



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato di Ricerca in Diritto Comparato
Dipartimento di Giurisprudenza
IUS/04

IL DIRITTO ANTITRUST NELLA REPUBBLICA INDIANA

IL DOTTORE
GAETANO MOLICA

IL COORDINATORE
CHIAR.MO PROF. GUIDO SMORTO

IL TUTOR
CHIAR.MO PROF. VINCENZO MELI

CICLO XXVI
ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO – 2015/2016

INDICE ANALITICO

INTRODUZIONE.....	p. 2
-------------------	------

– Parte I –

CAPITOLO I

L'ORDINAMENTO INDIANO: DAL DIRITTO HINDU ALL'INDIPENDENZA

1. Premessa.....	p. 9
2. L'ordinamento indiano alla vigilia dell'arrivo della <i>East India Company</i>	p. 11
3. La <i>East India Company</i> e l'infiltrazione della <i>British Common Law</i>	p. 13
4. Il diritto territoriale britannico.....	p. 19
5. L'indipendenza del 1947 e l'assetto costituzionale della Repubblica Indiana.....	p. 23
6. Le fonti del diritto	p. 25

– Parte II –

CAPITOLO II

IL MONOPOLIES AND RESTRICTIVE TRADE PRACTICES ACT DEL 1969 – LA PRIMA LEGISLAZIONE ANTIMONOPOLISTICA INDIANA.

1. Premessa.	p. 28
2. Una legislazione antimonopolista nel quadro di una <i>planned economy</i> . La gestazione del MRTP Act.	p. 29
3. Il 1969 e il MRTP Act.	p. 35
3.1. Il MRTP Act: il contenuto normativo in una prospettiva diacronica.	p. 36
A – Norme dirette ad istituire un controllo sui processi di crescita esterna delle imprese.	p. 37
B – Norme dirette a reprimere le <i>Monopolistic, Restrictive and Unfair Trade Practices</i> . p.	42
4. La filosofia di fondo del MRTP Act.	p. 55

CAPITOLO III

IL CAMBIO DI PASSO: L'AVVENTO DEL COMPETITION ACT 2002.

1. Premessa	p. 64
-------------------	-------

2. <i>India goes global: la liberalizzazione dell'economia indiana.</i>	p. 66
3. <i>La World Trade Organization, tra Quantitative Restrictions e Singapore Issue.</i>	p. 73
4. <i>La mossa del Governo Indiano, l'istituzione del Raghavan Committee e un inconsueto approccio libertarian.</i>	p. 80
5. <i>L'ingresso in scena della Corte Suprema Indiana: The Haridas Judgment.</i>	p. 88
6. <i>L'attivismo della Corte Suprema: una possibile spiegazione.</i>	p. 93
7. <i>Conclusioni.</i>	p. 99

CAPITOLO IV

IL COMPETITION ACT 2002: LE PREVISIONI SOSTANZIALI E L'ENFORCEMENT.

1. <i>Premessa.</i>	p.103
---------------------------	-------

– SEZIONE I –

LA CCI E IL COMPAT

1. <i>Il caso Bhram Dutt, il Competition Amendment Bill 2007 e la nascita del Competition Appellate Tribunal.</i>	p. 105
2. <i>Considerazioni a margine del Competition Amendment Bill 2007.</i>	p. 112

– SEZIONE II –

LE DISPOSIZIONI SOSTANZIALI DEL C.A. 2002 E LA PRASSI APPLICATIVA

1. <i>Premessa.</i>	p. 117
2. <i>La struttura del C.A. 2002.</i>	p. 118
3.1. <i>La Section 3: Anti-competitive agreements. La dimensione soggettiva.</i>	p. 119
3.2. <i>La Section 3: Anti-competitive agreements. La dimensione oggettiva e l'appreciable adverse effect on competition.</i>	p. 122
3.3. <i>La Section 3: Anti-competitive agreements. Gli Accordi orizzontali e verticali nel quadro della generale applicabilità della rule of reason.</i>	p. 128
3.4. <i>La Section 3 nella prassi della CCI e del Compat.</i>	p. 135

4.1. La Section 4: l'abuso di posizione dominante nel C.A.	p. 144
4.2. La Section 4: l'abuso di posizione dominante nella prassi della CCI e del Compat...p.	150
5. Le Sects. 3 e 4 del C.A.: considerazioni sulla prassi della CCI alla luce della complessiva analisi. P.	p. 157
6. Le Sections 5 e 6: <i>Regulation of Combinations</i>. Premessa.	p. 160
6.1. Le Sections 5 e 6: <i>Regulation of Combinations</i>.	p. 162
7. Le sanzioni.	p. 166
CONCLUSIONI.....	p. 170
BIBLIOGRAFIA	p. 190
RINGRAZIAMENTI	p. 213

INTRODUZIONE

INTRODUZIONE

Oggetto del presente lavoro è la legislazione a protezione del mercato di cui l'India si è dotata mediante l'adozione del *Competition Act* del 2002. Lo svolgimento abbraccia, tuttavia, un oggetto più ampio, per un complesso di ragioni che muovono dalle perplessità dello scrivente circa il *modus operandi* che la dottrina ha finora in prevalenza seguito per affrontare la materia del diritto della concorrenza in esperienze relative a paesi cosiddetti emergenti.

Giova, infatti, sottolineare come la storiografia giuridica dedicata alle legislazioni a protezione del mercato abbia conosciuto, nel suo divenire, l'egemonia culturale dei due grandi modelli occidentali statunitense ed europeo, i quali hanno attratto a tal punto gli sforzi degli studiosi del settore, da far retrocedere al rango di esperienze secondarie – se non relegare nel dimenticatoio – eventi giuridici riguardanti sistemi diversi da quelli sopracitati. In questo senso, la maggior parte degli studi che si è occupata di tali ultimi ordinamenti ha mostrato una diffusa mancanza di senso critico che si è tradotta, dal punto di vista della ricerca, nella produzione di contributi consistenti essenzialmente nella individuazione di analogie e differenze rispetto ai modelli egemoni, impedendo di cogliere il significato concreto delle esperienze normative più recenti. Il risultato finale, dunque, è un appiattimento dei metodi di indagine e, in definitiva, una povertà di risultati scientifici.

Tra le legislazioni che, di fatto, sono cadute sotto la scure di questa tendenza riduzionistica v'è quella dell'India, la quale vanta ad oggi un'esperienza quasi cinquantennale *in subiecta materia*, avendo adottato la prima disciplina antimonopolistica nel 1969, con il *Monopolies and Restrictive Trade Practices Act*.

È, dunque, una preoccupazione in ordine al metodo della ricerca che, primariamente, spinge ad interrogarsi sui risultati che l'attuale panorama scientifico è in grado di offrire in materia.

Del resto, adottando una prospettiva più ampia, è proprio il metodo di indagine a risultare oggi – o così dovrebbe essere – patrimonio acquisito della scienza comparatistica. In questo senso, non sembra discutibile la validità scientifica delle regole gorliane dell'approccio storicamente orientato e della “conoscenza mediante raffronto”, intese quale strumento necessario di precomprensione, cioè di pre-conoscenza propedeutica all'analisi di un determinato dato normativo.

Quanto osservato appare vero nell'ambito della legislazione di settore indiana, e ciò in ragione della singolare circostanza che, nel suo divenire, il diritto indiano della concorrenza si è andato strutturando attingendo ad ampie mani dalle esperienze delle giurisdizioni straniere. Invero, la storia del diritto *antitrust* indiano altro non è che la storia di “un doppio trapianto giuridico”, avendo il Legislatore adottato, dapprima, il Mrtp Act nel 1969 sul modello del *UK Monopolies and Restrictive Practices Act* del 1956 e, successivamente, il Competition Act del 2002 sul modello del diritto della concorrenza europeo attualmente in vigore.

Tuttavia, ritenere tale operazione legislativa di recezione un mero “copia ed incolla” di soluzioni normative altrui finirebbe per reiterare quell'approccio scientifico che poco prima si criticava.

Sebbene, infatti, non si possa dubitare del fatto che un ordinamento ricorra al c.d. trapianto giuridico per far tesoro dei risultati che, in una determinata materia, sono stati acquisiti da giurisdizioni – si permetta il termine – più evolute, non si può d'altro canto ignorare come sia necessario, per la riuscita di tale trapianto, che il materiale normativo importato venga adattato alle peculiarità dell'ordinamento ricevente.

È, dunque a questa operazione di recezione normativa che si intende volgere lo sguardo, al fine di comprendere non solo le ragioni del doppio trapianto, ma soprattutto per indagarne gli esiti.

Non sembra, allora, superfluo sottolineare come, al momento attuale, il presente lavoro rappresenti il primo tentativo di offrire una prospettiva che, oltre ad essere storicamente orientata, cerchi di considerare le ragioni dietro le scelte che il legislatore indiano, a partire dal 1969, ha inteso operare nella materia in esame. Invero, il panorama dottrinale, anche per la relativa novità temporale del Competition Act, non ha ancora offerto alcun contributo che permetta di cogliere il significato più intimo dell'esperienza normativa indiana. Circostanza questa che risulta quantomeno singolare, soprattutto ove si consideri l'attenzione che, negli ultimi tempi, è stata dedicata al diritto *antitrust* cinese, rispetto al quale quello indiano stenta ancora ad imporsi sulla scena giuridica. Se, tuttavia, troveranno conferma le previsioni economiche sui futuri sviluppi dell'India – il cui PIL potrebbe superare quello cinese per la fine del 2016 – è ragionevole attendersi una rinnovata attenzione della comunità scientifica internazionale in merito

ad uno strumento normativo – il Competition Act – la cui conoscenza diverrà sempre più importante anche per il mondo imprenditoriale.

Da un punto di vista sistematico, la presente tesi è organizzata in due parti. La prima – composta esclusivamente di un capitolo – offrirà una breve introduzione dell'ordinamento giuridico indiano che dia conto del processo storico che progressivamente ha permesso l'ingresso delle categorie giuridiche proprie del mondo occidentale – ed in particolare, della *Common law* britannica – ove prima dall'allora vigeva un sistema giuridico a base personale conosciuto come diritto Hindu.

Si tratterà – in termini assoluti – di un'analisi dallo spazio contenuto che, nell'obiettivo di non appesantire eccessivamente il lavoro, sia capace di illustrare in modo chiaro la mutazione essenziale che, nel corso appena di due secoli, ha interessato l'ordinamento indiano. Scopo dell'analisi è, altresì, quello di accendere un faro in merito alla permeabilità di tale ordinamento rispetto a soluzioni normative maturate altrove, con riguardo alla quale, come si vedrà, l'esperienza coloniale costituisce certamente la principale ragione.

La seconda parte, al contrario, rappresenta il nucleo centrale del lavoro. Essa, mediante la suddivisione in tre capitoli, esporrà i tre grandi momenti dell'esperienza giuridica indiana in materia: l'adozione e l'applicazione della prima legislazione antimonopolistica – il Mrtp Act del 1969 – nella cornice di un sistema economico dirigista; il mutamento dello scenario economico successivo al 1991 che ha indotto ad un ripensamento del tradizionale strumento normativo; l'adozione del nuovo *Competition Act* 2002 e i primi anni della sua applicazione.

La connessione tra tali argomenti non riguarda solo il loro oggetto, ma va oltre – o tale intende essere l'obiettivo di chi scrive – nel tentativo di mettere in luce quale sia la relazione tra le scelte del 1969 e quelle del 2002, al fine di comprendere quale peso abbia esercitato la tradizione sul nuovo strumento legislativo, il quale ha, contemporaneamente, una fonte di ispirazione differente rispetto a quella del suo predecessore. Come accennato nell'*incipit* di tale introduzione, verrà privilegiata l'indagine storico-economica, tanto nella descrizione del Mrtp Act, quanto e soprattutto in quella del Competition Act.

Più nel dettaglio, il secondo capitolo – che dà l'avvio alla parte II – si occuperà specificamente del Mrtp Act del 1969. Nel trattare di tale argomento, il profilo che più

susciterà l'interesse di chi scrive concerne il particolare contesto economico all'interno del quale la riferita legislazione ha trovato attuazione. Invero, l'India, all'epoca dell'introduzione di tale legislazione, era un paese caratterizzato da una politica economica di stampo socialista, con un forte accentramento delle politiche di allocazione delle risorse e un altrettanto rigido sistema di pianificazione del loro utilizzo. Appare, dunque, singolare la scelta di adottare una legislazione antimonopolistica nel quadro di un sistema economico così congegnato.

Per tale ragione, dopo una premessa dedicata alla descrizione della situazione di politica economica nella quale il MRTP Act 1969 ha preso le mosse, si passerà ad analizzare le previsioni del medesimo e la relativa prassi applicativa. L'obiettivo del presente capitolo è duplice:

1) in primo luogo, come accennato, si cercheranno di comprendere le ragioni che hanno spinto il legislatore ad adottare il MRTP Act 1969;

2) in secondo luogo, si cercherà di isolare una serie di elementi che, si ritiene, potrebbero costituire un'utile lente per analizzare e per spiegare alcune soluzioni normative che, invece, caratterizzano l'odierno Competition Act 2002.

Procedendo oltre, il capitolo terzo è dedicato all'analisi del processo che ha condotto l'India a porre fine all'esperienza del MRTP Act e ad adottare una legislazione di nuovo conio a tutela della concorrenza, il *Competition Act 2002*

Sul punto, tuttavia, mancano significativi contributi dottrinali che abbiano tentato di approfondire o chiarire le dinamiche alla base di tale cambiamento.

La letteratura indiana (e l'esigua letteratura internazionale) che si è occupata dell'argomento mostra, infatti, la sbrigativa tendenza a liquidare la questione reiterando una spiegazione (che tale non è) che potremmo definire "*mainstream*" nell'ambito delle *developing countries*: l'adozione di una nuova legge a tutela dei mercati avrebbe trovato la propria giustificazione nella necessità di dotare l'ordinamento di uno strumento legislativo in sintonia con la svolta liberalizzatrice che l'economia – in questo caso, indiana – ha intrapreso a partire dal 1991.

Guardando, tuttavia, alle esperienze delle altre *developing countries* – si pensi ad esempio, ai paesi dell'Europa dell'Est a seguito della caduta dell'U.R.S.S. – quella della liberalizzazione è stata sì una delle cause determinanti per l'adozione di un nuovo statuto *antitrust*, ma è anche vero che, molto spesso, hanno giocato un ruolo non

indifferente una serie di fattori di diversa natura – politica, istituzionale, economica, storica – aventi la propria origine in elementi tanto interni quanto esterni a tali giurisdizioni. Si pensi, ad esempio, al fatto che l’apertura del mercato alla concorrenza e l’adozione di una legislazione *antitrust* costituiscano presupposto indifettibile per l’adesione all’UE (allora, CEE) la quale, nella prospettiva dei paesi ex-socialisti, ha presto assunto il ruolo di nuovo centro gravitazionale a seguito della caduta dell’Unione Sovietica.

Il punto, dunque, che muoverà l’analisi del capitolo terzo riguarda la necessità di indagare più a fondo in tale processo di rinnovamento normativo, onde comprendere quali siano i menzionati fattori che, nel caso dell’India, abbiano spinto tale ordinamento verso l’abrogazione del Mrtp Act e l’adozione di una nuova legislazione *antitrust*, nella consapevolezza che i riferiti elementi possano avere avuto un preciso impatto sul modo in cui il Legislatore ha formulato le disposizioni di quest’ultimo.

Infine, il quarto capitolo sarà dedicato all’analisi delle disposizioni sostanziale del *Competition Act 2002* e alla prassi applicativa che, a partire dal 2011, è andata su di esse sviluppandosi.

Considerato quanto sin qui anticipato, risulta chiaro come tale analisi sarà condotta tenendo in considerazione la natura di tale strumento legislativo, il quale contemporaneamente costituisce l’ultimo step dell’esperienza del legislatore indiano in subiecta materia ma, nel contempo, vuole essere un nuovo punto di partenza giuridico, frutto degli sforzi dell’ordinamento indiano di dotarsi di un moderno dispositivo a protezione dei mercati ispirato ai grandi modelli occidentali e, prevalentemente, al modello europeo.

Grande spazio, poi, verrà dedicato alla disamina dei provvedimenti che la Competition Commission of India e, in misura minore, il Competition Appellate Tribunale hanno sin qui adottato.

Con riferimento all’*enforcement*, tuttavia, è opportuno notare fin da adesso come, nonostante il Competition Act abbia formalmente terminato il proprio *iter* legislativo nel gennaio del 2003, la sua entrata in vigore sia avvenuta, per una serie di vicende istituzionali, solamente nel 2011.

Nonostante tale visibile ritardo, la CCI ha subito premuto sull’acceleratore, dando alle stampe un discreto numero di *orders* dai quali, ad oggi, è possibile desumere alcune

tendenze applicative guidate, da un lato, dall'esigenza di mettere a punto una prassi coerente e, dall'altro, dalla necessità di lanciare un segnale forte in merito alla presenza, nello scenario istituzionale indiano, di un'autorità profondamente diversa rispetto alla precedente *MRTP Commission*.

