.

⁸⁷ Art. 17, n. (1), legge antimonopoli.

5. Abusi di posizione dominante

loro per acquistare un potere di mercato.⁸⁸

Fedele a questo modello, il diritto antitrust statunitense esclude ogni profilo di illiceità nell'applicazione di prezzi monopolistici.⁸⁹ Non bisogna dimenticare, tuttavia, che *prius* logico di questo tollerante atteggiamento nei confronti delle scelte di prezzo dell'impresa dominante è che la concorrenza all'interno del mercato non sia ristretta e che, in particolare, risulti credibile l'ingresso di concorrenti potenziali, attratti dai margini di profitto realizzabili in un mercato non perfettamente competitivo.⁹⁰

Molti dei settori industriali in Cina non sono, invero, pienamente contendibili. In alcuni di essi gli investimenti sono vietati o limitati dalla concessione di autorizzazioni amministrative o dalla previsione di requisiti minimi di capitale,⁹¹ mentre in altri è ancora molto forte il peso delle barriere economiche conseguenti all'originario dominio dei monopolisti pubblici. Un esempio di quest'ultimo tipo di ostacoli è offerto dal fulmineo fallimento delle compagnie aeree private poco dopo l'avvio delle loro attività nel neo-liberalizzato mercato del trasporto aereo, dovuto alla loro incapacità di competere con le imprese statali che avevano continuato ad occupare le rotte più trafficate e redditizie, specie tra le grandi città del paese, relegando gli operatori privati sulle tratte più periferiche.⁹²

Considerato che il processo di effettiva liberalizzazione dell'economia cinese è ancora in corso, può dunque avere senso prevedere un divieto per le imprese in posizione dominante sui mercati ad accesso ristretto di stabilire prezzi di vendita o eccessivamente elevati o prezzi di acquisto eccessivamente ridotti. In più, l'autorità competente, la CSNR, ha maturato un'esperienza non irrilevante nell'ambito di

⁸⁸ I moderni studi sull'esercizio del potere di mercato prendono tutti avvio dalle teorie formulate da Schumpeter (1954); per citare alcuni di essi, che affrontano il problema nell'ambito del diritto della concorrenza, si possono ricordare Ordover (1990) e Schmalensee (1982), pp. 18 ss.; v. anche l'ottima analisi di Motta – Polo (2005), pp. 72–74.

⁸⁹ Il principio per cui le condotte monopolistiche delle imprese dotate di potere di mercato sono rilevanti soltanto qualora siano in grado di escludere altri concorrenti dal mercato è da sempre stato implicito nelle pronunce della giurisprudenza statunitense che si sono misurate con l'applicazione del § 2 dello *Sherman Act*, ma ha trovato definitiva conferma nella sentenza "*Grinnell*", *cit.*, in cui si è chiarito che il semplice esercizio del potere di mercato non è rilevante ai fini antitrust fino a quando questo non si traduca nella realizzazione di condotte escludenti; cfr., da ultimo, *Verizon Communications Inc. vs. Law Office of Curtis V. Trinko LLP* ("*Trinko*"), 540 U.S. 398 (2004).

⁹⁰ Cfr. *Berkey Photo Inc. vs. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263 (2^d Cir. 1979): "*although a monopolist may be expected to charge a somewhat higher price than would prevail in a competitive market, there is probably no better way for it to guarantee that its dominance will be challenged than by greedily extracting the highest price it can*".

⁹¹ V. il "*Catalogo per indirizzare gli investimenti stranieri nell'industria*", *cit.*

⁹² W. Zheng (2010), pp. 661–662.

regolazione dei prezzi, il che ne fa un organo adatto a riconoscere e sanzionare gli sfruttamenti abusivi del potere di mercato da parte delle imprese.

Tornando alla formulazione della disposizione in esame, la sua decrittazione si presenta tutt'altro che semplice. Nell'ordinamento europeo, referente ineludibile di quest'analisi, sono stati innumerevoli gli sforzi di per tentare di definire il concetto di prezzi ed altre condizioni "non equi" utilizzato nel Trattato e la difficoltà di afferrarne esattamente il significato è probabilmente uno degli elementi che sta alla base della sua rara applicazione.⁹³ Sul punto resta sempre attuale l'insegnamento della Corte di giustizia europea secondo la quale un prezzo, per essere ritenuto abusivo, deve essere sia "eccessivo", ossia notevolmente superiore ai costi, che "non equo".⁹⁴ Questa seconda condizione, a giudizio della Corte, risiede nella sproporzione del prezzo rispetto al valore economico che il bene ha per il consumatore, determinabile tenendo conto delle circostanze del caso concreto e di fattori diversi dal costo, come la domanda per quel determinato prodotto o servizio.⁹⁵

Orbene, la disciplina cinese dei prezzi iniqui non adotta esplicitamente questo orientamento ed il *Regolamento prezzi CSNR* sembra soffermarsi soltanto sul rapporto tra prezzi praticati e costi sostenuti dall'impresa.⁹⁶ Anzi, se possibile, le disposizioni amministrative sono ancora più ambigue del testo legislativo lì dove affermano che non equamente alto o non equamente basso è quel prezzo che è chiaramente più alto o chiaramente più basso del prezzo offerto da altre imprese ovvero incrementato o ridotto in misura non ordinaria, in presenza di costi stabili, o in modo chiaramente sproporzionato rispetto alla variazione dei costi.⁹⁷ Non viene, infatti, fornito alcun indizio su come vadano intesi i termini "chiaramente" o in modo "ordinario" e l'imprecisione normativa è senza dubbio tra le ragioni che hanno ritardato l'avvio di azioni per contrastare forme di illecito sfruttamento della

⁹³ Ma v. i casi, abbastanza recenti, "DSD", *cit.*, e COMP/35841, *Deutsche Post AG* (2002).

⁹⁴ Sentenza "United Brands", *cit.* Questi requisiti sono stati di recente dettagliatamente esaminati nella decisione COMP/36.568, *Scandlines Sverige AG vs. Port of Helsingborg* (2006), con cui la Commissione ha respinto la richiesta di sanzionare l'autorità portuale di Helsingborg, accusata di addebitare dei costi di attracco eccessivi alle compagnie di navigazione.

⁹⁵ In C-26/75, *General Motors Continental NV c. Commissione*, ad esempio la Corte ha annullato la decisione della Commissione, che aveva ritenuto non equo prezzo, piuttosto elevato, praticato dalla ricorrente ai propri clienti per consegnare loro la documentazione necessaria a trasportare in Belgio il veicolo acquistato. Il costo unitario della documentazione era ovviamente quasi nullo, ma il valore per i consumatori era elevatissimo, visto che senza tale documentazione non sarebbe stato possibile importare l'automobile in Belgio.

⁹⁶ Art. 11 *Regolamento prezzi CSNR*.

⁹⁷ Questi criteri hanno sostituito la disposizione, invero assai formalistica, che sanciva l'illiceità dei prezzi che permettessero all'impresa di ottenere un margine di profitto superiore al 20%.

posizione dominante da parte delle imprese.

3.2 Prezzi predatori⁹⁸

Con l'approvazione della legge antimonopoli può considerarsi superato quell'orientamento normativo che, sull'errato presupposto di un problema di "eccesso di concorrenza" sul mercato, puniva le pratiche sottocosto a prescindere dall'accertamento di un potere di mercato.⁹⁹ Queste disposizioni avevano dato vita ad un contenzioso giudiziario non trascurabile¹⁰⁰ e si può notare come la giurisprudenza abbia in realtà limitato l'assolutezza dei divieti legislativi, pretendendo che l'attore dimostrasse anche che la condotta predatoria dell'impresa convenuta fosse diretta ad escluderlo del mercato.¹⁰¹ Così facendo i giudici cinesi, non si sa quanto coscientemente, anticiparono di qualche anno la modifica legislativa e chiesero che formasse oggetto di prova nel processo il possesso di un potere di mercato da parte dell'impresa convenuta. Soltanto un'impresa in posizione dominante, infatti, ha le disponibilità finanziarie per applicare dei prezzi predatori per un periodo sufficiente a realizzare un effetto escludente, perché laddove questa condizione di mercato manchi, la vendita di beni sottocosto persegue senza dubbio una finalità pro competitiva, stimolando una concorrenza più agguerrita tra le imprese presenti sul mercato.

Il fulcro della valutazione delle condotte predatorie è costituito dall'indagine sui costi sostenuti dall'impresa.¹⁰² Numerosi sono i parametri di costo che sono stati proposti dalla dottrina economica per dimostrare il carattere illecito di una pratica sottocosto, ma nessuno di questi è stato definitivamente accolto dalle Corti europee e statunitensi,¹⁰³ mentre la Commissione europea ha di recente proposto un criterio misto che tiene in considerazione sia i costi evitabili che i costi incrementali di lungo

⁹⁸ Art. 17, n. (2), legge antimonopoli.

⁹⁹ Cfr. *supra* Cap. II, § 1.2, nonché art. 11 legge contro la concorrenza sleale e art. 14, n. (2), legge sui prezzi.

¹⁰⁰ Per un'elencazione di alcuni dei casi decisi nel vigore delle precedenti normative, v. Emch – Leonard (2010), p. 307.

¹⁰¹ *Impresa fornitrice di olio e grano di Chaoyang nel Liaoning c. Deposito nazionale del grano Huangjuezhuan di Yibin nel Sichuan*, *Yi Jing Zhong Zi* n. 121/2000; v. Emch – Leonard (2010), p. 313.

¹⁰² Motta – Polo (2005), pp. 264–270; Bolton – Brodley – Riordan (2000).

¹⁰³ Il DOJ ha dovuto ammettere la mancanza di punti di riferimento sicuri in sede di analisi dei costi di un'impresa accusata di condotte predatorie; v. il rapporto del DOJ "*Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act*" dell'8 agosto 2008, pp. 62–66, consultabile su <http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf>.

periodo.¹⁰⁴

In Cina, il *Regolamento prezzi CSNR* non si è soffermato sul punto, ma un vago indizio ci proviene dal “*Regolamento antidumping*”,¹⁰⁵ che prende in considerazione, al fine di individuare il “valore normale” dei beni, il “costo di produzione” degli stessi. Con questo termine si vogliono indicare, con tutta probabilità, i costi totali di un’impresa, un parametro, dunque, molto più elevato rispetto a quello utilizzato in altri ordinamenti. Pur ammettendo che un prezzo in grado di coprire tutti i costi dell’impresa sia certamente non predatorio, è, tuttavia, discutibile che sia vero il contrario.¹⁰⁶ Pertanto, qualora l’indicazione del *Regolamento antidumping* dovesse venire ripresa dalle autorità antitrust, si spera che il dato dei costi di produzione venga integrato da ulteriori elementi che confermino l’effettivo intento predatorio dell’impresa.

Il diritto cinese tace del tutto, invece, circa la necessità di verificare la capacità dell’impresa di recuperare le perdite subite nel periodo di predazione. La prova del *recoupment* è considerata essenziale nel diritto statunitense, perché si ritiene che una condotta predatoria sia razionale o in presenza di alte barriere all’ingresso¹⁰⁷ che permettano all’*incumbent* di rialzare i prezzi per un periodo sufficiente a coprire le perdite, ovvero in caso di impresa che operi su più mercati dai quali può drenare risorse per sostenere la pratica sottocosto condotta su uno o alcuni di questi.¹⁰⁸ Considerata l’esperienza pregressa in materia di pratiche sottocosto, è immaginabile che il diritto della concorrenza cinese si accontenti, come d’altronde avviene nell’antitrust europeo, della prova della finalità escludente, senza addentrarsi in complesse analisi circa i possibili esiti della pratica sottocosto nel lungo periodo.

¹⁰⁴ V. *Orientamenti della Commissione in materia di abusi*, § 26, in cui si sostiene che, se il prezzo è inferiore al costo evitabile medio (CEM), vi è una presunzione ribaltabile di predatorietà, visto che l’impresa sta sacrificando gli utili a breve termine; se il prezzo è, invece, superiore ai costi incrementali medi di lungo periodo (CIMLP), questo è senz’altro lecito; mentre se il prezzo è superiore al CEM, ma inferiore al CILMO è necessario trovare ulteriori riscontri a sostegno dell’intento predatorio dell’impresa.

¹⁰⁵ “*Regolamento per prevenire le pratiche di dumping*”, del 26 novembre 2011, modificato da ultimo il 31 marzo 2004 [“*Regolamento antidumping*”], art. 4; testo consultabile, in inglese, su <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/domesticpolicy/200502/20050200017435.html>.

¹⁰⁶ Sostenevano che dovessero considerarsi predatori tutti i prezzi inferiori ai costi medi totali Joskow – Klevorick (1979).

¹⁰⁷ La stessa condotta predatoria può creare una barriera all’accesso di tipo reputazionale, che scoraggia le imprese ad aggredire la posizione dominante dell’*incumbent*; v. Kreps – Wilson (1982).

¹⁰⁸ Oltre al caso dell’impresa che offra prodotti diversi su più mercati, è stata ipotizzata la razionalità di pratiche sottocosto condotte da imprese titolari di catene di negozi, che operano dunque su mercati geograficamente distinti, attuando la predazione soltanto su alcuni di essi. Ha rivelato il paradosso insito in questa ultima ricostruzione Selten (1978).

5. Abusi di posizione dominante

Per quanto riguarda le cause che possono giustificare la decisione di offrire prezzi inferiori ai costi in base al *Regolamento prezzi CSNR*, queste riproducono *in toto* le eccezioni già previste dall'articolo 11 della legge contro la concorrenza sleale, cui si aggiunge l'ipotesi della vendita sottocosto finalizzata alla promozione di un nuovo prodotto.¹⁰⁹

3.3 Rifiuto a contrarre¹¹⁰

In tutti gli ordinamenti il rifiuto di contrarre si pone quale eccezione al generale principio della libertà contrattuale delle imprese, che possono autonomamente decidere se e con chi instaurare dei rapporti commerciali. Nel caso di impresa verticalmente integrata, tuttavia, la sua decisione di non concedere l'accesso ad una fonte di approvvigionamento o agli sbocchi commerciali su cui esercita un potere di mercato, può influire sulla concorrenza nel mercato verticalmente collegato (a monte o a valle), in cui la medesima impresa si trova a competere con altri operatori concorrenti. È, dunque, pacificamente accettato tanto nell'ordinamento europeo quanto in quello statunitense, seppure con maggiore ampiezza nel primo di questi,¹¹¹ che il rifiuto opposto dall'impresa che controlla uno snodo non aggirabile della catena produttiva o distributiva può pregiudicare la concorrenza nella misura in cui quest'ultima venga eliminata o ridotta nei mercati verticalmente collegati.¹¹²

¹⁰⁹ Ex art. 12 Regolamento prezzi CSNR, il termine giustificato motivo include: "(1) le cessioni a prezzo ridotto di beni deperibili o vivi, di beni in saldo, di beni prossimi alla scadenza o di beni immagazzinati per lungo tempo; (2) le vendite a prezzo ridotto allo scopo di saldare debiti dell'impresa, per cambio o per sospensione delle attività; (3) le vendite promozionali per diffondere un nuovo prodotto; (4) altri motivi che possono giustificare la condotta; Cfr. *supra* Cap. II, § 2.1.

¹¹⁰ Art. 17, n. (3), legge antimonopoli.

¹¹¹ La giurisprudenza europea tende a riconoscere un dovere dell'impresa dominante su un mercato a contrarre con l'impresa concorrente in un mercato verticalmente collegato là dove il rifiuto ha o può avere l'effetto di eliminare o restringere la concorrenza sul mercato; v. cause riunite C-6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corp. c. Commissione* ("Commercial Solvents"); è, inoltre, lasciato poco spazio alle imprese per giustificare la propria condotta su ragioni oggettive, come dimostra la decisione IV/30178, *Napier Brown/British Sugar* (1988); anche se in C-77/77, *British Petroleum c. Commissione*, è stata ritenuta legittima la decisione di BP di rifornire clienti abituali a scapito di quelli occasionali a seguito della crisi petrolifera del 1973, che aveva generato una grave carenza delle scorte di petrolio. Negli Stati Uniti, invece, dopo il caso "*Trinko*", *cit.*, la possibilità di obbligare un monopolista a contrarre con i propri concorrenti nel mercato a valle è stata limitata alle sole ipotesi in cui si raggiunga la prova dell'intento, sguarnito di qualsiasi giustificazione efficientistica, di voler danneggiare le altre imprese, così marginalizzando l'apertura manifestata dalla Corte Suprema nel caso *Aspen Skiing Co. vs. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

¹¹² Pur essendosi dimostrato che è impossibile per un'impresa praticare prezzi monopolistici in entrambi i mercati verticalmente collegati, la teoria economica ha sostenuto che la riduzione o

Il diritto cinese sembra ribaltare lo schema libertà di contratto/eccezione che abbiamo detto caratterizzare gli altri ordinamenti, considerato che il *Regolamento abusi ASIC* prevede una serie numerosissima di ipotesi astrattamente in grado di far scattare un obbligo a contrarre per l'impresa in posizione dominante. Queste vanno dal rifiuto di concludere nuovi accordi, alla riduzione del volume degli scambi in essere con la controparte sino al ritardo nell'esecuzione.¹¹³ In assenza di valide giustificazioni, quindi, qualsiasi comportamento non pienamente soddisfacente delle richieste del proprio concorrente potrebbe integrare un abuso,¹¹⁴ scoraggiando di conseguenza l'integrazione verticale delle imprese e la realizzazione delle efficienze che da essa derivano in termini di costi e maggiore rapidità nella distribuzione dei beni.

Il regolamento in questione, inoltre, si spinge sino a riconoscere espressamente la c.d. "*essential facilities doctrine*", sulla quale tantissimo si è dibattuto nel corso degli ultimi trent'anni.¹¹⁵ Volendo definire cosa si intenda per "*essential facility*", si può dire che essa consiste in un'infrastruttura, detenuta da un'impresa verticalmente integrata, l'accesso alla quale è insostituibile per le altre imprese al fine di riuscire ad operare sul mercato collegato. Il diritto antitrust cinese riconosce che una risorsa può considerarsi essenziale in base alla praticabilità della sua duplicazione, all'affidamento che le controparti fanno su di essa per lo svolgimento delle loro attività e all'impatto dell'infrastruttura sull'operatività

l'eliminazione della concorrenza in un mercato potenzialmente competitivo può creare altro tipo di inefficienze, per esempio, ostacolando nuovi ingressi, in quanto i concorrenti potenziali sarebbero obbligati ad operare in entrambi i mercati occupati dall'*incumbent*, ovvero riducendo lo stimolo all'innovazione nei mercati monopolizzati; v. Blair – Kasperman (1993); pp. 29–36.

¹¹³ Nello specifico, le ipotesi dai nn. (1) a (4) dell'art. 4 del *Regolamento abusi ASIC* vietano: "(1) la riduzione dell'attuale volume di scambi con la controparte; (2) il ritardo o la risoluzione dei rapporti in essere con la controparte; (3) il rifiuto di instaurare ogni tipo di nuovo rapporto con la controparte; (4) l'imposizione di condizioni gravose che impediscono alla controparte di proseguire i propri rapporti con l'impresa".

¹¹⁴ Nee (2010), p. 280.

¹¹⁵ La Commissione ha iniziato ad utilizzare l'espressione *essential facility doctrine* con la decisione IV/34174, *Sealink/B&I Holyhead: interim measures* dell'11 giugno 1992, sebbene precedenti decisioni, come "*Commercial Solvents*", *cit.*, potessero essere ricondotte a questo principio; la Corte di giustizia ha, invece, sempre evitato di fare uso della suddetta espressione; v. Anderman (2009). Negli USA, i sostenitori della *essential facility doctrine* intravedono un suo implicito riconoscimento già nelle prime sentenze della Corte Suprema in materia antitrust, come *United States vs. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383 (1912), anche se la prima volta in cui la locuzione ha fatto la sua apparizione in una sentenza risale a *Hecht vs. Pro-Football Inc.*, 570 F.2d 982 (D.C. Cir. 1977) *cert. denied*, 436 U.S. 956 (1978); l'acceso dibattito dottrinario che si è animato nel corso del secolo precedente è stato sinteticamente riassunto da Areeda (1990) in uno scritto cui la Corte Suprema ha fatto esplicito riferimento nelle motivazioni della sentenza "*Trinko*".

5. Abusi di posizione dominante

dell'impresa.¹¹⁶ Là dove una tale infrastruttura esista, l'impresa che la controlla deve permettere l'accesso ad essa a condizioni ragionevoli.¹¹⁷

La “*essential facilities doctrine*” si è rivelata molto utile in Europa per introdurre una maggiore concorrenza nei settori economici liberalizzati, in cui l'impresa *incumbent*, spesso di proprietà pubblica, continuava a controllare, direttamente o tramite altra società del gruppo, l'accesso alla rete costruita in passato attraverso ingentissimi e non duplicabili investimenti dello Stato (si pensi alle telecomunicazioni o alla rete elettrica e del gas). Tenuto conto dell'imperfetta apertura al mercato di alcuni dei più importanti settori dell'economia cinese, dominati ancora dalle imprese statali,¹¹⁸ deve essere accolta positivamente la previsione di un chiaro appiglio normativo che consenta un intervento aggressivo dell'autorità antitrust per “forzare” la concorrenza in determinati mercati, accelerando il processo di liberalizzazione imboccato oltre vent'anni fa dal governo cinese. Rimane da vedere, a questo punto, se le autorità antitrust saranno in grado di intervenire in settori fortemente regolamentati e se, soprattutto, saranno disposte a scontrarsi con le amministrazioni del governo centrale che ancora mantengono uno stringente controllo su questi mercati

Per concludere, va sottolineato che la CSNR ha formalizzato l'illiceità del c.d. “*margin squeeze*”,¹¹⁹ che per alcuni può considerarsi una tipologia di abuso ulteriore rispetto a quelle previste dalla disposizione legislativa.¹²⁰ In pratica, un'impresa in posizione dominante commette un abuso non solo quando nega ad altri l'accesso all'infrastruttura, ma anche quando lo accorda praticando un prezzo tanto sproporzionato da non permettere all'impresa di rivendere il proprio prodotto o servizio nel mercato verticalmente collegato ad un prezzo quantomeno pari a quello praticato dall'impresa dominante. Ad essere assunto quale parametro di liceità del

¹¹⁶ Art. 4, n. (5), *Regolamento abusi ASIC*, in forza del quale è proibito ad un'impresa in posizione dominante: “[...] (5) il rifiuto alla propria controparte di utilizzare la propria infrastruttura essenziale a condizioni ragionevoli nel corso della produzione e delle attività”.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Cfr. *supra* Cap. II, § 1.1.

¹¹⁹ Art. 13 *Regolamento prezzi CSNR*: “Un'impresa in posizione dominante sul mercato non può, senza giustificato motivo, indirettamente rifiutarsi di contrarre con una controparte commerciale stabilendo prezzi di vendita eccessivamente alti o prezzi di acquisto eccessivamente bassi”.

¹²⁰ La Corte di giustizia europea considera il *margin squeeze* un'ipotesi diversa dal rifiuto a contrarre, v. T-271/03, confermata da C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG c. Commissione*, e T-336/07 (impugnazione pendente, C-295/12 P), *Telefonica SA e Telefonica de España SA c. Commissione*. Negli USA, invece, le due pratiche vengono assimilate, differenziandosi soltanto nelle modalità di realizzazione (un rifiuto di accesso in un caso, l'offerta di prezzi non convenienti nell'altro), e si parla in proposito di “*constructive refusal to deal*”.

prezzo sono questa volta, a differenza che nel divieto di prezzi iniqui, i costi dell'impresa concorrente. Pertanto, un corrispettivo si deve considerare eccessivo tanto da integrare un obliquo rifiuto a contrarre, quando non consente ad un'impresa concorrente di operare profittevolmente sul mercato a valle. La norma non spiega come calcolare i costi del concorrente, ma è ragionevole pensare che la proporzione vada effettuata tenendo conto dei costi di un ipotetico concorrente che abbia le stesse caratteristiche dell'impresa dominante.¹²¹

Dal combinato disposto degli articoli 11 e 13 del *Regolamento prezzi CSNR* si deduce, dunque, che le imprese in posizione dominante devono prestare la massima attenzione nello stabilire i prezzi da offrire alle proprie controparti. Un prezzo sproporzionato rispetto ai costi dell'impresa dominante, infatti, può integrare un abuso di sfruttamento *ex* articolo 17, n. (1), mentre un prezzo, che pur permette di conseguire un profitto ragionevole per l'impresa dominante, può comunque essere considerato abusivo quando questo non consente alle controparti dell'impresa di trarre alcun profitto in un mercato verticalmente collegato.¹²²

Per espressa previsione del regolamento della CSNR, il *margin squeeze* è, invece, legittimo quando l'applicazione di un prezzo eccessivo si renda necessario per tutelarsi da un grave rischio di insolvenza della controparte ovvero quando vi sono sul mercato altre imprese che forniscono lo stesso tipo di prodotto o altro sostituto ad un prezzo ragionevole.

3.4 Rapporti di esclusiva¹²³

Contrariamente al silenzio mostrato nell'ambito delle intese verticali,¹²⁴ il diritto cinese adotta un atteggiamento molto severo nei riguardi degli accordi di esclusiva conclusi da un'impresa in posizione dominante.

Di per sé l'imposizione di un'esclusiva può generare efficienze nell'offerta, assicurando una fornitura dei prodotti stabile nel tempo, proteggendo gli investimenti

¹²¹ È il c.d. "*as efficient competitor test*", adottato dagli *Orientamenti della Commissione in materia di abusi*, §§ 23–24; difforme, invece, la prospettiva delle autorità antitrust statunitensi, che in casi del genere tendono a soffermarsi sulla razionalità della condotta dell'impresa dominante per vedere se essa può fondarsi su una giustificazione diversa da quella di escludere o ridurre la concorrenza sul mercato; v., ad esempio, la memoria presentata dal DOJ nel caso "Microsoft", *cit.*, consultabile su <http://www.justice.gov/atr/cases/f201200/201212.htm>.

¹²² Cfr. Nee (2010), p. 279.

¹²³ Art 17, n. (4).

¹²⁴ Cfr. *supra* Cap. IV, § 3.2.

5. Abusi di posizione dominante

delle imprese e riducendo i costi di transazione.¹²⁵ Quando, però, ad imporre l'esclusiva è un'impresa in posizione dominante, è alto il rischio che essa possa pregiudicare la concorrenza intermarche, occupando la maggior parte delle fonti di approvvigionamento o degli sbocchi al mercato.

In Europa questa considerazione ha indotto la giurisprudenza a creare una presunzione di abusività degli accordi di semplice esclusiva conclusi da un'impresa dominante, i quali sono ritenuti illeciti a meno che l'impresa in questione non dimostri l'esistenza di effetti pro competitivi derivati dalla pratica in questione.¹²⁶ Identica la configurazione scelta dal diritto cinese che riprende ed aggiornata il divieto contenuto nell'articolo 6 della legge contro la concorrenza sleale, stabilendo il divieto per un'impresa dominante, a scanso di giustificati motivi, di vincolare la propria controparte ad avere rapporti soltanto con essa o con altra impresa da essa indicata ovvero a non instaurare relazioni commerciali con alcuno dei suoi concorrenti.¹²⁷

Con “*Renren c. Baidu*”¹²⁸ si era presentata alla giurisprudenza l'opportunità di affrontare il problema del bilanciamento tra la tutela del libero accesso degli imprenditori al mercato, nella specie quello della ricerca su internet, controllato a monte da *Baidu*, ed i vantaggi che eventualmente derivanti ai consumatori dall'applicazione di filtri che evitino la comparsa di risultati ingannevoli o fraudolenti. La decisione, tuttavia, ha fornito una risposta evasiva al quesito, trincerandosi dietro l'assenza del presupposto della prova di una posizione dominante, e non ha analizzato i possibili effetti escludenti addebitabili alla condotta del motore di ricerca.¹²⁹

Più complesso è il tema degli sconti c.d. fidelizzanti, praticati da un'impresa in posizione dominante ai propri clienti, con lo scopo di ostacolare, rendendolo più oneroso, il passaggio di questi a fornitori concorrenti. Dato che nel breve periodo gli

¹²⁵ Heide – Dutta – Bergen (1998).

¹²⁶ Cfr. “*Hoffmann-La Roche*”, *cit.*; diverso, invece, l'atteggiamento esplicitato dagli “*Orientamenti della Commissione sulle restrizioni verticali*”, del 10 maggio 2010, G.U. C 130/01 § 133, che si esprimono non in termini di “presunzione”, ma di “maggiore probabilità” che un accordo di esclusiva concluso con un'impresa in posizione dominante abbia effetti restrittivi. Nell'ordinamento statunitense attuale, anche in caso di *naked restraint* di esclusiva, le Corti applicano la *rule of reason* ed è quindi compito dell'attore dimostrare l'esistenza di effetti restrittivi. La Corte Suprema ha abbracciato la suddetta regola nella valutazione degli accordi di esclusiva con la pronuncia *Tampa Electric Co. vs. Nashville Coal Co.*, 365 U.S. 20 (1961).

¹²⁷ Art. 5 Regolamento abusi ASIC.

¹²⁸ *Cit. supra* Cap. III, § 5.

¹²⁹ Qi – Liao (2011).

sconti si traducono sempre in un vantaggio per le controparti dell'impresa e per i consumatori, cui vengono trasferiti parte dei risparmi di spesa, il diritto antitrust statunitense ha per tradizione negato che tali sconti potessero considerarsi illeciti fintanto che non assurgessero a forme di predazione attuate attraverso sconti superiori al margine di profitto.¹³⁰ Radicalmente opposto è stato l'atteggiamento del diritto europeo, che, infatti, in materia di sconti segna le maggiori distanze dall'ordinamento d'oltreoceano.¹³¹ Le autorità antitrust europee hanno distinto gli sconti accordati in ragione delle quantità acquistate (sconti "quantità"), ritenuti legittimi se non discriminatori,¹³² dagli sconti praticati esclusivamente alle imprese che decidono di soddisfare tutta o gran parte della loro domanda dall'operatore dominante (sconti "fedeltà-puri")¹³³ o che superano un certo livello di acquisti (sconti "fedeltà-target").¹³⁴ Gli sconti fedeltà sono stati solitamente puniti *per se*, in virtù della loro capacità di impedire ai concorrenti più piccoli di competere efficacemente sul mercato, anche se di recente si sta imponendo un orientamento attento a valutare caso per caso gli effetti della pratica scontistica sul mercato.¹³⁵

Come'era prevedibile, l'ordinamento cinese si è allineato all'indirizzo europeo, specificando che l'esclusiva di cui all'articolo 17, n. (4), può essere imposta

¹³⁰ In "*Grinnell*", *cit.*, i giudici federali hanno negato l'illegittimità della previsione di sconti condizionati alla fornitura esclusiva presso una delle parti, ulteriormente rafforzata da una clausola penale per il caso in cui l'impresa rifornita avesse voluto rivolgersi ad un concorrente della propria controparte, sostenendo che le conseguenze anticoncorrenziali prefigurate dall'attore erano, nel caso concreto, troppo remote ed astratte.

¹³¹ Emblematica è stata la vicenda che ha opposto *Virgin Airlines* e *British Airways*, in merito agli sconti da quest'ultima praticati agli agenti di viaggio. *Virgin Airlines* denunciò la pratica scoutistica di *British Airways* alla Commissione europea e contemporaneamente avviò un'azione giudiziaria negli Stati Uniti. Mentre la Commissione accolse le doglianze di *Virgin Airlines*, sanzionando *British Airways*, con una decisione poi confermata dalla Corte di giustizia ("*British Airways*", *cit.*), i giudici federali statunitensi rigettarono la domanda proposta contro la compagnia aerea inglese, ritenendo che non vi fosse la prova che il sistema di sconti avesse danneggiato i consumatori (*Virgin Atlantic Airways Ltd. vs. British Airways plc.*, 257 F.3d 256 (2^d Cir. 2001). Sul rapporto tra diritto antitrust europeo e statunitense v. Ahlborn – Bailey (2006).

¹³² C-163/99, *Repubblica portoghese c. Commissione* ("*Aeroporti portoghesi*"); v. anche "*Orientamenti della Commissione sulle restrizioni verticali*", § 152.

¹³³ T-65/89, confermato da C-310/93 P, *BPB Industries plc. e British Gypsum Ltd. c. Commissione*; "*Hoffmann-La Roche*", *cit.*

¹³⁴ T-155/06 (impugnazione pendente, C-549/10 P), *Tomra Systems e altri c. Commissione*; T-203/01, *Manufacture Française Des Pneumatiques Michelin c. Commissione* ("*Michelin IF*"); "*British Airways*", *cit.*; "*Michelin I*", *cit.*. In dottrina v. Kallaugher – Sher (2004).

¹³⁵ "*Orientamenti della Commissione in materia di abusi*", §§ 37-45; v. anche la decisione "*Intel*", *cit.*, in la Commissione ha eseguito un'indagine degli effetti della pratica dell'impresa, così come auspicato negli orientamenti da essa pubblicati lo stesso anno. Nel caso in questione *Intel* offriva alle imprese assemblatrici di computer cospicui sconti condizionati all'acquisto dei suoi processori per un ammontare pari all'80-100% della domanda contendibile. La Commissione ritenne che fosse quantomeno probabile che la condotta di *Intel* avrebbe determinato una restrizione dell'offerta sul mercato.

5. Abusi di posizione dominante

anche tramite la previsione di sconti aventi lo scopo di legare un operatore all'impresa dominante o ad altra da questa indicata.¹³⁶ Secondo il principio ricavabile dall'articolo 6 della legge antimonopoli, cui sembrano essersi conformate pure le Corti cinesi,¹³⁷ l'illiceità della pratica scontistica è sempre subordinata alla prova che sia quantomeno probabile che la condotta determini un effetto restrittivo sul mercato.

Una sottolineatura meritano, infine, i motivi per cui il regolamento della CSNR afferma potersi tollerare l'applicazione di sconti con finalità escludente. Accanto alla comune esenzione fondata sul carattere pro competitivo della pratica abusiva,¹³⁸ viene data rilevanza a fattori normalmente estranei alle preoccupazioni del diritto della concorrenza, quali l'obiettivo di garantire la qualità e la sicurezza del prodotto, conservare l'immagine del marchio e migliorare il servizio.¹³⁹ D'altronde, nel caso "*Renren c. Baidu*" fu proprio l'esigenza di tutelare un interesse non strettamente economico, quale quello dei consumatori a non essere tratti in inganno nelle proprie ricerche informatiche, ad indurre l'Alta Corte giudicante ad affermare, seppure in via ipotetica, non giudicando nel merito la questione, la legittimità del comportamento di *Baidu*.¹⁴⁰

3.5 Pratiche leganti

La disposizione di cui all'articolo 17, n. (5), associa due forme di abusi assai diverse tra loro, sia per struttura che per finalità: le pratiche leganti e l'imposizione di condizioni di transazione irragionevoli, essendo l'uno un abuso tipicamente escludente e l'altra finalizzata all'illecito sfruttamento del potere di mercato ai danni delle controparti commerciali dell'impresa dominante.

Il divieto di pratiche leganti ("*dashou*"), altrimenti detto, in generale, di *tying*, si giustifica per la paura che un'impresa dotata di potere di mercato possa estendere quest'ultimo su un mercato collegato, sul quale pure opera, sfruttando la sua capacità di realizzare un'offerta congiunta di beni. In questo modo, i soggetti che devono rivolgersi all'impresa per acquistare il bene primario saranno indotti ad acquistare

¹³⁶ Art. 14 *Regolamento prezzi CSNR*. Questa disposizione afferma che per imporre l'esclusiva l'impresa dominante può avvalersi di "*sconti di prezzo o altri mezzi*"; l'espressione non deve trarre in inganno, in quanto le competenze della CSNR limitano i poteri dell'autorità alle condotte direttamente incidenti sul prezzo; di conseguenza, gli "*altri mezzi*" di cui parla la norma devono essere intesi come forme camuffate di sconti, quali rimborsi o ristorni in denaro.

¹³⁷ Cfr. *supra* § 2.1.

¹³⁸ Art. 14, n. (3), *Regolamento prezzi CSNR*.

¹³⁹ Art. 14, nn. (2)–(3), *Regolamento prezzi CSNR*.

¹⁴⁰ Cfr. Nee (2010), p. 287.

dalla medesima anche il bene collegato, perché non è consentito loro l'acquisto separato dei due beni o perché l'acquisto congiunto risulta più conveniente. Nonostante le critiche di cui è stata fatta oggetto, fondate sulla ritenuta impossibilità di duplicare i profitti monopolistici in mercati collegati,¹⁴¹ la strategia di *leverage* è tutt'oggi ritenuta razionale da un punto di vista economico, perché l'impresa può avere interesse a perseguirla in funzione difensiva del proprio potere di mercato sul bene principale.¹⁴²

La legge antimonopoli non spiega cosa si intenda per pratica legante, ma dal *Regolamento abusi ASIC* apprendiamo che essa include sia ciò che è tecnicamente definito *tying* (“*kunbang xiaoshou*”, letteralmente “vendite legate”) sia il *bundling* (“*zuhe xiaoshou*”, letteralmente “vendite assemblate”).¹⁴³ Da questa norma desumiamo anche i requisiti, modellati sull'insegnamento del diritto europeo,¹⁴⁴ che portano ad una valutazione d'illiceità della pratica legante. Due di questi sono impliciti nella struttura stessa dell'istituto dell'abuso e sono la posizione dominante dell'impresa¹⁴⁵ e la finalità escludente della pratica;¹⁴⁶ in aggiunta, si deve trattare di

¹⁴¹ In presenza di beni il cui utilizzo è economicamente collegato, l'impresa sa che nel momento in cui aumentassero i prezzi del prodotto abbinato diminuirebbe la domanda anche del prodotto principale, riducendo così i profitti ricavati da quest'ultimo. Di conseguenza, secondo l'opinione sostenuta dalla Scuola di Chicago il *tying* non potrebbe mai essere razionalmente utilizzato con una finalità escludente, ed andrebbe, quindi, sempre considerato lecito; v. Bowman (1957). La tesi è stata criticata, mettendo in evidenza che la teoria dell'unicità dei profitti monopolistici non è sostenibile per tutti quei mercati in cui il prodotto principale ed il prodotto abbinato sono consumati in misura non direttamente proporzionale; v. Elhauge (2009).

¹⁴² Si parla di *tying* in funzione difensiva della posizione dominante, quando questo è diretto ad eliminare un concorrente sul mercato del prodotto abbinato, perché si teme che questi possa entrare anche sul mercato del prodotto principale o il prodotto abbinato possa evolversi in sostituto del prodotto principale. Tra le più recenti indagini circa la complessa struttura economica del *tying*, v. Motta – Polo (2005), pp. 279–294; Carlton – Waldman (2002); J. P. Choi – Stefanadis (2001).

¹⁴³ Art. 6, n. (1) *Regolamento abusi ASIC*. L'uso dei termini “*kunbang xiaoshou*” e “*zuhe xiaoshou*” risente senza dubbio della distinzione tra *tying* e *bundling* formulata negli “*Orientamenti della Commissione in materia di abusi*”, § 48: “Per “vendita abbinata” [“*tying*”, nella versione inglese] si intendono solitamente le situazioni in cui i clienti che acquistano un prodotto (il prodotto principale) devono acquistare anche un altro prodotto dall'impresa dominante (il prodotto abbinato). La vendita abbinata può avvenire su base tecnica o contrattuale. La “vendita aggregata” [“*bundling*”, nella versione inglese] si riferisce solitamente al modo in cui i prodotti vengono offerti dall'impresa dominante e al modo in cui essa ne fissa il prezzo. In caso di vendita aggregata “pura” i prodotti vengono venduti soltanto assieme in proporzioni fisse. In caso di vendita aggregata “mista”, spesso definita anche sconto multiprodotto, i prodotti sono disponibili anche separatamente, ma la somma dei singoli prezzi di vendita è superiore al prezzo aggregato”; per una descrizione delle varie sottospecie di *tying* e *bundling* v. Jones – Sufrin (2011), pp. 454–455.

¹⁴⁴ Cfr. la pronuncia “*Microsoft*”, *cit.*, §§ 852–870 e 1046–1090 e gli “*Orientamenti della Commissione in materia di abusi*”, §§ 50–74.

¹⁴⁵ È normalmente rilevante la posizione dominante dell'impresa sul mercato del prodotto principale.

¹⁴⁶ L'orientamento della Corte di giustizia europea è stato per molto tempo nel senso di considerare illecite le pratiche di *tying*, prescindendo dalla prova degli effetti restrittivi, v. casi “*Tetra Pak II*” e “*Hilti*”, *cit.* Nel più recente caso “*Microsoft*”, *cit.*, la Corte ha però accettato la ricostruzione della

5. Abusi di posizione dominante

prodotti diversi e quindi non sostituiti tra loro e deve sussistere una “coercizione” (“*qiangzhi*”) attuata dall’impresa ai danni dei consumatori. Bisogna ammettere che tale ultimo requisito non è sempre di facile accertamento, in quanto i consumatori tendono spesso a preferire volontariamente l’acquisto congiunto dei beni perché viene loro promesso di ricevere un trattamento più favorevole rispetto a chi acquista uno solo dei prodotti o perché, semplicemente, trovano l’offerta più conveniente.¹⁴⁷ Per questo motivo è stato suggerito che quando manca un’effettiva forzatura della volontà del consumatore, ad esempio quando il prodotto abbinato viene ceduto gratuitamente, obiettivo dell’analisi antitrust debba essere di verificare se nel medio lungo periodo si produca una restrizione della scelta del consumatore per effetto della fuoriuscita di concorrenti dal mercato del prodotto abbinato.¹⁴⁸

Per quanto riguarda le cause di giustificazione, alla difesa dei maggiori benefici in termini di costo per consumatori dati dalla produzione e/o commercializzazione congiunta dei due beni, ricavabile dall’eccezione generale di cui all’articolo 8 del *Regolamento abusi ASIC*, si aggiunge la possibilità per l’impresa dominante di dimostrare la conformità della pratica agli usi commerciali, alle abitudini dei consumatori o a ragioni tecniche inerenti alle specifiche funzioni del prodotto.

“*Shaanxi Broadcast*”¹⁴⁹ è ad oggi l’unico caso di applicazione della legge antimonopoli ad un ipotesi di *tying*. Un consumatore convenne in giudizio la società che gestiva, in regime di monopolio legale, le trasmissioni televisive via cavo nella provincia di Shaanxi, denunciando che l’impresa aveva incrementato il prezzo dei propri servizi, giustificando tale aumento con l’inclusione nell’abbonamento di nuovi

Commissione che ha ritenuto di dover analizzare anche gli effetti di *foreclosure* discendenti dalla decisione di *Microsoft* di abbinare la vendita del S.O. “*Windows*” a quella del *software* “*Windows Media Player*”. Negli Stati Uniti il divieto *per se* delle pratiche di *tying*, adottato dalle pronunce più risalenti, quali *International Salt Co. vs. United States*, 322 U.S. 392 (1947), e *Norther Pacific Railway Co. vs. United States*, 356 U.S. 1 (1958), è stato implicitamente superato da *United States Steel Corp. vs. Fortner Enterprises*, 429 U.S. 610 (1977), e da *Jefferson Parish Hospital District No. 2 vs. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984), che, senza ribaltare i precedenti, hanno affermato che la prova del *tying* richiede la dimostrazione che l’impresa convenuta disponga di un potere di mercato sufficiente per aumentare i prezzi del prodotto abbinato o per imporre alle proprie controparti condizioni che non avrebbero accettato in un mercato pienamente competitivo.

¹⁴⁷ Faull –Nikpay (2007), § 4.250.

¹⁴⁸ Gli “*Orientamenti della Commissione in materia di abusi*”, ad esempio, non elencano più la “coercizione” tra i requisiti del *tying*, benché la giurisprudenza continui formalmente a richiederne la prova. Negli USA, invece, la “*forcibility*” è uno degli elementi fondati l’illiceità delle pratiche leganti; v. *Jefferson Parish Hospital District No. 2 vs. Hyde*, *cit.*

¹⁴⁹ *Cit. supra* § 1.3.

canali digitali. La tesi, sostenuta dall'attore ed accolta dalla Corte Intermedia di Xi'an, fu che le trasmissioni via cavo e quelle digitali costituissero due mercati distinti, l'uno affidato in monopolio al convenuto e con prezzi regolamentati, l'altro aperto alla libera concorrenza, e che attraverso l'offerta congiunta dei due servizi l'impresa televisiva avesse abusato della propria posizione dominante. I giudici non si soffermarono ad indagare gli effetti della pratica abusiva sul mercato delle trasmissioni digitali, tuttavia la sommarietà del giudizio è giustificabile alla luce dell'aumento del prezzo pagato dai consumatori, anche quelli che non desideravano ricevere il servizio aggiuntivo, e dall'assenza di alcuna eccezione da parte dell'impresa intorno alle possibili giustificazioni della condotta tenuta.¹⁵⁰

La mancanza di interventi da parte delle autorità competenti, che sino ad oggi non hanno sanzionato nessuna forma di abuso di posizione dominante è sicuramente uno dei principali motivi di insoddisfazione del nuovo sistema della concorrenza cinese;¹⁵¹ tuttavia, tale latitanza è ancor più deprecabile nell'ambito delle pratiche leganti, dove assai incisivo era stato l'intervento dell'ASIC in attuazione dell'articolo 6 della legge contro la concorrenza sleale.¹⁵²

Nel vuoto di interventi amministrativi in materia, va, tuttavia, segnalato il procedimento “*Sale di Wuchang*” avviato dall'Ufficio dei prezzi dello Hunan.¹⁵³ Un'impresa aveva obbligato i propri grossisti ad acquistare insieme con il sale, nel cui mercato si trovava in posizione dominante, anche del detersivo in polvere, mercato su cui, invece, sperava di espandere la propria attività. L'impresa in questione non fu infine sanzionata, perché decise di interrompere immediatamente la pratica contestata, riacquistare il detersivo venduto ai grossisti ed impegnarsi a non ripetere simili condotte in futuro, motivo che indusse la l'autorità a sospendere l'indagine.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Yao (2013).

¹⁵¹ L'ASIC ha, però, annunciato, nel giugno del 2013, di aver avviato un'indagine nei confronti di *Tetra Pak* proprio per un sospetto abuso di *tying*, avendo raccolto informazioni circa la pratica dell'impresa di legare la vendita dei macchinari per l'imballaggio a quella delle confezioni. La vicenda sembra ricalcare i fatti alla base della pronuncia della Corte europea di giustizia del 1994 “*Tetra Pak IP*”, *cit.*; comunicato stampa consultabile, in cinese, su http://www.saic.gov.cn/ywdt/gsyw/sjgz/xxzx_1/201307/t20130710_136313.html; v. anche M. Han – Connolly (2013).

¹⁵² Cfr. *supra* Cap. II, § 2.1.

¹⁵³ *Cit. supra* § 1.3.

¹⁵⁴ X. Wang – Su (2012), p. 109.

3.6 Imposizione di condizioni di transazione irragionevoli

Fatta eccezione per le modalità con cui si realizza la pratica (l'impresa dominante determina unilateralmente il contenuto della transazione), l'imposizione di condizioni di transazione irragionevoli non ha molto a che spartire con il *tying*, insieme con il quale, però, viene disciplinato.

Non è chiara, inoltre, la ragione per cui il legislatore cinese abbia voluto separare in due diverse previsioni un divieto che si presenta unitario nel modello europeo, al quale sotto molteplici aspetti le disposizioni sull'abuso di posizione dominante si conformano.¹⁵⁵ L'imposizione di condizioni di transazione irragionevoli condivide, infatti, con il divieto di stabilire prezzi iniqui, l'obiettivo di evitare che il potere di mercato detenuto da un'impresa consenta a quest'ultima di aggravare lo squilibrio contrattuale delle sue controparti. In entrambi i casi, poi, è costante il rischio di dirottare l'applicazione delle norme della concorrenza verso la protezione degli interessi della parte considerata economicamente più debole, i quali possono essere più efficacemente perseguiti dalle disposizioni sulla concorrenza sleale o dalle disciplina consumeristica.¹⁵⁶

È difficile pensare che la differente terminologia usata, “non equi” (“*gongping*”) in un caso, “irragionevoli” (“*buheli*”) nell'altro, si rifletta in una diversa configurazione sostanziale di queste due analoghe forme di abuso. Con assai poca logicità, tuttavia, la competenza in materia di prezzi iniqui è affidata alla CSNR, mentre l'ASIC cura l'accertamento delle altre condizioni ritenute irragionevoli. Un ambito di intervento residuale è, inoltre, riconosciuto alla CSNR in materia di “*irragionevoli aggravati sul prezzo al momento della transazione*”,¹⁵⁷ che, però, a parere di chi scrive, altro non sono che una forma particolare di prezzi iniqui, dai quali si differenziano, forse, per il fatto di non essere direttamente collegati alla prestazione principale, ma a prestazioni accessorie, quale può essere un'assicurazione contro i danni o l'erogazione del servizio di riparazione o assistenza post-vendita.

La giurisprudenza europea, che in un discreto numero di casi è intervenuta a sanzionare clausole contrattuali ritenute abusive perché non eque, non ha voluto

¹⁵⁵ Cfr. art. 102, par. 2, lett. a), TFUE.

¹⁵⁶ In Europa, ad esempio, gli interventi in materia di condizioni di transazione non eque si sono drasticamente ridotti con l'entrata in vigore delle disposizioni a tutela dei consumatori e contro le pratiche commerciali scorrette; v. Jones – Sufrin (2011), p. 550.

¹⁵⁷ Art. 15 Regolamento prezzi CSNR.

fornire dei criteri di valutazione dell'illiceità delle singole previsioni contrattuali, paralleli a quelli elaborati in relazione ai prezzi. Sembra comunque potersi affermare che una condizione contrattuale è abusiva quando non è necessaria affinché la transazione consegua la finalità economica che le è propria¹⁵⁸ ovvero realizzi una distribuzione eccessivamente sproporzionata tra diritti ed obblighi a favore dell'impresa dominante¹⁵⁹ ovvero ancora preveda degli obblighi per la controparte cui non fa fronte alcuna specifica controprestazione dell'impresa dominante.¹⁶⁰

Il novero delle condizioni di transazione irragionevoli è, dunque, possibilmente sconfinato. Il *Regolamento abusi ASIC* prevede a titolo esemplificativo svariate clausole che in concreto possono rivelarsi eccessivamente sbilanciate a favore dell'impresa dominante.¹⁶¹ È interessante notare che tra queste compaiono anche alcune limitazioni alla libertà di azione del rivenditore, che possono riguardare l'ambito territoriale dove operare o la categoria di clienti cui rivendere i beni o offrire servizi post-vendita. In Europa, dove le intese verticali contenenti restrizioni diverse da quelle di prezzo sono sanzionabili anche ai sensi dell'articolo 101 TFUE, si è creata una sovrapposizione tra la disciplina delle intese e quella degli abusi, allorché nella pratica sia coinvolta un'impresa in posizione dominante sul mercato.¹⁶² Diversamente, il diritto cinese, almeno fin tanto che l'ARALA non introdurrà nuove fattispecie di intese verticali vietate ex articolo 14,¹⁶³ punisce le restrizioni verticali non di prezzo soltanto qualora esse vengano imposte

¹⁵⁸ Cfr. "*Tetra Pak IP*", *cit.*, in merito alla previsione di limiti all'utilizzo delle apparecchiature vendute, che attuavano una compressione eccessiva del diritto di proprietà dell'acquirente senza apportare alcun concreto vantaggio a *Tetra Pak*.

¹⁵⁹ Nella decisione IV/26760, *GEMA* (1971), la società di gestione collettiva dei diritti d'autore fu sanzionata perché impediva agli autori di relazionarsi direttamente con le controparti di *GEMA* anche dopo che gli autori avessero abbandonato la società e perché prevedeva lunghi periodi di preavviso per esercitare il diritto di recesso.

¹⁶⁰ Cfr. il caso "*DSD*", *cit.*, in cui l'impresa dominante richiedeva alle proprie controparti il pagamento di una licenza per lo sfruttamento del marchio "*Green Dot*" anche quando questo non veniva in concreto utilizzato nell'ambito dell'attività d'impresa.

¹⁶¹ L'art. 6 *Regolamento abusi ASIC*, tra le possibili condizioni irragionevoli, individua le seguenti: "(2) l'imposizione di restrizioni irragionevoli riguardanti la durata del contratto, il metodo di pagamento, il trasporto dei prodotti, le modalità di consegna dei prodotti e di erogazione dei servizi, etc.; (3) l'imposizione di restrizioni irragionevoli all'ambito territoriale delle vendite, ai destinatari delle vendite, ai servizi post-vendita, etc.; (4) l'imposizione di condizioni di transazione non pertinenti all'oggetto della transazione".

¹⁶² In C-66/86, *Ahmed Saed Flugreisen e Silver Line Reisebüro GmbH c. Centrale zur Bëkampfung Unlauteren Wettwerbs eV*, la Corte di giustizia europea ha applicato la disciplina degli abusi, sanzionando soltanto l'impresa in posizione dominante, ad un caso di fissazione delle tariffe aeree tra operatori concorrenti, ritenendo che l'accordo nascondesse in realtà l'imposizione della volontà dell'impresa dominante su quella delle altre imprese.

¹⁶³ Cfr. *supra* Cap. IV, § 3.

5. Abusi di posizione dominante

da un'impresa in posizione dominante e siano, altresì, irragionevoli; si è in tal modo evitato di creare confusione circa l'ambito di applicazione delle disposizioni di cui ai Capi II e III della legge.

3.7 Pratiche discriminatorie

In coda all'elencazione delle condotte abusive, la legge antimonopoli vieta di “applicare prezzi diversi o diverse condizioni contrattuali a controparti in condizioni equivalenti senza giustificato motivo”.¹⁶⁴

Quasi ogni impresa sul mercato discrimina tra i propri clienti ed offre i propri prodotti e servizi ad altre imprese o consumatori a prezzi e condizioni diverse in ragione di una pluralità di fattori, certune volte con pacifici effetti benefici per la concorrenza.¹⁶⁵ Il diritto antitrust si occupa delle discriminazioni quando a porle in essere è un operatore in posizione dominante che, in virtù del suo potere di mercato, è in grado di alterare gli equilibri competitivi tra le imprese.

Gli effetti anticoncorrenziali derivanti dalle pratiche discriminatorie si distinguono in pregiudizi di primo livello (“*primary-line injury*”) e pregiudizi di secondo livello (“*secondary-line injury*”), in relazione al fatto che le conseguenze negative si producano nello stesso mercato in cui opera l'impresa dominante o nel mercato a valle tra i clienti della medesima impresa.¹⁶⁶ Esempio tipico del primo caso è l'applicazione di sconti sottocosto o di sconti selettivi ai distributori al fine di escludere un fornitore concorrente, occupando quanti più sbocchi possibili nel mercato a valle.¹⁶⁷ Così strutturata, la discriminazione spesso non si distingue dalla pratica di prezzi predatori o dalla costituzione di rapporti di esclusiva con finalità

¹⁶⁴ Art. 17, n. (6), legge antimonopoli.

¹⁶⁵ Si pensi a quei mercati caratterizzati da alti costi fissi di produzione e bassi costi marginali (in generale tutti i mercati in cui le imprese si avvalgono di un'infrastruttura assai onerosa da realizzare), dove le imprese possono imporre un prezzo superiore al costo marginale ai clienti che sono disposti a pagare di più, così da poter offrire lo stesso servizio ad un prezzo inferiore al costo marginale ad altri soggetti, che, in assenza di discriminazione, non avrebbero usufruito dei prodotti o dei servizi forniti dall'impresa in posizione dominante; v. Ridyard (2002), pp. 287–288, e Temple Lang – O'Donoghue (2002), pp. 89–90.

¹⁶⁶ V. Faull –Nikpay (2007), § 3.235; Geradin – Petit (2007), pp. 8–9. Le medesime considerazioni svolte con riguardo ai pregiudizi di secondo livello valgono sostanzialmente anche per i c.d. pregiudizi di terzo livello (“*tertiary line injury*”), che si hanno quando le distorsioni colpiscono i sub-acquirenti di quelle imprese che intrattengono rapporti commerciali con l'impresa in posizione dominante ricevendone un trattamento discriminatorio; v. Areeda – Kaplow – Edlin (2004), p. 803.

¹⁶⁷ In Europa cfr. i casi T-228/97, confermato da C-497/99 P, *Irish Sugar plc. c. Commissione*, e cause riunite C-395 e 396/96 P, *Compagnie Maritimes Belges SA e altri c. Commissione*. Negli Stati Uniti v. *Brook Group Ltd. vs. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993), e *Utah Pie Co. vs. Continental Baking Co.*, 386 U.S. 685 (1967).

escludente, già puniti da autonome tipologie di abusi.¹⁶⁸

Le condotte discriminatorie possono, invece, recare danno ai clienti dell'impresa dominante o perché questa riesce a praticare prezzi sovra competitivi ad una categoria di clienti con preferenze rigide ed incapacità di arbitraggio, ricavandone maggiori profitti, o perché i clienti dell'impresa sono in concorrenza nel mercato a valle e, sopportando *input cost* differenti per il medesimo prodotto, competono tra loro partendo da condizioni differenti. È evidente che, mentre nella prima ipotesi si è di fronte ad una condotta ad esclusivo scopo di sfruttamento del potere di mercato, nella seconda si ha un abuso con effetto escludente ai danni delle imprese che operano a valle.

In un ordinamento informato, almeno in via tendenziale e salvo espressa eccezione, al principio dell'esclusiva rilevanza degli abusi con finalità escludente,¹⁶⁹ non possono considerarsi illecite quelle pratiche discriminatorie che non recano pregiudizio alla concorrenza tra gli operatori di secondo livello.¹⁷⁰ Non può tacersi, d'altronde, che sia l'ordinamento europeo¹⁷¹ che quello statunitense¹⁷² subordinano

¹⁶⁸ Negli Stati Uniti, dove le condotte discriminatorie sono punite dal § 2 (a)–(b) del *Clayton Act*, come modificato nel 1936 dal *Robinson–Patman Act*, 15 U.S.C. § 13, la Corte Suprema ha riconosciuto che il *test* di valutazione delle pratiche discriminatorie di primo livello nella sostanza coincide con quello seguito per l'accertamento delle condotte predatorie ai sensi del § 2 dello *Sherman Act*. In pratica, i giudici accertano l'esistenza di condotte discriminatorie, verificando se i prezzi offerti dall'impresa ad alcuni clienti siano da considerarsi predatori; v. *Brook Group Ltd. vs. Brown & Williamson Tobacco Corp., cit.*, in cui un'impresa produttrice di sigarette fu accusata di avere praticato prezzi inferiori ai costi ad alcuni distributori per indurre una piccola impresa concorrente ad alzare i prezzi da essa praticati, in modo che tutti gli operatori del settore potessero godere di profitti più elevati; ma v. anche *Utah Pie Co. vs. Continental Baking Co., cit.*, in cui un'impresa dolciaria, la cui produzione era localizzata in California, vendeva i propri prodotti allo stesso prezzo in quello Stato e a Salt Lake City, senza alcun ricarico connesso alle spese di trasporto, con l'obiettivo di marginalizzare sul mercato le imprese dolciarie dello Utah; in quel caso i prezzi furono ritenuti al di sotto dei costi medi totali dell'impresa convenuta, che fu condannata per pratica discriminatoria. Ad ulteriore conferma dello stretto legame tra le discriminazioni di primo livello ed i prezzi predatori, è interessante notare che fu a seguito di questa sentenza, a causa del loro disaccordo nei confronti del parametro di costo utilizzato dalla Corte per individuare la predatorietà dei prezzi, che Areeda e Turner svilupparono il loro omonimo *test* incentrato sui costi marginali dell'impresa, il quale, a sua volta, ebbe le sue più importanti applicazioni in materia di pratiche predatorie; v. Areeda – Turner (1975).

¹⁶⁹ Cfr. art. 6 e *supra* § 2.1.

¹⁷⁰ Includono, invece, la discriminazione ex art. 17, n. (6), tra gli abusi di sfruttamento X. Wang – Su (2012), pp. 106–108.

¹⁷¹ Cfr. “*British Airways*”, *cit.*, § 144: “È conseguentemente importante, perché ricorrano le condizioni di applicazione dell'art. 82, secondo comma, lett. c), CE, constatare che il comportamento dell'impresa in posizione dominante su un mercato non soltanto sia discriminatorio, ma anche che esso tenda a falsare tale relazione concorrenziale, cioè ad ostacolare la posizione concorrenziale di una parte delle controparti commerciali di tale impresa rispetto alle altre (v., in tal senso, sentenza *Suiker Unie e a./Commissione, cit.*, punti 523 e 524)”; v. anche “*Irish Sugar*”, *cit.* Il diritto europeo ha però sentito l'esigenza di sganciarsi da questo principio, punendo pratiche discriminatorie commesse direttamente ai danni dei consumatori o comunque di imprese tra loro non concorrenti in due casi: 1.

5. Abusi di posizione dominante

la punibilità delle condotte discriminatorie all'esistenza di un pregiudizio alla concorrenza tra le imprese operanti nel primo o nel secondo livello. Si deve ritenere, dunque, che nel diritto cinese possano venire in rilievo unicamente quelle condotte discriminatorie che producono una distorsione della concorrenza all'interno del mercato dove l'impresa detiene la posizione dominante o a valle di quest'ultimo.¹⁷³

Nell'unico caso in cui si è posto il problema dell'applicazione del divieto di pratiche discriminatorie, i giudici non hanno fornito una risposta chiara sul punto. In "*China Netcom*"¹⁷⁴ la Corte, affermando *in obiter* che il comportamento dell'operatore di telefonia andava considerato giustificabile per ragioni legate al contenimento del rischio creditizio, lasciava intendere che la scelta di differenziare il prezzo di vendita dei servizi tra i clienti risiedenti nella stessa città fosse astrattamente contraria all'articolo 17, n. (6), legge antimonopoli. A rigore, nella fattispecie non è dato cogliere alcun effetto escludente, essendo l'attore un avvocato, il quale, lo si è detto,¹⁷⁵ non può qualificarsi come impresa nel diritto cinese; tuttavia, la mancanza di un pronunciamento sul punto e la natura dichiaratamente speculativa della causa¹⁷⁶ non fanno di "*China Netcom*" un precedente affidabile su cui fondare un'interpretazione in un senso o in un altro delle disposizioni sugli abusi di posizione dominante.

quando l'impresa opera in regime di monopolio legale e di conseguenza i consumatori non hanno altre imprese cui rivolgersi; v. C-18/93, *Corsica Ferries Italia S.r.l. c. Corporazione dei piloti del porto di Genova*, e la decisione COMP/C-1/36915, *Deutsche Post – Intercettazione di posta transfrontaliera* (2001). 2. Quando la discriminazione realizza una compartimentazione del mercato europeo ed è finalizzata a prevenire le importazioni parallele; v. "*United Brands*", *cit.*

¹⁷² Il *Clayton Act*, § 2 (a), vieta le condotte discriminatorie "*where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them*".

¹⁷³ Va notato che in una bozza del *Regolamento prezzi CSNR*, fatta circolare prima della sua emanazione, veniva individuata quale specifica giustificazione di una condotta di discriminazione di prezzo il fatto che la differenza di corrispettivo non avesse determinato alcun impatto sulla concorrenza nel mercato delle controparti dell'impresa dominante. Questa, come le altre giustificazioni alle pratiche discriminatorie elencate nella bozza, sono state eliminate nella versione definitiva, perdendo un'occasione importante per gettare luce sulla rilevanza delle discriminazioni a fine di sfruttamento nel diritto cinese; v. X. Wang – Su (2012), p. 107. Non sembra, d'altronde, che la mancata inclusione nella versione finale del regolamento della descritta causa di giustificazione possa essere intesa nel senso di voler punire anche le discriminazioni prive di un fine escludente.

¹⁷⁴ *Cit. supra* Cap. III, § 5.

¹⁷⁵ *Cfr. supra* Cap. III, § 4.1.

¹⁷⁶ L'attore, Li Fangping, è un avvocato molto noto per essersi occupato di alcuni casi venuti alla ribalta delle cronache (es., la difesa delle vittime dello scandalo del latte alla melamina) nonché per avere promosso la difesa dei diritti umani in Cina, motivo per cui nel 2011 fu arrestato dalla polizia e tenuto in una località segreta per sei giorni. Li avviò l'azione legale contro *China Netcom* l'1 agosto 2008, vale a dire il primo giorno dell'entrata in vigore della legge antimonopoli, allo scopo di costituire un precedente per future domande da parte dei consumatori.

Di conseguenza, alla luce dell'analisi sistematica delle norme in precedenza svolta, possono almeno in parte ridimensionarsi i timori di chi paventava l'insidiosità della disposizione di cui all'articolo 17, n. (6), per le politiche commerciali delle multinazionali, che sono solite differenziare i prezzi dei loro prodotti in base al paese di commercializzazione.¹⁷⁷ È improbabile, infatti, che le autorità cinesi arrivino a dichiarare discriminatorio il prezzo praticato in Cina da un'impresa soltanto perché superiore a quello applicato in un altro paese, in assenza di pregiudizi alla concorrenza sul mercato nazionale. A conforto di quanto detto, si pensi che l'Unione europea, che ha conosciuto una disposizione analoga a quella cinese per oltre mezzo secolo, non ha mai pensato di applicare il divieto di pratiche discriminatorie alle politiche di prezzo adottate dalle multinazionali, per lo meno sino a quando queste non si traducevano in una limitazione al commercio tra gli Stati membri.¹⁷⁸

Rimanendo fedele alla propria inclinazione ad un intervento antitrust ad ampio raggio, l'ARALA ha ritenuto che costituissero discriminazione abusiva non soltanto quella concernente il prezzo applicato ai clienti,¹⁷⁹ ma anche quella realizzata attraverso l'imposizione di condizioni di transazione differenti ai rapporti commerciali con le proprie controparti.

Le discriminazioni di prezzo, di competenza della CSNR,¹⁸⁰ si realizzano normalmente attraverso la concessione di sconti ad alcune imprese anziché ad altre. La modalità più comune di cui si avvale un'impresa per realizzare una discriminazione di prezzo con effetto escludente sul mercato principale è costituita dagli sconti fidelizzanti, che abbiamo visto essere una forma particolarmente pericolosa di esclusiva, benché non possa escludersi che sconti commisurati alle quantità acquistate o alla natura del compratore (es.: grossista o piccolo distributore) possano in concreto produrre effetti anticompetitivi.¹⁸¹ Con scarsa coerenza, tuttavia,

¹⁷⁷ Howell – Wolff – Howe – Oh (2009), p. 73.

¹⁷⁸ Il riferimento è ancora a “*United Brands*”, *cit.*

¹⁷⁹ L'ordinamento statunitense, invece, limita il concetto di discriminazione alla discriminazione sul prezzo; v. *Texaco vs. Hasbrouck*, 496 U.S. 543 (1990), e *FTC vs. Anheuser-Busch*, 363 U.S. 536 (1960).

¹⁸⁰ Art. 16 *Regolamento prezzi CSNR*.

¹⁸¹ In questo senso si è espressa la Corte Suprema statunitense nel caso *Texaco vs. Hasbrouck*, *cit.*, affermando che, qualora un cliente paghi per lo stesso bene una somma notevolmente più alta dei suoi concorrenti, sorge una presunzione di anticoncorrenzialità della discriminazione; la presunzione, tuttavia, viene meno e tocca all'attore dimostrare nello specifico gli effetti anticoncorrenziali prodotti dalla pratica discriminatoria, quando la differenza di prezzo è dovuta all'applicazione di “*functional discounts*”, di sconti legati, cioè, ad un effettivo risparmio di costi per l'impresa che li concede o ad una specifica attività di promozione dei prodotti realizzata dall'impresa acquirente.

5. Abusi di posizione dominante

gli sconti “quantità” sono inseriti nell’elenco delle possibili condizioni discriminatorie formulato dall’ASIC.¹⁸² Volendo dare preferenza al dato letterale e ritenere che gli sconti “quantità” siano di competenza dell’ASIC, si deve, dunque, ammettere che la CSNR conserva un potere assolutamente ridotto in materia di pratiche discriminatorie, considerato che gli sconti fidelizzanti sono già puniti da un’apposita disposizione del *Regolamento prezzi CSNR*.¹⁸³ A questo già ristretto ambito di competenza va ulteriormente strappata l’ipotesi del *margin squeeze*,¹⁸⁴ la quale, pur rientrando nell’ampio *genus* delle condotte discriminatorie, viene classificata dal regolatore all’interno della tipologia del rifiuto a contrarre.¹⁸⁵ In conclusione, la CSNR potrà intervenire ai sensi dell’articolo 17, n. (6), legge antimonopoli quando, con modalità diverse dalla previsione di sconti fedeltà e sconti “quantità”, l’impresa dominante attui delle riduzioni di prezzo a favore di alcuni soltanto dei suoi clienti, determinando un pregiudizio alla concorrenza di secondo livello.

Rispetto alle fattispecie discriminatorie diverse da quelle di prezzo, il *Regolamento abusi ASIC*¹⁸⁶ esemplifica molte delle condizioni che l’impresa dominante può imporre per modellare il rapporto in senso discriminatorio per la propria controparte. Anche in questo caso il divieto deve considerarsi avere una funzione residuale rispetto alle ipotesi previste dagli articoli 4 e 6 del medesimo regolamento. Difatti, quando l’operatore dominante è un’impresa verticalmente integrata la predisposizione di clausole discriminatorie può essere intesa come una forma di *constructive refusal to deal*,¹⁸⁷ similmente, clausole, il cui contenuto sia considerato irragionevolmente gravoso per il cliente dell’impresa, realizzano un abuso di sfruttamento autonomamente punibile anche in assenza di pregiudizio alla

¹⁸² Art. 7, n. (2), *Regolamento abusi ASIC*.

¹⁸³ Art. 14 *Regolamento prezzi CSNR*.

¹⁸⁴ Cfr. *supra* § 3.3.

¹⁸⁵ V. art. 13 *Regolamento prezzi CSNR*.

¹⁸⁶ Art. 7 *Regolamento abusi ASIC*. Le modalità previste dal regolamento attraverso si può realizzare una pratica discriminatoria non di prezzo sono: “(1) L’offerta di volumi di scambio, di proprietà e di quantità del prodotto differenti; (2) l’offerta di condizioni preferenziali differenti, quali differenti sconti basati sulla quantità acquistata; (3) l’applicazione di diversi metodi di pagamento e modalità di consegna; (4) l’applicazione di diverse condizioni per i servizi post-vendita, come differenti servizi in garanzia e periodi di garanzia, diversi interventi di manutenzione e periodi di manutenzione, differenti forniture di parti separate e differenti istruzioni tecniche”.

¹⁸⁷ Cfr. *supra* § 3.3.

concorrenze nel mercato a valle.¹⁸⁸

In generale, da quanto detto deve riconoscersi che in materia degli abusi discriminatori è particolarmente sentita la necessità un intervento delle autorità cinesi per precisare l'ambito di operatività delle norme e definirne più chiaramente i confini rispetto alle altre ipotesi di abusi.

4.– Abuso dei diritti di proprietà intellettuale

4.1 Il delicato rapporto tra diritto antitrust e diritto della proprietà intellettuale

Con una disposizione di principio posta in fine alla legge antimonopoli, il legislatore si propone di regolare i rapporti tra due settori dell'ordinamento autonomi, ma da sempre destinati a relazionarsi tra loro: il diritto della concorrenza ed il diritto della proprietà intellettuale. L'incontro/scontro tra questi due sistemi normativi è inevitabile, garantendo l'uno la remunerazione degli sforzi creativi di un'impresa, tramite il riconoscimento della possibilità di estrarre profitti monopolistici dal mercato, e prevenendo l'altro la formazione di ingiustificate limitazioni all'offerta in danno dei consumatori. Un sistema della concorrenza moderno, tuttavia, ammette delle restrizioni temporanee alla libertà di impresa per incoraggiare lo sviluppo tecnologico e migliorare il benessere sociale, così rivelando una fondamentale comunanza d'intenti con il diritto della proprietà intellettuale.¹⁸⁹ Ad essere controverse sono le modalità con le quali realizzare il temperamento tra queste discipline ed il dibattito sul punto è lungi dall'aver raggiunto una conclusione.

L'articolo 55 della legge risente della complessità del confronto che si consuma alle sue spalle e più che prendere una posizione netta sulla questione, esso pone un problema, declinandolo secondo la dialettica uso/abuso del diritto: è legittimo lo sfruttamento dei diritti di proprietà intellettuale (di seguito, DPI) attuato in conformità alle leggi ed ai regolamenti in materia; quando, però, si abusa delle prerogative concesse da questi diritti, la legge antimonopoli si impegna ad

¹⁸⁸ Cfr. *supra* § 3.6. Si consideri, però, il carattere apparentemente tassativo delle modalità di discriminazione indicate dall'art. 7 del regolamento rispetto alla struttura esemplificativa dell'analogo elenco dell'art. 6.

¹⁸⁹ Areeda – Kaplow – Edlin (2004), p. 343; Kaplow (1984).

5. Abusi di posizione dominante

intervenire per scongiurare l'eliminazione o il restringimento della concorrenza. Pari dignità va dunque riconosciuta al diritto antitrust ed al diritto della proprietà intellettuale, le cui esclusive non devono essere interpretate come eccezioni ad un regime di libera concorrenza,¹⁹⁰ ma quale necessario completamento della disciplina del mercato.

L'impostazione scelta è sicuramente corretta. La protezione dei DPI non è più giustificata ove, per l'uso che il titolare ne faccia, essi finiscano per porsi in contrasto con l'obiettivo dello sviluppo tecnologico, ostacolando la concorrenza tra le imprese. La prospettiva è la medesima suggerita dal diritto del WTO, che indica nell'abuso dei diritti di esclusiva il confine oltre il quale gli Stati sono legittimati ad intervenire per circoscrivere le prerogative dei titolari dei diritti.¹⁹¹

È senz'altro apprezzabile la decisione di introdurre una disposizione di portata generale nella legge e di non lasciare alla regolamentazione amministrativa o alla prassi il compito di definire l'orientamento di fondo che guiderà le relazioni tra il diritto antitrust ed il diritto della proprietà intellettuale. Il modello di riferimento dietro questa scelta è, questa volta, quello giapponese¹⁹² e, in effetti, una disposizione analoga non si ritrova né in Europa né negli Stati Uniti, dove si predilige un approccio eminentemente casistico, che si sofferma unicamente sulle ipotesi più ricorrenti in cui lo sfruttamento dei DPI può porsi in contrasto con gli obiettivi della concorrenza.¹⁹³

Di riflesso la necessaria genericità che si accompagna ad un'enunciazione di

¹⁹⁰ Qualifica espressamente i DPI come eccezioni alle norme della concorrenza Z. Wu (2008), p. 96.

¹⁹¹ V. "Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights" (TRIPS), Allegato 1C all'Accordo che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio del 15 aprile 1994. Art. 8, par. 2: "Appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement, may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology". Art. 40, par. 2: "Nothing in this Agreement shall prevent Members from specifying in their legislation licensing practices or conditions that may in particular cases constitute an abuse of intellectual property rights having an adverse effect on competition in the relevant market. As provided above, a Member may adopt, consistently with the other provisions of this Agreement, appropriate measures to prevent or control such practices, which may include for example exclusive grantback conditions, conditions preventing challenges to validity and coercive package licensing, in the light of the relevant laws and regulations of that Member".

¹⁹² Cfr. "Legge sul divieto degli atti di monopolizzazione privata e sulla protezione dell'equo commercio", legge n. 94 del 14 aprile 1947, § 21; consultabile, in inglese, su http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/amended_ama09/index.html.

¹⁹³ In Europa cfr. Reg. (UE) 1217/2010; Reg. (CE) 772/2004; *Orientamenti della Commissione sulle restrizioni verticali*. Negli Stati Uniti cfr. le "Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property", pubblicate dal DOJ, il 6 aprile 1995 ["IP Guidelines"]; testo consultabile su <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.htm>.

principio ha suscitato grande apprensione per l'ampia discrezionalità con cui le autorità antitrust cinesi possono interpretare il precetto legislativo e per la possibilità offerta alle società convenute nei giudizi di contraffazione di eccepire l'abuso di DPI per dilatare i tempi del procedimenti ed indurre il titolare dell'esclusiva a trovare un accordo transattivo. È vero, d'altronde, che le precedenti versioni della norma riconoscevano una protezione più estesa all'esercizio dei DPI e che soltanto in ultima battuta il legislatore si è orientato nel senso di una formulazione più sfumata.¹⁹⁴ Nel prosieguo del presente paragrafo si tenterà, dunque, di precisare il significato della previsione legislativa sulla base delle altre disposizioni in precedenza analizzate e dell'emanando regolamento sull'abuso di DPI, di cui al momento è stata fatta circolare la sesta versione non definitiva ("*Bozza regolamento DPI*")¹⁹⁵.

4.2 Ambito operativo della disposizione

Per la sua collocazione sistematica, è evidente che l'articolo 55 informa ogni settore del diritto antitrust cinese, non dovendo farsi trarre in inganno dal termine "abuso" ("*lanyong*") utilizzato nella disposizione. In materia di intese la questione è già stata analizzata sotto il profilo dei possibili effetti restrittivi derivanti dagli accordi di trasferimento di tecnologia¹⁹⁶ e non è escluso che la confluenza di una pluralità di privative nelle mani di una stessa impresa possa ingenerare preoccupazioni in ordine ad un loro utilizzo abusivo tali da influenzare la valutazione di un'operazione di concentrazione. Tuttavia, è nell'ambito degli abusi di posizione dominante che sorgono alcune delle questioni più complesse e significative per tracciare un quadro dei rapporti tra antitrust e proprietà intellettuale.

Per prima cosa si esclude l'applicazione della legge antimonopoli a quelle modalità di esercizio dei DPI che avvengono "*nel rispetto delle leggi e dei regolamenti in materia di diritti di proprietà intellettuale*". Il diritto cinese non contiene una definizione di proprietà intellettuale ("*zhishi chan*"), ma è opinione

¹⁹⁴ Harris – Ganske (2008), p. 218.

¹⁹⁵ Cit. *supra* Cap. IV, § 2.4. Le diverse bozze sino ad oggi fatte circolare sono state redatte dall'ASIC su indicazione della Commissione Antimonopoli. Bisognerà vedere quale delle due autorità adotterà il regolamento al termine delle consultazioni, perché soltanto nel caso in cui ad emanarlo sia la Commissione Antimonopoli, il regolamento sarà vincolante per tutte le tre le autorità che compongono l'ARALA.

¹⁹⁶ V. *supra* Cap. IV, §§ 2.4 e 4.2.

5. Abusi di posizione dominante

comune¹⁹⁷ che con essa ci si intenda riferire ai diritti oggetto della “*legge sui marchi*”¹⁹⁸, della “*legge sui brevetti*”¹⁹⁹ e della “*legge sul copyright*”²⁰⁰ nonché ai regolamenti amministrativi che riconoscono tutela a nuove creazioni intellettuali (*software*, nuove varietà vegetali, etc.).²⁰¹ È bene precisare che per regolamenti amministrativi (“*xingzheng fagui*”) si intendono esclusivamente gli atti normativi generali adottati dal Consiglio di Stato e non dunque le disposizioni amministrative emanate dai singoli ministeri.²⁰² Pertanto se anche una determinata condotta è considerata legittima da un regolamento dell’ARALA, ciò non esonererà la stessa dall’applicazione delle norme antitrust.²⁰³

Subito dopo si chiarisce che l’esenzione viene meno quando le imprese “*eliminano o restringono la concorrenza abusando dei loro diritti di proprietà intellettuale*”. Sono due, a questo punto, le possibili letture della norma. Secondo una prima ricostruzione ogni condotta, in quanto conforme alle disposizioni sulla proprietà intellettuale, sarebbe di conseguenza esentata dai divieti antitrust; per cui soltanto in caso di accertata violazione della normativa in materia di proprietà intellettuale si potrà considerare se la condotta elimina o restringe la concorrenza.²⁰⁴ Una tale interpretazione, però, rischia di concedere una eccezione generalizzata a favore dei titolari di DPI, in quanto la logica proprietaria su cui è tradizionalmente

¹⁹⁷ V. Jacobs – X. Zhang (2010), p. 198; nella versione della legge antimonopoli dell’8 aprile 2005, al posto dell’espressione “diritti di proprietà intellettuale”, venivano specificatamente citate la legge sui brevetti, la legge sui marchi e la legge sul *copyright*; v. Harris – Ganske (2008), p. 218.

¹⁹⁸ *Zhonghua renmin gongheguo shangbiao fa* (Legge sui marchi della RPC), emanata il 23 agosto 1982, da ultimo modificata il 30 agosto 2013, in vigore dall’1 maggio 2014; testo consultabile, in inglese, su <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=13195>.

¹⁹⁹ *Zhonghua renmin gongheguo zhuanli fa* (Legge sui brevetti della RPC), emanata il 12 marzo 1984, da ultimo modificata il 27 dicembre 2008; testo consultabile, in inglese, su http://english.sipo.gov.cn/laws/lawsregulations/201101/t20110119_566244.html.

²⁰⁰ *Zhonghua renmin gongheguo zhuzuoquan fa* (Legge sul *copyright* delle RPC), emanata il 7 settembre 1990, da ultimo modificata il 26 febbraio 2010; testo consultabile, in inglese, su <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6062>.

²⁰¹ Tra le normative più importanti si ricordano il “*Regolamento della RPC sulla protezione del computer software*”, del 20 dicembre 2001, da ultimo modificato il 30 gennaio 2013, testo consultabile, in inglese (a pagamento), su [http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=12562&lib=law](http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=12562&lib=law;); “*Regolamento sulla protezione delle topografie di circuiti integrati*”, del 2 aprile 2001, entrato in vigore l’1 ottobre 2001, testo consultabile, in inglese, su <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=842>; “*Regolamento della RPC sulla protezione delle nuove varietà vegetali*”, del 10 gennaio 1997, da ultimo modificato il 31 gennaio 2013, testo consultabile, in inglese (a pagamento), su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=12561&lib=law>; “*Regolamento sulla protezione delle arti e dei mestieri tradizionali*”, del 20 maggio 1997, consultabile, in inglese, su <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=7788>.

²⁰² Cfr. legge sulla legislazione, artt. 56 ss.

²⁰³ M. Cohen (2012).

²⁰⁴ In questo senso sembrano orientati Harris – Ganske (2008), p. 218.

modellata la disciplina di questi diritti porta a prevedere un numero estremamente esiguo di limiti intrinseci all'esercizio dei poteri di esclusiva.

Sembra preferibile, piuttosto, aderire alla tesi che ritiene che sia unico il criterio di individuazione di un abuso dei DPI, affermando la responsabilità antitrust dell'impresa tutte le volte in cui il loro sfruttamento, seppure legittimo, si ponga in contrasto con le disposizioni della legge antimonopoli.²⁰⁵ È intuitiva, d'altronde, la considerazione che anche negli ordinamenti dei paesi sviluppati, comportamenti che ricadono nella sfera delle prerogative del titolare possono finire sotto la scure dell'intervento antitrust.²⁰⁶ Negli Stati Uniti si è ormai da tempo imposta la *rule of reason* nella valutazione delle pratiche restrittive adottate dai privati²⁰⁷ ed in Europa, tutte le volte in cui la Corte si è determinata a concedere una licenza obbligatoria per violazione delle disposizioni sulla concorrenza, la condotta delle imprese era da considerarsi inappuntabile sotto il profilo del rispetto delle norme di proprietà intellettuale.²⁰⁸

4.3 Abusi di posizione dominante e proprietà intellettuale

Può considerarsi assodato che l'abuso di DPI non costituisce un autonomo istituto del diritto antitrust, ma che esso debba essere letto in combinato disposto con le norme sugli accordi, sugli abusi e sulle concentrazioni, perché sono queste le uniche tre forme di "condotte monopolistiche" di cui la legge del 2007 si occupa.²⁰⁹ Nel prosieguo della trattazione bisognerà, dunque, soffermarsi sul rapporto tra l'articolo 55 e le disposizioni relative agli abusi di posizione dominante.

La prima questione riguarda la definizione del mercato rilevante ed occorre domandarsi se un'impresa titolare di un diritto di esclusiva per ciò stesso detenga un potere di mercato. La risposta che ci si dà è normalmente negativa, perché il

²⁰⁵ X. Yang (2011).

²⁰⁶ M. Cohen (2012).

²⁰⁷ Il precedente *United States vs. General Electric Co.*, 272 U.S. 476 (1926) adottò una regola assai formalistica per cui qualsiasi atto di sfruttamento del brevetto che non fosse per sua natura illegittimo non poteva essere contestato in sede giurisdizionale. L'autorità di "*General Electric*" non è stata espressamente disconosciuta dalla Corte Suprema, ciò malgrado essa è stata notevolmente marginalizzata a favore di un approccio più problematico all'analisi delle restrizioni realizzate tramite lo sfruttamento di DPI; v. *United States vs. Gypsum Co.*, 340 U.S. 76 (1950); *United States vs. Line Material Co.*, 333 U.S. 287 (1948), in cui quattro giudici su nove si erano espressi a favore di un esplicito overruling di "*General Electric*".

²⁰⁸ Cfr. i casi "*Microsoft*", cit.; C-418/01, *MS Health GmbH & Co. OHG e NDC Health GmbH & Co. KG c. Commissione* ("*IMS*"); cause riunite C-241 e 242/91, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd c. Commissione* ("*Magill*").

²⁰⁹ Art. 3 legge antimonopoli.

5. Abusi di posizione dominante

monopolio legale conferito limitatamente ad un singolo prodotto è anche un monopolio economico esclusivamente ove l'impresa non soffra la concorrenza di prodotti sostituti.²¹⁰ La legge antimonopoli, da canto suo, considera la titolarità di DPI uno degli elementi da cui ricavare l'esistenza di un potere di mercato,²¹¹ ma non consente di presumere da essa sola la posizione dominante dell'impresa.²¹²

In secondo luogo, non sembra che l'articolo 55 istituisca una tipologia di abuso ulteriore rispetto a quelle previste dall'articolo 17 né le disposizioni amministrative di attuazione lo considerano tale.²¹³ Voler costruire una categoria di abuso di proprietà intellettuale in cui inserire tutte e solo quelle pratiche che hanno ad oggetto DPI sarebbe, a tacer d'altro, un'operazione artificiosa, che fornirebbe una visione incompleta e distorta delle singole fattispecie.²¹⁴ È, invece, ben possibile che l'ARALA individui nuove ipotesi tipiche per sanzionare forme di sfruttamento abusivo dei DPI non sussumibili nelle disposizioni attuali, come ad esempio con riguardo alla consuetudine delle grandi imprese di inviare lettere di diffida, con minaccia di azioni legali, per condotte manifestate non lesive dei loro diritti di esclusiva.²¹⁵

Per violare la legge antimonopoli la modalità di sfruttamento dei DPI deve integrare una delle ipotesi previste dall'articolo 17, come definite dai regolamenti della CSNR e dell'ASIC; pertanto, il terzo ed ultimo punto consiste nell'individuare il momento in cui il libero esercizio delle prerogative proprietarie si scontra con il divieto di abuso di posizione dominante sul mercato.

Il primo problema, che potremmo definire di ordine sistematico, riguarda la compatibilità degli abusi di sfruttamento con la protezione conferita ai diritti di proprietà intellettuale. Scopo dell'esclusiva, infatti, è permettere al titolare di estrarre profitti monopolistici dallo sfruttamento del tecnologia quale premio per gli investimenti compiuti, mentre gli abusi di sfruttamento impedirebbero all'impresa di

²¹⁰ In Europa la Corte di giustizia si è espressa in questo senso nei casi "*Magill*", *cit.*, e C-78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH c. Metro-SB-Grossmärkte GmbH*. Negli USA v. *Illinois Tool Works Inc. vs. Independent Ink Inc.*, 547 U.S. 28 (2006), in cui si è preso atto che a seguito della modifica della legge sui brevetti non vi era più nessun appiglio testuale per sostenere, come in *Jefferson Parish Hospital District No. 2 vs. Hyde, cit.*, che la titolarità del brevetto facesse presumere l'esistenza di un potere di mercato.

²¹¹ Cfr. art. 18, n. 3, legge antimonopoli.

²¹² Nello stesso senso si esprime la *Bozza regolamento DPI*; v. M. Han – Bird (2013), p. 3.

²¹³ Emch – Hao (2007), p. 12.

²¹⁴ Jones – Sufrin (2011), pp. 780.

²¹⁵ Questo abuso è previsto nell'art. 14 *Bozza regolamento DPI*.

stabilire in maniera pienamente indipendente le condizioni dell'offerta su quello stesso mercato nel quale l'ordinamento gli attribuisce un privilegio esclusivo. Affermare che l'impresa non può praticare prezzi eccessivi significa in un certo senso contraddire la politica di incentivi all'innovazione disegnata da un intero settore dell'ordinamento. Se è vero che la fissazione di prezzi di licenza troppo elevati rischia di rallentare lo sviluppo di innovazioni derivate e dei mercati collegati a quello in cui opera il titolare della privativa,²¹⁶ non va dimenticato che sempre il titolare ha un interesse alla diffusione del proprio prodotto ed alla creazione di mercati di beni derivati ed ausiliari che accrescono l'attrattività del bene principale, sicché stabilire una soglia di tolleranza dei prezzi praticati significherebbe sostituirsi alle scelte commerciali razionalmente assunte dall'impresa.

Ad ogni modo, la Corte di giustizia europea ha riconosciuto che anche i prezzi di licenza possono essere considerati “non equi” ai sensi dell'articolo 102, par. 2, lett. a), TFUE,²¹⁷ condannando per tale motivo un'impresa in una recente pronuncia.²¹⁸ Di conseguenza, è improbabile che le autorità antitrust cinesi assumano un atteggiamento più liberale dei loro colleghi europei,²¹⁹ malgrado l'articolo 55 condizioni la rilevanza dell'abuso di DPI all'eliminazione o al restringimento della concorrenza sul mercato, effetto che non può considerarsi sussistente in caso di imposizione di prezzi iniqui, a meno di voler appiattire il significato del termine concorrenza su quello di sviluppo tecnologico.

Parzialmente diverso è il discorso per quanto attiene alla previsione di condizioni contrattuali particolarmente gravose per l'impresa licenziataria tanto da essere qualificabili come irragionevoli ai sensi dell'articolo 17, n. (5), legge antimonopoli. Si è visto che in materia di contratti di trasferimento di tecnologie sono molti gli assetti contrattuali ritenuti restrittivi dello sviluppo tecnologico²²⁰ ed è certo che quelle clausole che verranno ritenute anticompetitive ai sensi della

²¹⁶ X. Yang (2011). Per una tesi intermedia v. Cramer (2008), p. 37, secondo cui un abuso di prezzi eccessivi sarebbe ipotizzabile tutte le volte in cui l'impresa dominante pregiudica le imprese che operano su un diverso mercato.

²¹⁷ Cfr. T-198/98, *Micro Leader Business c. Commissione*; C-238/87, *Volvo AB c. Erik Veng (UK) Ltd.*; C-53/87, *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli (CICRA) e Maxica c. Régie nationale des usines Renault*.

²¹⁸ Caso “DSD”, *cit.*

²¹⁹ La mancata indicazione dell'abuso dei prezzi iniqui tra le ipotesi disciplinate dalla *Bozza regolamento DPI*, non ha alcun rilievo, visto che questa non rientra nella competenza dell'ASIC, che è l'autorità che al momento sta redigendo le varie bozze del futuro regolamento.

²²⁰ Cap. IV, § 2.4.

5. Abusi di posizione dominante

disciplina degli accordi a maggior ragione saranno vietate se imposte da un'impresa in posizione dominante.²²¹ Ancora una volta l'esempio per le autorità cinesi sarà quello del modello europeo, che in quest'ambito si dimostra molto più intransigente rispetto all'ordinamento statunitense.²²²

Nessuna opposizione in linea di principio può invece muoversi alla punibilità di quegli abusi con finalità escludente da cui derivano effetti restrittivi in un mercato differente rispetto a quello in cui l'impresa esercita i propri diritti. Spetta poi ad ogni singolo ordinamento, conformemente alle proprie scelte di fondo di politica antitrust, tracciare la linea di demarcazione del lecito operare delle imprese, intervenendo più o meno aggressivamente a sovvertire le decisioni assunte dall'impresa in ordine allo sfruttamento dei propri diritti di esclusiva.²²³

Prendendo in esame il rifiuto a contrarre si giunge subito al cuore del problema, perché è il potere di escludere gli altri, prima ancora di quello di sfruttare la privativa, la principale delle prerogative riconosciute al titolare. In via di principio, gli operatori del mercato non possono avanzare alcuna legittima pretesa all'utilizzo della creazione protetta, ma in alcuni casi si può sostenere che il rifiuto opposto dal titolare ostacoli lo sviluppo della concorrenza e che sia quindi necessario obbligare quest'ultimo a concedere una licenza. Il tema è tra i più dibattuti tra gli studiosi del diritto antitrust e negli ultimi anni si è assistito ad una crescente divaricazione sul punto tra il diritto europeo e quello statunitense. Quest'ultimo ha oramai relegato la concessione di una licenza obbligatoria per contrarietà alle norme della concorrenza ad un'eventualità del tutto marginale;²²⁴ al contrario, la giurisprudenza europea ha consolidato un orientamento in base al quale si attribuisce alle autorità antitrust il potere di ordinare, seppure in "circostanze eccezionali", la licenza dei DPI quando questi si rivelino indispensabili per la realizzazione di un prodotto nuovo ed il rifiuto del titolare crei una restrizione alla concorrenza senza che egli abbia una valida

²²¹ L'art. 10 *Bozza regolamento DPI* considera in ogni caso abusi, salvo giustificato motivo, s'intende, l'inclusione negli accordi di licenza di clausole di non contestazione dei DPI, clausole di retro licenza dei perfezionamenti di tecnologia, obblighi di non concorrenza o di versamento di *royalty* per il periodo successivo alla scadenza del diritto.

²²² Cfr. Reg. (CE) 772/2004, art. 5. Negli Stati Uniti, al contrario, le *IP Guidelines* affermano che gli obblighi di retro licenza hanno il più delle volte effetti pro competitivi.

²²³ Jacobs – X. Zhang (2010), pp. 184–185.

²²⁴ V. caso "*Trinko*", *cit.*, in cui si afferma che l'imposizione di un obbligo a contrarre al titolare di un'esclusiva "*is at or near the outer boundary of § 2 liability*".

ragione per farlo.²²⁵

In Cina il recepimento della *essential facility doctrine* è un chiaro segnale della volontà di apprestare un rimedio generale agli ingiustificati dinieghi, diretti o indiretti, dell'operatore in posizione dominante.²²⁶ Per potersi applicare ai casi di abuso dei DPI, la disposizione dell'articolo 4 *Regolamento abusi ASIC* deve però essere specificata e sperabilmente ridotta nella sua portata per tenere conto delle particolari esigenze connesse alla tutela dei diritti di esclusiva. Dalla *Bozza regolamento DPI* si apprende che questo progetto è effettivamente in corso e che il rifiuto di concedere una licenza può essere considerato illegittimo se lo sfruttamento dei DPI è essenziale per competere sul mercato rilevante, non potendosi anche di fatto fare a meno, se il mancato sfruttamento da parte di altre imprese rende queste ultime meno efficienti sul mercato e se, infine, il rifiuto produce un effetto negativo sul mercato, impedendo il soddisfacimento della domanda dei consumatori.²²⁷ In generale, inoltre, l'impresa dominante non deve avere agito in maniera discriminatoria o iniqua, pur conservando la possibilità di fornire una giustificazione obiettiva alla propria condotta.²²⁸

Bisogna ammettere che i tre requisiti cumulativi disegnati dalla norma in cantiere sono abbastanza vaghi. È inevitabile, infatti, che il rifiuto opposto dal titolare riduca l'efficienza delle altre imprese, costringendole a competere con beni tecnologicamente arretrati o, altrimenti, ad investire nella ricerca di soluzioni alternative, nel quale ultimo caso sarà pressoché impossibile riuscire a prevedere se l'indipendente azione di ricerca inventiva produrrà risultati migliori e più redditizi per l'impresa che ha subito il rifiuto. Non è chiaro, inoltre, quale sia il "mercato

²²⁵ Cfr. le già citate pronunce "*Microsoft*", "*IMS*" e "*Magill*". In "*Microsoft*" il concetto di "prodotto nuovo" è stato astratto fino ad identificarlo con il risultato meramente ipotetico di un futuro sviluppo tecnologico di cui il comportamento di *Microsoft* avrebbe impedito la realizzazione; v. Anderman (2009). È pure vero che in "*Microsoft*", a differenza dei due casi precedenti e similmente ad *Aspen Skiing Co. vs. Aspen Highlands Skiing Corp., cit.*, in cui la Corte Suprema ha riconosciuto l'esistenza di un obbligo a contrarre, l'impresa aveva revocato la sua precedente licenza ad operatori che erano già sul mercato e che improvvisamente si erano trovati nella impossibilità di continuare a competere e sviluppare i propri prodotti. Visti gli effetti distruttivi della concorrenza riconducibili ad un'interruzione della fornitura è probabile che in questi casi le Corti siano maggiormente disponibili a concedere una licenza obbligatoria rispetto ai casi in cui il rifiuto del titolare impedisca l'accesso al mercato di una nuova impresa.

²²⁶ Cfr. *supra* § 3.3.

²²⁷ Art. 8 *Bozza regolamento DPI*.

²²⁸ La possibilità di dedurre una giustificazione di carattere pro competitivo non è espressamente prevista dalla *Bozza regolamento DPI*, ma si ricava direttamente dall'art. 17, n. (3), legge antimonopoli; *contra* M. Han – Bird (2013), p. 4.

5. Abusi di posizione dominante

rilevante” nel quale la concorrenza non deve essere impedita dal rifiuto a contrarre; se questo, cioè, sia lo stesso in cui opera il titolare o se sia un altro a quest’ultimo collegato. Ad ogni modo, è sicuramente preferibile ritenere che l’impresa non debba essere obbligata a concedere lo sfruttamento del proprio diritto di privativa ad un possibile concorrente diretto, perché ciò significherebbe svuotare di significato il riconoscimento di un’esclusiva. Diversamente, quando il rifiuto si traduce, di fatto, in un effetto di monopolizzazione di un mercato diverso rispetto a quello del bene protetto, allora è ragionevole ammettere la possibilità di misure autoritative per circoscrivere il potere indebitamente acquisito dal titolare della privativa.

Un’ulteriore pratica che le grandi imprese mettono spesso in atto è quella di condizionare la concessione di diritti di esclusiva essenziali all’acquisto di prodotti o di altre licenze che essenziali non sono e per i quali vi è una domanda distinta. Le licenze abbinata, al pari di ogni altra pratica di *tying*, creano un effetto di chiusura nel mercato del bene abbinato, ma possono anche produrre incrementi di efficienza qualora assicurino un utilizzo tecnicamente più appropriato del bene principale, garantiscano una resa qualitativamente superiore del prodotto ovvero permettano di ridurre i costi di amministrazione come nel caso delle società di gestione collettiva dei diritti di autore.²²⁹ Per questo motivo gli ordinamenti antitrust occidentali optano per una valutazione improntata alla *rule of reason*, che tenga conto delle conseguenze positive e negative discendenti da tali accordi.²³⁰

La *Bozza regolamento DPI* pare dare seguito a questo indirizzo elencando l’abbinamento delle licenze tra le possibili condotte abusive di un’impresa in posizione dominante.²³¹ Il fatto, poi, che nell’ultima versione del regolamento sia stata eliminata la previsione che riconosceva il dovere dell’ASIC di valutare gli effetti concreti della condotta di *tying* non implica, a parere di chi scrive, la volontà di punire *per se* le pratiche leganti nei DPI, in disaccordo con la prassi dominante a

²²⁹ Burchfiel (1991).

²³⁰ Cfr. le “*Linee direttrici sull’applicazione dell’articolo 81 del trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia*” (2004), G.U. C 101/02, §§ 190–195, che elencano gli effetti pro ed anti competitivi delle pratiche di abbinamento delle licenze. Negli Stati Uniti la regola generale, esplicitata in materia di brevetti, è nel senso dell’illiceità delle licenze abbinata; v. *Morton Salt Co. vs. G. S. Suppiger Co.*, 312 U.S. 488 (1942), e *American Security Co. vs. Shatterproof Glass Corp.*, 268 F.2d 769 (3rd Cir.), *cert. denied*, 361 U.S. 902 (1959); tuttavia non mancano casi in cui la pratica è stata consentita dalle Corti, v. *U.S. Philips Corp. vs. International Trade Commission*, 424 F.3d 1170 (Fed. Circ. 2005), *cert. denied*, 120 S. Ct. 2899 (2006), e *Broadcast Music vs. Columbia Broadcasting System*, 441 U.S. 1 (concernente una società di gestione collettiva del *copyright*).

²³¹ Art. 9 *Bozza regolamento DPI*.

livello internazionale. La necessità di dimostrare le conseguenze negative dell'abbinamento di licenze trova fondamento nel principio generale per cui ogni pratica abusiva può essere sanzionata solo in quanto non sia giustificabile e nell'articolo 4 della bozza di regolamento, che, in ogni caso di abuso di DPI, impegna l'autorità a verificare egli effetti positivi sull'innovazione da esso scaturenti.²³²

4.4 I rimedi: le licenze obbligatorie

La legge antimonopoli tace, altresì, sui rimedi ammissibili, al fianco delle sanzioni pecuniarie, per contrastare un abuso dei DPI. Non vi è dubbio che l'accordo di licenza contenente clausole ritenute restrittive della concorrenza sia nullo ai sensi della *Interpretazione CSP* e delle disposizioni generali sui contratti²³³ e che le impresa che ritenga di aver subito un danno, anche se parte dell'accordo, può domandare il risarcimento *ex* articolo 50 della legge antimonopoli. Il rimedio certamente più adeguato per molti casi di abuso di posizione dominante è, però, il rilascio di una licenza obbligatoria, di cui né la legge né le disposizioni di attuazione fanno attualmente menzione.

La possibilità di un tale intervento è implicitamente riconosciuta dall'articolo 4 del *Regolamento abusi ASIC*,²³⁴ dal quale è possibile ricostruire, *a contrario*, un dovere dell'impresa in posizione dominante di garantire ad altri operatori lo sfruttamento di una propria risorsa essenziale a condizioni ragionevoli. Nel diritto cinese sono unicamente la legge sui brevetti²³⁵ ed il regolamento sulla protezione delle topografie di circuiti integrati²³⁶ a prevedere il rilascio di una licenza obbligatoria²³⁷ ed in entrambi in casi una delle ragioni può essere la violazione delle norme della concorrenza nello sfruttamento del diritto di esclusiva.²³⁸

²³² Tucker (2013).

²³³ Cfr. *supra* Cap. IV, §§ 1.2 e 2.4.

²³⁴ V. *supra* § 3.3.

²³⁵ Artt. 48–58 legge sui brevetti.

²³⁶ Artt. 25–28 regolamento sulla protezione delle topografie di circuiti integrati.

²³⁷ La licenza obbligatoria è esclusiva e non è ulteriormente trasferibile.

²³⁸ La modifica del 2008 alla legge sui brevetti ha introdotto una seconda ipotesi di rilascio di licenza obbligatoria di brevetto di invenzione o modello di utilità “*quando lo sfruttamento del brevetto da parte del titolare integra una condotta monopolistica secondo la legge e [la concessione di una licenza obbligatoria] ha lo scopo di eliminare o ridurre gli effetti negativi sulla concorrenza derivanti dalla condotta*”. Il regolamento sui circuiti integrati del 2001, invece, si riferisce ancora a pratiche che violano la legge sulla concorrenza sleale, non essendo stato modificato dopo l'entrata in vigore della legge antimonopoli.

5. Abusi di posizione dominante

Ci si deve chiedere, a questo punto, se anche per altri diritti, e segnatamente in materia di *copyright*, possa configurarsi una forma di licenza obbligatoria nell'eventualità in cui l'impresa abusi dei propri DPI restringendo la concorrenza sul mercato. L'emissione di una licenza obbligatoria non rientra tra i rimedi previsti dalla legge sulle sanzioni amministrative, la quale ulteriormente stabilisce anche che i regolamenti amministrativi di attuazione alle singole leggi non possono creare sanzioni diverse da quelle stabilite nella legge.²³⁹ L'*impasse* può essere superato, si ritiene, considerando che la violazione della concorrenza si realizza tramite un comportamento omissivo dell'impresa dominante, che si rifiuta di trasferire il proprio diritto o di farlo a condizioni eque e ragionevoli, dacché l'ordine di cessazione che l'autorità può emanare per porre termine alla condotta anticoncorrenziale²⁴⁰ simmetricamente si trasforma in un comando di *facere* (o meglio di *pati*) consistente nel dovere dell'impresa di accettare lo sfruttamento del proprio diritto da parte di altri operatori nei termini stabiliti dall'autorità.

Quando, diversamente, la licenza obbligatoria è prevista quale rimedio dalla legge disciplinante il diritto di esclusiva, la questione che si pone è quale sia l'autorità competente a rilasciarla. Le leggi in precedenza citate, infatti, individuano tale autorità nell'Ufficio dello Stato per la proprietà intellettuale, il quale, però, manca della conoscenze adeguate per compiere una valutazione circa la contrarietà della condotta del titolare della privativa alle disposizioni sulla concorrenza. Appare, dunque, preferibile che sia l'ARALA o la Corte chiamata a decidere su un caso sollevato da un privato a pronunciarsi sull'obbligo dell'impresa di trasferire le proprie tecnologie, fissandone le condizioni.²⁴¹ Problema opposto, ovviamente, è la capacità di queste ultime autorità di svolgere un esame approfondito, e oltremodo complesso, per stabilire il contenuto di una licenza obbligatoria. Ad ogni modo, considerata la scarsa dimestichezza delle amministrazioni cinesi con gli strumenti dell'analisi economica e gli effetti disincentivanti dell'innovazione derivanti da un'impropria applicazione del rimedio in questione, è immaginabile che nei prossimi

²³⁹ *Zhonghua renmin gongheguo xing zheng chufa fa* (Legge sulle sanzioni amministrative della RPC), del 17 marzo 1996, da ultimo emendata il 21 febbraio 2006, artt. 8–10; consultabile, in inglese, su <http://www.china.org.cn/english/government/207306.htm>.

²⁴⁰ V. art. 46 legge antimonopoli e art. 14 *Interpretazione CSP*.

²⁴¹ Jacobs – X. Zhang (2010), pp. 202–203.

anni si faccia un uso tutt'altro che frequente delle licenze obbligatorie.²⁴²

4.5 Il caso *Huawei c. Interdigital* e le tendenze della politica antitrust cinese nel rapporto con la proprietà intellettuale

Nell'ottobre del 2013 l'Alta Corte del Guangdong si è pronunciata in via definitiva nell'unico caso ad oggi riguardante un abuso di DPI, definendo così la prima battaglia di uno scontro che si sta combattendo su più fronti tra la società statunitense *Interdigital Corp.* e la cinese *Huawei Technologies*.²⁴³ La vicenda si inserisce nel dibattito, vivacissimo negli ultimi anni, concernente le modalità di sfruttamento dei brevetti essenziali per l'implementazione di una *standard* tecnologico ("*standard essential patents*" o *SEPs*), che le imprese sono tenute ad adottare per consentire l'interoperabilità dei propri dispositivi.

Al fine di evitare che l'impresa titolare di *SEPs* possa rivendicare prezzi di licenza ingiustamente elevati, si chiede ai titolari, nel momento in cui un brevetto sta per essere incluso in uno *standard*, di impegnarsi a concedere in licenza i propri DPI a condizioni *RAND* ("*reasonable and non-discriminatory*") ovvero *FRAND* ("*fair reasonable and non-discriminatory*")²⁴⁴ a tutti gli operatori concorrenti e non che intendano sfruttare la tecnologia coperta da esclusiva.²⁴⁵ Qualora questa autorizzazione non venga richiesta o il titolare abbia dolosamente occultato l'esistenza del brevetto pur sapendo che stava per essere incorporato in uno *standard*

²⁴² Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), pp. 368–369; Jacobs – X. Zhang (2010), pp. 213–214.

²⁴³ La sentenza dell'Alta Corte, come la precedente decisione della Corte Intermedia di Shenzhen, non è stata pubblicata per proteggere i segreti industriali delle imprese coinvolte. Alcuni Autori sostengono, però, di aver avuto accesso ad una versione confidenziale della sentenza di appello; v. Sokol – W. Zheng (2013). Della pronuncia di primo grado è comunque possibile leggere una sintesi nella relazione annuale trasmessa da *Interdigital* alla *Security Exchange Commission* USA il 26 febbraio del 2013, pp. 22–23, consultabile su <http://ir.interdigital.com/secfiling.cfm?filingID=1405495-13-10&CIK=1405495>.

²⁴⁴ Sulla difficoltà di calcolare le *royalty* in base di questi generici criteri v. Mariniello (2011).

²⁴⁵ L'Autorità cinese per la standardizzazione (ACS) ha redatto varie versioni preliminari (l'ultima, la terza, è del 2012) di un "*Regolamento per la fissazione di standard brevettuali*", in cui si prevede che le imprese titolari di brevetti che stiano per essere incorporati in uno *standard* devono accettare di trasferire la propria tecnologia gratuitamente ovvero a condizioni *FRAND* (nell'ultima versione è stato eliminata la previsione che voleva che questi prezzi fossero "notevolmente inferiori" a quelli normalmente praticati); nel caso, invece, in cui il titolare rifiuti il proprio consenso, il brevetto non potrà essere inserito nello *standard*; v. Sokol – W. Zheng (2013), pp. 9–13. La bozza dell'ACS sembra essere stata influenzata dalle "*Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*" (2011) della Commissione europea, G.U. C 11/01, § 285. Negli Stati Uniti v. il *White Paper* pubblicato l'8 gennaio 2013 dal DOJ "*Policy Statement on Remedies for Standards-Essential Patents Subject to voluntary F/RAND Commitments*", consultabile su http://www.uspto.gov/about/offices/ogc/Final_DOJ-PTO_Policy_Statement_on_FRAND_SEPs_1-8-13.pdf.

5. Abusi di posizione dominante

tecnologico,²⁴⁶ è sempre più radicata la convinzione che gli operatori interessati allo sfruttamento dei *SEPs* possano ottenere una pronuncia che obblighi il titolare al rispetto di condizioni *FRAND* di licenza²⁴⁷ ed in Cina, già alcuni fa, si esprime in questo senso anche la CSP.²⁴⁸

Nel caso di specie, *Interdigital* era titolare di numerosi brevetti incorporati negli *standard* di telecomunicazione 2G, 3G e 4G e dunque essenziali per le imprese operanti nel campo della telecomunicazione mobili. Nel 2011 *Interdigital* citò *Nokia* e le due società cinesi *Huawei* e *ZTE* davanti alla Corte distrettuale del Delaware e alla *International Trade Commission* (“*ITC*”) degli Stati Uniti, denunciando la violazione dei propri *SEPs*.²⁴⁹ In risposta *Huawei* avviò due procedimenti presso la Corte Intermedia di Shenzhen, accusando *Interdigital* di aver abusato dei propri DPI e chiedendo ai giudici di stabilire le condizioni *FRAND* di licenza per lo sfruttamento dei brevetti detenuti dalla società convenuta.²⁵⁰

La vicenda ha dato modo alle Corti cinesi di cimentarsi con alcuni dei problemi relativi agli abusi di DPI, dando vita alla prima sentenza in assoluto che ha riconosciuto il diritto al rilascio di una licenza obbligatoria per mancato rispetto di

²⁴⁶ È il caso del cd. “*patent ambush*”, di cui si occupa la *Bozza regolamento DPI*, art. 12, qualificando come abusivo tale comportamento quando l’impresa si trovi in posizione dominante sul mercato, abbia partecipato attivamente alla formulazione dello *standard* tenendo segreta la proprietà di un brevetto rilevante e quando si dimostra che, qualora il brevetto fosse stato conosciuto, sarebbe stato adottato uno *standard* differente; v. Tucker (2013). Il *patent ambush* è stato oggetto di una recente indagine da parte della Commissione europea nei confronti di *Rambus*, società titolare di numerosissimi *SEPs* relativi alla tecnologia *DRAM* (“*dynamic random access memory*”), utilizzata all’interno dei *chip* di quasi tutti i dispositivi digitali oggi in commercio, chiusasi nel 2011 con l’accettazione degli impegni presentati dalla società; v. G.U. C 180/09; v. anche Schellingerhout – Cavicchi (2010).

²⁴⁷ Nella UE v. “*Linee direttrici sull’applicabilità dell’articolo 101 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*”, § 291. Di recente negli Stati Uniti una Corte Distrettuale ha determinato, per la prima volta in quel paese, delle condizioni *FRAND* di licenza in *Microsoft Corp. vs. Motorola Inc.*, C10–1823JLR, 2013 WL 2111217 (W.D. Wash. Apr. 25, 2013).

²⁴⁸ “*Lettera di risposta della SPC riguardo la presunta violazione da parte di Chaoyang Xingnuo Co. di un brevetto incluso in uno standard del Ministero delle costruzioni per aver utilizzato tale brevetto richiesto dallo standard*”, del luglio 2008, cit. da Sokol – W. Zheng (2013), p. 13. La risposta, vincolante per le Corti inferiori, prendeva spunto dalla bozza del “*Regolamento per la fissazione di standard brevettuali*” dell’ACS nella versione allora diffusa ed affermava che se un’impresa titolare di *SEPs* avesse partecipato alla realizzazione dello *standard* tecnologico doveva presumersi che essa avesse implicitamente dato il proprio consenso allo sfruttamento a condizioni *FRAND* dei *SEPs* da essa detenuti.

²⁴⁹ Il 28 giugno 2013 l’*ITC* ha emesso un *preliminary ruling* in cui ha respinto le domande di *Interdigital*, non ravvisando alcuna violazione dei suoi brevetti. La *ITC* ha però accettato di riesaminare il caso e la decisione definitiva è attesa nei prossimi mesi; v. <http://essentialpatentblog.com/wp-content/uploads/2013/09/337-TA-800-Notice-of-Commission-Decision-to-Review-Initial-Determination.pdf>.

²⁵⁰ Contro *Interdigital*, *Huawei* ha anche presentato alla Commissione europea una denuncia per abuso di posizione dominante; v. <http://pr.huawei.com/en/news/hw-134791-anti-trustcomplainteuropeancommissioninterdigitalp.htm#.UqXJWY3Tpoo>.

termini *FRAND* da parte del titolare dei brevetti.²⁵¹

Soffermandosi su quelle parti del pronunciamento riguardanti l'abuso di posizione dominante, la prima questione che occorre esaminare è relativa alla definizione del mercato rilevante. *Interdigital* è stata considerata in posizione dominante in virtù della semplice titolarità dei *SEPs* perché la Corte ha ritenuto che il mercato si identificasse con ogni singola tecnologia oggetto di brevetto su cui il convenuto esercitava un diritto esclusivo. L'affermazione non è stata il risultato di un'analisi approfondita delle condizioni di mercato, ma è sembrata basarsi esclusivamente sulla considerazione del carattere insostituibile dei *SEPs*. Per tale motivo il risultato cui giunge la Corte appare eccessivamente semplicistico ed incoerente con la prassi che si è visto essersi sviluppati in altri paesi nonché con la regola recepita nella *Bozza regolamento DPI*, le quali vogliono che non si possa presumere una posizione dominante dalla semplice titolarità di un diritto di privativa.²⁵²

Accertata la posizione dominante di *Interdigital*, questa è stata sanzionata per aver abusato della titolarità dei propri *SEPs*, stabilendo un prezzo di licenza decine di volte superiore rispetto a quello pagato dai principali concorrenti di *Huawei*, e per avere altresì richiesto alla società cinese di acconsentire allo sfruttamento a titolo gratuito di tutti i suoi brevetti.²⁵³ È interessante evidenziare come il fondamento dell'obbligo di licenza a condizioni *FRAND* sia stato rinvenuto nell'impegno in tal senso in precedenza assunto da *Interdigital* nei confronti dell'Istituto europeo per gli *standard* nelle telecomunicazioni ("*ETSP*").²⁵⁴ I giudici del Guangdong hanno, inoltre, stabilito che la società convenuta aveva illecitamente legato la vendita dei propri *SEPs* ad altri brevetti non essenziali per l'implementazione della tecnologia di comunicazione e, nonostante avessero in astratto riconosciuto i possibili effetti pro

²⁵¹ A fronte della richiesta di *Interdigital* di una *royalty* del 2% su ogni dispositivo venduto, l'Alta Corte del Guangdong ha riconosciuto alla convenuta lo 0,019% del prezzo di vendita di ogni prodotto di *Huawei* che incorpora i *SEPs* di proprietà di *Interdigital*. Manca, però, nella decisione qualsiasi indicazione in merito al procedimento seguito per arrivare a questo risultato ed alle ragioni per cui una *royalty* del 0,019% sia stata considerata equa, ragionevole e non discriminatoria, visto che è ben al di sotto del prezzo praticato per *SEPs* equivalenti nell'industria delle telecomunicazioni; v. Greenfield – Schneider – Mueller (2013), p. 53, e Sokol – W. Zheng (2013), pp.16–17.

²⁵² Cfr. *supra* § 4.3.

²⁵³ La Corte ha calcolato che una la *royalty* offerta ad *Huawei* era cento volte più alta di quella pagata da *Apple* e dieci volte rispetto a quella dovuta da *Samsung*; v. Sokol – W. Zheng (2013), p. 17.

²⁵⁴ *Id.*, p.16.

5. Abusi di posizione dominante

competitivi delle strategie di *bundling*,²⁵⁵ essi hanno ritenuto che nel caso concreto la condotta di *Interdigital* non avesse altro obiettivo che quello di ostacolare la concorrenza nel settore delle telecomunicazioni. Del pari abusivo, da ultimo, è stata giudicata la decisione di *Interdigital* di avviare i due procedimenti per contraffazione negli Stati Uniti, mentre tra le due società erano ancora in corso le trattative.²⁵⁶

“*Huawei c. Interdigital*” segna certamente un passo fondamentale nell’affermazione del diritto antitrust cinese sulla scena mondiale e rappresenta un precedente di cui tutte le imprese operanti nel campo delle nuove tecnologie dovranno tenere conto. Nel merito, tuttavia, la pronuncia non convince per la superficialità con cui è stata condotta l’analisi del mercato rilevante e dei termini della licenza obbligatoria²⁵⁷ come anche per la brusca presa di distanza dei giudici dagli orientamenti ben più cauti assunti dalle autorità antitrust dei paesi occidentali e cui abbiamo visto in larga parte conformarsi le disposizioni che l’ASIC si appresta ad adottare. Imprudente, inoltre, è il riferimento che la Corte fa, nel corso della motivazione, al numero di lavoratori impiegati da *Huawei* rispetto ad *Interdigital* e la sottolineatura che solo la prima è un’impresa impegnata nella fabbricazione di beni.²⁵⁸ Malgrado le conclusioni non si richiamano a questi fatti, è concreto il sospetto che la decisione finale dei giudici possa essere stata influenzata dal maggior peso rivestito dell’attore nell’economia cinese.²⁵⁹

Rischia, insomma, di aversi una netta divaricazione tra le intenzioni palesate dal legislatore e l’atteggiamento assai più invasivo seguito della giurisprudenza. In un contesto di malcelata diffidenza degli operatori stranieri nell’imparzialità dell’operato delle istituzioni cinesi, soluzioni poco misurate da parte delle autorità possono avere un effetto straordinariamente disincentivante degli investimenti stranieri nel paese asiatico.

D’altro lato, è un fatto che in Cina serpeggi ancora una diffusa intransigenza

²⁵⁵ M. Han – Bird (2013), p. 4.

²⁵⁶ Per questi motivi *Interdigital* è stata condannata a risarcire a *Huawei* CNY20 milioni (€2,5 milioni ca.).

²⁵⁷ Cfr. Sokol – W. Zheng (2013), pp. 14–15, che paragonano le poche pagine della sentenza cinese con le oltre 200 dell’*opinion* del giudice Robart nel caso *Microsoft Corp. vs. Motorola Inc.*, *cit.*

²⁵⁸ Nella decisione si riferisce che *Huawei* deteneva oltre 17.765 brevetti, aveva presentato oltre 49.000 altre domande di brevetto e impiegava 51.000 dipendenti solo nel settore della ricerca e sviluppo; *Interdigital*, invece, aveva 19.000 tra brevetti e domande di brevetto ed impiegava “appena” 200 dipendenti nel settore della ricerca e sviluppo.

²⁵⁹ *Id.*, pp. 17–18.

per i comportamenti delle multinazionali straniere,²⁶⁰ che si riflette in una tutela spesso assai carente dei loro DPI.²⁶¹ Non va dimenticato, tuttavia, che le pressioni oggi esistenti a favore di una maggiore protezione dei diritti di esclusiva non provengono unicamente, o anche solo per lo più, dall'esterno del paese, come dimostra il fatto che quasi il 90% delle domande di registrazione di brevetti vengono depositate da cittadini ed imprese cinesi.²⁶² Non mancano, inoltre, dati rassicuranti che rivelano l'indole non politicizzata della maggior parte degli interventi in materia di antitrust e proprietà intellettuale. Tra questi il fatto che in trent'anni di applicazione della legge sui brevetti l'autorità amministrativa non ha mai rilasciato nessuna licenza obbligatoria o, ancora, che in "*Tsum c. Sony*", un caso in cui pure si contestava un brevetto per il presunto effetto di monopolizzazione del mercato da esso creato, la Corte di Shanghai ha accolto le giustificazioni di efficienza dedotte dalla società straniera convenuta.²⁶³

Pertanto, la consapevolezza che un eccessivo interventismo nel campo della proprietà intellettuale motivato da ragioni di politica industriale non è sostenibile nel lungo periodo, la volontà di imporsi non solo come *partner* commerciale affidabile, ma come nuova potenza economica mondiale e, infine, i mutati bisogni di una società economicamente sempre più evoluta rendono ottimisti sul futuro della tutela della proprietà intellettuale in Cina e su un utilizzo proporzionato delle norme antitrust per limitare il potere di mercato dei titolari dei diritti di esclusiva. Il cammino non sarà lineare e molte saranno le incertezze con cui probabilmente ci si dovrà confrontare nei prossimi anni, ma è indiscutibile che quel cammino proseguirà sostenuto da una scelta irrevocabile verso un'armonizzazione dell'ordinamento

²⁶⁰ Sempre presenti nella memoria degli investitori occidentali sono le accuse furono mosse dal *Rapporto ASIC* del 2004 contro le multinazionali straniere, additate quali principali fautrici delle distorsioni del mercato cinese. Tra i comportamenti considerati più odiosi vi era l'abuso dei loro DPI ai danni degli operatori cinesi ed è stato sottolineato come tale rimprovero traesse probabilmente origine dalla controversia che a quel tempo opponeva *Cisco System*, leader mondiale nella produzione di impianti di rete, a *Huawei*, la quale era accusata di aver contraffatto alcune tecnologie che la società californiana si era rifiutata di concedere in licenza; v. M. Cohen (2012) e Howell – Wolff – Howe – Oh (2009), pp. 75–76.

²⁶¹ Si veda il rapporto redatto nel 2011 dall'*ITC* "*China: Effects of Intellectual Property Infringement and Indigenous Innovation Policies on the U.S. Economy*", in cui sono calcolati i danni patiti negli ultimi anni dalle imprese statunitensi per via dell'insufficiente tutela apprestata dall'ordinamento cinese ai loro DPI; testo consultabile su <http://www.usitc.gov/publications/332/pub4226.pdf>; ma v. l'impegno assunto dal governo cinese per costruire una "nazione innovativa" entro il 2020 nel "*Programma nazionale di medio e lungo periodo per la scienza e lo sviluppo tecnologico (2006–2020)*", testo consultabile, in cinese, su http://www.gov.cn/jrzq/2006-02/09/content_183787.htm.

²⁶² M. Cohen (2012).

²⁶³ Cfr. *supra* Cap. II, § 2.1.

5. Abusi di posizione dominante

cinese alle tendenze della politica antitrust internazionale, alle quali la Cina si unirà senza perdere le proprie caratteristiche, che gli derivano dall'unicità del contesto economico e sociale in cui le disposizioni della concorrenza si trovano ad operare.

CAPITOLO SESTO

Concentrazioni

Non vi è ramo del diritto antitrust in cui l'intreccio tra le ragioni di efficienza e gli interessi di politica economica sia altrettanto evidente quanto nella disciplina delle concentrazioni. Poste davanti al compito di valutare la compatibilità degli scenari che si aprirebbero a seguito un'operazione di mutamento della struttura del mercato, le autorità antitrust non possono esimersi dal proiettare nelle decisioni le proprie convinzioni riguardanti il modello di crescita economica reputato più adatto alle condizioni del paese in cui operano. In un giudizio prognostico e per sua natura incerto, che obbliga ad immaginare il futuro comportamento dell'impresa che nascerà dalla concentrazione, è inevitabile cercare di colmare il *deficit* informativo con cui ci si confronta tramite le indicazioni desumibili da modelli teorici di concorrenza, a loro volta profondamente influenzati dalle visioni di politica economica proprie di ogni autorità incaricata della tutela del mercato. La commistione in parola è ancor di più palese quando a dover approvare un'operazione di concentrazione è un organo che svolge anche funzioni di governo, come accade nell'Unione Europea con la Commissione e, per l'appunto, in Cina con il Ministro del commercio, una delle amministrazioni più potenti nell'apparato burocratico centrale.

All'interno della legge antimonopoli le concentrazioni sono anche il settore che fino ad ora ha riscosso il maggiore interesse in dottrina sia perché è stato il primo nel quale si sono avuti dei riscontri applicativi della nuova legge, sia perché con esso le grandi multinazionali occidentali hanno dovuto sin da subito imparare a fare i conti. Le miliardarie concentrazioni di questi giganteschi gruppi industriali devono, infatti, passare l'esame di una pluralità di autorità antitrust in giro per il mondo, alle quali dal 2008 si è aggiunta anche la Cina. Decisioni divergenti possono pertanto pregiudicare il buon esito dell'intera operazione ed il sospetto che in realtà intenti protezionistici si celino dietro le scelte assunte dalle autorità di paesi diversi rispetto a quelli in cui hanno sede le società concentranti può determinare l'insorgere di

contrasti tra i governi dei paesi interessati.¹ La globalizzazione dei traffici rende sempre più interdipendenti i vari ordinamenti e la valutazione compiuta dall'organo di uno Stato finisce per ripercuotersi ben al di là dei confini nazionali.² Ad oggi il conflitto non è emerso che in rari episodi che hanno visto opporsi l'Unione Europea e gli Stati Uniti sul giudizio da dare ad alcune grandi operazioni internazionali,³ ma l'ingresso sulla scena dell'antitrust globale di un nuovo protagonista, espressione di un sistema economico così intimamente diverso da quello degli ordinamenti occidentali, moltiplica le occasioni di scontro e rende indispensabile conoscere i meccanismi che reggono il controllo delle concentrazioni nel diritto della concorrenza cinese.

1.– Precedenti normativi

La struttura altamente frammentata del mercato cinese ha tradizionalmente relegato in secondo piano i problemi connessi alle concentrazioni tra imprese,⁴ che sono divenute una priorità del governo soltanto quando si è iniziato a temere una colonizzazione dei settori liberalizzati dell'economia da parte delle multinazionali straniere. Se pertanto le prime norme a tutela della concorrenza datano già agli inizi degli anni '90 con la legge contro la concorrenza sleale, fu solo nel 1999 che l'ASIC e l'allora Ministero del commercio con l'estero e della cooperazione economica, una delle costole che andò a formare l'odierno Ministero del commercio, introdussero un controllo preventivo delle fusioni e delle scissioni delle società cinesi a capitale straniero.⁵ Il regolamento si applicava a tutte le fusioni e le scissioni che coinvolgessero almeno una società di diritto cinese a capitale straniero,⁶ escludendo,

¹ Hamp–Lyons (2009), p. 1579.

² Dabbah (2003), p. 14.

³ Il caso più famoso fu il divieto opposto dalla Commissione europea alla fusione tra *General Electric* e *Honeywell*, la più grande concentrazione mai avvenuta negli Stati Uniti, dal valore di oltre €180 miliardi, la quale era già stata approvata dalle autorità nordamericane; v. decisione COMP/M.2220, confermata da T-210/01, *General Electric Co. c. Commissione*; v. anche Burnside (2002).

⁴ Cfr. Song (1995), p. 399, e Banca Mondiale (1994), p. 134.

⁵ “Regolamento sulle fusioni e scissioni delle imprese con capitale straniero”, del 23 settembre 1999, da ultimo modificato il 22 novembre 2001, vale a dire pochi giorni prima dell'accesso della Cina al WTO; testo consultabile, in inglese (a pagamento), su <http://en.pkulaw.cn/Display.aspx?lib=law&Cgid=23680>.

⁶ Con questo termine ci si intendeva riferire a tutte e tre le diverse specie di società delle quali è consentito agli stranieri detenere quote di capitale: le *equity joint venture*, le *cooperative joint venture* e le *wholly foreign-owned enterprise*; queste ultime sono oggi la forma giuridica di gran lunga

6. Concentrazioni

di conseguenza, le operazioni tra società estere e tra società a capitale esclusivamente cinese. Per questo motivo, nonché per la vaghezza delle disposizioni in esso contenute e per la mancata previsione di sanzioni in caso di omessa notifica delle concentrazioni, il regolamento non ebbe mai alcuna concreta applicazione e venne abrogato di lì a poco.⁷

Un nuovo tentativo venne compiuto nel 2003, che abbiamo visto essere un anno di svolta nell'impegno del governo cinese contro le pratiche monopolistiche.⁸ Le “*Disposizioni provvisorie sulle fusioni e le acquisizioni delle imprese nazionali da parte degli investitori stranieri*”⁹ crearono il primo reale meccanismo di valutazione competitiva delle concentrazioni, che fu poi interamente riprodotto nelle “*Disposizioni provvisorie fusioni e acquisizioni 2006*”.¹⁰ Le norme si applicavano a tutte le operazioni compiute da un'impresa di proprietà straniera, incluse questa volta le società estere, che comportavano l'acquisto di un controllo azionario su un'impresa cinese, a capitale straniero, misto o esclusivamente cinese, ovvero l'acquisto di elementi patrimoniali di un'impresa con capitale esclusivamente cinese.¹¹ Se il valore della transazione superava le soglie indicate nelle disposizioni e riferita al fatturato delle imprese “connesse” a quelle partecipanti all'operazione ed alla quota di mercato dell'impresa da quest'ultima risultante,¹² le parti dovevano notificare la concentrazione al Ministero del commercio ed all'ASIC, i quali avevano 90 giorni per decidere se approvarla o meno.¹³

Paradossalmente la normativa specificava le condizioni alle quali la concentrazione poteva essere esentata dall'esame da parte delle autorità

prediletta dagli investitori stranieri che vogliono costituire un società in Cina; per un breve resoconto di queste tre tipologie di società v. Cavalieri (2011).

⁷ Fosh – Ip – K. Shi – C. Shen (2009), p. 98.

⁸ Cfr. *supra* Cap. II, § 3.2.

⁹ Del 7 marzo 2003, in vigore dal 12 aprile 2003, artt. 19–22; testo consultabile, in inglese (a pagamento), su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=5420&lib=law>.

¹⁰ “*Disposizioni provvisorie sulle fusioni e le acquisizioni delle imprese nazionali da parte degli investitori stranieri*”, dell'8 agosto 2006, in vigore dall'8 settembre 2006, artt. 51–54; testo consultabile, in inglese, su <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201303/20130300045825.shtm>.

¹¹ Erano esclusi, quindi, soltanto gli acquisti da parte di un'impresa straniera di elementi patrimoniali di un'impresa straniera o a capitale straniero; v. Fosh – Ip – K. Shi – C. Shen (2009), p. 100.

¹² Artt. 51 e 53 *Disposizioni provvisorie fusioni e acquisizioni 2006*, che prevedevano soglie diverse per le concentrazioni che coinvolgevano un'impresa di diritto cinese e le concentrazioni tra società straniere.

¹³ Art. 52 *Disposizioni provvisorie fusioni e acquisizioni 2006*.

competenti,¹⁴ ma non esplicitava i criteri di cui, invece, le medesime autorità dovevano avvalersi per valutare l'operazione.¹⁵ Pertanto, il Ministero del commercio (l'ASIC non si è mai pronunciata autonomamente sulle concentrazioni che le venivano notificate) godeva di una larghissima discrezionalità nelle proprie valutazioni, ingigantita dall'assenza di un obbligo di pubblicità delle proprie decisioni, che infatti non sono mai state rese pubbliche.¹⁶ Non vi era alcuna garanzia di imparzialità ed anzi i condizionamenti politici nel corso del giudizio erano spesso dichiarati, esponendo le norme in questione ad opinioni tutt'altro che lusinghiere da parte dei commentatori sia cinesi che stranieri.¹⁷

Una delle vicende più note risale al 2005 e riguarda la proposta d'acquisto dell'85% di *Xugong*, un'impresa pubblica produttrice di macchine per l'edilizia, da parte di *Carlyle*, il più grande fondo di *private equity* a livello mondiale. L'opposizione politica fu sin da subito fortissima, con il Consiglio di Stato che nel 2006 intervenne a qualificare come "strategico" il settore delle macchine per l'edilizia¹⁸ e con dichiarazioni pubbliche di critica all'operazione.¹⁹ Dopo tre anni di estenuanti contrattazioni e nonostante la disponibilità di *Carlyle* di ridurre la propria partecipazione al 45% del capitale di *Xugong*, nel luglio del 2008 l'operazione fu definitivamente abbandonata.²⁰

Nonostante i numerosi difetti, il sistema di valutazione competitiva delle concentrazioni introdotto nel 2003 rappresentò un indubitabile successo, che, con oltre 600 decisioni assunte nel giro di cinque anni,²¹ segnò l'emersione dell'antitrust cinese sulla scena mondiale. Le disposizioni esaminate furono superate dall'entrata

¹⁴ Art. 54 *Disposizioni provvisorie fusioni e acquisizioni 2006*.

¹⁵ L'unica indicazione di principio si ricavava dall'art. 3 delle disposizioni, ancora in vigore, che afferma: "La fusione e l'acquisizione di un'impresa nazionale [...] non deve causare un eccessivo concentrazione del mercato, escludere o limitare la concorrenza, turbare l'ordine economico-sociale, recare danno all'utilità pubblica o determinare una perdita alle proprietà dello Stato".

¹⁶ Le argomentazioni delle decisioni non venivano fornite per iscritto neppure alle parti, alle quali il Ministero si limitava a comunicare l'esito dell'indagine; v. Fosh – Ip – K. Shi – C. Shen (2009), p. 110.

¹⁷ Cfr. X. Zhang (2009), p. 1484, e Fosh – Ip – K. Shi – C. Shen (2009), pp. 111–112, i quali però notano che alcune concentrazioni furono approvate nonostante l'opposizione pubblicamente manifestata da alcuni esponenti politici.

¹⁸ "Opinioni per accelerare la ripresa del settore della fabbricazione delle attrezzature" del 16 giugno 2006, art. 7; testo consultabile, in cinese, su http://gys.ndrc.gov.cn/zcfg/t20060626_74595.htm.

¹⁹ Fosh – Ip – K. Shi – C. Shen (2009), p. 111, in nota.

²⁰ Sul comportamento delle istituzioni cinesi aveva certamente pesato il rifiuto opposto nel 2005 dal governo statunitense all'acquisto della compagnia petrolifera *Unocal* da parte della società pubblica *China National Offshore Oil Corp.*, sul quale v. *infra* § 8.1.

²¹ Harris – Shugarman (2009), p. 3.

6. Concentrazioni

in vigore della legge antimonopoli, un atto normativo gerarchicamente superiore, il cui Capo IV ha, tra l'altro, una portata applicativa più ampia delle disposizioni del 2006, riferendosi anche alle concentrazioni tra imprese cinesi. Ad ogni modo, il procedimento di controllo previsto dalle *Disposizioni provvisorie fusioni e acquisizioni 2006* è stato espressamente abrogato da una decisione del Ministero del Commercio del 2009.²²

2.– Nozione di concentrazione

2.1 Definizione legislativa: fusione, acquisizione di controllo e influenza determinante

La legge antimonopoli ha adottato una definizione assai lata del termine concentrazione, ricomprendendovi le fusioni, l'ottenimento del controllo di un'altra impresa per mezzo dell'acquisto di azioni o elementi patrimoniali ovvero tramite la conclusione di contratti o altri mezzi e l'ottenimento della capacità di esercitare un'influenza dominante su un'altra impresa.²³

La disposizione è chiaramente ispirata alla definizione europea di concentrazione,²⁴ ancorché altri ordinamenti, ed in particolare quello statunitense, condividano un analogo approccio estensivo.²⁵ A differenza del regolamento europeo, tuttavia, non si richiede che l'acquisto del controllo sia "durevole", così omettendo un requisito che in Europa è invece fondamentale nella valutazione degli acquisti compiuti tramite interposta persona e di quelle operazioni complesse che si realizzano in una pluralità di fasi e rispetto alle quali va notificata alla Commissione

²² "Decisione del Ministero del commercio di modifica delle disposizioni sulle fusioni e le acquisizioni delle imprese nazionali da parte degli investitori stranieri", del 22 giugno 2009; testo consultabile, in inglese, su http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4115_0_7.html.

²³ Art. 20 legge antimonopoli. La definizione è riprodotta negli stessi termini nell'art. 2 *Regolamento soglie* e nelle "Misure per la notifica delle concentrazioni tra imprese", del 21 novembre 2009, in vigore dall'1 gennaio 2010 ["Misure notifica concentrazioni"], art. 3; testo consultabile, in inglese, su http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_3635_0_7.html.

²⁴ Art. 3 Reg. (CE) 139/2004.

²⁵ Il § 7 del *Clayton Act* individua quali modi di realizzazione di una concentrazione l'acquisto tutte o qualsiasi parte delle azioni, del capitale o degli elementi patrimoniali di un'altra impresa. La giurisprudenza successiva ha ritenuto che per attivare la clausola in questione non si dovesse ottenere il controllo di diritto sull'impresa, ma che fosse sufficiente dimostrare la capacità di influenzare le decisioni della stessa; v. *Denver & Rio Grande Western Railroad vs. United States*, 387 U.S. 485 (1967); *Cellophane, cit.*; *Hamilton Watch Co. vs. Benrus Watch Co.*, 114 F. Supp. 307 (D. Conn), *aff'd*, 206 F.2d 738 (2^d Cir. 1953), in quest'ultimo caso l'impresa, pur titolare di una partecipazione di minoranza, aveva il diritto di nominare un numero sufficiente di amministratori per influenzare le decisioni del *board*.

solo l'ultima operazione che determina una modifica stabile dell'impresa concentrata.²⁶ La scelta del legislatore cinese non è certo casuale ed è finalizzata a conservare la supervisione su ogni singolo passaggio del cambiamento di controllo societario.²⁷

È assente, inoltre, qualsiasi specificazione dei concetti indicati dall'articolo 20 della legge, che lascia, dunque, aperte almeno tre questioni: il significato del termine "controllo" (*"kongzhiquan"*), quello di "influenza determinante" (*"juedingxing yingxiang"*) e la possibilità di considerare la creazione di un'impresa comune una forma di concentrazione.

Quanto alle prime due questioni, nel silenzio delle disposizioni di attuazione, ci vengono in soccorso le disposizioni della legge sulle società. Questa definisce "azionista proprietario" (*"konggu gudong"*) colui che possiede il 50% delle azioni o del capitale di una società a responsabilità limitata ovvero colui che, pur non possedendo la maggioranza delle azioni o del capitale, ha un peso essenziale nelle deliberazioni dell'assemblea ordinaria.²⁸ A sua volta, si parla di "controllore di fatto" (*"shiji kongzhi ren"*) per definire quel soggetto estraneo alla compagine azionaria, ma in grado di dirigere concretamente il comportamento della società per effetto di rapporti finanziari, accordi o altri meccanismi.²⁹ Si può dunque sostenere che la nozione di controllo di cui al n. (2) dell'articolo 20 si riferisca ad un controllo proprietario esercitato in maniera immediata attraverso l'acquisto della proprietà dei beni appartenenti al patrimonio della società concentrata o in maniera mediata attraverso il dominio di cui si gode all'interno dell'organo assembleare di quest'ultima; al contrario, il "controllo" o "influenza determinante" cui fa

²⁶ Cfr. "Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale" (2008), G.U. C 95/01, §§ 30–35 [*"Comunicazione competenza giurisdizionale"*]. V., però, art. 7, n. (2), *Misure notifica concentrazioni* che considerano come unica la concentrazione realizzata dalle stesse imprese con una pluralità di transazioni compiute nel corso di non più di due anni, quando le singole operazioni non raggiungono le soglie di notifica, che sono invece superate considerando unitariamente il complesso delle operazioni di concentrazione effettuate anche avvalendosi di più società appartenenti allo stesso gruppo societario.

²⁷ Cfr. Maïllo (2011), p. 8.

²⁸ Art. 217, n. (2), legge sulle società. La definizione rispecchia quella presente in una bozza delle *Misure notifica concentrazioni* poi non riprodotta nella versione finale; questa disposizione, tra l'altro, esemplificava alcune delle decisioni da considerarsi rilevanti ai fini dell'esistenza di un potere di controllo sulla società: la nomina di uno o più amministratori e di membri chiave dell'amministrazione, l'approvazione del bilancio e delle decisioni riguardanti le attività, le vendite, i prezzi, investimenti più importanti ed altre strategie di amministrazione e commerciali; v. X. Wang – Su (2012), p. 53.

²⁹ Art. 217, n. (3), legge sulle società.

6. Concentrazioni

riferimento il n. (3) del medesimo articolo è un potere di gestione della società che si impone dall'esterno per l'esistenza di speciali vincoli creditorî che collocano l'impresa in una condizione di sostanziale dipendenza nei confronti di chi non è formalmente l'azionista di maggioranza. Non è dato comprendere, invece, se siano rilevanti, ai fini delle concentrazioni l'acquisto di un controllo congiunto o di una minoranza di blocco.³⁰ In assenza di decisioni che abbiano risolto positivamente la questione, la tendenza espansiva impressa dal legislatore alle norme sulle concentrazioni rende comunque lecito immaginare una risposta positiva a tale interrogativo.

2.2 *Joint venture*

Dopo alcune titubanze inizialmente manifestate dalla dottrina, si può oggi affermare con certezza che anche la costituzione di una *joint venture* costituisce una concentrazione.³¹ Il Ministero del commercio non ha infatti avuto dubbi nell'estendere la propria attività d'indagine alle imprese comuni,³² le quali rappresentano oltre un terzo delle transazioni scrutinate in questi primi anni di applicazione.³³ Sotto il profilo antitrust, il trattamento normativo delle *joint venture* si pone a cavallo tra la disciplina degli accordi monopolistici e quello delle concentrazioni, rendendo necessario individuare l'ambito di operatività delle disposizioni di questi due rami del diritto della concorrenza, che in Cina si riflette altresì in un delicato problema di delimitazione delle competenze tra le diverse autorità che compongono l'ARALA. La maggior parte degli ordinamenti³⁴ definisce questo confine dividendo le imprese comuni c.d. a pieno titolo o "*full function*" da

³⁰ Entrambe prese in considerazione quali forme di concentrazione nel diritto europeo; v. la *Comunicazione competenza giurisdizionale*, §§ 58 e 62–82, e casi ivi citati.

³¹ Anche in questo caso l'espresso riconoscimento contenuto nella bozza delle *Misure notifiche concentrazioni* è sparito nella versione finale.

³² Hanno riguardato la costituzione di un'impresa comune i casi "*ARM/Giesecke /Gemalto*", comunicato n. 87/2012, consultabile, in cinese, su <http://fldj.mofcom.gov.cn/aarticle/ztxx/201212/20121208469841.html>; "*Henkel Hong Kong/Tiande Chemical*", comunicato n. 6/2012, consultabile, in inglese, su <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/domesticpolicy/201203/20120308033072.shtml>; "*General Electric (China)/Shenhua*", comunicato n. 74/2011, consultabile, in inglese, su http://www.linklaters.com/pdfs/mkt/beijing/20111114_MOFCOM_10th_decision_ENG.pdf.

³³ M. Han – Hughes (2013). Nel nuovo modulo di notifica realizzato nel 2012 è chiaramente specificata la possibilità che l'accordo di concentrazione abbia ad oggetto la costituzione di una *joint venture*; una traduzione non ufficiale del modulo di notifica delle concentrazioni aggiornato a giugno 2012 può essere consultata su <http://www.zhonglun.com/UpFile/File/201206181400008868.pdf>.

³⁴ *Getting the Deal Through* (2012). In Europa v. art. 3, par. 4., Reg. (CE) 139/2004.

quelle nelle quali si ravvisa una funzione esclusivamente cooperativa, per cui si ha concentrazione solo ove si crei un soggetto giuridico nuovo ed autonomo sia da un punto di vista strutturale che operativo.³⁵ Il diritto cinese non ha, però, accolto questa distinzione ed ha inteso sottoporre a controllo preventivo tutte le operazioni di costituzione di un'impresa comune. La scelta avvicina così il sistema cinese a quello statunitense, nel quale è ritenuto sufficiente ad integrare una concentrazione la creazione di una *joint venture* che eserciti un'attività commerciale e della quale le parti si spartiscano i diritti di voto.³⁶ Si tratta di una soluzione che senza dubbio facilita l'autovalutazione da parte dei costituenti circa la sottoposizione della loro operazione all'obbligo di notifica, ma che nulla dice in merito all'essenzialità dell'accordo di *joint venture* dall'applicazione del divieto di intese restrittive della concorrenza, che, infatti, negli Stati Uniti è uno dei temi sui quali sussiste maggiore incertezza, nonostante i ripetuti interventi della Corte Suprema.³⁷ È dunque ragionevole attendersi un chiarimento da parte delle autorità antitrust cinesi in merito ai limiti nei quali l'attività di una *joint venture*, la cui costituzione sia stata in precedenza autorizzata in sede di valutazione della concentrazione, possa successivamente essere sanzionata ai sensi del Capo II della legge antimonopoli.

3.– Notifica delle concentrazioni

3.1 Soglie di notifica

Diversamente dai controlli sull'opportunità degli investimenti industriali, che pure continuano ad esistere in Cina, rispondendo ad esigenze mai del tutto

³⁵ Cfr. *Comunicazione competenza giurisdizionale*, § 94: “Avere carattere di impresa a pieno titolo significa essenzialmente che l'impresa comune deve operare su un mercato, esercitando le funzioni normalmente svolte dalle altre imprese attive sul medesimo mercato”.

³⁶ *United States vs. Penn-Olin Chemical Co.*, 378 U.S. 158 (1964).

³⁷ Negli Stati Uniti occorre valutare se le imprese madri sono capaci di cooperare all'interno della *joint venture* ovvero se la *joint venture* agisce come una *single entity* scongiurando rischi di coordinamento tra le imprese madri, nel qual ultimo caso non è applicabile il § 1 dello *Sherman Act*; cfr. *American Needle vs. National Football League*, 560 U.S. _ (2010), che ha ritenuto che le differenti società sportive continuassero ad operare come autonome imprese anche all'interno della federazione di categoria, per cui, nello specifico, la decisioni della *NFL* costituivano una forma di collusione vietata ai sensi del § 1 dello *Sherman Act*; v. anche il caso *Texaco Inc vs. Dagher*, 547 U.S. 1 (2006), in cui, proprio in virtù della teoria della *single entity*, è stata considerata lecita la *joint venture* tra *Texaco* e *Shell* per la raffinazione e vendita del carburante; in dottrina v. Brown – Robinson – Simmons (2012).