Da tale c.d. *law in action*, come si vedrà, sembra trasparire una visione del diritto della concorrenza che, pur presentando solidi riferimenti alla realtà legislativa europea, non rinuncia a tracciare nuovi sentieri applicativi ispirati ad una concezione fortemente strutturalista dell'analisi *antitrust*. In altri termini, il trapianto normativo lascia intravedere uno spazio dedicato alla manipolazione della legislazione importata, la quale viene adattata in modo da addentellarsi allo scenario economico e istituzionale dell'ordinamento ricevente. Da questo punto di vista, come si vedrà, i risultati scientifici ottenuti mediante l'analisi del contesto storico che ha accompagnato l'applicazione del *Mrtp Act*, così come quella che ha condotto alla sua abrogazione, torneranno utili per comprendere alcune delle principali tendenze applicative sviluppate dalla *Competition Commission of India*.

Data la complessità dei contenuti, il presente capitolo sarà ripartito in sezioni – a loro volta divise in paragrafi – in ragione dell'autonomia contenutistica che idealmente caratterizza ciascuno degli argomenti trattati; i medesimi, tuttavia, risultando fortemente interconnessi, suggeriscono di non ricorrere alla divisione in distinti capitoli.

Data l'importanza assunta, nello scenario *antitrust* indiano, dalle istituzioni chiamate a dare applicazione al *Competition Act*, pare allora opportuno cominciare proprio da queste ultime, nell'obiettivo di comprendere in che modo sia stata nei fatti garantita la loro autonomia operativa. In particolare, emergerà un sensibile rivalità istituzionale tra *Supreme Court of India* e potere Esecutivo di cui, grazie all'analisi istituzionale di cui al capitolo III, si cercherà di indagare i contorni.

Successivamente, la seconda sezione del presente capitolo sarà dedicata all'esposizione delle previsioni sostanziali del *Competition Act*, nell'obiettivo di mettere in luce le priorità e gli obiettivi al cui perseguimento esse sembrano orientarsi. Contemporaneamente, le soluzioni legislative verranno analizzate alla luce della prassi applicativa, nel tentativo di far luce sugli elementi che contribuiscono a rendere differente, nel panorama globale, le *Competition Law & Policy* di marca indiana.

PARTE I
CAPITOLO I
L'ORDINAMENTO INDIANO: DAL DIRITTO HINDU ALL'INDIPENDENZA

CAPITOLO I

L'ORDINAMENTO INDIANO: DAL DIRITTO HINDU ALL'INDIPENDENZA

1. Premessa.

Il presente capitolo intende offrire una breve introduzione dell'ordinamento giuridico indiano che dia conto del processo storico che progressivamente ha permesso l'ingresso delle categorie giuridiche proprie del mondo occidentale – ed in particolare, della *Common law* britannica – ove prima dall'allora vigeva un sistema giuridico a base consuetudinaria conosciuto come diritto Hindu.

Nell'affrontare tale delicato tema – la cui ampiezza è, per ragioni espositive, destinata a rimanere piuttosto contenuta ove si consideri la globale economia del presente lavoro – chi scrive ritiene opportuno fare due puntualizzazioni di carattere generale.

La prima di esse riguarda l'utilità di una tale introduzione storico-legislativa.

Ebbene, piuttosto che affannarsi nel giustificare l'impiego della storia come strumento di comprensione proprio del diritto comparato¹, appare più proficuo osservare come il processo di assimilazione della *British law* in India costituisce uno dei più potenti argomenti a giustificazione della permeabilità di tale ordinamento alle suggestioni giuridiche provenienti dalle giurisdizioni straniere. In questo senso, diversi sono gli esempi che potrebbero farsi: in primo luogo, come si vedrà, ad oggi l'ordinamento indiano risulta, in molti settori, ancora costituito dalla legislazione britannica del periodo coloniale; la Corte Suprema Indiana – massimo organo giurisdizionale di tale ordinamento – è particolarmente nota, fra l'altro, per l'ampio ricorso all'argomento comparativo nel corpo dei propri giudizi, come si avrà modo di vedere²; infine, la materia oggetto del presente lavoro – *i.e.* la legislazione *antitrust* in India – è essenzialmente la “storia di un doppio trapianto giuridico”, posto che

¹ In questo senso, è rimasta celebre la massima di Gino Gorla “*comparison involves history*”, intendendo – così come fatto nel testo – che la storia costituisce strumento necessario di comprensione del diritto, posto che soltanto attraverso la conoscenza della storia di un ordinamento è possibile comprendere le ragioni alla base di una determinata soluzione giuridica. Per maggiori approfondimenti, si v. G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, 1982, Milano, p. 42.

² *Infra*, parte II, Cap. II, § 3, lett. b).

l'ordinamento indiano, intervenendo sotto tale profilo, ha per ben due volte tratto ispirazione dalle giurisdizioni straniere: una nel 1957 con il *Monopolies and Restrictive Trade Practices Act*, chiaramente ispirato al *UK Restrictive Trade Practices Act* del 1956³; l'altra del 2002 con il *Competition Act*⁴, largamente influenzato dal diritto europeo della concorrenza.

Non sembra fuori luogo, allora, ricercare la giustificazione di tale stato di cose – *ex plurimis*, come si chiarirà nei prossimi capitoli⁵ – proprio nella riferita permeabilità dell'ordinamento indiano.

Una seconda indicazione di carattere generale è, tuttavia, necessaria.

Quanto si parla di storia dell'ordinamento indiano è opportuno, comunque, adottare una certa cautela. La storia giuridica di cui ci si appresta a discutere è quella concernente l'influenza, nelle sue più evidenti manifestazioni, esercitata sull'ordinamento indiano da quello britannico durante il periodo coloniale e che, per conseguenza, ha determinato una trasformazione talmente evidente del primo da farlo rientrare, per opinione oggi condivisa⁶, tra i cc.dd. ordinamenti di *Common law*. L'analisi in discorso, tuttavia, non prende in considerazione quelle forme di sopravvivenza della legge Hindu la quale, soprattutto nel diritto di famiglia, continua ad influenzare non solo la legislazione statale (sia dell'Unione che dei singoli Stati federati), ma che spesso è l'unica legge applicata dalle corti locali. Tale fenomeno, per quanto interessante⁷, non è rilevante ai fini della presente analisi, posto che la materia del diritto della concorrenza, per le sue origini storiche recenti e il proprio oggetto, non risulta in alcun modo influenzata dal menzionato *corpus* di diritto consuetudinario.

Per tale ragione, l'analisi qui condotta richiederà giocoforza alcune semplificazioni. In particolare, considerata la vastità dell'esperienza storica e giuridica dell'India – le cui prime tracce di normazione risalgono al 2.500 a.C.⁸ – appare più proficuo accennare alla

³ *Infra*, parte II, Cap. II.

⁴ *Infra*, parte II, Cap. III e IV.

⁵ *Infra*, Parte II, Cap. II.

⁶ U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, Giappichelli, 2014, Torino, p. 268; A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di Diritto Comparato*, Utet, 2008, Torino, p. 364 e ss.; D. AMIRANTE, *India*, Il Mulino, 2007, Bologna, p. 57; M.C. SETAVALD, *The Common Law in India*, Stevens & Sons Limited, 1960, Londra, pp. 1 e ss.

⁷ Cfr. W. MENSKY, *Comparative Law in a Global Context, The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge University Press, 2005, Cambridge, 35 e ss.

⁸ Cfr *Infra*, § 2, soprattutto nt. 14.

situazione in cui l'ordinamento indiano si trovava al momento dell'arrivo della *East India Company*. Successivamente, si cercherà di indicare i principali avvenimenti che hanno contribuito alla diffusione del potere della Compagnia e, quindi, del diritto anglosassone, per arrivare sino all'indipendenza del 1947, quando i padri costituenti attingono a piene mani dalla *Common law*, questa volta su base volontaria e non più costretti dal giogo coloniale.

2. L'ordinamento indiano alla vigilia dell'arrivo della *East India Company*.

L'unico dato certo attorno alle caratteristiche di un sistema giuridico preesistente all'arrivo degli inglesi in India è che questi ultimi non vi trovarono una situazione di vuoto legale. Eppure tuttavia, per diverse ragioni, le informazioni allo stato disponibili risultano non sempre molto complete.

In primo luogo, ha pesato la retorica colonialista che, sotto lo slogan della *Pax Britannica*, ha per lungo tempo coperto il perseguimento degli obiettivi economici inglesi sotto il velo della civilizzazione delle popolazioni sottomesse – tra le quali l'India non costituisce un'eccezione – sminuendo la dignità giuridica di ciò che v'era prima d'allora⁹.

Tendenza che, com'è noto, ha per certi versi influenzato anche la ricerca gius-comparatistica¹⁰, la quale solo più recentemente ha dimostrato di sapersi liberare da quell'accentuato provincialismo eurocentrista che, inevitabilmente, ha svilito, anche implicitamente, il processo di valorizzazione di quelle forme di produzione giuridica non convenzionali se intese da una prospettiva giuspositivista¹¹.

⁹ J.L. HALPÈRIN, *Western Legal Transplants and India*, in *Jindal Global Law Review*, 2010, Vol. 2, p. 6.

¹⁰ E. GRANDE, *L'apporto dell'antropologia alla conoscenza del diritto (Piccola guida alla ricerca di nuovi itinerari)*, in *Rivista critica del diritto privato*, 14 (1996), p. 467; U. MATTEI, P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, 1997, Padova, p. 123.

¹¹ In questo senso, proprio con riguardo al diritto indiano, è stata criticata la posizione di Menski (W. MENSKI, *Hindu Law, Beyond Tradition and Modernity*, Oxford University Press, 2003, New Delhi, p. 106), secondo il quale la mancanza di diritto scritto sarebbe la prova conclusiva del fatto che il c.d. diritto indù fosse "a complete customary law". È stato, invero, fatto notare (J. HALPÈRIN, *Western Legal Transplants and India*, cit., p. 6) che ritenere consuetudinario il diritto non scritto è l'automatica conseguenza di un preconcetto che limita le forme di manifestazione del diritto a quelle note presso gli ordinamenti occidentali. Per la scarsa connessione con l'oggetto principale della presente tesi, chi scrive non intende prendere posizione esplicita su questo aspetto, salvo osservare la difficoltà incontrata nella lettura della dottrina in *subiecta materia*, la quale molto spesso sembra arenarsi su questioni preliminari di questo tipo che – per quanto necessarie alla comprensione di realtà molto diverse – spesso finiscono per non offrire alcun valido contributo all'arricchimento delle acquisizioni conoscitive. Si rimanda, per una

A ciò devono aggiungersi le difficoltà derivanti dalla straordinaria ricchezza della letteratura *Dharmaśāstra*¹², la quale contiene – intrecciate ad un vasto complesso di teorie cosmogoniche, politiche e relative al ruolo dell'individuo nell'universo – un reticolo di regole di condotta che spazia, per utilizzare le nozioni occidentali, dai contratti, agli acquisti *a non domino*, fino alle successioni e che, in ragione di tale eterogeneità, costituisce ancora fertile terreno di studi. Tuttavia, ciò che con certezza risulta dalle fonti¹³ è che tale *set* di regole di condotta, tramandato oralmente fino alla redazione dei cc.dd. *Veda* (I secolo a.C.)¹⁴ – considerati i testi sacri della religione Hindu – vennero utilizzati come base di una qualche forma di comando giuridico tanto sotto la dominazione musulmana dell'India (dal 1200 al 1400), quanto durante il c.d. periodo Moghul (tra il 1526 e il 1707), creando una singolare, ma allo stato poco conosciuta, interazione con la legge islamica¹⁵. In definitiva, in ragione della preesistenza della legge Hindu e dell'importazione della legge coranica a partire dal 1200, in India coesistevano due statuti giuridici a base personale: quello Hindu e quello islamico.

Tali due statuti giuridici, tuttavia, non godevano della stessa dignità. Invero, data la dominazione plurisecolare dei musulmani nel territorio, la c.d. *law of the land* era la

panoramica storico-giuridica concernente l'evoluzione dell'ordinamento indiano, al lavoro di M.P. JAIN, *Outlines of Indian Legal and Constitutional History*, Wadha and Company Nagpur, 200, New Delhi.

¹² Il termine *Dharmaśāstra* è il risultato delle parole *Dharma* – tradotto generalmente con il termine “virtù” – e *Sāstra* – termine con il quale si allude ad un complesso di insegnamenti concernenti la religione, la virtù e i doveri dell'uomo e che può essere tradotto ricorrendo alla nozione di “scienza”. Il *Dharmaśāstra*, dunque, è la c.d. scienza della virtù. Cfr. A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, cit., p. 365.

¹³ R.J. DANIELS, M.T. TREBILOCK, L.D. CARSON, *The Legacy of Empire: The Common Law Inheritance and Commitments to Legality in Former British Colonies*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 59, N. 1, 2011, p. 134; S. FULLERTON JOIREMAN, *The Evolution of the Common Law. Legal Development in Kenya and India*, in *Commonwealth & Comparative Politics*, Vol. 44, N. 2, 2006, p. 195.

¹⁴ I *Veda* – termine sanscrito traducibile come “saggezza” – non contengono veri precetti giuridici ma, come si è detto nel testo, attengono alla sfera della religione. In essi sono contenute regole che si rivolgono all'individuo e che gli indicano il corretto modo di coordinare le proprie azioni con la rete di relazioni che informano l'ordine cosmico. Data la vocazione universalista di tali regole – le quali sono destinate a permeare ogni aspetto della vita dell'uomo – è sulla loro progressiva interpretazione ad opera dei Bramini che sono state ricavate, nel corso del tempo, anche precetti di natura giuridica o paragiuridica, in quanto destinati a disciplinare aspetti delle relazioni intersoggettive che, sotto il diritto romano, rientrano nel diritto delle obbligazioni. Per uno studio approfondito dell'utilizzo dei *Veda* si v. R. LINGAT, *La tradizione giuridica dell'India. Dharma, diritto e interpretazione*, Giuffrè, 1967, Milano.

¹⁵ Cfr. J.C.M. VICENT, *Legal culture and legal transplants. The evolution of the Indian legal system*, in J.A. SÀNCHEZ CORDERO, *Reports to the XVIII International Congress of Comparative Law*, in *Isaidat Law Review*, Vol 1, Special Issue 1, Article 14, 2011.

legge coranica¹⁶. Agli Hindu era, invece, riconosciuto lo status di *zimmi*, con ciò indicando gli “infedeli” che abitassero un territorio conquistato dai musulmani e ai quali era riconosciuta la libertà di praticare e seguire i propri precetti giuridici e religiosi, soprattutto in materia di famiglia.

Orbene, è in questo quadro normativo che, durante nel corso del XVII secolo, comincia a farsi strada il diritto britannico contestualmente all’allargamento dei possedimenti territoriali della Compagnia delle India Orientali.

3. La *East India Company* e l’infiltrazione del *British Common Law*.

I primi insediamenti inglesi nel subcontinente indiano risalgono al 1612, anno nel quale si ha testimonianza dell’apertura della prima rotta commerciale da parte della Compagnia nel zona di Surat, nella costa occidentale dell’India¹⁷.

A quel tempo, tuttavia, gli inglesi non erano da soli nella corsa all’accumulazione delle ricchezze indiane, contendendosi il campo con francesi, olandesi e portoghesi. Fu, tuttavia, intorno alla seconda metà del ‘700 – segnatamente nel 1763 – che la supremazia britannica sul continente poté affermarsi grazie al trattato di Parigi¹⁸ il quale, concludendo la c.d. guerra dei sette anni¹⁹, assegnava all’Inghilterra, fra gli altri, il controllo di Madras, Bombay e della regione del Bengala che, come si vedrà, avranno un ruolo centrale nella diffusione della *Common law* in quei territori²⁰.

L’affermazione dell’impero britannico in India è stata, tuttavia, un evento piuttosto singolare poiché, a differenza dell’ordinario *modus operandi* dell’espansione colonizzatrice – generalmente attuata mediante il ricorso alla sottomissione militare dei territori occupati –, essa è avvenuta attraverso la creazione di un’entità commerciale – la c.d. Compagnia delle India Orientali – al fine di promuovere in quelle zone gli interessi,

¹⁶ *Ibidem*, p. 49.

¹⁷ H. KULKE, D. ROTHERMUND, *A History of India*, Routledge, 2004, Londra, p. 193.

¹⁸ Il trattato di Parigi, firmato il 10 febbraio 1763 da Francia, Gran Bretagna e Portogallo, prevede, tra le altre cose, l’assegnazione alla Corona inglese delle zone di Calcutta, del Bengala, del Bihar, del Deccan e della città di Pondicherry. Cfr. B. STEIN, D. ARNOLD, *A History of India*, Wiley-Blackwell, 2010, Oxford, p. 211.

¹⁹ La guerra dei sette anni ebbe luogo tra il 1756 e il 1763 e vide tra i suoi protagonisti la Gran Bretagna, che ne uscì vittoriosa, la Prussia, la Russia, la Francia e l’Austria. Tra le principali cause della guerra – in realtà alimentata da diversi elementi – giova in questa sede richiamare la rivalità coloniale intercorrente tra le potenze dell’epoca, Francia ed Inghilterra. La guerra, con riguardo a questo profilo, si combatté su diversi fronti, tra i quali proprio quello indiano. Per maggiori dettagli, v. *supra*, nt. 18.

²⁰ Cfr. *Infra*, § 3.

per l'appunto, commerciali degli inglesi²¹. Ne consegue che, da un punto di vista formale, il potere degli imperatori Mughal non è stato sottratto mediante operazioni belliche, bensì eroso attraverso la progressiva espansione territoriale di cui la Compagnia si è fatta protagonista²².