6. Concentrazioni

abbandonate di pianificazione economica,³⁸ il controllo antitrust non ha ad oggetto la generalità delle operazioni di concentrazione, ma si focalizza unicamente su quelle in grado di recare pregiudizio alla concorrenza. Un'indiretta conferma del fatto che il controllo antitrust abbia natura, per così dire, eccezionale ci proviene dalla medesima legge antimonopoli, che all'articolo 5 parla delle concentrazioni come di un diritto delle imprese e lascia trasparire il *favor* dell'ordinamento verso di esse, quando le qualifica uno strumento di potenziamento della capacità competitiva delle imprese.³⁹ Di conseguenza, le legislazioni a tutela della concorrenza stabiliscono delle soglie al di sopra delle quali una concentrazione deve essere preventivamente esaminata, per assicurarsi che essa non produca pregiudizi per il mercato, perché in caso contrario è preferibile vietarla o ordinarne delle modifiche che consentano di prevenire i temuti effetti restrittivi.

La legge antimonopoli cinese affida il compito di determinare la soglia di notifica al Consiglio di Stato.⁴⁰ Il *Regolamento soglie*, emanato pochi giorni dopo l'entrata in vigore della legge, si conforma alle indicazioni provenienti dalla prassi internazionale⁴¹ e si avvale unicamente di un criterio oggettivo per calcolare la soglia di notifica, costituito dal fatturato delle imprese partecipanti alla concentrazione. È stato rifiutato, dunque, l'utilizzo di criteri soggettivi quali, prima di tutto, le quote di mercato dell'impresa risultante dalla concentrazione;⁴² queste forniscono un'immagine maggiormente significativa del reale impatto dell'operazione sul mercato, ma sono estremamente complicati da calcolare ed in definitiva non convenienti in termini di bilanciamento tra costi e benefici.⁴³ In secondo luogo, sempre al fine di evitare inutili dispendi di energie nell'esame di concentrazioni che producono effetti marginali o nulli sul mercato nazionale,⁴⁴ il superamento della soglia è condizionato alla realizzazione da parte di almeno due delle imprese partecipanti di un fatturato minimo all'interno del territorio della RPC. A tal fine il regolamento non richiede che le imprese abbiano uno stabilimento in Cina, ma

³⁸ Cfr. *infra* § 8.1.

³⁹ V. anche *infra* § 5.2.

⁴⁰ Il regolamento è entrato in vigore lo stesso giorno della sua emanazione, il 3 agosto 2008.

⁴¹ Cfr. ICN (2008).

⁴² Questo criterio era, invece, adottato dagli artt. 51 e 53 *Disposizioni provvisorie fusioni e acquisizioni 2006*.

⁴³ ICN (2008), p. 4.

⁴⁴ *Id.*, p. 14.

considera come realizzate in Cina tutte le prestazioni dell'impresa rese a favore di controparti situate nel territorio cinese.⁴⁵

Nello specifico, l'obbligo di notifica scatta per quelle concentrazioni in cui il fatturato totale delle vendite realizzato da tutte le parti abbia superato CNY10 miliardi (€1,25 miliardi ca.) ed il fatturato realizzato individualmente in Cina da almeno due delle parti abbia ecceduto CNY400 milioni (€50 milioni ca.) durante l'ultimo anno contabile; in alternativa, l'obbligo sussiste altresì quando il fatturato totale delle vendite realizzato in Cina da tutte le parti abbia superato CNY2 miliardi (€250 milioni ca.) ed il fatturato realizzato individualmente in Cina da almeno due delle parti sia stato superiore a CNY400 milioni (€50 milioni ca.) durante l'ultimo anno contabile.⁴⁶

Il fatturato rilevante è quello relativo a tutte le vendite realizzate dalle imprese parti della concentrazione e dalle imprese controllate, controllanti, soggette a comune controllo e soggette a controllo congiunto da parte di almeno una delle imprese del gruppo.⁴⁷ Per l'impresa oggetto di acquisizione si prende in considerazione il fatturato della sola impresa o della parte di essa che viene acquistata;⁴⁸ mentre, analogamente alla prassi europea,⁴⁹ nel caso di costituzione di *joint venture*, il Ministero sembra orientato a considerare il fatturato complessivo di entrambe le imprese madri, dei gruppi di cui fanno parte e della *joint venture* stessa.⁵⁰ Dall'ammontare così calcolato vanno poi dedotte le imposte ed ogni soprattassa versata dall'impresa⁵¹ al pari delle vendite realizzate all'interno del gruppo.⁵²

⁴⁵ Art. 4, par. 2, *Misure notifica concentrazioni*. Nelle precedenti bozze si chiariva che per "Cina" non si intendeva il territorio di Hong Kong, Macao e Taiwan. La disposizione non è stata riprodotta nel testo finale, ma si ritiene che le vendite realizzate nelle isole sopraindicate non vadano considerate al fine del calcolo del fatturato, in ragione della già esaminata limitazione dell'ambito di applicazione della legge antimonopoli alla sola Cina c.d. "continentale", v. *supra* Cap. III, § 2.1.

⁴⁶ Art. 3 *Regolamento soglie*. Per le istituzioni finanziarie sono stabiliti degli appositi criteri di calcolo del fatturato, che si ritrovano nelle "*Misure per il calcolo del fatturato per la notifica delle concentrazioni tra imprese del settore finanziario*", del 15 luglio 2009, in vigore dal 15 agosto 2009; testo consultabile, in cinese, su <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/c/200907/20090706411691.shtml>.

⁴⁷ Art. 5 *Misure notifica concentrazioni*.

⁴⁸ Art. 7, n. (1), *Misure notifica concentrazioni*.

⁴⁹ Cfr. *Comunicazione competenza giurisdizionale*, § 139.

⁵⁰ Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 142, in nota.

⁵¹ Art. 4, par. 1, *Misure notifica concentrazioni*. Non è specificato quali imposte e soprattasse vadano escluse dal calcolo del fatturato.

⁵² Art. 5, par. 2, e 6 *Misure notifica concentrazioni*. Nel caso di imprese controllate congiuntamente da un'impresa del gruppo e da un'impresa terza, vanno dedotte le vendite realizzate dall'impresa

6. Concentrazioni

Si deve convenire che la soglia di notifica è stata fissata ad un livello mediamente basso, specie se paragonato alle dimensioni dell'economia cinese. La decisione di non limitare il fatturato alle vendite dei soli prodotti interessati dalla concentrazione, ma di includere nella sommatoria le vendite effettuate in tutti i mercati in cui operano le imprese, rende pressoché inevitabile la sottoposizione all'obbligo di notifica per ogni acquisto anche di piccole o medie dimensioni compiuto dalle multinazionali straniere, essendo sufficiente che le imprese realizzino un fatturato di poche decine di milioni di euro sul territorio cinese.⁵³

Una soglia di notifica bassa riduce il rischio che transazioni potenzialmente pericolose per la concorrenza sfuggano al controllo dell'autorità antitrust, ma è ovvio che essa appesantisce il carico di lavoro della medesima autorità, la quale, specialmente nei primi anni di attività, può non avere le esperienze ed il personale necessario per smaltire rapidamente le numerose richieste di approvazione. Per tale ragione gli ordinamenti che hanno preferito adottare soglie di fatturato non elevate (ad esempio, Francia, Germania, Giappone e Stati Uniti)⁵⁴ si avvalgono di procedure di notifica semplificate, che in un primo momento chiedono alle parti di produrre un numero esiguo di documenti, e prevedono percorso accelerato per l'esame di quelle operazioni che non appaiono *prima facie* sollevare alcun problema per la concorrenza.⁵⁵ Vedremo che queste soluzioni non sono state recepite in Cina,⁵⁶ dove il meccanismo di controllo delle concentrazioni comincia, già dopo pochi anni, a patire il peso di un corposo arretrato, che è la prova più evidente dell'inadeguatezza delle procedure attualmente vigenti.

3.2 Obbligo di notifica

Se una concentrazione oltrepassa le dimensioni previste dal regolamento del Consiglio di Stato, le imprese partecipanti alla fusione ovvero l'impresa che acquista il controllo o un'influenza determinante sulla società oggetto di concentrazione

congiuntamente controllata a favore del gruppo dell'impresa parte della concentrazione; v. art. 5, par. 3, *Misure notifica concentrazioni*.

⁵³ Cfr. Maïllo (2011), p. 10; Nee (2010), pp. 303–304.

⁵⁴ L'Ufficio affari legali del Consiglio di Stato ha reso noto di aver commissionato all'Accademia cinese di scienze social, istituto sotto il diretto controllo dello stesso Consiglio, uno studio sulle soglie di notifica vigenti in altri paesi, al seguito del quale ha deciso di stabilire un livello di fatturato medio basso sul modello di Francia, Germania e Giappone; v. il *Q&A* pubblicato, in cinese, su http://www.gov.cn/zwhd/2008-08/04/content_1063736.htm.

⁵⁵ ICN (2008), p. 5.

⁵⁶ Cfr. *infra* §§ 3.5 e 4.2.

devono notificare l'operazione al Ministero del commercio,⁵⁷ il cui Ufficio antimonopoli è incaricato di applicare le disposizioni sulle concentrazioni. La notifica va effettuata prima che l'accordo sia definitivamente concluso⁵⁸ e questo non può essere eseguito durante la pendenza del procedimento.⁵⁹

Le imprese che omettono di comunicare una concentrazione al di sopra della soglia commettono un illecito e sono punibili con una sanzione sino a CNY500.000 (€62.500 ca.).⁶⁰ Il Ministero del commercio ha da poco emanato delle disposizioni provvisorie che regolano l'attività di accertamento e sanzione delle concentrazioni non notificate,⁶¹ prevedendo che, d'ufficio o su segnalazione di un altro soggetto, il Ministero può avviare un'indagine ("deve" in caso di segnalazione scritta e sufficientemente dettagliata)⁶², anche avvalendosi dell'assistenza degli Uffici del commercio a livello provinciale,⁶³ per verificare la veridicità dei fatti di cui è venuto a conoscenza. Qualora il Ministero maturi il sospetto che una concentrazione al di sopra della soglia non gli sia stata notificata, ne dà avviso alle imprese interessate che possono presentare documenti a propria difesa. Entro 60 giorni dal deposito dei suddetti documenti il Ministero deve valutare se le imprese siano effettivamente venute meno all'obbligo di notifica e, in caso positivo, avviare l'esame della concentrazione, chiedendo alle imprese di presentare tutta la documentazione utile e vietando, nel mentre, di portare a termine l'operazione.⁶⁴ Al termine del procedimento, da concludersi entro 180 giorni dall'invio della documentazione integrativa richiesta all'impresa,⁶⁵ l'autorità può proibire l'operazione, ordinando eventualmente la deconcentrazione, ovvero adottare tutti i rimedi strutturali o comportamentali normalmente ammissibili.⁶⁶ L'Ufficio antimonopoli ha reso noto di

⁵⁷ Art. 9 *Misure notifica concentrazioni*.

⁵⁸ Art. 21 legge antimonopoli

⁵⁹ Art. 25, par. 1.

⁶⁰ Art. 48 legge antimonopoli.

⁶¹ "*Disposizioni provvisorie per sottoporre ad indagine le concentrazioni tra imprese che hanno omissa la notifica*", del 30 dicembre 2011, in vigore dall'1 febbraio 2012 [*"Disposizioni provvisorie omissa notifica"*]; testo consultabile, in inglese, su <http://www.blankrome.com/siteFiles/EnglishTranslation.pdf>.

⁶² Art. 4 *Disposizioni provvisorie omissa notifica*.

⁶³ Art. 3 *Disposizioni provvisorie omissa notifica*. Questo è attualmente l'unico caso in cui agli uffici periferici del Ministero del commercio è riconosciuto un ruolo nell'applicazione delle disposizioni antitrust.

⁶⁴ Artt. 5-7 *Disposizioni provvisorie omissa notifica*.

⁶⁵ Art. 8 *Disposizioni provvisorie omissa notifica*.

⁶⁶ Art. 13 *Disposizioni provvisorie omissa notifica*.

6. Concentrazioni

avere scovato alcune transazioni che non erano state notificate come dovuto,⁶⁷ ma sino ad oggi non è stata pubblicata alcuna decisione sul punto.

3.3 Documenti e materiali da notificare

Si è già anticipato che gli adempimenti per la notifica delle concentrazioni sono particolarmente gravosi per le parti, le quali sono obbligate a produrre una vastissima documentazione anche per transazioni in cui è palesemente assente qualsiasi pericolo per la concorrenza.⁶⁸ Non è stata ancora attivata, infatti, la possibilità di ricorrere ad una notifica semplificata per alcune categorie di concentrazioni come, ad esempio, avviene in Europa.⁶⁹ L'unica opportunità di cui dispongono le parti è quella di avviare un confronto con il Ministero, antecedentemente alla notifica, per essere esonerate dalla presentazione di parte della documentazione normalmente richiesta, quando, nel caso di specie, il suo reperimento si rivelerebbe inutilmente costoso per le imprese.⁷⁰

Dall'insieme delle disposizioni legislative e regolamentari che definiscono l'onere di allegazione,⁷¹ si ricava che le imprese, insieme con il modulo di notifica, l'accordo di concentrazione ed i bilanci revisionati relativi all'ultimo anno, devono sottoporre all'autorità antitrust i risultati di un'analisi di mercato estremamente dettagliata. Questa comprende la descrizione del mercato rilevante, sia dal punto di vista del prodotto che dell'estensione geografica, le condizioni generali di concorrenza (il grado di sviluppo e di trasparenza del mercato rilevante, le caratteristiche dei principali concorrenti, i costi amministrativi e di trasporto, la struttura della domanda e dell'offerta, etc.), l'analitica descrizione delle barriere all'ingresso e delle ritenute efficienze derivanti dalla concentrazione, la lista dei principali fornitori e distributori e la posizione delle imprese interessate in tutti i

⁶⁷ Così è stato riferito da Shang Ming, direttore dell'Ufficio antimonopoli del Ministero del Commercio, nel corso di una recente conferenza stampa; v. Shang (2013).

⁶⁸ La considerazione può apparire banale, ma non va dimenticato che tutti i documenti devono essere redatti in cinese o accompagnati da una traduzione in cinese.

⁶⁹ Cfr. Regolamento della Commissione 802/2004, allegato II, come modificato dal Regolamento della Commissione 1033/2008.

⁷⁰ Art. 8 *Misure notifica concentrazioni*.

⁷¹ La generica indicazione delle informazioni da notificare è contenuta nell'art. 23 della legge antimonopoli. Nel 2009 il Ministero del commercio ha specificato i documenti e le informazioni che devono essere allegate al modulo di notifica nelle *Misure notifica concentrazioni* e nelle "*Misure per la notifica dei documenti e dei materiali nelle concentrazioni tra imprese*", del 5 gennaio 2009 [*Misure documenti e materiali concentrazioni*], consultabili, in inglese, su <http://www.orrick.com/Events-and-Publications/Documents/2458.pdf>.

mercati in cui esse operano.⁷² Tali informazioni devono, inoltre, essere accompagnate dalle opinioni di soggetti terzi (associazioni industriali, esperti del settore, governi locali, etc.) e dalle valutazioni eventualmente già espresse dalle autorità della concorrenza di altri paesi.⁷³ Non è chiaro, però, quale peso il Ministero intenda dare ai giudizi provenienti dai soggetti succitati.

Un ulteriore motivo di preoccupazione per gli operatori è dato dalla necessità di produrre una lunga serie documenti interni all'amministrazione dell'impresa e contenenti informazioni sensibili. L'autorità pretende, infatti, che le siano forniti tutti gli accordi di cooperazione orizzontale, di fornitura, di distribuzione e di scambio di informazioni conclusi dalle imprese interessate dalla concentrazione nell'ambito della loro attività sul mercato rilevante⁷⁴ nonché i *due diligence report* e le relazioni ad uso interno circa la fattibilità e le prospettive della concentrazione.⁷⁵ Trattandosi di documenti contenenti un gran numero di notizie riservate, l'autorità chiede alle imprese di inviare due versioni della documentazione, una confidenziale ed una accessibile pure ai terzi,⁷⁶ anche se non è escluso che queste informazioni possano circolare all'interno dell'amministrazione governativa, giungendo infine sotto gli occhi delle imprese statali concorrenti dirette delle parti dell'operazione concentrativa.⁷⁷

3.4 Esenzione dall'obbligo di notifica e concentrazioni tra imprese statali

Le modificazioni societarie che coinvolgono imprese appartenenti ad uno stesso gruppo sono generalmente escluse dal controllo delle concentrazioni, sul presupposto che le imprese parti dell'operazione non sono tra loro concorrenti né attuali né potenziali.⁷⁸ In ossequio a questo principio, l'articolo 22 della legge

⁷² Art. 10, n. (2), *Misure notifica concentrazioni* e artt. 5, 6, 9, 10 *Misure documenti e materiali concentrazioni*.

⁷³ Artt. 15–17 *Misure documenti e materiali concentrazioni*.

⁷⁴ Art. 7 *Misure documenti e materiali concentrazioni*.

⁷⁵ Art. 13 *Misure documenti e materiali concentrazioni*.

⁷⁶ Art. 12, par. 3, *Misure notifica concentrazioni*.

⁷⁷ Non è chiaro se il dovere di riservatezza imposto ai funzionari dell'ARALA dall'art. 41 della legge antimonopoli e, specificatamente in materia di concentrazioni, dall'art. 17 *Misure notifica concentrazioni*, si estenda anche alla comunicazione delle informazioni alle altre amministrazioni dello Stato; v. Nee (2010), p. 311, e Bush (2009), p. 136; cfr. *infra* Cap. VIII, § 1.3.

⁷⁸ Si veda l'art. 3, par. 1, Reg. (CE) 139/2004, che individua una concentrazione nella fusione tra due imprese "indipendenti" o nel cambiamento del controllo di un'impresa, entrambi elementi non presenti in un'operazione infragruppo; v. anche *Comunicazione competenza giurisdizionale*, § 51.

6. Concentrazioni

stabilisce l'esenzione dall'obbligo di notifica per le concentrazioni in cui una delle imprese posseda già più del 50% delle azioni con diritto di voto o del patrimonio delle altre imprese partecipanti ovvero tutte le imprese partecipanti siano controllate da una medesima impresa estranea all'operazione.

La disposizione non si presterebbe ad alcun ulteriore commento se non fosse che tecnicamente le imprese statali cinesi sono tutte sottoposte al comune controllo dello Stato, il quale, nelle imprese che fanno riferimento alla CACPP, esercita il proprio potere nelle forme del controllo societario.⁷⁹ È legittimo, quindi, domandarsi se le concentrazioni che intervengono tra due o più imprese pubbliche di proprietà dello Stato vadano preventivamente notificate all'autorità antitrust per essere approvate.

Il Ministero del commercio ha confermato che le concentrazioni tra imprese statali al di sopra della soglia devono essere portate a conoscenza dell'autorità dopo che nel 2008 la fusione tra *China Unicom* e *China Netcom* non gli era stata notificata.⁸⁰ La CACPP, a sua volta, ha chiarito che l'efficacia di una concentrazione tra imprese statali che superi le soglie stabilite dal Consiglio di Stato è subordinata all'approvazione dell'autorità antitrust.⁸¹ Ciò nonostante, a dispetto delle numerosissime trasformazioni societarie registrate negli ultimi cinque anni,⁸² pochissime sono state notificate⁸³ ed in un solo caso l'imposizione di rimedi ha riguardato un'impresa pubblica.⁸⁴ Alcune volte è evidente che il Ministero del commercio ha soprasseduto sui rischi derivanti dalla concentrazione tra imprese

Negli Stati Uniti le operazioni infragruppo sono espressamente esentate dall'obbligo di notifica dal § 7A (c), n. (3), del *Clayton Act*.

⁷⁹ Cfr. *supra* Cap. I, § 6.

⁸⁰ Cfr. art. 30 legge sulle partecipazioni pubbliche, che precisa come tutte le imprese statali sono soggette alle disposizioni legislative e regolamentari concernenti le materie ivi indicate, tra cui figurano le fusioni.

⁸¹ “Regole procedurali sulle transazioni riguardanti le partecipazioni delle imprese statali”, del 15 giugno 2009, in vigore dall'1 luglio 2009, art. 37; testo consultabile, in cinese, su http://www.gov.cn/gzdt/2009-06/25/content_1350113.htm.

⁸² Si riferisce di 918 tra fusioni ed acquisizioni realizzate tra il 2008 ed il 2012 dalle 110 imprese statali di maggiori dimensioni; v. T. Wei (2012).

⁸³ Tra i casi più rilevanti di fusioni tra grandi imprese statali che non sono state notificate al Ministero del Commercio si possono ricordare l'acquisizione da parte di *China Minmetals Trader*, il principale operatore nel settore metallico, del *Changsha Research Institute of Mining & Metallurgy* e di *Luzhong Metallurgy & Mining Group*, entrambi avvenuti nel 2009; v. Healey (2010), pp. 29 e 31.

⁸⁴ *Id.*; la decisione in questione è la già citata “*General Electric/Shenhua*”.

statali;⁸⁵ in altre è persino difficile identificare una vicenda concentrativa, perché la fusione o l'acquisizione di controllo avvengono al di fuori dei normali meccanismi di mercato, ad esempio attraverso un trasferimento gratuito di azioni.⁸⁶

Ad avvalorare la tesi del potere del Ministero del commercio di sindacare le concentrazioni ordinate dalla CACPP soccorre anche l'articolo 36 della legge, dettato in materia di abusi di potere amministrativo, il quale proibisce alle autorità pubbliche di costringere le imprese a compiere alcuna delle condotte monopolistiche vietate, tra le quali la realizzazione di una concentrazione restrittiva.⁸⁷ L'ordine dell'autorità pubblica può quindi essere superato quando comporta una violazione dei principi della concorrenza ed il Ministero rimane libero di vietare la concentrazioni tra le grandi imprese statali o di apporvi dei rimedi nonostante la contraria disposizione data da un'altra amministrazione. L'ostacolo più grande ad un'applicazione della disciplina delle concentrazioni al settore pubblico è, tuttavia, intimamente politico e concerne la forza dell'Ufficio antimonopoli di imporre la propria valutazione sulle scelte della CACPP. Le concentrazioni tra le imprese di proprietà dello stato sono decise dalla CACPP in esecuzione di un piano industriale che ha come obiettivo finale la creazione di un numero relativamente esiguo (30/50) di grandi gruppi industriali con le capacità necessarie a competere sui mercati internazionali. L'Ufficio antimonopoli dovrebbe, dunque, imporre la propria volontà sulle scelte della CACPP, un'attività tutt'altro che semplice tenuto anche conto del rango ministeriale di quest'ultima autorità, che si colloca, pertanto, ad un livello gerarchicamente sovraordinato rispetto all'Ufficio antimonopoli. Nelle attuali condizioni di scarsa diffusione dei principi della concorrenza all'interno dell'ordinamento, è improbabile che sia direttamente la CACPP a svolgere un controllo preventivo intorno all'impatto della concentrazione sul mercato⁸⁸ e bisogna ammettere che proprio nei settori dominati dall'impresa pubblica, in cui più alti sono i rischi di un concentramento del potere di mercato, l'effetto delle disposizioni sulle concentrazioni rimarrà, almeno per i prossimi anni, decisamente trascurabile o del

⁸⁵ È il caso della fusione tra *Eastern Airlines* e *Shanghai Airlines*, che attribuiva al nuovo operatore una quota di mercato superiore al 50% su alcune tratte strategiche, tra cui quella Pechino-Shanghai; v. L. Liu (2009).

⁸⁶ W. Zheng (2010), pp. 713–714.

⁸⁷ Cfr. *infra* Cap. VII, § 3.5.

⁸⁸ Nee (2010), p. 299.

6. Concentrazioni

tutto inesistente.

3.5 Concentrazioni al di sotto della soglia

Ipotesi opposta a quella appena vista, in cui una concentrazione che per caratteristiche dimensionali andrebbe sottoposta al controllo preventivo antitrust può non essere notificata, è la possibilità che concentrazioni che non raggiungono la soglia normativamente stabilita vengano comunque scrutinate dal Ministero del commercio.

Al di là della facoltà per le imprese di notificare volontariamente una concentrazione al di sotto della soglia, nel qual caso l'autorità è libera di attivare o meno il procedimento,⁸⁹ il *Regolamento soglie* ha dato potere al Ministero di avviare un procedimento per transazioni non soggette all'obbligo di notifica preventiva, ogni qual volta esso sospetti che l'operazione elimini o restringa la concorrenza sul mercato.⁹⁰ Una tale eventualità non è esclusa in altri ordinamenti, primi tra tutti gli Stati Uniti,⁹¹ cui il Consiglio di Stato si deve essere ispirato nella redazione del regolamento. La previsione appare, d'altronde, ragionevole, in quanto consente di limitare i casi in cui concentrazioni con gravi effetti restrittivi eludano le maglie del controllo preventivo; tuttavia, la ridotta dotazione organica dell'Ufficio antimonopoli induce a dubitare riguardo la capacità delle autorità cinesi di impiegare risorse nella ricerca delle concentrazioni di minori dimensioni, come conferma il fatto che ad oggi nessun procedimento del genere risulta essere stato avviato.

Non potendo il Ministero monitorare con costanza tutte le concentrazioni che avvengono sul mercato, è inevitabile che esso si affidi alle notizie divulgate dagli organi di informazione ed alle denunce ricevute da terzi per rintracciare una concentrazione non soggetta all'obbligo notifica, ma potenzialmente pericolosa per la concorrenza. L'ipotesi è confermata da due bozze di misure che le autorità antitrust intendono emanare nei prossimi mesi, nelle quali sono descritte le modalità di indagine ed il procedimento da seguire nell'esame delle concentrazioni al di sotto

⁸⁹ Art. 16 *Misure notifica concentrazioni*.

⁹⁰ Art. 4 *Regolamento soglie*.

⁹¹ La FTC può impugnare in giudizio una concentrazione al di sotto delle soglie di notifica per violazione del § 7 del *Clayton Act*; v. *FTC vs. Ovation Pharmaceutical Inc.*, No. 08-cv-06379-JNE-JJG (D. Minn. Dec. 16 2008), consultabile su <http://www.ftc.gov/os/caselist/0810156/081216ovationcmpt.pdf>. In Europa, invece, la Commissione non può esaminare le concentrazioni che ricadono al di sotto delle soglie stabilite dal Reg. (CE) 139/2004, ma l'operazione rimane autonomamente sanzionabile in forza degli artt. 101 e 102 TFUE.

della soglia di notifica.⁹² Il testo di questi due documenti prevede che il Ministero possa venire a conoscenza della concentrazione anche dalla “opinione pubblica” e che possa raccogliere notizie tra i concorrenti ed i clienti delle imprese interessate prima di decidere se avviare un’indagine, la quale, poi, dovrebbe svolgersi con le stesse modalità dei procedimenti ordinari.⁹³

Un punto critico della disciplina in questione è la mancanza di un termine entro il quale l’autorità può impugnare una concentrazione al di sotto della soglia. Tale intervento potrebbe avvenire in qualsiasi momento, anche a distanza di anni dalla conclusione dell’operazione, al solo fine di venire incontro alle lamentele dei concorrenti o delle associazioni industriali che si sentano danneggiati dall’impresa nata dalla concentrazione.⁹⁴

4.– Procedimenti di controllo

4.1 Procedimento ordinario

Una volta adempiuto l’obbligo di notifica, le imprese devono attendere la valutazione dell’autorità circa la compatibilità della concentrazione con i principi della concorrenza e, non potendovi dare nel mentre esecuzione fino all’approvazione dell’operazione,⁹⁵ esse rimangono a tutti gli effetti due imprese indipendenti. Esse devono, pertanto, astenersi dal coordinare le loro attività in modo restrittivo della concorrenza (c.d. “*gun jumping*”) per non incorrere in sanzioni ai sensi della disposizioni sugli accordi monopolistici.⁹⁶

Il Ministero del commercio deve assumere una decisione entro 30 giorni (fase

⁹² Le due bozze in questione sono le “*Disposizioni provvisorie sulla raccolta delle prove delle sospette concentrazioni monopolistiche tra imprese che non raggiungono le soglie di notifica*”, del 19 gennaio 2009, testo consultabile, in cinese, su <http://fldj.mofcom.gov.cn/aarticle/zcfb/200901/20090106010097.html>; e le “*Disposizioni provvisorie sul procedimento di indagine delle sospette concentrazioni monopolistiche tra imprese che non raggiungono le soglie di notifica*”, del 6 febbraio 2009, testo consultabile, in cinese, su <http://fldj.mofcom.gov.cn/aarticle/zcfb/200902/20090206031314.html>.

⁹³ Tale poteva essere riconosciuto al Ministero del commercio già in forza dell’art. 38, parr. 2 e 3, legge antimonopoli.

⁹⁴ Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 142.

⁹⁵ Artt. 25, par. 2, e 26, par. 1, legge antimonopoli.

⁹⁶ Il principio è implicito nel divieto di finalizzazione della concentrazione in pendenza del procedimento. In Europa la Commissione si è espressa in tal senso nel caso COMP/M.4734, *Ineos/Kerling* (2008). Negli Stati Uniti v. il caso “*Gemstar TV*”, *Civil Action* No. 03 CV 000198 (19 marzo 2003), in cui il DOJ ha contestato a due società di aver smesso di competere dal momento in cui avevano avviato le trattative per la fusione; v. <http://www.justice.gov/atr/cases/f200800/200848.htm>.

6. Concentrazioni

I),⁹⁷ prorogabili di 90 giorni (fase II),⁹⁸ qualora ritenga necessario un supplemento di indagine, ed eventualmente di ulteriori 60 giorni (fase III), ma in quest'ultimo caso solo ove le imprese vi consentano, i documenti presentati siano inaccurati e necessitino di ulteriori verifiche o si siano verificati dei cambiamenti sostanziali nelle circostanze dell'operazione.⁹⁹

Nel corso del procedimento le parti possono presentare documenti aggiuntivi¹⁰⁰ ed il Ministero può chiedere loro chiarimenti, fissando anche degli incontri, se necessario.¹⁰¹ In ogni caso, l'autorità non si affida unicamente ai documenti presentati dalle parti, ma è solita richiedere pareri ad altri operatori, associazioni industriali ed anche ad altre amministrazioni che hanno interesse all'esito della concentrazione.¹⁰² Se, durante i primi 30 giorni, il Ministero decide di approvare la concentrazione, imponendo o meno dei rimedi, o lascia trascorrere i termini senza assumere alcuna determinazione, le parti sono libere di implementare la concentrazione,¹⁰³ se, invece, il Ministero nutre delle preoccupazioni che potrebbero portare a vietare la concentrazione, deve necessariamente aprire la seconda fase, notificando la propria decisione per iscritto.¹⁰⁴

Il Ministero del commercio non può vietare una concentrazione senza aver prima comunicato (non necessariamente in forma scritta) le proprie contestazioni alle imprese interessate, le quali devono presentare le proprie difese scritte e le relative prove entro un termine stabilito, perché, in caso contrario, le contestazioni si considerano accettate.¹⁰⁵

Il procedimento deve essere quanto più rapido per limitare le incertezze che esso inevitabilmente comporta nelle attività delle imprese partecipanti. Benché per legge esso non possa durare più di sei mesi, nella realtà i procedimenti di concentrazione hanno una durata spesso superiore, nonostante alcune positive

⁹⁷ Art. 25, par. 1 legge antimonopoli.

⁹⁸ Art. 26, par. 1 legge antimonopoli.

⁹⁹ Art. 26, par. 2 legge antimonopoli.

¹⁰⁰ “*Misure per l'esame delle concentrazioni tra imprese*”, del 24 novembre 2009, in vigore dall'1 gennaio 2010 [*Misure esame concentrazioni*], art. 5; testo consultabile, in inglese su <http://english.mofcom.gov.cn/aarticle/policyrelease/announcement/201003/20100306818872.html>.

¹⁰¹ Art. 7 *Misure esame concentrazioni*.

¹⁰² Art. 6 *Misure esame concentrazioni*.

¹⁰³ Artt. 25, par. 2, e 26, par. 3, legge antimonopoli.

¹⁰⁴ Art. 9 *Misure esame concentrazioni*.

¹⁰⁵ Art. 10 *Misure esame concentrazioni*.

eccezioni.¹⁰⁶ Innanzitutto, i termini non cominciano a decorrere dalla notificazione della concentrazione, ma dal momento in cui il Ministero “accetta” la richiesta, ritenendola completa.¹⁰⁷ L’accettazione può essere immediata,¹⁰⁸ segno che le parti avevano concordato in precedenza la documentazione da presentare, ovvero avvenire a distanza di settimane e si ha notizia di un caso in cui l’impresa dovette attendere oltre tre mesi e mezzo dalla notifica.¹⁰⁹ Il problema è aggravato dalla mancanza di una lista precisa dei documenti e dei materiali che le imprese devono allegare, sicché il Ministero si riserva la facoltà di indicarli caso per caso.¹¹⁰

In secondo luogo, l’autorità è solita svolgere ampie consultazioni, richiedendo pareri ad altre amministrazioni pubbliche.¹¹¹ La scelta di seguire questa prassi ha condotto alla sostanziale impossibilità di chiudere il procedimento entro i primi trenta giorni, rendendo pressoché scontato il passaggio alla seconda fase.¹¹² Inoltre, tutte le ultime decisioni di imposizione di rimedi sono state adottate durante la terza fase, a ridosso del termine ultimo stabilito dalla legge.¹¹³ In due casi, in cui le imprese hanno deciso di ritirare la notifica a pochi giorni dalla scadenza della terza fase per poi ripresentare la documentazione pochi giorni dopo, è addirittura probabile che queste abbiano agito su pressione dell’autorità¹¹⁴ che ha dovuto ammettere di non essere in grado di assumere la decisione entro i termini di legge.¹¹⁵

¹⁰⁶ La concentrazione tra *General Motors* e *Delphi*, ad esempio, fu approvata con l’accettazione degli impegni proposti dalle parti in appena 28 giorni dall’accettazione; v. comunicazione n. 76/2009, consultabile, in inglese, in J. Wei – Marshall – Gong (2009), pp. 5–8. La rapidità della decisione fu favorita anche dalla volontà di chiudere al più presto la procedura fallimentare cui *Delphi* era incorsa negli Stati Uniti; v. Nee (2010), p. 336.

¹⁰⁷ Art. 24 legge antimonopoli.

¹⁰⁸ “*Uralkali/Silvinit*”, comunicato n. 33/2011, consultabile, in inglese su http://www.linklaters.com/pdfs/mkt/london/20100602_MOF.COM%20case_potash%20fertilizer_EN_G.pdf; “*Novartis/Alcon*”, comunicato n. 53/2010, consultabile, in inglese, su <http://www.jonesday.com/files/upload/MOF.COM.pdf>.

¹⁰⁹ Furono 109 i giorni che trascorsero tra la notifica e l’accettazione nel caso “*Panasonic/Sanyo*”; v. comunicato n. 82/2009, consultabile, in inglese, su <http://www.competitionlaw.cn/show.aspx?id=5742&cid=43>.

¹¹⁰ Harris – Shugarman (2009), p. 3.

¹¹¹ Sokol (2013), p. 18.

¹¹² Emch (2011c), pp. 57–58, che definisce la distinzione legislativa tra fase I e II una “*paper tiger*”, considerando che, in assenza di differenze sostanziali tra le due fasi, si può ormai parlare di un’unica prima fase del procedimento della durata di 120 giorni.

¹¹³ Cfr. Gu – Z. Hao (2013b).

¹¹⁴ A parte l’eventualità in cui l’operazione venga abbandonata dalle parti, infatti, le imprese non possono ritirare la propria domanda senza il consenso dell’Ufficio antimonopoli; v. art. 3 *Misure esame concentrazioni*.

¹¹⁵ Ciò è avvenuto nei casi “*Media Tek/MStar Cayman*”, comunicato n. 61/2013, consultabile su <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/buwei/201309/20130900281925.shtml>; “*Marubeni/Gavilon*”, comunicato n. 22/2013, consultabile, in cinese, su

6. Concentrazioni

I disagi più evidenti conseguenti a questi ritardi hanno nelle concentrazioni tra le grandi imprese multinazionali, in cui il Ministero del commercio è spesso l'ultima tra le varie autorità antitrust interpellate a pronunciarsi sulla compatibilità dell'operazione, paralizzando così per mesi transazioni del valore di decine di miliardi.¹¹⁶

4.2 Procedimento “semplificato”

Per rimediare alle suddette inefficienze, come si è già anticipato, è in via di definizione un regolamento che mira a predisporre un *fast track* per le concentrazioni di minore impatto sul mercato.¹¹⁷ Il testo della bozza è molto stringato e per certi versi lacunoso su alcuni aspetti fondamentali quali i tempi di decisione del Ministero, la pubblicità della delibera con cui si accetta un caso come “concentrazione semplice” e la possibilità di un'autonoma impugnazione di quest'ultimo provvedimento.¹¹⁸

Il regolamento si compone di tre parti fondamentali. Nella prima vengono elencate le categorie di concentrazioni che non destano generalmente preoccupazioni per la concorrenza. Queste si individuano o in relazione alla quota di mercato detenuta dalle parti, fissata al 15% per le concentrazioni orizzontali e ed al 25% per le concentrazioni verticali e conglomerati,¹¹⁹ ovvero perché è ritenuto assai improbabile che la concentrazione produca effetti restrittivi sul mercato, in quanto le parti acquistano un'impresa o costituiscono una *joint venture* che non opera sul mercato cinese o perché la concentrazione consiste nell'acquisto del controllo esclusivo di un'impresa in precedenza controllata congiuntamente con un'altra impresa.¹²⁰ L'*International Bar Association (IBA)* ha, inoltre, suggerito¹²¹ di

<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201304/20130400100376.shtml>. “*Western Digital/Hitachi*”, comunicato n. 9/2012, consultabile, in inglese, su http://www.linklaters.com/pdfs/mkt/london/MOFCOM_West_DigitvHitachi_ENG.pdf.

¹¹⁶ X. Wang – Emch (2013), p. 7. Almeno in un caso, tuttavia, la decisione del Ministero del commercio è pervenuta prima di quella delle autorità di UE ed USA; v. “*United Technologies/Goodrich*”, comunicato n. 35/2012, consultabile, in inglese, su <http://www.zhonglun.com/UpFile/File/201206191108334701.pdf>.

¹¹⁷ Si tratta della bozza delle “*Disposizioni provvisorie sui criteri applicabili ai casi più semplici di concentrazioni tra imprese*”, pubblicate dal Ministero del commercio nell'ultima versione il 3 aprile 2013 [“*Bozza concentrazioni semplici*”], consultabile, in cinese, su <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/zcfb/201304/20130400076870.shtml>.

¹¹⁸ Cfr. Farmer (2013b).

¹¹⁹ Art 2, nn. (1)–(3), *Bozza concentrazioni semplici*.

¹²⁰ Art 2, nn. (4)–(6), *Bozza concentrazioni semplici*.

introdurre un ulteriore criterio che tenga conto, insieme con le quote di mercato, anche dell'aumento del livello di concentrazione, utilizzando il test HHI, come già avviene negli Stati Uniti¹²² e come è stato anche proposto dalla Commissione Europea nella *draft for comments* per la riforma del sistema di controllo semplificato delle concentrazioni.¹²³

Nelle seconda parte sono indicate le ipotesi nelle quali le imprese vengono sempre escluse dal beneficio della procedura semplificata. Sono, così, soggette al procedimento ordinario le costituzioni di *joint venture* che operano nello stesso mercato delle imprese madri, le concentrazioni in cui non è facile individuare il mercato rilevante nonché quelle che possono pregiudicare l'accesso al mercato, il progresso tecnologico, gli interessi dei consumatori e delle altre imprese o lo sviluppo dell'economia nazionale.¹²⁴ Questi ultimi criteri, incentrati sugli effetti prodotti dall'operazione sul mercato, sono un chiaro richiamo ai fattori di valutazione delle concentrazioni di cui all'articolo 27, nn. (3)–(5), della legge antimonopoli, e consentono al Ministero del commercio di compiere un'analisi approfondita, con i tempi del procedimento ordinario, quando la concentrazione, nonostante rientri formalmente nei parametri dell'articolo 2 della attuale bozza, possa in concreto sollevare preoccupazioni in ordine allo sviluppo della concorrenza sul mercato.¹²⁵

Nella terza parte del regolamento, infine, si prevede che la qualifica di “concentrazione semplice” può essere revocata qualora le imprese abbiano falsificato le informazioni di provenienza di terzi, si siano verificati significativi cambiamenti nel mercato o un soggetto terzo asserisca, dandone prova, che è possibile o probabile che la concentrazione produca effetti restrittivi sul mercato.¹²⁶ Tale ultimo requisito è certamente il più controverso, poiché presta la disciplina in questione a facili abusi

¹²¹ IBA (2013).

¹²² “*Horizontal Mergers Guidelines*”, pubblicate dal DOJ e dalla FTC il 19 agosto 2010, che non prevedono un vero e proprio procedimento semplificato, ma la possibilità per le imprese di inviare una documentazione più snella e di ricevere l'approvazione entro 30 giorni; testo consultabile su <http://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>.

¹²³ “*Commission Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No 139/2004*” pubblicate dalla Commissione europea nel 2013; testo consultabile su http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_regulation/draft_revised_simplified_procedure_en.pdf.

¹²⁴ Art. 3, nn. (1)–(6), *Bozza concentrazioni semplici*.

¹²⁵ Cfr. Farmer (2013b).

¹²⁶ Art. 4, nn. (1)–(3), *Bozza concentrazioni semplici*.

6. Concentrazioni

da parte dei concorrenti delle imprese concentranti, i quali, semplicemente paventando l'esistenza di effetti anticompetitivi della concentrazione, possono ottenere di ritardare l'approvazione dell'operazione. Per questo motivo, si suggerisce come più equo consentire alle imprese notificanti la possibilità di difendersi dalla contestazione, facendo sì che la revoca non sia automatica a seguito dell'opposizione del terzo.¹²⁷ Non è chiaro, poi, come un'impresa estranea alla concentrazione dovrebbe venire a conoscenza dell'esistenza di una procedura di controllo semplificata, visto che non è previsto che la decisione di accettazione del caso venga resa pubblica dall'autorità.

5.– Criteri di valutazione

In nessun punto la disciplina delle concentrazioni è forse tanto vaga quanto nella descrizione dei criteri di valutazione. Nonostante nel 2011 il Ministero del commercio abbia emanato delle “*Disposizioni provvisorie sulla valutazione delle concentrazioni*”,¹²⁸ il giudizio dell'autorità antitrust rimane ancora sciolto da qualsivoglia rigido vincolo normativo, di talché bisogna continuare a convenire con chi afferma che nelle concentrazioni l'autorità della concorrenza conserva il grado di discrezionalità più elevato in assoluto.¹²⁹

5.1 Quote di mercato ed grado di concentrazione dell'offerta

I criteri individuati dall'articolo 27 della legge si concentrano sulla struttura del mercato rilevante e sugli effetti restrittivi che la concentrazione potrà produrre se approvata. Prima di tutto vengono prese in considerazione le quote di mercato detenute dalle parti, la capacità di esercitare un controllo nel mercato rilevante ed il livello di concentrazione di quest'ultimo.¹³⁰ In secondo luogo si analizzano gli effetti che la concentrazione produce sull'accesso al mercato, il progresso tecnologico, l'interesse dei consumatori e delle imprese e lo sviluppo dell'economia nazionale,¹³¹ ferma restando la facoltà dell'ARALA di individuare ulteriori fattori che essa ritenga

¹²⁷ IBA (2013).

¹²⁸ “*Disposizioni provvisorie sulla valutazione degli effetti sulla concorrenza delle concentrazioni tra imprese*”, del 29 agosto 2011, in vigore dal 5 settembre 2011; testo consultabile, in inglese (a pagamento), su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=8929&lib=law>.

¹²⁹ Bush (2009), p. 137.

¹³⁰ Art. 27, nn. (1) e (2) legge antimonopoli.

¹³¹ Art. 27, nn. (3)–(5) legge antimonopoli.

rilevanti ai fini dell'indagine antimonopolistica.¹³²

Specialmente nelle concentrazioni orizzontali il Ministero del commercio è apparso prestare grande affidamento alle evidenze provenienti dalle quote di mercato in relazione all'aumento del grado di concentrazione determinato dalla singola operazione. La prassi dei principali ordinamenti stranieri conferma che le quote di mercato forniscono un indizio estremamente significativo della portata restrittiva di una concentrazione, ma che tale provvisoria conclusione deve essere suffragata attraverso la dimostrazione della sussistenza di ulteriori elementi quali la difficoltà di ingresso di nuovi concorrenti sul mercato, l'impossibilità per i clienti dell'impresa di passare ad altro fornitore e l'assenza di un *countervailing power*.¹³³

Le *Disposizioni provvisorie sulla valutazione delle concentrazioni*, emanate dal Ministero del commercio, si rifanno sostanzialmente a questo approccio ed elencano una serie di fattori che devono essere complessivamente valutati nell'analisi di mercato.¹³⁴ Oltre agli elementi sopra considerati la regolamentazione amministrativa riconosce rilevanza alla possibilità per le imprese concentranti di controllare i canali di approvvigionamento o di sbocco, alla loro forza economica e tecnologica insieme con la capacità produttiva dei concorrenti, la quale ultima misura l'idoneità degli altri operatori di soddisfare la domanda disposta ad abbandonare l'impresa risultante dalla concentrazione qualora quest'ultima decida di aumentare i prezzi.

Per l'osservazione del grado di concentrazione del mercato le disposizioni provvisorie suggeriscono di avvalersi dei due *test* econometrici del CR(n) e dell'HHI¹³⁵ e le prime applicazioni confermano che è quest'ultimo metodo di calcolo ad essere preferito dall'autorità antitrust cinese per la sua capacità di rivelare non soltanto situazioni di concentrazione del potere di mercato in mano a poche imprese, ma anche l'eventuale squilibrio della posizione esistente tra gli operatori di un

¹³² Art. 27, nn. (6) legge antimonopoli.

¹³³ Cfr. gli "*Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*" (2004) della Commissione europea, G.U. C 31/03 [*"Orientamenti concentrazioni orizzontali"*]. Negli Stati Uniti cfr. le "*Horizontal Merger Guidelines*".

¹³⁴ Art. 5 *Disposizioni provvisorie sulla valutazione delle concentrazioni*.

¹³⁵ Art. 6 *Disposizioni provvisorie sulla valutazione delle concentrazioni*.

6. Concentrazioni

determinato settore.¹³⁶ Gli orientamenti europei e statunitensi stabiliscono dei valori guida del livello di concentrazione del mercato, al di sotto dei quali si ritiene improbabile che la concentrazione produca effetti restrittivi.¹³⁷ Le disposizioni attuative della legge antimonopoli evitano di formalizzare simili parametri, anche se in tutte le decisioni in cui sono stati resi noti i risultati del *test* HHI sia il grado di concentrazione del mercato che la variazione di quest'ultimo determinata dall'operazione concentrativa si attestavano su valori superiori alle soglie fissate dalle autorità occidentali.¹³⁸

5.2 Effetti restrittivi ed efficienze

Soprattutto quando i dati emergenti dall'osservazione della struttura del mercato non sono sufficienti a maturare un giudizio in ordine alla portata restrittiva della concentrazione, l'autorità deve svolgere una valutazione prognostica degli effetti dell'operazione, bilanciando il peso delle restrizioni e delle efficienze che possono scaturirne. La soluzione, chiara dal punto di vista teorico, è tutt'altro che semplice sul piano pratico perché valori tra loro incommensurabili non accettano di essere comparati attraverso formule algebriche che tendano a dimostrare quale sia l'effetto prevalente.¹³⁹ Oltretutto, mentre le conseguenze negative in termini di incremento del prezzo e di restrizione dell'*output* derivanti da una riduzione dei concorrenti sul mercato sono abbastanza prevedibili, assai più speculative sono le valutazioni circa le efficienze che potrebbero conseguire ad una concentrazione dell'offerta. L'esito che di solito si osserva è che le autorità antitrust sono piuttosto

¹³⁶ Cfr. “*Baxter/Gambro*”, comunicato n. 58/2013, consultabile, in inglese, su <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/buwei/201308/20130800259186.shtml>; “*United Technologies/Goodrich*”, comunicato n. 35/2012, consultabile, in inglese, su <http://www.zhonglun.com/UpFile/File/201206191108334701.pdf>; “*Pfizer/Wyeth*”, comunicato n. 77/2009, consultabile, in inglese, su <http://www.hoganlovells.com/files/Publication/fdec804c-b204-41cf-a1d9-167c4c43d213/Presentation/PublicationAttachment/98aee318-771e-4541-bcb3-1937f8db8355/ChinaUpdate.pdf>.

¹³⁷ In Europa gli *Orientamenti concentrazioni orizzontali*, § 20, considerano “improbabile” che una concentrazione produca effetti restrittivi quando, a seguito dell'operazione, il valore HHI è inferiore a 1.000, il valore HHI è compreso tra 1.000 e 2.000 e la variazione (“ Δ ”) è inferiore a 250 oppure il valore HHI è superiore a 2.000 e Δ è inferiore a 150. Negli Stati Uniti è ritenuto egualmente improbabile che un effetto restrittivo sia causato da una concentrazione che avvenga in un mercato con un valore HHI inferiore a 1500 ovvero con un valore HHI superiore a 1.500 ma un Δ inferiore a 1000, mentre, se il mercato ha un livello HHI superiore a 2.500, una concentrazione può presentare rischi per la concorrenza se il Δ è compreso tra 100 e 200 ed è addirittura presunta come restrittiva in caso di Δ superiore a 200; v. *Horizontal Merger Guidelines*, § 5.3.

¹³⁸ Nel caso “*Pfizer/Wyeth*”, in cui il grado di concentrazione era il più basso tra quelli resi noti, nel mercato era stato registrato un valore HHI di 2182 con un Δ conseguente all'operazione di 336.

¹³⁹ Hovenkamp (1999), p. 516.

restie a riconoscere la superiorità dei guadagni di efficienza sostenuti dalle parti di una concentrazione.¹⁴⁰

Gli ordinamenti delle economie avanzate hanno oramai accettato l'idea che i vantaggi competitivi di cui godrebbe l'impresa risultante dalla concentrazione non vadano considerati una ragione per vietare l'operazione,¹⁴¹ ma che anzi possano produrre effetti complessivamente positivi per il mercato, pur danneggiando nell'immediato la capacità competitiva dei concorrenti.¹⁴² La prova che questi benefici esistano e siano in grado di controbilanciare gli effetti negativi della concentrazione è però tradizionalmente molto rigida e complessa, richiedendosi che tali esternalità positive siano ragionevolmente prevedibili e non possano essere ottenuti attraverso soluzioni meno restrittive della concorrenza.¹⁴³ Sia il diritto europeo che quello statunitense sono inoltre concordi nel ritenere che i benefici dell'operazione debbano tradursi in migliori condizioni per i consumatori, non potendo sostanzarsi in un mero risparmio di costo per le imprese.¹⁴⁴

Il diritto cinese si uniforma a questo indirizzo ed individua una serie di indicatori attraverso i quali misurare l'impatto della concentrazione sul mercato tanto in senso restrittivo quanto pro competitivo. Spetta alle parti provare l'esistenza di possibili efficienze,¹⁴⁵ che sarebbero difficilmente apprezzabili dall'autorità, se questa non fosse messa tempestivamente in grado di conoscere una serie di informazioni riservate circa i futuri sviluppi del mercato, di cui soltanto le imprese interessate sono a conoscenza.¹⁴⁶ Se l'insieme degli effetti positivi supera quello

¹⁴⁰ James – Sufrin (2011), p. 938.

¹⁴¹ Questa fu, ad esempio, l'opinione della Corte Suprema in *Brown Shoe Co Inc. vs. United States, cit.*, che paradossalmente è noto per la sua massima “*It is competition, not competitors, which the Act protects*”

¹⁴² Areeda – Kaplow – Edlin (2004), p. 757.

¹⁴³ *Orientamenti concentrazioni orizzontali*, §§ 75–88; *Horizontal Merger Guidelines*, § 10.

¹⁴⁴ Art. 2, par. 1, lett. (b), Reg. (CE) 139/2004, come interpretato dagli *Orientamenti concentrazioni orizzontali*, § 79; v. anche decisione COMP/M.4439, *Ryanair/Aer Lingus* (2007), confermata da T-342/07, *Ryanair Holdings plc. c. Commissione*. Negli Stati Uniti v. *FTC vs. Butterworth Health Corp.*, 946 F. Supp. 1285 (W.D. Mich. 1996), *aff'd per curiam*, 121 F.3D 708 (6th Cir. 1997), in cui la Corte ritenne credibile il trasferimento dei vantaggi di efficienza ai consumatori visto che l'impresa (un ospedale) non perseguiva uno scopo di lucro; al contrario in *FTC vs. Staples*, 970 F.Supp. 1066 (D.D.C. 1997), le giustificazioni di efficienza furono rigettate, in quanto fu ritenuto improbabile, alla luce dei precedenti storici, che *Staples* avrebbe adeguatamente trasferito ai consumatori i guadagni di efficienza ottenuti grazie alla concentrazione.

¹⁴⁵ Art. 28 legge antimonopoli.

¹⁴⁶ Cfr. in Europa gli *Orientamenti concentrazioni orizzontali*, § 87.

6. Concentrazioni

degli effetti negativi, allora la concentrazione può essere approvata.¹⁴⁷

In primo luogo, la concentrazione può innalzare le barriere all'ingresso sul mercato,¹⁴⁸ come nel caso in cui la colonizzazione da parte di un'impresa dominante di un mercato verticalmente collegato imponga ai concorrenti potenziali di entrambi i mercati su cui opera l'*incumbent*.¹⁴⁹ La concentrazione, però, può anche stimolare l'ingresso di nuovi concorrenti, il quale, se semplice, rapido e credibile, è in grado di scoraggiare l'impresa risultante dalla concentrazione dal tenere comportamenti monopolistici sul mercato rilevante.¹⁵⁰

In secondo luogo, dalla concentrazione può prodursi un miglioramento o un rallentamento del progresso tecnologico.¹⁵¹ Nei settori delle tecnologie avanzate, infatti, le imprese sono chiamate ad una costante innovazione, poiché i loro prodotti patiscono una quanto mai rapida obsolescenza, essendo continuamente sorpassati da sostituti tecnologicamente più avanzati, che determinano un crollo dell'attrattività, e quindi dei prezzi, dei prodotti della generazione precedente. Per contrastare l'ascesa di un operatore che grazie alle sue maggiori efficienze è riuscito a conquistare nuove fette di mercato, l'unica soluzione che si offre alle altre imprese è, dunque, quella di sviluppare tecnologie più moderne in grado di scalzare i vecchi prodotti e di consegnare all'impresa innovatrice il primato all'interno del mercato.¹⁵²

In terzo luogo, le operazioni di fusione e di acquisto possono aumentare il potere di mercato dell'impresa concentrante, riducendone i vincoli concorrenziali e pregiudicando la posizione dei clienti, dei fornitori e, in ultima analisi, dei consumatori.¹⁵³ La concentrazione potrebbe, però, eliminare gli incentivi delle imprese interessate a coordinare la propria attività sul mercato ed indurle a

¹⁴⁷ Art. 13 *Disposizioni provvisorie sulla valutazione delle concentrazioni*, che richiama quanto già affermato nell'art. 28 della legge.

¹⁴⁸ Art. 27, n. (3) legge antimonopoli.

¹⁴⁹ Cfr. *supra* Cap. V, § 3.3.

¹⁵⁰ Art. 7 *Disposizioni provvisorie sulla valutazione delle concentrazioni*. In "*Media Tek/MStar Cayman*", ad esempio, si diede rilievo alla prassi delle imprese di soddisfare contemporaneamente la propria domanda presso due produttori di *chip*; la fusione dei due principali operatori del mercato dei *chip*, cui le imprese congiuntamente si riferivano, liberava, dunque, sbocchi per l'ingresso di nuovi concorrenti.

¹⁵¹ Art. 27, n. (3), legge antimonopoli e art. 8 *Disposizioni provvisorie sulla valutazione delle concentrazioni*.

¹⁵² In "*Western Digital/Hitachi*" e "*Seagate/Samsung*" si è sottolineata la forte spinta innovativa che incontrano le imprese nel mercato degli *hard disk driver*.

¹⁵³ Art. 27, n. (4), legge antimonopoli e artt. 9 e 10 *Disposizioni provvisorie sulla valutazione delle concentrazioni*.

competere in maniera più aggressiva così come potrebbe indurre i concorrenti a migliorare quantitativamente e qualitativamente la propria offerta a consumatori e imprese. Si può notare, per inciso, che la formulazione delle norme lascia intendere che il diritto della concorrenza cinese prediliga una definizione di “consumatore” più ristretta rispetto a quella europea, includendovi i soli utilizzatori finali dei beni e non anche tutti gli anelli intermedi della catena produttiva o distributiva.¹⁵⁴

Il criterio più eccentrico dell’elencazione contenuta nell’articolo 27 della legge è certamente l’effetto che l’operazione può avere sullo sviluppo dell’economia nazionale.¹⁵⁵ A venire in rilievo questa volta non è il benessere complessivo dei consumatori, secondo l’insegnamento del modello europeo e statunitense, ma gli incrementi produttivi conseguiti all’interno dell’industria.¹⁵⁶ Il controllo delle concentrazioni viene, così, apertamente piegato a ragioni di politica industriale e di promozione della crescita all’interno di uno specifico settore o di una determinata area geografica,¹⁵⁷ anche a scapito delle esigenze dei consumatori e delle altre imprese. La connessione è abbastanza evidente con quanto affermato in via generale dall’articolo 5 della legge, il quale esalta gli effetti positivi che le concentrazioni producono in termini di potenziamento delle economie di scala e della forza competitiva delle imprese.

Le concentrazioni sono da sempre lo strumento prediletto dall’industria per reagire a situazioni di crisi strutturale e per rafforzarsi di fronte alle nuove sfide competitive conseguenti all’ingresso sul mercato di grandi imprese, che tentano di scardinare gli equilibri in precedenza raggiunti. Quel che sorprende è leggere un’esplicita approvazione di questo genere di pratiche nel testo di una legge a tutela del mercato, la quale dovrebbe occuparsi delle concentrazioni sotto l’esclusivo profilo della minaccia da esse posta al libero gioco della concorrenza.¹⁵⁸ L’enunciazione di principio dell’articolo 5 si salda con la disposizione che include lo

¹⁵⁴ Cfr. C-238/05, *Asnef-Equifax c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, nonché le “Linee direttrici sull’applicazione dell’art. 81, paragrafo 3, del trattato” (2004), G.U. C 101/97.

¹⁵⁵ Art. 27, n. (5), legge antimonopoli e art. 11 *Disposizioni provvisorie sulla valutazione delle concentrazioni*.

¹⁵⁶ Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 165.

¹⁵⁷ Negli ultimi anni, ad esempio, il governo favorisce gli investimenti nelle province centrali ed occidentali del paese che patiscono un forte ritardo nello sviluppo rispetto alle aree costiere; cfr. <http://www.china.org.cn/english/features/investment/36734.htm>.

¹⁵⁸ X. Wang (2009), p. 611.

6. Concentrazioni

sviluppo dell'economia nazionale tra i criteri di valutazione delle concentrazioni e con quella che, come da qui a poco si vedrà, riconosce rilevanza all'interesse pubblico nel corso del procedimento di controllo. L'insieme di queste tre norme disegna, dunque, un sistema di controllo delle concentrazioni estremamente attento alle ragioni di politica industriale e pronto a perseguire una pluralità di obiettivi potenzialmente incompatibili con la promozione della concorrenza sul mercato.

5.3 Concentrazioni restrittive

Una concentrazione che abbia o possa avere l'effetto di eliminare o ridurre la concorrenza deve essere vietata dall'autorità antimonopoli.¹⁵⁹ Un'interpretazione letterale di questa disposizione può rivelarsi sostanzialmente insensata, perché ogni concentrazione ha l'effetto di ridurre la concorrenza quale inevitabile conseguenza della diminuzione degli operatori presenti sul mercato o, nell'ipotesi di costituzione di un'impresa comune, per via dell'introduzione di vincoli all'autodeterminazione delle imprese madri. L'aver evitato di inserire alcuna ulteriore qualificazione all'effetto restrittivo,¹⁶⁰ che, se accertato, impone di vietare la concentrazione, sicuramente ha lo scopo di tenere libere le mani dell'autorità antitrust e di assicurare una sorta di insindacabilità al suo giudizio. Questa scelta, tuttavia, renderebbe impraticabile qualsiasi concentrazione, se in concreto non si addivenisse ad una distinzione tra effetti restrittivi tollerabili ed altri che devono essere impediti o mitigati tramite un intervento correttivo dell'autorità. Si è visto, d'altronde, che, nell'esame delle quote di mercato e del grado di concentrazione, il Ministero del commercio si focalizza su quelle transazioni che hanno un effetto restrittivo rilevante o perché creano una posizione dominante sul mercato o perché determinano una variazione oltre una certa soglia del livello di concentramento dell'offerta. Può dunque considerarsi immanente nell'ordinamento un principio di necessaria consistenza degli effetti restrittivi che una concentrazione deve produrre affinché possa essere vietata dall'autorità. Va, però, sottolineato che il suddetto principio, pur essendo stato accolto dalla prassi, è incerto possa essere ritenuto concretamente vincolante per l'autorità amministrativa.

¹⁵⁹ Art. 28 legge antimonopoli.

¹⁶⁰ V., al contrario, l'art. 2, par. 3, Reg. (CE) 139/2004 e il § 7 del *Clayton Act*; cfr. *supra* Cap. II, § 4.3.

5.4 Concentrazioni di interesse pubblico

Oltre che nel caso in cui gli effetti positivi sopravanzino le conseguenze negative dell'operazione, una concentrazione restrittiva può essere approvata anche quando essa si riveli conforme all'interesse pubblico.¹⁶¹ Si è già parlato dell'inafferrabilità del significato del termine "interesse pubblico" e della funzione ad esso attribuita di dare ingresso a considerazioni di opportunità politica che sovvertano le conclusioni cui si giunge al termine di un'analisi antitrust.¹⁶² Nel settore delle concentrazioni, motivi di interesse pubblico permettono di accettare palesi e consistenti riduzioni della concorrenza tra le imprese, ogni volta che ciò serva a preservare interessi di grande peso sociale, ma normalmente irrilevanti in un approccio puramente efficientistico al controllo delle operazioni concentrative.

Il mantenimento dei livelli occupazionali, la creazione di "campioni nazionali", il predominio dell'impresa pubblica in certi settori sono tutti obiettivi che il governo mira a realizzare, ma che sono incompatibili con i meccanismi della concorrenza. All'elenco suddetto, ovviamente soltanto esemplificativo, può aggiungersi l'obiettivo di salvare un'impresa in crisi.¹⁶³ La *failing firm defence* è riconosciuta in altri ordinamenti, benché sottoposta a stringenti condizioni,¹⁶⁴ perché l'acquisizione di un'impresa sull'orlo della chiusura, malgrado produca un consistente restringimento dell'offerta, consente di recuperare i beni produttivi di quest'ultima e di mantenere posti di lavoro, che altrimenti andrebbero

¹⁶¹ Art. 28 legge antimonopoli.

¹⁶² Cfr. *supra* Cap. III, § 1.1.

¹⁶³ A differenza delle disposizioni attuali, l'art. 56 delle *Disposizioni provvisorie fusioni e acquisizioni 2006* enumerava i seguenti casi in cui un'impresa poteva ricorrere all'autorità amministrativa per essere esentata dall'esame antitrust: "(1) la concentrazione migliora le condizioni per una leale concorrenza sul mercato; (2) un'impresa in perdita viene ristrutturata e viene assicurato l'impiego; (3) la concentrazione consente l'acquisto di tecnologie avanzate e personale qualificato e migliora la competitività internazionale delle imprese; (4) la concentrazione migliora le condizioni ambientali". Tra queste, le ipotesi da (2) a (4) possono ricondursi al concetto di "interesse pubblico".

¹⁶⁴ In UE la *failing firm defence* è ammessa ove si dimostri che l'impresa concentrata sia sul punto di uscire dal mercato, che non vi sia una concentrazione alternativa che produrrebbe effetti meno gravi e che, mancando la concentrazione, i beni produttivi dell'impresa uscirebbero inevitabilmente dal mercato; v. *Orientamenti concentrazioni orizzontali*, § 90, e cause riunite C-68/94 e C-30/95, *Repubblica francese e Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) e Entreprise minière et chimique (EMC) c. Commissione*, in cui si è precisato che, nel caso in cui l'impresa acquirente rimanga l'unico operatore sul mercato, è necessario altresì dimostrare che quest'ultima avrebbe comunque acquisito il totale delle quote di mercato appartenute all'operatore fallito. Negli Stati Uniti l'oggetto della prova consiste esclusivamente nell'inevitabilità dell'uscita dal mercato delle attività dell'impresa qualora questa non venisse acquistata; prova che deve essere fornita dimostrando l'approssimarsi dell'insolvenza, l'incapacità dell'impresa di ristrutturare la propria attività avvalendosi del *Chapter 11 del Bankruptcy Act* e la mancanza di ipotesi concentrative meno restrittive; v. *Horizontal Merger Guidelines*, § 11.

6. Concentrazioni

irrimediabilmente perduti. Le disposizioni attuative della legge antimonopoli contengono, però, soltanto un fugace riferimento all'impresa in crisi, privo di ogni indicazione circa i presupposti che rendono legittimo il ricorso a questa difesa;¹⁶⁵ per tale motivo essa deve essere considerata una specificazione della clausola generale eccezione di interesse pubblico con cui condivide l'assoluta discrezionalità affidata all'amministrazione per la sua valutazione.

Gettando uno sguardo fuori dall'ordinamento cinese, si può osservare che anche altri paesi conoscono eccezioni alle regole antitrust giustificate da finalità di interesse pubblico, le quali costituiscono la valvola di sfogo principale delle istanze di politica industriale. In Europa gli Stati membri possono adottare, in conformità ai principi e alle disposizioni del diritto comunitario, gli "opportuni provvedimenti" concernenti la sicurezza pubblica, la pluralità dei mezzi di informazione¹⁶⁶ e le norme prudenziali.¹⁶⁷ Al di fuori di questa ristretta cerchia di interessi protetti, ogni altro intervento dello Stato incidente sull'operazione di concentrazione e motivato da ragioni di interesse pubblico deve essere previamente accettato dalla Commissione. L'azione non autorizzata da parte dello Stato è trattata alla stregua di una violazione del principio di competenza esclusiva sulle concentrazioni di rilevanza comunitaria, alla quale consegue l'avvio di un procedimento di infrazione a carico dello Stato membro.¹⁶⁸ Alcuni Stati europei prevedono, inoltre, la possibilità di approvare per ragioni di interesse pubblico una concentrazione altrimenti vietata. Si può prendere l'esempio della Germania, in cui il potere politico si riserva il diritto di decidere su operazioni di concentrazione che toccano interessi sensibili dello Stato,¹⁶⁹ e dell'Italia, dove il governo è delegato a stabilire i criteri generali ed astratti in base ai quali l'autorità antitrust può autorizzare una concentrazione che risponda a fini di

¹⁶⁵ Art. 12 *Disposizioni provvisorie sulla valutazione delle concentrazioni*.

¹⁶⁶ Nella decisione IV/M.423, *Newspaper Publishing* (1994), la Commissione approvò una concentrazione tra alcuni grandi editori di quotidiani, specificando che anche il Regno Unito avrebbe dovuto prestare il proprio consenso all'operazione.

¹⁶⁷ Art. 21, par. 4, Reg. (CE) 139/2004; Geradin – Girgenson (2011). È comunque incerto che uno Stato possa approvare per motivazioni di interesse pubblico una concentrazione che sia stata in precedenza vietata dalla Commissione europea; v. James – Sufrin (2011), p. 891.

¹⁶⁸ Cfr. la procedura di infrazione avviata dalla Commissione a carico dell'Italia per aver ostacolato la concentrazione tra *Autostrade* ed *Abertis*, poi terminata per avere l'Italia rimosso gli impedimenti inizialmente frapposti; v. IP/06/1418.

¹⁶⁹ In base al § 42 GWB: Il Ministero dell'economia e della tecnologia può approvare una concentrazione vietata, su richiesta delle parti, laddove ravvisi un "*überragendes Interesse der Allgemeinheit*" e la consistenza della restrizione non metta in pericolo l'ordine del mercato.

interesse generale.¹⁷⁰

In tutti gli ordinamenti presi in esame, considerazioni diverse da quelle di concorrenza trovano spazio nel procedimento di controllo delle concentrazioni unicamente in via di eccezione, sotto forma di limite esterno imposto da un organo politico (il governo di uno Stato membro della UE, il Ministro dell'economia e della tecnologia in Germania, Il Consiglio dei Ministri in Italia), e non quale criterio che, al pari di altri di natura efficientistica, partecipa al giudizio di anticompetitività della concentrazione, come invece prevede l'articolo 28 della legge antimonopoli.¹⁷¹

In Cina si affida, pertanto, alla medesima autorità il compito di giostrarsi tra la tutela del mercato e la promozione di obiettivi di natura non concorrenziale, cumulando il proprio ruolo di garante con quello di regolatore chiamato ad assumere scelte politiche. L'autorità antitrust viene, dunque, a trasformarsi in un *"policy maker"* con il rischio sempre presente che gli effetti positivi della concentrazione sulla politica industriale siano sovrastimanti in confronto agli effetti negativi prodotti sulla concorrenza.¹⁷² Inoltre, il meccanismo adottato dagli altri ordinamenti, che separa il giudizio "tecnico" sul rispetto dei principi della concorrenza da quello "politico" di interesse pubblico, contribuisce a rendere trasparente la decisione del governo di affrancarsi dal rigoroso rispetto delle disposizioni antitrust; al contrario, l'inserzione di considerazioni di interesse pubblico nel calderone dei fattori di valutazione delle concentrazioni ne favorisce un'applicazione surrettizia, che esonera il governo dall'assumere una formale decisione in contrasto con le risultanze dell'indagine concorrenziale. La situazione è tanto più aggravata dalla mancanza di un obbligo per il Ministero del commercio di pubblicare le decisioni di autorizzazione incondizionata, per cui non si conosce se e quante volte l'interesse pubblico è stato posto alla base dell'approvazione di una concentrazione restrittiva e si accrescono i sospetti di un'applicazione discriminatoria delle norme antimonopolistiche, considerato che difficilmente le imprese straniere potranno

¹⁷⁰ L'art. 25, comma 1, Legge 10 ottobre 1990, n. 287 consente al Consiglio dei Ministri di stabilire *"in linea generale e preventiva i criteri sulla base dei quali l'Autorità può eccezionalmente autorizzare, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea, operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell'articolo 6, sempreché esse non comportino la eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti"*.

¹⁷¹ Jung – Q. Hao (2003), p. 169.

¹⁷² X. Wang (2009), pp. 610–611.

6. Concentrazioni

beneficiare di un trattamento più favorevole per mezzo della clausola generale in parola.¹⁷³

6.– Prime applicazioni

6.1 Brevi statistiche

Le concentrazioni sono il settore del diritto antitrust che ha conosciuto il maggiore sviluppo in questi primi anni di applicazione della nuova legge. L'obbligo di notifica delle concentrazioni che superano la soglia di rilevanza ha portato il Ministero del commercio ad esaminare oltre 800 concentrazioni, imponendo dei rimedi in 20 casi e vietando una sola operazione (“*Coca Cola/Huiyuan*”).¹⁷⁴ La legge obbliga a pubblicare i soli provvedimenti di divieto e di imposizione di condizioni alle operazioni di concentrazione,¹⁷⁵ ragione per cui la stragrande maggioranza dei casi rimane sconosciuta ed i dati sul lavoro complessivamente svolto dell'autorità vengono comunicati nel corso di conferenze stampa del direttore dell'Ufficio antimonopoli tenute a cadenza semestrale.

Il contenuto delle decisioni pubblicate è molto scarno e, anche se è possibile osservare una motivazione più dettagliata nelle decisioni più recenti, la lunghezza dei provvedimenti non supera mai le dieci pagine e vengono sempre omesse informazioni analitiche sui risultati dell'analisi di mercato, sulle indagini econometriche eseguite e sulle opinioni rilasciate dalle parti, dai soggetti terzi e dalle altre autorità consultate nel corso del procedimento.

Dalla fine del 2012 il Ministero, venendo incontro alle richieste degli operatori del settore, ha reso note le concentrazioni approvate senza rimedi in questi primi anni, pubblicando una lista che viene aggiornata ogni tre mesi.¹⁷⁶ Purtroppo ad essere diffusi fino ad adesso sono stati soltanto i nomi delle imprese coinvolte. Il

¹⁷³ Cfr. Furse (2009), p. 102, e X. Wang (2008b), p. 143, i quali notano che è improbabile che una concentrazione tra imprese straniere coinvolga interessi pubblici di tale rilievo da indurre l'autorità ad approvarla per tale motivo, visto che le imprese straniere non dispongono di *asset* industriali di grande valore all'interno del territorio cinese, sul quale operano per lo più importando i propri beni dall'estero.

¹⁷⁴ I dati sino ad agosto del 2013 sono commentati da Mariniello (2013).

¹⁷⁵ Art. 30 legge antimonopoli.

¹⁷⁶ La lista è consultabile su <http://images.mofcom.gov.cn/fldj/accessory/201211/1353031118730.pdf>.

Ministero si è, però, impegnato a fornire delle sintesi delle decisioni approvate.¹⁷⁷

6.2 Concentrazioni orizzontali

La maggior parte degli interventi del Ministero del commercio ha riguardato operazioni tra imprese attive sullo stesso mercato, dalle quali derivava il pericolo che l'impresa risultante dalla concentrazione potesse aumentare unilateralmente i prezzi (c.d. effetti unilaterali) ovvero che le poche imprese rimaste sul mercato riuscissero a raccordare le loro attività per restringere l'offerta (c.d. effetti di coordinamento).

Soprattutto nel caso di effetti unilaterali, l'autorità ha fondato la sua decisione pressoché unicamente sulla quota di mercato detenuta dall'impresa che sarebbe nata dalla concentrazione ed i possibili fattori disciplinanti del potere di mercato sono stati del tutto omessi dall'analisi o al più citati di sfuggita, senza che fosse dato comprendere il loro reale peso all'interno della decisione. Al di là di casi estremi, come la creazione di un monopolio,¹⁷⁸ l'esperienza di altri ordinamenti insegna che non è sufficiente provare che l'impresa risultante dalla concentrazione goda di un potere di mercato, se non si dimostra che essa sarà in grado di esercitarlo in concreto.¹⁷⁹ Ricavare automaticamente una presunzione di restrittività della concentrazione dalle quote di mercato delle imprese certamente agevola il lavoro di un'autorità ancora poco pratica agli strumenti dell'analisi economica, ma ha la conseguenza di trasferire buona parte dell'onere della prova sulle imprese e di accrescere il pericolo di *over-deterrence*.¹⁸⁰

In “*Panasonic/ Sanyo*” il Ministero ha concluso che, con l'acquisto di *Sanyo*, *Panasonic* avrebbe occupato il 61,6% del mercato delle batterie a litio ricaricabili ed il 46,3% del mercato delle batterie al nickel di idrogeno utilizzate negli elettrodomestici e di conseguenza avrebbe potuto aumentare unilateralmente i prezzi, nonostante fosse noto che una parte sostanziosa dei clienti fosse rappresentata da

¹⁷⁷ Shang (2013).

¹⁷⁸ Questo è stato, ad esempio, quanto è successo nel caso “*Penelope/Savio*”, in cui per effetto dell'acquisto sarebbero appartenute al medesimo gruppo industriale le uniche due società produttrici di stribbie elettroniche per macchine roccatrici; comunicato n. 73 2011; testo consultabile, in inglese, su <http://www.sourcejuice.com/1484537/2011/11/02/Ministry-Commerce-Notice-73-2011-conditional-approval-limited/>.

¹⁷⁹ Cfr. *supra* § 5.1.

¹⁸⁰ X. Zhang – V. Zhang (2009), p. 493.

6. Concentrazioni

grandi imprese in grado di controbilanciare il potere di mercato di *Panasonic*.¹⁸¹ Nel caso di specie, l'effetto restrittivo della concentrazione non può essere del tutto escluso, visto che anche la Commissione europea ha imposto dei rimedi strutturali alla transazione,¹⁸² ma lo stile particolarmente conciso della motivazione non consente di confermare o smentire i risultati cui è giunta l'autorità antitrust cinese.

In "*Mitsubishi/Rayon*"¹⁸³ la fusione avrebbe consentito alla nuova impresa di detenere il 64% della produzione di metilmetacrilato, con una quota di mercato ben superiore a quella dei suoi concorrenti più prossimi. Analogamente, in "*United Technologies/Goodrich*" e "*Pfizer/Wyeth*", una quota di mercato aggregata rispettivamente dell'84% e del 49,4% in settori ad alta specializzazione, quali quelli dell'industria aeronautica e farmaceutica, è stata ritenuta sufficiente a giustificare un intervento antitrust, senza che fosse svolta alcuna analisi in merito alla forza competitiva dei concorrenti e dei clienti delle imprese interessate.

Un positivo cambiamento di rotta può forse avvertirsi in una delle ultime decisioni dell'autorità riguardante la concentrazione tra i due *chip designer* *MStar (Cayman) Semiconductor* e *Media Tek*.¹⁸⁴ In questo caso la fusione avrebbe attribuito alle parti un evidente potere sul mercato dei *chip* per i televisori *LCD*, arrivando esse a detenerne il 65% delle quote; ciò malgrado, il Ministero ha voluto concentrare la propria attenzione anche su altri elementi che rendevano difficilmente aggredibile la posizione dominante che avrebbe assunto la società risultate dalla fusione. Notava, infatti, l'autorità che la stretta integrazione dei *chip* all'interno degli apparecchi televisivi obbligava le imprese a chiedere alle case produttrici dei *chip* di progettare dei modelli adatti ad ogni singolo apparecchio ed a tal fine venivano conclusi dei contratti di fornitura di lunga durata per garantire gli investimenti compiuti. Questi contratti, insieme con il peso fondamentale riconosciuto ai diritti di esclusiva nell'ambito delle nuove tecnologie, costituivano un forte ostacolo all'accesso di nuovi concorrenti sul mercato. Nella decisione si dà atto, inoltre, della consuetudine

¹⁸¹ Per quanto riguarda le batterie al nickel di idrogeno usate negli elettrodomestici, una quota di mercato inferiore al 50% è stata ritenuta sufficiente a causare effetti restrittivi in quanto il settore stava subendo un rallentamento della domanda che rendeva improbabile l'ingresso di nuovi operatori.

¹⁸² COMP/M.5421, *Panasonic/Sanyo* (2009).

¹⁸³ Comunicato n. 28/2009; testo consultabile, in inglese, in Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), pp. 595–597.

¹⁸⁴ Merita di essere segnalato che "*Media Tek/MStar Cayman*" è uno dei pochissimi casi in cui il Ministero, insieme con la decisione, ha deciso di pubblicare anche il piano di esecuzione dei rimedi.

dei produttori di televisori di rivolgersi contemporaneamente a due differenti imprese per la progettazione dei *chip*, in modo da ripartire i rischi dell'operazione. Siccome in molti casi le imprese fabbricanti i televisori si rivolgevano congiuntamente a *Media Tek* e *MStar Cayman*, la fusione avrebbe costretto gli operatori manifatturieri a cercare nuovi *partner* commerciali, così aprendo nuovi spazi per l'espansione delle altre imprese presenti sul mercato dei *chip* e per l'ingresso di nuovi operatori. Il Ministero ha riconosciuto gli effetti positivi che sarebbero conseguenti alla fusione, ma non ha ritenuto che essi potessero compensare gli effetti restrittivi della concentrazione. Non può escludersi, infine, che un peso considerevole nella scelta del Ministero abbia avuto l'intrinseca debolezza delle imprese cinesi produttrici di televisori¹⁸⁵ e che quindi si sia voluto evitare che esse potessero patire un eccessivo squilibrio contrattuale con le imprese del mercato a monte.

Quando nell'esame delle concentrazioni orizzontali mancano le condizioni per affermare il probabile verificarsi di effetti unilaterali, il Ministero del Commercio ricorre abbastanza di frequente alla teoria degli effetti di coordinamento. Si sa che gli ordinamenti occidentali si mostrano sempre più esigenti nella prova di una possibile coordinazione tacita tra le imprese rimaste sul mercato in seguito della concentrazione. In particolare, l'esistenza di un rischio di coordinamento presuppone la prova dell'esistenza di un oligopolio e della sostanziale uniformità delle quote di mercato detenute dalle imprese. Questi due elementi non sono, però, considerati sufficienti e necessitano di essere corroborati dimostrando la trasparenza del mercato, l'esistenza di meccanismi deterrenti che non rendono conveniente per la singola impresa deviare dalla condotta comune, l'incapacità di soggetti esterni al coordinamento di pregiudicare i risultati attesi dalla condotta comune,¹⁸⁶ precedenti episodi di collusione registrati tra le medesime imprese ovvero la presenza di una domanda scarsamente elastica o che si rifornisca attraverso acquisti frequenti e di piccole dimensioni.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Cfr. *supra* Cap. II, § 1.2, e Cap. III, § 1.1.

¹⁸⁶ La trasparenza del mercato, l'esistenza di meccanismi deterrenti e la solidità dell'oligopolio sono i tre fattori individuati dalla sentenza T-342/99, *Airtours c. Commissione*, § 62, quali situazioni che devono essere fatte oggetto di prova per dimostrare che vi è la probabilità che sul mercato si verifichino degli effetti di coordinamento; v. anche *Orientamenti concentrazioni orizzontali*, § 41.

¹⁸⁷ Gli ultimi tre criteri citati (precedenti episodi di collusione, domanda elastica e domanda che si rifornisce attraverso acquisti piccoli e frequenti) sono specificatamente presi in considerazione dalle *Horizontal Merger Guidelines* statunitensi, §7.2.

6. Concentrazioni

Prove così complesse non sono state finora fornite dal Ministero, il quale si è accontentato di osservare la creazione di un oligopolio mediamente stabile per inferire la probabilità che tra le imprese possa svilupparsi una forma di coordinamento tacito, palesando un chiaro atteggiamento di sfavore per ogni ipotesi di accumulo del potere di mercato in mano a poche imprese.

In “*InBev/Anheuser–Busch*”¹⁸⁸, la prima decisione pubblicata dal Ministero del commercio in materia di concentrazioni nel novembre del 2008 e lunga appena poche righe, l’autorità si mostrò particolarmente preoccupata dai legami societari che univano quattro dei sei principali operatori nazionali della birra; la concentrazione non creava né rafforzava una posizione dominante e la concorrenza sul mercato appariva abbastanza vivace, ciò nonostante fu imposto ad *InBev* di non incrementare la propria quota di partecipazione al capitale di due società dirette concorrenti.¹⁸⁹ Sulla stessa linea e senza altra apparente motivazione che la volontà di evitare il rafforzamento di un oligopolio sul mercato, si collocano le decisioni che riguardano le fusioni “*Panasonic/Sanyo*” (limitatamente al mercato delle batterie al nickel di idrogeno usate nelle auto elettriche), “*Baxter/Gambro*” e “*Novartis/Alcon*”¹⁹⁰, queste ultime due riguardanti la commercializzazione di prodotti farmaceutici.

Un maggiore sforzo d’analisi va riconosciuto, invece, nelle speculari decisioni “*Seagate/Samsung*”¹⁹¹ e “*Western Digital/Hitachi*”, assunte a pochi mesi di distanza l’una dall’altra, in cui il Ministero ha preso in esame tutti i principali fattori che possono influenzare la formazione dell’offerta nel mercato degli *hard disk driver* (*HDD*). In particolare, è stato sottolineato che a seguito della concentrazione soltanto quattro operatori sarebbero rimasti in un mercato caratterizzato da notevole trasparenza ed omogeneità dei beni; inoltre, benché gli acquirenti tendessero a rifornirsi attraverso procedure di gara al ribasso, il ristretto numero di imprese sul mercato rilevante avrebbe facilitato la collusione al fine di aumentare i prezzi, anche alla luce della sostanziale insensibilità degli acquirenti a tali aumenti, vista la loro

¹⁸⁸ Comunicato n. 95/2008; testo consultabile, in inglese, in Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), pp. 585–586

¹⁸⁹ La concentrazione fu, invece, approvata incondizionatamente negli Stati Uniti e nel Regno Unito; v. X. Zhang – V. Zhang (2009), p. 485.

¹⁹⁰ In “*Novartis/Alcon*” l’incremento della quota di mercato nel settore dei prodotti oftalmici fu di appena l’1%.

¹⁹¹ Comunicato n. 90/2011; testo consultabile, in inglese, su www.linklaters.com/pdfs/mkt/beijing/11_MOF.COM_decision_on_Samsung_v_Seagate_ENG.pdf.

capacità di trasferirli integralmente ai consumatori.¹⁹² Con tutti i limiti di un'analisi svolta in poche pagine, le decisioni in questione sono certamente più convincenti nella dimostrazione degli effetti di coordinamento di quanto non lo siano altre che le hanno precedute o seguite, le quali non vanno oltre la sintetica descrizione di un ipotetico scenario futuro di restrizione della concorrenza senza sostenere la ricostruzione compiuta con adeguati risultati tratti dall'analisi economica del mercato.¹⁹³

6.3 Concentrazioni verticali

Cospicuo è stato il numero di concentrazioni non orizzontali per le quali il Ministero del commercio ha ritenuto opportuno esercitare i propri poteri correttivi, malgrado i pregiudizi per la concorrenza derivanti da questo genere di operazioni siano meno evidenti e sia, invece, maggiore la probabilità che da esse si producano miglioramenti di efficienza grazie all'internalizzazione dei costi di transazione tra i vari livelli di mercato.¹⁹⁴ In considerazione di ciò, gli Stati Uniti, ad esempio, hanno scelto di perseguire le concentrazioni tra operatori di mercati diversi solo qualora esse determinino una restrizione della concorrenza a livello orizzontale sul mercato dell'impresa acquirente (mercato principale). Nelle concentrazioni verticali questo può succedere perché, in alternativa, si elimina un concorrente potenziale,¹⁹⁵ si costringono i nuovi operatori ad entrare contemporaneamente anche sul mercato dell'impresa acquistata (mercato secondario),¹⁹⁶ si facilita la collusione tra imprese

¹⁹² Nella decisione si tenne anche conto della profonda dinamicità del mercato, che registrava una domanda crescente di *HDD*, alla quale le imprese attualmente presenti non sarebbero state in grado di rispondere nel prossimo futuro; tuttavia, la considerazione non sembrò essere in grado di eliminare le preoccupazioni circa gli effetti restrittivi che si sarebbero prodotti a seguito della concentrazione.

¹⁹³ Healey (2010), p. 50.

¹⁹⁴ Cfr. “*Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*” (2008) della Commissione europea, G.U. C 265/07 [“*Orientamenti concentrazioni non orizzontali*”], §§ 11–14; cfr. anche “*Non-Horizontal Merger Guidelines*” emanate dal DOJ e che erano parte integrante delle “*Merger Guidelines*” del 1984, di cui sono rimaste le uniche disposizioni in vigore dopo l'approvazione delle nuove “*Horizontal Merger Guidelines*” nel 1992 e poi nel 2010; il testo delle *Non-Horizontal Merger Guidelines* è consultabile su <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/2614.pdf>.

¹⁹⁵ *Non-Horizontal Merger Guidelines*, § 4.1.

¹⁹⁶ *Id.*, § 4.21; i presupposti che determinano un rischio di innalzamento delle barriere all'ingresso, specificano le *guidelines*, sono che i due mercati siano così profondamente integrati da non rendere conveniente l'ingresso in uno solo di essi, che il costo di ingresso nel mercato secondario renda notevolmente più difficile l'ingresso sul mercato principale e che le condizioni di concorrenza in quest'ultimo siano tali da giustificare il timore di un incremento dei prezzi (es: HHI superiore a 1800).

6. Concentrazioni

verticalmente integrate¹⁹⁷ ovvero, nel caso in cui il mercato primario sia regolamentato, si consente all'impresa di realizzare profitti sovra competitivi nel mercato secondario.¹⁹⁸

Ben più esteso è, invece, l'approccio del diritto europeo alle concentrazioni non orizzontali, che infatti sul punto ha fatto segnare noti contrasti con le autorità d'oltreoceano.¹⁹⁹ Riguardo alle concentrazioni verticali, oggetto di valutazione della Commissione sono soprattutto gli effetti di preclusione che si possono creare in un mercato verticalmente collegato, ostacolando l'accesso a risorse essenziali o sbocchi.²⁰⁰ La dimostrazione di un pericolo di *foreclosure* è, però, particolarmente rigorosa, richiedendo la prova sia della capacità dell'impresa di attuare strategie discriminatorie sia l'incentivo e la probabilità che essa ponga in essere tali comportamenti.²⁰¹ Non si trascurano di considerare, inoltre, i possibili rischi connessi alla conoscenza da parte dell'impresa concentrante di informazioni sensibili dei propri concorrenti in possesso dell'impresa concentrata²⁰² come anche la maggiore facilità che incontrano le imprese a cooperare in mercati verticalmente integrati.²⁰³

Nel diritto antitrust cinese si è persa l'occasione per chiarire la portata del divieto di concentrazioni restrittive tra imprese operanti in mercati diversi, ma dal numero delle decisioni e dall'esame delle ragioni che hanno spinto il Ministero del commercio ad intervenire con delle restrizioni si conferma un atteggiamento complessivamente piuttosto severo dell'autorità nella valutazione delle possibili conseguenze negative scaturenti dalle concentrazioni non orizzontali. In

¹⁹⁷ *Id.*, § 4.22; l'integrazione verticale facilita la collusione quando accresce la trasparenza dei costi delle imprese o elimina un operatore con un forte potere contrattuale nel mercato a valle.

¹⁹⁸ *Id.*, § 4.23; l'impresa che opera in un mercato regolamentato ed anche in un mercato a valle non regolamentato potrà infatti gonfiare i costi di transazione interni in modo difficilmente controllabile dall'autorità pubblica.

¹⁹⁹ Su tutti si ricorda il già citato caso del divieto ordinato dalla Commissione alla gigantesca operazione di concentrazione tra *General Electric ed Honeywell*, *cit.*, in precedenza approvato dal DOJ.

²⁰⁰ Cfr. le decisioni COMP/M.4504, *SFR/Télé 2 France* (2007); COMP/M.1845, *Time Warner/AOL* (2000).

²⁰¹ *Orientamenti concentrazioni non orizzontali*, §§ 29–77.

²⁰² *Id.*, § 78; v. anche le decisioni COMP/M.3653, *Siemens/VA Tech* (2005); COMP/M.3440, *EDP/ENEL/GDP* (2004); COMP/M.2510, *Boeing/Hughes* (2000).

²⁰³ *Id.*, §§ 79–90, in cui si precisa che una concentrazione verticale può anche alterare il grado di simmetria sul mercato delle imprese, rendendo più complicato il coordinamento; v. anche le decisioni COMP/M.3314, *Air Liquide/Messer Targets* (2004), e COMP/M.2533, *BP/E.ON* (2001).

“*Google/Motorola*”,²⁰⁴ ad esempio, il Ministero ha ritenuto probabile che *Google* estendesse sul mercato della produzione di dispositivi mobili il potere di mercato che esso deteneva sulle piattaforme per telefoni cellulari grazie al sistema operativo “*Android*”, che sino ad allora aveva licenziato gratuitamente. La medesima concentrazione, infatti, era stata approvata dalle autorità statunitensi²⁰⁵ ed europee,²⁰⁶ le quali non avevano ritenuto sufficientemente fondata la paura di un futuro comportamento discriminatorio di *Google* a danno degli operatori concorrenti della telefonia. La decisione cinese svela, dunque, la caratteristica aggressività delle autorità cinesi, che mostrano di non avere particolari remore ad intervenire su una concentrazione ove ravvisino poco più che il semplice sospetto di futuri comportamenti abusivi da parte delle imprese.²⁰⁷

Seppure da un punto di vista formale i provvedimenti adottati dal Ministero non si distanziano dall'impostazione suggerita dal diritto europeo, essi difettano di qualsiasi dimostrazione scientifica del ragionamento seguito dall'autorità.²⁰⁸ Ad ogni modo, sembra confermato che, affinché vi sia un concreto rischio di *foreclosure*, l'autorità richieda l'esistenza di un potere di mercato in almeno uno dei mercati verticalmente collegati. Così, in due casi riguardanti la creazione di una *joint venture*, “*Henkel/Tiande*” e “*ARM/Gieseche/Gemalto*”, il Ministero ha rimarcato che, in virtù del potere di mercato detenuto da una delle due imprese madri su una risorse essenziale, la *joint venture* sarebbe potuta essere favorita nell'accesso alle fonti di approvvigionamento rispetto alle sue concorrenti dirette.²⁰⁹

La tendenza dell'autorità cinese a dare rilievo ad una pluralità di possibili scenari di restrizione della concorrenza è efficacemente rappresentata dalla decisione “*General Motors/Delphi*”. Con l'acquisto di *Delphi*, *General Motors (GM)* intendeva divenire proprietario di uno dei principali fornitori di componenti di autoveicoli a

²⁰⁴ Comunicato n. 25/2012, consultabile, in inglese, su <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/domesticpolicy/201206/20120608199125.shtml>.

²⁰⁵ V. la dichiarazione del DOJ del 13 febbraio 2012, consultabile su http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2012/280190.htm.

²⁰⁶ Decisione COMP/M.6381, del 13 febbraio 2012.

²⁰⁷ Neve (2013), pp. 1104–1105; Letzing – Mozur (2012).

²⁰⁸ Si prenda ad esempio la decisione “*Mitsubishi/Rayon*”, *cit.*, in cui l'autorità si limita ad affermare: “*In prospettiva verticale, dato che Mitsubishi Rayon opera sia nel mercato del metilmetacrilato sia nei due mercati a valle, Mitsubishi Rayon potrebbe essere in grado di realizzare degli effetti di preclusione nei confronti dei suoi concorrenti sui mercati a valle tramite la posizione dominante sul mercato che essa ha ottenuto nel mercato a monte del metilmetacrilato*”.

²⁰⁹ T. Zhou (2013).

6. Concentrazioni

livello mondiale, che, tra l'altro, aveva in essere numerosi contratti di fornitura esclusiva con le case automobilistiche cinesi. Il Ministero sostenne che la concentrazione non solo avrebbe consentito alla nuova impresa di discriminare i concorrenti di *GM* nella distribuzione della componentistica, ma anche che essa avrebbe creato un pregiudizio agli altri costruttori di componenti di autoveicoli concorrenti di *Delphi*, privandoli della possibilità di distribuire i propri prodotti a *GM*. La decisione difetta, però, di motivazione in ordine al perché, in un mercato discretamente concorrenziale dove operavano una pluralità di produttori di autoveicoli, la scelta di *GM* di rifornirsi esclusivamente presso *Delphi* avrebbe dovuto produrre effetti restrittivi della concorrenza. Ulteriormente, il Ministero ha ritenuto opportuno adottare dei rimedi per evitare che *GM* potesse sfruttare indebitamente le informazioni sensibili relative ai suoi concorrenti che erano in possesso di *Delphi*, vietando alle due società di scambiarsi tali informazioni.

6.4 Concentrazioni conglomerali

Ancora più remote sono le conseguenze negative per la concorrenza che possono derivare ad una concentrazione tra imprese operanti in mercati diversi, seppure contigui. Sul tema gli ordinamenti occidentali ripropongono le stesse divergenze viste in precedenza, con gli Stati Uniti disposti a sanzionare come restrittiva una concentrazione conglomerale soltanto ove determini l'eliminazione di un concorrente potenziale²¹⁰ e l'Unione Europea che, invece, considera anche gli effetti preclusivi che si possono produrre a causa dello sfruttamento nel mercato secondario del potere che un'impresa detiene sul mercato primario, principalmente attraverso strategie di *tying* o *bundling*.²¹¹

Particolarmente dibattuta è la teoria del c.d. "effetto portafoglio", che mette in guardia dai possibili effetti restrittivi connessi alla acquisizione da parte di un'impresa di una pluralità di marchi, alcuni dei quali godono di una speciale forza attrattiva, perché l'operatore che li possiede sarebbe in grado di tenere condotte

²¹⁰ *Non-Horizontal Merger Guidelines*, § 4.1; la probabilità che l'impresa concentrata entri sul mercato deve essere molto alta e tale che costituisca un freno alla condotta antimonopolistica delle imprese sul mercato principale. È altresì essenziale che non sia particolarmente difficile l'ingresso sul mercato secondario di nuovi operatori e che l'impresa concentrata abbia una quota di mercato significativa, superiore per lo meno al 5%.

²¹¹ *Orientamenti concentrazioni non orizzontali*, §§ 93–118; anche nelle concentrazioni conglomerali la Commissione ritiene necessario dimostrare la capacità e l'incentivo dell'impresa risultante dalla concentrazione di attuare una strategia di *foreclosure* e la probabilità di un danno per i consumatori.

unilaterali distorsive della concorrenza.²¹² La capacità di un'impresa di offrire una vasta gamma di prodotti è un fattore di per sé positivo per i consumatori, che possono beneficiare di riduzioni di prezzo e di minori costi di transazione, ma in alcuni casi può rivelarsi in concreto pericolosa per la concorrenza.²¹³ L'OCSE, a tal proposito, nel tentativo di delimitare le ipotesi nelle quali le autorità antitrust fondino il loro intervento sulla ritenuta esistenza di un effetto portafoglio, ha sottolineato la necessità di dimostrare un forte potere nei mercati dei prodotti offerti congiuntamente, la complementarità di questi ultimi, i ridotti costi marginali sopportati per produrre congiuntamente i beni e l'irriproducibilità dell'offerta congiunta da parte degli altri concorrenti, attuali o potenziali.²¹⁴

Il Ministero del commercio non ha mancato di esercitare i propri poteri autoritativi anche nei confronti di operazione di concentrazione di natura conglomerale. Nei primi cinque anni di applicazione della legge sono già tre le operazioni di questo tipo che l'autorità è intervenuta a vietare o a sottoporre a condizioni, con decisioni tra le più criticate della giovane esperienza cinese.

In "*General Electric/Shenua*"²¹⁵ le società interessate avevano intenzione di costituire una *joint venture* per realizzare la gassificazione di una miscela industriale di carbone ed acqua ("*coal-water slurry*"), fornita da *Shenua*, attraverso la tecnologia licenziata da *General Electric*.²¹⁶ Il Ministero ha ritenuto che l'impegno di *Shenhua*, impresa pubblica cinese e principale fornitore della miscela di acqua e carbone agli impianti di gassificazione già esistenti, avrebbe ostacolato lo sviluppo di nuove tecniche di gassificazione di *coal-water slurry*. A parere dell'autorità, infatti, le imprese disposte ad innovare sarebbero state private di un *partner* essenziale con

²¹² La teoria dell'effetto portafoglio è stata alla base della nota decisione della Commissione IV/M.938, *Guinness/Grand Metropolitan* (1998), in cui si è ritenuto che la proprietà da parte dell'impresa concentrante dei principali marchi di gin, brandy e rum avrebbe reso notevolmente più complesso l'ingresso di nuovi concorrenti sul mercato dei superalcolici; a sostegno della razionalità economica della teoria v. Vergé (2002).

²¹³ Cfr. *Orientamenti concentrazioni non orizzontali*, §104.

²¹⁴ OCSE (2001), p. 22.

²¹⁵ Comunicato n. 74/2011, consultabile, in inglese, su http://www.google.it/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.linklaters.com%2Fpdfs%2Fmkt%2Fbeijing%2F20111114_MOFCOM_10th_decision_ENG.pdf&ei=fta4Us__EtKShgfKjYDQBg&usg=AFQjCNHah8aJdCwhyEA3qeKX1uUvU-jvPA&sig2=6q-uXQcz019KU78dC1HOIA&bvm=bv.58187178,d.ZG4.

²¹⁶ La gassificazione a partire da una miscela ("*slurry*") di carbone ed acqua è una tecnica rivelatasi particolarmente efficiente e meno inquinante rispetto ad altre, in quanto le polveri di carbone viaggiano in sospensione nell'acqua, contenendo le emissioni nell'atmosfera.

6. Concentrazioni

cui perfezionare le nuove tecnologie, visto che è ineliminabile per la riuscita del progetto di ricerca e sviluppo la stipula di un'alleanza con un operatore del settore carbonifero, il quale sostenga le attività di sperimentazione delle nuove modalità di gassificazione. Molti sono, tuttavia, gli interrogativi lasciati dalla decisione. In essa, infatti, il Ministero si è limitato ad affermare che *Shenhua* era il principale fornitore di *coal-water slurry* in Cina e che essa godeva di specifiche economie di scala, ma non ha chiarito la posizione di quest'ultima impresa in confronto agli altri operatori del settore carbonifero ed il perché non sarebbe dovuto essere conveniente per i creatori di nuove tecniche di gassificazione rivolgersi ai concorrenti di *Shenhua*. Non si capisce, inoltre, quale incentivo avrebbe avuto *Shenhua* a non collaborare nello sviluppo di nuove tecnologie di gassificazione ovvero a subordinare la fornitura del proprio *coal-water slurry* all'utilizzo della tecnologia di proprietà di *General Electric*.

Un'altra costruzione abbastanza spericolata è quella che sta alla base di “*Wal-Mart/Niu Hai*”.²¹⁷ La nota catena di supermercati statunitense voleva acquistare il più grande sito di vendita *on-line* cinese nonché la proprietà della piattaforma virtuale su cui questo operava ed attraverso la quale anche soggetti terzi potevano vendere i propri beni. È certo che l'integrazione dei servizi informatici con la rete distributiva fisica e il marchio di *Wal-Mart* avrebbero generato considerevoli efficienze, venendo incontro alle esigenze dei consumatori e consentendo alla multinazionale di prosperare in entrambi i settori. L'autorità cinese, tuttavia, anziché considerare positivamente i guadagni di efficienza derivanti dalla concentrazione, intravede il rischio che *Wal-Mart* potesse estendere i suoi “vantaggi competitivi” nel mercato delle vendite *on-line* e da lì colonizzare, precludendone l'accesso ai potenziali concorrenti, anche il settore delle piattaforme di vendita *on-line*, che è un mercato chiuso, potendo queste piattaforme essere create soltanto previa licenza del Ministero dell'industria della tecnologia. Pertanto, al termine del procedimento *Wal-Mart* accettò di non acquistare la proprietà della piattaforma di vendita *on-line* e di esimersi dall'operare in tale ultimo settore, ma la decisione omette del tutto di spiegare perché *Wal-Mart* avrebbe dovuto espandersi nel mercato a monte delle piattaforme di vendita via internet ed in che modo i consumatori ne avrebbero subito

²¹⁷ Comunicato n. 49/2012, consultabile, in inglese, su <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/buwei/201209/20120908366994.shtml>.

un pregiudizio.

Occorre, infine, passare all'esame della decisione forse più dibattuta di questi primi anni del diritto della concorrenza cinese, ossia l'acquisto dell'impresa di succhi di frutta *Huiyan* da parte di *Coca Cola*, che il Ministero del commercio proibì per il timore delle pesanti ricadute che tale operazione avrebbe avuto sulla concorrenza all'interno del mercato rilevante.²¹⁸

L'industria delle bevande analcoliche è stata più volte oggetto di indagini in ordine alla sostituibilità tra i vari prodotti che la compongono ed i risultati sono stati contrastanti, offrendo una definizione a volte più estesa ed a volte più circoscritta del mercato rilevante.²¹⁹ A prima vista il Ministero sembra aver qualificato l'operazione come concentrazione conglomerale, ritenendo necessario valutare se *Coca Cola* sarebbe stata capace di sfruttare la propria posizione dominante sul mercato delle bibite gassate per restringere la concorrenza sul diverso, ma connesso mercato dei succhi di frutta, nel quale pure operava con il marchio "*Minute Maid*" ed in cui, a seguito della concentrazione, avrebbe assunto una posizione di *leadership*. Allo stesso risultato, d'altronde, era giunta anche l'autorità della concorrenza australiana, che qualche anno prima aveva vietato l'acquisto da parte di *Coca Cola* di una locale impresa di succhi di frutta.²²⁰ Tuttavia, mentre la decisione australiana si dilunga nella dimostrazione di tutti i presupposti che rendono probabile un comportamento preclusivo di *Coca Cola* nel mercato dei succhi di frutta, l'applicazione della teoria dell'effetto portafoglio nel provvedimento del Ministero del commercio è sguarnita di qualsiasi supporto motivazionale.²²¹ Oltretutto, il Ministero contraddice le conclusioni cui era inizialmente giunto, quando afferma che per effetto della concentrazione *Coca Cola* avrebbe cumulato una serie di marchi di grande forza attrattiva per i consumatori, così ostacolando la concorrenza nel più ampio mercato

²¹⁸ "*Coca Cola/Huiyan*", comunicato n. 22/2009, consultabile, in inglese, su <http://www.mwechinalaw.com/documents/mofcom09-22.htm>.

²¹⁹ Cfr., esemplificativamente, Baker (2007); Dube (2005); Wayland (1992).

²²⁰ La decisione dell'8 ottobre 2003 può essere consultata su <http://registers.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=503214&nodeId=933cf0f7f72fc1bbe102c39b6243b815&fn=Coca->

[Cola%20Amatil%20Ltd%E2%80%99s%20proposed%20acquisition%20of%20Berri%20Ltd%20-%208%20October%202003%20-%20re%20carbonated%20soft%20drink%20and%20fruit%20juice.pdf](http://registers.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=503214&nodeId=933cf0f7f72fc1bbe102c39b6243b815&fn=Coca-Cola%20Amatil%20Ltd%E2%80%99s%20proposed%20acquisition%20of%20Berri%20Ltd%20-%208%20October%202003%20-%20re%20carbonated%20soft%20drink%20and%20fruit%20juice.pdf); v. anche Healey (2010), pp. 51-55.

²²¹ Cfr. Bush (2009), pp. 143-144.

6. Concentrazioni

delle bibite gassate.²²² Sembra, dunque, che la decisione sposti la sua attenzione da un pericolo di effetto *leverage* tra due mercati distinti alla possibilità che l'operazione produca effetti unilaterali sull'unico mercato delle bibite analcoliche, consegnando a *Coca Cola* il potere di aumentare unilateralmente i prezzi ed impedire l'accesso di nuovi concorrenti sul mercato.²²³ La ragione di questa confusione è con tutta probabilità da rintracciare nella volontà dell'autorità di avvalersi, nel corso della valutazione, di criteri di carattere non economico non previsti dalla legge antimonopolistica,²²⁴ sfruttando l'ampia libertà concessale dall'articolo 27, n. (6), di prendere in considerazione ogni altro fattore che essa ritenga rilevante ai fini della concorrenza. Accanto al supposto utilizzo a scopo preclusivo dei marchi (c.d. "*branding effect*"), infatti, il Ministero ha sostenuto che l'operazione avrebbe compromesso le possibilità di crescita e, addirittura, di sopravvivenza, delle PMI cinesi del settore ed avrebbe "*pregiudicato il sano sviluppo dell'industria cinese dei succhi di frutta*".

Se altre decisioni assunte dalle autorità cinesi, ancorché discutibili, quantomeno rispettano da un punto di vista formale gli schemi logici elaborati dai principali ordinamenti antitrust, in questo caso il diritto cinese ha inteso distanziarsi espressamente dalle regole che avrebbero dovuto governare l'indagine antimonopolistica. Il principio per cui il diritto antitrust deve tutelare la concorrenza e non i concorrenti è stato nell'occasione accantonato per flettere le regole antimonopolistiche al soddisfacimento di interessi dichiaratamente protezionistici²²⁵ ed in questo senso "*Coca Cola/Huiyuan*" resta un *unicum* del diritto della concorrenza cinese, La speranza è che gli interessi di politica industriale, della cui meritevolezza non ci si intende occupare in questa sede, possano trovare protezione in norme e procedimenti appositi, evitando di contaminare l'indagine antitrust e di costringerla ad affrontare problemi alla cui efficace soluzione essa non è

²²² Cfr. X. Zhang – V. Zhang (2009), pp. 488–489.

²²³ Cfr. Bush (2009), pp. 140–142.

²²⁴ Il portavoce del Ministero del commercio, nel corso di un'intervista esplicativa della decisione in questione, ha sostenuto, invece, che la pronuncia si fosse basata su ragioni di carattere concorrenziale; il testo dell'intervista è consultabile, in cinese, su www.gov.cn/gzdt/2009-03/24/content_1267595.htm.

²²⁵ Goldstein (2011), pp. 253–254, così chiosa: "*Notwithstanding the criticism lumped on MOFCOM [alias, il Ministero del commercio] following the Coca-Cola decision, U.S. enforcers and others acquainted with the MOFCOM AML team have generally been impressed with their savvy and competence. Even harsh critics would probably argue that the decision was a result of a politicized bureau – not an inept one*". Cfr. *supra* Cap. III, § 1.1.

attrezzata.²²⁶

7.– Rimedi

7.1 Rimedi unilaterali e concordati

Di fronte ad una concentrazione con effetti restrittivi per la concorrenza, il Ministero del commercio può assumere un provvedimento per vietarla oppure, più comunemente, imporre dei rimedi che, intervenendo su alcuni aspetti dell'operazione, permettono di scongiurare la genesi delle temute conseguenze negative per il mercato.²²⁷ La possibilità per il Ministero di prescrivere unilateralmente dei rimedi all'operazione è una delle peculiarità del diritto antitrust cinese, che lo distingue rispetto all'ordinamento europeo e a quello statunitense dove le autorità amministrative o le corti al più "accettano" gli impegni presentati dalle parti.

Le *Misure esame concentrazioni* aggiungono che i rimedi possono essere proposti pure dalle parti nel corso del procedimento,²²⁸ senza alcuna preclusione temporale,²²⁹ all'unica condizione che essi siano concretamente realizzabili²³⁰ ed in grado di eliminare o ridurre gli effetti restrittivi derivanti dalla concentrazione.²³¹ Sulla base della proposta prendono avvio una serie di consultazioni con il Ministero del commercio, in cui le imprese e l'autorità hanno ampia facoltà di suggerire e ed effettuare modifiche al contenuto iniziale degli impegni.²³² Inoltre, in virtù del potere di imporre unilateralmente dei rimedi, l'autorità di controllo può distanziarsi in maniera consistente dalla proposta delle parti, modificandola nel modo che ritiene più opportuno.²³³

Al momento la disciplina dei rimedi è estremamente lacunosa, essendo entrate in vigore soltanto le disposizioni provvisorie per regolare le cessioni di

²²⁶ Cfr. *infra* § 8.3.

²²⁷ Art. 29 legge antimonopoli.

²²⁸ Art. 11 *Misure esame concentrazioni*.

²²⁹ Nella pratica i rimedi sono stati presentati dalle parti tanto nel corso della fase I (cfr. "General Motors/Delphi") quanto nelle fasi successive.

²³⁰ Art. 12 *Misure esame concentrazioni*.

²³¹ È interessante notare che mentre il Reg. (CE) 139/2004, Considerando 30, prevede che gli impegni proposti dalle parti debbano eliminare del tutto i problemi per la concorrenza posti dalla concentrazione, il diritto cinese si accontenta che essi possano quantomeno ridurre tali effetti restrittivi.

²³² Art. 13 *Misure esame concentrazioni*.

²³³ Maillo (2011), p. 15.

6. Concentrazioni

azienda o di parte di essa ordinate dal Ministero.²³⁴ Nei prossimi mesi, tuttavia, dovrebbe essere emanato uno specifico regolamento sulle modalità di presentazione e valutazione degli impegni, sull'imposizione dei rimedi e sulla loro attuazione²³⁵ di portata più ampia rispetto all'attuale regolamento sulle cessioni, il quale verrà di conseguenza assorbito nelle nuove norme. La bozza in questione prevede l'obbligo per il Ministero di consultarsi con le parti una volta ricevuta una proposta di impegni ed il rispettivo obbligo per le imprese di inviare la loro proposta definitiva non oltre 20 giorni dalla scadenza del termine del procedimento.²³⁶ Nel caso siano mutati i caratteri dell'operazione o le condizioni di concorrenza sul mercato, il Ministero può modificare i rimedi inizialmente imposti o esonerare queste ultime dal rispetto degli stessi.²³⁷

Infine, è mancata sino ad adesso una regolamentazione delle conseguenze per il mancato rispetto dei rimedi imposti dall'autorità. In particolare non è previsto un procedimento per la risoluzione delle controversie che possono insorgere nel corso dell'esecuzione ovvero un meccanismo tramite il quale le parti possano richiedere una revisione delle condizioni inizialmente imposte.²³⁸ Le *Misure esame concentrazioni* stabiliscono che, in caso di inadempienza, il Ministero deve intimare alle imprese di correggere il proprio comportamento e, qualora queste non si adeguino, può procedere in conformità alla legge antimonopolistica,²³⁹ ciò lascia intendere che il Ministero debba avviare un'indagine ai sensi della disposizioni sugli accordi o sugli abusi e che la sanzione della violazione sia subordinata all'accertamento dell'autonoma illiceità della condotta inadempiente. Le disposizioni in corso di emanazione, invece, prevedono responsabilità precise per le parti, come anche per il *trustee* incaricato di curare la cessione, il terzo acquirente ed i funzionari

²³⁴ “Disposizioni provvisorie sulle cessioni di azienda o di singoli beni nelle concentrazioni tra imprese”, emanata dal Ministero del Commercio il 5 luglio 2010, in vigore dal medesimo giorno [“Disposizioni provvisorie cessioni”]; testo consultabile, in inglese (a pagamento), su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=8191&lib=law>.

²³⁵ La versione provvisoria del regolamento su “L'imposizione di condizioni restrittive alle concentrazioni tra imprese”, diffuso dal Ministero del commercio nel marzo del 2013 [“Bozza regolamento rimedi”] è consultabile, in cinese, su <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/as/201303/20130300068492.shtml>; v. Livdahl – Sheng – J. Guo (2013).

²³⁶ Artt. 10 e 11 *Bozza regolamento rimedi*.

²³⁷ Art. 30 *Bozza regolamento rimedi*.

²³⁸ W. Han (2013), pp. 8 e 10; in alcune decisioni è stata comunque riconosciuta la facoltà delle parti di rivolgersi al Ministero per ottenere una modifica delle condizioni imposte.

²³⁹ Art. 15 *Misure esame concentrazioni*.

del Ministero;²⁴⁰ in particolare, nell'ipotesi di gravi violazioni nell'esecuzione dei rimedi, le imprese possono essere multate sino a CNY500.000 (€62.500 ca.),²⁴¹ ossia con la stessa sanzione prevista per la mancata notifica della concentrazione.

7.2 Rimedi strutturali.

I rimedi ad un'operazione di concentrazione possono essere "strutturali", se consistono nella cessione di un'un'azienda o di una porzione delle attività di un'impresa, "comportamentali", se riguardano le modalità di azione dell'impresa sul mercato, e "complessi", quando uniscono obblighi di entrambe le specie anzidette.²⁴²

In sette casi, tutti di concentrazioni orizzontali, sui venti condizionatamente approvati, il Ministero ha imposto dei rimedi strutturali, la maggior parte delle volte in combinazione con rimedi comportamentali.²⁴³ Ad essere più facile oggetto di dismissione sono quei complessi aziendali dotati di un'autonomia funzionale all'interno delle imprese partecipanti alla concentrazioni,²⁴⁴ ciò nonostante spesso si è preferito fare ricorso a cessioni atipiche,²⁴⁵ come la vendita di singoli cespiti patrimoniali,²⁴⁶ di pacchetti azionari²⁴⁷ o il trasferimento di parte della capacità produttiva dell'impresa risultante dalla concentrazione.²⁴⁸

Ricevuto l'ordine di dismissione, all'impresa è concesso un termine entro il quale può autonomamente individuare un compratore, agendo sotto il controllo di un *monitoring trustee*, da essa nominato e remunerato, sottoposto al gradimento del Ministero del commercio.²⁴⁹ Nelle more della dismissione, le unità oggetto di cessione devono essere gestite separatamente e l'impresa cedente non può entrare a conoscenza delle informazioni riservate relative alle unità in questione, così come impiegare presso di sé i dipendenti addetti alle stesse.²⁵⁰

Qualora l'impresa non riesca a completare il trasferimento entro il termine

²⁴⁰ Artt. 34–37 *Bozza regolamento rimedi*.

²⁴¹ Art. 34 *Bozza regolamento rimedi*.

²⁴² Art. 11 *Misure esame concentrazioni*.

²⁴³ Mariniello (2013).

²⁴⁴ Il rimedio è consistito nella cessione di un separato ramo di azienda nei casi "*Baxter/Gambro*", "*Panasonic/Sanyo*" e "*Pfizer/Wyeth*".

²⁴⁵ Ning – Yin – Z. Zheng – Ji (2013).

²⁴⁶ Cfr. "*Western Digital/Hitachi*" e "*Glencore/Xstrata*".

²⁴⁷ Cfr. "*Panasonic/Sanyo*" e "*United Technologies/Goodrich*".

²⁴⁸ Cfr. "*Mitsubishi/Lucite*".

²⁴⁹ Artt. 3 e 6 *Disposizioni provvisorie cessioni*. Le parti devono trasferire le attività al terzo acquirente entro tre mesi dalla conclusione del contratto.

²⁵⁰ Art. 12 *Disposizioni provvisorie cessioni*.

6. Concentrazioni

indicato nella decisione, essa deve nominare un *divestment trustee* cui delegare ogni più ampio potere in ordine alla cessione imposta e prestare assistenza durante tutto lo svolgimento del mandato conferitogli. Il *divestment trustee* ha l'obbligo di trovare un contraente appropriato ed è responsabile soltanto nei confronti del Ministero del commercio, non potendo ricevere istruzioni dalle imprese interessate.²⁵¹ Il compratore deve essere un soggetto indipendente dalle parti, il cui intervento non susciti autonome preoccupazioni di ordine concorrenziale, deve avere le qualità richieste dalla legge per operare nel settore e deve essere intenzionato a portare avanti l'attività ceduta oltre che dotato delle risorse e della capacità per farlo.²⁵² Anche quando il trasferimento delle attività avviene ad opera del *trustee*, le parti della concentrazione hanno l'obbligo di assistere il compratore e di fornirgli tutte le informazioni rilevanti sull'operazione.²⁵³ Il Ministero del commercio, da canto suo, supervisiona le operazioni, riceve una relazione periodica da parte del *trustee* e deve esprimere il proprio consenso al trasferimento delle attività al compratore individuato.²⁵⁴

Le disposizioni appena esaminate sono manifestamente ispirate alle *best practice* diffuse dalla Commissione europea,²⁵⁵ anche se le disposizioni cinesi hanno un grado di dettaglio molto minore, implicando perciò una notevole discrezionalità dell'autorità pubblica nell'imposizione dei rimedi e nel controllo della loro implementazione. Tra le differenze emerge, in particolare, la mancanza di un obbligo per il *divestment trustee* di tenere in debita cura gli interessi finanziari dell'impresa cedente durante lo svolgimento delle operazioni di vendita.²⁵⁶

7.3 Rimedi comportamentali

Le prime esperienze applicative delle disposizioni sulle concentrazioni hanno palesato una chiara preferenza del Ministero del commercio per rimedi diversi da quelli comportanti una modifica strutturale delle imprese. Nell'80% dei casi ed in

²⁵¹ Artt. 4, 5 e 7 *Disposizioni provvisorie cessioni*.

²⁵² Art. 9 *Disposizioni provvisorie cessioni*.

²⁵³ Art. 12 *Disposizioni provvisorie cessioni*.

²⁵⁴ Artt. 8, 11 e 12 *Disposizioni provvisorie cessioni*.

²⁵⁵ Le *best practice* della Commissione del 5 dicembre 2013 indicano il contenuto più adeguato da dare alle clausole da inserire nelle proposte di impegni e negli accordi di nomina del *trustee*; testo consultabile su http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/best_practice_commitments_trustee_en.pdf.

²⁵⁶ Ha – Hickin – O'Brien – Brown (2013).

tutte le decisioni riguardanti concentrazioni non orizzontali sono stati adottati rimedi di natura comportamentale.²⁵⁷ Il dato appare in netta controtendenza con l'atteggiamento manifestato da altre autorità antitrust, e segnatamente dalla Commissione europea, le quali si affidano, per lo più, a rimedi strutturali per risolvere le preoccupazioni anticoncorrenziali connesse ad una concentrazione, considerando l'imposizione di rimedi comportamentali un'opzione assolutamente eccezionale, che si giustifica soltanto qualora gli effetti da essi attesi siano equivalenti, in termini di efficacia e di efficienza, a quelli di una cessione.²⁵⁸ I rimedi comportamentali, infatti, implicano un notevole impegno da parte dell'autorità nell'attività di controllo sulla loro esecuzione²⁵⁹ e corrono il rischio di distorcere l'ottimale allocazione delle risorse, come può succedere quando si stabiliscono degli obblighi di fornitura o di non discriminazione, che inducano l'impresa a ridurre il quantitativo totale dei beni immessi sul mercato.²⁶⁰

C'è da dire, al contrario, che prevedere degli obblighi di comportamento è comparativamente più semplice che calibrare un rimedio strutturale, finanziariamente più gravoso per un'impresa, e consente al Ministero di imporre con frequenza delle condizioni alle operazioni di concentrazione, promuovendo l'affermazione dei principi della concorrenza sul mercato.²⁶¹ Ci si può domandare, tuttavia, se la politica "interventista" seguita dal Ministero sia sostenibile nel tempo, visto il ridotto numero di personale a disposizione dell'autorità e l'accavallarsi degli obblighi via via imposti sulle imprese, la cui esecuzione si protrae nel corso degli anni.

²⁵⁷ Cfr. Mariniello (2013), il quale evidenzia che nello stesso periodo di riferimento (2008–2013) in Europa il 77% delle decisioni di autorizzazione condizionata ha imposto dei rimedi esclusivamente strutturali, contro il 7% delle decisioni contenenti unicamente rimedi comportamentali.

²⁵⁸ "Comunicazione della Commissione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio e del regolamento (CE) n. 802/2004 della Commissione" (2008), G.U. C 267/05 ["Comunicazione rimedi"], §§ 17 e 61–70; v. anche ICN (2005), p. 4.

²⁵⁹ Così si è pronunciata la giurisprudenza europea in T-102/96, *Gencor Ltd. c. Commissione*; cfr. anche le decisioni COMP/M.2416, "*Tetra Laval/Sidel*", "*GE/Honeywell*", *cit.*, IV/M.490, "*Nordic Stellite Distribution*", in cui la Commissione ha rifiutato gli impegni di natura comportamentale presentati dalle parti, perché sarebbe stato eccessivamente costoso per l'autorità monitorare la loro corretta esecuzione. Inoltre, bisogna dire che il rispetto degli impegni può essere difficile da accertare, considerato che spesso i concorrenti dell'impresa risultante dalla concentrazione non hanno alcun interesse a denunciarne la violazione, non traendo diretto beneficio dall'esecuzione degli stessi, v. *Comunicazione rimedi*, § 69.

²⁶⁰ Motta (2004), pp. 268–270.

²⁶¹ Mariniello (2013).

6. Concentrazioni

A volte i rimedi ordinati dal Ministero del commercio non sono altro che la riaffermazione dei principi generali in materia di pratiche antimonopolistiche, che vengono calati nella fattispecie sotto esame ed in questo senso appaiono spesso come delle ridondanti ripetizioni. In “*General Electric/Shenhua*”, ad esempio, si è fatto divieto a *Shenhua* di cimentarsi in pratiche leganti o discriminatorie volte a favorire l’utilizzo della tecnologia di gassificazione appartenente a *General Electric*; allo stesso modo, in “*Google/Motorola*” si è chiesto all’impresa risultante dalla concentrazione di fornire in maniera non discriminatoria l’accesso alla piattaforma “*Android*” ai produttori di telefoni cellulari e di continuare a rispettare l’obbligazione contrattualmente assunta da *Motorola* di licenziare i propri brevetti a condizioni *FRAND*.²⁶²

Si è visto che, a differenza di altre autorità, il Ministero del commercio preferisce prevenire che curare e, di fronte al pericolo di effetti restrittivi unilaterali o coordinati discendenti dalla concentrazione, fissa in via preventiva le modalità cui devono attenersi le imprese nel corso della loro attività sul mercato. La scelta di tenere questo comportamento può, però, essere apprezzato anche sotto un’altra prospettiva, alla luce della struttura policentrica del sistema di *enforcement* amministrativo cinese. Ordinando di astenersi da determinate condotte monopolistiche, il Ministero del Commercio di fatto sconfinava nella sfera di competenza della CSNR e dell’ASIC e previene il loro intervento, ritagliandosi nuovi spazi di potere all’interno della disciplina della concorrenza.²⁶³ Nel momento in cui, in futuro, dovesse essere espressamente attribuito al Ministero del commercio il compito di accertare e sanzionare la violazione da parte delle imprese dei rimedi imposti in sede di approvazione,²⁶⁴ quest’ultima autorità assumerà una vera e propria competenza esclusiva per la sanzione di quelle pratiche anticoncorrenziali, prefigurate all’interno della decisione di autorizzazione condizionata, che si dovessero successivamente verificare.

Complessivamente, i provvedimenti del Ministero del commercio si sono distinti per la varietà dei rimedi imposti, inconsueti rispetto alla prassi sviluppata in altri paesi, dove le autorità solitamente si limitano a richiedere alle imprese una

²⁶² Un divieto di condotte discriminatorie è stato stabilito anche nei casi “*Marubeni/Gavilon*”, “*ARM/Giesecke /Gemalto*”, “*Henkel Hong Kong/Tiande Chemical*”, “*General Motors/Delphi*”.

²⁶³ V. Goldstein (2011), pp. 252–255, che parla, per l’appunto, di “*interagency politics*”.

²⁶⁴ Cfr. art. 34 *Bozza regolamento rimedi*.

fornitura a condizioni non discriminatorie dei propri prodotti e servizi ovvero la modifica di contratti di esclusiva a lungo termine.²⁶⁵ Peculiare, ad esempio, nelle concentrazioni orizzontali è stato l'obbligo imposto all'impresa risultante dalla concentrazione di gestire separatamente l'azienda o un singolo ramo di essa, in modo da creare due imprese appartenenti al medesimo soggetto, ma capaci di operare autonomamente sul mercato.²⁶⁶ Nelle concentrazioni “*Seagate/Samsung*” e “*Western Digital/Hitachi*”, in particolare, l'amministrazione separata delle imprese si era resa necessaria per conservare due centri di ricerca e sviluppo distinti che fossero in competizione tra di loro, mantenendo inalterati gli investimenti nell'innovazione.²⁶⁷ In casi del genere sarebbe stato probabilmente più razionale imporre una separazione proprietaria tra le imprese, ma il Ministero ha ritenuto più proporzionate misure temporanee di gestione indipendente delle aziende, attuate attraverso la nomina di gruppi manageriali autonomi o la rinuncia ad esercitare i diritti di voto all'interno dell'impresa concentrata.²⁶⁸

Altre volte i rimedi hanno tradito un intento di regolazione del mercato, come quando si è imposto all'impresa di vender a prezzo di costo dei beni da essa prodotti²⁶⁹ ovvero di non ridurre le esportazioni a favore delle imprese cinesi.²⁷⁰ Poco comprensibili in un'ottica strettamente concorrenziale sono anche quei divieti per le imprese di espandersi in altri mercati: a *Wal-Mart* fu proibito di operare nel mercato delle piattaforme di vendita via internet; *Novartis* ha dovuto ritirare un proprio prodotto presente sul mercato ed obbligarsi a non fare ingresso nello stesso settore per almeno cinque anni; *Mitsubishi* non ha potuto acquistare nessuna nuova impresa o costruire nessun nuovo impianto di metilmetacrilato per cinque anni;²⁷¹ *InBev* subì il divieto di acquistare nuove azioni in alcune delle società concorrenti, così come di

²⁶⁵ Cfr. *Comunicazione rimedi*, §§ 62–68; v. anche Ning – Yin – Z. Zheng – Ji (2013).

²⁶⁶ Cfr. “*Marubeni/Gavilon*”, in cui fu imposto a *Marubeni* di creare una società che operasse, in maniera indipendente dal resto del gruppo, nella vendita dei semi di soia in Cina e di mantenere le attività di *Gavilon* all'interno di una società anch'essa autonoma ed indipendente dal resto del gruppo.

²⁶⁷ Shang (2013).

²⁶⁸ Cfr. “*Media Tek/MStar Cayman*”, “*Panasonic/Sanyo*”.

²⁶⁹ Cfr. “*Mitsubishi/Lucite*”, in cui il Ministero, nell'ordinare la cessione del 50% della capacità produttiva del metilmetacrilato di *Lucite*, obbligava l'impresa risultante dalla concentrazione a fornire al terzo acquirente a prezzo di costo i prodotti di metilmetacrilato.

²⁷⁰ Cfr. “*Marubeni/Gavilon*”, “*Glencore/Xstrata*” e “*Uralkali/Silvinit*”; cfr. *infra* § 8.3.

²⁷¹ Il divieto riguardava non solo il mercato della produzione del monomero di metilmetacrilato, in relazione al quale era stato stabilito l'obbligo di cessione di parte della capacità produttiva, ma anche il mercato a valle del polimero di metilmetacrilato, nel quale, tuttavia, l'autorità non aveva ravvisato alcun rischio per la concorrenza; cfr. W Han (2013), p. 9.

6. Concentrazioni

aumentare le sue attuali partecipazioni in *Tsingtao Brewery Co. Ltd* e in *Zhujiang Brewery Co. Ltd*.

L'opportunità di adoperare rimedi della specie di quelli appena considerati è quantomeno discutibile, non fosse altro che il Ministero del commercio non è abituato a svolgere funzioni di regolamentazione del mercato, che in Cina competono ad altri organi ed in particolare alla CSNR, per cui può non disporre degli strumenti e delle esperienze adatte per formulare provvedimenti tanto intrusivi della libertà di azione delle imprese.²⁷² Oltretutto, l'adozione di misure a carattere regolatorio ha un effetto potenzialmente assai distorsivo della concorrenza sul mercato e per questo motivo il loro utilizzo è fortemente sconsigliato dall'ICN, la quale, pertanto, invita gli Stati ad avvalersi di rimedi comportamentali alle operazioni di concentrazione unicamente ove questi abbiano quale unico fine la promozione della concorrenza sul mercato rilevante.²⁷³

8.– Procedura di esame della sicurezza nazionale

8.1 Il controllo degli investimenti stranieri in Cina: origini e comparazione

Separato ed autonomo dal procedimento di controllo antitrust è il procedimento speciale di valutazione della conformità di una concentrazione alla sicurezza nazionale. L'articolo 31 della legge antimonopoli afferma con chiarezza che il procedimento in questione non sostituisce quello finalizzato alla tutela della concorrenza sul mercato e disciplinato dalle disposizioni che lo precedono, ma ad esso si affianca quando la fusione o l'acquisizione del controllo di un'impresa nazionale da parte di investitori stranieri pone un rischio per la sicurezza nazionale (*"guojia'anquan"*) del paese. Dato che anche i presupposti di attivazione della procedura di esame della sicurezza nazionale sono diversi rispetto al controllo antitrust, la sua inserzione all'interno della legge antimonopoli, avvenuta nel corso della seconda lettura davanti alla Commissione permanente del CNP,²⁷⁴ si giustifica

²⁷² X. Zhang – V. Zhang (2009), pp. 493–494.

²⁷³ ICN (2005), pp. 11–13: *"In general, behavioral remedies that control market outcomes tend to be burdensome to operate and monitor, lack effectiveness and are likely to create increasing market distortions over time. These are therefore unlikely to be appropriate other than for a relatively limited duration unless there is no practical alternative to a continuing regulatory solution"*.

²⁷⁴ Huo (2008), pp. 54–55.

quale eccezione al generale principio per cui una concentrazione tra imprese può essere vietata soltanto se ponga dei rischi per la concorrenza.

Tutte le leggi nel tempo introdotte per regolare la costituzione di società a capitale straniero prevedevano una previa approvazione del governo, che sul punto era arbitro assoluto dell'opportunità dell'investimento. Non veniva specificato che l'autorizzazione potesse essere negata per tutelare la sicurezza nazionale, ma era certo che tale ragione poteva essere posta alla base del provvedimento di rigetto, il quale d'altronde, non doveva essere motivato.²⁷⁵ Generici riferimenti alla sicurezza nazionale compaiono in più recenti provvedimenti di regolazione degli investimenti in singoli settori industriali (trasporto merci su rotaia,²⁷⁶ radio e televisione,²⁷⁷ servizi di informazione finanziaria,²⁷⁸ etc.). L'immediato precedente della norma in esame è, tuttavia, l'articolo 12 delle *Disposizioni provvisorie fusioni e acquisizioni 2006*,²⁷⁹ che obbliga gli operatori stranieri a presentare una richiesta di autorizzazione al Ministero del commercio ogni qual volta l'acquisizione di imprese cinesi abbia un impatto sulla sicurezza nazionale²⁸⁰ ovvero comporti il trasferimento all'impresa straniera di marchi commerciali cinesi rinomati o di denominazioni di imprese cinesi di antica fama.²⁸¹

La decisione di introdurre questo meccanismo di controllo fu senza dubbio

²⁷⁵ Nee (2010), p. 341. Unica eccezione sono le “*Disposizioni di attuazione della legge della RPC sulle imprese a capitale interamente straniero*”, emanate dal Ministero del commercio con l'estero e della cooperazione economica il 12 dicembre 1990, art. 5, n. (2), che prevedono la possibilità di rifiutare l'autorizzazione quando l'investimento mette a rischio la sicurezza nazionale, termine che, tuttavia, non viene ulteriormente definito; testo consultabile, in inglese, su <http://english.mofcom.gov.cn/aarticle/lawsdata/chineselaw/200301/20030100062868.html>.

²⁷⁶ “*Disposizioni transitorie per l'esame, l'approvazione e la gestione degli investimenti stranieri nel settore del trasporto merci ferroviario*”, emanata dal Ministero delle ferrovie e dal Ministero del commercio con l'estero e della cooperazione economica il 29 agosto 2000, art. 12; testo consultabile, in inglese (a pagamento), su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=1674&lib=law>.

²⁷⁷ “*Disposizioni amministrative per la produzione congiunta sino-estera di serie televisive*”, emanate dal Ministero della radio, del cinema e della televisione il 21 settembre 2000, in vigore dal 21 ottobre 2000, art. 17, par. 3.

²⁷⁸ “*Disposizioni amministrative sulla fornitura in Cina di servizi di informazione finanziaria da parte di istituzioni straniere*”, emanata dall'Ufficio informazioni del Consiglio di stato, il Ministero del commercio e l'ASIC, il 30 aprile 2009, in vigore dall'1 giugno 2009, art. 17, par. 3.

²⁷⁹ La norma è ancora in vigore e trova, pertanto, applicazione ogni qual volta le concentrazioni da essa individuate non rientrino nel procedimento di esame di sicurezza nazionale di cui all'art. 31 della legge antimonopoli.

²⁸⁰ Il divieto di compiere acquisizioni che possono pregiudicare la sicurezza nazionale è stato ribadito poco dopo nelle “*Misure per gli investimenti strategici su società quotate da parte di investitori stranieri*”, del 30 dicembre 2005, entrate in vigore il 29 gennaio 2006, art. 4, n. (1); testo consultabile, in inglese, su <http://english.mofcom.gov.cn/aarticle/policyrelease/announcement/200804/20080405507111.html>.

²⁸¹ Ha parlato di “*cultural security*” Mahony (2009), pp. 36–37.

6. Concentrazioni

condizionato dalla negativa esperienza vissuta l'anno precedente con la fallita acquisizione di *Unocal*, una compagnia petrolifera statunitense, da parte di *China National Offshore Oil Corporation (CNOOC)*, una delle più importanti società pubbliche cinesi. Il più grande investimento estero mai compiuto da un'impresa cinese fu bloccato dalle straordinarie pressioni politiche provenienti dal Congresso che approvò una risoluzione²⁸² con la quale chiedeva al Presidente degli Stati Uniti di esaminare attentamente la proposta di acquisizione e, in caso, vietarla per ragioni di sicurezza nazionale in forza dei poteri conferitigli dall'*Exon-Florio Amendment* del 1988.²⁸³ Difficilmente l'acquisto di una società petrolifera non impegnata nel settore della difesa e degli armamenti avrebbe potuto essere proibita dal governo statunitense, motivo per cui nel 2007 il Congresso estese la portata del controllo di sicurezza nazionale agli investimenti esteri in settori chiave diversi da quello militare, includendovi, ad esempio, gli investimenti nelle infrastrutture e nelle tecnologie "vitali" per l'economia nazionale,²⁸⁴ ciò malgrado *CNOOC* abbandonò l'operazione,²⁸⁵ causando forti malumori nel governo cinese,²⁸⁶ il quale reagì adottando un sistema di controllo degli investimenti esteri analogo a quello statunitense.

La previsione di un meccanismo di controllo degli investimenti stranieri al fine di tutelare la sicurezza pubblica è comune a molti ordinamenti, che in proposito ammettono una deroga all'applicazione delle norme antitrust. Oltre all'appena vista situazione degli Stati Uniti, anche in Europa gli Stati membri sono lasciati liberi di adottare le misure "*necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni e*

²⁸² H.R. Res. 344, 109th Cong. (2005) (*enacted*). La risoluzione fu votata quasi all'unanimità con 398 voti favorevoli contro 15.

²⁸³ 50 U.S.C. App. § 2170, che modifica il *Defense Production Act* del 1950. Il Presidente degli Stati Uniti esercita il potere di valutazione delle concentrazioni che possono mettere a rischio la sicurezza nazionale attraverso la Commissione per gli investimenti esteri, che istruisce il procedimento a prescindere da una notifica da parte delle imprese coinvolte e può vietare la concentrazione anche se questa è stata approvata dall'autorità antitrust.

²⁸⁴ La modifica fu apportata dal *Foreign Investment and National Security Act* del 2007, 50 U.S.C. App. § 2170(f). Per la discussione che portò all'approvazione del progetto di legge di modifica del *Defense Production Act* v. Jackson (2013).

²⁸⁵ V. il comunicato stampa di *CNOOC* del 2 agosto 2005 su <http://www.cnooltd.com/encnooltd/newszx/news/2005/961.shtml>.

²⁸⁶ Il Ministro degli esteri cinese biasimò la scelta del Congresso, accusando la Camera dei Rappresentanti di aver indebitamente politicizzato una transazione che sarebbe dovuta essere lasciata alle libere scelte di investimento degli operatori privati coinvolti; v. Goodman (2005).

materiale bellico".²⁸⁷ Inoltre, molti Stati europei, come la Germania,²⁸⁸ l'Italia²⁸⁹ ed il Regno Unito,²⁹⁰ stabiliscono dei limiti agli investimenti stranieri motivati da preoccupazioni di sicurezza pubblica. Ad ogni modo, c'è da dire che i casi in cui i governi occidentali hanno fatto uso di queste prerogative sono estremamente rari e, oltretutto, in questi paesi l'intervento pubblico sulle scelte di investimento degli operatori esteri ha natura eccezionale. In Cina, invece, tutti gli investimenti stranieri sperimentano un controllo da parte del governo centrale o di quelli locali al fine di essere inquadrati tra quelli incoraggiati, permessi, limitati o vietati in base al *Catalogo per indirizzare gli investimenti stranieri nell'industria*.²⁹¹ È, dunque, probabile che le autorità cinesi si spingeranno con maggiore frequenza a vietare per ragioni di natura politica gli investimenti stranieri, ritenendo naturale che questi ultimi ricevano il gradimento da parte del governo.

8.2 Procedimento

Al fine di definire la portata ed il funzionamento del procedimento di controllo di sicurezza nazionale, di cui si aspettano ancora le prime concrete applicazioni, nel 2011 sono stati emanati dal Consiglio di Stato e dal Ministero del commercio due provvedimenti di attuazione dell'articolo 31 della legge antimonopoli.²⁹² Come era prevedibile,²⁹³ il concetto di "sicurezza nazionale" è stato esteso oltre che all'industria militare e paramilitare, anche alle imprese del settore

²⁸⁷ Art. 346, par. 1, lett. b), TFUE; l'articolo continua precisando che "*tali misure non devono alterare le condizioni di concorrenza nel mercato interno per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari*".

²⁸⁸ V. "*Außenwirtschaftsgesetz*", del 28 aprile 1961, da ultimo modificato il 6 giugno 2013, §§ 4–6; testo consultabile su http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/awg_2013/gesamt.pdf.

²⁸⁹ V. art. 25, comma 2, Legge 10 ottobre 1990, n. 287.

²⁹⁰ V. "*Enterprise Act*", 2002, c. 40, §§ 42–70; testo consultabile su <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/contents>.

²⁹¹ Nee (2010), p. 345, cfr. *supra* Cap. II, § 2.1.

²⁹² Si fa riferimento alla "*Circolare dell'Ufficio affari generali del Consiglio di Stato sull'istituzione del sistema di esame della sicurezza per le fusioni e le acquisizioni di imprese nazionali da parte di investitori stranieri*", del 3 febbraio 2011, in vigore dal 5 marzo 2011 [*"Circolare istitutiva del procedimento di esame di sicurezza nazionale"*]; testo consultabile, in inglese su, <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/aaa/201103/20110307430493.shtml>; ed al "*Regolamento del Ministero del Commercio per l'attuazione del sistema di esame della sicurezza per le fusioni e le acquisizioni di imprese nazionali da parte di investitori stranieri*", comunicato n. 53/2011, del 25 agosto 2011, in vigore dall'1 settembre 2011 [*"Regolamento attuativo del procedimento di esame di sicurezza nazionale"*]; testo consultabile, in inglese, su <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/aaa/201112/20111207869355.shtml>.

²⁹³ Sottolinea l'accezione nazionalistica del termine "*guojia'anquan*" (sicurezza nazionale") Huang (2008), p. 129.

6. Concentrazioni

agricolo, energetico, delle risorse, delle infrastrutture, dei trasporti, delle tecnologie e della manifattura più rilevante.²⁹⁴ L'insieme delle imprese interessate dai provvedimenti è, quindi, potenzialmente vastissimo ed ampia è la discrezionalità rimessa al governo nella valutazione dell'assoggettabilità di una fusione o di un acquisto al procedimento speciale.

Un'indicazione, per quanto orientativa, dei mercati che in Cina possono considerarsi connessi ad interessi di sicurezza nazionale si può ricavare dall'elencazione di quelli in cui gli investimenti sono proibiti o limitati, contenuta nel già citato *Catalogo per indirizzare gli investimenti stranieri nell'industria*, e da quei sette settori nei quali la CACPP ritiene che lo Stato dovrà mantenere un impegno diretto al termine del processo di riorganizzazione che sta coinvolgendo le imprese statali.²⁹⁵ Sono comunque escluse dall'ambito operativo delle norme in esame le fusioni e le acquisizioni di istituzioni finanziarie, per le quali dovrà essere adottata un'apposita regolamentazione.²⁹⁶

Le circostanze che determinano l'attivazione del procedimento sono l'acquisto da parte di un'impresa a capitale a maggioranza straniero di un'impresa cinese o di un'impresa a capitale straniero che prima della concentrazione fosse controllata da un investitore cinese.²⁹⁷ Si ha acquisto, secondo le disposizioni amministrative in questione, quando per effetto della concentrazione un'impresa straniera detenga, da sola o congiuntamente ad altre imprese straniere, almeno il 50% delle azioni della società concentrata ovvero riesca ad esercitare un'influenza "rilevante"²⁹⁸ sulle decisioni dell'assemblea ordinaria ovvero un controllo di fatto sull'impresa.²⁹⁹

²⁹⁴ Art. I (1) *Circolare istitutiva del procedimento di esame di sicurezza nazionale*.

²⁹⁵ Cfr. *supra* Cap. III, § 4.3; si ricorda che questi settori sono sette e specificatamente: armamenti, produzione e distribuzione dell'energia elettrica, petrolio e suoi derivati, carbone, telecomunicazioni, trasporti aerei e trasporti marittimi.

²⁹⁶ Art. V (4) *Circolare istitutiva del procedimento di esame di sicurezza nazionale*.

²⁹⁷ Art. I (2) *Circolare istitutiva del procedimento di esame di sicurezza nazionale*. Secondo la circolare in questione, non sono stranieri gli investitori di Hong Kong, Macao e Taiwan, ma nella valutazione degli acquisti compiuti da questi ultimi si prenderà come riferimento il procedimento in esame; v. art. V (5) *Circolare istitutiva del procedimento di esame di sicurezza nazionale*.

²⁹⁸ La circolare del Consiglio di Stato utilizza il termine influenza "rilevante" ("*yingxiang zhongda*") e non influenza "determinante" ("*yingxiang jue dingxing*"), come, invece, fa l'art. 20, n. (3), legge antimonopoli. In effetti, mentre il primo si riferisce ad una forma di controllo "interno" alla società, nel senso spiegato *supra* al § 2.1, e quindi di diritto, con il termine influenza "determinante" la legge si riferisce alla manifestazione del controllo esercitato dall'esterno, per mezzo di relazioni contrattuali, da parte di chi non è azionista di maggioranza.

²⁹⁹ Art. I (3) *Circolare istitutiva del procedimento di esame di sicurezza nazionale*.

La commissione interministeriale di valutazione agisce sotto il diretto controllo del Consiglio di Stato, ma un ruolo preminente al suo interno è riconosciuto al Ministero del commercio e alla CSNR, che sono gli unici due membri stabili della Commissione, essendo tutti gli altri componenti individuati in relazione all'oggetto di ogni singolo caso da esaminare.³⁰⁰

Il procedimento prende avvio con la notifica della concentrazione al Ministero del commercio da parte dell'impresa che ritenga che la proposta acquisizione coinvolga interessi di sicurezza nazionale³⁰¹ e sulla rilevanza in tal senso della concentrazione può essere chiesto un parere preliminare e non vincolate al Ministero.³⁰² L'esistenza di una concentrazione rilevante ai fini della valutazione di sicurezza nazionale può essere constatata e comunicata al Ministero anche dagli uffici periferici di quest'ultimo, da ogni altra amministrazione dello Stato, dalle associazioni industriali o dalle imprese concorrenti, fornitrici o distributrici delle imprese parti della concentrazione.³⁰³

Ricevuta la comunicazione, il Ministero ha 15 giorni per verificare se la concentrazione rientra tra quelle soggette al procedimento speciale ed entro tale termine deve notificare all'impresa la decisione di sottoporre ad esame di sicurezza nazionale l'operazione, alla quale altrimenti può essere data definitiva esecuzione.³⁰⁴ Se si ravvisano i presupposti, la domanda viene inoltrata alla Commissione interministeriale, dando inizio ad un procedimento abbastanza rapido (teoricamente non superiore ad 80 giorni), che si sofferma non solo sui rischi della concentrazione per la sicurezza nazionale, ma anche sugli effetti di questa sull'economia nazionale e sul benessere sociale in generale.³⁰⁵

La Commissione interministeriale deve concludere la prima fase di indagine, detta di esame generale, entro venti giorni e, qualora non escluda la possibile verifica di effetti negativi per la sicurezza nazionale, avvia un esame più

³⁰⁰ Art. III (1)–(2) *Circolare istitutiva del procedimento di esame di sicurezza nazionale.*

³⁰¹ Il contenuto della domanda da notificare al Ministero è individuato in linea di massima dall'art. 5 *Regolamento attuativo del procedimento di esame di sicurezza nazionale.*

³⁰² Art. IV (1) *Circolare istitutiva del procedimento di esame di sicurezza nazionale;* art. 4 *Regolamento attuativo del procedimento di esame di sicurezza nazionale.*

³⁰³ Art. IV (2) *Circolare istitutiva del procedimento di esame di sicurezza nazionale;* artt. 2–3 *Regolamento attuativo del procedimento di esame di sicurezza nazionale.*

³⁰⁴ Art. 6 *Regolamento attuativo del procedimento di esame di sicurezza nazionale.*

³⁰⁵ Art. II *Circolare istitutiva del procedimento di esame di sicurezza nazionale.*

6. Concentrazioni

approfondito, aprendo la fase di c.d. esame speciale.³⁰⁶ La Commissione, a questo punto, deve raggiungere un consenso sulle misure da adottare entro 60 giorni ed in mancanza deve riferire al Consiglio di Stato, il quale delibera sulla questione.³⁰⁷ Se, al termine dell'esame, la concentrazione viene ritenuta incompatibile con le esigenze di sicurezza nazionale e le imprese interessate non sono riuscite ad offrire modifiche idonee ad eliminare le preoccupazioni del governo, il Ministero del Commercio, su richiesta della Commissione, deve ordinare alle imprese di abbandonare l'operazione e, qualora questa sia già stata eseguita, può adottare le misure necessarie per ripristinare la situazione antecedente alla concentrazione.³⁰⁸

8.3 La necessaria non interferenza con il controllo antitrust

L'introduzione di una specifica procedura in cui trova posto il bilanciamento tra la promozione degli investimenti stranieri e gli interessi dello Stato costituisce un passo importante nel recepimento dei principi del *rule of law* nel governo dell'economia cinese. Ad un controllo che secondo le precedenti normative si svolgeva in maniera informale e sostanzialmente arbitraria³⁰⁹ si sostituisce adesso un procedimento normativamente disciplinato, che si conclude con una decisione pubblicamente assunta, anche se forse non impugnabile vista l'alta discrezionalità che caratterizza la decisione della Commissione.³¹⁰ Inoltre, la predisposizione di un organo *ad hoc* per la valutazione delle concentrazioni politicamente più "scottanti" ha l'indubbio vantaggio di allentare le pressioni che gravano sul Ministero del commercio nel corso del procedimento antitrust, potendo quest'ultimo concentrarsi

³⁰⁶ Art. IV (3) *Circolare istitutiva del procedimento di esame di sicurezza nazionale*.