In particolare, dopo alcune patenti reali riguardanti la regolazione dei rapporti tra la Compagnia delle Indie e i propri dipendenti²³, con un *Royal Charter* del 1661 Elisabetta I d'Inghilterra conferì alla riferita Compagnia il potere di amministrare, secondo il diritto inglese, la giustizia, tanto civile quanto penale, nei territori soggetti alla propria influenza e, per conseguenza, anche nei confronti di quanti, pur non direttamente alle dipendenze di essa, vivessero in tali aree. Con tale provvedimento, dunque, la Compagnia cessò di essere solamente un'entità commerciale per divenire anche un centro di potere a carattere territoriale, ponendo le basi per la creazione di un sistema giuridico britannico in territorio indiano²⁴.

Il potere così riconosciuto si tradusse nella creazione delle cc.dd. *Presidency Towns* di Madras, Bombay e Calcutta²⁵ – intese quale centro di potere amministrativo sorto

²¹ La Compagnia delle India Orientali venne fondata a Londra il 31 dicembre 1600 al fine, essenzialmente, di disciplinare la concorrenza tra i mercanti interessati ad aprire rotte commerciali in India, nel quadro di un generale interventismo dello Stato come mezzo di competizione tra potenze colonizzatrici. Ed invero, mediante una propria Royal Charter, la Regina Elisabetta I d'Inghilterra conferì alla Compagnia il monopolio per il commercio nell'Oceano Indiano, originariamente per la durata di 21 anni e, successivamente (1609), a tempo indeterminato. Il monopolio le venne revocato nel 1857, a seguito della c.d. Rivolta di Sepoy, il primo moto insurrezionale della storia indiana contro il dominio inglese, quando tutti i possedimenti della Compagnia passarono alla Corona. Cfr. K.M PANIKKAR, *A Survey of Indian History*, Asia Publishing House, 1954, Calcutta, p. 201; B. STEIN, D. ARNOLD, *A History of India*, cit., p. 227.

²² Appare opportuno precisare come l'affermazione contenuta nel testo in merito alla progressiva espansione del dominio della Compagnia non implica l'assenza totale del ricorso alle armi. Invero, proprio nel corso della citata guerra dei sette anni, la Compagnia aveva avuto modo di esprimere la propria forza militare nel quadro delle schermaglie contro il proprio omologo francese. Nella riferita cornice, la sconfitta della Francia a seguito della battaglia di Plassey del 1757, oltre ad aprire le porte alla conclusione del trattato di Parigi del 1763, condusse alla definitiva capitolazione del sultanato Moghul, alleato con la prima. Cfr., sul punto, H. KULKE, D. ROTHERMUND, *A History of India*, cit., p. 225.

²³ In particolare, con i Charters del 1600 e 1609, la Regina Elisabetta I e il Re Giacomo I d'Inghilterra riconobbero alla *East India Company* l'autorizzazione "to make, ordain and constitute such and so many reasonable laws, constitutions, orders and ordinances as to them [...] shall seem necessary [...] so always that the said laws, orders, ordinances, imprisonments, fines and amerciaments be reasonable and not contrary or repugnant to the law, statutes, customs of this Our realm". Cfr. C.M. VICENT, *Legal culture and legal transplants. The evolution of the Indian legal system*, cit., p. 27.

²⁴ H. KULKE, D. ROTHERMUND, *A History of India*, cit., p. 204.

²⁵ La creazione delle *Presidency Towns* non è avvenuta contestualmente, ma man mano che il potere della Compagnia nelle riferite zone andava consolidandosi. In particolare, la prima ad essere stata stabilita è

dall'evoluzione degli insediamenti commerciali originariamente creati dalla Compagnia – e, in esse, di tribunali chiamati a dirimere le controversie nelle quali fossero parte gli *Englishmen*. Si trattava, tuttavia, di corti non composte da giudici professionali, bensì da tre individui, di cui due mercanti e almeno un soggetto “learned in civil law”, chiamati ad applicare le consuetudini mercantili, per la soluzione di controversie aventi essenzialmente natura commerciale²⁶. Tale sistema di corti, tuttavia, pur traendo la propria legittimazione da apposite patenti reali, non apparteneva alla gerarchia giurisdizionale della Corona, in quanto creazione dell'autorità della Compagnia e, pertanto, possedeva uno *status* giuridico piuttosto indefinito²⁷.

Con il *Royal Charter* del 24 settembre 1726, tuttavia, Re Giorgio I compì una piccola rivoluzione, introducendo nelle *Presidency Towns* tribunali civili e penali che derivavano la loro autorità non più dalla Compagnia, bensì direttamente dalla Corona d'Inghilterra²⁸. La conseguenza primaria di ciò fu, evidentemente, che tali tribunali poterono essere qualificati come *Royal Courts* e, in quanto appartenenti al sistema giurisdizionale britannico, divennero soggetti all'autorità del *Privy Council*, quale supremo organo giurisdizionale in grado d'appello²⁹.

La prima conseguenza dell'attrazione delle corti delle *Presidency Towns* nell'ambito del sistema giurisdizionale inglese è consistita nella creazione di uno stabile canale di recezione del diritto britannico in India.

In un breve storno di anni, infatti, il *Privy Council* ebbe a stabilire che ogniqualvolta il diritto indiano (con ciò intendendosi le due costruzioni giuridiche Hindu e islamica) non disciplinasse espressamente una determinata fattispecie, le *Royal Courts* avrebbero dovuto applicare i principi generali del diritto inglese al fine di ricavare la regola adatta al caso concreto³⁰. A partire da quel momento, dunque, l'ordinamento indiano, nell'accezione prima indicata, apriva le porte all'ingresso di principi maturati altrove, i

stata quella di Madras, nel 1639, seguita da Bombay nel 1668 e, infine, da Calcutta nel 1690. Cfr. H. KULKE, D. ROTHERMUND, *A History of India*, Routledge, 2004, Londra, p. 230. Per una ricostruzione dettagliata delle diverse fasi e modalità che hanno condotto alla costituzione di tali divisioni amministrative si v. C.M. VICENT, *Legal culture and legal transplants. The evolution of the Indian legal system*, cit., pp. 26-36.

²⁶ M.P. JAIN, *Outlines of Indian Legal History*, cit., p. 13.

²⁷ C.M. VICENT, *Legal culture and legal transplants. The evolution of the Indian legal system*, cit., p. 34.

²⁸ M.P. JAIN, *Outlines of Indian Legal History*, cit., p. 36.

²⁹ R.J. DANIELS, M.T. TREBILOCK, L.D. CARSON, *The Legacy of Empire: The Common Law Inheritance and Commitments to Legality in Former British Colonies*, p. 167.

³⁰ *Ibidem*, p. 169.

quali poi, come si vedrà³¹, si stabilizzeranno così tanto da consentire, nel 1833, un processo di codificazione del diritto Hindu basato su principi di diritto inglese quali collettori tra le diverse aree di intervento.

Il sistema di integrazione giuridica del diritto locale con il diritto inglese venne, tuttavia, razionalizzato attraverso il c.d. *Act of Settlement* del 1781, mediante il quale il Parlamento britannico tracciò delle linee guida – formalmente dirette alla sola Corte di Calcutta, ma poi estese a tutte le *Royal Courts* – in merito alle modalità e al diritto applicabile nelle controversie oggetto di scrutinio giudiziale³². Il provvedimento parlamentare, in particolare, disponeva che dovessero trovare applicazione le seguenti fonti del diritto:

a) Il diritto inglese³³ esistente fino al 1726, purché non modificato da uno *statute* del Parlamento britannico i cui effetti fossero esplicitamente estesi all'India;

b) Gli *statutes* adottati fino al 1726, purché non modificati da successivi provvedimenti i cui effetti fossero stati esplicitamente estesi all'India;

c) I regolamenti adottati dal *Governor General of India* e registrati presso la *Royal Court of Calcutta*;

d) Il diritto Hindu nelle materia concernenti rapporti successori e contrattuali, nonché il diritto di famiglia, ogniqualvolta entrambe le parti o il convenuto fosse Hindu;

e) La legge coranica nelle medesime materie indicate al punto d), allorché entrambe le parti o il convenuto fosse musulmano.

f) Ove entrambe le parti fossero Hindu o musulmane, non avrebbe trovato applicazione il diritto inglese, salvo che le parti lo chiedessero esplicitamente.

g) Allorché le parti fossero Hindu o musulmane e i rispettivi statuti giuridici non prevedessero alcuna regola per la fattispecie concreta, il giudice avrebbe dovuto decidere secondo “*justice, equity and good conscience*”.

³¹ Cfr. *Infra*, § 3.

³² C.M. VICENT, *Legal culture and legal transplants. The evolution of the Indian legal system*, p. 37.

³³ Nel testo è utilizzata la nozione di “diritto inglese” senza tenere in conto la distinzione tra Common law ed Equity che, com'è noto, si è sviluppata attraverso un doppio corpo di regole, amministrato da diverse corti le quali, solamente nel 1873 con il famoso *Judicature Act*, sono state fuse in un unico apparato giurisdizionale. La ragione di tale scelta è da ricercare nella circostanza che in India non si è mai proceduto a creare un doppio sistema di corti per amministrare le due differenti tipologie di norme, ma le *Royal Courts* hanno storicamente applicato tanto la *Common Law* quanto l'*Equity* in modo indistinto. Cfr., sul punto, J.L. HALPÈRIN, *Western Legal Transplants and India*, p. 12. Per maggiori dettagli sulla distinzione tra *Common Law* ed *Equity* in Inghilterra, si v. U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Sistemi Giuridici Comparati*, Giappichelli, 2014, Torino, IV ed., p. 242.

Il diritto e le consuetudini locali, dunque, vennero salvaguardate esclusivamente riconoscendo a tali fonti un campo di applicazione piuttosto limitato oppure, a tutela del diritto di difesa, allorché il convenuto fosse stato un Hindu o un musulmano.

Contemporaneamente, innovando rispetto al passato, l'*Act of Settlement* procedette ad una equiparazione dei due diritti Hindu e musulmano³⁴, dimostrando così di non voler più intendere quest'ultimo come *Law of the Land*. Al contrario, lo strumento di risoluzione delle controversie, anche nelle materie connesse al diritto di famiglia, finì per diventare il diritto inglese (o almeno i principi generali di questo), mediante la previsione della clausola generale di cui si è dato conto alla lett. g)³⁵.

L'*Act of Settlement* del 1871 introdusse, dunque, una nuova gerarchia delle fonti che, all'evidenza, produsse tre primarie conseguenze.

Da un primo punto di vista, considerato il ruolo residuale della clausola "*Justice, Equity and good conscience*" – applicabile allorché non vi fossero altre fonti utilizzabili –, le corti britanniche cominciarono ben presto ad intendere lo strumento in esame come un riferimento diretto al complesso del *Common Law* inglese.

In particolare, come riportano le fonti³⁶, la portata espansiva della clausola venne innescata da due circostanze principali. In primo luogo, un ruolo non indifferente, come già visto, ha avuto la sottoposizione delle *Royal Courts* indiane all'autorità, in grado d'appello, del *Privy Council*, posto che quest'ultimo ha agito come canale mediante il quale – in sede di scrutinio delle sentenze emesse in India – potessero fare ingresso in quell'ordinamento nozioni, costruzioni e regole proprie del sistema giuridico di appartenenza del *Privy Council*. In secondo luogo, a partire dal 1862³⁷ cominciò a

³⁴ C.M. VICENT, *Legal culture and legal transplants. The evolution of the Indian legal system*, p. 39.

³⁵ La massima "*Justice, Equity and good conscience*" – che com'è noto appartiene alla cultura giuridica europea – è stata introdotta per la prima volta nella regione del Bengala intorno al 1780 e, successivamente, nelle *Presidency Towns* di Bombay e Madras mediante il provvedimento descritto nel testo. L'introduzione della clausola in discorso si è andata, con il tempo, espandendo nelle altre zone sottoposte al controllo britannico, pian piano che l'organizzazione della giustizia andava diventando più capillare. Come descritto nel testo, la riferita regola di giudizio è stata immediatamente intesa dagli *Englishman* trapiantatisi in India come "*a general reference to the rules of English law, if found applicable to Indian society and circumstances*". Cfr., per maggiori dettagli, M.C. SETALVAD, *The Common Law in India*, Steven & Sons, 1960, Londra, p. 24.

³⁶ *Ibidem*, p. 21; C.M. VICENT, *Legal culture and legal transplants. The evolution of the Indian legal system*, cit., p. 38.

³⁷ J.L. HALPÈRIN, *Western Legal Transplants and India*, p. 14; R.J. DANIELS, M.T. TREBILOCK, L.D. CARSON, *The Legacy of Empire: The Common Law Inheritance and Commitments to Legality in Former British Colonies*, p. 167.

registrarsi l'arrivo di giudici e *barristers* dalla madrepatria per l'amministrazione della giustizia in quei territori. Posto che tali tecnici del diritto si erano formati in Inghilterra e ivi avevano esercitato per lungo tempo le rispettive professioni, per essi era naturale intendere tale clausola come un chiaro richiamo al diritto britannico³⁸.

Da un secondo punto di vista, anche il riconoscimento della possibilità di ricorrere alla legge personale per Hindu e musulmani ha, sotto altre strade, permesso l'ingresso in India di costrutti giuridici inglesi, poiché la loro applicazione era demandata a giuristi formati secondo il diritto inglese che, come visto, potevano espressamente ricorrere a quest'ultimo ove la legge personale di una delle parti fosse lacunosa con riguardo allo specifico punto di diritto trattato.

In terzo luogo, un altro fattore ha giocato in modo decisivo nel senso fin qui prospettato. Invero, è stato osservato³⁹ come i giudici delle *Royal Courts* – tanto quelli non professionali, quanto, successivamente, quelli togati – incontrassero due ordini di limiti nella ricerca del diritto personale applicabile: uno era legato alla particolare natura dei diritti in discorso che – derivanti dai testi sacri delle rispettive religioni o basati su consuetudini – erano difficilmente conoscibili; un secondo problema, poi, era legato alla lingua, posto che la maggior parte di tali giuristi non conosceva né il sanscrito (lingua nel quale erano stati redatti i *dharmasatra*), né l'arabo (lingua della legge coranica).

Per tale ragione, a partire dalla seconda metà del '700, cominciarono a diffondersi, originariamente per decisione dell'allora Governatore Warren Hastings⁴⁰, una serie di compendi divulgativi aventi ad oggetto entrambi gli statuti personali.

In particolare, con riguardo alla legge Hindu, nel 1776 venne dato alle stampe un piccolo manualetto dal nome di "*Code of Gentoo Laws*", inteso quale raccolta delle principali regole in materia successoria e di diritto di famiglia. Il "codice" altro non era che una selezione delle parti "più giuridiche" delle sacre scritture, le quali dunque venivano epurate da tutte le teorie cosmogoniche o filosofiche concernenti il ruolo dell'uomo nell'universo. L'aspetto, tuttavia, più interessante di tale operazione – che potremmo definire di consolidazione – ha riguardato la traduzione in inglese delle sacre

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ N. BHATTACHARYYA-PANDA, *Appropriation and Invention of Tradition. The East India Company and Hindu Law in Early Colonial Bengal*, Oxford University Press, 2008, New Delhi, p. 56.

⁴⁰ B. STEIN, D. ARNOLD, *A History of India*, cit., p. 207. Si intrattiene molto sulla figura del Governatore, H. KULKE, D. ROTHERMUND, *A History of India*, cit., p. 225 e ss.

scritture, posto che i destinatari ideali del codice avrebbero dovuto essere, come detto, quanti erano chiamati ad amministrare la giustizia nelle corti della Compagnia delle Indie. La traduzione, inevitabilmente, ha comportato – più o meno volutamente – una riqualificazione delle regole selezionate alla luce del linguaggio e, quindi, delle categorie giuridiche proprie del diritto inglese, dando vita ad un diritto Hindu che, in virtù di tale trasformazione, gli storici del diritto hanno definito come diritto Anglo-Hindu⁴¹.

Processo per certi versi simile ha riguardato la legge islamica – altro principale statuto giuridico a base personale allora in vigore – anche se la presenza di giuristi locali formati alla luce della legislazione coranica – la quale aveva raggiunto un maggior grado di conoscibilità e sofisticatezza rispetto alla legge Hindu – ha suggerito agli inglesi un atteggiamento maggiormente cauto. Invero, la maggior parte delle contaminazioni è avvenuta attraverso la traduzione dei termini giuridici arabi in inglese⁴², mentre ad una modifica intenzionale di tale *corpus iuris* si è cercato di pervenire solamente dopo il XIX secolo, non senza le proteste dei giuristi musulmani che, con autorevolezza, sono riusciti a difendere la purezza del proprio sistema giuridico.