³⁰⁷ *Ibidem*.

³⁰⁸ Art. IV (6) *Circolare istitutiva del procedimento di esame di sicurezza nazionale*; art. 7 *Regolamento attuativo del procedimento di esame di sicurezza nazionale*.

³⁰⁹ Resta, invece, sempre necessario il *placet* discrezionale del governo in caso di privatizzazione delle imprese statali, a prescindere dalla nazionalità dell'acquirente, in forza dell'art. 53 della legge sulle partecipazioni pubbliche, richiamato dall'art. V (3) *Circolare istitutiva del procedimento di esame di sicurezza nazionale*.

³¹⁰ Cfr. *Zhonghua renmin gongheguo xingzheng susong fa* (legge sul processo amministrativo della RPC), del 4 aprile 1989, in vigore dall'1 ottobre 1990 (è attualmente in discussione al CNP una corposa modifica della legge che dovrebbe estendere le possibilità di ricorso dei cittadini contro gli atti della pubblica amministrazione), art. 12, n. (1), che esclude l'impugnabilità dei provvedimenti amministrativi riguardanti la difesa nazionale e gli affari esteri; testo consultabile, in inglese, su http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383912.htm. Cfr., anche, l'art. 7, n. (2), *Regolamento attuativo del procedimento di esame di sicurezza nazionale* prevede, infatti, che, in caso di decisione negativa, l'impresa non possa ripresentare la domanda senza prima aver modificato le condizioni dell'operazione, tacendo su una possibile impugnazione in via amministrativa o giurisdizionale.

unicamente sulle ragioni di tutela del mercato.³¹¹

È, quindi, essenziale che non vi sia alcuna sovrapposizione tra l'oggetto del controllo antitrust e quello di sicurezza nazionale, perché le finalità da essi perseguite sono diverse e possono risultare incompatibili tra di loro. Mentre eventuali esternalità positive di interesse pubblico possono condurre ad approvare, *ex* articolo 28, una concentrazione restrittiva che altrimenti andrebbe proibita, paventati effetti opposti non possono astrattamente impedire l'approvazione dell'operazione. Se, pertanto, nel corso del procedimento di controllo antitrust il Ministero dovesse temere conseguenze negative per l'integrità degli interessi dello Stato, esso ha la possibilità di avviare d'ufficio l'*iter* per la valutazione di sicurezza nazionale, ma non deve consentire che tali considerazioni influenzino l'esito dell'indagine sulla restrittività della concentrazione.

Purtroppo, quanto auspicato non sempre si è concretamente realizzato. In "*Coca Cola/Huiyuan*" la preoccupazione mostrata dall'autorità per l'acquisto del marchio "*Huiyuan*" da parte di *Coca Cola* trova scarso conforto in giustificazioni di carattere economico ed appare fondata, al contrario, sull'interesse del governo a preservare la nazionalità di un marchio cinese estremamente noto.³¹² Si racconta, infatti, che il principale impegno richiesto dal Ministero a *Coca Cola* per approvare la concentrazione fosse che la società statunitense rinunciasse ad acquistare il marchio "*Huiyuan*".³¹³ L'obiettivo è il medesimo espressamente perseguito dall'articolo 12 delle *Disposizioni provvisorie fusioni e acquisizioni 2006*, che il Ministero non poteva, tuttavia, applicare direttamente in quel caso perché, prima che le disposizioni del 2006 lo vietassero, *Huiyuan* aveva trasferito la propria sede all'estero, non essendo più formalmente una società cinese quando giunse la proposta di acquisto da parte di *Coca Cola*.³¹⁴ È probabile, quindi, che considerazioni proprie

³¹¹ Goldstein (2011), pp. 255–256.

³¹² McGinthy – Nicholson (2009). L'esigenza di mantenere la proprietà cinese dei marchi più rinomati è pubblicamente sostenuta nello "*Schema della strategia nazionale per la proprietà intellettuale*", promulgato dal Consiglio di Stato il 5 giugno 2008; testo consultabile, in inglese, su www.gov.cn/english/2008-06/21/content_1023471.htm.

³¹³ Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 169; E. Choi (2010), pp. 176–177. L'importanza riconnessa al marchio "*Huiyuan*" emergeva dalla disponibilità di *Coca Cola* a pagare un prezzo quasi tre volte superiore al valore di mercato delle azioni di *Huiyuan*.

³¹⁴ Nee (2010), pp. 331–332, soggiunge che la decisione di vietare la concentrazione potrebbe essere stata una sorta di punizione per il comportamento di *Huiyuan*, la quale aveva spostato la sede all'estero per agevolare la propria quotazione alla borsa di Hong Kong e riuscire ad ottenere condizioni più favorevoli nelle trattative con *Coca Cola*.

6. Concentrazioni

di una valutazione “politica” di sicurezza nazionale abbiano fatto ingresso nell’esame dell’acquisto del gigante cinese dei succhi di frutta ed alla fine abbiano fatto propendere l’autorità per la scelta di vietare la concentrazione.

Similmente, si può ipotizzare che in due assai discusse recenti decisioni di approvazione con rimedi, “*Marubeni/Gavilon*”³¹⁵ e “*Glencore/Xstrata*”,³¹⁶ il Ministero si sia fatto influenzare da ragioni di politica industriale. In entrambi i casi le quote detenute dalle imprese nei mercati interessati in seguito alla concentrazione erano molto basse, in nessun mercato superiori al 20%, ed il loro incremento a seguito della concentrazione era pressoché insignificante, compreso tra lo 0,7% ed il 3,1%.³¹⁷ Ciò induceva ad escludere la creazione di un potere di mercato o anche solo il rafforzamento di un oligopolio cooperativo. Le imprese, tuttavia, operavano in settori considerati sensibili dal governo cinese, nell’ordine quello agroalimentare (semi di soia)³¹⁸ e quello delle risorse naturali (concentrato di rame, zinco e piombo), nei quali la Cina dipendeva massicciamente dalle importazioni dall’estero.³¹⁹ Per questo motivo, con il dichiarato obiettivo di proteggere le PMI cinesi incapaci di confrontarsi in condizioni di parità con le multinazionali straniere, il Ministero ha imposto incisivi rimedi alle parti delle concentrazioni. In “*Marubeni/Gavilon*” le imprese sono state costrette, per un periodo di almeno due anni, ad operare in Cina attraverso società separate e a non collaborare tra loro, nemmeno attraverso lo scambio di informazioni, nell’attività di esportazione e vendita dei semi di soia sul mercato cinese. Nel caso “*Glencore/Xstrata*”, accanto all’ordine di dismissione di una miniera di rame in Perù, è stato chiesto alla società acquirente di impegnarsi per mantenere gli stessi livelli di fornitura precedenti alla concentrazione a favore alle imprese cinesi ed a praticare a queste ultime un prezzo annualmente prestabilito o comunque da considerarsi giusto e ragionevole in virtù dell’andamento del mercato

³¹⁵ *Cit. supra* § 4.1.

³¹⁶ Comunicato n. 20/2013; testo consultabile, in cinese, su <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201304/20130400091222.shtml>.

³¹⁷ V. Emch – J. Wei (2013).

³¹⁸ Nel 2006 un alto funzionario del Consiglio di Stato riferì all’agenzia Xinhua la preoccupazione del governo cinese per la crescente monopolizzazione da parte di operatori stranieri del mercato della soia, che, a suo dire, andava considerato strategico per l’economia cinese; v. Howell (2009), p. 92.

³¹⁹ Nello specifico le importazioni di concentrato di rame, concentrato di zinco e concentrato di piombo rappresentavano, rispettivamente, il 68,5%, 28,7% e 27,%, mentre nel mercato dei semi di soia le importazioni contavano per oltre l’80%.

internazionale.³²⁰ Nell'uno e nell'altro caso i rimedi, come è facile intuire, miravano più ad evitare sconvolgimenti all'interno di mercati ritenuti socialmente sensibili che a prevenire future restrizioni della concorrenza.

9.– Un primo bilancio

Giunti al termine dell'esame relativo alle concentrazioni tra imprese ed alla luce della promulgazione di una pluralità di regolamentazioni amministrative di attuazione e della disponibilità di un buon numero di decisioni di casi concreti, possiamo tentare di trarre le prime conclusioni intorno alle caratteristiche del controllo preventivo delle operazioni di concentrazione.

È un dato di fatto, innanzitutto, che tutte le decisioni fino ad oggi pubblicate hanno sempre riguardato transazioni in cui almeno una delle parti era una società straniera o a capitale a maggioranza straniero. Dalla lista dei casi notificati tra la fine del 2012 ed il terzo trimestre 2013 apprendiamo, inoltre, che soltanto nel 15% delle concentrazioni tutte le parti erano imprese cinesi,³²¹ il che è decisamente sorprendente se si tiene conto della frequenza con cui in Cina negli ultimi anni si è proceduto a ristrutturazioni aziendali tramite fusione ed acquisizione di altre imprese, al fine di rispondere alle sfide dei nuovi mercati liberalizzati. Evidentemente una parte consistente delle concentrazioni che avvengono tra imprese cinesi continuano a non essere notificate al Ministero del commercio, il quale, dal canto suo, non è in grado di individuare queste operazioni, se non in rarissimi casi.

Le ragioni di questo squilibrio nell'applicazione delle norme antitrust sono probabilmente riassumibili in una duplice considerazione. Da un lato, le grandi operazioni tra imprese nazionali, pubbliche o meno, coinvolgono sempre gli interessi dell'amministrazione dello Stato ed a volte sono addirittura sponsorizzate dai Ministeri che sovrintendono ad un determinato settore industriale. In questa

³²⁰ Un analogo obbligo di fornitura a favore delle imprese cinesi era stato previsto nel caso "*Uralkali/Silvinit*", *cit*, dove però i rischi per la concorrenza erano più evidenti, considerato che le prime due imprese del settore rappresentavano il 70% della domanda, sollevando maggiori preoccupazione di una cooperazione anticompetitiva tra gli operatori di un mercato fortemente concentrato.

³²¹ I dati sono riportati da Mariniello (2013), che sottolinea anche come il valore complessivo delle concentrazioni realizzate in Cina nel lustro 2008–2013 sia stato più che doppio rispetto al valore delle concentrazioni avvenute in Europa, dove nell'ultimo anno le operazioni tra imprese comunitarie hanno rappresentato il 47% del totale.

6. Concentrazioni

condizione è molto complicato per l'Ufficio antimonopoli del Ministero del Commercio riuscire ad imporre il proprio punto di vista e modificare i piani delle operazioni per motivi di tutela della concorrenza.

Dall'altro, persevera strisciante una diffidenza nei confronti delle imprese straniere, le quali continuano ad essere ritenute una delle principale cause di turbamento dell'ordine del mercato a causa della loro eccezionale forza finanziaria con cui possono insidiare la stragrande maggioranza delle imprese cinesi. Per soddisfare tali istanze di protezione, il Ministero del commercio si è sentito in dovere di adottare tutti i rimedi necessari, anche se eccentrici rispetto alla prassi internazionale e in alcuni casi decisamente sovrabbondanti, pur di minimizzare il rischio che la concentrazione facilitasse condotte antimonopolistiche da parte delle imprese straniere. Sarebbe, infatti, difficile da giustificare politicamente, di fronte alle rimostranze degli operatori nazionali, il perché l'autorità pubblica non abbia fatto quanto in suo potere per evitare che dalla concentrazione derivasse un pregiudizio alle imprese cinesi. Bisogna dire, tuttavia, che gli effetti negativi derivanti dall'apertura del mercato cinese alle multinazionali straniere sono spesso esagerati nella comunicazione pubblica e che sono di gran lunga più diffusi e profondi i danni prodotti al benessere sociale dalla protezione concessa dallo Stato allo strapotere delle imprese pubbliche sul mercato.³²²

È, dunque, probabile, che nel breve periodo non si assisterà ad un riequilibrio nel differente trattamento fin'ora riservato alle concentrazioni in ragione della presenza o meno di imprese straniere tra le parti della stessa.³²³ Al contrario, la volontà delle autorità cinesi di affermare il proprio ruolo sui mercati internazionali potrà essere un incentivo a tenere un atteggiamento piuttosto aggressivo, soprattutto nel momento di giudicare le grandi concentrazioni transnazionali, la decisione delle quali è destinata a ricevere grande attenzione da parte degli operatori occidentali. A tal fine, il Ministero tenderà ad imporre dei rimedi alle concentrazioni tra le grandi multinazionali, mentre è più difficile che arrivi a vietare *tout court* un'operazione i cui effetti si produrranno anche e per lo più al di fuori dei confini cinesi.³²⁴

Nell'applicazione delle norme della concorrenza le autorità cinesi sono

³²² Owen – Sun – W. Zheng (2008), pp. 253–254.

³²³ Così anche W. Zheng (2010), p. 715.

³²⁴ La concentrazione tra *Coca Cola* e *Huiyuan*, ad esempio, pur riguardando imprese straniere, avrebbe prodotto effetti esclusivamente in Cina; cfr. Nee (2010), p. 330.

attente a conformarsi ai principi ed alle interpretazioni dominanti negli ordinamenti con maggiore esperienza in ambito antitrust, ma, se il caso lo richiede, esse non si mostrano particolarmente restie a piegare il diritto della concorrenza al perseguimento di fini di politica industriale. La questione della protezione dell'economia nazionale è, però, molto complessa e non può essere liquidata definendo come “imperfetto” o “immaturo” il diritto antitrust cinese. Si coglie, anzi, l'occasione per rinnovare qui l'invito a non spacciare come unici modelli validi i frutti di un'esperienza storicamente e spazialmente determinata, la quale trova la sua massima espressione negli ordinamenti occidentali.³²⁵ Peraltro, proprio questi ultimi hanno vissuto e continuano a vivere una concitata tensione tra l'affermazione della massima libertà di funzionamento dei mercati e la tutela degli interessi pubblici nazionali.

Negli Stati Uniti si è già visto lo scompiglio che portò il tentativo di acquisto di *Unocal* da parte di *CNOOC* e le barricate alzate dalla destra e dalla sinistra del Congresso per evitare un'operazione che veniva vissuta come una cessione di sovranità a favore del temibile concorrente cinese.³²⁶ Anche operazioni che non ebbero così evidenti ripercussioni politiche, l'ordinamento statunitense almeno sino alla metà degli anni '60 del secolo scorso ha dimostrato un innegabile favore per le piccole imprese locali che non fossero in grado di replicare le efficienze raggiunte dalle imprese di grandi dimensioni, le quali, a seguito del secondo conflitto mondiale, andavano occupando sempre maggiori spazi all'interno dell'economia americana.

Le sentenze “*Philadelphia National Bank*”³²⁷ e “*Von's Grocery*”³²⁸ sono tra gli epigoni di questo atteggiamento tenuto dai giudici federali. In esse la Corte Suprema vietò la concentrazione tra la seconda e la terza banca dell'area di Philadelphia e tra la terza e la sesta catena di negozi alimentari di Los Angeles, nonostante i mercati rilevanti fossero notevolmente concorrenziali,³²⁹ ritenendo che il

³²⁵ Cfr. *supra* Cap. II, *incipit* parte I.

³²⁶ Cfr. *supra* § 8.1.

³²⁷ *United States vs. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963).

³²⁸ *United States vs. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1966); ma v. la *dissenting opinion* del giudice Stewart ai §§ 281 ss.

³²⁹ Al tempo vi erano altre 41 banche nella stessa area in cui operava la *Philadelphia National Bank* ed a Los Angeles la catena di negozi alimentari risultante dalla concentrazione avrebbe rappresentato appena il 7,5% del mercato.

6. Concentrazioni

diritto antitrust non potesse tollerare la tendenza al concentramento dell'offerta in mano a poche grandi imprese. La crescita tramite fusioni ed acquisizioni di alcuni operatori a scapito di altri fu, quindi, ritenuta contraria ai principi della concorrenza, senza che la Corte sentisse l'esigenza di spiegare quale fosse il danno subito dai consumatori per effetto della concentrazione o di dare rilievo alle efficienze nascenti dall'operazione.³³⁰

In Europa i Trattati, in generale, ed il Reg. (CE) 139/2004, in particolare, non ammettono deroghe al controllo delle concentrazioni motivate da ragioni di politica industriale,³³¹ seppure sono innegabili le pressioni cui è soggetta la Commissione da parte degli Stati membri quando la questione dell'approvazione o meno di una concentrazione tra alcune grandi imprese europee giunge sul suo tavolo.³³² Il tema della creazione di campioni nazionali (o europei, che dir si voglia) non è, d'altronde, mai venuto meno nella discussione interna all'ordinamento europeo ed è stato di recente rinverdito dalle riflessioni di un ex commissario europeo alla concorrenza.³³³ La Commissione europea senza dubbio si oppone agli interventi degli Stati che possano creare delle restrizioni agli scambi comunitari, ma prende atto che nei mercati globalizzati, prima tra tutti quello dell'*information technology*, sono le imprese straniere a dominare la scena. Pertanto, c'è chi sostiene l'esigenza di riconsiderare la necessità di nuove forme di finanziamento delle grandi imprese europee per far sì che esse possano competere efficacemente sui mercati internazionali e che non si verificino irreversibili perdite di quote di mercato a favore di operatori stranieri,³³⁴ ed a ben vedere la Commissione si mostra spesso più che tollerante nei confronti delle sovvenzioni concesse dagli Stati alle grandi

³³⁰ E. Choi (2010), pp. 178–182.

³³¹ Il Considerando 23 del Reg. (CE) 139/2004 che chiede alla Commissione di adottare la propria decisione tenendo conto degli obiettivi e dei valori fondanti l'Unione Europea non consente l'ingresso di considerazioni di politica industriale, visto che la Commissione può tenere conto dei benefici economici portati dalla concentrazione soltanto nei limiti in cui essi vadano a vantaggio dei consumatori e non creino ostacolo alla concorrenza (art. 2, par. 1, lett. b); v. anche la dichiarazione del commissario alla concorrenza al momento dell'emanazione del regolamento, Sir. Leon Brittan, IP/04/501.

³³² Cfr. James – Sufrin (2011), pp. 964–966; si fa ad esempio riferimento alla decisione IV/M.315 “*Mannesmann/Vallourec/Ilva*” (1994), in cui la proposta del commissario europeo alla concorrenza di vietare la concentrazione non fu appoggiata dagli altri membri della Commissione.

³³³ V. la relazione di Mario Monti, “*A New Strategy for the Single Market*” (2010), p. 86; testo consultabile su http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf.

³³⁴ Pack – Saggi (2006); v. anche Geradin – Girgenson (2011).

imprese, arrivando persino a difenderle in sede di *WTO*.³³⁵

Ecco che, allora, le flessioni che il diritto cinese subisce per effetto delle spinte protezionistiche provenienti dal suo interno possono essere ricondotte alle ordinarie dinamiche che caratterizzano tutti i sistemi di diritto antitrust. Sicuramente i principi della concorrenza fanno ancora fatica ad ambientarsi in Cina e questo non li rende sufficientemente forti per arginare le pressioni politiche che provengono da vari settori dell'amministrazione pubblica. Il mercato cinese si trova in un momento di fondamentale transizione, che sta cambiando radicalmente la sua fisionomia; un cambiamento che è già giunto sul piano normativo con l'emanazione della nuova legge antimonopolistica, ma che fa ancora fatica a tradursi in un mutamento nell'atteggiamento delle istituzioni nei confronti delle liberalizzazioni. Come la Corte Suprema statunitense negli anni '60, le autorità cinesi sono oggi tentate di barricarsi a difesa delle condizioni di mercato esistenti, quando invece dovrebbero prendere coscienza del nuovo corso dell'economia ed adattare il loro approccio ad un mercato in inesorabile trasformazione. Non è da escludere che, a loro volta, anche le imprese cinesi non siano ancora pronte a confrontarsi con un'economia globalizzata e che esse meritino di essere protette per il tempo necessario a consentire una loro ristrutturazione che le renda adeguatamente competitive.³³⁶ In considerazione di ciò, potrebbe pertanto giungersi a ritenere giustificata la scelta della Cina di mantenere misure indirettamente protettive delle proprie imprese, al fine di garantire il consolidamento dell'economia nazionale nel lungo periodo.

³³⁵ Cfr. *Appellate Body report, European Communities — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, WT/DS/316/AB/R, adottato il 18 maggio 2011.

³³⁶ Cfr. E. Choi (2010), p. 193.

CAPITOLO SETTIMO

Abusi di potere amministrativo

Terminata la descrizione delle tre diverse specie di condotte monopolistiche delle imprese (accordi, abusi di posizione dominante e concentrazioni)¹ e prima di passare alle procedure di accertamento e sanzione, la legge antimonopoli dedica un Capo, il quinto, al fenomeno tanto diffuso quanto stigmatizzato dei monopoli amministrativi, ossia a quegli ostacoli alla libera concorrenza eretti dalle amministrazioni pubbliche per favorire certe imprese a discapito di altre.

Il termine “monopolio amministrativo” (“*xingzheng longduan*”) non è contenuto nella legge, che invece preferisce parlare di “abuso di potere amministrativo” (“*lanyong xingzheng qanli*”), ma è indubbio che gli effetti che si intendono prevenire sono proprio quelle situazioni di restrizione dell’offerta sul mercato tradizionalmente ricondotte sotto la categoria dei monopoli amministrativi. Per questo motivo, l’indagine inizierà cercando di comprendere cosa sono questi monopoli amministrativi e quali ne sono le cause, per poi passare all’esame delle disposizioni adottate per contrastarli ed al perché la legge antimonopoli è stata ritenuta la sede normativa adatta per questa disciplina, concludendo, infine, con alcune considerazioni circa le modalità di attuazione delle suddette disposizioni ed uno sguardo comparativo alle esperienze di altri ordinamenti.

1.– Monopoli amministrativi

1.1 Definizione

Per monopolio amministrativo genericamente si intende ogni attività materiale o giuridica della pubblica amministrazione, compiuta in violazione dei poteri ad essa conferiti e finalizzata a promuovere, alterare, impedire o prevenire lo svolgimento di attività economiche da parte delle imprese.² Tutti gli Stati conoscono forme più o meno penetranti di intervento della pubblica amministrazione

¹ Cfr. art. 3 legge antimonopoli.

² La definizione è ripresa da Williams (2005), p.138 e 158.

nell'economia ed in questo senso i monopoli amministrativi possono essere ricondotti nella categoria delle restrizioni pubbliche all'economia con cui le disposizioni antitrust si sono da sempre dovute con difficoltà confrontare.³

Numerose sono le partizioni tentate per meglio definire le diverse modalità con cui i monopoli amministrativi si manifestano sul mercato. Alcuni hanno guardato alla funzione della condotta delle autorità pubbliche, distinguendo tra monopoli finalizzati ad isolare un determinato territorio dalla concorrenza di imprese stabilite all'esterno di esso, tipicamente imposti dalle amministrazioni locali, e monopoli per promuovere o proteggere determinati operatori in specifici settori industriali, che nella pratica vengono costituiti sia dai governi locali che dai dipartimenti del governo centrale;⁴ altri, invece, hanno fatto leva sulla natura formale o meno della discriminazione, se cioè la restrizione fosse il risultato dell'applicazione di specifiche disposizioni emanate dalle autorità locali al fine di limitare la concorrenza ovvero se difettesse di qualsiasi sostegno giuridico e fosse apprezzabile soltanto in via di fatto.⁵

Nonostante chi scrive sia convinto della scarsa utilità pratica delle varie classificazioni proposte, sembra comunque corretto separare le diverse manifestazioni dei monopoli amministrativi per il diverso trattamento normativo che esse hanno ricevuto nel tempo. Così, le misure adottate dalle autorità locali per limitare lo scambio di merci provenienti da altri territori sono sempre state apertamente contrastate dal governo centrale, perché costituiscono un ostacolo alla diffusione delle riforme volute da Pechino ed in definitiva mettono a repentaglio l'unità politica del paese. Per tale motivo, già nelle disposizioni provvisorie per la promozione e la protezione della concorrenza nell'economia socialista del 1980⁶ queste pratiche protezionistiche furono ufficialmente messe al bando⁷ e tali divieti, specificati ed ampliati, furono successivamente consolidati nel *Regolamento sul divieto di barriere regionali* del 2001.⁸ Al contrario, furono a lungo tollerate le politiche di favore mantenute nei confronti delle imprese locali, attuate abusando dei

³ Per una recente rassegna della letteratura sul tema ed uno sguardo internazionale al problema, anche con riguardo all'ordinamento cinese, v. Sokol (2009).

⁴ Bush (2009), p.118.

⁵ W. Zheng (2012), 590–594.

⁶ *Cit.*; cfr. *supra* Cap. II, § 2.

⁷ Art. 6 disposizioni provvisorie per la promozione e protezione della concorrenza nell'economia socialista, cfr. anche Jin – Luo (2002), pp. 65–66.

⁸ *Cit.*; cfr. *supra* Cap. IV, § 3.2. Tra gli anni '80 e '90 del secolo scorso furono emanate una serie di regolamenti amministrativi del Consiglio di Stato per contrastare i fenomeni di protezionismo locale, poi superati dalla promulgazione nel 2001 del *Regolamento sul divieto di barriere regionali*.

7. Abusi di potere amministrativo

poteri amministrativi di cui le autorità disponevano o che venivano attribuiti alle medesime imprese interessate⁹ per impedire lo sviluppo o l'ingresso di concorrenti privati. La prima flebile risposta a queste condotte si ebbe, infatti, con la legge contro la concorrenza sleale,¹⁰ che proibiva alle autorità locali di indicare le imprese dalle quali gli altri operatori erano obbligati ad acquistare¹¹ e di imporre a questi ultimi ingiustificate limitazioni al loro normale esercizio.¹² Sulla stessa linea, furono di lì a poco emanate anche la legge sulle offerte pubbliche¹³ e la legge sugli appalti pubblici¹⁴ che stabilirono per l'autorità appaltante un obbligo di non discriminazione nello svolgimento delle gare. La legge antimonopoli raccoglie in una disciplina unitaria queste frammentate disposizioni,¹⁵ che però rimangono ancora in vigore,¹⁶ e formalizza nuove tipologie di misure restrittive, realizzando un deciso passo in avanti nella lotta al fenomeno dei monopoli amministrativi.

1.2 Monopoli amministrativi e monopoli economici

I monopoli amministrativi spesso si individuano per contrapposizione ai monopoli economici,¹⁷ situazioni in cui una sola impresa domina il mercato grazie alla supremazia conquistata per merito della sua capacità e della sua forza economica e non in conseguenza della graziosa concessione dell'autorità pubblica.

I monopoli economici sono generati dalla stessa concorrenza tra le imprese, dalla quale emerge un soggetto in grado di controllare il mercato; per questo motivo essi possono trasferirsi da un'impresa ad un'altra che, facendo ingresso sul mercato, scalzi il precedente monopolista. I monopoli amministrativi, invece, sono creati e mantenuti per volontà dell'autorità amministrativa e da una serie di regolamenti e disposizioni di rango sub-legale che impediscono il legittimo svolgimento di attività

⁹ Sulle società con funzioni amministrative cfr. *supra* Cap. IV, § 4.4.

¹⁰ Art. 7 legge contro la concorrenza sleale; cfr. *supra* Cap. II, § 2.1.

¹¹ Altri autori considerano questi obblighi di acquisto una forma specifica di abuso di potere amministrativo, distinta dalle politiche di favore per le imprese di determinati settori industriali v. Chan (2009), pp. 266–267, e Owen – Sun – W. Zheng (2005), p. 130; a parere di chi scrive, invece, questa tipologia di abuso non può essere distinta dal *genus* di quelle condotte dirette a facilitare l'operato di talune imprese sul mercato.

¹² Cfr. anche *Zhonghua renmin gongheguo chanpin zhilang fa* (Legge sulla qualità dei prodotti della RPC), del 22 febbraio 1993, da ultimo modificata l'8 luglio 2000, art. 25; testo consultabile, in inglese, su http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383813.htm.

¹³ Art. 20 legge sulle offerte pubbliche; cfr. *supra* Cap. II, § 2.3.

¹⁴ Artt. 22 e 71, n. (4), legge sugli appalti pubblici.

¹⁵ Schneider (2010), p. 874; Chan (2009), pp. 272–273.

¹⁶ Cfr. *infra* § 2.2.

¹⁷ Friedman (2008), p. 208 “*Monopoly frequently [...] arises from government support or from collusive agreements among individuals*”.

in concorrenza con l'impresa beneficiaria¹⁸ ed escludono anche il pur debole effetto disciplinante del potere di mercato costituito dalla possibilità di ingresso di concorrenti potenziali. Di conseguenza, la posizione di monopolio amministrativo è di gran lunga più stabile del monopolio economico e nel complesso molto più pericolosa per lo sviluppo di un'effettiva economia di libero mercato.¹⁹

È, tuttavia, una caratteristica dell'economia cinese che molti dei monopoli economici oggi esistenti non sono il risultato del successo di un'impresa che è riuscita a scalare le posizioni ed a sovrastare tutti gli altri operatori, ma, piuttosto, l'espressione di un sistema economicamente sottosviluppato che, vistosi incapace di sopravvivere in un'economia liberalizzata, in assenza di finanziamenti pubblici, ha indotto le imprese che ne facevano parte a concertare la propria attività e, in alcuni casi, a fondersi in un'unica entità che assumesse il pieno controllo della produzione e degli scambi sul mercato.²⁰ In numerosi casi, pertanto, i monopoli economici sono stati partoriti dal medesimo contesto economico che, come presto vedremo, ha favorito lo sviluppo dei monopoli amministrativi e non è raro che una posizione di monopolio sul mercato condivida i caratteri dell'uno e dell'altro, essendo contemporaneamente rafforzata da barriere di tipo economico e normativo.

1.3 Monopoli amministrativi e monopoli statali

Il privilegio per un'impresa di operare in condizioni di monopolio può essere concesso tanto dalla legge quanto da atti normativi o comportamenti delle autorità amministrative di livello inferiore e, come si è visto in precedenza,²¹ l'identità delle situazioni che si vengono a creare porta a qualificare, nel linguaggio comune, entrambi i fenomeni come monopoli amministrativi. Tuttavia, opposto è il trattamento loro riservato sul piano giuridico: i monopoli amministrativi sono vietati, mentre i monopoli statali sono addirittura tutelati.²² La differenza è di tutta evidenza nella legge antimonopoli. Essa riconosce all'articolo 7 il potere dello Stato di regolare in regime monopolistico determinati settori, la cui attività deve essere genericamente orientata agli interessi dei consumatori ed alla promozione dello

¹⁸ Jiefen Li (2010), pp. 286–287.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Jin – Luo (2002), p. 80.

²¹ Cfr. *supra* Cap. III, § 4.4.

²² V. l'ampia letteratura in cinese citata da Jin – Luo (2002), pp. 92–93, in nota.

7. Abusi di potere amministrativo

sviluppo tecnologico,²³ e subito dopo, all'articolo 8, proibisce alle autorità amministrative ed agli enti incaricati di svolgere funzioni pubbliche di imporre restrizioni alla concorrenza abusando dei propri poteri.

Le ragioni di carattere economico che stanno alla base del divieto di abusi di potere amministrativo potrebbero estendersi ai monopoli statali, ma a prevalere è stata un'opzione di tipo politico e non efficientistico. Le norme implicitamente stabiliscono che spetta esclusivamente allo Stato individuare i settori in cui l'esistenza di c.d. "fallimenti del mercato" giustifica l'abbandono dei principi della concorrenza a favore della regolazione dell'attività di impresa. Peraltro, considerato che si tratta di scelte assunte al massimo livello della gerarchia governativa, bisogna ammettere che sarebbe ingenuo pensare che l'ARALA avrebbe potuto seriamente contrastare queste decisioni e smantellare quegli stessi monopoli che i suoi superiori avevano deciso di costituire.

L'accentramento del potere di istituire i monopoli mira ad evitare di legittimare l'intreccio inestricabile di restrizioni che si determina quando ogni autorità locale tenta di proteggere gli interessi delle imprese presenti sul suo territorio, ma la configurazione normativa in realtà sposta il problema ad un livello più elevato, perché lo Stato rimane sostanzialmente libero di decidere, attraverso la legge, in quali settori ed a quali imprese conferire dei diritti esclusivi di vendita o di acquisto. Così, il monopolio esistente nell'estrazione del petrolio è stato esteso prima alla grande distribuzione dei prodotti della raffinazione e poi anche alla vendita al dettaglio,²⁴ mercato quest'ultimo successivamente liberalizzato, ma nel quale le imprese indipendenti fanno ancor'oggi fatica ad operare.²⁵ Dunque, quello che alle autorità locali è vietato, diventa legittimo se a farlo è lo Stato, perché la legge consente l'adozione da parte del governo centrale di politiche di protezione delle imprese di rilievo nazionale dalla concorrenza proveniente dall'estero. È stato osservato, oltretutto, che nei settori regolamentati dallo Stato la presenza di monopoli amministrativi è ancora più intensa che nei mercati liberalizzati.²⁶ In concreto, quindi, i monopoli statali, sopravvissuti indenni all'approvazione della legge

²³ Cfr. *supra* Cap. III, § 4.3.

²⁴ X. Zhang – V. Zhang (2007), p.199. Sembra, tra l'altro, che nel prossimo futuro il governo sia intenzionato a liberalizzare anche il mercato della vendita all'ingrosso dei derivati del petrolio, v. Bao – Du (2013).

²⁵ Cfr. *supra* Cap. II, § 1.1.

²⁶ L. Yu – W. Zhang (2013).

antitrust,²⁷ si sommano ai monopoli amministrativi, tutt'ora ampiamente diffusi, moltiplicando le restrizioni con cui le imprese devono confrontarsi, così creando un ambiente ostile all'effettivo radicamento delle liberalizzazioni approvate negli ultimi anni.

1.4 Formazione e cause

In Cina il dibattito sui monopoli amministrativi è tanto antico quanto le riforme economiche iniziate da Deng Xiaoping, quando si decise che il percorso di rinnovamento del paese dovesse necessariamente passare attraverso un arretramento del governo dall'economia. Parallelamente al graduale abbandono della gestione diretta della produzione e dello scambio da parte dello Stato, nuovi vincoli al libero esercizio dell'impresa venivano creati dalle singole amministrazioni pubbliche, le quali erano intenzionate a non perdere la loro influenza all'interno delle economie, ma che, così facendo, ostacolavano l'attuazione dei progetti di liberalizzazione promossi dal governo centrale. Le ragioni che hanno permesso ai monopoli amministrativi di mantenere un peso tanto importante a trent'anni dall'apertura del mercato cinese sono molteplici e si proverà a descriverne alcune.

Storicamente la Cina, per via del suo immenso territorio, ha sofferto la costante indisciplina delle sue provincie, soprattutto quelle più periferiche, restie a conformarsi alle indicazioni del governo centrale e periodicamente attraversate da rigurgiti separatisti.²⁸ La fondazione della RPC condusse ad una rinnovata unificazione politica del paese, ma l'indirizzo impresso da Mao all'economia approfondì le fratture già esistenti nel mercato cinese. L'obiettivo che ci si poneva era il raggiungimento della piena indipendenza produttiva di ogni singola provincia, così che, qualora la Cina fosse stata vittima di un attacco, i territori liberi avrebbero potuto garantire il sostentamento della propria popolazione senza dipendere dai trasferimenti da altre zone del paese.²⁹ Ciò ha prodotto i già visti problemi di duplicazione industriale e di eccesso di capacità, che hanno successivamente indotto i governi a finanziare le imprese locali altrimenti incapaci di coprire i costi di produzione,³⁰ ma ha anche alimentato atteggiamenti di diffidenza e di chiusura verso

²⁷ Schneider (2010), p. 895.

²⁸ Cfr. *supra* Cap. I, § 1; v. anche Peerenboom (2002), pp. 27–43.

²⁹ W. Zheng (2010), pp. 655–656; Qian – Weingast (1996), pp. 157–167.

³⁰ Cfr. *supra* Cap. II, § 1.2.

7. Abusi di potere amministrativo

gli scambi con le altre aree del sub-continente cinese. La strategia di autosufficienza maoista, infatti, ha creato una struttura industriale sostanzialmente identica nei differenti territori ed un bassissimo grado di specializzazione, con la conseguenza che le imprese locali di una regione si trovano a competere con quelle di un'altra per le stesse risorse e gli stessi sbocchi di mercato. In queste condizioni le autorità pubbliche cercano di proteggere gli interessi locali ed ostacolare i flussi commerciali tra le varie zone territoriali, per evitare l'ingresso di prodotti concorrenti o la esportazioni di materie prime.³¹

Il progetto di federalismo fiscale realizzato nei primi anni ottanta ha ulteriormente aggravato la frammentata geografia del mercato cinese. Con la drastica riduzione dei finanziamenti del governo centrale e la devoluzione di molte competenze, non da ultima quella sul controllo degli investimenti di rilievo esclusivamente locale,³² le province sono diventate sempre più dipendenti dalle imposte dirette ed indirette prelevate all'interno del loro territorio.³³ Se, da un lato, la riforma fiscale ha stimolato le autorità locali a creare condizioni favorevoli allo sviluppo di nuove imprese,³⁴ per altro verso essa ha sostenuto forme di protezionismo industriale, che hanno esasperato il peso delle barriere amministrative alla libertà dei traffici.

Tra le principali cause della proliferazione dei monopoli amministrativi vi è, infine, la struttura istituzionale della RPC.³⁵ Certamente la forma di governo non democratica, che rende i funzionari responsabili soltanto nei confronti dei loro superiori gerarchici e non dell'elettorato, come la scarsa trasparenza nell'amministrazione, agevolano la creazione di relazioni preferenziali con certi operatori sul mercato e la convenienza di attività di *rent-seeking*,³⁶ non raramente

³¹ Jin – Luo (2002), p. 96.

³² Lou (2008); OCSE (2002), pp. 659–677.

³³ C. P. W. Wong (1992), p. 197.

³⁴ Oi (1992), p. 102; C. P. W. Wong (1991).

³⁵ Cfr. *supra* Cap. I, § 8.

³⁶ Con il termine “*rent-seeking*” si fa riferimento a quelle attività poste in essere da un operatore economico per ottenere o mantenere una posizione di vantaggio sul mercato, attraverso la concessione da parte del potere politico di particolari privilegi (la c.d. “rendita”) a scapito dei consumatori e delle altre imprese. Tali condotte possono essere legali, quando sono compiute per mezzo di una mera attività di *lobbying*, oppure manifestarsi con modalità illegali a sfondo corruttivo. Ogni impresa sarà disposta ad investire nell'attività di *rent-seeking* un ammontare di risorse pari all'utilità attesa dall'implementazione delle regolamentazione governativa; v. Posner (1975). Le spese di *rent-seeking*, dunque, accrescono i costi sociali già derivanti dalla concessione di diritti esclusivi o di favori a determinate imprese e possono persino produrre una perdita secca ove più operatori concorrano per ottenere il privilegio che sarà poi concesso ad uno solo tra essi; v. Weishaar (2011), p. 109.

sfocianti in condotte corruttive dei funzionari pubblici.³⁷ Allo stesso modo, non esiste alcun controllo di conformità delle normative locali con le leggi ed i regolamenti amministrativi emanati dal governo centrale né una clausola che, al pari dei principi europei sulla libertà di circolazione³⁸ o della *commerce clause*³⁹ della costituzione statunitense, sancisca l'inefficacia delle normative locali e delle disposizioni amministrative ingiustificatamente limitative degli scambi all'interno del territorio nazionale.

Oltretutto, specialmente nelle province, permane una mentalità fortemente legata agli schemi del passato e spesso quasi del tutto digiuna delle più elementari regole della concorrenza, come ammesso anche da fonti ufficiali.⁴⁰ Molti funzionari governativi prestano maggiore fiducia all'intervento pubblico nell'economia che ai principi del libero mercato,⁴¹ nonostante sia assodato che le misure protezionistiche e di sostegno all'industria locale siano tra le massime fonti di spreco della finanza pubblica ed un gigantesco ostacolo ad una più vivace crescita economica. Non è un caso, infatti, che le province orientali, dove più massicci sono stati gli investimenti stranieri ed i benefici derivanti dall'apertura all'economia di mercato, siano quelle dove più marcata è stata la riduzione dei monopoli amministrativi, come dimostrato da alcuni studi economici, che hanno anche evidenziato l'accrescersi del divario del grado di incidenza dei monopoli amministrativi nell'economia tra i più sviluppati territori orientali e quelli occidentali.⁴² Ciò è la prova che, accanto ad un percorso di riforme economiche, fiscali ed istituzionali, la lotta ai monopoli amministrativa vada combattuta infondendo una più profonda cultura della concorrenza tra gli amministratori locali.

³⁷ L. Shi (2009), p. 98; Y. Guo – A. Hu (2004), p. 279; Jung – Q. Hao (2003), p. 140.

³⁸ Art. 3, par. 2, TUE, e artt. 28, 34, 49, 56 e 63 TFUE; v. C-6/64, *Costa c. Enel*.

³⁹ Art. I, § 8, *Clause 3*, Costituzione statunitense.

⁴⁰ L'ASIC, nella sua raccolta di casi di applicazione della legge contro la concorrenza sleale pubblicata nel 2007 (v. *supra* Cap. II, § 2.1) ha ammesso che nel 90% delle volte in cui si è trovata ad applicare l'art. 7 della legge in questione, l'autorità pubblica che aveva commesso la violazione non era consapevole dell'illiceità del suo comportamento, tanto da correggere immediatamente la condotta appena ricevuta la segnalazione da parte dell'AIC; v. Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 344, e X. Mao (2007).

⁴¹ Jin – Luo (2002), p. 95.

⁴² L. Yu – D. Yu (2011).

2 – Abuso di potere amministrativo

2.1 Ragioni dell'inserimento all'interno della legge antimonopoli

Il dibattito sull'opportunità di includere i divieti di abuso di potere amministrativo nella legge antimonopoli si protrasse lungo gran parte dei lavori preparatori. Le norme per combattere i monopoli amministrativi facevano parte di tutte le prime versioni della legge, in cui gli abusi di potere amministrativo comparivano nella lista delle condotte monopolistiche, accanto ad accordi, abusi di posizione dominante e concentrazioni.⁴³ Nel dicembre del 2005 il Consiglio di Stato decise, però, di rimuovere integralmente le disposizioni in questione, che fecero di nuovo ingresso nella legge nel corso dell'esame di fronte alla Commissione permanente del CNP, a seguito delle insistenti pressioni, provenienti da chi, nell'amministrazione centrale, credeva che la nuova legge antitrust non potesse esimersi dall'affrontare il problema dei monopoli amministrativi.⁴⁴

Sotto un profilo strettamente sistematico è evidente l'alterità delle norme sugli abusi di potere amministrativo rispetto alla disciplina della concorrenza. Le restrizioni alla competizione tra imprese imposte dalle autorità pubbliche originano, infatti, dal confuso assetto istituzionale cinese che vede le singole amministrazioni agire con notevole indipendenza, perseguendo politiche spesso incoerenti con gli obiettivi proclamati dal governo centrale. Quest'ultimo, da parte sua, non dispone degli strumenti giuridici adatti per assicurare il pieno rispetto delle normative da esso approvate e per contrastare efficacemente la corruzione dilagante a tutti i livelli della vita pubblica cinese. Per gli oppositori, dunque, l'aver incluso le disposizioni sull'abuso di potere amministrativo nella legge antimonopoli sarebbe stato poco più che una trovata propagandistica per distogliere l'attenzione dalle effettive riforme istituzionali che si renderebbero, invece, necessarie.⁴⁵ Sempre secondo coloro che sposano la suddetta linea di pensiero, venendo in gioco il più ampio problema del corretto bilanciamento dei poteri all'interno dell'ordinamento, la sede adatta per disciplinare le restrizioni pubbliche all'economia sarebbe stato un testo di rango costituzionale, come avvenuto con la Costituzione federale Stati Uniti o con i

⁴³ Huo (2008), pp. 50–51.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Cfr. Chan (2009), pp. 275–276, che riporta il pensiero di alcuni Autori cinesi che si opponevano alla proposta di associare la disciplina antitrust a quella dei monopoli amministrativi; v. anche Harris (2006).

principi dei Trattati europei, oppure, come minimo, una legge *ad hoc* che permettesse di affrontare la questione sotto tutti i molteplici profili che essa presenta.⁴⁶

Sono, tuttavia, numerose le ragioni a favore di un approccio congiunto ai due fenomeni delle condotte monopolistiche e degli abusi di potere amministrativo, il quale, d'altronde, trova dei significativi precedenti nelle leggi a tutela della concorrenza adottate dai paesi dell'est europeo, che pure hanno dovuto intraprendere un percorso di transizione da un'economia pianificata ad un regime di libero mercato.⁴⁷ Restano prima di tutto le similitudini tra gli effetti causati dai monopoli amministrativi e quelli prodotti dalle altre condotte monopolistiche.⁴⁸ Entrambe queste pratiche, infatti, ostacolano una razionale distribuzione delle risorse, mantengono in vita imprese inefficienti e, in definitiva, avvantaggiano alcuni operatori in danno dei consumatori e del benessere generale. Diversi studi hanno calcolato che a causa dei monopoli amministrativi ogni anno vengono perduti migliaia di miliardi di *yuan*,⁴⁹ per un valore pari a circa il 10% dell'intero prodotto interno lordo cinese.⁵⁰

È, dunque, vero che le radici del problema sono da rintracciare nella struttura amministrativa cinese, nelle inefficienti dinamiche che caratterizzano i rapporti tra il centro e la periferia del paese, ma le ripercussioni negative per il mercato sono immediate e di macroscopica evidenza. Si è sostenuto che l'introduzione del Capo V della legge antimonopoli non solo è opportuna, ma addirittura indispensabile.⁵¹ L'eliminazione degli irragionevoli vincoli amministrativi al libero esercizio dell'attività di impresa è un obiettivo in un certo senso preliminare rispetto all'affermazione dei principi della concorrenza. Le disposizioni antitrust sarebbero grandemente limitate nel loro operare se rimanessero inermi di fronte alle principali

⁴⁶ Nee (2010), pp. 350–351; Chan (2009), pp. 276–277.

⁴⁷ Cfr. artt. 15–16 “*Legge sulla tutela della concorrenza*” della Federazione Russa, legge federale n. 135–FZ del 26 luglio 2006, da ultimo modificata il 6 dicembre 2011, che ha abrogato la legge federale n. 948–1 del 22 marzo 1991 “*Legge sulla concorrenza e sulla limitazione delle attività monopolistiche nei mercati dei beni*”; testo consultabile, in inglese, su <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12776>. Cfr. anche artt. 15–17 “*Legge sulla concorrenza economica*” dell'Ucraina, entrata in vigore l'11 gennaio 2002, che ha abrogato la “*Legge sulla limitazione delle pratiche monopolistiche e la prevenzione delle concorrenza sleale nelle attività di impresa*” del 18 febbraio 1992; testo consultabile, in inglese su <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6037>. Per una comparazione tra la legge ucraina e quella cinese, v. S. Wang (2010), pp. 192–199.

⁴⁸ Chan (2009), p. 267.

⁴⁹ L. Yu – W. Zhang (2013).

⁵⁰ Cfr. S. Wang (2010), p. 185.

⁵¹ X. Wang (2008b), p. 12.

7. Abusi di potere amministrativo

fonti di inefficienza dell'economia cinese; ciò in quanto nella realtà non è interamente possibile distinguere tra situazioni in cui la limitazione della concorrenza è originata da comportamenti dei privati ed altre che, invece, sono create o mantenute dall'autorità amministrativa.⁵² Restrizioni pubbliche e private convivono all'interno della stessa fattispecie in una relazione che è stata definita "simbiotica"⁵³ e spesso sono tra di loro complementari, nel senso che le imprese domandano l'intervento regolatorio dell'autorità pubblica, quando non sono in grado di limitare da sé la concorrenza.⁵⁴

L'approccio dal versante della tutela della concorrenza, inoltre, non è così sbagliato, se si pensa che la creazione di barriere regionali ai traffici commerciali può integrare una violazione dell'obbligo di non discriminazione tra operatori esteri e locali nascente dall'adesione della Cina al *WTO*.⁵⁵ Il governo centrale ha così un ulteriore incentivo a spezzare i vincoli di natura amministrativa creati dalle autorità locali per rafforzare il proprio controllo sui livelli territoriali inferiori⁵⁶ ed imporre il rispetto degli obblighi internazionalmente assunti.

In conclusione, si può apprezzare la scelta di sfruttare l'approvazione della legge antimonopoli per inserire una nuova e più estesa disciplina di contrasto ai monopoli amministrativi. Il compito non è ovviamente concluso né le nuove norme possono essere lasciate sole ad affrontare un fenomeno tanto complesso quanto diffuso. Occorre che l'impegno dello Stato cinese si concentri su più fronti rafforzando l'attuale quadro normativo,⁵⁷ in particolare potenziando i controlli gerarchici ed istituzionali sulle attività dell'amministrazioni pubbliche ed intensificando la lotta alla corruzione anche tramite l'irrigidimento dei meccanismi disciplinari interni al PCC.⁵⁸ Sul piano economico, infine, devono essere continuati gli sforzi per accrescere l'indipendenza delle imprese pubbliche dai controlli della

⁵² Cfr. *supra* § 1.2.

⁵³ Fox (2008), pp. 180–181.

⁵⁴ Si deve a Stigler il merito di aver evidenziato come sia l'industria a domandare la regolamentazione amministrativa delle propria attività quando le imprese non riescono a concertare da sé le proprie condotte. I governi, di conseguenza, tendono a venire incontro alle richieste degli operatori di maggiori dimensioni adottando misure protezionistiche, che scoraggiano l'ingresso di nuovi concorrenti; v. Stigler 1971.

⁵⁵ Chan (2009), p. 280.

⁵⁶ È stato affermato che la legge antimonopoli nel suo complesso sia il frutto del più ampio progetto del governo di Pechino di riaffermare la propria autorità in materia economica sulle amministrazioni locali; v. Bergsten – Freeman – Lardy – Mitchell (2008), p. 77.

⁵⁷ Jung – Q. Hao (2003), p. 144.

⁵⁸ Chan (2009), p. 279; Wu (2008), p. 93.

politica e per aumentare la concorrenza nei settori ancora sotto il dominio delle grandi società statali attraverso incisive azioni di scorporo aziendale.⁵⁹

2.2 Rapporto con le altre norme

La principale novità della legge antimonopoli è probabilmente l'aver inquadrato le varie condotte in una cornice unitaria, unendo il divieto di costituire monopoli amministrativi a fine protezionistico con il divieto di adottare misure di vantaggio per alcune imprese che le autorità locali hanno interesse a proteggere. Le singole condotte vietate dagli articoli da 32 a 35, infatti, riprendono il contenuto di disposizioni già presenti nell'ordinamento e, segnatamente, l'articolo 7 della legge contro la concorrenza sleale e l'articolo 4 del *Regolamento sul divieto di barriere regionali*. Pur avendone avuto il modo in occasione della redazione delle disposizioni attuative alla legge, né la CSNR né l'ASIC, le due autorità competenti ad accertare gli abusi di potere amministrativo,⁶⁰ hanno voluto per il momento estendere il catalogo dei divieti sanciti dalla legge, limitandosi per lo più ad un'elencazione ripetitiva delle previsioni ivi contenute.⁶¹ Il rapporto tra le nuove disposizioni e le precedenti, rimaste ancora in vigore, non è però del tutto chiaro, perché la legge antimonopoli fa salva l'applicazione delle altre leggi che regolano gli abusi di potere amministrativo,⁶² tra cui vanno senza dubbio annoverate le disposizioni sopra citate. Le norme antecedenti dovrebbero, quindi, prevalere sulla legge antimonopoli, la quale, dal canto suo, contiene previsioni prive di immediati precedenti normativi, quali gli articoli 8, 36, 37⁶³ e 51. Dalla scarsa esperienza applicativa che è dato osservare sino ad adesso sembra comunque che si abbia una

⁵⁹ L. Yu – W. Zhang (2013), p. 216.

⁶⁰ Cfr. *supra* Cap. III, § 3.1.

⁶¹ V. *Regolamento prezzi CSNR*, artt. 20–22; “*Regolamento dell'Amministrazione dell'Industria e del Commercio sul divieto di abusi di potere amministrativo per eliminare o restringere la concorrenza*”, del 31 dicembre 2010, entrato in vigore l'1 febbraio 2011 [“*Regolamento abusi di potere amministrativo ASIC*”]; testo consultabile, in inglese, su www.linklaters.com/pdfs/mkt/london/1c.pdf.

⁶² Art. 51, par. 2, legge antimonopoli; cfr. *supra* Cap. III, § 3.3.

⁶³ In merito all'art. 37, che fa divieto di abusare dei poteri amministrativi per emanare provvedimenti che eliminino o restringano la concorrenza, bisogna dire che il *Regolamento sul divieto di barriere regionali* conteneva un obbligo di rimuovere le disposizioni amministrative che ostacolavano i traffici all'interno del territorio cinese, ma la legge antimonopoli generalizza questa previsione estendendola a tutte le forme di monopoli amministrativi.

tendenza a porre alla base delle proprie istanze le vecchie norme insieme con le nuove.⁶⁴

2.3 Abuso e finalità escludente

La legge antimonopoli si propone di dettare una disciplina generale contro i monopoli amministrativi e, per far questo, enuncia il principio per cui le autorità amministrative e gli enti incaricati, per legge o regolamento amministrativo, di svolgere funzioni pubbliche non devono “*abusare dei loro poteri amministrativi per eliminare o restringere la concorrenza*”.⁶⁵ La formula non è sconosciuta al diritto cinese,⁶⁶ ma nel nuovo contesto normativo si apprezza con immediatezza l’analogia con l’espressione utilizzata dall’articolo 6 in materia di abusi di posizione dominante. Nonostante le profonde differenze che sul piano sistematico dividono i due istituti, questi hanno in comune due elementi: sia l’articolo 6 che l’articolo 8 della legge antimonopoli vietano solo quei comportamenti che siano diretti ad escludere un concorrente o a ridurre la sua forza competitiva sul mercato,⁶⁷ inoltre, la condotta, per essere illecita, deve consistere in un abuso di un potere di cui si è titolari, un potere di mercato nel caso degli abusi di posizione dominante ed un potere autoritativo di natura pubblicistica per gli abusi di potere amministrativo. Questa seconda considerazione, in particolare, spinge a ritenere ammissibili restrizioni alla libera concorrenza tra imprese predisposte dalle autorità locali, quando queste siano necessarie e proporzionate allo scopo di tutelare interessi pubblici quali la salute, la sicurezza o l’ambiente.⁶⁸ La mancanza di una clausola di esonero per le condotte conformi all’interesse pubblico, analoga a quelle previste per le condotte monopolistiche esaminate nei capitoli precedenti,⁶⁹ non esclude, infatti, la possibilità di tenere in considerazione interessi non economici nella valutazione degli abusi di potere amministrativo, tanto più che i destinatari delle norme sono queste volta soggetti che hanno come loro proprio fine istituzionale il perseguimento dell’interesse pubblico.

⁶⁴ S. Wang (2010), pp. 187–188; nei casi “*ACQIQ*” e “*Società di trasporti comuni dello Shaanxi*”, che si esamineranno di seguito, ad esempio, gli attori hanno fondato la propria domanda sia sull’art. 7 della legge contro la concorrenza sleale sia sulle nuove disposizioni della legge antimonopoli.

⁶⁵ Art. 8 legge antimonopoli.

⁶⁶ Cfr. art. 7 legge contro la concorrenza sleale.

⁶⁷ Per gli abusi di posizione dominante, tuttavia, si ricorderà che questo è vero soltanto in linea di principio; cfr. *supra* Cap. V, § 2.1.

⁶⁸ Marquis (2013), p. 118.

⁶⁹ Cfr. artt. 1, 15 e 28 legge antimonopoli.

3.– Singoli divieti della legge antimonopoli

3.1 Obbligo di contrarre con le imprese affiliate

La prima ed anche la più frequente forma di abuso di potere amministrativo punita dalla legge antimonopoli è la prassi di molte autorità pubbliche di costringere i cittadini a rivolgersi a determinate imprese per ottenere uno specifico prodotto o servizio. L'articolo 32 punisce questo genere di condotte come anche le misure con cui si intende favorire non un singolo operatore, ma tutte le imprese di un determinato territorio, richiedendo ai cittadini di rifornirsi in via esclusiva presso le imprese locali.⁷⁰

Sono innumerevoli i casi in cui i governi e gli enti incaricati di svolgere funzioni pubbliche promuovono le attività di imprese in cui hanno un interesse economico diretto o che sono riuscite a guadagnarsi i favori del potere politico (c.d. imprese “affiliate”); tra questi uno dei più noti, che dimostra altresì quanto questi regimi preferenziali operino spesso in modo informale, è la consuetudine dei funzionari locali di richiedere che le foto da allegare alle pratiche amministrative siano state scattate presso un determinato negozio da essi indicato.⁷¹ In ipotesi del genere non vi è una norma amministrativa che imponga di rivolgersi ad una specifica impresa, benché il costante atteggiamento tenuto dai funzionari porti a supporre l'esistenza di un preciso ordine superiore, e la richiesta formulata dai soggetti pubblici integra, pertanto, un esercizio abusivo dei poteri ad essi conferiti.⁷²

La diffusione di tali specie di condotte illecite è confermata dal fatto che due dei quattro casi in cui sino ad oggi si è fatto ricorso alle nuove norme del Capo V della legge antimonopoli hanno riguardato le ingiustificate preferenze che le autorità pubbliche hanno dimostrato per certe imprese a discapito di altre.⁷³ Il primo giorno di entrata in vigore della legge, alcune imprese citarono in giudizio l'Amministrazione

⁷⁰ V. Jung – Q. Hao (2003), p. 117, che riferisce di una disposizione adottata dal governo di una provincia nord orientale che obbligò tutti i rivenditori a vendere unicamente i fertilizzanti prodotti da imprese locali, pena la confisca dei prodotti vietati, l'imposizione di una multa e la revoca della licenza.

⁷¹ Il caso è stato raccontato da R. Chen (2011), che riportava la notizia apparsa su alcuni organi di stampa e riguardante una prassi seguita da alcune municipalità nelle province del Anhui e del Jiangxi; v. <http://news.sohu.com/20071205/n253816175.shtml> (in cinese).

⁷² Weishaar (2011), pp. 101–102.

⁷³ Gli altri due casi sono “*Società di trasporti comuni dello Shaanxi*”, di cui si è discusso *supra* al Cap. III, § 4.4, in ordine alla qualificazione delle amministrazioni pubbliche come imprese, e l'azione avviata da un'agenzia delle imposte dello Zhejiang contro l'amministrazione comunale della propria città, che si analizzerà *infra* al § 3.7.

7. Abusi di potere amministrativo

per i controlli di qualità, le ispezioni e la quarantena (“ACQIQ”), una potente agenzia governativa sotto il diretto controllo del Consiglio di Stato, lamentando che essa aveva abusato dei propri poteri amministrativi, promuovendo aggressivamente⁷⁴ e, in alcuni casi, costringendo le imprese ad utilizzare un sistema di controllo elettronico della qualità dei prodotti realizzato dalla *China Information Technology*, società di cui la medesima agenzia possedeva il 30% delle azioni.⁷⁵ Gli attori evidenziarono l’inutilità del sistema che veniva imposto soltanto alle imprese di maggiori dimensioni, escludendo la vastissima platea degli operatori più piccoli da cui per lo più provenivano i beni contraffatti o di qualità scadente;⁷⁶ La condotta dell’ACQIQ aveva largamente avvantaggiato, invece, *China Information Technology*, la quale riuscì ad aumentare di quasi sei volte i profitti in danno degli attori che nello stesso periodo persero gran parte dei loro precedenti clienti.⁷⁷

L’altra vicenda cui si è fatto cenno risale al 2010, quando il governo di Heyuan, una città del Guangdong, stabilì che tutti i dispositivi *GPS* dei veicoli presenti nel territorio comunale dovessero utilizzare la piattaforma di monitoraggio sviluppata da una specifica società. Quest’ultima era stata designata quale fornitore ufficiale del comune per i servizi di monitoraggio e tracciatura dei veicoli e da allora iniziò a chiedere agli operatori *GPS* il pagamento di una somma forfettaria per ogni dispositivo installato sugli autoveicoli al fine di garantire l’aggiornamento della piattaforma.⁷⁸ Tra le misure adottate dal comune vi fu anche l’ordine indirizzato al locale ufficio dei trasporti di non approvare la revisione di alcun veicolo il cui dispositivo di rilevamento *GPS* non fosse stato aggiornato al prescritto sistema di monitoraggio. Su denuncia degli operatori *GPS*, alcuni dei quali avevano sviluppato

⁷⁴ All’interno dell’ACQIQ fu creata una vera *task force* col compito di sponsorizzare il sistema di controllo della qualità ed anche agli uffici decentrati dell’ACQIQ fu chiesto di farsi promotori del *software* in questione; v. Weishaar (2011), p. 102.

⁷⁵ *Beijing Zhaoxin Information Technology Ltd., Eastern Huike Anti-Counterfeiting Technology Ltd., Zhongshe Wang Meng Information Security Technology Ltd. e Heng Xin Digital Technology Ltd c. Amministrazione per i controlli di qualità, le ispezioni e la quarantena, Yi Zhong Hang Chu Zi* n. 1340/2008 (Corte Intermedia di Pechino); un resoconto in inglese può essere letto su <http://english.cri.cn/2946/2008/09/05/195s402529.htm>.

⁷⁶ Weishaar (2011), pp. 102–103.

⁷⁷ Da fonti interne a *China Information Technology* si è appreso che ACQIQ aveva acquistato le azioni della società attraverso un prestito a interessi zero ricevuto dal socio di maggioranza di *China Information Technology*, che l’ACQIQ si era impegnata a ripagare trasferendo i dividendi connessi alla propria quota azionaria; cfr. <http://english.caijing.com.cn/2008-08-27/100077449.html>.

⁷⁸ Il comunicato dell’ASIC del 28 luglio 2011 è consultabile, in cinese, su http://www.saic.gov.cn/ywdt/gsyw/dfdt/xxb/201107/t20110727_111694.html...; per un resoconto in inglese v. Ning – Jing (2011).

proprie piattaforme di monitoraggio, l'AIC del Guangdong chiese al governo della provincia di riconsiderare la decisione delle autorità di Heyuan, cosa che fu fatta da lì a poco revocando le decisioni in precedenza assunte dal governo di livello inferiore. Malgrado l'intervento dell'autorità sia stato accolto con grande soddisfazione da taluni,⁷⁹ esso in realtà rientra nella normale amministrazione dell'ASIC, la quale già nel vigore della legge contro la concorrenza sleale eseguiva questo genere di indagini ed invitava le amministrazioni locali a correggere le condotte anticoncorrenziali lesive degli interessi degli altri operatori sul mercato.⁸⁰ Bisogna, pertanto, smorzare almeno per ora l'entusiasmo di chi crede che le nuove disposizioni della legge antimonopoli si siano già tradotte in un reale potenziamento degli strumenti di lotta contro i monopoli amministrativi ed attendere che l'applicazione della nuova normativa assurga tra le priorità delle autorità antitrust cinesi affinché se ne possa giudicare l'effettiva portata innovativa all'interno dell'ordinamento.

3.2 Discriminazioni territoriali

L'articolo 33 della legge ingloba molte delle disposizioni che costituiscono il cuore del *Regolamento sul divieto di barriere regionali* e quindi quelle previsioni dirette a bandire qualsiasi comportamento discriminatorio delle autorità locali in pregiudizio delle imprese di altri territori. L'interventismo dei governi locali nell'economia rende straordinariamente complessa la circolazione dei beni e dei servizi all'interno del territorio cinese. La miriade, spesso occulta, di piccole e grandi restrizioni amministrative si è accresciuta talmente tanto all'indomani dell'apertura all'economia di mercato da aver creato tra i vari mercati locali delle barriere paragonabili a quelle che si riscontrano nel commercio tra Stati sovrani⁸¹ ed anche semplicemente spostandosi da una città all'altra gli operatori si trovano di fronte a differenti regimi fiscali, procedure di autorizzazione e *standard* tecnici cui conformarsi.

La disposizione in esame enumera le più comuni condotte restrittive agli scambi interregionali adottate dalle autorità locali, con un elenco che ha, però, funzione meramente esemplificativa, essendo genericamente vietate tutte le condotte

⁷⁹ Si vedano le reazioni positive di due professori universitari, Sheng Jiemin e Huang Yong, riportate in calce al comunicato stampa dell'ASIC del 28 luglio 2011, *cit.*

⁸⁰ W. Zheng (2012), p. 598.

⁸¹ Poncet (2003), p. 16.

7. Abusi di potere amministrativo

che possono ostacolare la libera circolazione dei beni tra i vari territori del paese.⁸² La discriminazione va accertata in concreto, per cui non è necessario risalire ad una specifica disposizione amministrativa che imponga il comportamento illecito, ma è sufficiente che le imprese provenienti da un altro territorio subiscano un trattamento diverso rispetto ai loro concorrenti locali.

Le modalità attraverso le quali si può realizzare la discriminazione sono molteplici ed accresciute dalla peculiare ampiezza delle facoltà riconosciute alle autorità locali cinesi. Esse non si riducono alle misure discriminatorie che le pubbliche amministrazioni di altri paesi possono generalmente adottare nel limitato ambito della discrezionalità loro riconosciuta amministrativa e che tipicamente si manifestano nell'adozione di misure tecniche o requisiti di autorizzazione per le imprese non locali diversi da quelli richiesti alle imprese locali ovvero nello svolgimento di ispezioni ripetute e persecutorie.⁸³ Il potere di imposizione e riscossione fiscale, ad esempio, consente alle autorità locali cinesi di applicare diversi oneri tributari ai prodotti delle imprese non locali.⁸⁴ Così, si riporta che i governi dello Hebei e dello Jilin imposero alle imprese produttrici di birra provenienti da altre province un contributo obbligatorio per la creazione di un non meglio definito "fondo di adeguamento per il settore della birra".⁸⁵ Può apparire stravagante, inoltre, il divieto legislativo rivolto alle autorità locali di istituire posti di blocco o altre misure per impedire il passaggio di beni in uscita o in entrata dai loro territori.⁸⁶ In realtà, la norma richiama episodi non tanto remoti della storia cinese relativi alla c.d. "guerra delle merci", che nella seconda metà degli anni '80 vide opporre le province nel tentativo di accaparrarsi maggiori quantitativi di risorse agricole.⁸⁷ Può essere utile ricordare una di queste vicende. La provincia del Guangdong, rifiutatasi di acquistare il riso al prezzo richiesto dal governo dello Hunan, instaurò le trattative direttamente con gli agricoltori di quella provincia offrendosi di pagare il loro riso ad un prezzo superiore rispetto a quello loro versato

⁸² Art. 33, n. (5), legge antimonopoli.

⁸³ Art. 33, nn. (2)–(3), legge antimonopoli.

⁸⁴ Cfr. art. 33, n. (1), legge antimonopoli.

⁸⁵ Cfr. Jung – Q. Hao (2003), p. 117.

⁸⁶ Art. 33, n. (4), legge antimonopoli.

⁸⁷ Banca Mondiale (1994), p. 27. L'industrializzazione forzata dei primi anni '80 aveva infatti causato una grave crisi agricola nelle province costiere, che si ritrovarono a corto di generi alimentari e delle risorse necessarie a far funzionare i loro impianti tessili, mentre altre province che ne erano ricche preferivano esportare queste stesse risorse o distribuirle tra gli abitanti.

dal governo, ma a sua volta più basso rispetto a quello che era stato in precedenza offerto dallo Hunan al Guangdong.⁸⁸ Accortosi di quanto stava succedendo, il governo dello Hunan collocò le proprie forze di sicurezza al confine con il Guangdong per impedire il passaggio dei carichi di riso ed in risposta il Guangdong schierò le proprie forze per agevolare il passaggio delle merci. La situazione si risolse da sola con il tempo, quando le economie delle varie province ritrovarono un equilibrio tra la produzione agricola ed industriale; tuttavia, il governo centrale deve considerare evidentemente non del tutto scongiurato il rischio che eventi analoghi a quello ricordato si possano ripetere in futuro.

3.3 Gare di appalto

Lo svolgimento delle gare di appalto è dettagliatamente regolato dalla legge sulle offerte pubbliche e dalla legge sugli appalti pubblici, che contengono un generale obbligo di non discriminazione incombente in capo al soggetto appaltante, sia esso pubblico o privato.⁸⁹ Poco aggiunge, dunque, l'articolo 34 alla disciplina già esistente, tranne forse esplicitare che il comportamento del soggetto appaltante è discriminatorio non solo quando sono tali i requisiti o gli *standard* qualitativi previsti per la partecipazione alla gara, ma anche quando al bando non viene data la dovuta pubblicità,⁹⁰ prescrizione quest'ultima che poteva non risultare chiarissima alla lettura della legge sulle offerte pubbliche. Il vero apporto della disposizione in questione è, però, quello di ricondurre le discriminazioni attuate all'interno delle procedure di evidenza pubblica al *genus* dei monopoli amministrativi, sottolineandone la stretta connessione con gli interessi protetti dal diritto della concorrenza.

3.4 Restrizioni agli investimenti e allo stabilimento

Molti governi locali subordinano il diritto di svolgere un'attività commerciale sul territorio all'apertura su di esso di una sede fisica dell'impresa. Per questo motivo, un modo semplice con cui le autorità o gli enti incaricati di svolgere funzioni

⁸⁸ L'episodio è riferito da W. Zheng (2012), p. 591, in nota.

⁸⁹ V. *supra* § 1.1.

⁹⁰ La medesima formulazione dell'attuale art. 34 della legge antimonopoli è peraltro utilizzata anche nell'art. 4, n. (6), *Regolamento sul divieto di barriere regionali*.

7. Abusi di potere amministrativo

pubbliche possono impedire ad un concorrente di competere sul territorio è negare l'autorizzazione ad investirvi o a stabilirvi una succursale.⁹¹

Un'altra ragione per cui le autorità possono negare il permesso ad un'impresa di operare sotto la propria giurisdizione è poi legato al prelievo fiscale. Il governo, infatti, ottiene un gettito maggiore, se all'interno del territorio l'impresa stabilisce la propria sede e non una semplice succursale. Pertanto, nonostante le imprese abbiano diritto ad operare in tutta la Cina anche avvalendosi di unità decentrate, accade che sia richiesto loro di costituire piuttosto una società controllata in ciascun territorio, con evidente inutile lievitazione di costi amministrativi e fiscali.⁹²

3.5 Induzione a condotte antimonopolistiche

L'articolo 36 introduce un inedito divieto per l'autorità amministrativa e gli enti incaricati di svolgere funzioni pubbliche di costringere le imprese a compiere alcuna delle condotte monopolistiche vietate dalla legge. Per avvantaggiare certe imprese sul mercato, infatti, l'autorità può limitarsi a legittimare, o anche solo a tollerare, la realizzazione di condotte anticoncorrenziali da parte delle imprese, che permettano loro di estrarre profitti monopolistici sul mercato.

La disposizione in questione si pone quale naturale completamento della disciplina degli abusi di potere amministrativo, riaffermando il principio per cui l'attività della pubblica amministrazione deve essere orientata alla promozione della concorrenza. L'effetto maggiormente rilevante della nuova previsione normativa deriva, però, dall'interpretazione che le è stata lodevolmente attribuita dall'ASIC, la quale ha ricavato da essa un divieto per le imprese di concludere accordi monopolistici o di compiere abusi di posizione dominante dietro la giustificazione che tale condotta è stata imposta, autorizzata o richiesta dall'autorità amministrativa o da un ente incaricato di svolgere funzioni pubbliche.⁹³ La misura amministrativa non fornisce, quindi, alcuno schermo alle imprese, le quali saranno autonomamente responsabili delle loro condotte ai sensi delle previsioni del Capo II e III della legge

⁹¹ Nee (2010), p. 361.

⁹² *Ibidem*; nel caso raccontato dall'autore fu proprio l'ASIC a negare l'autorizzazione ad un'impresa a capitale straniero di continuare ad operare attraverso succursali su più territori per venire incontro alle richieste delle autorità locali, che speravano di poter ottenere un maggiore gettito fiscale costringendo l'impresa a costituire nuove società sotto la loro giurisdizione.

⁹³ Art. 5 *Regolamento abusi di potere amministrativo ASIC*.

antimonopoli e soggette alla medesime sanzioni ivi previste dagli articoli 46 e 47.⁹⁴ Di conseguenza, si profila qui, dunque, un ulteriore differenza con i monopoli statali ed in generale con le restrizioni alla concorrenza imposte dalla legge dello Stato, perché, diversamente dalle disposizioni amministrative, le imprese sono sempre e comunque tenute ad attenersi alle prescrizioni della legge, anche se, secondo l'interpretazione dell'articolo 7 che è stata proposta *supra*,⁹⁵ esse devono rispettare le norme antitrust nella misura in cui la realizzazione della condotta anticompetitiva non sia strettamente necessitata.⁹⁶

3.6 Emanazione di disposizioni restrittive della concorrenza

Le norme sugli abusi di potere amministrativo si chiudono con il divieto per le autorità amministrative di emanare disposizioni che abbiano l'effetto di eliminare o restringere la concorrenza,⁹⁷ siano esse vincolanti o meno.⁹⁸ Si tratta di una previsione che implicitamente riafferma la superiorità della legge sulle regolamentazioni amministrative⁹⁹ ed attiene, pertanto, alla divisione dei poteri all'interno dell'ordinamento, confermando la natura paracostituzionale della disciplina degli abusi di potere amministrativo. È incerto, tuttavia, che l'attuale struttura istituzionale consenta un'effettiva applicazione della disposizione in esame, vista la ritrosia dei giudici cinesi nel cimentarsi con questioni di validità delle

⁹⁴ Artt. 7 ed 8 *Regolamento abusi di potere amministrativo ASIC*.

⁹⁵ Cfr. *supra* Cap. III, § 4.3.

⁹⁶ La responsabilità delle imprese per comportamenti monopolistici indotti dalle autorità pubbliche è stata prevista, come detto, dal regolamento dell'ASIC e non anche dalla CSNR. Ci si domanda, a questo punto, se la medesima interpretazione sarà seguita anche da questa seconda autorità o se la responsabilità delle imprese sarà limitata alle sole condotte di competenza dell'ASIC, vale a dire agli accordi ed agli abusi che non abbiano direttamente ad oggetto i prezzi dei beni e dei servizi offerti. La medesima questione si pone nei riguardi della giurisprudenza, visto che, come si sa, i giudici non sono vincolati dalle interpretazioni fornite dagli organi ministeriali.

⁹⁷ Art. 37 legge antimonopoli. Una disposizione analoga si ritrova nella legge italiana n. 287 del 1990, che all'art. 21 attribuisce all'autorità antitrust un potere di "segnalazione" al Parlamento ed al governo di norme di legge o di regolamento ovvero di provvedimenti amministrativi generali con effetti restrittivi della concorrenza; a questa facoltà si è di recente aggiunta la possibilità per l'autorità antitrust italiana di chiedere direttamente la rimozione di un atto amministrativo generale restrittivo della concorrenza all'amministrazione pubblica che lo ha emanato e, in caso di mancato riscontro, il diritto di agire in giudizio per l'annullamento del medesimo provvedimento.

⁹⁸ È l'art. 4 del *Regolamento abusi di potere amministrativo ASIC* a chiarire che per disposizione si intende qualsiasi statuizione proveniente dall'autorità amministrativa, potendo così qualificarsi anche la decisione risultante dal solo verbale di una riunione dei rappresentanti dell'autorità interessata.

⁹⁹ Il CNP ed il Consiglio di Stato in base alla Costituzione possono annullare le regolamentazioni amministrative per contrasto con norme di rango gerarchicamente superiore, anche questo potere viene esercitato assai raramente; cfr. *supra* Cap. I, § 8.

7. Abusi di potere amministrativo

previsioni normative portate alla loro attenzione¹⁰⁰ e le difficoltà che incontrano le stesse autorità amministrative antitrust ad imporre le proprie valutazioni su amministrazioni di livello gerarchico pari o superiore al proprio.¹⁰¹

Deve essere tenuto in considerazione, oltretutto, che formalmente ogni regolamentazione amministrativa importa una restrizione della concorrenza e che, quindi, l'assolutezza della previsione dell'articolo 37 della legge antimonopoli deve essere temperata dall'ineliminabile esigenza delle autorità amministrative di esercitare il loro intervento sul mercato.¹⁰² La legge non fornisce alcuna indicazione sul punto e toccherà, pertanto, all'autorità richiesta di modificare il provvedimento restrittivo valutare se la normativa emanata può considerarsi abusiva alla luce delle finalità che essa è chiamata a perseguire.

3.7 Fattispecie atipiche

Per quanto specifiche e numerose, le ipotesi previste dal capo V della legge antimonopoli non riescono a coprire tutti i possibili abusi che le autorità e gli enti da queste incaricati di svolgere funzioni pubbliche possono mettere in pratica per ostacolare una piena competizione tra le imprese. La possibilità di ricorrere ad un così ampio spettro di misure restrittive si deve al tentacolare controllo che le amministrazioni tutt'ora esercitano sull'economia ed ai conseguenti poteri di autorizzazione ad essi conferiti per regolamentare l'accesso al mercato.¹⁰³ Si contano a migliaia le attività per il cui svolgimento la legge prescrive il necessario ottenimento un'autorizzazione amministrativa ed almeno altrettante sono le ipotesi in cui controlli e divieti sono informalmente imposti dalle autorità pubbliche.¹⁰⁴ A ciò si aggiunge che raramente i criteri cui si attiene l'autorità per accordare il proprio benessere sono resi noti al pubblico, perciò essa gode di una tremenda discrezionalità nel concedere l'accesso al mercato e resta molto arduo per le imprese contestare in giudizio la decisione amministrativa assunta.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Cfr. *supra* Cap. I, §§ 8 e 9.

¹⁰¹ Nee (2010), p. 362.

¹⁰² Cfr. Bush (2009), p. 120.

¹⁰³ Cfr. Peerenboom (2002), p. 196.

¹⁰⁴ Owen – Sun – W. Zheng (2008), pp. 255–256.

¹⁰⁵ W. Zheng (2012), pp. 593–594: “China’s market restrictions tend to operate in a sort legal limbo, however, as most of them are not carried out pursuant to clearly-set legal rules. Market entry restrictions are an outcome of the central government’s policy preferences, which in most cases have not been reduced to legal documents. They are implemented mainly through government discretion in issuing business licenses”.

Una nuova soluzione al descritto problema è offerta dall'articolo 8 della legge antimonopoli, che con la sua formulazione aperta consente di contrastare, sotto il profilo del carattere discriminatorio, gli arbitrari dinieghi di accesso al mercato imposti dalle autorità amministrative.¹⁰⁶ Anche se legittimo, il rifiuto opposto dall'autorità all'impresa andrà considerato illecito se assicura un trattamento differente ad attività simili e se ne potrà, dunque, domandare la rimozione ex articolo 8 legge antimonopoli. Sulla base di questa interpretazione, in “*Agenzia delle imposte dello Zhejiang*” un'impresa che svolgeva funzioni di agenzia delle imposte¹⁰⁷ citò in giudizio per violazione dell'articolo 8 l'amministrazione comunale di Yuyao, nello Zhejiang, alla quale aveva richiesto senza successo di potere aprire uno sportello di servizi all'interno di un edificio pubblico. Questo privilegio, infatti, era stato concesso a delle imprese concorrenti dell'attore, le quali, a quanto si diceva, erano in rapporti privilegiati con il governo cittadino.¹⁰⁸ Visto anche l'eco che la vicenda aveva suscitato, essendo insieme con “*ACQIQ*” il primo caso fondato sulle nuove norme antimonopolistiche, il comune di Yuyao decise di venire incontro alle richieste dell'attore e la Corte non ebbe dunque modo di esprimersi sulla questione. La vicenda è comunque utile, perché dimostra che, qualora adeguatamente applicata, la disposizione di principio dell'articolo 8 potrà costituire un efficace strumento per scardinare alcune delle irragionevoli limitazioni con cui le autorità amministrative continuano ad ostacolare il libero scambio tra le imprese.

4.– Meccanismi di applicazione

4.1 Ruolo dell'autorità antitrust

Il punto più debole della struttura normativa disegnata dal legislatore è da individuare nelle modalità di attuazione delle norme sugli abusi di potere amministrativo. L'attuale meccanismo di applicazione è ispirato all'articolo 30 della legge contro la concorrenza sleale, il quale affida all'organo gerarchicamente superiore il compito di correggere l'operato dell'autorità sotto la sua sorveglianza,

¹⁰⁶ Sull'autonoma valenza precettiva dell'art. 8 della legge antimonopoli, v. Wu (2008), p. 95.

¹⁰⁷ Sulle agenzie delle imposte, che sotto altro aspetto sono destinatarie delle disposizioni sugli abusi di potere amministrativo, in quanto enti incaricati di svolgere funzioni pubbliche, v. *supra* Cap. III, § 4.4.

¹⁰⁸ Un resoconto del caso, in inglese, si può leggere in S. Wang (2010), p. 12; per un riassunto in cinese, v. <http://www.caijing.com.cn/2008-09-19/110014193.html>.

7. Abusi di potere amministrativo

che abbia tenuto una condotta restrittiva della concorrenza ai sensi dell'articolo 7 della medesima legge.¹⁰⁹ Benché l'ASIC non avesse formalmente alcuna competenza in materia, in concreto essa assunse un ruolo propositivo centrale nell'accertare e segnalare alle autorità superiori l'esistenza di condotte restrittive della leale concorrenza tra imprese poste in essere dalle amministrazioni pubbliche. Seppure l'attenzione per i casi di abuso di potere amministrativo fu proporzionalmente inferiore rispetto alle altre ipotesi delineate dalla legge,¹¹⁰ l'ASIC ha reso noto di essere intervenuta in 530 casi di presunta violazione dell'articolo 7 della legge contro la concorrenza sleale tra il 1993 ed il 2006.¹¹¹ L'aver maturata una non irrilevante esperienza nel contrasto ai monopoli amministrativi deve senza dubbio considerarsi di buon auspicio in vista di una futura risoluta applicazione delle nuove norme antimonopolistiche.¹¹²

Il legislatore del 2007 ha sostanzialmente recepito la prassi che vedeva l'ASIC, in qualità di autorità competente all'applicazione della legge contro la concorrenza sleale, svolgere una funzione di segnalazione delle pratiche amministrative abusive, rifiutandosi di concedere un diretto potere correttivo all'autorità antitrust, come pure in un primo momento era stato prospettato.¹¹³ Quindi, la vigente formulazione dell'articolo 51 della legge attribuisce sempre all'autorità superiore il compito di ordinare all'autorità o all'ente incaricato di livello inferiore, che ha abusato poteri amministrativi attribuitigli, di rettificare la propria condotta, ma questa volta si riconosce all'ARALA la facoltà di indicare le modalità più consone per risolvere la questione.¹¹⁴ Al provvedimento di rettifica si aggiunge, poi, l'espressa comminatoria di una sanzione disciplinare a carico dei soggetti responsabili dell'autorità amministrativa o degli enti incaricati di svolgere un pubblico servizio cui è addebitabile la violazione delle disposizioni antimonopolistiche.¹¹⁵

¹⁰⁹ Cfr. *supra* Cap. II, § 2.1.

¹¹⁰ Owen – Sun – W. Zheng (2008), p. 256, sottolineano che dietro il ridotto numero di interventi dell'ASIC in materia di monopoli amministrativi si nasconde, con molta probabilità, un preciso intento di evitare di confrontarsi con la questione.

¹¹¹ S. Wang (2010), p. 206.

¹¹² Nee (2010), p. 357.

¹¹³ Chan (2009), p. 273.

¹¹⁴ Art. 51, par. 1, legge antimonopoli.

¹¹⁵ *Ibidem*.

L'aver riaffermato il ruolo dell'autorità antitrust nell'attuazione delle disposizioni sugli abusi di potere amministrativo è una scelta coerente con l'inserimento della disciplina nel medesimo *corpus* normativo delle previsioni sulla concorrenza e sicuramente efficiente, visto che l'ASIC e la CSNR sono gli organi che meglio di ogni altro sono in grado di valutare le conseguenze della condotta dei soggetti pubblici sul mercato e che, attraverso i loro uffici periferici, posseggono il quadro più completo delle condizioni di concorrenza all'interno dei differenti mercati territoriali cinesi.¹¹⁶

Il maggiore coinvolgimento delle autorità antitrust, tuttavia, si arresta ad una fase meramente consultiva e questa non ha alcun controllo sulla concreta adozione dei rimedi né alcun potere di intervenire in caso di inerzia dell'amministrazione competente a correggere la violazione.¹¹⁷ Oltretutto, le disposizioni sui poteri di indagine dell'ARALA, di cui al Capo sesto della legge,¹¹⁸ sono state limitate, nella loro portata, all'accertamento delle sole condotte monopolistiche individuate dall'articolo 3, ragione per cui l'autorità antitrust non potrà avvalersi dei poteri ivi stabiliti nelle investigazioni riguardanti le condotte delle autorità amministrative e degli enti incaricati di svolgere un pubblico servizio.¹¹⁹ Non va dimenticato, infine, che il paragrafo 2 dell'articolo 51 esonera dal rispetto delle disposizioni sugli abusi di potere amministrativo quelle amministrazioni pubbliche e quegli enti incaricati di svolgere pubbliche funzioni che la legge o i regolamenti amministrativi assoggettano ad un regime speciale per il controllo del legittimo esercizio delle prerogative ad essi attribuite.¹²⁰ Se l'obiettivo era di compattare la politica delle differenti istituzioni del paese nella direzione di un uniforme perseguimento dei principi di libero mercato, non si capisce, pertanto, il perché si è adottato un sistema di *enforcement* che ha l'effetto di suddividere ulteriormente la competenza in materia di abusi di potere amministrativo e di isolare le singole amministrazioni dal controllo degli organi del governo centrale.¹²¹

¹¹⁶ Harris – Ganske (2008), p. 225.

¹¹⁷ V. Huo (2008), p. 52, il quale, vista la scarsa incisività nell'ambito degli abusi di potere amministrativo, definisce l'intera legge antimonopoli come “una tigre senza denti”.

¹¹⁸ Cfr. *infra* Cap. VIII, § 1.

¹¹⁹ Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), pp. 184–185, in nota.

¹²⁰ Cfr. *supra* Cap. III, § 3.3.

¹²¹ Marquis (2013), p. 124.

4.2 Potere di raccomandazione

La modalità di intervento delle autorità antitrust descritta dall'articolo 51 della legge è ritenuta da alcuni un'implicita conferma della differente natura della disciplina degli abusi di potere amministrativo rispetto al resto delle disposizioni antitrust, in quanto si tratta di un rimedio tipico di molte leggi amministrative.¹²² È stato fatto notare che il termine “*jianyi*”, utilizzato dall'articolo 51 in riferimento alla facoltà dell'ARALA di fornire indicazioni all'autorità superiore dell'amministrazione indagata, è spesso erroneamente tradotto come “suggerimento”, quando invece esso implica qualcosa di più di una semplice opinione non vincolata e il suo significato si avvicina più a quello del termine “raccomandazione”.¹²³ Dall'esame di altre normative che utilizzano questa espressione¹²⁴ si capisce che essa è il modo con cui tipicamente un'autorità superiore, quando non è legittimata ad assumere essa stessa la decisione, trasmette le proprie direttive all'autorità inferiore, le quali vengono normalmente eseguite dall'amministrazione cui sono indirizzate.¹²⁵ Il fatto che tale potere di raccomandazione sia attribuito all'ARALA nei confronti di amministrazioni che non le sono tecnicamente subordinate è un elemento di non poco rilievo e può costituire un rimedio più efficace di quanto non sia dato a prima vista pensare.

Un quesito di non facile soluzione concerne la corretta individuazione dell'autorità “superiore” cui la legge attribuisce il compito di adottare le misure per correggere il comportamento abusivo dei soggetti pubblici. Molti degli uffici periferici degli enti ministeriali, ad esempio, sono gerarchicamente dipendenti dalla sede centrale di Pechino, ma i fondi per le loro attività sono stanziati dai governi locali, per cui è incerto quale delle due possa considerarsi l'autorità di controllo.¹²⁶ Le disposizioni di attuazione dell'ASIC (nulla ha, invece, previsto in merito la CSNR) non permettono di sciogliere tutte le perplessità sul punto. In esse si chiarisce

¹²² Chan (2009), p. 277.

¹²³ S. Wang (2010), pp. 190–192.

¹²⁴ Tra le più importanti, si possono ricordare *Zhonghua renmin gongheguo xingzheng jiancha fa* (Legge sui controlli amministrativi della RPC), del 9 maggio 1997, da ultimo modificata il 25 giugno 2010, artt. 20, 23, 24, 25, 35, 38, 42 e 44; testo consultabile, in inglese, su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=8818&lib=law>. *Zhonghua renmin gongheguo shenji fa* (Legge sulla revisione contabile della RPC), del 31 agosto 1994, da ultimo modificata il 28 febbraio 2010, art. 35; testo consultabile, in inglese (a pagamento), su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=4980&lib=law>. Legge sui giudici, *cit.*, art. 14.

¹²⁵ S. Wang (2010), p. 192.

¹²⁶ *Id.*, pp. 188–189.

solamente che quando l'abuso è commesso da un'amministrazione alle dirette dipendenze del Consiglio di Stato deve essere quest'ultimo ad intervenire per ripristinare la legalità,¹²⁷ quando, invece, il responsabile della violazione è una diversa amministrazione pubblica (dipartimento locale o governo locale) o un ente incaricato di svolgere funzioni pubbliche, l'autorità superiore non è individuata con precisione.¹²⁸ A questo proposito può però venire in soccorso il *Regolamento sul divieto di barriere regionali*, il quale, per l'ipotesi di emanazione di disposizioni protezionistiche, stabilisce quale autorità competente a cambiare o revocare la normativa il governo locale o centrale cui dipende l'autorità responsabile ovvero il governo locale di livello superiore o il Consiglio di Stato se l'autore della violazione è stato rispettivamente un governo infra-provinciale o provinciale.¹²⁹ Sempre il *Regolamento sul divieto di barriere regionali* utilmente puntualizza che, qualora l'autorità così individuata sia rimasta inerte, il governo di livello superiore è autorizzato ad intervenire in sua sostituzione.¹³⁰ Pur non essendo state riprese dai regolamenti attuativi della legge antimonopoli, le disposizioni da ultimo esaminate, in quanto ancora in vigore e promulgate dalla massima autorità di governo cinese, costituiranno certamente un riferimento ineludibile nell'attività di esecuzione delle disposizioni antimonopolistiche sugli abusi di potere amministrativo da parte dell'ARALA.

Resta il fatto che l'autorità incaricata di ripristinare la legalità sarà in ogni caso gerarchicamente collegata all'amministrazione o all'ente che deve correggere e quindi in una posizione di non piena imparzialità.¹³¹ Potrebbe, anzi, accadere che l'autorità superiore sia richiesta dall'ARALA di smentire una condotta che era stata da essa stessa in precedenza approvata.¹³² Per tale motivo è essenziale prevedere un modo attraverso il quale superare l'eventuale diniego dell'autorità cui è rivolta la raccomandazione, permettendo ad una diversa amministrazione di intervenire in sua vece.

¹²⁷ *Regolamento sulle procedure dell'Amministrazione per l'Industria ed il Commercio sul divieto di abusi di potere amministrativo per eliminare o restringere la concorrenza*, del 25 maggio 2009, in vigore dall'1 luglio 2009 [*“Regolamento procedure abusi di potere amministrativo ASIC”*], art. 3, par. 1; testo consultabile, in inglese, su <http://www.linklaters.com/pdfs/mkt/london/1e.pdf>

¹²⁸ Cfr. artt. 3, par. 2, e 4 *Regolamento procedure abusi di potere amministrativo ASIC*

¹²⁹ Artt. 6–9 *Regolamento sul divieto di barriere regionali*.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ Fox (2008), p. 177.

¹³² X. Wang (2008b), p. 149.

7. Abusi di potere amministrativo

Quanto al contenuto della raccomandazione trasmessa dall'autorità antitrust, l'articolo 19 del *Regolamento procedure CSNR* specifica che essa può consistere, tra l'altro, in una richiesta di interruzione della condotta che costringe le imprese ad agire in modo anticompetitivo, di cancellazione delle disposizioni amministrative restrittive ovvero di punizione delle persone responsabili della violazione.¹³³ Non si prevede, invece, alcuna conseguenza economica per l'amministrazione che ha abusato dei propri poteri al pari di quanto tutt'oggi dispone il *Regolamento sul divieto di barriere regionali*, che obbliga l'amministrazione a restituire alle imprese quanto ingiustamente percepito in esecuzione di una misura successivamente revocata perché discriminatoria.¹³⁴

Da quanto esposto, sembra potersi concludere che, malgrado alcuni non secondari difetti della struttura attuativa immaginata dal legislatore, le nuove disposizioni sull'abuso di potere amministrativo consentono all'autorità antitrust di combattere il fenomeno dei monopoli amministrativi in maniera più aggressiva e convincente che in passato. Come ricorda l'ASIC, il più delle volte le disposizioni restrittive delle autorità amministrative sono la conseguenza di una scarsa consapevolezza dei principi della concorrenza; in questi casi, perciò, il potere di raccomandazione può essere più che sufficiente per risolvere il problema, inducendo uno spontaneo adeguamento da parte dell'amministrazione interessata.¹³⁵

4.3 Tutela giurisdizionale: l'alternativa del processo amministrativo

Il silenzio più evidente della legge antitrust in materia di monopoli amministrativi attiene all'assenza di un diritto dei privati di agire in giudizio contro gli abusi di potere amministrativo lesivi dei loro interessi. L'articolo 50 della legge, che sancisce la responsabilità civile delle imprese, non fa alcun cenno alla possibilità di instaurare un giudizio contro le amministrazioni o gli enti incaricati di svolgere funzioni pubbliche ed il vuoto non è stato colmato dalle disposizioni amministrative di attuazione.

¹³³ Weishaar (2011), p. 119, vede un elemento innovativo nella previsione da parte del *Regolamento procedure CSNR* della possibilità per l'autorità antitrust di richiedere l'interruzione della violazione, che non era chiaramente affermata dall'art. 51 della legge antimonopoli, il quale, sempre a parere dell'autore, sarebbe orientato più a garantire una punizione dei responsabili che a riparare la distorsione del mercato venutasi a creare per via dell'abusivo intervento della pubblica amministrazione.

¹³⁴ Art. 25 *Regolamento sul divieto di barriere regionali*; quando la restituzione alle imprese non è possibile, le somme vanno trasferite al governo di livello superiore.

¹³⁵ Marquis (2013), p. 121.

Una via alternativa si apre, però, al privato che voglia contestare un atto discriminatorio della pubblica amministrazione ed è l'avvio di un'azione ai sensi della legge sul processo amministrativo.¹³⁶ Per potere essere impugnato, un provvedimento amministrativo deve essere specifico,¹³⁷ cioè emanato in relazione ad una situazione individuale, contrario alla legge¹³⁸ e rientrare in una delle otto categorie stabilite dalla normativa.¹³⁹ Tra queste ultime, rilevano ai nostri fini la lesione del potere di autodeterminazione dell'impresa,¹⁴⁰ la mancata concessione di una licenza o di un permesso cui l'impresa ha diritto¹⁴¹ e l'ordine di compiere una prestazione non dovuta.¹⁴² Quindi, tutti gli abusi di potere amministrativo, ad esclusione soltanto di quello previsto dall'articolo 37 (emanazione di disposizioni restrittive della concorrenza), possono sostenere un'azione giudiziale dell'impresa,¹⁴³ la quale si senta danneggiata da una condotta che è illegittima in quanto commessa oltrepassando i limiti dei poteri conferiti dalla legge e dai regolamenti amministrativi.¹⁴⁴

Una conferma dell'interpretazione proposta ci giunge dalla decisione "ACQIQ", in cui la Corte rigettò la domanda, ritenendo che fosse stata presentata trascorsi due anni da quando l'attore era venuto a conoscenza della violazione da parte dell'autorità amministrativa,¹⁴⁵ dando per presupposto, dunque, che l'azione sarebbe potuta essere avviata ai sensi della legge sul processo amministrativo anche prima dell'entrata in vigore della legge antimonopoli.¹⁴⁶ Ancora, in "Società di

¹³⁶ Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), pp. 325–326.

¹³⁷ Artt. 2, 5 e 12, n. (2), legge sul processo amministrativo.

¹³⁸ Artt. 2 e 32 legge sul processo amministrativo.

¹³⁹ Art. 11 legge sul processo amministrativo.

¹⁴⁰ Art. 11, n. (4), legge sul processo amministrativo.

¹⁴¹ Art. 11, n. (5), legge sul processo amministrativo.

¹⁴² Art. 11, n. (7), legge sul processo amministrativo.

¹⁴³ L'attore può domandare non solo la correzione dell'atto ritenuto illegittimo, ma anche il risarcimento dei danni subiti ai sensi dell'art. 67 della legge sul processo amministrativo; cfr. *infra* Cap. VIII, § 3.2.

¹⁴⁴ X. Wang – Su (2012), p. 325; Weishaar (2011), p. 101; Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 188.

¹⁴⁵ Il termine di due anni per proporre l'azione quando l'atto non è stato notificato al soggetto interessato è stato introdotto dalla "Interpretazione della Corte Suprema del Popolo su diverse questioni concernenti l'applicazione della legge sul processo amministrativo della Repubblica Popolare Cinese", dell'8 marzo 2000, art. 41; testo consultabile, in inglese, su <http://www.cietac.org/index/references/Laws/47607cb98020e07f001.cms>.

¹⁴⁶ La pronuncia della Corte è criticabile sotto diversi aspetti, non da ultimo l'aver assunto come *dies a quo* ai fini del computo del termine prescrizione la data (il 2005) in cui l'ACQIQ aveva avviato la campagna pubblicitaria del *software* dell'impresa affiliata e non quella, di due anni successiva, nella quale era stato emanato il provvedimento con cui si imponeva l'utilizzo del medesimo *software* alle

7. Abusi di potere amministrativo

servizi per il controllo delle termiti”¹⁴⁷ un’impresa accusava l’amministrazione locale di non volerle concedere la licenza per operare nella città di Huzhou allo scopo di garantire il monopolio sul mercato ad altra società affiliata al comune. Nel caso di specie l’impresa decise di contestare il diniego nelle ordinarie forme del processo amministrativo e non, invece, ricorrendo alle norme sugli abusi di potere amministrativo da poco entrate in vigore.¹⁴⁸

Il ricorso al processo amministrativo consente alle imprese danneggiate di non attendere che l’autorità antitrust si attivi per raccomandare il cambiamento della misura illecita e di sperare, al contempo, in un ristoro patrimoniale da parte dell’amministrazione responsabile. È chiaro, tuttavia, che si tratta di un’alternativa imperfetta.¹⁴⁹ Lo svolgimento di un’azione giudiziale contro la pubblica amministrazione è spesso reso defaticante dalle note lungaggini e dalle difficoltà che affrontano gli attori nel processo amministrativo,¹⁵⁰ ma è soprattutto l’inadeguatezza di quest’ultimo nel valorizzare gli effetti negativi sulla concorrenza determinati dal comportamento abusivo della pubblica amministrazione a far presumere un’inevitabile sottovalutazione dei risarcimenti che potranno essere riconosciuti alle imprese danneggiate.

5.– Considerazioni finali

Il Capo sugli abusi di potere amministrativo assurge ad elemento caratterizzante dell’intero diritto della concorrenza cinese nei confronti di altri ordinamenti, perché costituisce un’appendice singolare dei tre istituti cardine del diritto antitrust, vale a dire gli accordi, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni. Una disciplina inconsueta, dunque, per una legge della concorrenza,

imprese produttrici di alcune categorie di prodotti; cfr. Weishaar (2011), pp. 102–103, e Bai (2008), pp. 60–61, *cit.* in S. Wang (2010), p. 201.

¹⁴⁷ *Cit.*, v.; Ning – Dang (2010); cfr. *supra* Cap. III, § 5.

¹⁴⁸ L’impresa, vinta la causa contro l’amministrazione, iniziò un’azione per abuso di posizione dominante contro la società affiliata, che fu, tuttavia, rigettata, perché, secondo l’opinione della Corte, l’attore aveva soltanto genericamente contestato il possesso di una posizione di monopolio dell’impresa convenuta senza fornire alcuna prova sull’esistenza di un comportamento abusivo da parte della stessa; Lu – Tan (2012), p. 23.

¹⁴⁹ Marquis (2013), p. 125.

¹⁵⁰ X. Wang – Su (2013), pp. 204–206 e 219–220, sottolineano la grande difficoltà che incontrano i cittadini a trovare avvocati disposti a rappresentarli in un giudizio amministrativo. (La crescente insoddisfazione dei cittadini per il processo amministrativo è alla base della proposta di riforma della legge sul processo amministrativo attualmente in discussione al CNP; v. Y. Liu (2013).

ma non certo estranea ai principi che le sono propri, visto che i monopoli amministrativi rappresentano in Cina il principale ostacolo al corretto funzionamento dei meccanismi di un'economia di libero mercato. Assicurare la libertà dei traffici contro le irragionevoli limitazioni agli scambi imposte dalle autorità locali è una finalità imprescindibile per un più completo sviluppo di mercati concorrenziali in cui l'accesso sia libero ed i cui confini siano i più ampi possibili.

Nessun moderno ordinamento può perseguire la realizzazione di una più vivace concorrenza sul mercato senza combattere contemporaneamente le restrizioni imposte dai governi e dalle amministrazioni inferiori. Negli Stati Uniti, ad esempio, la “*Dormant Commerce Clause*” permette di invalidare gli atti dei singoli Stati che ostacolano o discriminano impropriamente il commercio interstatale;¹⁵¹ tuttavia, nel tempo, non vi è stata alcuna integrazione tra i principi di libero scambio ed il diritto antitrust, il quale, a parere della Corte Suprema, deve essere utilizzato al solo fine di reagire contro l'illecito esercizio del potere di mercato e non per imporre una struttura maggiormente competitiva nei singoli settori dell'economia.¹⁵²

La prospettiva scelta dal legislatore cinese è del tutto opposta a quella che è propria dell'ordinamento statunitense. Quest'ultimo si fonda sul principio per cui gli Stati devono essere liberi di perseguire le loro politiche, godendo di una sorta di immunità dall'applicazione delle norme sulla concorrenza, le quali operano soltanto in via di eccezione.¹⁵³ La Cina, invece, intende “forzare” la penetrazione delle regole della concorrenza a tutti i livelli di governo, allo scopo, altresì, ed è un *leitmotiv* della storia cinese, di riaffermare la centralità dello Stato e delle sue politiche sulle spinte centrifughe delle amministrazioni locali. In quest'ottica, il diritto della concorrenza cinese si uniforma alla scelta di altri Stati post-comunisti, che da anni oramai si confrontano con la sfida di introdurre le regole di libero mercato in un sistema economico e in una cultura che sono a queste profondamente ostili,¹⁵⁴ e, a ben

¹⁵¹ Cfr. *In re State Freight Tax*, 82 U.S. 232 (1872); ma v. già *Gibbons vs. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824).

¹⁵² Cfr. l'opinione del giudice Scalia nel caso “*Trinko*”, cit.: “*The 1996 Act [la legge che regolava il mercato delle telecomunicazioni] is in an important respect much more ambitious than the antitrust laws. It attempts “to eliminate the monopolies enjoyed by the inheritors of AT&T’s local franchises.” Verizon Communications Inc. v. FCC, 535 U.S., at 476 (emphasis added). Section 2 of the Sherman Act, by contrast, seeks merely to prevent unlawful monopolization. It would be a serious mistake to conflate the two goals*”.

¹⁵³ Baquero Cruz (2002), pp. 127–128.

¹⁵⁴ Cfr. *supra* § 2.1.

7. Abusi di potere amministrativo

vedere, si avvicina all'esperienza del diritto europeo, che pure ha fatto propria la bandiera della lotta ai localismi.¹⁵⁵

Nell'Unione Europea la libertà degli scambi è la regola, che il TFUE poi circoscrive prevedendo delle limitate eccezioni miranti a far prevalere uno specifico interesse degli Stati membri (l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, la tutela della salute e così via).¹⁵⁶ Ad esclusione della norma che disciplina le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale ed i monopoli fiscali, il problema dei limiti al libero scambio non trova spazio all'interno delle disposizioni europee sulla concorrenza, ma in altre parti del Trattato, anche se è indubbio che il diritto antitrust europeo sia stato grandemente influenzato dai principi sulle libertà di circolazione.¹⁵⁷ In particolare, da una lettura combinata delle norme sulla concorrenza ed i principi del Trattato, la Corte di giustizia europea ha ricavato un obbligo per gli Stati di non adottare o mantenere in vigore norme che sottraggano le imprese all'applicazione delle disposizioni sulle intese e sugli abusi.¹⁵⁸

Al di là di questo comune atteggiamento di fondo, la situazione della Cina è affatto peculiare e non sovrapponibile a quella delle altre esperienze richiamate. Dal punto di vista costituzionale le autorità centrali cinesi hanno un potere costituzionalmente più penetrante rispetto alle istituzioni europee o al governo federale statunitense, che gli permetterebbe di realizzare i propri obiettivi in maniera diretta e di scavalcare senza troppi problemi le resistenze dei governi locali.¹⁵⁹ Dal punto di vista pratico sappiamo però che la situazione è ben diversa, perché manca un meccanismo che garantisca un'attuazione diffusa all'azione di governo e soprattutto un sistema di Corti sufficiente forte ed competente per imporre la propria volontà sugli organi dell'amministrazione, i quali pertanto continuano a godere di una larghissima discrezionalità nell'applicazione della legge.¹⁶⁰ Basti qui richiamare i due casi di abuso di potere amministrativo sollevati davanti alle Corti e finora giunti

¹⁵⁵ Schneider (2010), p. 889; Burgess (1996), pp. 1–3.

¹⁵⁶ Cfr. artt. 36 (limiti alla libera circolazione delle merci), 45 (limiti alla libera circolazione dei lavoratori), 52 (limiti alla libertà di stabilimento e di prestazione di servizi), 65 (limiti alla libera circolazione dei capitali), 106, par. 2, (imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale e monopoli fiscali) e 107 (aiuti di Stato) TFUE. Vale la pena sottolineare che il medesimo schema che vede dei generali principi di libertà limitati da specifiche eccezioni rispondenti ad interessi di carattere generale si ritrova anche nel diritto del commercio internazionale.

¹⁵⁷ Cfr. *supra* Cap. II, § 4.3.

¹⁵⁸ Cfr. caso “CIF”, *cit.*; C-229/83, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc ed altri c. Sàrl “Au blé vert”*; v. anche Fattori – Todino (2010), pp. 233–238.

¹⁵⁹ Schneider (2010), p. 890; Mehra – Meng (2009), p. 411.

¹⁶⁰ S. Wang (2010), pp. 200–201.

ad una conclusione, in cui la condizione di illegalità è stata rimossa non per mano di un giudice, ma perché le parti hanno trovato un accordo (“*Agenzia delle imposte dello Zhejiang*”) o perché l’autorità superiore ha ordinato di ritirare le misure abusive (“*ACQIQ*”).¹⁶¹ Entrambe le volte un ruolo decisivo ha avuto l’opinione pubblica che ha osservato da vicino lo svolgimento e l’esito della controversia, ma, per quanto fondamentale, essa non può sopperire ad un sistema giudiziario ancora eccessivamente timido nel giudicare le pubbliche amministrazioni, specialmente se appartenenti all’apparato centrale di governo.¹⁶²

Con una giurisprudenza incapace di guidare il cambiamento e di colmare le lacune dell’attuale disciplina, è opportuno, almeno nella situazione attuale, investire il potere esecutivo del compito di spezzare le barriere amministrative al libero scambio. Bisogna, dunque, potenziare gli strumenti oggi a disposizione dell’autorità antitrust, attribuendole un potere maggiormente incisivo rispetto a quanto al momento faccia l’articolo 51 della legge.¹⁶³ L’esperienza europea ci ricorda, però, che l’effettivo cambiamento nell’attuazione dei principi antitrust può non essere connesso ad alcuna specifica modifica normativa, ma richiede sempre un preciso impegno politico per il consolidamento delle regole della concorrenza. A partire dagli anni ’80, infatti, la Commissione europea assestò una decisa spinta nel segno dell’unificazione del mercato comunitario, promuovendo la privatizzazione dei servizi pubblici nazionali ed avviando nuovi aggressivi interventi per affermare i principi di libera circolazione e combattere le pratiche distorsive della concorrenza sui mercati. Se non si vuole dar ragione a chi vede nella disciplina degli abusi di potere amministrativo più una dichiarazione programmatica che dei precetti realmente efficaci,¹⁶⁴ allora è necessario che lo Stato investa maggiori risorse ed

¹⁶¹ A seguito dell’esito negativo del giudizio, le imprese si rivolsero al Consiglio di Stato, in qualità di autorità di controllo dell’ACQIQ, chiedendo che ordinasse all’agenzia governativa di correggere il proprio operato. Poco dopo l’ACQIQ ritirò la circolare con cui imponeva l’utilizzo del *software* e smantellò la *task force* in precedenza creata per la promozione dello stesso, lasciando così intendere che dietro la sua scelta vi fosse una precisa raccomandazione del Consiglio di Stato; v. *Id.*, pp. 200 e 203.

¹⁶² Sul punto v. *Id.*, pp. 203–205.

¹⁶³ Marquis (2013), pp. 129–131, che incoraggia all’adozione di disposizioni di attuazione della legge sempre più dettagliate e di meccanismi di consultazione preventiva per evitare l’emanazione di misure restrittive della concorrenza da parte delle pubbliche autorità; v. anche Jung – Q. Hao (2003), pp. 146 e 148.

¹⁶⁴ Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 180; Wu (2008), pp. 93–94.

7. Abusi di potere amministrativo

attenzioni nel combattere i monopoli amministrativi a tutti i livelli di governo, al fine di creare un mercato nazionale sempre più libero e concorrenziale.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Rifacendosi al modello, in precedenza descritto, della “*rule of mandates*”, serve cioè assegnare una nuova priorità agli obiettivi sulla concorrenza nei criteri di valutazione dei funzionari ad ogni livello della struttura di governo; cfr. *supra* Cap. I, § 7.

CAPITOLO OTTAVO

Applicazione delle norme antimonopolistiche

I. – PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

In conclusione, la legge antimonopoli detta alcune disposizioni sul procedimento amministrativo d'indagine e sulle sanzioni applicabili ai soggetti che violano i divieti in essa stabiliti. Gli articoli in questione sono stati successivamente integrati dal *Regolamento procedure CSNR* e dal *Regolamento procedure ASIC*,¹ i quali, a dire il vero, hanno un contenuto per molti tratti meramente ripetitivo delle previsioni di legge.

1.– Indagini

Il Capo sesto sul procedimento amministrativo riguarda, secondo la lettera della legge antimonopoli,² tutte le condotte monopolistiche elencate dall'articolo 3, vale a dire gli accordi, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni. Per queste ultime, però, il procedimento di controllo è separatamente descritto negli articoli da 20 a 30 della legge antimonopoli; pertanto le regole che si esamineranno di seguito sono rivolte quasi esclusivamente all'attività della CSNR e dell'ASIC e saranno seguite dal Ministero del commercio soltanto lì dove applicabili al procedimento di controllo delle concentrazioni.³

1.1 Avvio del procedimento

Il procedimento è messo in moto dalla ricezione della notizia di una sospetta condotta monopolistica da parte dell'autorità competente,⁴ di cui quest'ultima può venire a conoscenza d'ufficio ovvero, come è più probabile, su denuncia di altri

¹ Entrambi *cit. supra* rispettivamente al Cap. II, § 2.2, e al Cap. III, § 3.2.

² Art. 38, par. 1, legge antimonopoli.

³ Ad esempio, le disposizioni sui poteri investigativi, che si vedranno subito di seguito, potranno essere utilizzate per scovare le concentrazioni per le quali le imprese sono venute meno all'obbligo di notifica; cfr. *supra* Cap. VI, § 3.2.

⁴ Sulla ripartizione delle competenze tra gli uffici centrali della CSNR e dell'ASIC con i loro organi periferici, cfr. *supra* Cap. III, § 3.2.

soggetti.⁵ Il *Regolamento procedure ASIC* individua il contenuto minimo che deve avere una denuncia per essere accettata dall'autorità.⁶ La legge impone a tutte le amministrazioni antitrust di iniziare le indagini ogni volta che la denuncia sia presentata per iscritto ed includa fatti e prove rilevanti, ma si tratta di un obbligo sfornito di qualsiasi sanzione.⁷ La CSNR e l'ASIC non devono, infatti, giustificare il loro eventuale rifiuto, che quindi non è impugnabile davanti alle autorità amministrative superiori o a quelle giurisdizionali, lasciando di fatto gli organi antitrust liberi di scegliere se avviare o meno un procedimento.⁸

1.2 Poteri ispettivi

Per esercitare le sue funzioni, l'ARALA è stata investita di poteri molto penetranti, sulla falsariga di quelli di cui godono amministrazioni che hanno il compito di accertare la commissione di comportamenti che possono costituire reato, quali l'amministrazione fiscale o le autorità doganali.⁹ Le autorità antitrust possono accedere ai locali dell'impresa, interrogare i rappresentanti di quest'ultima o altri soggetti importanti ai fini delle indagini, esaminare, apporre sigilli e sequestrare documenti,¹⁰ contratti, libri contabili, corrispondenza, *file* informatici e ogni altro documento che ritengano necessario e sono altresì autorizzate a svolgere indagini bancarie sui conti dell'impresa.¹¹

Sorprendentemente, a differenza che nella legge contro la concorrenza sleale¹² o nella legge sui prezzi,¹³ il legislatore non ha espressamente previsto la possibilità per l'ARALA di emettere dei provvedimenti cautelari diversi dal sequestro, qualora dalla continuazione dell'attività sospetta nelle more delle indagini

⁵ Art. 38, par. 2, legge antimonopoli.

⁶ Art. 5 *Regolamento procedure ASIC*; v., però, l'art. 6, par. 4, del medesimo regolamento che consente all'ASIC di accettare denunce che non presentano i requisiti minimi, anche se anonime, quando contengono l'indicazione di fatti illeciti "specifici" e sono sostenuti da prove ritenute "rilevanti".

⁷ Art. 38, par. 3, legge antimonopoli; la presente disposizione è stata influenzata dall'art. 45 della legge antitrust giapponese.

⁸ Nee (2010), p. 369.

⁹ *Id.*, p. 373.

¹⁰ *Id.*, p. 374, sottolinea come spesso le autorità abusino dei loro poteri, sequestrando o apponendo sigilli ad un gran numero di documenti e macchinari dell'impresa, rendendo molto difficile la continuazione dell'attività, al fine di indurre l'impresa indagata a trovare un accordo con l'amministrazione. Tali comportamenti dovrebbero comunque costituire un illecito per i funzionari che li pongono in essere ai sensi dell'art. 54 legge antimonopoli.

¹¹ Art. 39, par. 1, nn. (1)–(5), legge antimonopoli

¹² Art. 17, n. (3), legge contro la concorrenza sleale.

¹³ Art. 34, nn. (3) e (4), legge sui prezzi.

8. Applicazione delle norme antimonopolistiche

possa derivare un danno irreparabile. Dalle informazioni al momento conosciute non risulta che, nel silenzio della legge, le autorità antitrust si siano sinora spinte ad esercitare tali poteri;¹⁴ ragione per cui è sicuramente auspicabile un intervento normativo che consenta alla CSNR ed all'ASIC di pronunciare provvedimenti cautelari, efficaci per il tempo necessario al completamento delle indagini. Va detto, però, che attualmente non esiste alcun termine perentorio entro il quale l'autorità antitrust deve concludere un procedimento in materia di accordi o abusi di posizione dominante. L'introduzione di un potere cautelare senza la fissazione di un termine massimo di durata delle indagini o di efficacia della decisione interinale, quindi, a snaturare la funzione stessa del provvedimento, il quale potrebbe essere mantenuto a tempo indeterminato anche allo scopo di costringere l'impresa a presentare degli impegni così da poter tornare ad operare in piena libertà.

1.3 Svolgimento delle indagini

Considerata l'invasività dei poteri riconosciuti alle autorità amministrative, è positiva la scelta, a tutela dell'impresa indagata, di richiedere la presenza di almeno due funzionari dell'amministrazione durante l'esecuzione di una qualsiasi delle misure di indagine sopra descritte.¹⁵ Costoro devono sempre essere autorizzati per iscritto dal responsabile dell'autorità antitrust cui appartengono¹⁶ e devono identificarsi prima di iniziare le indagini.¹⁷ In questo modo si intendono ridurre i rischi che un funzionario, lasciato solo, possa farsi corrompere o possa tentare di intimidire, sfruttando la propria posizione, l'impresa soggetta ai controlli.¹⁸

Completata la misura di indagine, i funzionari devono redigere un verbale delle attività eseguite e degli interrogatori compiuti nei confronti del rappresentante dell'impresa e delle altre persone indagate, i quali devono apporre la propria sottoscrizione.¹⁹ Non è previsto che una copia del verbale sia consegnata ai soggetti indagati e ciò certamente ostacola il pieno esercizio del diritto di difesa da parte di questi ultimi. Considerato che il verbale sarà con ogni probabilità utilizzato quale fonte di prova delle ritenute condotte antimonopolistiche dell'impresa, la conoscenza

¹⁴ X. Wang – Su (2012), p. 75.

¹⁵ Art. 40 legge antimonopoli.

¹⁶ Art. 38, par. 3, legge antimonopoli.

¹⁷ Art. 40 legge antimonopoli.

¹⁸ Nee (2010), p. 374.

¹⁹ Art. 40 legge antimonopoli.

di quanto trascritto dall'autorità è, infatti, essenziale per consentire all'impresa di esprimere la propria opinione sulle accuse che le vengono mosse e di presentare giustificazioni e prove a sostegno della propria posizione, come la legge espressamente le consente di fare.²⁰

Sempre a tutela dell'impresa soggetta ad indagini è previsto un obbligo di riservatezza a carico dell'amministrazione inquirente e di quanti vi lavorano in merito ai segreti commerciali conosciuti nel corso delle indagini.²¹ Il divieto in questione sembra riguardare soltanto la comunicazione delle informazioni riservate a terzi e non impedisce che queste ultime possano circolare all'interno dell'amministrazione governativa, anche al di là degli organi che compongono l'ARALA. Una conferma in tal senso giunge dal *Regolamento procedure ASIC*, in cui si stabilisce che se dalle notizie raccolte la condotta dell'impresa non ricade sotto la competenza dell'ASIC, ma la sua punizione è affidata ad altra autorità ovvero è da considerarsi illecita in base ad altre leggi o regolamenti, l'autorità antitrust deve segnalare tale condotta all'autorità competente.²²

Nel corso del procedimento, i soggetti indagati e le altre persone cui le autorità antitrust si rivolgono per ottenere informazioni rilevanti hanno l'obbligo di cooperare con l'amministrazione, essendo fatto loro espresso divieto di rifiutarsi di prestare la propria collaborazione e di ostacolare le indagini.²³ Se l'impresa, venendo meno a questo suo dovere, si rifiuta di fornire documenti e materiali rilevanti o ne fornisce di falsi, distrugge o occulta prove ovvero compie qualsiasi altro atto di resistenza o ostacolo alle indagini, essa può essere soggetta, fatta salva l'eventuale responsabilità penale, ad una sanzione pecuniaria insieme con le persone che hanno materialmente compiuto l'azione.²⁴ La formulazione della disposizione descrive una fattispecie di illecito dai contorni piuttosto incerti e, data l'assenza di un obbligo per l'autorità di pubblicare il provvedimento di irrogazione della pena, non si hanno

²⁰ Art. 43 legge antimonopoli; l'autorità antitrust non può ignorare le deduzioni del soggetto indagato e ha l'obbligo di attivarsi per verificare la verità dei fatti dichiarati.

²¹ Art. 41 legge antimonopoli.

²² Art. 24, par. 1, *Regolamento procedure ASIC*.

²³ Art. 42 legge antimonopoli.

²⁴ Art. 52 legge antimonopoli. La sanzione non può superare CNY200.000 (€25.000 ca.) per le imprese e CNY20.000 (€2.500 ca.) per le persone fisiche; nei casi più gravi la sanzione è aumentata da un minimo di CNY200.000 (€25.000 ca.) ad un massimo di CNY1.000.000 (€125.000 ca.) per le imprese e da un minimo di CNY20.000 (€2.500 ca.) ad un massimo di CNY100.000 (€12.500 ca.) per le persone fisiche.

8. Applicazione delle norme antimonopolistiche

notizie se questa norma sia mai stata applicata e come, eventualmente, sia stata interpretata.²⁵

2.– Chiusura del procedimento

2.1 Accertamento della violazione

A seguito delle indagini, se le autorità che fanno parte dell'ARALA ritengono che l'impresa abbia realizzato una condotta monopolistica, emanano un provvedimento con il quale accertano la violazione e infliggono la sanzione amministrativa; la decisione "può" essere resa pubblica, a discrezione dell'autorità.²⁶ Come visto per il rifiuto di avviare un procedimento a seguito di denuncia da parte di soggetti controinteressati, anche una volta iniziate le indagini la decisione dell'autorità di non assumere alcun provvedimento contro l'impresa sospettata non deve essere formalizzata in un provvedimento, la cui decisione resta, ancora una volta, insindacabile.

Ragioni che non sono del tutto chiare hanno indotto il legislatore a prevedere un obbligo di pubblicazione dei provvedimenti di divieto ed approvazione condizionata delle concentrazioni²⁷ e a stabilire, invece, la semplice facoltà per l'ARALA di diffondere al pubblico i provvedimenti di accertamento e sanzione in materia di accordi ed abusi di posizione dominante. La CSNR e l'ASIC, le due autorità competenti per questi due ultimi tipi di violazione, non hanno seguito una prassi uniforme, ma sia per l'una che per l'altra il livello di trasparenza dell'attività amministrativa rimane ancora complessivamente insoddisfacente. L'ASIC ha messo *on-line* una piattaforma in cui vengono raccolte le decisioni, in versione integrale, assunte da essa e dai suoi organi periferici; al momento, tuttavia, sono soltanto tredici i casi di cui è disponibile il provvedimento conclusivo.²⁸ La CSNR, dal canto suo, si è limitata a pubblicare un comunicato stampa, di solito alquanto breve, contenente il resoconto della vicenda e le sanzioni che sono state inflitte.

L'assenza di informazioni adeguate circa la prassi delle autorità complica di molto di gli sforzi delle imprese per adeguare i propri comportamenti alle nuove

²⁵ Nee (2010), p. 390.

²⁶ Art. 44 legge antimonopoli.

²⁷ Art. 30 legge antimonopoli.

²⁸ Cfr. *supra* Cap. III, § 4.2.

norme antitrust. Il potenziamento della trasparenza amministrativa va, quindi, considerato una priorità perché esso è in grado di accrescere gli effetti di prevenzione generale derivanti dai provvedimenti sanzionatori e di migliorare, allo stesso tempo, la prevedibilità dell'intero sistema.

2.2 Impegni

Prima che l'autorità adotti una decisione per punire il comportamento dell'impresa, quest'ultima può proporsi di adottare delle “*misure specifiche per eliminare gli effetti negativi della condotta monopolistica*” nel termine che l'ARALA vorrà concederle.²⁹

Tutti i principali ordinamenti antitrust contemplano dei meccanismi che consentono una rapida ed efficiente conclusione del procedimento attraverso l'accettazione degli impegni presentati dalle parti.³⁰ La scelta del legislatore cinese è ricaduta, come in tante altre occasioni, sul modello europeo,³¹ cui l'articolo 45 della legge chiaramente si ispira. I vantaggi sono evidenti perché l'autorità si risparmia l'analitica dimostrazione dell'illecita condotta contestata ed aumenta le *chance* di eliderne gli effetti lesivi grazie alla collaborazione delle parti; queste ultime, dal canto loro, possono tentare di adeguare le misure restrittive in modo da minimizzare i rischi per la continuazione della loro attività di impresa e, soprattutto, evitano di subire l'inflizione di sanzioni amministrative.

La disciplina degli impegni è uno dei pochi punti in cui i regolamenti di attuazione sono intervenuti a specificare la normativa di fonte legale in materia di procedimento e sanzioni.³² Sia la CSNR che l'ASIC, in particolare, richiedono che l'impresa ammetta i fatti di cui è accusata,³³ i quali devono poi essere riportati nel provvedimento che accetta gli impegni e sospende il procedimento.³⁴ Siccome le autorità non sono tenute ad accogliere la proposta di impegni, sussiste il pericolo che le medesime autorità fondino una decisione sanzionatoria contro l'impresa proprio

²⁹ Art. 45, par. 1, legge antimonopoli.

³⁰ Negli Stati Uniti si vedano le disposizioni 15 U.S.C. § 16 (*Tunney Act*) e § 21 (*Section 11 del Clayton Act*); v. anche l'art. 65 della legge antitrust giapponese.

³¹ Cfr. art. 9 Reg. (CE) 1/2003; in particolare l'art. 45, par. 3, della legge antimonopoli replica fedelmente il par. 2 dell'art. 9 del regolamento europeo.

³² Artt. 15 e 16 *Regolamento procedure CSNR* e art. 16 *Regolamento procedure ASIC*.

³³ Tale requisito è richiesto anche dall'art. 65 della legge antitrust giapponese.

³⁴ Così, espressamente, l'art. 16 *Regolamento procedure CSNR*.

8. Applicazione delle norme antimonopolistiche

sulla dichiarazione da essa fornita;³⁵ inoltre, l'impresa corre il rischio che la confessione da essa rilasciata alle autorità ed inclusa nel provvedimento di sospensione possa essere utilizzata come prova contro di essa in un successivo giudizio civile instaurato da terzi che sostengano di essere stati danneggiati dalla condotta monopolistica.

Con la decisione che sospende le indagini, l'autorità accetta formalmente gli impegni e stabilisce i termini per la loro realizzazione,³⁶ restando incaricata di vigilare sulla loro esecuzione, la quale, se avviene nei tempi e nei modi promessi, consente all'autorità antitrust di chiudere definitivamente il procedimento.³⁷ Quando, invece, l'impresa non rispetta gli impegni, si verificano dei cambiamenti significativi nei fatti posti alla base della decisione di sospensione ovvero le informazioni fornite dall'impresa si scoprono false o ingannevoli, le indagini possono essere riprese³⁸ e l'impresa può essere sanzionata avvalendosi, tra l'altro, della dichiarazione di colpevolezza da questa stessa in precedenza resa.

Anche per gli impegni vale quanto detto in precedenza sulla scarsa trasparenza dell'attività delle amministrazioni. Il fatto che fino ad oggi nessuna decisione di sospensione del procedimento sia stata pubblicata non permette di conoscere il concreto atteggiamento tenuto dalle autorità competenti e di valutare, quindi, l'efficacia nell'ordinamento cinese dell'istituto degli impegni.³⁹

3.– Impugnazione dei provvedimenti

3.1 Revisione in via amministrativa

Nell'ipotesi in cui l'impresa non sia soddisfatta della decisione assunta dall'autorità antitrust, essa ha sempre diritto di chiedere che il suo caso sia riesaminato da un'altra autorità amministrativa. Nell'ambito delle concentrazioni questo è un passo obbligato, non potendo le parti impugnare direttamente davanti ad

³⁵ Nee (2010), p. 379.

³⁶ Art. 45, par. 1, legge antimonopoli.

³⁷ Art. 45, par. 2, legge antimonopoli.

³⁸ Art. 45, par. 3, legge antimonopoli.

³⁹ Ad esempio, da quando nel dicembre del 2011 i due operatori pubblici di telefonia *China Telecom* e *China Unicom* comunicarono di aver avanzato una proposta di impegni alla CSNR non si è saputo se tale proposta è stata accettata, quale ne fosse il contenuto e se l'indagine sia stata sospesa, sia stata riavviata o sia stata definitivamente archiviata; cfr. *supra* Cap. III, § 4.3. Altro caso già esaminato in cui il procedimento avviato fu sospeso a seguito della presentazione di impegni è "*Sale di Wuchang*", riguardo al quale v. *supra* Cap. V, § 3.5.

un giudice la decisione di divieto o di approvazione condizionata, ma dovendo, per l'appunto, chiedere in prima battuta la revisione in via amministrativa. Soltanto qualora le imprese non condividano neppure questa seconda decisione, esse possono adire l'autorità giudiziaria.⁴⁰ Per decisioni riguardanti accordi monopolistici e abusi di posizione dominante, invece, le parti possono optare liberamente per l'impugnazione in via amministrativa o in via giudiziaria.⁴¹ Sino ad oggi, tuttavia, non si ha notizia di imprese che hanno contestato le decisioni delle autorità antitrust in nessuna delle due forme sopra descritte.

Se l'impresa decide di ottenere un nuovo pronunciamento dall'autorità amministrativa, si segue il procedimento descritto dalla legge sulla revisione amministrativa.⁴² Il ricorso va proposto entro 60 giorni dalla conoscenza del provvedimento⁴³ e non ne sospende l'efficacia, a meno che l'autorità investita del compito di revisionare la decisione, su istanza del ricorrente o d'ufficio, non lo ritenga necessario.⁴⁴ L'autorità competente a pronunciarsi è l'autorità ministeriale di livello centrale, nel caso di provvedimento degli organi decentrati della CSNR o dell'ASIC,⁴⁵ ovvero un altro dipartimento della stessa autorità, se a decidere in prima istanza è stata la stessa autorità centrale.⁴⁶ L'organo *ad quem* può compiere una nuova valutazione dei fatti e non è vincolato alle risultanze del primo procedimento. Il suo provvedimento, come detto, è impugnabile nelle forme del processo amministrativo, ma può essere proposta una nuova domanda di revisione in via amministrativa direttamente al Consiglio di Stato, la cui decisione non è, però, ulteriormente contestabile.⁴⁷

3.2 Revisione giudiziale

L'impugnazione in via giurisdizionale segue le forme del processo amministrativo, che sono state in parte già anticipate, in quanto rappresentano

⁴⁰ Art. 53, par. 1, legge antimonopoli.

⁴¹ Art. 53, par. 2, legge antimonopoli.

⁴² *Zhonghua renmin gongheguo xingzheng fuyi fa* (Legge sulla revisione amministrativa della RPC), del 29 aprile 1999, entrata in vigore l'1 ottobre 1999; testo consultabile, in inglese, su http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383562.htm.

⁴³ Art. 9 legge sulla revisione amministrativa.

⁴⁴ Art. 21 legge sulla revisione amministrativa.

⁴⁵ Art. 15, n. (2), legge sulla revisione amministrativa.

⁴⁶ Art. 14 legge sulla revisione amministrativa; v. anche Bush (2009), pp. 110–111.

⁴⁷ *Ibidem*.

8. Applicazione delle norme antimonopolistiche

l'unico mezzo a disposizione dei privati per reagire contro gli abusi di potere amministrativo.⁴⁸

L'impugnazione deve essere proposta entro tre mesi dalla notifica del provvedimento amministrativo⁴⁹ o due anni da quando si è avuta conoscenza del medesimo, se non notificato.⁵⁰ La competenza, in ragione della materia trattata, spetta alle Sezioni amministrative delle Corti Intermedie⁵¹ ovvero, nei casi più importanti e complessi, alle medesime Sezioni delle Alte Corti o della CSP.⁵² Oltre alle parti, possono contestare la decisione dell'autorità antitrust anche terzi, che, per esempio, ritengono che l'approvazione di un'operazione di concentrazione da parte del Ministero del commercio danneggi i propri interessi.⁵³

Una caratteristica del processo amministrativo è il fatto che l'onere della prova grava sull'amministrazione, la quale deve dimostrare di aver operato in conformità alla legge e deve produrre i documenti e le altre prove su cui ha fondato la propria decisione.⁵⁴ L'autorità convenuta, inoltre, non può sfruttare i propri poteri autoritativi per assumere dichiarazioni dal ricorrente o da altri soggetti che dovrebbero essere sentiti come testimoni all'interno del processo.⁵⁵

La Corte può confermare l'atto impugnato, annullarlo in tutto o in parte ovvero, qualora ritenga che l'amministrazione abbia comminato una sanzione

⁴⁸ Cfr. *supra* Cap. VII, § 4.3.

⁴⁹ Art. 39 legge sul processo amministrativo.

⁵⁰ “*Interpretazione della Corte Suprema del Popolo su diverse questioni concernenti l'applicazione della legge sul processo amministrativo della Repubblica Popolare Cinese*”, art. 41.

⁵¹ L'art. 14, n. (2), legge sul processo amministrativo riserva la competenza in primo grado alle Corti Intermedie per i provvedimenti emessi dalle amministrazioni ministeriali sotto il diretto controllo del Consiglio di Stato, quali sono le autorità che compongono l'ARALA. La competenza delle Corti Intermedie anche per i provvedimenti degli organi decentrati della CSNR e dell'ASIC è stata affermata nel *Q&A* dal titolo “*Rafforzare la revisione giudiziale della legge antimonopoli e proteggere la concorrenza leale*”, diffuso sul sito della CSP il 3 novembre del 2008 e redatto dal presidente della Sezione amministrativa della stessa. Il testo non ha valore legale e non è vincolante per le Corti, le quali, però, tendono ad attenersi, perché questo genere di documenti contiene opinioni che in un momento successivo vengono solitamente raccolti in testi normativi vincolanti; il testo del *Q&A* è consultabile, in cinese, su <http://www.chinacourt.org/html/article/200811/03/328394.shtml>; v. anche Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 297.

⁵² Artt. 15 e 16 legge sul processo amministrativo.

⁵³ Il problema che si pone in questo caso è la conoscenza delle decisioni del Ministero, visto che, come noto, i provvedimenti di approvazione incondizionata delle concentrazioni non devono essere resi pubblici; cfr. *supra* Cap. VI, § 6.1.

⁵⁴ Art. 32 legge sul processo amministrativo.

⁵⁵ Art. 33 legge sul processo amministrativo; al medesimo fine di evitare indebiti condizionamenti sul ricorrente, è espressamente vietato alla Corte ricorrere alla mediazione (art. 50 legge sul processo amministrativo).

eccessiva, rideterminare la stessa.⁵⁶ La decisione, qualunque essa sia, deve intervenire entro tre mesi dall'accettazione del caso.⁵⁷

II. – CONSEGUENZE DELLA VIOLAZIONE

4.– Sanzioni

4.1 Sanzioni amministrative

L'ordine di cessazione dell'attività monopolistica, la confisca dei profitti illecitamente conseguiti e una multa calcolata sul fatturato realizzato nell'anno precedente sono gli strumenti di cui le autorità antitrust dispongono per colpire l'impresa colpevole di avere violato le disposizioni sugli accordi monopolistici e sugli abusi.⁵⁸ L'autorità può esercitare questi poteri sanzionatori entro due anni dalla commissione della condotta o dalla cessazione della stessa in caso di pratiche continuate, secondo la regola generale in materia di sanzioni amministrative, da ritenersi applicabile nel silenzio della legge antimonopoli.⁵⁹

Quanto alla loro natura, si tratta del medesimo genere di sanzioni previste dalle normative che hanno preceduto l'emanazione della nuova legge antitrust.⁶⁰ La differenza più rilevante riguarda, senza dubbio, l'ammontare della multa, in cui gli estremi edittali non sono stabiliti in misura fissa, ma calcolati in percentuale sul fatturato dell'impresa, nello specifico tra un minimo dell'1% ed un massimo del 10%.⁶¹

Le sanzioni inflitte in precedenza, infatti, erano spesso additate per il loro ridotto importo e la loro scarsa efficacia, soprattutto nei confronti delle grandi

⁵⁶ Art. 54 legge sul processo amministrativo.

⁵⁷ Art. 57 legge sul processo amministrativo.

⁵⁸ Artt. 46 e 47 legge antimonopoli.

⁵⁹ *Zhonghua renmin gongheguo xingzheng chufa fa* (Legge sulle sanzioni amministrative), del 17 marzo 1996, in vigore dall'1 ottobre 1996, art. 29; testo consultabile, in inglese, su http://english.gov.cn/laws/2005-09/07/content_29926.htm.

⁶⁰ Cfr. *supra* Cap. II, § 2.

⁶¹ In caso di mancato pagamento entro il termine fissato nella decisione, l'autorità antitrust può applicare una penalità di mora del 3% del valore della multa per ogni giorno di ritardo, apporre sigilli e sequestrare beni dell'impresa o ricorrere in giudizio avviando l'esecuzione forzata; v. art. 51 legge sulle sanzioni amministrative.

8. Applicazione delle norme antimonopolistiche

imprese straniere. Con le nuove previsioni, invece, le multinazionali potranno subire sanzioni simili a quelle cui vanno incontro in altre giurisdizioni.⁶²

Multe più ridotte sono previste qualora l'accordo monopolistico non sia stato eseguito⁶³ e nei confronti delle associazioni di industriali,⁶⁴ anche se, in quest'ultimo caso, aleggia il sospetto che la previsione nasconda la volontà di non scoraggiare le associazioni industriali dal continuare a svolgere quel ruolo di coordinamento dell'attività delle imprese, che la legge continua a riconoscere e tutelare.⁶⁵ Un'ipotesi diversa riguarda la mancata notifica di una concentrazione al di sopra della soglia, punita con la multa e l'eventuale ordine di deconcentrazione, di cui si è parlato in precedenza.⁶⁶

In piena continuità con il passato, le autorità antitrust conservano una pressoché assoluta discrezionalità nel determinare la sanzione da applicare alla fattispecie concreta. Vaghi sono, infatti, i criteri di commisurazioni individuati dalla legge antimonopoli, la quale elenca, in modo esemplificativo, la natura, l'estensione e la durata dell'attività illecita.⁶⁷ In “*Maotai–Wuliangye*”, ad esempio, gli Uffici provinciali dei prezzi hanno premiato la collaborazione prestata dalle parti dopo che erano venute a conoscenza dell'avvio di un'istruttoria a loro carico, condannandoli a pagare una multa determinata nell'ammontare minimo consentito dalla legge.⁶⁸

Per concludere sulle sanzioni amministrative, è interessante notare che in almeno due casi (“*LCD*” e “*Latte in polvere per bambini*”), accanto alle sanzioni amministrative legislativamente stabilite, l'autorità ha imposto degli specifici obblighi comportamentali alle imprese coinvolte, quali l'impegno ad estendere la

⁶² Non è chiaro, tuttavia, se per “fatturato” si debbano intendere i ricavi derivanti dai soli beni interessati dall'infrazione ovvero dai soli beni venduti in Cina, utilizzando quindi un parametro identico a quello previsto per verificare il superamento della soglia di notifica delle concentrazioni, ovvero ancora dall'attività globalmente esercitata dall'impresa, così come prevede, ad esempio, l'art. 23, par. 2, Reg. (CE) 1/2003, che sul punto il legislatore cinese non ha, però, voluto riprodurre.

⁶³ L'art. 46, par. 2, legge antimonopoli prevede in questo caso una multa massima di CNY500.000 (€62.500 ca.).

⁶⁴ L'art. 46, par. 3, legge antimonopoli stabilisce per le associazioni industriali una multa massima di CNY500.000 (€62.500 ca.), ma nei casi più gravi prevede che si possa arrivare ad ordinare la cancellazione della registrazione dell'associazione e quindi il suo scioglimento; cfr. *supra* Cap. III, § 4.2.

⁶⁵ Art. 11 legge antimonopoli.

⁶⁶ Art. 48 legge antimonopoli; cfr. *supra* Cap. VI, § 3.2.

⁶⁷ Art. 49 legge antimonopoli.

⁶⁸ La collaborazione dell'impresa con l'autorità, non espressamente prevista tra gli elementi per il calcolo della sanzione dall'art. 49 della legge antimonopoli, è inclusa nell'elenco delle attenuanti generiche contenuto nell'art. 27 della legge sulle sanzioni amministrative, il quale contempla anche l'ipotesi in cui la parte si sia attivata per eliminare o ridurre le conseguenze negative della violazione o dimostri di aver commesso l'infrazione per esservi stata costretta da altri.

garanzia offerta ai consumatori o a rinegoziare alcuni contratti con i propri distributori.⁶⁹ Non stupisce che ad emanare un tale ordine sia stata la CSNR, i cui uffici esercitano ancora oggi vasti poteri di regolazione del mercato, ma ciò non toglie che si tratti di una prassi criticabile, poiché rivela un'evidente confusione tra gli scopi della concorrenza e quelli della regolazione; in sostanza si tende a sostituire alla concertazione tra imprese l'eteroregolazione pubblica, senza lasciare le forze del mercato realmente libere di esprimersi.

4.2 Sanzioni disciplinari

In chiusura del Capo settimo sulle responsabilità giuridiche è inserita una norma che punisce i funzionari dell'ARALA che, nel corso dell'attività antimonopolistica *“abusano dei loro poteri, omettono di adempiere i loro doveri, operano negligenemente per utilità personale o rivelano segreti commerciali conosciuti in ragione del loro ufficio”*.⁷⁰ La previsione normativa valuta il loro comportamento alla stregua di un illecito disciplinare, ma richiama espressamente la possibilità che i funzionari siano soggetti a procedimento penale. Nella sua genericità va dato atto che questa norma costituisce l'unica garanzia per l'impresa contro l'enorme discrezionalità riconosciuta alle autorità antitrust in tutte le fasi del procedimento amministrativo.

4.3 Sanzioni penali

Quale segno dell'importanza assunta dai principi della concorrenza all'interno degli ordinamenti nazionali e della tendenza all'espansione della tutela del mercato, un numero crescente di Stati si è andato dotando di norme penali per reagire alle violazioni più gravi delle disposizioni antitrust.⁷¹ È stato sottolineato come, considerate le difficoltà connesse all'accertamento dell'esistenza di cartelli tra le imprese, un adeguato effetto deterrente possa essere ottenuto soltanto elevando le sanzioni per questo genere di pratiche restrittive.⁷² Inoltre, è stato dimostrato che la presenza di sanzioni penali influenza il livello di recidiva delle imprese che vengono scoperte a concludere un cartello. Nello specifico, negli Stati Uniti, dove le sanzioni

⁶⁹ Cfr. *supra* Cap. II, § 2.2, e Cap. IV, § 3.1; v. anche Bush (2013c).

⁷⁰ Art. 54 legge antimonopoli.

⁷¹ Oltre 30 paesi prevedono sanzioni penali per determinate violazioni antitrust; Eichner (2012), p. 607. Un esempio di un sistema che ha di recente rinforzato la protezione dei principi della concorrenza introducendo delle norme penali è il Messico; v. Bull (2011).

⁷² Eichner (2012), pp. 604–605.

8. Applicazione delle norme antimonopolistiche

penali associate alle violazioni antitrust sono molto rigorose ed applicate con frequenza, il numero di casi di recidiva è tra i più bassi al mondo; al contrario, uno dei livelli più alti si riscontra in Europa, dove, come è noto, è assente una tutela penale della concorrenza.⁷³

In un primo momento anche la Cina voleva introdurre delle specifiche prescrizioni penali a presidio delle disposizioni della concorrenza, ma la norma incriminatrice contenuta nel progetto di legge trasmesso al CNP fu successivamente rimossa.⁷⁴ Quanto detto non implica che la violazione delle disposizioni antitrust non abbia alcun rilievo sul piano penalistico. Alcune norme previste dalla legge penale generale,⁷⁵ infatti, ben si prestano a colpire quei comportamenti anticoncorrenziali più nocivi per la collettività. Tra i “reati di turbamento dell’ordine del mercato”, in particolare, vengono puniti con la detenzione sino a tre anni e/o una multa gli offerenti di una gara pubblica che colludono tra loro in danno del soggetto appaltante, degli altri offerenti, dello Stato o dell’interesse generale⁷⁶ e colui il quale, con violenza o minaccia, compri o acquisti ovvero forzi altri a fornire o a ricevere un servizio.⁷⁷ Un’altra disposizione potenzialmente rilevante, ma assai più ambigua, vieta inoltre di compiere qualsiasi illecita attività commerciale che turbi in maniera grave l’ordine del mercato.⁷⁸ Nonostante la genericità della sua formulazione, è stato sulla base di quest’ultima norma che si è registrato l’unico caso finora conosciuto di condanna penale per violazione delle norme della concorrenza, intervenuta in danno di uno dei partecipanti al cartello degli spaghetti di riso,⁷⁹ già punito dalla CSNR in base alla legge sui prezzi.⁸⁰

⁷³ Connor (2010), pp. 101 e 111.

⁷⁴ X. Wang (2009), p. 603.

⁷⁵ *Zhonghua renmin gongheguo xing fa* (Legge penale della RPC), del 14 marzo 1997, da ultimo modificata il 25 febbraio 2011; testo consultabile, in inglese su <http://www.worldlawdirect.com/article/3291/criminal-law-peoples-republic-china.html>.

⁷⁶ Art. 223 legge penale.

⁷⁷ Art. 226 legge penale.

⁷⁸ Art. 225, n. (3) legge penale; la sanzione stabilita per questo genere di violazione è una pena pecuniaria calcolata sui profitti illecitamente realizzati e la reclusione per non più di cinque anni ovvero per almeno cinque anni nei casi particolarmente gravi.

⁷⁹ ABA (2011), China-33.

⁸⁰ Cfr. *supra* Cap. II, § 2.2.