4. Il diritto territoriale britannico.

Come si è avuto modo di vedere attraverso l'analisi fin qui condotta, gli statuti personali Hindu e islamico avevano ad oggetto – dettando una disciplina piuttosto dettagliata – il diritto di famiglia e il diritto delle successioni. Soprattutto il diritto Hindu era, tuttavia, privo di qualsiasi regola concernente il diritto delle obbligazioni il quale,

⁴¹ L'operazione di razionalizzazione del bagaglio giuridico Hindu è stata, poi, ripetuta nel 1801 con il c.d. *Digest of Hindu Law* che, pur essendo di migliore qualità rispetto al precedente *Code of Gentoo Law*, ha nondimeno proseguito quel processo di incasellamento delle regole locali nell'ambito delle categorie giuridiche inglesi. In entrambe le occasioni, peraltro, la procedura di consolidazione ha offerto ai *law-makers* inglesi la possibilità di modificare quelle regole della legislazione Hindu che essi ritenevano inaccettabili. Un esempio, in particolare, è dato dalla disciplina successoria prevista dal diritto Hindu con riguardo alle donne, alle quali era negato qualsiasi diritto successorio. Mediante i summenzionati codici, la riferita regola venne espunta, tacitamente ammettendo il diritto delle donne a succedere. Solo nel 1937, con il *Hindu Women's Rights to Property Act* venne formalmente riconosciuto alle donne hindu il summenzionato diritto. Cfr. N. BHATTACHARYYA-PANDA, *Appropriation and Invention of Tradition. The East India Company and Hindu Law in Early Colonial Bengal*, cit., p. 59. Cfr. anche J.L. HALPÈRIN, *Western Legal Transplants and India*, p. 15.

⁴² J.L. HALPÈRIN, *Western Legal Transplants and India*, p. 17.

sotto altro versante, costituiva uno dei principali terreni di interesse della Compagnia delle Indie Orientali, in ragione, evidentemente, della natura prettamente commerciale di quest'ultima.

La limitatezza contenutistica dei complessi giuridici allora in vigore in India aveva, dunque, imposto agli inglesi di adottare, con il tempo, tutta una serie di *statutes* che consentissero di poter adeguatamente disciplinare le fattispecie più rilevanti. Nel far ciò, evidentemente, essi non poterono che produrre diritto secondo le categorie proprie dell'ordinamento di appartenenza.

Tuttavia, in tale attività di legislazione territoriale – con ciò intendendo la produzione di diritto destinato a trovare applicazione nelle zone soggette al controllo della Corona inglese⁴³ e, pertanto, a prescindere dalla religione professata dalle parti della controversia – sono state seguite due principali linee di intervento⁴⁴.

In un primo momento – compreso tra la prima metà del '700 e la prima metà dell'800 – le autorità locali (c.d. *Governors*) procedettero, da un lato, ad applicare quegli *statutes* del Parlamento inglese i cui effetti fossero stati espressamente estesi all'India e, dall'altro, in mancanza di questi ultimi, erano essi stessi a dettare una disciplina *ad hoc* attraverso apposite *Regulations*⁴⁵. In tale attività legislativa, ancora una volta, vennero utilizzate non solo la lingua inglese, ma soprattutto le categorie giuridiche e molte delle soluzioni vigenti in madre patria⁴⁶.

Tali *Regulations*, tuttavia, avevano efficacia limitata al territorio di influenza del singolo *Governor*, con la conseguenza che ben presto si creò una situazione di evidente incertezza giuridica generata dalla difformità di regolamentazione tra le diverse zone soggette al controllo inglese⁴⁷.

Per tale ragione, a partire dal 1830, l'India divenne essenzialmente terreno di sperimentazione giuridica, tentando un'operazione di normazione che – perfettamente normale nell'ambito degli ordinamenti di *civil law* – risultava particolarmente singolare per un ordinamento di *common law*: la codificazione.

⁴³ Come sottolineato *supra*, nt. 21, il 2 agosto 1858, la Regina Vittoria stabilì il c.d. *British Raj*, cioè un protettorato britannico in India, attraverso l'esautoramento dei poteri della Compagnia e l'attrazione di ogni potestà alla Corona di Inghilterra.

⁴⁴ A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, p. 375.

⁴⁵ M.C. SETALVAD, *The Common Law in India*, cit., p. 28.

⁴⁶ A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, p. 376.

⁴⁷ C.M. VICENT, *Legal culture and legal transplants. The evolution of the Indian legal system*, cit., p. 70.

In particolare, la diffusione in Inghilterra di idee di ispirazione Benthamiana⁴⁸ – alimentate dall’adozione, nel 1804, del *code civil* in Francia – aveva innescato un acceso dibattito presso il Parlamento di *Westminster* in merito all’opportunità, sostenuta dal leader riformatore James Mill (padre del più famoso intellettuale John Stuart Mill), di ricorrere alla codificazione in India come strumento di riorganizzazione della legislazione territoriale ivi vigente⁴⁹. L’intenzione reale dietro la proposta dei Benthamiani era, evidentemente, riuscire ad ottenere un successo tangibile al fine di sostenere il ricorso alla codificazione non già in India, bensì in madrepatria⁵⁰.

Al di là delle ragioni che suggerirono al legislatore britannico di non accogliere in Inghilterra tale soluzione⁵¹, la codificazione divenne ben presto una realtà in India. In particolare, nel 1835 fu insediata una *Indian Law Commission* al fine di progettare un codice penale che – dato il vero obiettivo del tentativo di codificazione – non fu altro che la razionalizzazione di regole penali già applicate alla luce del *case law* e degli *statutes* inglesi⁵². Il codice penale venne, poi, adottato il 6 ottobre 1860 e costituisce tuttora legge vigente della Repubblica indiana, benché modificato diverse volte nel corso del tempo⁵³.

Il codice penale non fu, tuttavia, l’unico prodotto di tale processo di codificazione condotto dagli inglesi. Vi furono, infatti, un codice di procedura civile (adottato nel

⁴⁸ Jheremy Bentham risultò particolarmente attratto dalla propaganda illuminista in merito all’utilità di un *corpus* di leggi dotato dei caratteri dell’unicità, completezza e universalità, tanto da farsi promotore non solo in Inghilterra, ma anche negli Stati Uniti, dell’idea di sistematizzare la *Common law* – concepito dal medesimo come possibile fonte di caos giuridico – attraverso una serie di codici normativi sul modello dell’esperienza napoleonica. L’obiettivo, anche questo di ispirazione illuminista, era quello di limitare la discrezionalità dei giudici e offrire a tutti i consociati uno strumento semplice per venire a conoscenza delle leggi. Un giudizio molto critico verso la *Common Law* venne formulato altresì da John Austin, contemporaneo di Bentham, che ebbe a qualificare tale corpus di norme come una “*childish fiction employed by our judges, that judiciary or common law is not made by them, but is a miraculous something made by nobody, existing, I suppose, from eternity, and merely declared from time to time*”. Cfr. D. FREDA, “*Stare decisis*”? *Il giudice assediato nell’Inghilterra dell’Ottocento*, in *Quaderni Fiorentini*, 2011, n. 40, p. 481.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 483.

⁵⁰ J.L. HALPÈRIN, *Western Legal Transplants and India*, p. 10.

⁵¹ La dottrina ha osservato come, tra le diverse ragioni, la più convincente si fonderebbe sulle particolari condizioni istituzionali presenti in Inghilterra al momento del tentativo di codificazione, nel senso che il diritto sostanziale era ritenuto sufficientemente organizzato da non richiedere alcuna opera di razionalizzazione, la quale al contrario era invocata nell’ambito dell’amministrazione della giustizia inglese. Cfr., sul punto, U. MATTEI, *Il modello di Common Law*, cit., p. 211.

⁵² A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, p. 376.

⁵³ *Ib.*

1861 e sostituito nel 1901), di procedura penale (adottato nel 1861 e sostituito solo nel 1974), un codice dei contratti (*Contract Act* del 1872) e in materia di prove (*Evidence Act* del 1872)⁵⁴, i quali sono ancora in vigore.

Le conseguenze di questa operazione di codificazione sono state molteplici.

Innanzitutto, il dato più evidente è quello concernente l'imponenza del trapianto giuridico riguardante fattispecie totalmente sconosciute agli ordinamenti locali, le quali venivano disciplinate mediante la massiccia importazione di istituti giuridici e soluzioni proprie del diritto inglese⁵⁵.

Nello stesso tempo, tuttavia, tali branche del diritto ricevevano, per la prima volta, una regolamentazione unitaria per l'intero territorio dell'India, gettando quel seme dell'unificazione ordinamentale che fiorirà, per mano degli indiani medesimi, nel 1947 con la redazione del testo costituzionale⁵⁶. Veniva, in altri termini, introdotta una nuova idea di diritto che, superando le barriere dell'appartenenza religiosa, identificava i propri limiti applicativi con i confini di un territorio circoscritto e, per conseguenza, cominciava ad ingenerare negli indiani un'idea di appartenenza che, contestualmente, determinava l'insorgenza di quel movimento nazionalista che – sotto la guida di Gandhi e Nehru – condurrà l'India all'indipendenza⁵⁷.

Tuttavia, una più sottile e duratura conseguenza è derivata da tale opera di codificazione. Come evidenziato dagli storici del diritto⁵⁸, la circostanza che l'ordinamento Hindu non conoscesse alcuna fattispecie concernente, ad esempio, il diritto delle obbligazioni significava, essenzialmente, l'assenza di qualsiasi termine giuridico o paragiuridico che consentisse di identificare univocamente un dato atto o fatto rilevante per quello specifico settore dell'ordinamento. Ne consegue, allora, che l'aver introdotto per la prima volta una determinata branca del diritto in inglese ha indissolubilmente legato la scienza giuridica indiana non solo a tale lingua, ma

⁵⁴ Tale legislazione, in particolare, risulterà rilevante nell'analisi che, nel capitolo IV, si farà in merito alla disciplina in materia di cartelli prevista dall'attuale *Competition Act* 2002. Si rinvia, dunque, a Parte II, Cap. IV, §

⁵⁵ H. KULKE, D. ROTHERMUND, *A History of India*, cit., p. 240.

⁵⁶ U. VAROTIL, *The Evolution Of Corporate Law In Post-Colonial India: From Transplant To Autochthony*, in *Nation University of Singapore Law Review*, Working Paper 2015/001, gennaio 2015, p. 72.

⁵⁷ *Ib.*, p. 75; C.M. VICENT, *Legal culture and legal transplants. The evolution of the Indian legal system*, cit., p. 70.

⁵⁸ A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, p. 377.

soprattutto alla scienza giuridica inglese, che ne rappresenta la sorgente. È, probabilmente, per questa ragione che, con l'indipendenza, l'India ha non solo mantenuto la legislazione del periodo coloniale, ma ha finito per strutturare il proprio ordinamento giuridico sulla base di quello britannico, salva la fondamentale differenza – mutuata dall'ordinamento americano – di introdurre una Costituzione scritta. Altresì è per questa ragione che, nel diritto oggi vigente in India, la lingua ufficiale continua ad essere l'inglese.

5. L'indipendenza del 1947 e l'assetto costituzionale della Repubblica Indiana.

Il 1947 segna l'avvento dell'indipendenza in India, sancita formalmente dal Parlamento britannico attraverso il c.d. *India Independence Act* che, tra le altre cose⁵⁹, riconoscendo all'Assemblea costituente indiana⁶⁰ una potestà legislativa piena, abilitava l'intera nazione a dotarsi di un proprio ordinamento senza subire più l'influenza inglese.

Esercitando, dunque, tale potestà normativa, l'Assemblea costituente lavorerà alacremente per quasi tre anni, dando alle stampe la nuova Costituzione della nascente Repubblica Indiana, la quale entrerà in vigore il 26 gennaio 1950.

Essa crea una federazione di Stati⁶¹, sul modello americano, ciascuno dei quali dotato di un proprio parlamento e governo, nonché di un proprio sistema di corti.

Quanto al potere esecutivo, l'Unione è affidata alla guida formale del *President of India*, che è anche capo dello Stato, mentre da un punto di vista sostanziale, esso è in mano al Governo Centrale, che prende il nome di *Union Council of Ministers*, guidato

⁵⁹ Con il medesimo atto, infatti, aveva luogo la c.d. *Indian Partition*, cioè la chiusura definitiva della questione Pakistana mediante la creazione di un'entità territoriale autonoma, a maggioranza musulmana, che prenderà, appunto, il nome di Pakistan. Cfr. H. KULKE, D. ROTHERMUND, *A History of India*, cit., p. 258.

⁶⁰ L'assemblea costituente indiana venne istituita nel 1946 nel corso di una missione diplomatica inviata dalla Gran Bretagna per risolvere i conflitti tra Hindu e musulmani che stavano insanguinando l'India e che, a causa dell'insuccesso di tale mediazione, porteranno alla c.d. *Indian Partition* di cui alla nota precedente. Il fallimento della missione diplomatica, tuttavia, non comportò lo scioglimento dell'Assemblea costituente che, dominata dalla carismatica figura di Nehru, giocherà un ruolo fondamentale nelle convulse vicende che portarono l'India all'indipendenza. Cfr. D. AMIRANTE, *India*, cit., p. 36.

⁶¹ Gli Stati dell'Unione Indiana sono in tutto 29, l'ultimo dei quali creato nel 2014. Essi sono: Andhra Pradesh, Arunachal Pradesh, Assam, Bihar, Chhattisgarh, Goa, Gujarat, Haryana, Himachal Pradesh, Jammu e Kashmir, Jharkhand, Karnataka, Kerala, Madhya Pradesh, Maharashtra, Manipur, Meghalaya, Mizoram, Nagaland, Orissa, Punjab, Rajasthan, Sikkim, Tamil Nadu, Tripura, Uttarakhand, Uttar Pradesh, Bengala Occidentale.

da un *Prime Minister*, solitamente individuato nel leader della coalizione politica avente la maggioranza presso la *House of People* (Lok Sabha)⁶².

Il Parlamento dell'Unione, infatti, risulta articolato in due camere: la camera alta, chiamata *Council of States* o *Rajya Sabha*, composta dai rappresentanti eletti dai singoli parlamenti degli Stati federati; la camera bassa, chiamata *House of People* o *Lok Sabha*, è invece composta dai rappresentanti del popolo, eletti a suffraggio universale per la durata di cinque anni. Il Parlamento esercita, naturalmente, il potere legislativo nelle materie di competenza esclusiva e concorrente dell'Unione, le quali sono espressamente previste dalla settima appendice della Costituzione⁶³.

Quanto al potere giudiziario, esso ha una struttura piramidale il cui vertice è occupato dalla *Supreme Court of India* la quale, oltre al ruolo di supremo giudice rispetto alle sentenze delle *High Courts* statali, è anche giudice costituzionale, garantendo la compatibilità a Costituzione delle leggi dell'Unione e dei singoli Stati federati e risolvendo eventuali conflitti di attribuzione tra questi⁶⁴. I precedenti della Corte Suprema vincolano – trattandosi di un ordinamento di *Common Law* – tutte le corti inferiori e le Alte Corti di ciascun Stato Federato, in ossequio al principio dello *stare decisis*⁶⁵. La Corte, tuttavia, in quanto unico interprete del testo costituzionale, non è legata ai propri precedenti, potendosene discostare liberamente.

Oltre alle riferite attribuzioni, la Corte Suprema rappresenta anche un presidio di legalità per i singoli cittadini. Invero, grazie al ricorso diretto *ex art. 32* della Costituzione⁶⁶, ciascun individuo può direttamente adire la Corte Suprema allorché ritenga che uno dei diritti garantitigli dalla Costituzione sia stato violato da un atto –

⁶² G. FRANCESCHIN, F. MISURACA, *India – Commercial Law, Customs and Taxation*, Wolters Kluwer, 2011, The Hague, p. 6.

⁶³ In particolare, la schedule n. 7th della Costituzione distingue tra *Union List* – indicando le materie di competenza esclusiva dell'Unione –, *State List* – per le materie di competenza degli Stati federati – e la c.d. *Concurrent List*, contenente le discipline oggetto di legislazione concorrente. Cfr. P.M. BAKSHI, *The Constitution of India*, Universal Law Publishing, 2010, New Delhi, p. 266

⁶⁴ M. MATE, *The Rise of Judicial Governance in the Supreme Court of India*, in *Boston University International Law Journal*, 2015, Vol. 33, p. 170.

⁶⁵ D. AMIRANTE, *India*, p. 120.

⁶⁶ La norma di cui all'art. 32, infatti, rubricata “Right to Constitutional Remedies”, stabilisce che “*The right to move the Supreme Court by appropriate proceedings for the enforcement of the rights conferred by this Part is guaranteed. (2) The Supreme Court shall have power to issue directions or orders or writs, including writs in the nature of habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto and certiorari, whichever may be appropriate, for the enforcement of any of the rights conferred by this Part*”. *Ib.*, p. 122.

legislativo, regolamentare – o una condotta di un pubblico potere. In questa cornice, come si vedrà più avanti⁶⁷, la Corte ha sviluppato la prassi delle cc.dd. *Public Interests Litigations*, con ciò intendendo una particolare azione processuale che, oltre a ristorare il singolo del pregiudizio subito, è volta a perseguire un obiettivo ulteriore – che potremmo definire “di sistema” – consistente nell’affermazione, a livello generale, di principi di ordine costituzionale nel pubblico interesse⁶⁸.

A livello dei singoli Stati federati, l’articolazione istituzionale è omologa a quella appena descritta in merito all’Unione⁶⁹.

6. Le fonti del diritto.

Con riferimento alle fonti del diritto, oltre alla Costituzione, che si pone al loro vertice, è possibile distinguere tra fonti del diritto primarie e secondarie⁷⁰.

Con riguardo alle fonti cc.dd. primarie, esse sono costituite essenzialmente dagli atti legislativi adottati dal Parlamento dell’Unione e, nelle materie ad essi riservate, dai Parlamenti dei singoli Stati federati.

Gli atti legislativi si distinguono in tre categorie:

- Acts: tali atti corrispondono, essenzialmente, alla legge ordinaria di diritto italiano, trattandosi di provvedimenti approvati, nel medesimo testo, da entrambe le Camere, su iniziativa tanto del Governo quanto del Parlamento;
- Ordinanze presidenziali d’urgenza: esse corrispondono ai decreti legge del diritto italiano, potendo essere adottati dal Governo allorché ricorrano “*circostanze che richiedono azione immediata*”⁷¹;
- *Delegated legislation*: con tale locuzione, tipica degli ordinamenti di Common Law, si identificano una serie di provvedimenti a carattere regolamentare emanati dal Governo su delega legislativa.

Con riferimento alle fonti cc.dd. secondarie⁷², esse sono costituite dal *case-law* della Corte Suprema e, con riferimento al singolo Stato federato, le decisioni della singola

⁶⁷ Cfr. *Infra*, Parte II, Cap. II, § 5.

⁶⁸ D. AMIRANTE, *India*, p. 125.

⁶⁹ G. FRANCESCHIN, F. MISURACA, *India – Commercial Law, Customs and Taxation*, p. 10.

⁷⁰ D. AMIRANTE, *India*, p. 60.

⁷¹ Così recita, in particolare, l’art. 123 della Costituzione: “*If at any time, except when both Houses of Parliament are in session, the President is satisfied that circumstances exist which render it necessary for him to take immediate action, he may promulgate such Ordinances as the circumstances appear to him to require*”. Per maggiori dettagli, P.M. BAKSHI, *The Constitution of India*, cit., p. 122 e ss.

High Court che, rispetto al territorio dello Stato di appartenenza, godono dello stesso *status* giuridico dei precedenti della *Supreme Court of India*. Ciò significa, dunque, che esse vincolano tutti i giudici subordinati, non vincolando la singola *High Court*.

⁷² G. FRANCESCHIN, F. MISURACA, *India – Commercial Law, Customs and Taxation*, p. 9.

PARTE II

CAPITOLO II

**IL *MONOPOLIES AND RESTRICTIVE TRADE PRACTICES ACT* DEL 1969 – LA
PRIMA LEGISLAZIONE ANTIMONOPOLISTICA INDIANA.**

CAPITOLO II

IL *MONOPOLIES AND RESTRICTIVE TRADE PRACTICES ACT* DEL 1969 – LA PRIMA LEGISLAZIONE ANTIMONOPOLISTICA INDIANA.

1. Premessa

La storiografia giuridica dedicata alle legislazioni a protezione del mercato ha conosciuto, nel suo divenire, l'egemonia culturale dei due grandi modelli occidentali: la legislazione statunitense e quella europea.

Tali modelli, per la complessità e la pienezza delle esperienze ad essi sottesi, hanno attratto gli sforzi degli studiosi del settore, monopolizzandone (è proprio il caso di dirlo) l'attenzione. Il risultato di tale processo è duplice: da un lato, la ricerca scientifica ad essi concernente ha raggiunto un notevole grado di approfondimento, consentendo ai legislatori e alle giurisprudenze degli ordinamenti coinvolti di potenziare gli strumenti a propria disposizione; dall'altro, tuttavia, ha retrocesso al rango di esperienze secondarie – se non relegato nel dimenticatoio – eventi giuridici riguardanti sistemi diversi da quelli sopracitati.

Sebbene, negli ultimi vent'anni, la c.d. internazionalizzazione del diritto antitrust abbia acceso i riflettori su ordinamenti minori – le cc.dd. *new competition jurisdictions*⁷³ –, la maggior parte degli studi si è limitata ad analizzare analogie e differenze tra questi ultimi e le legislazioni di riferimento⁷⁴, traducendosi in una sostanziale “caccia agli errori” che, di fatto, ha impedito di cogliere il significato concreto delle esperienze normative più recenti. Il risultato finale, dunque, è un impoverimento dei risultati scientifici e un appiattimento dei metodi di indagine.

⁷³ L'espressione, divenuta piuttosto diffusa per indicare gli ordinamenti che in tempi recenti si sono accostati alla competition law, è di R. WHISH, *New Competition Jurisdictions – Shaping Policies and Building Institutions*, Edward Elgar Publishing, 2012, Cheltenham.

⁷⁴ La letteratura in materia è vastissima. Numerosi, infatti, sono i volumi – anche pubblicati da organizzazioni internazionali – che cercano di individuare gli elementi necessari per costruire un'ottimale legislazione a tutela dei mercati. Per evitare di perdersi tra i meandri delle produzioni letterarie “private”, basta qui richiamare gli sforzi che, a partire dalla fine degli anni '90, l'OECD ha profuso per armonizzare le legislazioni antitrust tra gli stati membri dell'organizzazione medesima. A tal fine, v. OECD, *Recommendation of the Council concerning effective action against Hard Core Cartels*, 1998, reperibile presso: <http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>; allo stesso modo, v. UNCTAD, *Effectiveness of capacity-building and technical assistance extended to young competition agencies*, 2011, reperibile sul sito: http://unctad.org/en/Docs/ciclpd11_en.pdf.

Tra le legislazioni che, di fatto, sono cadute sotto la scure di questa tendenza riduzionistica v'è quella dell'India, la quale, salve le precisazioni nel prosieguo, vanta ad oggi un'esperienza quasi cinquantennale *in subiecta materia*, avendo adottato la prima disciplina antimonopolistica nel 1969: tale è stato il *Monopolies and Restrictive Trade Practices Act* (nel prosieguo, MRTP Act).

A questo primo contatto tra l'India e il diritto della concorrenza è dedicato questo capitolo.

Invero, come si vedrà nel prosieguo, l'India, all'epoca dell'introduzione di tale legislazione, era un paese caratterizzato da una politica economica di stampo socialista, con un forte accentramento delle politiche di allocazione delle risorse e un altrettanto rigido sistema di pianificazione del loro utilizzo. Appare, dunque, singolare la scelta di adottare una legislazione antimonopolistica nel quadro di un sistema economico così congeniato.

Per tale ragione, dopo una premessa dedicata alla descrizione della situazione di politica economica nella quale il MRTP Act 1969 ha preso le mosse, si passerà ad analizzare brevemente le previsioni del medesimo e la relativa prassi applicativa. L'obiettivo del presente capitolo è duplice:

1) in primo luogo, come accennato, si cercheranno di comprendere le ragioni che hanno spinto il legislatore ad adottare il MRTP Act 1969;

2) in secondo luogo, si cercherà di isolare una serie di elementi che, si ritiene, potrebbero costituire un'utile lente per analizzare e per spiegare alcune soluzioni normative che, invece, caratterizzano l'odierno Competition Act 2002.

2. Una legislazione antimonopolista nel quadro di una *planned economy*. La gestazione del *MRTP Act*.

Nonostante le tinte romantiche di "*Midnight's Children*"⁷⁵, all'indomani dell'indipendenza l'India era un paese al collasso, con un'economia prevalentemente

⁷⁵ "I was born in the city of Bombay... once upon a time. No, that won't do, there's no getting away from the date: I was born in Doctor Narlikar's Nursing Home on August 15th, 1947. And the time? The time matters, too. Well then: at night. No, it's important to be more... On the stroke of midnight, as a matter of fact. Clock-hands joined palms in respectful greeting as I came. Oh, spell it out, spell it out: at the precise instant of India's arrival at independence, I tumbled forth into the world. There were gasps. And, outside the window, fireworks and crowds" Il romanzo, che è valso al suo autore – Salman Rushdie – il *booker prize*, racconta mediante gli occhi di Saleem Sinai, la transizione dell'India dall'esperienza del

agricola – ma tecnologicamente arretrata⁷⁶ – e un’industria che, a causa del particolare modello imprenditoriale sviluppato dagli inglesi, presentava un elevatissimo grado di concentrazione⁷⁷.

Il processo di industrializzazione dell’India coloniale, infatti, era venuto a strutturarsi secondo un impianto organizzativo finalizzato ad assecondare gli obiettivi di massimizzazione dei profitti, dapprima, della Compagnia delle Indie Orientali e, successivamente, della Corona britannica⁷⁸. Il sistema in discorso – denominato *Managing Agency System* – consisteva essenzialmente nell’affidamento del *management* di una società – formalmente soggetta al controllo di un *board of directors* – ad una persona fisica o giuridica – che prendeva il nome di *Managing Agent*, appunto – la quale, per la propria opera, riceveva una remunerazione commisurata all’attività di gestione. Generalmente, era lo stesso *board of directors* della società gestita ad individuare il *Managing Agent* cui affidare l’amministrazione.

La *ratio* di questo sistema riposava nella necessità – della Compagnia delle Indie e/o della Corona – di supplire alla scarsità, tra gli autoctoni, di imprenditorialità, capitale di rischio o anche solo di talenti manageriali capaci di condurre attività commerciali⁷⁹.

Prima dell’arrivo degli inglesi, infatti, mancava in India un tessuto propriamente imprenditoriale che fosse idoneo all’amministrazione di società strutturate secondo il modello capitalistico impostosi in Inghilterra con la rivoluzione industriale. Pertanto, le poche professionalità presenti – “importate” dalla madrepatria o miracolosamente rinvenute sul territorio – venivano massimizzate affidando loro la gestione di più società.

colonialismo britannico all’indipendenza, passando per il doloroso evento della c.d. *Indian partition*. Cfr. S. RUSHDIE, *Midnight’s Children*, Jonathan Cape Ltd., 1980, Londra.

⁷⁶ J.J. BOILLOT, *L’economia dell’India*, Il Mulino, 2007, Bologna, p. 16; A. VARSHNEY, *Democracy, Development and the Countryside: Urban-Rural Struggles in India*, Cambridge University Press, 1995, Cambridge, p. 35.

⁷⁷ A. GHOSH, *Concentration in Indian Industries*, in *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 23, n. 3, 1975, p. 208; H. FULDA, I. TILL, *An antitrust Policy for India*, in *Antitrust Bulletin*, 1968, p. 373; R.K. HAZARI, *The structure of the Corporate Private Sector: A Study of Concentration, Ownership and Control*, Asia Publishing House, 1966, New Delhi, p. 358.

⁷⁸ K.G. RAY, *The forgotten Managing Agency System: a nineteenth century model of Indian corporate governance*, in *Social Responsibility Journal*, Vol. 5, n. 1, 2005, p. 117; A. GHOSH, *A Critique of antitrust policy in India*, in *Antitrust Bulletin*, 1974, p. 852; B.B. KLING, *The Origin of the Managing Agency System in India*, in *The Journal of Asian Studies*, Vol. 26, n. 1, 1966, p. 41.

⁷⁹ P.S. LOKANATHAN, *Industrial Organization in India*, Allen & Unwin, 1935, London, p. 25; A. GHOSH, *A Critique of antitrust policy in India*, cit., p. 852.

Tuttavia, tale sistema – nato per scopi essenzialmente pratici, tanto da non avere omologhi altrove – presentava in sé il germe della degenerazione. Per sua natura, esso ha presto condotto alla concentrazione del potere nelle mani di pochi gruppi – generalmente a base familiare – che hanno avuto la lungimiranza e il sufficiente appetito per sfruttare lo stato delle cose⁸⁰. A seguito della prima guerra mondiale, infatti, la progressiva retrocessione della Corona dinnanzi alle prime istanze indipendentiste indiane⁸¹ determinava una carenza di “gestori”, non passata inosservata ai pochi imprenditori locali dotati di sufficienti risorse economiche per costituire le proprie *Managing Agency*.

Il vecchio sistema battente bandiera inglese veniva, dunque, “ereditato” dalla nascente classe media indiana, che ne manteneva saldamente il controllo e ne impediva l’esplosione in galassie imprenditoriali indipendenti.

In questo contesto, la ricostruzione della nuova India indipendente veniva affidata al leader del movimento anticolonialista Jawaharlal Nehru che, in qualità di Premier della nascente repubblica, fisserà i contorni della politica economica che contraddistinguerà il paese fino, grosso modo, alla svolta liberale del 1991⁸².

Nehru – profondamente affascinato dai successi che il modello sovietico allora riportava⁸³ – stabilizzava il sistema di pianificazione dell’economia nazionale – già messo a punto con la creazione, nel 1938, del *National Planning Committee* – la cui direzione veniva affidata all’economista P.C. Mahalanobis. La visione di politica economica che permeava l’azione dei primi governi repubblicani legava indissolubilmente il mantenimento dell’indipendenza politica dello Stato all’indipendenza che l’economia indiana sarebbe riuscita a garantirsi sui mercati internazionali⁸⁴. La leva su cui si decise di puntare per far ripartire l’economia venne

⁸⁰ S.K. RAY, *The Indian economy*, Prentice-Hall of India Ltd, 2007, New Delhi, p. 187; A. GHOSH, *Indian Economy: The Nature and Problems*, World Press, 1975, Calcutta.

⁸¹ Cfr. *Supra*, Parte I, Cap.I, p. 12. V. anche nt. 14.

⁸² A. PANAGARIYA, *India: The emerging Giant*, Oxford University Press, 2010, Oxford, p. 25; J.J. BOILLOT, *L’economia dell’India*, cit., p. 20; Cfr., B.R. NAYAR, *The Modernization Imperative and Indian Planning*, Vikas Publishing, 1972, New Delhi, p. 127.

⁸³ J.J. BOILLOT, *L’economia dell’India*, cit., p. 26.

⁸⁴ Così Nehru parlava alla *Federation of Indian Chamber of Commerce and Industry* nel 1953: “*One thing is clear to me: that if we do not develop heavy industry here, then we either eliminate all modern things such as railways, airplanes and guns, as these things cannot be manufactured in small-scale industry, or else import them. But to import them from abroad is to be the slaves of foreign countries. Whenever these countries wished they could stop sending these things, bringing our work to a halt; we*

individuata nel settore pubblico, l'unico in grado di mettere in campo risorse a tal fine sufficienti senza perdere di vista l'obiettivo di una riduzione dei tassi di sperequazione sociale⁸⁵.

In particolare, nella migliore tradizione socialista, l'azione programmatica dello Stato trovava la propria espressione sul piano strettamente operativo, da un lato, nei piani quinquennali di sviluppo e, dall'altro, nelle cc.dd. *Industrial Policy Resolutions* del 1948 e del 1956⁸⁶. Mediante tali documenti veniva accordata precedenza all'investimento pubblico nell'industria pesante, il cui controllo era affidato al governo centrale il quale, nel contempo, limitava l'attività nel settore privato⁸⁷. Più nel dettaglio, lo Stato riservava a sé determinati settori ritenuti strategici per lo sviluppo nazionale, sottoponendo i settori lasciati all'iniziativa dei privati ad un rigido sistema di licenze industriali – il c.d. *License Raj*⁸⁸ – ispirato dall'obiettivo di controllarne e indirizzarne la crescita.

L'adozione di un sistema di licenze in una situazione di elevata concentrazione di mercato realizzava, però, effetti aberranti.

Nel 1960, al termine del secondo *five-years economic plan*, il Governo istituiva un comitato di ricerca per comprendere secondo quali direttrici il paese fosse cresciuto negli ultimi dieci di pianificazione⁸⁹. I risultati dello studio, condotto dal già citato Mahalanobis, gettavano una prima ombra sugli sforzi del governo: “*there can be no denying the social significance of the concentration of economic power that exists and has grown over the plan periods in the hands of comparatively few individuals. [...] To what extent and the manner in which the concentration is obtained leads to anti-social consequences [...] and what remedial measures are required are all important problems that need answering. But this can be done only after a thorough and comprehensive inquire by a full-time organization created solely for the purpose of*

would thus remain slaves”. Cfr., B.R. NAYAR, *The Modernization Imperative and Indian Planning*, cit. p., 113.

⁸⁵ A. PANAGARIYA, *India: The emerging Giant*, cit., p. 31.

⁸⁶ Cfr. E.P.W. DA COSTA, *India's new Five-Year Plan*, in *Review of Foreign Affairs*, 1955, p. 665; A. MEHTA, *Economic Planning in India*, Young India Publications, 1970, New Delhi, p. 47.

⁸⁷ N. OZA, *Curbing Concentration of Economic Power: A Critique of the New Licensing Policy*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 8, n. 16, p. 761; R. SINGH, *Shifting Paradigms, Changing Contexts: Need for a New Competition Law in India*, in *Journal of Corporate Law Studies*, Vol. 8, I, p. 149.

⁸⁸ A. GHOSH, *A Critique of antitrust policy in India*, cit., p. 855; J.J. BOILLOT, *L'economia dell'India*, cit., p. 24.

⁸⁹ Cfr. *Report of the Monopolies Inquiry Commission*, India Press, 1965, New Delhi, p. 41.

*inquiring into the concentration of economic power in the non-governmental corporate private sector*⁹⁰.

Il 16 aprile 1964, accogliendo il suggerimento di cui al rapporto Mahalanobis, il Governo istituiva la c.d. *Monopolies Inquiry Commission* (nel prosieguo, MIC), al fine di condurre una più specifica indagine attorno alla dimensione e ai possibili rimedi contro la concentrazione di potere economico in mani private⁹¹.

Il report della MIC, pubblicato nell'ottobre del 1965⁹², tratteggiava una situazione drammatica – con un quinto delle risorse del settore privato in mano ai gruppi industriali Tata e Birla⁹³ –, imputando gran parte delle responsabilità proprio alle *policies* governative. Le riferite *Industrial Policy Resolutions* – e il sistema di licenze che ne è scaturito – ponevano, infatti, elevate barriere all'ingresso dei mercati che finivano per proteggere la posizione di quanti (pochi) fossero già insediati nel mercato. La conseguenza primaria di ciò – secondo il Report – è che “*monopolistic and restrictive practices are not imaginary but do exist in a large measure either at present or potentially*”⁹⁴.