5.– *Leniency Program*

Conformandosi alla prassi seguita da molti ordinamenti, anche il diritto della concorrenza cinese prevede la possibilità di escludere o ridurre la sanzione per le imprese che spontaneamente si rivolgono all'autorità antitrust per denunciare l'esistenza di un cartello (c.d. "*leniency program*").⁸¹ La legge antimonopoli stabilisce che per giovare dell'immunità o dello sconto di pena le imprese devono fornire prove rilevanti e che l'amministrazione gode di un'ampia discrezionalità nella concessione del beneficio.⁸²

Sia la CSNR che l'ASIC hanno integrato la prescrizione legislativa con disposizioni purtroppo non perfettamente coincidenti tra loro.⁸³ Entrambe le autorità non specificano il contenuto esatto della richiesta di *leniency* e, pertanto, rimangono padrone della scelta se accettare o meno la domanda dell'impresa.⁸⁴ Nessuno dei due regolamenti attuativi, inoltre, limita l'operatività della norma alla sola multa, potendosi in astratto ritenere che si sia voluto estendere il beneficio anche alla confisca dei profitti illeciti.⁸⁵ Divergenti sono, per contro, i requisiti richiesti affinché un'informazione sia ritenuta "rilevante", al fine dell'ammissione al programma di clemenza: per la CSNR l'informazione deve essere "cruciale" per accertare l'esistenza dell'accordo, per l'ASIC, invece, può essere sufficiente che essa dia

⁸¹ Pioniere dei programmi di clemenza è stato l'ordinamento statunitense che nel 1978 pubblicò, per mano del DOJ, una *Amnesty Policy*, in cui si prevedeva la possibilità, a determinate condizioni, di garantire l'immunità dal procedimento penale all'impresa che per prima avesse rivelato l'esistenza di un cartello; nel 1993 è stato pubblicato, sempre dal DOJ, il *Corporate Leniency Program*, tutt'ora in vigore e consultabile su <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>. In Europa il *primo Leniency Program* risale al 1996 ed è stato da ultimo aggiornato nel 2006; v. "*Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese*" (2006), G.U. C 298/17. Tra gli ordinamenti che hanno di recente adottato delle disposizioni di *leniency* si può ricordare l'Italia, dove, a seguito della modifica legislativa della L. n. 287/90, intervenuta con il D.L. 4 luglio 2006, n. 233, l'autorità garante ha adottato una comunicazione sui programmi di clemenza, consultabile su <http://www.agcm.it/concorrenza-intesa-e-abusi/concorrenza-programma-di-clemenza/6571-comunicazione-sulla-non-imposizione-e-sulla-riduzione-delle-sanzioni-ai-sensi-dell'articolo-15-della-legge-10-ottobre-1990-n-287.html>. In dottrina v. Meli (2007), Clarich (2006) e Motta – Polo (2003).

⁸² Art. 46, par. 2, legge antimonopoli.

⁸³ Cfr. art. 14 *Regolamento procedure CSNR* e art. 20 *Regolamento procedure ASIC*.

⁸⁴ Viene fatto notare che mentre il *Regolamento procedure CSNR* espressamente afferma che l'autorità "può" concedere il beneficio, il *Regolamento procedure ASIC* dice che l'ASIC "riduce o esclude la sanzione"; v. Oded (2013), p. 157, e Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 293. Tuttavia il testo della legge antimonopoli è, a parere di chi scrive, sufficiente chiaro sulla discrezionalità della scelta non potendosi desumere dal testo delle disposizioni attuative se l'ASIC ha inteso limitare o meno il proprio potere di autodeterminazione.

⁸⁵ Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 293.

8. Applicazione delle norme antimonopolistiche

all'autorità sufficienti basi per avviare un procedimento.⁸⁶ Ancora, mentre solo l'ASIC dichiara il beneficio inapplicabile agli organizzatori del cartello, il Regolamento procedure CSNR è l'unico a stabilire una graduazione nella riduzione di pena in base all'ordine nel quale le imprese contattano l'autorità.

Le disposizioni di *leniency* del diritto della concorrenza cinese sono state molto criticate, mettendone in discussione la loro attrattività per le imprese. Affinché un programma di clemenza possa raggiungere i suoi scopi, è necessario che si inserisca in un contesto atto ad assicurare dure sanzioni per i colpevoli, un notevole rischio di individuazione dei cartelli da parte dell'autorità ed un alto grado di prevedibilità e trasparenza dei meccanismi di applicazione del beneficio.⁸⁷ È facile notare che nessuno dei tre requisiti è attualmente presente nell'ordinamento cinese, in cui le sanzioni vengono normalmente calcolate attorno al minimo edittale, le autorità amministrative non dispongono di personale ed esperienze sufficienti per compiere un'applicazione capillare delle norme sulla concorrenza e la duplicità delle autorità competenti nonché le scarse regole che disciplinano i programmi di clemenza costituiscono un disincentivo per le imprese che sarebbero disposte a denunciare;⁸⁸ in più non è prevista alcuna particolare garanzia a favore dell'impresa che le dichiarazioni da essa rese non vengano utilizzate contro di lei nei successivi giudizi civili promossi dai privati per ottenere il risarcimento dei danni.⁸⁹

In generale, un ulteriore e non secondario elemento che condiziona l'effettività dei programmi di clemenza è la previsione che soltanto la prima impresa che si rivolga all'autorità possa godere dell'immunità e che, comunque, vi sia una differenza rilevante tra il beneficio di cui gode il primo ed il secondo denunciante, di modo che si instauri una competizione per essere i primi a rivelare l'esistenza dell'accordo.⁹⁰ Inoltre, a due imprese non dovrebbe essere concesso il medesimo sconto di pena, che, invece, dovrebbe essere graduato in ragione dell'ordine di

⁸⁶ I due requisiti sono, invece, sostanzialmente identici secondo Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), p. 294.

⁸⁷ Anderson – Cuff (2011), p. 398.

⁸⁸ Eichner (2012), pp. 612–613.

⁸⁹ Oded (2013), pp. 159–161. Negli Stati Uniti il *Criminal Penalty Enhancement Act* del 2004, per esempio, ha stabilito che alle imprese ammesse al *leniency program* non si applica la regola dei *treble damage* in caso di condanna in sede civile; esse, pertanto, saranno chiamate a risarcire esclusivamente il danno effettivamente causato e provato in giudizio. In Europa l'art. 6 della *Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese* prevede che i documenti relativi ad un'impresa che ha beneficiato dell'immunità o di uno sconto di pena non possano essere comunicati a terzi o fatti oggetto di procedure di *discovery*.

⁹⁰ OCSE (2003b), pp. 22–23.

denuncia; in caso contrario si potrebbero, infatti, agevolare forme di c.d. “*leniency cooperativa*”, per cui alcuni partecipanti al cartello potrebbero trovare conveniente presentare congiuntamente la denuncia, contrattando con l’autorità la riduzione loro spettante.⁹¹ In Cina, invece, non soltanto i criteri per il calcolo della riduzione sono poco chiari, ma il *Regolamento procedure CSNR* ammette espressamente la possibilità che la riduzione della sanzione per il secondo (o i secondi)⁹² a denunciare possa essere superiore al 50%.

Anche la prassi, infine, induce le imprese a ritenere poco appetibile il ricorso ai programmi di clemenza. È, infatti, costume della CSNR concedere l’immunità a più imprese che hanno denunciato in momenti successivi lo stesso cartello, come confermano le decisioni relative ai casi del latte in polvere e delle assicurazioni,⁹³ in cui rispettivamente quattro e cinque imprese furono esentate dalla sanzione amministrativa. A ciò si aggiunga che l’introduzione dei programmi di clemenza non ha comportato l’inapplicabilità della regola della legge sulle sanzioni amministrative, la quale riconosce una riduzione della sanzione per le imprese che collaborano con l’autorità nel corso del procedimento,⁹⁴ Queste ultime, pertanto, possono sperare di conseguire il medesimo beneficio che avrebbero ottenuto in seguito ad denuncia preventiva iniziando a cooperare anche dopo aver avuto notizia dell’avvio del procedimento da parte dell’autorità.

6.– *Private enforcement*

Con una laconica disposizione, l’articolo 50 della legge antimonopoli stabilisce la responsabilità civile delle imprese “*per i danni che causino ad altri in conseguenza delle proprie condotte monopolistiche*”, così sancendo il diritto dei privati di adire in via diretta le Corti per chiedere l’applicazione delle disposizioni antitrust.

In un sistema in cui le autorità amministrative fanno ancora fatica ad imporsi sulla scena, l’azione dei privati è uno strumento fondamentale per garantire un utile

⁹¹ Meli (2007), p. 215.

⁹² Nel caso “*Cementifici del Liaoning*” l’autorità ha riconosciuto una riduzione del 50% della sanzione a due delle tre società coinvolte nel cartello di contingentamento della produzione in ragione del contributo da queste offerto alle indagini; cfr. *supra* Cap. IV, § 2.3.

⁹³ Sulle decisioni assunte dall’AIC dello Hunan contro gli agenti assicurativi v. Gu – H. Zhan (2013a), p.80; cfr. *supra* Cap. IV, § 2.2.

⁹⁴ Art. 27 legge sulle sanzioni amministrative.

8. Applicazione delle norme antimonopolistiche

reazione contro le violazioni dei principi della concorrenza ed è certamente incoraggiante il fatto che le domande di tutela rivolte alle Corti si siano succedute sin dal primo giorno di entrata in vigore della nuova legge, seppure il numero complessivo di azioni avviate sia ancora notevolmente al di sotto dei livelli che si riscontrano nei paesi occidentali.

Per chiarire alcuni dei numerosi punti oscuri lasciati dalla norma di legge, nel 2012 la CSP ha emanato un'interpretazione generale,⁹⁵ con la quale ha inteso altresì facilitare l'accesso alla giustizia da parte dei privati.

La domanda *ex* articolo può essere proposta da persone fisiche, imprese o organizzazioni e può avere ad oggetto la riparazione del danno causato dalla condotta anticoncorrenziale e, nel caso di rapporti contrattuali, la dichiarazione di nullità dell'accordo monopolistico.⁹⁶ L'azione si prescrive secondo l'ordinario termine di due anni da quando l'attore ha conoscenza della condotta o da quando questa è si è conclusa, in caso di condotte continuate, ed il termine può essere interrotto anche semplicemente presentando una denuncia all'autorità amministrativa antitrust, rimanendo sospeso per tutta la durata del procedimento;⁹⁷ se l'azione civile fa seguito ad un pronunciamento dell'autorità antitrust, il termine decorre da quando il provvedimento amministrativo è diventato efficace.⁹⁸

La competenza per materia appartiene, in primo grado, alle Corti Intermedie,⁹⁹ fermo restando che, per l'importanza della questione, non sia opportuna la trattazione da parte di una Corte superiore. Per quanto riguarda la competenza territoriale si applicano, invece, i normali criteri stabiliti per le controversie nascenti da contratto e da fatto illecito.¹⁰⁰

Riconoscendo la particolare difficoltà delle cause in materia di concorrenza, alle parti viene attribuito il diritto di farsi affiancare da uno o due esperti che compaiano in udienza per fornire spiegazioni di natura specialistica.¹⁰¹ La Corte

⁹⁵ Cit. *supra* Cap. III, § 4.1; sul valore delle interpretazioni rilasciate dalla CSP v. *supra* Cap. I, § 8.2.

⁹⁶ Art. 1 *Interpretazione CSP*.

⁹⁷ Art. 16 *Interpretazione CSP*; si precisa inoltre che, nel caso di condotte continuate, i danni che possono essere richiesti sono solo quelli verificatisi nei due anni antecedenti alla domanda giudiziale.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Art. 3 *Interpretazione CSP*; la CSP può eventualmente autorizzare una Corte di Base a trattare in prima istanza una controversia antitrust.

¹⁰⁰ Art. 4 *Interpretazione CSP*; v. Harris – P. Wang – Y. Zhang – M. Cohen – Evrard (2011), pp. 309–312.

¹⁰¹ Art. 12 *Interpretazione CSP*.

potrà eventualmente nominare dei propri esperti,¹⁰² che potranno confrontarsi con i consulenti di parte sulle questioni di natura tecnica, con le quali spesso né i giudici né le parti hanno sufficiente dimestichezza.

Vengono, infine, stabilite alcune presunzioni relative, in danno dell'impresa convenuta, in tema di accordi orizzontali e di accertamento della posizione dominante, di cui si è parlato nelle sedi dedicate all'esame dei singoli istituti sostanziali.¹⁰³ Tali presunzioni sicuramente agevolano la prova da parte del privato che sostenga di essere stato danneggiato da una pratica monopolistica, ma la complessità delle dimostrazioni economiche necessarie, i costi del processo ed anche la poca prevedibilità delle decisioni delle Corti, legata alla scarsità dei precedenti ed alla poca esperienza dei giudici in campo economico, rappresentano ancora un fortissimo disincentivo a ricorrere in giudizio per vedere tutelati i propri diritti lesi dai comportamenti anticoncorrenziali delle imprese.

¹⁰² “*Disposizioni della Corte Suprema del Popolo sulla prova nei procedimenti civili*” del 21 dicembre 2001, in vigore dall'1 aprile 2002, art. 25; testo consultabile, in inglese (a pagamento) su <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?id=2197&lib=law>.

¹⁰³ Art. 7, 9 e 10 *Interpretazione CSP*. Cfr. *supra* Cap. IV, § 1.2 (presunzione di restrittività degli accordi ex art. 13 legge antimonopoli); Cap. V, § 1.5 (presunzione di dominanza per le imprese di pubblico servizio e monopolisti legali e presunzioni di dominanza ricavata dalle informazioni pubblicamente diffuse dall'impresa).

CONCLUSIONI

Nei capitoli che precedono si è cercato di dare una visione quanto più fedele del sistema della concorrenza che si è andato delineando in Cina nell'ultimo ventennio e specialmente nel primo lustro successivo all'emanazione della legge antimonopoli. Gli interrogativi che si sono posti durante lo studio delle disposizioni antitrust cinesi sono numerosissimi e nel corso del lavoro si è dato conto di molti di essi, in alcuni casi prendendo posizione nel dibattito attualmente aperto. Nella miriade di opinioni che si sono succedute negli ultimi anni, lo scopo principale che ci si è posti è stato di fornire una trattazione completa del diritto della concorrenza cinese, molte delle cui disposizioni sono state fino ad adesso poco approfondite o del tutto ignorate, nell'intima convinzione che tale opera ricostruttiva costituisca un presupposto indefettibile per la formulazione di un qualsiasi consapevole giudizio sulle nuove norme. Cinque anni di applicazione, d'altronde, sono troppo pochi per azzardare un responso definitivo sul diritto antitrust cinese, come alcuni hanno pur tentato di fare, potendosi al momento soltanto vagamente scorgere le prime incerte direttrici di sviluppo del nuovo sistema antitrust.

Occorre adesso, però, tirare le fila del discorso, evidenziando alcuni dei punti più significativi emersi nell'analisi che precede.

In tredici anni di preparazione, tra accelerazioni e frenate, la legge antimonopoli ha subito le sollecitazioni più varie e le sue disposizioni hanno spesso cambiato forma prima di assumere quella definitiva che leggiamo oggi. Un periodo tanto lungo ha favorito il confronto tra opinioni differenti ed ha consentito l'emanazione di un testo sufficientemente completo, le cui norme sono state conformate a molte delle indicazioni ricevute da alcune delle massime istituzioni nel settore della concorrenza. Le diverse visioni dell'economia e del ruolo da riservare all'intervento pubblico sul mercato, tuttavia, non hanno sempre trovato una sicura composizione nella legge, lasciando piuttosto ognuna una traccia sotto forma di disposizioni di principio difficilmente conciliabili. È davvero arduo, infatti, ricondurre ad armonia obiettivi quali la promozione dell'efficienza, il perseguimento di interessi pubblici e il mantenimento di un mercato "ordinato", vale a dire

“regolato”.¹ Analogamente, non possono che contrapporsi la legittimazione della funzione disciplinante del comportamento delle imprese sul mercato svolta dalle associazioni industriali, da un lato, ed il divieto loro imposto di sostenere la cooperazione tra le imprese che ne fanno parte, dall’altro;² e gli esempi potrebbero continuare.³ La volontà è chiaramente quella di non precludere alcuna modalità di intervento delle autorità antitrust, legittimando decisioni anche del tutto incoerenti tra loro, come avvenuto quando sono stati puniti gli accordi tra le imprese cementifere o tra quelle assicurative, mentre si è esentato il medesimo tipo di cartello sol perché le imprese che ne facevano parte operavano nel settore della disinfestazione, ritenuto particolarmente rilevante per la realizzazione dell’interesse pubblico.⁴

La molteplicità degli obiettivi stabiliti dalla legge, dunque, non consente di predire le future evoluzioni del diritto cinese dalla sola lettura delle disposizioni antimonopolistiche. Deve essere la prassi a farsi portatrice di un indirizzo chiaro, sostenuto da una distinta concezione della concorrenza, ma il processo richiederà inevitabilmente tempo, essendo pochi, per adesso, i giudici ed i funzionari pubblici dotati di un’esperienza in materia di concorrenza sufficientemente sofisticata per compiere una tale ricostruzione.⁵

Inevitabilmente, la prima sfida che la legge antimonopoli si trova ad affrontare consiste nel vincere le diffidenze di chi, all’interno dell’amministrazione e dell’opinione pubblica, continua a ritenere la superiorità degli interventi di politica industriale rispetto alle regole del libero mercato per far fronte alle distorsioni dell’economia.⁶ Non è un mistero che il governo cinese, ossia l’istituzione chiamata a dare attuazione alla nuova legge, consideri il diritto antitrust come uno dei tanti strumenti di politica macroeconomica, attraverso il quale manovrare la corsa della locomotiva cinese.⁷ Alla luce di questo presupposto, dall’emanazione della legge antitrust non è lecito attendersi alcun effetto rivoluzionario delle dinamiche dei

¹ Artt. 3 e 4 legge antimonopoli.

² Artt. 11 e 16 legge antimonopoli.

³ Si pensi all’esaltazione del ruolo svolto dalle concentrazioni per il rafforzamento della produzione industriale (art. 5) ed il divieto di concentrazioni restrittive della concorrenza (art. 28).

⁴ Caso “*Hui Erxun*”; cit. *supra* ai Capp. III, §§ 4.1 e 4.2, e IV, § 4.1.

⁵ Cramer (2008), pp. 45–46.

⁶ Bush–Yue (2011).

⁷ Nel libro bianco su “*Gli sforzi ed i risultati della Cina nella promozione del rule of law*”, cit. *supra* al Cap I, § 7, il Consiglio di Stato afferma che scopo della nuova legge antimonopoli è di intensificare il controllo pubblico sull’economia, conformemente alla concezione socialista che vede nella legge un strumento del governo per imporre la propria politica economica; v. Castellucci (2011), pp. 348–349.

Conclusioni

rapporti commerciali; al contrario, i principi della concorrenza, per emergere, dovranno vincere le resistenze frapposte dalla necessità di garantire la stabilità economica del paese, la quale agli occhi dei governanti cinesi assume un'importanza quantomeno pari alla promozione delle regole di libero mercato.⁸ Il compito non è stato di certo agevolato, inoltre, dalla crisi economica scoppiata all'indomani dell'entrata in vigore della legge antimonopoli. La contrazione dell'economia ha anzi acuito le preoccupazioni circa l'apertura del mercato cinese e rinvigorito le posizioni di chi sosteneva l'opportunità di un ritorno a politiche di stampo protezionistico.⁹

È evidente che le forze che hanno frenato il percorso di approvazione della legge sopravvivono alla sua emanazione e tentano oggi di marginalizzarne la portata innovativa. Queste si identificano per lo più con gli interessi delle grandi imprese pubbliche e di quelle parti dell'amministrazione centrale che ne sono la diretta espressione. L'ambigua formulazione dell'articolo 7 della legge, che rifiuta di equiparare l'impresa statale a quella privata, sottolineando al contrario la particolare funzione sociale della prima, rischia di costituire un ostacolo assai impegnativo da valicare per pervenire ad un'applicazione generalizzata della legge antimonopoli.¹⁰ La speranza è che le autorità antitrust riescano ad emanciparsi da quei poteri che si oppongono ad un'evoluzione dell'attuale equilibrio e che non rifuggano in un "approccio minimalista" che miri ad adeguare l'applicazione del diritto della concorrenza allo *status quo*, piuttosto che valersene come leva per una coraggiosa riforma del sistema.¹¹

L'implicito e tutt'ora diffuso assunto che le imprese nazionali necessitino di una maggiore "protezione" per potere crescere sul mercato non consente di ritenere del tutto scongiurato il pericolo che la nuova legge venga utilizzata in modo selettivo per colpire gli interessi delle società straniere.¹² La Cina non ha mai nascosto la

⁸ Cfr. Owen – Sun – W. Zheng (2008), p. 250: "Despite these signs of compromise between promoting competition and ensuring market stability, it is clear that the balance in the AML [Anti-Monopoly Law] is slightly tilted towards the latter".

⁹ Bush (2013b).

¹⁰ Cfr. *supra* Cap. III, § 4.3.

¹¹ W. Zheng (2010), p. 720.

¹² Howell – Wolff – Howe – Oh (2009), pp. 61–63; gli Autori riportano alcuni passaggi del dibattito davanti la Commissione permanente del CNP, dai quali emerge la chiara intenzione di dirigere l'applicazione della nuova legge preferibilmente contro le imprese straniere: "There are two major target categories of the Anti-Monopoly state-owned enterprises, and the other foreign enterprises"; "[a]market economy must fight against monopoly, but at the present stage we need to protect our enterprises so as to expand their market shares".

volontà di riservare un trattamento più favorevole alle imprese statali e l'articolo 7 della legge antimonopoli, in qualunque delle sue possibili interpretazioni, è certo legittimare un tale comportamento da parte delle autorità antitrust.

I casi affrontati dalle autorità amministrative in materia di accordi e, soprattutto di concentrazioni, testimoniano che l'attività di controllo è stata molto più rigorosa nei confronti delle imprese straniere, mentre le denunce di violazioni presentate davanti agli organi giurisdizionali hanno quasi sempre riguardato (con le rilevanti eccezioni di *Johnson & Johnson c. Rainbow*¹³ e *Huawei c. Interdigital*¹⁴) condotte poste in essere da imprese nazionali. Sul fronte degli abusi di posizione dominante, invece, si è già evidenziato il silenzio tenuto dalle autorità antitrust cinesi che non hanno ancora avviato neppure un'indagine, a riprova dell'evidente ritrosia dell'ARALA a colpire le grandi imprese, oltre che della maggiore difficoltà tecnica che caratterizza le indagini in materia di abusi.

Ciò non significa che la legge antimonopoli sia stata trasformata in una normativa con caratteri discriminatori, perché, si è visto, numerosi sono stati gli interventi che hanno sanzionato pratiche monopolistiche di imprese locali; tuttavia, l'attenzione dei commentatori stranieri si è di gran lunga concentrata sui casi che hanno riguardato imprese estere. Ad esempio, tanto si è scritto sulle decisioni "LCD"¹⁵ (in cui è stata applicata, tra l'altro, la legge sui prezzi) o su quella riguardante le imprese produttrici di latte in polvere,¹⁶ mentre poco o nulla si sa delle decine di altri accordi tra imprese esclusivamente cinesi sanzionati dalla CSNR e dall'ASIC. Il giurista straniero che guardi ad un ordinamento diverso dal proprio deve prestare cura a considerare che l'immagine di quel paese che viene fornita si fonda su informazioni selezionate in modo parziale in base agli interessi dei possibili destinatari. Pertanto, nello studio del diritto antitrust si tende a concentrare l'analisi su quei casi che hanno riguardato imprese straniere ed una conferma di quanto detto è data proprio dal diritto europeo, le cui decisioni più note e dibattute all'estero sono quelle che hanno coinvolto imprese extracomunitarie ("*General Electric/Honeywell*", "*Microsoft*", "*Intel*", etc.). Per tale motivo si spera che questo lavoro possa dare un contributo ad una ricostruzione più completa del diritto della concorrenza cinese, del

¹³ Cfr. *supra* Cap. IV, § 3.1.

¹⁴ Cfr. *supra* Cap. V, § 4.5.

¹⁵ Cfr. *supra* Cap. II, §. 2.2.

¹⁶ Cfr. *supra* Cap. IV, § 3.1.

Conclusioni

quale spesso si leggono rappresentazioni frammentarie o giudizi a dir poco affrettati.

Giunti alla conclusione del presente lavoro e sulla base delle informazioni raccolte, bisogna riconoscere che le prospettive di sviluppo del sistema di diritto antitrust cinese sono più che positive.

Prima di tutto, la disciplina legislativa recepisce molti degli schemi e delle formulazioni più diffusi e comunemente accettati. Grazie alla poderosa attività di consultazione avviata durante i lavori preparatori, il livello di dettaglio e di precisione delle singole previsioni antitrust è complessivamente più che soddisfacente. Inoltre, sono stati emanati numerosi regolamenti attuativi della legge ed altri sono in fase di completamento, essendosi così fornite agli operatori ulteriori indicazioni per conformare la propria attività alle nuove disposizioni sulla concorrenza.

In secondo luogo, se pure è vero che l'indeterminatezza delle finalità della legge concede un'eccessiva discrezionalità all'amministrazione, in questo modo la scelta dell'idea di concorrenza da perseguire rimane aperta. Le norme antimonopolistiche sono dunque neutrali rispetto agli obiettivi che con l'antitrust ci si prefigge di raggiungere, permettendo all'ordinamento cinese di sperimentare successive evoluzioni senza necessità di modificare il dettato normativo.¹⁷ Pertanto, è pressoché certo che le concezioni che hanno presieduto alla emanazione della legge non saranno le stesse che ne influenzeranno la futura applicazione. Disposizioni che oggi appaiono dormienti, come quelle sugli abusi di potere amministrativo e molte di quelle sugli abusi di posizione dominante, potranno venire in auge ed essere aggressivamente applicate in futuro; allo stesso modo l'ambito di applicazione, oggi sicuramente dilatato, delle clausole di interesse pubblico e delle esenzioni riconosciute alle imprese pubbliche e alle associazioni industriali potrà subire una drastica riduzione nei prossimi anni.

In terzo luogo, nell'introduzione si sono ricordati i risultati cui sono giunti i più recenti studi sulla globalizzazione del diritto della concorrenza, i quali hanno messo in guardia da un'indiscriminata recezione da parte dei paesi in via di sviluppo delle regole antitrust elaborate negli ordinamenti occidentali. È dunque legittimo

¹⁷ Per un'evoluzione del pensiero antitrust in Europa e negli Stati Uniti e la sua capacità di influenzare l'interpretazione delle medesime disposizioni producendo nel tempo soluzioni anche del tutto opposte tra loro, v. Libertini (2010).

l'interesse della Cina di proteggere le principali imprese del proprio paese, che nel frattempo potranno ristrutturarsi per affrontare successivamente, in condizioni di parità, la concorrenza delle multinazionali straniere. La tutela delle grandi imprese, d'altronde, non potrà che andare di pari passo con il proseguimento delle riforme lungo una linea di graduale apertura del mercato e di separazione dell'attività di amministrazione delle imprese pubbliche dalla politica, perché soltanto concedendo nuovi spazi all'iniziativa privata e promuovendo il progresso tecnologico il partito potrà alimentare quello sviluppo economico su cui si regge la sua legittimazione a governare.

In quarto luogo, le autorità antitrust cinesi dedicano grande impegno allo studio del funzionamento degli ordinamenti stranieri, al fine di importarne alcune soluzioni, ed anche il linguaggio utilizzato è modellato su quello dei principali sistemi di diritto antitrust.¹⁸ Dove la distanza rimane ancora elevata con gli ordinamenti occidentali è nel livello di approfondimento delle decisioni, caratterizzate da motivazioni brevi e sostanzialmente apodittiche, e nella scarsa padronanza degli strumenti dell'analisi economica, che sicuramente necessita di essere sviluppata, non essendo sufficiente l'adozione di linee guida o lo svolgimento di corsi di preparazione periodici per giudici e funzionari. Un aiuto in tal senso potrebbe provenire dall'istituzione di un dialogo tra le autorità che compongono l'ARALA e le Corti, nel momento in cui queste ultime venissero chiamate a revisionare il giudizio delle amministrazioni antitrust. Nel contesto del diritto cinese, tuttavia, un frequente ricorso alle Corti in funzione di controllo della discrezionalità amministrativa appare attualmente assai difficile da realizzare.

In quinto luogo, è cresciuta la trasparenza delle decisioni delle autorità antitrust ed oggi essa è molto maggiore che sotto le legislazioni passate. L'ASIC ha istituito una pagina internet nella quale pubblica tutti i provvedimenti antimonopolistici adottati da essa e dai suoi uffici decentrati; anche la CSNR comunica regolarmente i risultati delle sue indagini; il Ministero del commercio ha l'obbligo di pubblicare le sue decisioni di divieto ed approvazione condizionata delle concentrazioni ed ha promesso di rendere note ulteriori informazioni in futuro. In assoluto è, però, vero che il livello di trasparenza è ancora insufficiente, perché poco

¹⁸ F. Yao (2011), p. 566.

Conclusioni

o nulla si sa delle attività che vengono svolte nel corso del procedimento, spesso i provvedimenti vengono pubblicati con ritardo dalle autorità e ad essi non vengono mai allegati i risultati degli studi economici svolti, delle testimonianze o delle ulteriori fonti sulle quali le autorità hanno fondato le proprie decisioni.

In sesto luogo, la disponibilità di risorse economiche ed umane dei dipartimenti ministeriali incaricati di svolgere il controllo antitrust è in crescita e la ripartizione della competenza attuata dalla CSNR ed all'ASIC a favore delle proprie unità decentrate consente un'attuazione diffusa delle nuove norme su tutto il territorio nazionale. L'esperienza maturata negli anni nell'applicazione delle normative precedenti la legge antimonopoli consente alle attuali autorità antitrust di orientarsi meglio di tante altre amministrazioni e di gran parte dei giudici nell'applicazione delle previsioni della concorrenza, inducendo a ritenere che il diritto antitrust cinese potrà avere un corposo sviluppo anche in assenza di un sistema di Corti sufficientemente esperto ed autorevole. È, tuttavia, auspicabile una riforma della struttura amministrativa che concentri l'attività di *enforcement*, almeno per quanto riguarda l'accertamento e la sanzione delle pratiche di accordo ed abuso di posizione dominante, in un'unica agenzia, alla quale deve essere garantito il potere di imporre le proprie decisioni anche nei confronti delle massime gerarchie di governo, non avendo attualmente i singoli uffici che compongono l'ARALA rango ministeriale. Questo può avvenire creando un'agenzia del tutto indipendente dal governo ovvero, laddove questa soluzione dovesse ritenersi attualmente non realizzabile, ponendo l'autorità antitrust sotto il diretto controllo del Consiglio di Stato, come ad esempio già avviene per la Commissione antimonopoli, il cui ruolo deve senz'altro essere potenziato.

In settimo ed ultimo luogo, volendo formulare una previsione circa i prossimi sviluppi del diritto antitrust cinese, è presumibile che la Cina, pur rimanendo saldamente ancorata ai principi di tutela della concorrenza internazionalmente accettati, non mancherà di distinguersi dalla prassi dominante nell'applicazione delle disposizioni antimonopolistiche, adottando soluzioni confacenti ai propri obiettivi politici ed alle condizioni economiche di uno Stato in via di sviluppo.¹⁹ La vastità del territorio cinese è tale per cui le decisioni prese in relazione a quel mercato si

¹⁹ Mehra – Meng (2009), pp. 385–386.

ripercuotono necessariamente sulle scelte di investimento assunte a livello globale.²⁰ Pertanto, dall'abilità di tenersi al passo con le evoluzioni internazionali più significative in materia antitrust, conservando, al contempo, una propria marcata individualità, dipenderà la capacità della Cina di imporre un modello di concorrenza alternativo a quelli oggi dominanti a favore di tutti quei paesi che si trovano in una fase di transizione delle loro economie, che li porta a diffidare da un'acritica accettazione dei modelli di concorrenza propagandati dai paesi occidentali.

²⁰ R. Chen (2011); Gerber (2010), pp. 235–236.

APPENDICE

中华人民共和国反垄断法

LEGGE ANTIMONOPOLI DELLA REPUBBLICA POPOLARE CINESE

Ordine del Presidente della Repubblica Popolare Cinese n. 68

Si promulga la Legge antimonopoli, che è stata adottata alla 29° riunione della Commissione permanente del 10° Consiglio Nazionale del Popolo della Repubblica Popolare Cinese il 30 agosto 2007 e che entrerà in vigore l'1 agosto 2008.

Capo I: Disposizioni generali

Articolo 1: La presente legge è emanata allo scopo di prevenire e proibire le condotte monopolistiche, proteggere la leale concorrenza sul mercato, migliorare l'efficienza delle iniziative economiche, salvaguardare gli interessi dei consumatori e l'interesse pubblico e promuovere il sano sviluppo di un'economia socialista di mercato.

Articolo 2: La presente legge è applicabile ai comportamenti monopolistici nelle attività economiche all'interno del territorio della Repubblica Popolare Cinese. La legge è applicabile alle condotte monopolistiche al di fuori del territorio della Repubblica Popolare Cinese che hanno l'effetto di eliminare o restringere la concorrenza sul mercato interno della Repubblica Popolare Cinese.

Articolo 3: Per "condotta monopolistica" si intendono:

- (1) gli accordi di monopolio tra imprese;
- (2) gli abusi di posizione dominante delle imprese sul mercato;
- (3) le concentrazioni di imprese che eliminano o restringono ovvero possono eliminare o restringere la concorrenza.

Articolo 4: Lo Stato formula e dà attuazione a regole della concorrenza adattate all'economie socialista di mercato, al fine di rafforzare lo sviluppo macroeconomico ed un sistema di mercato unito, aperto, competitivo e ordinato.

Articolo 5: Le imprese possono concentrarsi tra loro, se questa operazione avviene nel rispetto della legge, quale frutto della leale concorrenza e della volontaria alleanza per espandere le proprie economie di scala e migliorare la propria forza competitiva.

Articolo 6: Le imprese dotate di una posizione dominante sul mercato non devono abusare della propria posizione dominante per eliminare o restringere la concorrenza.

Articolo 7: Relativamente a quei settori industriali sotto il controllo dell'economia pubblica e che sono vitali per l'economia nazionale e la sicurezza nazionale come per quei settori nei quali la legge riconosce il potere di produrre e vendere beni in esclusiva, è lo Stato a tutelare il legittimo operare delle imprese in quei mercati. Lo Stato regola e vigila sulle attività delle suddette imprese e stabilisce i prezzi dei beni e dei servizi offerti nel rispetto della legge, così da tutelare l'interesse dei consumatori e stimolare il progresso tecnologico.

Le imprese operanti nei settori di cui al comma precedente svolgono le loro attività nel rispetto della legge, devono comportarsi in modo corretto e onorevole negli scambi commerciali, mantenere una rigorosa auto-disciplina ed accettare la vigilanza pubblica. Non devono recare pregiudizio agli interessi dei consumatori sfruttando la loro posizione di controllo o la loro condizione di fornitori esclusivi di certi prodotti o servizi.

Articolo 8: Alle autorità amministrative e agli enti incaricati, per legge o regolamento amministrativo, di svolgere funzioni pubbliche è proibito abusare dei loro poteri amministrativi per eliminare o restringere la concorrenza.

Articolo 9: Il Consiglio di Stato costituisce la Commissione Antimonopoli, che sarà responsabile dell'organizzazione, coordinamento e guida dell'attività antimonopolistica.

La Commissione Antimonopoli avrà i seguenti compiti:

- (1) studiare e formulare le politiche della concorrenza;

- (2) raccordare le indagini, valutare le condizioni complessive di concorrenza sul mercato e pubblicare le relazioni sui risultati della valutazione;
- (3) formulare ed emanare le linee guida in materia di concorrenza;
- (4) coordinare il lavoro di applicazione amministrativa in materia di concorrenza;
- (5) svolgere gli altri compiti attribuiti dal Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato stabilisce la composizione e le regole di funzionamento della Commissione Antimonopoli

Articolo 10: L'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli designata dal Consiglio di Stato ("Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli") avrà il compito di applicare la legge antimonopoli nel rispetto delle seguenti disposizioni di questa legge.

L'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli sotto il controllo del Consiglio di Stato può, qualora ne ravvisi la necessità, delegare alle corrispondenti autorità del Governo del Popolo a livello provinciale, delle regioni autonome o delle municipalità sotto il diretto controllo del governo centrale il compito di applicare la legge antimonopoli nel rispetto della presente legge.

Articolo 11: Le associazioni industriali rafforzano l'autodisciplina industriale, orientano le imprese verso una lecita concorrenza e salvaguardano l'ordine concorrenziale sul mercato.

Articolo 12: Per "impresa", ai fini della presente legge, si intende ogni persona fisica, giuridica ed ogni altro ente che eserciti un'attività di produzione o scambio di beni o servizi.

Per "mercato rilevante" si intende, ai fini della presente legge l'ambito merceologico e territoriale all'interno del quale le imprese competono tra loro in un determinato lasso di tempo in relazione a specifici beni o servizi (d'ora in poi complessivamente denominati "beni").

Capo II: Accordi monopolistici

Articolo 13: Sono vietati gli accordi monopolistici tra imprese concorrenti volti a:

- (1) fissare o modificare il prezzo dei prodotti;

- (2) limitare la produzione o la vendita dei prodotti;
- (3) ripartire il mercato delle vendite o degli acquisti di materie prime;
- (4) restringere l'acquisto di nuove tecnologie o nuove apparecchiature o lo sviluppo di nuovi prodotti;
- (5) boicottare congiuntamente le transazioni;
- (6) altri accordi monopolistici individuati dall'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli.

Per "accordo monopolistico", ai fini della presente legge, si intendono gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate che eliminano o restringono la concorrenza.

Articolo 14: Alle imprese è vietato stipulare con le proprie controparti accordi volti a:

- (1) fissare il prezzo di rivendita dei beni a terzi;
- (2) limitare il prezzo minimo di rivendita di beni a terzi;
- (3) altri accordi monopolistici individuati dall'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli.

Articolo 15: Non si dà luogo all'applicazione degli articoli 13 e 14 ove l'impresa riesca a provare che l'accordo persegue il fine di:

- (1) promuovere lo sviluppo tecnologico, la ricerca e lo sviluppo di nuovi prodotti;
- (2) promuovere la qualità dei prodotti, ridurre i costi, accrescere l'efficienza, unificare le caratteristiche tecniche e gli standard dei prodotti e favorire la specializzazione del lavoro;
- (3) promuovere l'efficienza operativa delle piccole e medie imprese ed accrescere la loro competitività;
- (4) realizzare un interesse pubblico, così intendendosi, tra l'altro, il risparmio energetico, la protezione dell'ambiente e l'assistenza in caso di disastri;
- (5) fronteggiare un violento crollo delle vendite o un speciale eccesso di produzione dovuti ad una situazione di depressione economica;
- (6) salvaguardare il legittimo interesse al commercio con l'estero ed alla cooperazione internazionale;

(7) altre circostanze stabilite dalla legge o dal Consiglio di Stato.

Se un accordo monopolistico ricade in una delle ipotesi previste dai punti da (1) a (5) e pertanto è esentato dall'applicazione degli articoli 13 e 14, l'impresa interessata dovrà anche provare che l'accordo in questione non restringa in modo grave la concorrenza sul mercato rilevante e consente ai consumatori di condividere i benefici generati dall'accordo.

Articolo 16: Le associazioni industriali non devono coordinare l'attività delle imprese al fine di realizzare delle condotte monopolistiche vietate dal presente paragrafo.

Capo III: Abusi di posizione dominante sul mercato

Articolo 17: Le imprese dotate di una posizione dominante sul mercato non devono compiere alcuna delle seguenti condotte abusive della propria posizione dominante:

- (1) vendere beni a prezzi non equamente alti o comprare beni a prezzi non equamente bassi;
- (2) vendere beni sottocosto senza giustificato motivo;
- (3) rifiutarsi di contrarre con le controparti senza giustificato motivo;
- (4) imporre alle proprie controparte di contrarre esclusivamente con essa o con altre imprese da essa designate senza giustificato motivo;
- (5) legare la vendita di più prodotti o imporre condizione irragionevoli alla contrattazione senza giustificato motivo;
- (6) applicare prezzi diversi o diverse condizioni contrattuali a controparti in condizioni equivalenti senza giustificato motivo;
- (7) altre condotte individuati dall'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli sotto il controllo del Consiglio di Stato.

Per "posizione dominante sul mercato", ai fini della presente legge, si intende la posizione di mercato detenuta da imprese in grado di controllare il prezzo o la quantità dei beni o di altre condizioni relative allo scambio dei beni sul mercato rilevante o di impedire o condizionare l'ingresso di altre imprese sul mercato rilevante.

Articolo 18: L'accertamento della posizione dominante sul mercato di un'impresa deve basarsi sui seguenti fattori:

- (1) la quota di mercato dell'impresa sul mercato rilevante e le condizioni di concorrenza sul mercato rilevante;
- (2) la capacità dell'impresa di controllare il mercato delle vendite o quello dell'acquisto delle materie prime;
- (3) le risorse finanziarie e le capacità tecniche dell'impresa;
- (4) la misura della dipendenza delle altre imprese dall'impresa in questione relativamente alle transazioni di natura commerciale;
- (5) il grado di difficoltà per le altre imprese di accedere al mercato rilevante;
- (6) altri fattori utili all'individuazione di una posizione dominante sul mercato.

Articolo 19: Si presume che le imprese abbiano una posizione dominante sul mercato se soddisfano una delle seguenti condizioni:

- (1) la quota di mercato di una impresa sul mercato rilevante ammonta ad $1/2$;
- (2) la somma delle quote di mercato di due imprese sul mercato rilevante ammonta a $2/3$;
- (3) la somma delle quote di mercato di tre imprese sul mercato rilevante ammonta a $3/4$.

Nelle ipotesi previste dai nn. (2) e (3), se una delle imprese considerate ha una quota di mercato inferiore ad $1/10$, non si presumerà che essa abbia una posizione dominante sul mercato.

Un'impresa che è presunta in posizione dominante sul mercato non sarà considerata in posizione dominante se darà prova del contrario.

Capo IV: Concentrazioni tra imprese

Articolo 20: Per concentrazione tra imprese si intende:

- (1) una fusione tra imprese;
- (2) l'acquisto da parte di un'impresa del controllo di un'altra impresa attraverso azioni o elementi patrimoniali;

- (3) l'acquisto, attraverso contratti o altri mezzi, del controllo di un'altra impresa o della capacità di esercitare un'influenza determinante su un'altra impresa.

Articolo 21: Se una concentrazione raggiunge la soglia di notifica stabilita dal Consiglio di Stato, deve essere notificata preventivamente dalle imprese all'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli sotto il controllo del Consiglio di Stato, in caso contrario la concentrazione non può essere eseguita.

Articolo 22: Le imprese possono non notificare la concentrazione all'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli sotto il controllo del Consiglio di Stato nei seguenti casi:

- (1) un'impresa partecipante alla concentrazione possiede più del 50% delle azioni con diritto di voto o del patrimonio di ciascuna delle altre imprese partecipanti;
- (2) un'impresa non partecipante alla concentrazione possiede più del 50% delle azioni con diritto di voto o del patrimonio di ciascuna delle altre imprese partecipanti.

Articolo 23: Le imprese che notificano la concentrazione all'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli sotto il controllo del Consiglio di Stato devono allegare i seguenti documenti e materiali:

- (1) il modulo di notifica;
- (2) una relazione illustrativa degli effetti della concentrazione sulle condizioni di concorrenza del mercato rilevante;
- (3) l'accordo di concentrazione;
- (4) la relazione finanziaria e contabile delle imprese partecipanti alla concentrazione relativa all'anno fiscale precedente, certificata dall'impresa di revisione;
- (5) altri documenti e materiali richiesti dall'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli sotto il controllo del Consiglio di Stato.

Il modulo di notifica deve specificare in maniera chiara il nome, l'indirizzo, l'oggetto sociale delle imprese partecipanti alla concentrazione, il termine entro il

quale ci si propone di realizzare la concentrazione e gli altri elementi stabiliti dall'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli sotto il controllo del Consiglio di Stato.

Articolo 24: Se i documenti ed i materiali allegati dalle imprese non sono completi, queste devono presentare gli ulteriori documenti e materiali entro il termine specificato dall'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli sotto il controllo del Consiglio di Stato, in caso contrario la notifica si considera non presentata.

Articolo 25: L'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli sotto il controllo del Consiglio di Stato deve svolgere un controllo preliminare della concentrazione notificata, decidere se avviare un esame più approfondito e notificare la propria decisione per iscritto alle imprese entro 30 giorni dalla data di ricevimento dei documenti e dei materiali presentati dall'impresa secondo quanto stabilito dall'Articolo 23. Le imprese non possono eseguire la concentrazione fino a quando l'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli sotto il controllo del Consiglio di Stato non ha assunto la sua decisione.

Le imprese possono eseguire la concentrazione se l'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli sotto il controllo del Consiglio di Stato decide di non avviare un esame più approfondito o non assume alcuna decisione entro il termine stabilito.

Articolo 26: Se l'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli sotto il controllo del Consiglio di Stato decide di avviare un esame approfondito, deve completarlo entro 90 giorni dalla data della decisione, decidere se vietare la concentrazione tra le imprese e notificare l'esito per iscritto alle imprese; se essa decide di vietare la concentrazione tra le imprese, deve illustrarne le ragioni. Le imprese non possono eseguire la concentrazione in pendenza del procedimento.

Al ricorrere di una delle seguenti circostanze, l'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli sotto il controllo del Consiglio di Stato, dandone notizia scritta alle imprese, può estendere il termine per l'esame stabilito nel paragrafo precedente per un periodo

- (1) le imprese consentono ad estendere il termine;

Appendice: Legge antimonopoli della RPC

- (2) i documenti ed i materiali presentati dall'impresa non sono accurati e necessitano di ulteriori verifiche;
- (3) vi sono stati cambiamenti sostanziali delle circostanze rilevanti dopo la notifica da parte delle imprese.

Se l'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli sotto il controllo del Consiglio di Stato non assume alcuna decisione entro il termine, le imprese possono eseguire la concentrazione.

Articolo 27: Nell'esame della concentrazione tra imprese devono essere valutati i seguenti fattori:

- (1) le quote di mercato delle imprese partecipanti alla concentrazione sul mercato rilevante e la loro capacità di controllare il mercato;
- (2) il livello di concentrazione del mercato rilevante;
- (3) l'effetto che la concentrazione tra imprese può avere sull'accesso al mercato e sul progresso tecnologico;
- (4) l'effetto che la concentrazione tra imprese può avere sui consumatori e sulle altre imprese interessate;
- (5) l'effetto che la concentrazione tra imprese può avere sullo sviluppo dell'economia nazionale;
- (6) altri fattori che interessano la concorrenza sul mercato e che l'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli sotto il controllo del Consiglio di Stato ritiene rilevanti.

Articolo 28: Nel caso in cui la concentrazione abbia o possa avere l'effetto di eliminare o restringere la concorrenza, le autorità antitrust adottano un provvedimento per vietarla. Tuttavia, le autorità antitrust possono decidere di non vietare la concentrazione se le imprese riescono a provare o che la concentrazione produce evidentemente effetti più positivi che negativi sulla concorrenza o che la concentrazione è in armonia con l'interesse pubblico.

Articolo 29: Se l'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli sotto il controllo del Consiglio di Stato non vieta la concentrazione tra imprese, può decidere di imporre dei rimedi correttivi per limitare gli effetti negativi che la concentrazione può avere sulla concorrenza.

Articolo 30: L'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli sotto il controllo del Consiglio di Stato pubblicizza tempestivamente le sue decisioni di vietare le concentrazioni tra imprese o di imporre dei rimedi correttivi.

Articolo 31: Se la fusione o l'acquisizione di imprese nazionali da parte di investitori stranieri o altre forme di concentrazioni coinvolgenti investitori stranieri interessano la sicurezza nazionale, in aggiunta all'esame della concentrazione tra imprese in conformità alle disposizioni della presente legge, deve essere condotto un esame di sicurezza nazionale nel rispetto dei relativi disposizioni dello Stato.

Capo V: Abuso di potere amministrativo per eliminare o restringere la concorrenza

Articolo 32: Le autorità amministrative e agli enti incaricati, per legge o regolamento amministrativo, di svolgere funzioni pubbliche non devono abusare dei loro poteri amministrativi per obbligare, anche in forma mascherata, enti o individui a contrarre, acquistare o usare beni forniti dalle imprese da loro designate.

Articolo 33: Le autorità amministrative e agli enti incaricati, per legge o regolamento amministrativo, di svolgere funzioni pubbliche non devono abusare dei loro poteri amministrativi al fine di ostacolare la libera circolazione dei beni tra i vari territori, realizzando una delle seguenti condotte:

- (1) applicare in maniera discriminatoria ai beni non locali tributi di specie diversa o ad un tasso differente ovvero fissare prezzi discriminatori per i beni non locali;
- (2) stabilire per i beni non locali requisiti tecnici o standard di ispezione differenti da quelli applicati a beni locali simili o sottoporre i beni non locali a misure tecniche discriminatorie quali duplicazioni di ispezioni o certificazioni, così da restringere l'ingresso dei beni non locali nel mercato locale;
- (3) adottare speciali procedure di autorizzazione applicabili esclusivamente ai beni non locali, così da restringere l'ingresso dei beni non locali nel mercato locale;

- (4) istituire posti di blocco o adottare misure per arrestare l'ingresso dei beni non locali o la fuoriuscita dal territorio dei beni locali;
- (5) altre condotte che possono ostacolare la libera circolazione dei beni tra i vari territori.

Articolo 34: Le autorità amministrative e agli enti incaricati, per legge o regolamento amministrativo, di svolgere funzioni pubbliche non devono abusare dei loro poteri amministrativi per escludere o restringere la partecipazione delle imprese non locali alle gare di appalto locali tramite la prescrizione di requisiti di partecipazione o standard qualitativi discriminatori ovvero non pubblicando le informazioni come richiesto dalla legge.

Articolo 35: Le autorità amministrative e agli enti incaricati, per legge o regolamento amministrativo, di svolgere funzioni pubbliche non devono abusare dei loro poteri amministrativi per escludere o restringere gli investimenti o la istituzione di succursali sul suo territorio da parte di imprese non locali, assoggettandole ad un trattamento diseguale rispetto a quello spettante alle imprese locali.

Articolo 36: Le autorità amministrative e agli enti incaricati, per legge o regolamento amministrativo, di svolgere funzioni pubbliche non devono abusare dei loro poteri amministrativi per costringere le imprese a compiere alcuna delle condotte monopolistiche vietate dalla presente legge.

Articolo 37: Le autorità amministrative non devono abusare dei loro poteri amministrativi per emanare normative che contengono disposizioni che eliminano o restringono la concorrenza.

Capo VI: Indagine delle condotte monopolistiche sospette:

Articolo 38: L'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli indaga le sospette condotte monopolistiche, in conformità a quanto stabilito nella presente legge.

Ogni persona fisica o ente ha diritto di denunciare ogni sospetta condotta monopolistica all'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli.

L'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli ha l'obbligo di avviare un'indagine, se la denuncia è formulata per iscritto ed include fatti e prove rilevanti.

Articolo 39: Quando svolge le indagini su una sospetta condotta monopolistica, l'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli ha facoltà di:

- (1) accedere ai locali dell'impresa indagata o in altri luoghi utili per le indagini;
- (2) interrogare l'impresa indagata, le parti interessate ed altre organizzazioni o persone fisiche rilevanti, chiedendo loro di chiarire fatti e circostanze pertinenti alle indagini;
- (3) esaminare ed estrarre copia di documenti, contratti, libri contabili, corrispondenza commerciale, dati elettronici ed altri materiali rilevanti appartenenti all'impresa indagata, alle parti interessate e ad altre organizzazioni o persone fisiche rilevanti;
- (4) sigillare o sequestrare le prove rilevanti;
- (5) assumere informazioni sui conti bancari dell'impresa.

Prima di prendere alcuna delle misure sopra indicate, questa deve essere comunicata per iscritto al responsabile in capo dell'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli e da questi approvata.

Articolo 40: Le indagini di sospette condotte monopolistiche da parte dell'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli sono eseguite da almeno due funzionari, che devono mostrare la loro autorizzazione allo svolgimento di indagini. I funzionari incaricati redigono verbale delle indagini compiute e delle informazioni richieste, che viene firmato dalla persona indagata o interrogata.

Articolo 41: L'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli ed il suo personale mantengono il riserbo sui segreti commerciali di cui sono venuti a conoscenza nel corso delle indagini.

Articolo 42: L'impresa indagata, le parti interessate ed altre organizzazioni o persone fisiche rilevanti devono cooperare con l'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli nell'esecuzione delle sue funzioni e non devono rifiutare o ostacolare le indagini di quest'ultima.

Articolo 43: L'impresa indagata e le parti interessate hanno il diritto di esprimere le proprie opinioni. L'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli deve verificare i fatti, le giustificazioni e le prove presentate dall'impresa indagata e dalle parti interessate.

Articolo 44: Dopo aver indagato e verificato la condotta sospetta, se l'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli stabilisce che essa costituisce una condotta monopolistica, assume una decisione in conformità alla presente legge e può renderla pubblica.

Articolo 45: Nel caso l'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli stia compiendo indagini su una sospetta condotta monopolistica, se l'impresa indagata si impegna ad adottare misure specifiche per eliminare gli effetti negativi della condotta antimonopolistica entro il termine accordato dall'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli, quest'ultima può decidere di sospendere le indagini. La decisione di sospensione delle indagini deve riportare espressamente gli specifici impegni assunti dall'impresa indagata.

Se l'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli decide di sospendere le indagini, essa deve supervisionare l'esecuzione degli impegni dell'impresa. Se l'impresa rispetta i propri impegni, l'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli può decidere di chiudere le indagini.

L'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli può riprendere le indagini, se si verifica una delle seguenti circostanze:

- (1) l'impresa non rispetta gli impegni;
- (2) i fatti su cui la decisione di sospensione era stata presa hanno subito dei significativi cambiamenti;
- (3) la decisione di sospensione era stata presa sulla base di informazioni false o ingannevoli fornite dall'impresa.

Capo VII: Responsabilità giuridiche

Articolo 46: Se le imprese danno esecuzione a degli accordi monopolistici in violazione delle disposizioni della presente legge, l'Autorità responsabile

dell'applicazione della legge antimonopoli ordina alle imprese di interrompere l'attività illecita, confisca i profitti illeciti e impone una multa compresa tra l'1% ed il 10% del fatturato dell'anno precedente; se l'accordo non è eseguito, la multa non può essere superiore a CNY500.000.

Se le imprese spontaneamente riferiscono informazioni riguardanti la conclusione di accordi monopolistici all'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli, fornendo prove rilevanti, quest'ultima può ridurre la multa imposta o esonerare da responsabilità, in base ad una propria discrezionale valutazione.

Se le associazioni industriali promuovono la conclusione di accordi monopolistici tra le imprese in violazione della presente legge, l'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli può imporre una sanzione non superiore a CNY500.000; in casi gravi l'autorità competente per la registrazione e la vigilanza sull'organizzazione sociale può revocarne l'iscrizione.

Articolo 47: Se un'impresa abusa della propria posizione dominante sul mercato in violazione della presente legge, l'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli ordina all'impresa di interrompere l'attività illecita, confisca i profitti illeciti e impone una multa compresa tra l'1% ed il 10% del fatturato dell'anno precedente.

Articolo 48: Se un'impresa esegue una concentrazione in violazione della presente legge, l'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli ordina di interrompere la realizzazione della concentrazione, di liberarsi delle azioni o dei beni patrimoniali, trasferire l'attività entro un termine determinato e prende ogni altra misura ritenuta necessaria per ristabilire le condizioni delle imprese antecedentemente alla concentrazione e può imporre una multa non superiore a CNY500.000.

Articolo 49: L'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli prende in considerazione la natura, l'estensione e la durata dell'attività illecita nonché ogni altro fattore nella determinazione dell'esatto ammontare delle multe stabilite negli articoli 46, 47 e 48 della presente legge.

Articolo 50: Le imprese sono civilmente responsabili per i danni che causino ad altri in conseguenza delle proprie condotte monopolistiche.

Articolo 51: Se le autorità amministrative e gli enti incaricati, per legge o regolamento amministrativo, di svolgere un funzioni pubbliche abusano dei loro poteri amministrativi per eliminare o restringere la concorrenza, le autorità superiori ordinano loro di correggersi; la persona incaricata direttamente responsabile e le altre persone che sono direttamente responsabili sono soggette a sanzione disciplinare conformemente a quanto previsto dalla legge. L'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli può indicare alla relativa autorità superiore le modalità per risolvere la questione nel rispetto della legge.

Se altre disposizioni di legge o di regolamenti amministrativi disciplinano le condotte di abusi di potere amministrativo commesse dalle autorità amministrative e dagli enti incaricati, per legge o regolamento amministrativo, di svolgere funzioni pubbliche, queste disposizioni devono prevalere.

Articolo 52: Nel corso della valutazione e delle indagini da parte dell'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli, se le imprese si rifiutano di fornire materiali o informazioni rilevanti, forniscono materiali o informazioni false, nascondono, distruggono o rimuovono prove ovvero compiono altri atti di resistenza o ostacolo alle indagini, l'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli deve intimare loro di correggere la condotta e può imporre una multa non superiore a CNY20.000 alle persone fisiche ed una multa non superiore a CNY200.000 agli enti; in casi gravi, può imporre una multa tra CNY20.000 e CNY100.000 alle persone fisiche e una multa tra CNY200.000 e CNY1.000.000 agli enti; se la condotta costituisce reato, le persone fisiche e gli enti responsabili sono soggetti a responsabilità penale ai sensi della legge.

Articolo 53: Se le imprese interessate non accettano la decisione dell'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli assunta ai sensi degli articoli 28 e 29 della presente legge, esse devono prima di tutto fare domanda di revisione in via amministrativa; se le imprese non accettano neppure la decisione di revisione, possono avviare un'azione amministrativa ai sensi della legge.

Se le imprese interessate non accettano una decisione dell'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli diversa da quella indicata

nel paragrafo precedente, esse possono fare domanda di revisione in via amministrativa o avviare un'azione amministrativa ai sensi della legge.

Articolo 54: I funzionari dell'Autorità responsabile dell'applicazione della legge antimonopoli che abusano dei loro poteri, omettono di adempiere i loro doveri, operano negligenemente per utilità personale o rivelano segreti commerciali conosciuti in ragione del loro ufficio sono perseguiti penalmente ai sensi della legge, se la loro condotta costituisce reato; altrimenti, sono soggetti a sanzione disciplinare ai sensi della legge.

Capo VIII: Disposizioni supplementari

Articolo 55: La presente legge non si applica alle condotte delle imprese che sfruttano i loro diritti di proprietà intellettuale nel rispetto delle leggi e dei regolamenti amministrativi in materia di diritti di proprietà intellettuale. Tuttavia, essa si applica alle condotte delle imprese che eliminano o restringono la concorrenza abusando dei loro diritti di proprietà intellettuale.

Articolo 56: La presente legge non si applica alle alleanze e alle pratiche concordate realizzate dagli imprenditori agricoli e dalle organizzazioni agricole con finalità economica relativamente alla produzione, trasformazione, vendita, trasporto o stoccaggio dei prodotti agricoli.

Articolo 57: La presente legge entra in vigore l'1 agosto 2008.

INDICE BIBLIOGRAFICO

N.B.: I siti internet indicati nelle note del testo e nella bibliografia che segue sono stati visitati per l'ultima volta in data 10 gennaio 2014.

- ABA, 2005, “*Joint Submission of the American Bar Association’s Sections of Antitrust Law, Intellectual Property Law and International Law on the Proposed Anti-Monopoly Law of the People’s Republic of China*”, 19 maggio, consultabile su http://apps.americanbar.org/intlaw/committees/business_regulation/antitrust/chinacommentantsimonopoly.pdf/.
- ABA, Section of Antitrust Law, 2011, “*Competition Laws Outside the United States*”, II ed., American Bar Association Publishing.
- 2007, “*Antitrust Law Developments*”, VI ed., American Bar Association Publishing.
- AGCM, 2012, “*Relazione sull’attività svolta*”, consultabile su http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/3215-rel2012.html/.
- Ahlborn, Christian – Bailey, David, 2006, “*Discounts, Rebates and Selective Pricing by Dominant Firms: A Trans-Atlantic Comparison*”, in 2 “*European Competition Journal*”, pp. 101 ss.
- Ajani, Gianmaria – Timoteo, Marina – Serafino, Andrea, 2007, “*Diritto dell’Asia orientale*”, UTET.
- Akman, Pinar, 2009, “*Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC*”, in 29 “*Oxford Journal of Legal Studies*”, pp. 267 ss.
- Albertella, Valeria – Crespi Reghizzi, Gabriele, 1985, “*Il sistema giuridico del governo del Guomindang*”, in 12 “*Mondo Cinese*”, pp. 68 ss.
- Alford, William P., 2000, “*Exporting the Pursuit of Happiness*”, in 113 “*Harvard Law Review*”, pp. 1677 ss.
- Allain, Marie-Laure – Chambolle, Claire, 2011, “*Anti-Competitive Effects of Resale-Below Cost Laws*”, in 29 “*International Journal of Industrial Organization*”, pp. 373 ss.
- Amato, Giuliano, 1998, “*Il potere e l’antitrust*”, Il Mulino.
- American Chamber of Commerce, 2013, “*China Business Climate Survey Report*”, pp. 8–9, consultabile su <http://web.resource.amchamchina.org/cmsfile/2013/03/29/0640e5a7e0c8f86ff4a380150357bbef.pdf>.
- Anandarajah, Kala – Lombardi, Dominique, 2010, “*China’s First Public Anti-Cartel Action under the Anti-Monopoly Law*”, in “*Mondaq*”, 11 giugno, consultabile su <http://www.mondaq.com/x/102700/Trade+Regulation+Practices/Chinas+First+Public+AntiCartel+Action+under+the+AntiMonopoly+Law/>.
- Anderman, Steven, 2009, “*The Epithet that Dares not speak its Name: The Essential Facilities Concept in Article 82 EC and IPRs after the Microsoft Case*”, in Ezrachi, Ariel, “*Article 82 EC: Reflections on its Recent Evolution*”, Hart Publishing, pp. 87 ss.

- Anderson, David – Rachel, Cuff, 2011, “*Cartels in European Union: Procedural Fairness for Defendants and Claimants*”, in 34 “*Fordham International Law Journal*”, pp. 385 ss.
- Arat, Zehra F., 1988, “*Democracy and Economic Development: Modernization Theory Revisited*”, in 21 “*Comparative Political Studies*”, pp. 21 ss.
- Areeda, Phillip E., 1990, “*Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*”, in 58 “*Antitrust Law Journal*”, pp. 841 ss.
- Areeda, Phillip E., 1972, “*Antitrust Laws and Public Utility Regulation*”, in 3 “*Bell Journal of Economics*”, pp. 42 ss.
- Areeda, Phillip E – Hovenkamp, Herbert, 2005, “*Antitrust Law: An analysis of Antitrust Principles and their Application*”, Aspen Publishers.
- Areeda, Phillip E. – Kaplow, Louis – Edlin, Aaron S., 2004, “*Antitrust Analysis. Problems, Text, and Cases*”, VI ed., Aspen Publishers.
- Areeda, Phillip E. – Turner, Donald F., 1975, “*Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act*”, in 88 “*Harvard Law Review*”, pp. 697.
- Asian Development Bank, 2003 “*Private Sector Assessment. People's Republic of China*”, consultabile su http://www.adb.org/sites/default/files/pub/2003/PRC_PSA.pdf/.
- Auteri, Gabriel, 2013 “*Chinese Workers Could See Better Access to Services Under Hukou System Reform*”, in “*The Human Right Brief*”, 21 febbraio, consultabile su <http://hrbrief.org/2013/02/chinese-workers-could-see-better-access-to-services-under-hukou-system-reform/>.
- Avino, Graig R., 2003, “*China's Judiciary “An Instrument of Democratic Change?”*”, in 22 “*Penn State International Law Review*”, pp. 369 ss.
- Backer, Larry Catá, 2013, “*Xi Jinping's Constitutional Vision: Speech on the 30th Anniversary of the 1982 Constitution*”, consultabile su <http://lbackerblog.blogspot.it/2013/05/xi-jingpings-constitutional-vision.html/>.
- Bai, “*Xinzheng longduan de benzhi jiqi jiuji*” [“*Natura dei monopoli amministrativi e rimedi*”], in 6 “*Zheng Fa Lun Cong*” [“*Rivista di diritto e scienze politiche*”], pp. 56 ss.
- Baine, Joe S., 1956, “*Barriers to New Competition*”, Harvard University Press.
- Baker, Jonathan B., 2007, “*Market Definition: An Analytical Overview*”, in 74 “*Antitrust Law Journal*”, pp. 129 ss.
- Balcerowicz, Leszek, 1966, “*Socialism, Capitalism, Transformation*”, Central European University Press.
- Banca Mondiale, 1994, “*China: Internal Market Development and Regulation*”, consultabile su <http://documents.worldbank.org/curated/en/1994/03/698509/china-internal-market-development-regulation/>.
- Bao, Chang – Du, Juan, 2013, “*Break up of State oil monopoly?*”, 26 settembre, consultabile su http://europe.chinadaily.com.cn/business/2013-09/26/content_16994813.htm/.
- Baquero Cruz, Julio, 2002, “*Between Competition Law and Free Movement: The Economic Constitutional Law of the European Community*”, Hart Publishing.
- Barnes, Donald M. – Ondeck, Cristopher, 1997, “*The Capper – Volstead Act: Opportunity Today and Tomorrow*”, consultabile su <http://www.uwcc.wisc.edu/info/capper.html#2/>.
- Batson, Andrew, 2009, “*Stimulus Dilemma for China: Spending on Public Works Risks Making Production Glut Worse*”, in *Wall Street Joournal*, 21 marzo 2009, consultabile su <http://online.wsj.com/news/articles/SB123759537916001075/>.

Indice bibliografico

- Bergsten, Fred C. – Freeman, Charles – Lardy, Nicholas r. – Mitchell Derek J., 2008, “*China’s Rise: Challenges and Opportunities*”, Peterson Institute for International Economics.
- Berry, Jared A., 2005, “*The Anti-Monopoly Law in China*”, in 2 “*International Law & Management Review*”, pp. 129 ss.
- Bhattacharjea, Adithya, 2004, “*Export Cartels. A Developing Country Perspective*”, in 38 “*Journal of World Trade*”, pp. 331 ss.
- Birnei, Mayling, 2013, “*Rule of Mandates: How China Governs Over Law and Democracy*”, relazione tenuta presso la University of California Berkeley, 19 marzo 2013 (un libro sull’argomento è in corso di pubblicazione).
- Blair, Roger D. – Kaserman, David L., 1993, “*Law and Economics of Vertical Integration and Control*”, New York Academic Press.
- Blair, Roger D. – Sokol, Daniel D., 2013, “*Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement*”, in 81 “*Fordham Law Review*”, pp. 2497 ss.
- Bolton, Patrick – Brodley, Joseph F – Riordan, Michael H, 2000, “*Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*”, in 88 “*Georgetown Law Journal*”, pp. 2239 ss.
- Bork, Robert, 1978, “*The Antitrust Paradox*”, Basic Books.
- Bork, Robert – Bowman, Ward Jr., 1963, “*The Crisis in Antitrust*”, in “*Fortune*”, dicembre.
- Bowman, Ward Jr., 1957, “*Tying Arrangements and Leverage Problems*”, in 67 “*Yale Law Journal*”, pp. 19 ss.
- Blodgett, Mark – Hunter, Richard J. Jr. – Hayden, Robert M., 2009, “*Foreign Direct Investment, Trade, and China's Competition Laws*”, in 37 “*Denver Journal of International Law and Policy*”, pp. 201 ss.
- Brown, Thomas – Robinson, Katherine – Simmons, Ian, 2010, “*Joint Ventures and the Sherman Act: The Problem Revealed by American Needle and How best to Address it*”, in “*Competition Policy International – Antitrust Chronicle*”, vol. 3, 2, consultabile su <https://www.competitionpolicyinternational.com/joint-ventures-and-the-sherman-act-the-problem-revealed-by-american-needle-and-how-best-to-address-it/>.
- Buccirossi, Paolo – Marette, Stèphan – Schiavina, Alessandra, 2002, “*Competition Policy and the Agribusiness Sector in the European Union*”, in 29 “*European Review of Agricultural Economics*”, pp. 373 ss.
- Bull, Rachel, 2011, “*Mexico gets criminal powers*”, in “*Global Competition Review*”, 16 maggio, consultabile su <http://globalcompetitionreview.com/news/article/30103/mexico-gets-criminal-powers/>.
- Burchfiel, Kenneth J., 1991, “*Patent Misuse and Antitrust Reform: "Blessed be the Tie?"*”, in 4 “*Harvard Journal of Law & Technology*”, pp. 1 ss.
- Burgess, Michael, 1996, “*Introduction: Federalism and Building of the European Union*”, in 26 “*Publius: The Journal of Federalism*”, pp. 1ss.
- Burns, John, 2000, “*The People's Republic of China at 50: National Political Reform*”, in 159 “*The China Quarterly*”, pp. 580 ss.
- Burnside, Alec, 2002, “*GE, Honey I Sank the Merger*”, in “*European Competition Law Review*”, pp. 107 ss.
- Bush, Nathan, 2013a, “*The NDRC campaigns against RPM*”, in “*China Law and Practice*”, settembre, consultabile su

- <http://www.chinalawandpractice.com/Article/3253059/Issue/8508/The-NDRC-campaigns-against-RPM.html/>.
- 2013b, “*Chinese Antitrust Law: First Five Years*”, relazione tenuta presso la University of California Berkeley, 15 aprile.
- 2013c, “*NDRC penalises global LCD price cartel*”, in “*China Law and Practice*”, aprile, consultabile su <http://www.chinalawandpractice.com/Article/3159145/Issue/8508/NDRC-imposes-a-second-record-anti-monopoly-fine.html/>.
- 2009, “*Constraints on convergence in Chinese antitrust*”, in 54 “*The Antitrust Bulletin*”, pp. 87 ss.
- 2007, “*The PRC Anti-Monopoly Law: Unanswered Questions and Challenges Ahead*”, in “*Antitrust Source*”, ottobre, consultabile su http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/Oct07_Bush10_18f.authcheckdam.pdf/.
- Bush, Nathan – Yue, Bo, 2011, “*Disentangling Industrial Policy and Competition Policy in China*”, in “*Antitrust Source*”, febbraio, consultabile su http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/antitrust_law/feb11_bush2_23f.authcheckdam.pdf/.
- Carlton, Dennis W. – Waldman, Michael, 2002, “*The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Monopoly Power in Evolving Industries*”, in 33 “*RAND Journal of Economics*”, pp. 194 ss.
- Castellucci, Ignazio, 2011, “*Reflections on the Legal Features of the Socialist Market Economy in China*”, in 6 “*Frontiers of Law in China*”, pp. 343 ss.
- Cavaliere, Renzo, 2011 “*Dalla pianificazione al mercato: rinascita ed evoluzione del diritto commerciale cinese*”, in Cerami, Pietro – Serio, Mario “*Scritti di comparazione e storia giuridica*”, Giappichelli, pp. 361 ss.
- 2009, “*La legge e il rito. Lineamenti di storia del diritto cinese*”, Franco Angeli.
- Chan, Gordon Y. M., 2009, “*Administrative Monopoly and the Anti-Monopoly Law: an examination of the Debate in China*”, in 18 “*Journal of Contemporary China*”, pp. 263 ss.
- Chan, Kay-Wah, 2008 “*The Legal System of China*”, in Blazey, Patricia – Chan, Kay Wah, “*The Chinese Commercial Legal System*”, Lawbook Co., pp. 89 ss.
- Chan, Kam Wing, 2010, “*The Household Registration System and Migrant Labor in China: Notes on a Debate*”, in 36 “*Population and Development Review*”, pp. 357 ss.
- Chan, Kam Wing – Buckingham, Will, 2008, “*Is China abolishing the hukou system?*”, in 195 “*The China Quarterly*”, pp. 582 ss.
- Chen, Andy C. M., 2013, “*The LCD cartel: impacts and implications for the competition policy in Taiwan*”, consultabile su <http://www.aabri.com/NO2013Manuscripts/NO13003.pdf/>.
- Chen, Hon, 2004, “*Cadre Personnel Management in China: The Nomenclatura System 1990–1998*”, in 179 “*The China Quarterly*”, pp. 703 ss.
- Chen Jianfu, 2002, “*Market Economy and Internationalization of Civil and Commercial Law in the People's Republic of China*”, in Kanishka, Jayasuriya, “*Law, Capitalism and Power in Asia*”, Routledge, 2002, pp. 69 ss.
- Chen, Jianfu – Ke, Suiwa, 2005, “*China Business Law Guide*”, I, Kluwer Law International.
- Chen, Jianfu – Li, Yuwen – Jan, Michiel Otto, 2002, “*Implementation of Law in People's Republic of China*”, Kluwer Law International.
- Chen, Litong, 2010, “*Double Exposure to Legal Risk Under China's Competition Laws: Comments Upon the Exclusive Sales Arrangements in China*”, consultabile su <http://www.mwechinalaw.com/news/2010/DoubleExposure.pdf/>.
- Chen, Ruohong, 2011, “*Dynamics of China Anti-Monopoly Law*”, relazione tenuta presso l'Università di Palermo, 7 aprile.

Indice bibliografico

- Cheng, Henry C., 2008, “China’s New Anti-Monopoly Law: Big Trouble in Little China?”, consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1344921/.
- Cheng, Tiejun – Selden, Mark, 2004, “The origin and social consequences of China’s hukou system”, in 139 “*The China Quarterly*”, pp. 644 ss.
- Cheng Tien-Hsi, 1948, “The Development and reform of Chinese Law”, in 1 “*Current Legal Problems*”.
- Ch’ien, Tuan-Sheng, 1950, “*The Government and Politics of China*”, Harvard University Press.
- Choi, Eva, 2010, “Seeking Stones in the Red River: The Inevitable Evolution of China’s antimonopoly Law”, in 7 “*Journal of Law, Economics & Policy*”, pp. 163 ss.
- Choi, Jai Pil – Stefanadis, Christodoulos, 2001, “Tying, Investment, and the <<Leverage Theory>>”, in 32 “*RAND Journal of Economics*”, pp. 52 ss.
- Chow, Daniel C. K., 2003, “*The Legal System of the People’s Republic of China in a Nutshell*”, West Group.
- Chua, Yvonne – Wong, Grace, 2007, “New judicial interpretation of PRC Anti-Unfair Competition Law issued”, in 2 “*Journal of Intellectual Property Law & Practice*”, pp. 443 ss.
- Clarke, Donald C., 2007, “China: Creating Legal System for a Market Economy”, in “*George Washington University Law School Legal Studies Research*”, Paper n. 396, consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1097587/.
- 2005, “How Do We Know When an Enterprise Exists? Unanswerable Questions and Legal Polycentricity in China”, in 19 “*Columbia Journal of Asian Law*”, pp. 50 ss.
- Clarke, David, 2002, “The Many Meanings of the Rule of Law”, in Kanishka, Jayasuriya “*Law, Capitalism and Power in Asia*”, Routledge, pp. 28 ss.
- Clarich, Marcello, 2006, “I programmi di clemenza nel diritto antitrust”, consultabile su http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Clarich_I_programmi_di_clemenza.htm/.
- Coate, Malcom B. – Bustamante, René – Rodriguez, A. E., 1992, “Antitrust in Latin America: Regulating Government and Business”, in 24 “*University of Miami Inter-American Law Review*”, pp. 37 ss.
- Coenen, Dan, 2004, “*Commerce Clause*”, Foundation Press.
- Cohen, Alan J., 1978, “China’s Changing Constitution”, in 76 “*The China Quarterly*”, pp. 794 ss.
- Cohen, Mark A., 2012, “How an IP Layer Sees China’s Progress in Competition Law”, in Hawk, Barry E., “*Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute: international antitrust & policy*”, pp. 537 ss.
- Comanor, William S., 1985, “Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy”, in 98 “*Harvard Law Review*”, pp. 983 ss.
- Connor, John M., 2010, “Recidivism Revealed: Private International Cartels 1999–2009”, in 6 “*Competition Policy International*”, 2, pp. 101 ss., consultabile su <https://www.competitionpolicyinternational.com/recidivism-revealed-private-international-cartels-1990-200/>.
- Corne, Peter, 1996, “*Foreign Investment in China: the Administrative Legal System*”, Hong Kong University Press.
- Cox, Owen – Moody, Marcy Nicks – Johnston, Graeme, 2009, “Introduction”, in Johnston, Graeme, “*Competition Law in China and Hong Kong*”, Sweet & Maxwell, pp. 19 ss.