⁹⁰ *En passant*, è interessante sottolineare come il rapporto Mahalanobis non sia minimamente scalfito dall'idea che una delle cause dell'incremento del tasso di concentrazione economica sia proprio la politica governativa. Come si può notare, infatti, il suggerimento di istituire una nuova commissione di inchiesta copre esclusivamente il *non-governmental corporate private sector*, accordando (o tentando di accordare) un supporto preventivo e incondizionato agli sforzi profusi dal Governo. Tale stato di cose, tuttavia, non stupisce ove si consideri la citata dichiarazione alla luce dell'ideologia che permeava l'azione in campo economico.

⁹¹ Il mandato della MIC consisteva, in particolare, in: “*a) to enquire into the extent and effect of concentration of economic power in private hands and the prevalence of monopolistic and restrictive practices in important sectors of economic activity other than agriculture, with special reference to 1) the factors responsible for such concentration and monopolistic and restrictive practices, and 2) their social and economic consequences, and the extent to which they might work to common detriment; and b) to suggest such legislative and other measures that might be considered necessary in the light of such inquiry, including, in particular, any new legislation to protect essential public interests and the procedure and agency for the enforcement of such legislation*”. Cfr. A. CHAUDHURI, *Anti-Monopoly at Work*, in *Social Scientist*, Vol. 2, n. 1, 1973, p. 48.

⁹² Cfr. *Report of the Monopolies Inquiry Commission*, India Press, 1965, New Delhi.

⁹³ Il Report elenca minuziosamente - per un elevato numero di industrie - le quote di mercato possedute, al 1964, dalle quattro principali imprese attive nel singolo mercato. Per ovvie ragioni connesse all'economia del lavoro, si rimanda direttamente al testo del Report. In ogni caso, per dare un'idea del tasso di concentrazione all'epoca esistente, si può osservare, richiamando i dati riassuntivi contenuti nel medesimo Report, come su 100 prodotti analizzati, 65 avevano un CR4 superiore a 75%; mentre 83 superiore al 50%. Cfr. *Report of the Monopolies Inquiry Commission*, cit. p. 47. Per spirito di precisazione, infine, va sottolineato che, quando nel testo si è fatto riferimento genericamente a “Tata e Birla”, si è trattato dei capostipite degli odierni colossi industriali Tata Group e Aditya Birla Group.

⁹⁴ *Report of the Monopolies Inquiry Commission*, cit., p. 53.

Ciò che, tuttavia, non viene detto espressamente nel *Report* – ma che, nondimeno, traspare⁹⁵ – riguarda, come si accennava, la particolare interazione tra il sistema delle *Managing Agency* e il sistema del *License Raj*. Emergeva, invero, come i gruppi industriali privati avessero tratto ingenti vantaggi dal sistema di licenze, attraverso una strategia di *pre-emption*, che le sottraeva ai potenziali nuovi entranti⁹⁶. Se a tale strategia si aggiunge l'assenza di una politica di programmazione nella concessione delle licenze⁹⁷ e – secondo alcuni autori⁹⁸ – la facile corruttibilità dei burocrati preposti a tali concessioni, lo scenario finale non lascia spazio all'immaginazione: lo Stato – nell'obiettivo di raggiungere un *rate* di crescita a doppia cifra – allarga la propria influenza, ingrandendo progressivamente il peso di una macchina che, assiomaticamente ritenuta adeguata, non riuscirà a mostrare l'efficienza richiesta dalle evoluzioni del mercato; i residui spazi interstiziali tra i molteplici settori di competenza statale vengono, però, ad essere occupati dai (pochi) gruppi industriali sorti dalla perpetuazione del sistema delle *Managing Agencies* i quali, a loro volta, sfruttando a proprio vantaggio le politiche di controllo statali, riescono ad assicurarsi contro il pericolo che *new comers* facciano ingresso nei mercati di competenza⁹⁹, logicamente accrescendo la propria influenza.

Bisognava, pertanto, intervenire.

⁹⁵ In particolare, la MIC ha modo di osservare come il sistema di licenze industriali “*however necessary from other points of view, has restricted the freedom of entry into industry and so helped to produce concentration*”. Cfr. *Report of the Monopolies Inquiry Commission*, cit., p. 36.

⁹⁶ Tale dato, in realtà, traspare da un ulteriore procedimento di inchiesta che il Governo – mediante l'ormai consuetudinaria istituzione di un comitato di indagine – aveva instaurato al fine di comprendere quali fossero i risultati prodotti dalla *Licensing Policy*. Nel *Report* – che prende il nome dal Presidente della Commissione d'inchiesta, R.K. Hazari – si legge: “*the Birlas (amongst others) have engaged in the successful strategy of pre-empting licensable capacity in a number of industrial areas for the express purpose of keeping out possible competitors. In about half of these cases, apparently the Birlas had no intention in the first place of any follow-up on these approvals, or subsequently made the decision to make no use of them*”. Cfr. R.K. HAZARI, *Industrial Planning and Licensing Policy – Interim Report to Planning Commission*, 1966, Bombay, p. 11.

⁹⁷ N. OZA, *Curbing Concentration of Economic Power: A Critique of the New Licensing Policy*, cit., p. 762.

⁹⁸ H. FULDA, I. TILL, *An antitrust Policy for India*, cit. p. 376.

⁹⁹ Le valutazioni da ultimo condotte – è bene sottolinearlo – non emergono con tale evidenza dall'insieme dei *Report* d'inchiesta commissionati dall'allora Governo Nehru, ma sono oggi possibili – e sono state possibili, soprattutto, agli studiosi successivi – in ragione del venir meno del dogma del necessario coinvolgimento dello Stato nella competizione tra imprese.

3. Il 1969 e il *MRTP Act*.

La ricetta che la MIC offriva al governo per reagire all'accertata concentrazione economica era, in apparenza, semplice: la creazione di un sistema di controllo, basato sull'istituzione di una commissione permanente ed indipendente dal Governo che, da un lato, monitorasse costantemente il mercato in modo da impedire operazioni che risultassero in un incremento nocivo del grado di concentrazione e, dall'altro, disponesse dei poteri per reprimere eventuali pratiche restrittive della concorrenza.

Raccogliendo – in parte¹⁰⁰ - le indicazioni così fornite, il Governo – a quel tempo guidato dalla controversa figura di Indira Gandhi – dava alle stampe il *Monopolies and Restrictive Trade Practices Act*, il quale entrava in vigore il 1° giugno 1970.

L'atto in esame è stato modificato svariate volte, perché diverse sono state le difficoltà applicative cui aveva dato luogo la sua – secondo alcuni¹⁰¹, non adeguatamente ponderata – struttura normativa. I giudizi espressi, soprattutto in tempi più recenti¹⁰², dalla letteratura di settore – in particolare indiana – sono piuttosto negativi. Come si vedrà meglio nel prosieguo, infatti, è opinione corrente quella per il quale il *MRTP Act* fosse strutturalmente inadatto ad evitare l'accumulo di potere di mercato da parte di singole imprese o gruppi di esse e, pertanto, fosse sostanzialmente inidoneo a costituire un valido presidio a tutela della concorrenza. In altri termini, l'idea generale è che il *MRTP Act* sia stato una semplice “*charade without a purpose*”¹⁰³.

Chi scrive, tuttavia, è di diverso avviso. L'idea che si vuole sostenere, infatti, è che l'atto, così come formulato nel 1969, fosse in realtà perfettamente coerente con gli obiettivi di politica economica che, dall'indipendenza, le autorità governative avevano cominciato a perseguire. In questo senso, come si vedrà, l'atto non inserisce tra i suoi

¹⁰⁰ Come si vedrà nel prosieguo, infatti, il principale punto di attrito tra le raccomandazioni del MIC e la successiva attività normativa in materia è, invero, l'assenza di indipendenza della *MRTP Commission*. Cfr. N. OZA, *Futility of the Monopolies Commission*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 8, n. 1, 1973, p. 21.

¹⁰¹ P.S. MEHTA, *Competition and Regulation in India*, Institute for Regulation and Competition, 2007, Jaipur, p. 69; N. OZA, *Putting Teeth into the Monopolies Act*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 6, n. 30, 1971, p. 1705; N.R. RAMPILLA, *A developing judicial perspective to India's Monopolies and Restrictive Trade Practices Act of 1969*, in *The Antitrust Bulletin*, n. 43, 1989, p. 664.

¹⁰² Si veda, ad esempio, S. PARTHASARATHY, *Competition Law in India*, in F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *International Encyclopaedia of Competition Law*, Wolters Kluwer Law, 2014, The Hague, p. 31.; V.K. SINGH, *Competition Law and Policy in India: The Journey in a Decade*, in *NUJS Law Review*, Vol. 4, 2011, p. 524; T. RAMAPPA, *Competition Law in India*, Oxford University Press, 2014, New York, p. 16.

¹⁰³ S. CHAUDHURI, *Charade with a Purpose*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 21, n. 50, 1986, p. 2151.

scopi l'obiettivo di contrastare la concentrazione economica in sé considerata, né tale scopo rientrava tra i suggerimenti che il MIC rivolgeva al Governo. Non a caso, nel momento in cui le politiche economiche si orienteranno, a partire dagli anni '90, verso un maggior grado di apertura al mercato, la legislazione di settore subirà un profondo mutamento con l'adozione del più recente Competition Act 2002.

La fallacia argomentativa in cui cadono molti degli autori contemporanei, in altri termini, consiste nel valutare con gli occhi del moderno studioso del diritto della concorrenza – e quindi, alla luce delle odierne acquisizioni teoriche in materia – le soluzioni normative adottate quasi mezzo secolo indietro. Naturalmente, non si vuole sostenere come il MRTP Act fosse, in ogni sua parte, un coerente compendio di legislazione antimonopolistica. L'obiettivo, al contrario, è quello di riabilitare la memoria di un pezzo di storia giuridica dell'India che – forse comprensibilmente¹⁰⁴ – è stato vittima di una sbrigativa *damnatio memoriae*.

A tal fine, si offrirà una panoramica del contenuto della legge, tenendo conto delle più rilevanti innovazioni intervenute nel tempo e delle posizioni della dottrina. Si cercherà, ove possibile, della prassi applicativa la quale, per i motivi che si diranno, è piuttosto lacuna e di difficile reperibilità. Al termine dell'analisi, si tenterà una ricostruzione dello spirito della legge, nell'obiettivo di enuclearne i connotati essenziali.

3.1. Il MRTP Act: il contenuto normativo in una prospettiva diacronica.

Come si è anticipato *supra*, il 1° giugno 1970 entrava in vigore il MRTP Act, redatto grossomodo sulla base delle raccomandazioni inoltrate dal MIC. Pare, allora, opportuno citare direttamente il contenuto di tali raccomandazioni, perché si ritiene sia altamente esplicativo delle scelte poi, in concreto, effettuate dai *drafters* del MRTP Act.

A conclusione Report, infatti, poteva leggersi la seguente dichiarazione: “*We don't need to strike at the concentration of economic power as such, but should do so only when it becomes a menace to the best production (in quality and quantity) or to fair*

¹⁰⁴ Il nome del MRTP Act, come accennato, è legato alla controversa figura di Indira Gandhi, durante i governi della quale si è assistito ad un progressivo accentramento dei poteri di governo in capo alla medesima, con un sostanziale esautoramento della collegialità di governo. Il punto culminante, in particolare, si raggiunse quando la Gandhi, nel 1975, proclamò lo stato d'emergenza per insurrezione interna ex art. 352 Cost. per contrastare gli effetti di una sentenza dell'alta corte di Allahbad che aveva accertato irregolarità nelle compezioni elettorali del 1971. Cfr., per maggiori dettagli, V.A.P. PANANDIKER, A.K. MEHRA, *The Indian Cabinet. A Study, in Governance*, Kornak Publishers, 1996, New Delhi.

*distribution. To accomplish this, a constant watch must be kept by a body independent of Government [...]. Monopolistic conditions [...] are to be discouraged if this can be done without injury to the interest of the general public. Monopolistic and restrictive practices must be curbed except when they conduce to the common good*¹⁰⁵.

In sintonia con il contenuto del Report, il preambolo dell'adottando MRTP Act precisava come lo stesso fosse “*an Act to provide that the operation of the economic system does not result in the concentration of economic power to the common detriment, for the control of monopolies, for the prohibition of monopolistic and restrictive trade practices*”.

L'atto, dunque, già nelle sue linee introduttive, metteva immediatamente in evidenza come il proprio scopo non fosse quello di impedire il raggiungimento, da parte dei privati, di posizioni di monopolio, né di introdurre strumenti utili a ristabilire una situazione di mercato competitiva. Esso, al contrario, dichiarava di fornire un supporto normativo per evitare che la concentrazione del potere economico – della quale si prendeva atto – non si traducesse *pro futuro* in comportamenti abusivi contrari al pubblico interesse. In altri termini, dal Report del MIC e dal preambolo del MRTP Act non emergeva alcun giudizio di valore sulla concentrazione di potere economico in sé considerata, la quale veniva in evidenza come fonte meramente potenziale di pregiudizio ad un non meglio specificato “*common good*”¹⁰⁶.

Per garantire il raggiungimento degli obiettivi dichiarati, l'atto si componeva di due grandi gruppi di disposizioni che, nel prosieguo, verranno partitamente analizzati:

A – *Norme dirette ad istituire un controllo sui processi di crescita esterna delle imprese.*

Dopo le norme meramente definitorie e quelle dedicate all'istituzione di una MRTP Commission, si apriva il *Chapter III* dedicato, appunto, alla “*concentration of economic power*”.

¹⁰⁵ Cfr. *Report of the Monopolies Inquiry Commission*, cit., p. 159.

¹⁰⁶ Appare utile fin da adesso accennare – salvo, poi, ritornare sull'argomento – che le nozioni di “*common good*”, “*public interest*” o “*common detriment*” non vengono in alcun modo definite o riempite di contenuto, né nel Report del MIC, né nel testo del MRTP Act. Come si vedrà più avanti, è evidente come non avrebbe potuto essere diversamente, posto che, in un sistema di *planned economy*, è al Governo che spetta individuare gli obiettivi di interesse nazionale. Cfr. *Infra*, § 3 e 4, nonché nt. 67.

Tale capitolo – abrogato nel 1991 a seguito della svolta liberalizzatrice¹⁰⁷ – istituiva un sistema obbligatorio di registrazione per tutte quelle imprese suscettibili di essere considerate “*dominant*” alla luce delle soglie dimensionali individuate nel testo normativo¹⁰⁸, le quali, a loro volta, prendevano in considerazione il valore degli *assets* posseduti dalle imprese e *non* già le quote di mercato detenute.

La registrazione – da effettuarsi presso un apposito registro curato dall’ufficio del c.d. *Registrar*, interno alla MRTP Commission¹⁰⁹ – era propedeutica al controllo che, su tali imprese, il Governo (e *non* la Commissione) sarebbe stato chiamato ad effettuare.

In particolare, il MRTP Act prevedeva che qualsiasi sostanziale incremento della capacità produttive dell’impresa dominante, qualsiasi ipotesi di concentrazione o costituzione di una nuova impresa operativa, nonché la nomina di ogni nuovo amministratore avrebbero dovuto essere previamente notificate al Governo, affinché questo potesse valutare la compatibilità tra le riferite operazioni e l’interesse della nazione¹¹⁰.

A tal fine, la concentrazione di potere economico – termine di per sé improprio, con il quale, all’evidenza, si intendeva indicare l’accentramento dei mezzi di produzione in capo alla singola impresa¹¹¹ – era ritenuta pregiudizievole per l’interesse pubblico non *ex se*, ma in via meramente eventuale.

¹⁰⁷ Cfr. *Infra*, Cap. III, §§ 2 e ss.

¹⁰⁸ In particolare, erano definite “*dominant undertakings*” quelle le imprese i cui assets – compresi anche quelli posseduti da imprese controllate – fossero almeno pari a 20 milioni di rupie, al valore del 1969. Cfr. MRTP Act, Sec. _ 2, lett. d).

¹⁰⁹ H.K. PARANJAPPE, *The MRTP Amendment Bill: A Trojan Horse*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 19, n. 17, 1984, p. 716.

¹¹⁰ S. CHAUDHURI, *Growth with Government Blessings*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 9, n. 20, 1974, p. 775; J. SINGH, *Monopolistic Trade Practices and Concentration of Economic Power: Some Conceptual Problems in MRTP Act*, cit., p. 4439.