- Craig, Paul, 1997, “*Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*”, in 21 “*Public Law*”, pp. 467 ss.
- Craig, Paul P. – De Búrca, Gráinne, 2007, “*EU Law: Texts, Cases, and Materials*”, Oxford University Press.
- Cramer, Nicholas, 2008 “*Progress And Uncertainty: The Development and Implementation of a Unified Competition Regime in the People's Republic of China*”, consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1175542/.
- Crespi, John M – Sexton, Richard J., 2003, “*Competition, U.S. Farmer Cooperatives, and Marketing Orders*”, in 277–278 “*Economie Rurale*”, pp. 135 ss.
- Crespi Reghizzi, Gabriele, 2011, “*Proprietà e godimento del suolo agricolo in Cina*”, in Cerami, Pietro – Serio, Mario, “*Scritti di comparazione e storia giuridica*”, pp. 195 ss.
1967, “*Diritto cinese e rivoluzione culturale*”, in 2 “*Rivista di Diritto Civile*”, pp. 300 ss.
- Dabbah, Maher, 2003, “*The Internationalisation of Antitrust Policy*”, Cambridge University Press.
- Dai, Ken, 2013, “*Navigating the Murky Waters of RPM in Chinese Antitrust Law*”, in “*Competition Policy International – Antitrust Chronicle*”, vol. 10, 2, consultabile su <https://www.competitionpolicyinternational.com/file/view/7012/>.
- Dam, Kenneth, 2006, “*The Law–Growth Nexus*”, Brookings Institute.
- deLisle, Jacques, 1999, “*Lex Americana?: United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post–Communist World and Beyond*”, in 20 “*University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*”, pp. 179 ss.
- Deng, Fei – Zhang, Yizhe, 2011, “*Interview with Xu Kunlin, Director General of the Department of Price Supervision Under the National Development and Reform Commission of People's Republic of China*”, in “*Antitrust Source*”, febbraio, consultabile su http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/antitrust_law/feb11_fullsource.authcheckdam.pdf/.
- Deng, Xiaoping, 1984, “*Uphold the Four Cardinal Principles, 30 March 1979*”, in “*Selected works of Deng Xiaoping*”, Beijing: Foreign Languages Press.
- De Francis, John, 1950, “*Nationalism and Language Reform in China*”, Princeton University Press.
- DeWeaver, Mark, 2009, “*China's Excess Capacity Nightmare*”, 22 dicembre 2009, consultabile su <http://www.project-syndicate.org/commentary/china-s-excess-capacity-nightmare/>.
- Dezalay, Yves – Garth, Bryant, 1996, “*Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of Transnational Legal Order*”, University of Chicago Press.
- Dhall, Vinod, 2007, “*Competition Law Today: Concepts, Issues, and the Law in Practice*”, Oxford University Press.
- Dickie, Mure, 2006, “*Beijing's Antitrust Law Moves Closer to Fruition*”, in “*Financial Times*”, 20 gennaio, consultabile su <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/66c7e586-89d7-11da-86d1-0000779e2340.html#axzz2iamgFiok/>.
- Di Federico, Giacomo, 2009, “*The New Anti–Monopoly Law in China from a European Perspective*”, in 32 “*World Competition*”, pp. 249 ss.
- Drexl, Josef, 2011 “*On the (a)political character of economic approach to competition law*”, in Drexl, Josef – Kerber, Wolfgang – Podszun, Rupperecht “*Competition Policy and the Economic Approach. Foundations and Limitations*”, pp. 312 ss.
- Dube, Jean–Pierre, 2005, “*Product Differentiation and Mergers in the Carbonated Soft Drink Industry*”, in 14 “*Journal of Economics & Management Strategy*”, pp. 879 ss.

Indice bibliografico

- Eichner, Andrew W., 2012, “*Battling Cartels in the New Era of Chinese Antitrust Enforcement*”, in 47 “*Texas International Law Journal*”, pp. 587 ss.
- Elhauge, Einer, 2009, “*Tying, Bundled Discounts, and the Death of the Single Monopoly Profit Theory*”, in 123 “*Harvard Law Review*”, pp. 399 ss.
- Emch, Adrian, 2011a, “*Antitrust in China – The Brighter Spots*”, in “*European Competition Law Review*”, 3, pp. 132 ss., consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1850192/.
- 2011b, “*The antitrust enforcers’ New Year Resolutions*”, in “*China Law and Practice*”, febbraio, pp. 20 ss.
- 2011c, “*Chinese Merger Control – Where do we stand?*”, in 9 “*The Threshold*”, pp. 47 ss., consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1799086/.
- 2010, “*China’s cartel-buster flexes its muscles*”, in “*Asian-Counsel*”, pp. 4–5.
- 2008a, “*The Antimonopoly law and Its Structural Shortcomings*”, in “*Global Competition Policy*”, pp. 1 ss.
- 2008b, “*Abuse of dominant position in China: a paradigmatic Shift?*”, in “*European Competition Law Review*”, pp. 615 ss.
- Emch, Adrian – Hao, Qian, 2007, “*The New Chinese Anti-Monopoly Law – An Overview*”, in “*eSapience Center for Competition Policy*”, novembre, consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1030451/.
- Emch, Adrian – Leonard, Gregory K., 2010, “*Predatory Pricing in China: In Line with International Practice*”, in 37 “*Legal Issues of Economic Integration*”, pp. 305 ss.
- Emch, Adrian – Liang, Ding, 2013, “*Private Antitrust Litigation in China – The Burden of Proof and its Challenges*”, in “*Competition Policy International – Antitrust Chronicle*”, vol. 4, 1, consultabile su <https://www.competitionpolicyinternational.com/file/view/6912/>.
- Emch, Adrian – Wei, Jun, 2013, “*Recent Developments in Chinese Merger Control – MOFCOM Shifts up a Gear*”, consultabile su http://www.hoganlovells.com/files/Uploads/Documents/ACER_newsflash__Recent_developments_in_Chinese_Merger_Control_HKGLIB01_10374_14.pdf/.
- Evans, David S. – Zhang, Vanessa Yanhua, 2012, “*The Qihoo v. Tencent Landmark Decision*”, in “*Competition Policy International – Asia Column*”, 9 aprile, consultabile su <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/Asia4-9-2013-2.pdf/>.
- Farmer, Susan Beth, 2013a, “*Recent developments in regulation and competition policy in China: trends in private civil litigation*”, in Faure, Michael – Zhang, Xinzhu, “*The Chinese Anti-Monopoly Law. New Developments and Empirical Evidence*”, pp. 15 ss.
- 2013b, “*MOFCOM Publishes Interim Regulations on Standards for Simple Mergers and Requests Public Comments*”, in “*Competition Policy International – Asia Column*”, 18 giugno, consultabile su <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/AsiaJune.pdf/>.
- Fattori, Piero – Todino, Mario, 2010, “*La disciplina della concorrenza in Italia*”, II ed., Il Mulino.
- Faull, Jonathan – Nikpay, Ali, 2007, “*The EC Law of Competition*”, II ed., Oxford University Press.
- Fewsmith, Joseph, 2004, “*The Third Plenary Session of the 16th Central Committee*”, in “*China Leadership Monitor*”, 30 gennaio, consultabile su http://media.hoover.org/sites/default/files/documents/clm9_jf.pdf/.
- Fingleton, John – Fox, Eleanor M. – Neven, Damien – Seabright, Paul, 1996, “*Competition Policy and Transformation of Central Europe*”, Center for Economic Policy Research.
- Fong, Tanya, 2008, “*Microsoft introduce novel piracy defence*”, in “*Australasian Legal Business*”, 2 settembre, consultabile su <http://au.legalbusinessonline.com/news/breaking-news/29332/details.aspx/>.

- Fosh, Michael – Ip, Karen – Shi, Katrina – Shen, Catherin, 2009, “*Merger Control*”, in Johnston, Graeme, “*Competition Law in China and Hong Kong*”, Sweet & Maxwell, pp. 97 ss.
- Fox, Eleanor M., 2008, “*An Anti-Monopoly Law for China – Scaling the Walls of Government Restraints*”, in 75 “*Antitrust Law Journal*”, pp. 173 ss.
- 2007, “*The Long Road to a Full-Function Competition Law*”, in 21 “*Antitrust*”, p. 72.
- 1997, “*The Central European Nations and the EU Waiting Room – Why Must the Central European Nations Adopt the Competition Law of European Union?*”, in 23 “*Brookline Journal of International Law*”, pp. 351 ss.
- Fox, Eleanor M. – Crane, Daniel A., 2010, “*Global Issues in Antitrust and Competition Law*”, West Publishing.
- Fiedman, James W., 1977, “*Oligopoly and the Theory of Games*”, North Holland.
- Froeb, Luke M. – Koyak, Robert A. – Werden, Gregory J., 1993, “*What is the Effect of Bid-Rigging on Prices*”, in 42 “*Economics Letters*”, pp. 419 ss.
- Fu, Hualing, 2006, “*When Lawyers Are Prosecuted...The Struggle of a Profession in Transition*”, consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=956500/.
- 2003, “*Putting China Judiciary into Perspective: Is It Independent, Competent and Fair?*”, in Jensen, Erik G. – Heller, Thomas C., “*Beyond Common Knowledge: Empirical Approaches to the Rule of Law*”, Standard University Press, pp. 193 ss.
- Fu, Hualing – Cullen, Robert, 2008, “*From Mediatorial to Adjudicatory Justice: The Limits of Civil Justice Reform in China*”, consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1306800/.
- Fu, Yulin – Peerenboom, Randall, 2009, “*A New Analytic Framework for Understanding and Promoting Judicial Independence in China*”, consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1336069/.
- Furse, Mark, 2009, “*Antitrust Law in China, Korea and Vietnam*”, Oxford University Press.
- 2007, “*Competition Law Choice in China*”, in 30 “*World Competition*”, pp. 323 ss.
- Gaasbeek, Pierrette B. – van Bergejk, Peter A.G., 2010 “*Chinese Competition: Do We Need a New Competition Policy Regime?*”, 2010, consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1766482/.
- Galbraith, John, 1952, “*American Capitalism: The Concept of Countervailing Power*”, Transaction Publishers.
- Gallagher, Mary E., 2002, “*Reform and Openness: Why China's Economic Reforms Have Delayed Democracy*”, in 54 “*World Politics*”, pp. 338 ss.
- Gambaro, Antonio – Sacco, Rodolfo, 2010, “*Sistemi giuridici comparati*”, III ed., Utet.
- Gao, Eliot, 2012, “*China cement cartel case indicates more aggressive enforcement by antitrust agencies*”, consultabile su <http://www.chancebridge.com/uploads/soft/120824/1-120R4114Z6.pdf/>.
- Gao, Lingyun – Jia, Xiling, 2008, “*Chinese Business Law*”, West Publishing.
- Geradin, Damien and Girgenson, Ianis, 2011, “*Industrial Policy and European Merger Control – A Reassessment*” in “*TILEC Discussion Paper No. 2011-053*”, consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1937586.
- Geradin, Damien – Petit, Nicholas, 2007, “*Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a case-by-case Approach*”, “*Global Competition Law Center Working Paper 07/05*”, consultabile su http://professorgeradin.blogs.com/professor_geradins_weblog/files/gclc_wp_0705.pdf/.

Indice bibliografico

- Gerber, David J., 2010, *“Global Competition: Law, Markets, and Globalization”*, Oxford University Press, 2010.
- 2004, *“Constructing Competition Law in China: The Potential Value of EU and US Experience”*, in 3 *“Washington University Global Studies Law Review”*, pp. 315 ss.
- Gerbrandy, Anna – de Vries, Sybe, 2011, *“Agricultural Policy and EU Competition Law: Possibilities and Limits for Self-Regulation in the Dairy Sector”*, Eleven International Publishing.
- Getting the Deal Through, 2011, *“Merger Control. The international regulation of mergers and joint ventures in 65 jurisdictions worldwide 2012”*, in *“Global Competition Review”*.
- Ghidini, Gustavo, 1978, *“Slealtà della concorrenza e costituzione economica”*, Cedam.
- Ginsburg, Tom, 2009, *“Judicial Independence in East Asia. Lesson for China”*, in Peerenboom, Randall, *“Judicial Independence in China. Lessons for Global Rule of Law Promotion”*, pp. 247 ss.
- Goldstein, Kevin B., 2011, *“Reviewing Cross-Border Mergers and Acquisitions for Competition and National Security: A Comparative Look at How the United States, Europe, and China Separate Security Concerns from Competition Concerns in Reviewing Acquisitions by Foreign Entities”*, in 3 *“Tsinghua China Law Review”*, pp. 215 ss.
- Gong, John, 2013, *“How fair is China’s crackdown on anti-monopoly behavior”*, 9 agosto, consultabile su <http://www.scmp.com/comment/insight-opinion/article/1295294/how-fair-chinas-crackdown-anti-monopoly-behaviour/>.
- Gonick, Lev S. – Rosh, Robert M., 1988, *“The Structural Constraints of the World Economy on National Political Development”*, in 21 *“Comparative Political Studies”*, pp.171 ss.
- Goodman, Peter S., 2005, *“China Tells Congress to Back Off Business”*, in *“Washington Post”*, 5 luglio, consultabile su <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2005/07/04/AR2005070400551.html>.
- Greenfield, Leon B. – Schneider, Hartmut – Mueller, Joseph J., 2013, *“SEP Enforcement Disputes Beyond the Water’s edge: A Survey of Recent Non-US Decision”*, in 27 *“Antitrust”*, summer edition, pp. 50 ss.
- Griswold, Daniel, 2008, *“Trade, Democracy and Peace: The Virtuous Cycle”*, in Lester, cit. in Simon, Mercurio, Brian, *“World Trade Law”*, Hart Publishing, p. 17.
- Grossi, Paolo, 2001, *“Mitologie giuridiche della modernità”*, Giuffrè.
- Gu, Michael – Hao, Zhan, 2013a, *“China”*, in *“The Public Competition Enforcement Review”*, Law Business Research, pp. 77 ss.
- 2013b, *“Key Developments of 2012 in Merger Control Enforcement”*, consultabile su <http://www.chinalawvision.com/2013/04/articles/competitionantitrust-law-of-th/key-developments-of-2012-in-merger-control-enforcement/>.
- Gu, Minkang, 2010, *“Understanding Chinese Company Law”*, Hong Kong University Press.
- Guarnieri, Carlo, 2009, *“Judicial Independence in Authoritarian Regimes. Lessons from Continental Europe”*, in Peerenboom, Randall, *“Judicial Independence in China. Lessons for Global Rule of Law Promotion”*, pp. 234 ss.
- Guo, Yong – Hu, Angang, 2004, *“The Administrative Monopoly in China’s Economic Transition”*, in 37 *“Communist & Post Communist Studies”*, pp. 265 ss.
- Guzman, Andrew, 2011, *“Cooperation, Comity, and Competition Policy”*, Oxford University Press.
- Ha, Hannah – Hickin, John – O’Brien, Gerry – Brown, Mayer, 2013, *“Break it up: Mofcom’s new rules on divestment”*, consultabile su

- <http://www.chinalawandpractice.com/Article/2660602/Channel/16143/Break-it-up-Mofcoms-new-rules-on-divestment.html/>.
- Haley, John O., 2004, “*Competition Policy for East Asia*”, in 3 “*Washington University Global Studies Law Review*”, pp. 277 ss.
- 2001, “*Antitrust in Germany and Japan: The First Fifty Years, 1947–1998*”, University of Washington Press.
- Halverson, Karen, 2004, “*China’s WTO Accession: Economic, Legal, and Political Implications*”, in 27 “*Boston College International and Comparative Law Review*”, pp. 319 ss., consultabile su <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol27/iss2/6/>.
- Hamp-Lyons, Christopher, 2009, “*The Dragon in the Room: China’s Anti-Monopoly Law and International Merger Review*”, in 62 “*Vanderbilt Law Review*”, pp. 1577 ss.
- Han, Michael – Bird, Richard, 2013, “*China’s SAIC consults on draft Rules on the enforcement of the Anti-Monopoly Law with regard to IPR*”, consultabile su http://www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/Knowledge/June%202013_China_s%20SAIC%20consults%20on%20draft%20Rules%20on%20the%20enforcement%20of%20the%20Anti-Monopoly%20Law%20with%20rega.PDF/.
- Han, Michael – Connolly, Jenny, 2013, “*China’s Anti-Monopoly Law celebrates fifth anniversary*”, 16 agosto, consultabile su http://www.freshfields.com/en/knowledge/China%E2%80%99s_Anti-monopoly_Law_celebrates_fifth_anniversary/.
- Han, Michael – Hughes, Richard, 2013, “*Merger Control in China: Developments in 2012*”, in “*Competition Policy International – Antitrust Chronicle*”, vol. 2, 2, consultabile su <https://www.competitionpolicyinternational.com/merger-control-in-china-developments-in-201/>.
- Han, Wei, 2013, “*Merger Remedies in China: Past, Present, and Future*”, in “*Competition Policy International – Antitrust Chronicle*”, vol. 2, 2, consultabile su <https://www.competitionpolicyinternational.com/merger-remedies-in-china-past-present-and-future/>.
- Hanse, Louisa Wah, 2013, “*Easier Money for Private Firms*”, in “*The Economist*”, 30 maggio, consultabile su <http://cbkcuhk.wordpress.com/2013/05/30/easier-money-for-private-firms/>.
- Hao, Qian, 2013, “*Trade Association and Private Antitrust Litigation China*”, in “*Competition Policy International – Antitrust Chronicle*”, vol. 4, 1, consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2275699/.
- Harbord, David – Hoen, Tom, 1994, “*Barriers to Entry and Exit in European Competition Policy*”, in 14 “*International Review of Law and Economics*”, pp. 411 ss.
- Harbour, Pamela J., 2006, “*Adoption of Trade Regulations in China, Scope and Effect: An American’s View Remarks of Pamela Jones Harbour, Commissioner Federal Trade Commission*”, consultabile su <http://www.ftc.gov/speeches/harbour/061020nysbaintllawpracticesection.pdf/>.
- Harris, Stephen H., 2006 a, “*Legal Implications of a Rising China: The Making of an Antitrust Law: The Pending Anti-Monopoly Law of the People’s Republic of China*”, in 7 “*China Journal of International Law*”, pp. 169 ss.
- Harris, Stephen H. – Ganske, Rodney J., 2008, “*The Monopolization and IP Abuse Provisions of China’s Anti-Monopoly Law: Concerns and A Proposal*”, in 75 “*Antitrust Law Journal*”, pp. 213 ss.
- Harris, Stephen H. – Shugarman, Keith D., 2009, “*Interview with Shang Ming, Director General of the Anti-Monopoly Bureau under the Ministry of Commerce of the People’s Republic of China*”, in “*Antitrust Source*”, febbraio, consultabile su

Indice bibliografico

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/Feb09_ShangIntrvw2_26f.authcheckdam.pdf/.

- Harris, Stephen H. – Wang, Peter J. – Zhang, Yizhe – Cohen, Mark A. – Evrard, Sébastien J., 2011, “*Anti-Monopoly Law and Practice in China*”, Oxford University Press.
- Hasnas, John, 1995, “*The Myth of the Rule of Law*”, in “*Wisconsin Law Review*”, pp. 199 ss.
- Hawk, Berry E., 1995, “*System Failure: Vertical Restraints and EC Competition Law*”, in 32 “*Common Market Law Review*”, pp. 973 ss.
- Hawley, Ellis W., 1966, “*The New Deal and the Problem of Monopoly*”, Princeton University Press.
- Hayashi, F. – Prescott, E.C., 2002 “*The 1990s in Japan: A lost decade*”, in 5 “*Review of Economic Dynamics*”, pp. 206–235.
- Hayek, Friedrich A., 1944, “*The Road to Serfdom*”, Routledge.
- He, Kang, 2005, “*China’s Township and Village Enterprises*”, Foreign Language Press.
- Head, John W., 2011, “*Great Legal Traditions. Civil Law, Common Law, and Chinese Law in Historical and Operational Perspective*”, Carolina Academic Press.
- Healey, Deborah, 2011, “*A comparative look at the competition law control of state-owned enterprises and government in China*”, in Drexl, Josef – Grimes, Warren S. – Clifford, Jones A. – Peritz, Rudolph J.R. – Swaine, Edward T., “*More Common Ground for International Competition Law?*”, Edwar Elgar, pp. 122 ss.
- 2010, “*Anti-Monopoly Law and Mergers in China: Early Report Card on Procedural and Substantive Issues*”, in 3 “*Tsinghua China Law Review*”, pp. 17 ss.
- Heide, Jan B. – Dutta, Shantanu – Bergen, Marlk, 1998, “*Exclusive Dealing and Business Efficiency: Evidence from Industry Practice*”, in 41 “*Journal of Law and Economics*”, pp. 387 ss.
- Hellström, Per – Maier-Rigaud, Frank – Wenzel Burst, Friedrich, 2009, “*Remedies in European Antitrust Law*”, in 76 “*Antitrust Law Journal*”, pp. 43ss.
- Henderson, Dan F., 1970, “*Japanese influences in communist Chinese legal language*”, in Cohen, Jerome A., “*Contemporary Chinese Law: Research Problems and Perspectives*”, Harvard University Press, pp. 158 ss.
- Hickin, John – Ha, Hannah – Monaghan, Philip, 2013, “*Record Fine imposed in Chinese Maotai Liquor RPM Cases*”, 5 marzo consultabile su http://www.martindale.com/members/Article_Atachment.aspx?od=119465&id=1697068&filename=asr-1697118.Record.pdf/.
- Hille, Kathrine – Hook, Leslie, 2013, “*China's watchdogs show they have teeth*”, in “*Financial Times*”, 5 luglio, consultabile su <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/2310d35e-e56c-11e2-ad1a-00144feabdc0.html#axzz2iamgFiok/>.
- Hoogmartens, Jan, 2001 “*Can China’s Socialist Market Survive WTO Accession? Politics, Market Economy and Rule of Law*”, in 37 “*Law and Business Review Academy of Marketing Science*”, pp. 37 ss.
- Hou, Liyang, 2013, “*An Evaluation of the Enforcement of China’s Antimonopoly Law in 2008–2013*”, consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2292296/.
- Hovenkamp, H., 1999, “*Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*”, II ed., Thomson West.
- Howell, Thoma R. – Wolff, Alan Wm. – Howe, Rachel – Oh, Diane, 2009, “*China’s New Antimonopoly Law: A Perspective from the United States*”, in 18 “*Pacific Rim Law & Policy Journal*”, pp. 53 ss.

- Huang, Yong, 2008, "Pursuing the Second Best: The History, Momentum, and Remaining Issues of China's Anti-Monopoly Law", in 75 "Antitrust Law Journal", p. 117 ss.
- Huang, Yong, 2007, "Understanding Chinese Anti-Monopoly Law", in "Caijing", 6 settembre, pp. 140 ss.
- Huang, Yong – Jiang, Shan – Moss, Diana – Stutz, Randy, 2010, "China's 2007 Anti-Monopoly Law: Competition and the Chinese Petroleum Industry", in 31 "Energy Law Journal", pp. 337 ss.
- Huang, Yong – Zhang, Zhe, 2011, "Study on frontier issues and the future road of regulation over monopoly agreements in China", in Faure, Michael – Zhang, Xinzhu, "Competition Policy and Regulation. Recent Developments in China, the US and Europe", Edward Elgar, pp. 45 ss.
- Hunter, Richard J. – Ryan, Leo V., 1998, "From Autarchy to Market: Polish Economics & Politics 1945–1995", Westport.
- Huo, Zhengxin, 2008, "A Tiger without Teeth: The Antitrust Law of the People's Republic of China", in 10 "Asian-Pacific Law & Policy Journal", pp. 32 ss.
- IBA, 2013, "Submission of the Working Group on the Draft Provisions on Standards for Simple Cases in Concentration of Undertakings Published for Comments on 3 April 2013", Antitrust Committee, 3 maggio, consultabile su www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=7209B6FF-03F4-4B0F-B139-DA2BB0463AE8/.
- 2005, "Comments on the Draft Anti-Monopoly Law of the People's Republic of China", Antitrust Committee Working Group on the Development of Competition Law in the People's Republic of China, 27 luglio, consultabile su http://www.ibanet.org/LPD/Antitrust_Trade_Law_Section/Antitrust/DevCompLaw_PRC.aspx/.
- ICN, 2008, "Setting Notification Thresholds for Merger Review", Merger Notification and Procedures Subgroup, consultabile su <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc326.pdf/>.
- 2005, "Merger Remedies Review Project", Report for the fourth ICN annual conference, consultabile su <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc323.pdf/>.
- Immenga, Ulrich, 1995, "Export Cartels and Voluntary Export Restraints Between Trade and Competition Policy", in 4 "Pacific Rim Law & Policy Journal", pp. 93 ss.
- Jackson, James K., 2013, "The Committee on Foreign Investment in the United States", in "Congressional Research Service Report for Congress", RL 33388, consultabile su <http://www.fas.org/sgp/crs/natsec/RL33388.pdf/>.
- Jacobs, Michael – Zhang, Xinzhou, 2010, "China's Approach to Compulsory License of Intellectual Property Under Its Anti-Monopoly Law", in 6 "Competition Policy International", 2, pp. 181 ss., consultabile su <https://www.competitionpolicyinternational.com/china-s-approach-to-compulsory-licensing-of-intellectual-property-under-its-anti-monopoly-law/>.
- Jiang, Neng – Kattuman, Paul A., 2010, "Intensity of Competition in China: Profitability Dynamics of Chinese Listed Companies", in 16 "Asia Pacific Business Review", pp. 461 ss.
- Jin, Chaowu – Luo, Wei, 2002, "Competition Law in China", William S. Hein & Co. Inc.
- Johnston, Graeme, 2009, "Competition Law in China and Hong Kong", Sweet & Maxwell.
- Joliet, René, 1970, "Monopolization and Abuse of Dominant Position: A comparative Study of American and European Approaches to the Control of Economic Power", Nijhoff.
- Jones, Alison – Sufrin, Brenda, 2011, "EU Competition Law. Text Cases and Materials", Oxford University Press.

Indice bibliografico

- Jones, William, 1985, "The Constitution of the People's Republic of China", in 63 "Washington University Law Quarterly", pp.707 ss.
- Joskow, Paul L – Klevorik, Alvin K., 1979, "A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy", in 89 "Yale Law Journal", pp. 213 ss.
- Jung, Youngjin – Hao, Qian, 2003, "The New Economic Constitution in China: A Third Way for Competition Regime?", in 24 "New York Journal of International Law and Business", pp. 107 ss., consultabile su <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb/vol24/iss1/8/>.
- Jung, Youngjin, 2002, "China's Aggressive Legalism – China's first Safeguard Measure", in 36 "Journal of World Trade", pp. 1037 ss.
- Kallaugher, John – Sher, Brian, 2004, "Rebates Revisited: Anticompetitive Effects and Exclusionary Abuse under Article 82", in "European Competition Law Review", pp. 263 ss.
- Kaplow, Louis, 1984, "The Patent–Antitrust Intersection: A Reappraisal", in 97 "Harvard Law Review", pp. 1813 ss.
- Kennedy, Scott, 2005, "The Business of Lobbying in China", Harvard University Press.
- Kokkoris, Ioannis, 2006, "Buyer Power Assessment in Competition Law: A Boon or a Menace", in 29 "World Competition", pp. 139 ss.
- Kong, Qingjiang, 2002, "China and the World Trade Organization: A Legal Perspective", World Scientific Publishing.
- Korah, Valentine, 2007, "An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice", IX ed., Hart Publishing.
- 1980, "Concept of a Dominant Position Within the Meaning of Art. 86", in 17 "Common Market Law Review", pp. 395 ss.
- Kovacic, We, 1996, "The Competition Policy Entrepreneur and Law Reform in Formerly Communist and Socialist Countries", in 11 "American university Journal of International Law & Policy", pp. 437 ss., consultabile su <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1409&context=auilr>.
- 1995, "Designing and implementing Competition and Consumer Protection Reforms in Transitional Economies: Perspectives from Mongolia, Nepal, Ukraine and Zimbabwe", in 44 "DePaul Law Review", pp. 1197 ss.
- Kreps, David M. – Wilson, Robert, 1982, "Reputation and Imperfect Information", in 27 "Journal of Economic Theory", pp. 253 ss.
- Krugman, Paul, 2013, "Hitting China's Wall", in "The New York Times", 18 luglio.
- Kung, James Kai-sing – Lin, Yi-min, 2007, "The Decline of Township–and–Village Enterprises in China's Economic Transition", in 35 "World Development", pp. 569 ss.
- Lau, Justine, 2005, "Anxiety Builds over Monopoly Law: The Development of a Competition Regime: Multinationals and Lawyers Are Troubled by the Vagueness of the Long–Awaited New Legislation", in "Financial Times", 9 novembre.
- Letzing, John – Mozur, Paul, 2012, "China clears Google to Buy Motorola Mobility", in "Wall Street Journal", 20 maggio, consultabile su <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702303360504577414280414923956/>.
- Levy, Nicholas, 2003 "EU Merger control: From Birth to Adolescence", in 26 "World Competition", pp. 195 ss.

- Li, Grace, 2009, “*Can the PRC's Anti-Monopoly Law Stop Monopolistic Activities: Let the Prc's Telecommunications Industry Tell You the Answer*”, in 33 “*Telecommunications Policy*”, pp. 360 ss.
- Li, Jefen, 2010, “*Administrative Monopoly, Market Economy and Social Justice: An Anatomy of Taxi Monopoly in Beijing*”, in 8 “*China: an International Journal*”, pp. 282 ss.
- Li, Jia, 2013, “*Shooting Tigers*”, in “*News China*”, marzo, pp. 48–49.
- Li, Richean Zhiyan, 2011, “*Unraveling the Jurisdictional Riddle of China's Antitrust Regime*”, in “*Competition Policy International – Antitrust Chronicle*”, vol. 2, 1, consultabile su <https://www.competitionpolicyinternational.com/file/view/6446/>.
- Lin, Li-Wen – Milhaupt, Curtis J., 2011, “*We are the (National) Champions: Understanding the Mechanisms of State Capitalism in China*”, in , “*Columbia Law and Economics Working Paper n. 409*”, consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1952623/.
- Lin, Yi-Min, 2004, “*Between Politics and Markets: Firms, Competition, and Institutional Change in Post-Mao China*”, Cambridge University Press.
- Ling, Li, 2009, “*Corruption in China's Court*”, in Peerenboom, Randall, “*Judicial Independence in China. Lessons for Global Rule of Law Promotion*”, pp. 196 ss.
- Lieberthal, Kenneth, (1995), “*Governing China*”, W.W. Northon & Company.
- Libertini, Mario, 2010, voce “*Concorrenza*”, in “*Enciclopedia del diritto – Annali IIF*”, Giuffrè, pp. 192 ss.
- 2009, “*Il diritto della concorrenza in tempi di crisi*”, in “*Orizzonti del diritto commerciale*”, consultabile su http://www.orizzontideldirittocommerciale.it/media/9491/libertini_20_giugno_2009.pdf
- Licetti, Marta Marthinez, 2013, “*Combating Cartels in Developing Countries: Implementation Challenges on the Ground*”, consultabile su <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/CartelSeptember1.pdf>.
- Lin, Yi-Min, 2004, “*Between Politics and Markets. Firms, Competition, and Institutional Change in Post Mao China*”, Cambridge University Press.
- Lipset, Seymour M., 1959, “*Some Social Requisites of Democracy*”, in 53 “*American Political Science Review*”, pp. 69 ss.
- Liu, Liang, 2009, “*Jiexi dongfang hangkong shanghai hangkong hebing an zhong de fan longduan weni*” [“*Profili antitrust connessi all'unione tra China Eastern Airlines e Shanghai Airlines*”], consultabile su <http://news.carnoc.com/list/135/135638.html/>.
- Liu, Nanping, 1991, “*Precedents with Chinese Characteristics: Published Cases in the Gazette of the Supreme People's Court*”, in 5 “*Journal of Chinese Law*”, pp. 107 ss.
- Liu, Yang, 2013, “*Current Administrative Pcedure Law Under Fire for Inefficiency*”, 24 dicembre, consultabile su <http://english.cntv.cn/program/newshour/20131224/103236.shtml/>.
- Livdahl, David – Sheng, Jenny – Guo, Jora, 2013, “*MOFCOM Solicits Public Comments on Draft Regulations Related to Remedies for Conditional Merger-Control Approvals*”, consultabile su http://www.paulhastings.com/Resources/Upload/Publications/MOFCOM_Solicits_Public_C omments_on_Draft_Regulations_Related_to_Remedies_for_Conditional_Merger-Control_Approvals.pdf/.
- Lou, Jiwei, 2008, “*The Reform of Intergovernmental Fiscal Relations in China: Lessons Learned*”, in Lou, Jiwei – Wang, Shuilin, “*Public Finance in China: Reform and Growth for a Harmonious Society*”, pp. 155 ss.

Indice bibliografico

- Lu, Dennis – Tan, Guofu, 2012, “*Economics And Private Antitrust Litigation in China*”, in 9 “*Competition Policy International*”, 1, consultabile su <https://www.competitionpolicyinternational.com/file/view/6962/>.
- Lubman, Stanley, 2013, “*What the Bo Xilai Trial Means for China’s Legal System*”, in “*The Wall Street Journal*”, 26 settembre, consultabile su <http://blogs.wsj.com/chinarealtime/2013/09/26/what-the-bo-trial-means-for-chinas-legal-system>.
2006, “*Looking for Law in China*”, in 20 “*Columbia Journal of Asian Law*”, pp. 1 ss.
1999, “*Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*”, Stanford University Press.
- Mahoni, Tarrant M., 2009, “*Thirty Years of Reform and Opening: A Brief History of Foreign Investment in China*”, in 1 “*Dong-A Journal of International Business Transactions Law*”, pp. 1 ss.
- Maillo, Jerónimo, 2011, “*Understanding China’s Competition Law & Policy: Merger Control as a case Study*”, in “*CEU San Pablo University Institute for European Studies Competition Policy Series Working Paper*”, n. 30, consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1898190/.
- Mao, Xiaofei, 2007, “*Fan longduan juxing anli ji Zhongguo fanlongduanzhixing fa diaocha*” [“*Selected anti-monopoly cases and the investigation and analysis on the Chinese administrative anti-monopoly enforcement*”], Beijing Law Press.
- Mao, Zedong, 1977, “*On the Correct Handling of Contradictions among the People*”, in “*Five Selected Works of Mao Tsetung*”, Beijing: Foreign Language Press.
- Mariniello, Mario, 2013, “*The Dragon Awakes: Is the Chinese Competition Policy a Cause for Concern?*”, in “*Bruegel Policy Contribution*”, consultabile su www.bruegel.org/download/parent/799-the-dragon-awakes-is-chinese-competition-policy-a-cause-for-concern/file/1689-the-dragon-awakes-is-chinese-competition-policy-a-cause-for-concern/.
2011, “*Fair, Reasonable, and Non-Discriminatory (FRAND) Terms: A challenge for Competition Authorities*”, in 7 “*Journal of Competition Law and Economics*”, pp. 523 ss.
- Marks, Gary – Diamond, Larry (curato da), 1992, “*Reexamining Democracy: Essays in Honor of Seymour Martin Lipset*”, SAGE Publications.
- Marquis, Mel, 2013, “*Abuse of Administrative Power to restrict competition in China: four reflections, two ideas and a thought*”, in Faure, Michael – Zhang, Xinzhu, “*The Chinese Anti-Monopoly Law. New Developments and Empirical Evidence*”, pp. 73 ss.
- Masoudi, Gerald, 2007, “*Some Comments on the Abuse-Of-Dominance Provisions of China’s Draft Antimonopoly Law*”, consultabile su <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/225357.htm/>.
- McGee, John S., 1958, “*Predatory Price Cutting the Standard Oil (N.J.) Case*”, in 1 “*Journal of Law and Economics*”, pp. 137 ss.
- McGinthy, Andrew – Nicholson, Kristie, 2009, “*Coca Cola/Huiyan: Ministry’s Prohibition Sparks Controversy*”, 2 aprile, consultabile su <http://www.internationallawoffice.com/Account/Login.aspx?ReturnUrl=http%3a%2f%2fwww.internationallawoffice.com%2fnewsletters%2fdetail.aspx%3d76ff3c8f-0c3c-48c0-84e6-feaaf11f863c/>.
- Mehra, Salil K. – Meng, Yanbei, 2009, “*Against Antitrust Functionalism: Reconsidering China’s Antimonopoly Law*”, in 49 “*Virginia Journal of International Law*”, pp. 379 ss.
- Meli, Vincenzo, 2007, “*I programmi di clemenza nel diritto antitrust italiano*”, in 9 “*Mercato concorrenza e regole*”, 2, pp. 201 ss.

- Meng, Yanbei, 2012, “*The Application of China’s Anti-Monopoly Law to State-Owned Enterprises in Special Industries: The Example of the China Telecom and China Unicom Case*”, in “*Competition Policy International – Antitrust Chronicle*”, vol. 1, 2, consultabile su <https://www.competitionpolicyinternational.com/file/view/6624/>.
- 2010, “*On the Principles of Enforcing the Anti-Monopoly Law Concerning Concentrations of Business Operators in Special Industry*”, in 6 “*Shanghai Jiaotong University Journal*”, pp. 14 ss.
- Michaels, Ralf, 2006, “*The Functional Method of Comparative Law*”, in “*The Oxford Handbook of Comparative Law*”, Oxford University Press, pp. 339 ss.
- Michelson, Ethan, 2007, “*Lawyers, Political Embeddedness, and Institutional Continuity in China’s Transition from Socialism*”, in 113 “*American Journal of Sociology*”, pp. 353 ss.
- Miksich, Leonhard, 1947, “*Wettbewerb als Aufgabe: Grundsätze einer Wettbewerbsordnung*”, II ed., Helmut Küpper.
- Minzer, Carl F., 2013, “*What Direction for Legal Reform under Xi Jinping*”, in 13 “*China Brief*”, 2013, consultabile su [http://www.jamestown.org/programs/chinabrief/single/?tx_ttnews\[tt_news\]=40265&tx_ttnews\[backPid\]=25&cHash=7fc4f86d6f4932a5ec511e0cd8c114fe#.Ufe4UVPABoo/](http://www.jamestown.org/programs/chinabrief/single/?tx_ttnews[tt_news]=40265&tx_ttnews[backPid]=25&cHash=7fc4f86d6f4932a5ec511e0cd8c114fe#.Ufe4UVPABoo/).
- 2011, “*China’s Turn Against Law*”, in 59 “*The American Journal of Comparative Law*”, pp. 936 ss.
- Monfort, Mark E., (1997), “*Reform of the State-Owned Enterprises and the Bankruptcy Law in the People’s Republic of China*”, in 22 “*Oklahoma City Law Review*”, pp. 1067 ss.
- Monti, Giorgio, 2002, “*Article 81 EC and Public Policy*”, in 39 “*Common Market Law Review*”, pp. 1057 ss.
- Moon, Myung-Jae – Ingraham, Patricia, 1998, “*Shaping Administrative Reform and Governance: An examination of the Political Nexus Triads in Three Asian Countries*”, in 11 “*Governance*”, pp. 77 ss.
- Motta, Massimo, 2004, “*Competition Policy: Theory and Practice*”, Cambridge University Press.
- Motta, Massimo – Polo, Michele, 2005, “*Antitrust. Economia e politica della concorrenza*”, il Mulino.
- 2003, “*Leniency Programs and Cartel Prosecution*”, in 21 “*International Journal of Industrial Organization*”, pp. 347 ss.
- Mushkat, Miron – Mushkat, Roda, 2005, “*Economic Growth, Democracy, The Rule of Law, and China’s Future*”, in 29 “*Fordham International Law Journal*”, pp. 238 ss.
- Naughton, Barry, 2008, “*SASAC and Rising Corporate Power in China*”, in 24 “*China Leadership Monitor*”, consultabile su <http://media.hoover.org/sites/default/files/documents/CLM24BN.pdf/>.
- Nazzini, Renato, 2011, “*The Foundations of European Union Competition Law. The Objective and Principles of Article 102*”, Oxford University Press.
- Nee, Owen, 2010, “*Competition Law in China*”, West.
- Neve, Brett M., 2013, “*China, Google, and the Intersection of Competition and Intellectual Property*”, in 38 “*North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*”, pp. 1091 ss.
- Ni, Vivian, 2011, “*China Telecom, China Unicom Face Anti-Monopoly Probe*”, in “*China Briefing*”, 10 novembre, consultabile su <http://www.china-briefing.com/news/2011/11/10/china-telecom-china-unicom-face-anti-monopoly-probe.html/>.

Indice bibliografico

- Ning, Susan, 2010, “*IP rights and Antitrust – Awaiting Guidelines (and the Tsum–Sony Case)*”, in “*China Law Insights*”, consultabile su <http://www.chinalawinsight.com/2010/10/articles/intellectual-property/ip-rights-and-antitrust-awaiting-guidelines-and-the-tsumsony-case/>.
- Ning, Susan – Li, Rui – Yin, Hazel, 2013, “*Chinese Consumer Wins Abuse of Dominance Civil Action against Tie-In Sales in Program Bundling*”, in “*China Law Insights*”, 6 aprile, consultabile su <http://www.chinalawinsight.com/2013/04/articles/corporate/antitrust-competition/chinese-consumer-wins-abuse-of-dominance-civil-action-against-tie-in-sales-in-program-bundling-2/>.
- Ning, Susan – Jia, Liu – Xiao, Dasha – Yin, Hazel, 2013, “*Chinese court rendered final judgment on Rainbow v. Johnson & Johnson – the first antitrust private action of vertical monopolistic agreement*”, consultabile su <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f32a28a7-f992-4640-9e66-5de4f79148e0/>.
- Ning, Susan – Jing, Huang, 2011, “*First Enforcement Action under Anti-Monopoly Law against Administrative Monopoly*”, consultabile su <http://www.chinalawinsight.com/2011/08/articles/corporate/antitrust-competition/first-enforcement-action-under-antimonopoly-law-against-administrative-monopoly/>.
- Ning, Susan – Liang, Ding, 2010, “*Termite and Abuse of Dominance*”, in “*China Law Insight*”, 8 ottobre, consultabile su <http://www.chinalawinsight.com/2010/10/articles/corporate/antitrust-competition/termite-and-abuse-of-dominance/>.
- Ning, Susan – Liang, Ding – Ng, Angie, 2010a, “*Sursen v. Shanda and Xuanting – Abuse of dominance Case Dismissed*”, 2 ottobre, consultabile su <http://www.chinalawinsight.com/2010/10/articles/corporate/antitrust-competition/sursen-v-shanda-and-xuanting-abuse-of-dominance-case-dismissed/>.
- 2010b, “*Li Fangping vs. China Netcom – Abuse of dominance Case Dismissed*”, 19 settembre, consultabile su <http://www.chinalawinsight.com/2010/09/articles/corporate/antitrust-competition/li-fangping-vs-china-netcom-abuse-of-dominance-case-dismissed/>.
- Ning, Susan – Yin, Hazel – Wu, Han, 2013, “*NDRC probes Shanghai gold association and gold retailers for price fixing*”, consultabile su <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d105f67f-60c5-487e-8974-f2a9d5d1ea27/>.
- Ning, Susan – Yin, Hazel – Zheng, Ziqing – Ji, Kailun, 2013, “*Review of Merger Control and Merger Remedies in China: From 2008–2013*”, consultabile su <http://www.chinalawinsight.com/2013/08/articles/corporate/antitrust-competition/review-of-merger-control-and-merger-remedies-regime-in-china-from-2008-2013/>.
- O' Connor, Kevin J., 1976, “*The Divestiture Remedy in Sherman Act §2 Cases*”, in 13 “*Harvard Journal of Legislation*”, pp. 687 ss.
- OCSE, 2009, “*OECD Reviews of Regulatory Reform. China: Defining the Boundary between the Market and the State*”, OECD Publishing.
- 2003a, “*The Objectives of Competition Law and Policy*”, in 2 “*OECD Journal*”, 5, pp. 7 ss.
- 2003b, “*Hard Core Cartels – Recent Progress and Challenges Ahead*”, OECD Publishing.
- 2002, “*China in the World Economy: Domestic Policy Challenges*”, OECD Publishing.
- 2001, “*Portofolio Effects in Conglomerate Mergers*”, consultabile su <http://www.oecd.org/competition/mergers/1818237.pdf/>.
- 1998, “*A framework for the design and the implementation of competition law and policy*”, consultabile su <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/aframeworkforthedesignandimplementationofcompetitionlawandpolicy.htm/>.
- OCSE – Banca Mondiale, 1999, “*A Framework for the Design of Competition Law*”, consultabile su <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/aframeworkforthedesignandimplementationofcompetitionlawandpolicy.htm/>.

- Oded, Sharon, 2013, "Leniency and compliance: towards an effective leniency policy in the Chinese Anti-Monopoly Law", in Faure, Michael – Zhang, Xinzhu, *"The Chinese Anti-Monopoly Law. New Developments and Empirical Evidence"*, pp. 142 ss.
- Oil, Jean C., 1992, "Fiscal Reform and the Economic Foundations of Local State Corporatism in China", in 45 "World Policy", pp. 99 ss.
- Orbach, Barak J., 2010, "The Antitrust Consumer Welfare Paradox", in 7 "Journal of Competition Law and Economics", pp. 133 ss.
- Ordover, Janusz A., 1990, "Economic Foundations of Competition Policy", in Komanor, William S. ed altri, *"Competition Policy in Europe and North America: Economic Issues and Institutions"*, Harwood Academic, pp. 7 ss.
- Owen, Bruce M. – Sun, Su – Zheng, Wentong, 2008, "China's Competition Policy Reform: The Antimonopoly Law and Beyond", in 75 "Antitrust Law Journal", pp. 231 ss.
2005, "Antitrust in China: The Problem of Incentive Compatibility", in 1 "Journal of Competition Law & Economics", pp. 123 ss, consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=595801/.
- Pack, Howard – Saggi, Kamal, 2006, "The Case for Industrial Policy: A Critical Survey", in 21 "World Bank Research Observer", pp. 267 ss.
- Peeperkorn, Luc, 2008, "Resale Price Maintenance and its Alleged Efficiencies", in 4 "European Competition Journal", pp. 1 ss.
- Peerenboom, Randall, 2009, "Judicial Independence in China", in Peerenboom, Randall, *"Judicial Independence in China. Lessons for Global Rule of Law Promotion"*, pp. 69 ss.
2003, "The X Files: Past and Present Portrayals of China's Alien "Legal System", in 2 "Washington University Global Studies Law Review", p. 67.
2002, "China's Long March Toward Rule of Law", Cambridge University Press.
- Pei, Minxin, 2009, "China's Trapped Transition: The limits of Developmental Autocracy", Harvard University Press.
2001, "Legal Reform and Secure Commercial Transactions: Evidence from China", in Murrel, Peter, "Assessing the Value of Law in Transition Economies", University of Michigan Press, 2001.
- Peter, Alexander – Chan, Anita, 2004, "Does China have an apartheid pass system?", in 30 "Journal of Ethnic and Migration Studies", pp. 609 ss.
- Pitofski, Robert, 1979, "The Political Content of Antitrust", in 127 "University of Pennsylvania Law Review", pp. 1051 ss.
- Poncet, Sandra, 2003, "Measuring Chinese Domestic and International Integration", in 14 "China Economic Review", pp. 1 ss.
- Posner, Richard A., 1975, "The Social Costs of monopoly and Regulation", in 83 "Journal of Political Economy", pp. 807 ss.
1969, "Natural Monopoly and its Regulation", in 21 "Stanford Law Review", pp. 548 ss.
- Potter, Pitman B., 2011 "Selective Adaptation of Economic Governance Norms in China. Transparency and Autonomy in Local Context", in Potter, Pitman B., Bukovic, Ljiljana, "Globalization and Local Adaptation of International Trade Law", University of British Columbia Press, pp. 180 ss.
1999, "The Chinese Legal System: Continuing Commitment to the Primacy of Power", in 159 "The China Quarterly", pp. 672 ss.
- Przeworski, Adam, 1991, "Democracy and the Market", Cambridge University Press.

Indice bibliografico

- Qi, Fang, 2013, “*Failing to define the relevant market*”, in “*China Law and Practice*”, agosto, consultabile su <http://www.chinalawandpractice.com/Article/3231561/Issue/8508/Failing-to-define-the-relevant-market.html/>.
- Qi, Fang – Liao, Tinting, 2011, “*Web search war: Renren v. Baidu*”, in “*China Law and Practice*”, novembre, consultabile su <http://www.chinalawandpractice.com/Article/2931025/Issue/8508/Web-search-war-Renren-v-Baidu.html/>.
- Qian, Yingyi – Weingast, Barry R., 1996 “*Transition to Markets: Market-Preserving Federalism, Chinese Style*”, in 1 “*Journal of Policy Reform*”, pp. 149 ss.
- Radin, Margaret J., 1989, “*Reconsidering Rule of Law*”, in 69 “*Boston University Law Review*”, pp. 781 ss.
- Ramo, J., 2004, “*The Beijing Consensus*”, Foreign Policy Center, consultabile su <http://fpc.org.uk/fsblob/244.pdf/>.
- Randall, Charlie E., 2008, “*China's Struggling “teapots” to sue state oil majors*”, 13 ottobre, consultabile su <http://www.coking.com/Forum/tm.aspx?m=2649&mpage=1&print=true/>.
- Rawski, Thomas G., 1994, “*Chinese Industrial Reform: Accomplishments, Prospects, and Implications*”, in 84 “*American Economic Review*”, pp. 271 ss.
- Raz, Joseph, 1977, “*The Rule of Law and Its Virtue*”, in 93 “*The Law Quarterly Review*” pp. 195 ss.
- Rey, Patrick – Stiglitz, Joseph, 1995, “*The Role of Exclusive Territories in Producers' Competition*”, in 26 “*RAND Journal of Economics*”, pp. 431 ss.
- Rey, Patrick – Vergé, Thibaud, 2004, “*Resale Price Maintenance and Horizontal Cartel*”, consultabile u <http://www.sfb504.uni-mannheim.de/~oliver/fsem/188.pdf/>.
- Ridyard, Derek, 2002, “*Exclusionary Prices and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis*”, in “*European Competition Law Review*”, pp. 286 ss.
- Riley, Geoff, 2008, “*China's Inflation Problem*”, consultabile su <http://www.tutor2u.net/blog/index.php/economics/comments/chinas-inflation-problem>
- Robinson, Thomas W., 1971, “*The Cultural Revolution in China*”, University of California Press.
- Rosch, Thomas J., 2007, “*Monopsony and the Meaning of "Consumer Welfare": A Closer Look at Weyerhaeuser*”, in “*Columbia Business Law Review*”, pp. 353 ss.
- Ruskola, Teemu, 2003, “*Law without Law, or is “Chinese Law” an Oxymoron?*”, in 11 “*William & Mary Bill of Rights Journal*”, pp. 668 ss.
- Santagata, Carlo, 1975, “*Concorrenza sleale e interessi protetti*”, Jovene.
- Scalapino, Robert A., (1998), “*Current Trends and Future Prospects*”, in 9 “*Journal of Democracy*”, pp. 35 ss.
- Schellingerhout, Ruben – Cavicchi, Piero, 2010, “*Patent ambush in standard-setting: the Commission accepts commitments from Rambus to lower memory chip royalty rates*”, in “*Competition Policy Newsletter*”, 1, pp. 32 ss.
- Schmalensee, Richard, 1982, “*Another Look at Market Power*”, in 95 “*Harvard Law Review*”, pp. 1789 ss.
- Schneider, Jacob S., 2010, “*Administrative Monopolies and China's New Anti-Monopoly Law: Lessons from Europe's State Aid Doctrine*”, in 87 “*Washington University Law Review*”, pp. 869 ss.

- Schoenals, Michael, 1992, *“Doing Things with Words in Chinese Politics: Five Studies”*, Berkeley: Center for Chinese Studies.
- Schumpeter, Joseph, 1954, *“Capitalism, Socialism, and Democracy”*, George Allen & Unwin.
- Selten, Reinhard, 1978, *“The Chain Store Paradox”*, in 9 *“Theory and Decision”*, pp. 127 ss.
- Shambaugh, David, 2008, *“Training China’s Political Elite: The Party School System”*, in 196 *“The China Quarterly”*, pp. 827 ss.
- Shang, Ming, 2013, *“MOFCOM Held Special Press Conference on “Anti-monopoly Work Progress in 2012”*”, conferenza stampa 5 gennaio, consultabile su <http://english.mofcom.gov.cn/article/newsrelease/press/201301/20130108513014.shtml/>.
- 2009, *“Antitrust in China – a constantly evolving subject”*, in 4 *“Competition Law International”*, pp. 4 ss.
- Shen, Yuanyuan, 2000, *“Conceptions and Receptions of Legality: Understanding the Complexity of the Law Reform in China”*, in Turner, Karen G. – Feinerman, James V. – Guy, R. Kent, *“The Limits of the Rule of Law in China”*, University of Washington Press, pp. 21 ss.
- Shi, Jianzhong, 2008, *“The Characteristics, Highlighted System and Major Deficiencies of the Anti-Monopoly Law of Our Country”*, in 1 *“The Jurist”*, pp. 14 ss.
- Shi, Lin, 2009, *“Research on the Efficiency of China’s Anti-Monopoly Law”*, in 5 *“Asian Social Science”* pp. 97 ss.
- Snow, Edgar, 1968, *“Red star over China”*, Grove Press.
- Sohn, Michael – Gleklen, Jonathan, 2007, *“Innovation and Monopolization: Will the New Chinese Antimonopoly Law Follow U.S. and EU Precedents?”*, in 93 *“Antitrust and Trade Regulation Report”*, pp. 574 ss.
- Sohn, Michael – Solomon, Jesse, 2013, *“Lingering Questions on Foreign Sovereignty and Separation of Powers after the Vitamin C Price-Fixing Verdict”*, in 28 *“Antitrust”*, pp. 78 ss.
- Sokol, Daniel, 2013, *“Merger Control Under China’s Anti-Monopoly Law”*, in *“Minnesota Legal Studies Research Paper No. 13-05”*, consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2207690/.
- 2009, *“Limiting Anti-competitive Government Interventions that Benefits Special Interests”*, in 17 *“George Mason Law Review”*, pp. 119 ss.
- Sokol, Daniel D. – Zheng, Wentong, 2013, *“FRAND in China”*, consultabile su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2335664/.
- Song, Bing, 1995, *“Competition Policy in a Transitional Economy: The Case of China”*, in 31 *“Stanford Journal of International Law”*, pp. 387 ss.
- Spencer, Richard, 2008, *“China Rich-Poor Gap is the World’s Worst”*, in *“The Telegraph”*, 27 febbraio 2008, <http://www.telegraph.co.uk/education/main.jhtml?xml=/education/2004/03/26/tegAwchin a27.xml/>.
- Stephenson, Matthew C., 2000, *“A Trojan Horse Behind Chinese Walls?: Problems and Prospects of US-Sponsored “Rule of Law” Reform Projects in the People’s Republic of China”*, *“Center for International Development Working Paper n. 47”*, Harvard University, consultabile su http://www.hks.harvard.edu/var/ezp_site/storage/fckeditor/file/pdfs/centers-programs/centers/cid/publications/faculty/wp/047.pdf/.
- Stigler, George J., 1971, *“The Theory of Economic Regulation”*, in 2 *“Bell Journal of Economics and Management Science”*, pp. 3 ss.
- 1968, *“The Organization of Industry”*, Irwin.

Indice bibliografico

- Sylos Labini, 1965, “*Alcune relazioni tra agricoltura e industria*”, in “*Studi in onore di Gaetano Zingali*”, vol. I, Giuffrè, pp. 635 ss.
- Su, Jessica, 2012, “*The Dispute between Qihoo 360 and Tencent: What We Have Seen Thus Far*”, 10 maggio, consultabile su <http://kluwercompetitionlawblog.com/2012/05/10/qihoo-360-tencent/>.
- Sun, Yat-sen, 1976, “*I tre principi del popolo*”, Einaudi.
- Tamanaha, Brian Z., 2004, “*On the Rule of Law*”, Cambridge University Press, 2004.
- Tanase, Takao, 2006, “*Global Markets and the Evolution of Law in China and Japan*”, in 27 “*Michigan Journal of International Law*”, pp. 873 ss.
- Tanner, Murray Scot., 1999, “*The Politics of Law Making in China*”, Clarendon Press.
1994, “*The Erosion of Communist Party Control over Law making in China*”, in 138 “*The China Quarterly*”, pp. 381 ss.
- Temple Lang, John – O’Donoghue, Robert, 2002, “*Defining Legitimate Competition: How to Clarify Pricing Abuses under Article 82 EC*”, in 26 “*Fordham International Law Journal*”, pp. 83 ss.
- Thornton, John L., 2008, “*Long Time Coming: The Prospects for Democracy in China*”, in 87 “*Foreign Affairs*”, pp. 2 ss.
- Tian, Yijun, 2010, “*The Impacts of the Chinese Anti-Monopoly Law On IP Commercialization in China & General Strategies for Technology-Driven Companies and Future Regulators*”, in “*Duke Law & Technology Review*”, 4, pp. 1 ss.
- Tucker, Darren S., 2013, “*Inside the Latest Draft of SAIC’s IP Antitrust Rules*”, consultabile su <http://www.bingham.com/Publications/Files/2013/08/Tucker-SAIC-Article/>.
- Ulen, Thomas, 2011, “*The uneasy case for competition law and regulation as decisive factors in development: some lessons for China*”, in Faure, Michael – Zhang, Xinzhu, “*Competition Policy and Regulation. Recent Development in China, the US and Europe*”, Edward Elgar, pp. 13 ss.
- UNCTAD, 2002, “*Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions*”, UNCTAD/DITC/CLP/Misc.25, consultabile su http://unctad.org/en/docs/ditcclpmisc25_en.pdf.
- Van den Bergh, Roger J., 2000, “*Towards an Institutional Legal Framework for Regulatory Competition in Europe*”, in 53 “*Kyklos*”, pp. 442 ss.
- Van den Bergh, Roger J. – Camesasca, Peter D., 2001, “*European Competition Law and Economics. A comparative Perspective*”, Intersentia.
- Van den Bergh, Roger – Faure, Michael, 2011 “*Critical Issues in the Enforcement of the Anti-Monopoly Law in China: a law and economics perspective*”, in Faure, Michael – Zhang, Xinzhu, “*Competition Policy and Regulation. Recent Developments in China, the US and Europe*”, Edward Elgar, pp. 54 ss.
- Vergé, Thibaud, 2002, “*Portfolio Effects and Merger Control: Full-Line Forcing as an Entry Deterrence Strategy*”, consultabile su <http://128.118.178.162/eps/io/papers/0301/0301010.pdf>.
- Wagner-von Papp, Florian, 2012, “*Competition Law and Extraterritoriality*”, in Ezrachi, Ariel, “*Research Handbook in International Competition Law*”, Edward Elgar, pp. 21 ss.
- Wang, Margaret, 2012, “*Hong Kong’s first economic wide competition law: A review of the law and challenges ahead*”, in “*Competition Policy International – Asia Column*”, 18 luglio,

- consultabile su <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/Asia-Column-Revised.pdf/>.
- Wang, Stephanie, 2010, “*The enforcement of China’s Anti-Monopoly Law Against Administrative Monopolies*”, in 12 “*Australian Journal of Asian Law*”, pp. 182 ss.
- Wang, Xianchu, 2008, “*Civil Justice Reform with Political Agendas*”, in Yu, Guanghua, “*The Development of the Chinese Legal System. Change and Challenges*”, pp. 253 ss.
- Wang, Xiaoye, 2011, “*Three Years Enforcement of China’s AML*”, relazione tenuta presso l’Università di Palermo, 3 novembre.
- 2009, “*The New Chinese Anti-Monopoly Law: A survey of a work in progress*”, in 54 “*The Antitrust Bulletin*”, pp. 579 ss.
- 2008a, “*Challenges in enforcing Chinese Antimonopoly Law*”, 3 aprile, consultabile su <http://www.docstoc.com/docs/51041864/Challenges-in-Enforcing-Chinese-Antimonopoly-Law/>.
- 2008b, “*Highlights of China’s New Anti-Monopoly Law*”, in 75 “*Antitrust Law Journal*”, pp. 133 ss.
- 2004, “*Issues Surrounding the Drafting of China’s Anti-Monopoly Law*”, in 3 “*Washington University Global Studies Law Review*”, pp. 285 ss.
- Wang, Xiaoye – Emch, Adrian, 2013, “*Five years of implementation of China’s Anti-Monopoly Law—achievements and challenge*”, in “*Journal of Antitrust Enforcement*”, pp. 1 ss, consultabile su <http://antitrust.oxfordjournals.org/content/early/2013/08/16/jaenfo.jnt010.full.pdf+html/>.
- Wang, Xiaoye – Su, Jessica, 2013, “*China: The Competition Law System and Country’s Norms*”, in Fox, Eleanor M. – Trebilcock, Michael J., “*The Design of Competition Law Institutions. Global Norms, Local Choices*”, Oxford University Press, pp. 194 ss.
- 2012, “*Competition Law in China*”, Kluwer Law International.
- Wang, Xiaoye – Tao, Zhenghua, 2004, “*WTO Competition Policy and Its Influence in China*”, in 34 “*Social Sciences in China*”, pp. 43 ss.
- Wang, Ying, 2008, “*China Oil Suppliers Deny Report PetroChina, Sinopec May Be Sued*”, 14 ottobre, consultabile su <http://www.bloomberg.com/apps/news?pid=newsarchive&refer=energy&sid=aD.d4dhwYvEw>.
- Wang, Yuhua, 2013, “*Court Funding and Judicial Corruption in China*”, in 69 “*The China Journal*”, pp. 43 ss.
- Watts, Jonathan, 2007, “*Most corrupt officials are from poor families but Chinese royals have a spirit that is not dominated by money*”, in “*The Guardian*”, 26 ottobre 2007, consultabile su <http://www.theguardian.com/world/2007/oct/26/china.uknews4/>.
- Wayland, Rebecca, 1992, “*Coca-Cola versus Pepsi-Cola and the Soft Drink Industry*”, in “*Harvard Business School Case 9-391-179*”, 8 luglio.
- Weber Waller, Spencer, 2008, “*Remedies for Monopolization and Abuse of Dominance: A Little History and Some Thoughts on Disclosure and Access*”, consultabile su http://www.biicl.org/files/3412_antitrust_marathon_%28weber_weller%29.pdf/.
- Wei, Jun – Marshall, Linda – Gong, Sherry, 2009, “*MOFCOM Conditionally Clears two proposed Mergers*”, consultabile su <http://www.hoganlovells.com/files/Publication/fdec804c-b204-41cf-a1d9-167c4c43d213/Presentation/PublicationAttachment/98aee318-771e-4541-bcb3-1937f8db8355/ChinaUpdate.pdf/>.
- Wei, Tan, 2012, “*SOEs and Competition Policy in China*”, in 8 “*Competition Policy International*”.
- Weishaar, Stefan, 2011, “*Administrative Monopolies, state aid, barriers to entry, and market integration: challenges for the Chinese Anti-Monopoly Law*”, in Faure, Michael – Zhang,

Indice bibliografico

- Xinzhu, "Competition Policy and Regulation. Recent Developments in China, the US and Europe", Edward Elgar, pp. 98 ss.
- Wen, Xueguo, 2008, "Market Dominance by China's Public Utility Enterprises", in 75 "Antitrust Law Journal", pp. 151 ss.
- Williams, Mark, 2005, "Competition Policy and Law in China, Hong Kong, and Taiwan", Cambridge University Press.
- Williamson, John, 1990, "Latin American Adjustment: How Much Has Happened", Washington Institute for International Economics.
- Wilson, Richard – Han, Zhao 1995, "The reception of the European idea of the Rule of Law in China", in 20 "History of the European ideas", 1995, pp. 277 ss.
- Wong, Christine P. W., 1992, "Fiscal Reform and Local Industrialization: The Problematic Sequencing of Reform in Post-Mao China", in 18 "Modern China", pp. 197 ss.
- 1991, "Central-Local Relations in an Era of Fiscal Decline: The Paradox of Fiscal Decentralization in Post-Mao China", in 128 "China Quarterly", pp. 691 ss.
- Woo, Margaret, 1991, "Adjudication, Supervision and Judicial Independence in the PRC", in 39 "American Journal of Comparative Law", pp. 116 ss.
- Wu, Quhui – Wang, Hangsheng – Xu, Xinxin, 1990 "Noneconomic Determinants of Workers' Incomes", in Bird, William A. – Lin, Qingsong "China's Rural Industry. Structure, Development and Reform", Oxford University Press.
- Wu, Zhenguo, 2008, "Perspectives on the Chinese Anti-Monopoly Law", in 75 "Antitrust Law Journal", pp. 73 ss.
- Wu, Zhenguo – Hu, Xiaodong – Percival, Yvonne, 2009, "China", in Holmes, Majorie, "Competition Law and Practice: A Review of Major Jurisdictions", pp. 47 ss.
- Xiao, Yongping – Huo, Zhengxin, 2005, "Ordre Public in China's Private International Law", in 53 "American Journal of Comparative Law", pp. 653 ss.
- Xin, He, 2009, "The Judiciary Pushes Back", in Peerenboom, Randall, "Judicial Independence in China. Lessons for Global Rule of Law Promotion", pp. 180 ss.
- Xinhua, 2013, "China's urban population surpassed rural by 2011", 28 maggio, consultabile su http://news.xinhuanet.com/english/video/2013-05/28/c_132414171.htm.
- Xinhua, 2007, "Chinese People Question Effectiveness of Anti Monopoly Law", 13 settembre, consultabile su <http://english.people.com.cn/90001/90776/6262291.html/>.
- Xinhua, 2002, "Scholar defends China's reform of monopoly industries", 19 dicembre, consultabile su <http://ng2.mofcom.gov.cn/article/chinanews/201212/20121208490084.shtml>
- Xu, Dixin, 1980, "Dizionario di economia politica" (in cinese), People's Publishing House, cit. in X. Wang (2009).
- Xu, Lixin Colin, 2000, "Control Incentives and Competition: The Impact of Reform on Chinese State-Owned Enterprises", in 8 "Economics of Transition", pp. 151 ss.
- Xu, Xianming, 1996, "Lun Fazhi de Goucheng Yaojian" ("Sugli elementi essenziali del rule of law"), in "Faxue Yanjiu", pp. 18 ss., cit. in Sun (1976).
- Xu, Xuelei – Xu, Xin, 2011, "Information Disclosure of State Owned Enterprises in China", in 4 "Tsinghua China Law Review", pp. 1 ss.
- Yamey, Basil S., 1972, "Predatory Price Cutting: Notes and Comments", in 15 "Journal of Law and Economics", pp. 129 ss.

- Yang, Dali L., 2006, “*Remaking the Chinese Leviathan: Market Transition and the Politics of Governance in China*”, Stanford University Press.
- Yang, Xun, 2011, “*Crossroads: Anti-monopoly and IP rights*”, in “*China Law and Practice*”, settembre, pp. 28 ss.
- Yao, Dennis A. – DeSanti, Susan, 1993, “*Game Theory and Legal Analysis of Tacit Collusion*”, in 38 “*The Antitrust Bulletin*”, p. 113 ss.
- Yao, Feng, 2011, “*Anti-Monopoly Regime and Practice in China*”, in Hawk, Barry E., “*Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute: international antitrust & policy*”, pp. 557 ss.
- Yao, Jianjun, 2013, “*Kunbag jaoyi xingwei de falu shuxing ji goucheng yaojian*”, in “*People’s Court Daily*”, 28 febbraio, consultabile su http://rmfyb.chinacourt.org/paper/html/2013-02/28/content_58680.htm/.
- Yeh, Michael – Ren, John Yong, 2012, “*Antitrust & Internet in China: Different Players, Same Issues*”, in Hawk, Barry E., “*Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute: international antitrust & policy*”, capitolo 21.
- You, Yunting, 2013, “*Full Text of NDRC’s Public Announcement on Milk Powder Manufactures’ Vertical Monopoly of Price Control*”, 7 agosto, consultabile su <http://www.chinaiplawyer.com/full-text-ndrcs-public-announcement-powder-manufactures-vertical-monopoly/>.
- Yu, Liangchun – Yu, Donghua, 2011, “*The measure of regional administrative monopoly in China*”, in Faure, Michael – Zhang, Xinzhu, “*Competition Policy and Regulation. Recent Developments in China, the US and Europe*”, Edward Elgar, pp. 79 ss.
- Yu, Liangchun – Zhang, Wei, 2013, “*Research on the intensity and effect of industrial administrative monopoly in China*”, in Faure, Michael – Zhang, Xinzhu, “*The Chinese Anti-Monopoly Law. New Developments and Empirical Evidence*”, pp. 194 ss.
- Yue, Yang, 2009, “*Showdown for China’s Urban Gas Sector*”, 4 maggio, consultabile su <http://english.caijing.com.cn/2009-05-04/110159485.html/>.
- Zhan, Hao – Song, Ying, 2013a, “*NDRC Leaps forward with Antitrust Enforcement*”, in “*China Law Visions*”, 23luglio, consultabile su <http://www.chinalawvision.com/2013/07/articles/competitionantitrust-law-of-th/ndrc-leaps-forward-with-antitrust-enforcement/>.
- 2013b, “*The Price Law or the Anti-Monopoly Law: Observation of NDRC’s Antitrust Enforcement in China*”, in “*China Law Visions*”, 22 gennaio, consultabile su <http://www.chinalawvision.com/2013/01/articles/competitionantitrust-law-of-th/the-price-law-or-the-antimonopoly-law-observation-of-ndrcs-antitrust-enforcement-in-china/>.
- Zhang, Angela Huyue, 2010, “*Using a Sledgehammer to crack a nut: Why China’s Antimonopoly Law Was Inappropriate for Renren v. Baidu*”, in 7 “*Competition Policy International*”, 1, consultabile su <https://www.competitionpolicyinternational.com/file/view/6491/>.
- Zhang, Xian-Chu, 2009, “*An Anti-Monopoly Legal Regime in the Making in China as a Socialist Market Economy*”, in 43 “*International Lawyer*”, pp. 1469 ss.
- Zhang, Xinzhu – Zhang, Vanessa Yanhua, 2009, “*Chinese Merger Control: Patterns and Implications*”, in 6 “*Journal of Competition Law and Economics*”, pp. 477 ss.
- 2007, “*The Anti-Monopoly Law in China: Where Do We Stand?*”, in 3 “*Competition Policy International*”, 2, consultabile su <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-antimonopoly-law-in-china-where-do-we-stand/>.
- Zheng, Wang Xue, 2004, “*Challenges/Obstacles Faced by Competition Authorities in Achieving Greater Economic Development Through the Promotion of Competition*”, OECD Working Document, CCNM/GF/COMP/WD(2004).

Indice bibliografico

- Zheng, Wentong, 2012, “Administrative Monopolies in China: An Overview and Recent Developments”, in Hawk, Barry E., “*Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute: international antitrust & policy*”, pp. 589 ss.
- 2010, “*Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure, and State Control*”, in 32 “*University of Pennsylvania Journal of International Law*”, pp. 643 ss.
- 2009, “*China’s Antimonopoly Law – One Year Down Part 5. A De Facto “Dual-Track Competition Regime*”, in “*Antitrust & Competition Policy Blog*”, 30 dicembre, consultabile su http://lawprofessors.typepad.com/antitrustprof_blog/2009/12/chinas-antimonopoly-law-one-year-down-part-5-a-de-facto-dualtrack-competition-regime-.html/.
- Zhou, Tracy, 2013, “*MOFCOM’s Conditional Approval for Joint Venture to Be Established by ARM, Giesecke & Devrient, and Gemalto*”, 5 gennaio, consultabile su <http://www.hankunlaw.com/backuser/picinfo/201315151725.pdf>.
- Zhou, Yin, 2009, “*China’s Anti-Monopoly Law– Insights from U.S. and EU Precedents on Abuse of Dominance and IP Exemption*”, in 32 “*Hastings International and Comparative Law Review*”, pp. 711 ss.
- Zhu, Suli, 2009, “*The Party and the Courts*”, in Peerenboom, Randall, “*Judicial Independence in China. Lessons for Global Rule of Law Promotion*”, pp. 52 ss.
- Zimmer, Daniel, 2012, “*The Goals of Competition Law*”, Edward Elgar.
- Zimmerman, James M., 2004, “*China Law Deskbook: A Legal Guide for Foreign Invested Enterprises*”, America Bar Association – Section of International Law.
- Zweigert, Konrad – Kötz, Hein, 1998, “*Introduzione al diritto comparato*”, vol. I, trad. Pozzo, Barbara, ed. a cura di Gambaro, Antonio – di Majò, Adolfo, Giuffrè.