¹¹¹ La più informata dottrina indiana che si è occupata – con un lodevole tentativo di approfondimento teorico – della materia, ha avuto modo di sottolineare come, in India, il dibattito attorno alla concentrazione del potere economico non si sia svolta – come avvenuto negli altri ordinamenti – avendo riguardo alla situazione dei singoli mercati (c.d. *industry-wise concentration*), bensì con riferimento ad un ipotetico mercato nazionale comprensivo di tutti i mezzi di produzione (c.d. *national-wise concentration*). La spiegazione di tale modo di procedere è, a parere della medesima dottrina, da individuare nella visione di matrice socialista che guarda, essenzialmente, alla titolarità del capitale necessario alla produzione. In quest’ottica, allora, è evidente che il legislatore abbia selezionato quale parametro rilevante per il proprio intervento il valore degli assets detenuti dalla singola impresa (si v., A.N. OZA, *Monopolies and Restrictive Practice Bill*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 4, n. 1, 1969, p. 95). Sarebbe interessante, come ipotetico argomento di ricerca, comprendere se, nelle legislazioni degli altri paesi di matrice socialista sia stato adottato un criterio sostanzialmente simile. Ad oggi, non potendo rivolgere lo

Invero, l'obiettivo di tale procedimento di registrazione era quello di accendere un faro sulle future operazioni di quelle imprese che, in ragione delle proprie dimensioni considerate in termini assoluti, si riteneva opportuno tenere sotto osservazione. Il termine di confronto, in base al quale valutare positivamente o negativamente la singola operazione sottoposta allo scrutinio del Governo, era naturalmente il già riferito interesse pubblico¹¹².

Di tale nozione, tuttavia, non era dato trovare traccia nel testo dell'atto. Solo la *Section 14* del medesimo, in modo piuttosto evasivo, si premurava di indicare una serie di criteri-guida per operare la valutazione in discorso. In particolare, una delle riferite operazioni avrebbe potuto ricevere il *placet* governativo allorché:

- consentisse di raggiungere un'efficiente produzione, distribuzione e/o fornitura di beni, in volumi e ad un prezzo tali da soddisfare le esigenze della difesa nazionale o del mercato nazionale;
- consentisse una più efficiente organizzazione del commercio;
- conducesse all'utilizzo e all'allocazione ottimale delle materie prime;
- assicurasse lo sviluppo tecnologico e la promozione o l'espansione dei mercati;
- consentisse la nascita di nuove imprese in grado di esercitare un *counter-vailing power* nei confronti delle imprese già insediate in un dato mercato;
- favorisse lo sviluppo equilibrato delle regioni.

Il riferito sistema, com'è agevole intuire, pare legato a doppio filo all'impianto di controllo già messo a punto con la disciplina delle licenze industriali, ponendosi quale *continuum* normativo rispetto a quest'ultimo¹¹³. Entrambi, infatti, appaiono ispirati dalla

sguardo verso l'erede della vecchia URSS, la quale ha adottato una legislazione antimonopolistica a partire dalla celebre svolta politica della *glasnost*, (Cfr. OECD, *Competition law and policy in Russia – An OECD peer review*, 2004, reperibile al seguente link: http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/320_05515.pdf), un punto di riferimento potrebbe essere l'ordinamento cinese che – espressamente – si definisce quale economia socialista di mercato. Giova sottolineare, tuttavia, come la legislazione cinese – ispirata al modello europeo – faccia riferimento espresso alle quote di mercato e, dal punto di vista pratico, ad oggi sono pochi i casi di abusi di posizione dominante di cui si ha notizia, essendo l'economia cinese prevalentemente formata da piccole imprese e dai colossi industriali a partecipazione statale. Sul punto, cfr. W. ZHENG, *Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure and State Control*, in *Journal of International Law*, Vol. 32, n. 2, 2010, p. 692; X. WANG, J. SU, *Competition Law in China*, Kluwer Law International, 2014, The Hague, p. 64.

¹¹² N. OZA, *Putting Teeth into the Monopolies Act*, cit., p. 1707.

¹¹³ A. BHATTACHARJEA, *India's New Competition Law: A Comparative Assessment*, cit., p. 612; H. FULDA, I. TILL, *An Antitrust Policy for India*, cit., p. 382.

medesima logica dirigistica, che vede il Governo quale responsabile principale delle dinamiche di mercato e dello sviluppo dell'economia.

Se tale premessa è vera – al di là del fatto che fosse, nel merito, una soluzione appropriata – è, allora, evidente che spettava al Governo sorvegliare – una volta accertata l'esistenza di un elevato tasso di concentrazione di potere economico – che le imprese dotate di una certa influenza non accrescessero ulteriormente le proprie dimensioni in modo incompatibile all'interesse pubblico. *Rebus sic stantibus*, il ruolo della MRTP *Commission* veniva relegato a quello di mero ente consultivo, cui affidare eventuali indagini conoscitive al fine di stilare un *report* informativo, comunque non vincolante per il Governo, cui spettava in ogni caso l'ultima parola.

L'assetto normativo in esame sembra, altresì, coerente con le indicazioni del MIC, nella parte in cui si sottolinea che il potere monopolistico avrebbe dovuto essere trattato come un “sorvegliato speciale”, in modo da assicurare che esso non confliggesse con l'interesse comune che, all'evidenza, veniva a coincidere con il contenuto precettivo delle linee di sviluppo industriale adottate dal Governo in occasione dei cc.dd. piani quinquennali¹¹⁴. E' possibile ritenere, dunque, che il potere monopolistico – o, per usare la terminologia dell'atto, la concentrazione di potere economico – costituisse, nella valutazione dei *drafters*, un elemento meramente neutro¹¹⁵, dal quale sarebbero potute derivare conseguenze – tanto positive, quanto negative – per lo sviluppo dell'economia indiana. Anzi, in ragione della già riferita carenza di adeguata imprenditorialità autoctona – che, per la verità, sembra costituire non solo la causa, ma anche l'effetto della concentrazione – la grande impresa offriva all'*establishment* governativo l'immagine di un paese fondato su poche ma forti radici industriali, conciliando così gli obiettivi di crescita con le velleità della retorica politica¹¹⁶.

Ma la ragione non è meramente politica.

Invero, è stato correttamente messo in luce¹¹⁷ come, nel momento in cui viene predisposta una politica industriale, diversi sono i potenziali obiettivi che un paese come

¹¹⁴ A. BHATTACHARJEA, *India's Competition Policy: An Assessment*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 38, n. 34, p. 3564.

¹¹⁵ J. SINGH, *Monopolistic Trade Practices and Concentration of Economic Power: Some Conceptual Problems in MRTP Act*, cit., p. 4439.

¹¹⁶ A. GHOSH, *A Critique of Antitrust Policy in India*, cit. p. 858.

¹¹⁷ J.C. SANDESARA, *Restrictive Trade Practices in India, 1961-1991: Experience of Control and Agenda for Further Work*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 29, n. 32, 1994, p. 2083.

l'India dell'epoca (e, per certi versi, tuttora) considerava: crescita rapida, riduzione delle disuguaglianze regionali, alleviazione delle condizioni di miseria di larghe fasce della popolazione e, altresì, la questione concernente la concentrazione del potere economico. In questa prospettiva, allora, non potendosi perseguire tutti gli obiettivi con la medesima profondità, era necessario settare delle priorità. L'obiettivo primario delle politiche economiche del tempo era quello di garantire – ad ogni costo – la crescita economica e lo sviluppo industriale del paese. Tale obiettivo, da un punto di vista programmatico, si basava, altresì, sulla considerazione che la grande impresa – specie se indiana – stava avendo un ruolo centrale di propulsore della crescita che si aveva timore di interrompere mediante una previsione normativa rigida¹¹⁸. Ne conseguiva che, nel settare le riferite priorità, i governi in carica finivano per accordare maggior peso, appunto, al profilo di una crescita che fosse la più rapida possibile, anche a costo di dover – nel futuro – fare i conti con un'economia in mano a pochi soggetti.

In questo quadro, non deve, allora, stupire che il Governo abbia disatteso le indicazioni del MIC con riguardo alla creazione di un corpo indipendente deputato alla vigilanza sulle sacche di potere privato. Proprio perché l'interesse pubblico risultava essere un parametro elastico – *summa* complessiva delle politiche economiche e, preferibilmente, fonte di grande discrezionalità – rimesso essenzialmente al Governo, la scelta di privare, nell'ambito *de quo*, la MRTP Commission di poteri sostanzialmente decisori, sembra finalizzata a salvaguardare gli spazi deliberativi dell'autorità governativa.

In ogni caso, tale sezione del MRTP Act ha avuto, in termini assoluti, vita piuttosto breve.

¹¹⁸ In questo senso, non è mancata l'enfasi celebrativa degli apparati governativi che, in alcuni casi, sono financo giunti a legittimare la concentrazione economica quale veicolo di crescita del paese. Si legga, in particolare, il seguente passaggio del già citato report del MIC: “*Big businnes has done much for the country'S economic betterment and as a consequence for the alleviation of the poor men's misery. [...] What little development there is owes much to the adventure and skill of a few men who have in the process succeeded also in becoming “big business”, thus concentrating in their hands a great portion of the economic power, controlling and directing the production and distribution of national wealth and income. It is fair also to state that after concentrating power in their hands these men have gone on often to push forward development of further industries, which has been to the advantage of the country*”. Cfr. *Report of the Monopolies Inquiry Commission*, cit. p. 135.

Il legislatore, infatti, a partire dagli anni '80, con una prima serie di riforme dirette ad aprire il mercato ai capitali stranieri¹¹⁹, ha cominciato a disinnescare il meccanismo del *License Raj*, dapprima quintuplicando la soglia al superamento della quale era necessario chiedere l'autorizzazione governativa per le operazioni di espansione delle imprese e successivamente – nel 1991 – abrogando definitivamente il *Chapter III* del MRTP Act.

A tale processo di ristrutturazione normativa – oltre che economica – è seguita immediatamente un'ondata di concentrazioni¹²⁰ che, contrariamente alle aspettative, non ha determinato un incremento dei tassi di concentrazione nei mercati interessati, posto che l'abolizione del sistema di controllo ha contemporaneamente rimosso il sistema delle licenze industriali, rendendo libero l'accesso al mercato¹²¹.

B – Norme dirette a reprimere le Monopolistic, Restrictive and Unfair Trade Practices.

In origine, il MRTP Act prevedeva, rispettivamente ai *Chapters IV* e *V*, un secondo gruppo di norme dedicato alle distinte fattispecie delle pratiche monopolistiche e di quelle restrittive. Ad esse, nel 1984, si è aggiunta una terza serie di norme costituenti il

¹¹⁹ Cfr. *Infra*, Cap. III, § 2 e ss.

¹²⁰ Prevalentemente tra quelle imprese che, per sfuggire al meccanismo di controllo del *Chapter III*, in luogo di chiedere un'autorizzazione governativa per l'incremento dimensionale, preferivano costituire imprese giuridicamente indipendenti, nondimeno sottoposte a controllo sostanziale. Giova, invero, ricordare come la gran parte dei gruppi industriali indiani fossero a base sostanzialmente familiare, con la conseguenza che risultava piuttosto semplice garantire l'unitarietà di indirizzi di politica commerciale tra imprese formalmente indipendenti. Cfr., sul punto, J.J. BOILLOT, *L'economia dell'India*, cit., p. 69.

¹²¹ La breve vita della riferita sezione e, durante la sua vigenza, l'accentramento del processo valutativo nelle mani del Governo, hanno prodotto la spiacevole conseguenza per la quale non risultano, ad oggi, raccolte ufficiali dei provvedimenti di diniego o di accoglimento delle istanze presentate per ottenere il placet statale all'espansione. I dati a disposizione degli studiosi – frutto di ricerche sul campo – sono meramente statistici e tralasciano, per conseguenza, il contenuto dei riferiti provvedimenti. Stando ad uno studio recente di uno dei principali esperti di diritto indiano della concorrenza – Aditya Bhattacharjea – tra il 1972 e il 1991 (anno in cui il sistema di controllo è stato abolito) sarebbero state inoltrate alla MRTP Commission – affinché questa rilasciasse un suo parere – solo 16 casi su un totale che, per le ragioni addotte nel testo, rimane sconosciuto. Manca, dunque, la possibilità di reperire informazioni di prima mano per la comprensione dei *trend* valutativi seguiti dal governo e, nei pochi casi indicati, dalla Commissione. Per maggiori dettagli, v. A. BHATTACHARJEA, *India's new Competition Law: A Comparative Assessment*, in *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 4, 2008, p. 613

Chapter V-B, dedicato appunto alle *unfair trade practices* – terminologia con la quale, oggi, indicheremmo le pratiche commerciali scorrette tra imprenditori e consumatori¹²².

Partendo dalle disposizioni originarie, giova subito osservare – tornando più approfonditamente sull'argomento nel prosieguo¹²³ – come il MRTP Act costituisse un adattamento dell'*UK Restrictive Trade Practices Act* del 1956, riprendendone la struttura e l'impianto normativo.

Al pari del suo omologo britannico, dunque, il MRTP Act si preoccupava di disciplinare le c.d. *dominant firm practices*, seguendo la distinzione tra pratiche monopolistiche e pratiche restrittive che, come si vedrà, sembra riecheggiare l'odierna distinzione tra abuso di posizione dominante e accordi restrittivi della concorrenza.

A livello definitorio, la riferita distinzione poggiava sul grado di “potere” detenuto dall'impresa che poneva in essere il comportamento oggetto di scrutinio: nel caso delle “*monopolistic practices*”, l'impresa – individualmente o congiuntamente ad altre imprese¹²⁴ – rientrava nella categoria delle “*dominant undertaking*” di cui al precedente paragrafo. Ne conseguiva che, una volta accertato il peso dell'impresa in relazione al valore degli *assets* posseduti e chiarito il suo carattere “dominante”, essa sarebbe stata suscettibile di porre in essere una delle pratiche definite, appunto, monopolistiche¹²⁵. Al contrario, nel caso delle “*restrictive practices*”, le dimensioni dell'autore della condotta

¹²² Tale segmento del MRTP Act non verrà trattato nel presente lavoro, posto che la materia della tutela dei consumatori non è, di per sé, connessa al tema in oggetto. Tuttavia, si rinvia a P.V. KRISHNA RAO, K.P. SASTRY, *Unfair Trade Practices policy in India*, in *The Antitrust Bulletin*, Vol. 1, 1987, p. 1051.

¹²³ Cfr. *Infra*, § 4.

¹²⁴ Cfr. Sec. 2, lett. g), MRTP Act.

¹²⁵ In particolare, secondo quanto stabiliva la Section 2, lett. I) del MRTP Act.: “*monopolistic trade practice means a trade practice which has, or is likely to have, the effect of:*

- 1) *maintaining the prices of goods or charges for the services at an unreasonable level by limiting, reducing or otherwise controlling the production, supply or distribution of goods;*
- 2) *unreasonably preventing or lessening competition in the production, supply or distribution of any goods or in the supply of any services;*
- 3) *limiting technical development or capital investment to the common detriment or allowing the quality of any goods produced, supplied or distributed, or any service rendered, in India to deteriorate;*
- 4) *increasing unreasonably: (a) the cost of production of any goods; or (b) charges for the provision, or maintenance, of any services;*
- 5) *increasing unreasonably: the prices at which goods are, or may be, sold or re-sold, or the charges at which the services are, or may be, provided; or (b) the profits which are, or may be, derived by the production, supply or distribution (including the sale or purchase) of any goods or by the provision of any services;*
- 6) *preventing or lessening competition in the production, supply or distribution of any goods or in the provision or maintenance of any services by the adoption of unfair methods or unfair or deceptive practices”.*

risultavano irrilevanti, trattandosi di fattispecie basate sull'accordo tra due o più imprese non in grado – nemmeno congiuntamente – di raggiungere la soglia della dominanza¹²⁶. Il rapporto tra le due tipologie di fattispecie era, dunque, di tipo dimensionale: una *restrictive practice* avrebbe potuto essere qualificata come *monopolistic practice* allorché i soggetti coinvolti – singolarmente o collettivamente – possedessero *assets* per un valore superiore alla soglia prescritta dalla legge.

È necessario, tuttavia, descrivere meglio – seppur brevemente – le riferite fattispecie.

Per ciò che concerne le norme dedicate alle pratiche monopolistiche, si trattava di una serie di condotte¹²⁷ che – oltre dalle dimensioni del loro autore – erano accomunate dal loro carattere “irragionevole”, con riguardo al costo, al prezzo del bene o ai profitti generati dall'impresa monopolistica.

Come si può notare – e come, del resto, è stato notato da ampie fasce della dottrina¹²⁸ – il termine “*unreasonably*”¹²⁹ non era idoneo, di per sé, a fornire una chiara guida nella valutazione delle menzionate pratiche nè, sul punto, vi era stato modo di dar vita ad un consistente *case-law* che desse contenuto ad una nozione altrimenti vuota¹³⁰.

¹²⁶ N. OZA, *Monopolies and Restrictive Practice Bill*, cit., p. 100.

¹²⁷ Cfr. *Supra*, nt. 54.

¹²⁸ J. SINGH, *Monopolistic Trade Practice and Concentration of Economic Power: Some Conceptual Problems in MRTP Act*, cit., p. 4438.

¹²⁹ Giova sottolineare, come l'utilizzo del termine “*unreasonably*” costituisca uno dei prodotti delle influenze del common law britannico nel sistema giuridico indiano. Com'è noto, infatti, secondo il common law tradizionale un *contract* avrebbe potuto essere considerato “*in restraint of trade*” non ove limitasse la concorrenza tra imprese – circostanza pressoché ignorata al common law – ma ove limitasse, appunto, “*unreasonably*” la libertà contrattuale di una delle parti, cioè dove eliminasse ogni margine di libertà contrattuale. Non ricorreva, invece, il requisito della irragionevolezza, allorché la parte avrebbe potuto ottenere la stessa prestazione contrattuale da altri soggetti. Tale particolare significato della nozione di “*reasonless*” venne, tuttavia, presto abbandonato dalla giurisprudenza antitrust americana, in favore di una interpretazione più rigorosa del testo dello Sherman Act. In India, il MRTP Act, pur richiamando il requisito della ragionevolezza, non sottintende alcun riferimento a tale originario significato, come si vedrà nel testo. Per maggiori approfondimenti sulla nozione di “*reasonless*”, Cfr. G. AMATO, *Antitrust and The Bounds of Power*, cit., p. 9. Si consiglia, altresì, la lettura di W. LETWIN, *Law and Economic Policy in America: The Evolution of The Sherman Act*, University of Chicago Press, 1981, London, p. 158; K.N. HYLTON, *Antitrust Law – Economic Theory & Common Law Evolution*, Cambridge University Press, 2003, London, p. 39.

¹³⁰ Del resto, come anche in materia di concentrazione di potere economico (v. nt. 50), contro le decisioni del Governo non era dato alle imprese alcun rimedio giurisdizionale, con la conseguenza che l'accesso a tali tematiche era reso altresì impossibile al potere giudiziario e, segnatamente, alla Corte Suprema. A testimonianza della gelosia del Governo *in subiecta materia*, è sufficiente richiamare uno studio statistico precedentemente richiamato. In esso, in particolare, si evidenzia come, tra il 1969 e 2004, il Governo abbia interpellato la Commissione solamente 30 volte. L'esiguità del dato – che lo scrivente non ha possibilità di verificare per mancanza di raccolte ufficiali –, ove provato, dimostrerebbe da solo quanto fin

La ragione di tale lacuna è da individuare, come già evidenziato nell'ambito della sezione dedicata alla concentrazione di potere economico, nel ruolo assolutamente marginale che il MRTP Act riservava alla Commissione in questo settore.

Analizzando le successive disposizioni¹³¹, infatti, emerge la volontà di riservare al Governo uno *spatium deliberandi* autonomo e non aggredibile dalla Commissione. Quest'ultima, invero, avrebbe potuto iniziare anche *suo motu* un'indagine volta ad accertare il compimento di una delle condotte incriminate dalla norma, ma era priva tanto del potere di adottare i cc.dd. *cease and desist orders*, quanto di quello di imporre sanzioni. Tale possibilità è rimessa al Governo, il quale “*may [...] pass such orders as it may think fit to remedy or prevent any mischiefs which result or may result from such trade practice*”. Il Governo, dunque, non era obbligato a provvedere, anche ove la Commissione ritenesse certamente violato il *Chapter III* del *MRTP Act*.

Le ragioni, anche in questo caso, sono analoghe a quelle addotte in materia di concentrazione di potere economico. Sembra opportuno, allora, rimandare a quanto detto *supra*, evitando inutili ripetizioni, e passare all'analisi della rimanente fattispecie.

Il *Chapter V* del *MRTP Act* aveva ad oggetto, come anticipato, le *Restrictive trade practices*, definite dalla Section 2, lett. o) come “*a trade practice which has, or may have, the effect of preventing, distorting or restricting competition in any manner and in particular: 1) which tends to obstruct the flow of capital or resources into the stream of production, or 2) which tends to bring about manipulation of prices, or conditions of delivery or to affect the flow of supplies in the market relating to goods or services in such manner as to impose on the consumers unjustified costs or restrictions*”.

qui sostenuto. Per maggiori dettagli, si rinvia a, A. BHATTACHARJEA, *India's new Competition Law: A Comparative Assessment*, cit., p. 613; per una dettagliata analisi statistica tra il 1969 e il 1991 – anno della svolta liberalizzatrice – si rinvia a J.C. SANDESARA, *Restrictive Trade Practices in India, 1969-91: Experience of Control and Agenda for Further Work*, cit., p.2086.

¹³¹ Così, in particolare, la Section 31: “*Where it appears to the Central Government that the owners of one or more undertakings are indulging in any practice which is, or, may be, a monopolistic trade practice, or that, monopolistic trade practices prevail in respect to any goods or services, that government may refer the matter to the Commission for an inquiry and the Commission shall, after such hearing as it thinks fit, report to the Central Government its findings thereon. [...] If as a result of such inquiry, the Commission makes a finding to the effect that, having regard to the economic conditions prevailing in the country and to all other matters which appear in particular circumstances to be relevant, the trade practice operates or is likely to operate against the public interest, it shall make a report to the Central Government as to its findings thereon and on receipt of such report, the Central Government may, notwithstanding anything contained in any other law for the time being in force, pass such orders as it may think fit to remedy or prevent any mischiefs which result or may result from such trade practice*”.

Questa definizione di carattere generale era, poi, accompagnata da un'elencazione di pratiche¹³² per le quali era necessaria la registrazione presso il già menzionato ufficio del *Registrar* interno alla MRTP Commission.

Il rapporto tra la definizione generale e l'elenco di pratiche elencate dalla Section 33 era del tipo "genere-specie", nella misura in cui il sistema delineato dal MRTP Act poneva – evidentemente in capo all'ufficio del Registrar – l'onere di accertare, in primo luogo, che la pratica rientrasse nella nozione di cui alla sec. 2, lett. o) e, successivamente, che essa corrispondesse ad una delle ipotesi contemplate dalla Sec. 33¹³³.

Se, all'esito di tale procedimento, entrambe le condizioni fossero state soddisfatte, l'accordo era da ritenersi una RTP e, pertanto, non suscettibile di essere ulteriormente eseguito. Viceversa, l'accordo era da ritenersi lecito¹³⁴.

¹³² Così, in particolare, recitava la Section 33: *"Every agreement falling within one or more of the following categories shall be deemed, for the purposes of this Act, to be an agreement relating to restrictive trade practices and shall be subject to registration in accordance with the provisions of this Chapter, namely, a) any agreement which restricts, or is likely to restrict, by any method the persons or classes of persons to whom goods are sold or from whom goods are bought; b) any agreement requiring a purchaser of goods, as a condition of such purchase, to purchase some other goods; c) any agreement restricting in any manner the purchaser in the course of his trade from acquiring or otherwise dealing in any goods other than those of the seller or any other person; d) any agreement to purchase or sell goods or to tender for the sale or purchase of goods only at prices or on terms or conditions agreed upon between the sellers or purchasers; e) any agreement to grant or allow concessions or benefits, including allowances, discounts, rebates or credit in connection with, or by reason of, dealings; f) any agreement to sell goods on condition that the prices to be charged on re-sale by the purchaser shall be the prices stipulated by the seller unless it is clearly stated that prices lower than those prices may be charged; g) any agreement to limit, restrict or withhold the output or supply of any goods or allocate any area or market for the disposal of the goods; h) any agreement not to employ or restrict the employment of any method, machinery or process in the manufacture of goods; i) any agreement for the exclusion from any trade association of any person carrying on or intending to carry on, in good faith the trade in relation to which the trade association is formed; j) any agreement to sell goods at such prices as would have the effect of eliminating competition or a competitor; j-a) any agreement restricting in any manner, the class or number of wholesalers, producers or suppliers from whom any goods may be bought; j-b) any agreement as to the bids which any of the parties thereto may offer at an auction for the sale of goods or any agreement whereby any party thereto agrees to abstain from bidding at any auction for the sale of goods; k) any agreement not herein before referred to in this section which the Central Government may specify for the time being as being one relating to a restrictive trade practice within the meaning of this sub-section pursuant to any recommendation made by the Commission in this behalf"*.

¹³³ N. OZA, *Putting Teeth into the Monopolies Act*, cit., p. 1706.

¹³⁴ J.C. SANDESARA, *Restrictive Trade Practices in India, 1969-91: Experience of Control and Agenda for Further Work*, cit., p. 2085; J. SINGH, *Monopolistic Trade Practice and Concentration of Economic Power: Some Conceptual Problems in MRTP Act*, cit., p. 4440.

Tuttavia, ove un determinato accordo fosse suscettibile di essere registrato, le parti del medesimo avrebbero potuto sottrarsi a tale incresciosa conseguenza dimostrando il ricorrere di una delle condizioni di cui alla Sect. 38 del MRTP Act. Si trattava di una serie di c.d. *gateways* – mutate letteralmente dall’UK *Restrictive Trade Practices Act* –, ovvero una serie di condizioni a ricorrere delle quali una RTP avrebbe perso la propria portata pregiudizievole nei confronti dell’omnipresente requisito dell’interesse pubblico¹³⁵.

¹³⁵ In particolare, le riferite *gateways* erano le seguenti: “a) *that the restriction is reasonably necessary, having regard to the character of the goods to which it applies, to protect the public against injury (whether to persons or to premises) in connection with the consumption, installation or use of those goods; b) that the removal of the restriction would deny to the public as purchasers, consumers or users of any goods, other specific and substantial benefits or advantages enjoyed or likely to be enjoyed by them as such, whether by virtue of the restriction itself or of any arrangements or operations resulting therefrom; c) that the restriction is reasonable necessary to counteract measures taken by any one person not party to the agreement with a view to preventing or restricting competition in or in relation to the trade or business in which the persons party thereto are engaged; d) that the restriction is reasonably necessary to enable the persons party to the agreement to negotiate fair terms for the supply of goods to, or the acquisition of goods from, any one person not party thereto who controls a preponderant part of the trade or business of acquiring or supplying such goods, or for the supply of goods to any person not party to the agreement and not carrying on such a trade or business who, either alone or in combination with any other such persons, controls a preponderant part of the market for such goods; e) that, having regard to the conditions actually obtaining or reasonably foreseen at the time of the application, the removal of the restriction would be likely to have a serious and persistent adverse effect on the general level of unemployment in an area, or in areas taken together, in which a substantial proportion of the trade, or industry to which the agreement relates is situated; f) that, having regard to the conditions actually obtaining or reasonably foreseen at the time of the application, the removal of the restriction would be likely to cause a reduction in the volume or earnings of the export business which is substantial either in relation to the whole export business of India or in relation to the whole business (including export business) of the said trade or industry; g) that the restriction is reasonably required for purposes in connection with the maintenance of any other restriction accepted by the parties, whether under the same agreement or under any other agreement between them, being a restriction which is found by the Commission not to be contrary to the public interest upon grounds other than those specified in this paragraph or has been so found in previous proceedings before the Commission; h) that the restriction does not directly or indirectly restrict or discourage competition to any material degree in any relevant trade or industry and is not likely to do so; that such restriction has been expressly authorised and approved by the Central Government; j) that such restriction is necessary to meet the requirements of the defence of India or any part thereof, or for the security of the State; or k) that the restriction is necessary to ensure the maintenance of supply of goods and services essential to the community”.*

Cfr. A. BHATTACHARJEA, *India’s New Competition Law: A Comparative Assessment*, cit., p. 616; T. RAMAPPA, *Competition Law in India*, cit., p. 18; A. SINGH, *Law of Monopolies, Restrictive and Unfair Trade Practices*, Eastern Book Company, Third Edition, 1993, Lucknow, p. 154.

Nell'intenzione dei *drafters* dell'atto, lo scopo della registrazione – la cui omissione era assistita da una sanzione pecuniaria – avrebbe dovuto essere duplice¹³⁶: in primo luogo, garantire la formazione di un registro pubblico che consentisse agli operatori di conoscere – *ex ante* – quando una determinata pratica fosse suscettibile di essere qualificata come RTP, in modo da poter impostare correttamente le proprie relazioni contrattuali; in secondo luogo, consentire alla Commissione di eseguire un controllo su tutti gli accordi commerciali conclusi in India, al fine di stroncare sul nascere l'esecuzione di quelli contrari al *MRTP Act*.

A tal fine, la Commissione disponeva di poteri di accertamento più penetranti rispetto a quelli riconosciutigli dalle altre sezioni del *MRTP Act*, tali da permetterle di giungere ad adottare *cease and desist orders*, nonché di comminare il pagamento di sanzioni pecuniarie a riparazione di eventuali pregiudizi subiti da terze parti¹³⁷.

Nonostante ciò, il ruolo della Commissione, anche in questo caso, è stato notevolmente ridimensionato rispetto al potenziale livello di *enforcement* che ci si sarebbe potuti attendere leggendo il compendio dei poteri di cui la stessa disponeva. La ragione di tale *deficit* operativo, tuttavia, non è imputabile al Governo. Questi, invero, si è limitato, nella materia *de qua*, a riservarsi un minimo spazio operativo, potendo esentare da registrazione qualsiasi accordo sulla base di una mera valutazione di opportunità.

Il vero colpo di grazia, al contrario, è arrivato dalla sentenza della Corte Suprema nel caso *Tata Engineering & Locomotive co. Ltd. Vs. Office of the Registrar*¹³⁸ (nel

¹³⁶ Cfr. P.V. KRISHNA RAO, K.P. SASTRY, *Restrictive Practices in India*, in *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 37, n. 4, 1989, p. 429.

¹³⁷ Dalla lettura combinata delle Sections 11, 12 e 37, emerge come la Commissione, nella materia indicate, godeva del potere di emettere temporary injunctions, al fine di evitare che, nel tempo necessario a giungere al termine dell'indagine, la pratica restrittiva producesse effetti pregiudizievoli ulteriori. Al termine dell'indagine, ove la Commissione avesse accertato la natura restrittiva della pratica, la stessa godeva del potere di adottare un cease and desist order (una sorta di inibitoria definitiva), nonché imporre all'impresa quelle modifiche all'agreement tale da renderlo compatibile con l'interesse pubblico. In ultima istanza, la Commissione avrebbe potuto garantire una "compensation" per ogni perdita o danno subito da altre imprese o dal Governo come conseguenza della pratica in discorso. Cfr., per maggiori dettagli, D.P. MITTAL, *Competition Law*, Taxmann Allied Services Ltd., 2003, New Delhi, p. 25.

¹³⁸ *Tata Engineering & Locomotive Co. Ltd., Bombay vs. The Registrar of the Restrictive Trade Agreement*, New Delhi, 21.1.1977, 2 SCC 55.

proseguo, TELCO), la quale, secondo alcuni¹³⁹, oltre a pregiudicare le capacità operative della Commissione, avrebbe rappresentato un sostanziale avallo delle politiche industriali che il Governo a quell'epoca stava perseguendo.

Come, invero, riporta la più informata dottrina, la Commissione – non potendo investigare nelle materie contemplate dai *Chapters III e IV* – aveva cominciato a perseguire una politica particolarmente restrittiva nell'accertamento delle RTP¹⁴⁰.

In particolare, nei primi sei anni di applicazione del MRTP Act, la Commissione aveva elaborato una prassi prona all'uso del *per se approach*, nonostante – come si è visto e si vedrà meglio nel prosieguo¹⁴¹ – l'approccio valutativo fatto proprio dal provvedimento in discorso fosse più vicino all'*abuse approach* di matrice britannica.

Il ragionamento della Commissione era il seguente: posta la definizione generale di RTP di cui alla sec. 2, lett. o), ogni accordo di cui si chiedeva la registrazione e che fosse suscettibile di rientrare nell'elencazione di cui alla sec. 33 era da ritenersi restrittivo *per se*¹⁴².

In altri termini, l'elencazione di cui alla sec. 33 era considerata come una esemplificazione di quelle fattispecie che, sicuramente rientranti nell'alveo della sec. 2, lett. o), avrebbero dovuto essere considerate illecite sulla base di una valutazione presuntiva del legislatore. L'obiettivo di questa politica era duplice: da un lato, velocizzare le operazioni di accertamento, quanto meno con riferimento alle ipotesi di illecito enucleate dalla legge; dall'altro, ridurre il *workload* e dedicare le risorse così liberate all'accertamento delle altre RTP. Si trattava, dunque, di un approccio ispirato a ragioni di efficienza dell'azione amministrativa della Commissione¹⁴³.

Nel caso da cui la sentenza prendeva le mosse, la Commissione aveva proceduto alla registrazione di una serie di accordi intervenuti tra il colosso dell'automobile Tata e i suoi distributori. Mediante tali accordi, Tata riconosceva il diritto esclusivo a ciascun distributore di rivendere in un dato ambito territoriale e ad un prezzo predeterminato i veicoli da essa prodotti, mentre il distributore, a sua volta, si impegnavo a non rifornirsi,

¹³⁹ J. SINGH, *Monopolistic Trade Practice and Concentration of Economic Power: Some Conceptual Problems in MRTP Act*, cit., p. 4442; J.C. SANDESARA, *Restrictive Trade Practices in India, 1969-91: Experience of Control and Agenda for Further Work*, cit., p. 2088.

¹⁴⁰ Cfr. A. BHATTACHARJEA, *India's New Competition Law: A Comparative Assessment*, cit., p. 615.

¹⁴¹ Cfr. *Infra*, § 4.

¹⁴² Cfr. A. BHATTACHARJEA, *India's New Competition Law: A Comparative Assessment*, cit., p. 615.

¹⁴³ J. SINGH, *Monopolistic Trade Practice and Concentration of Economic Power: Some Conceptual Problems in MRTP Act*, cit., p. 4443.

per quella specifica zona, da altri produttori, a non vendere le autovetture ad acquirenti provenienti da altre zone e ad offrire tutta una serie di servizi post-vendita. In altri termini, l'accordo si componeva di una protezione territoriale assoluta – idonea a compartimentare il mercato dell'auto in corrispondenza delle divisioni amministrative dell'India – cui accedeva una clausola di RPM.

Tanto la protezione territoriale assoluta, quanto la RPM erano espressamente previste dalla sec. 33 come *agreement* soggetti a registrazione e, pertanto, illeciti *per se*, almeno secondo l'orientamento a quel tempo sposato dalla Commissione.

Tata, allora, ricorreva alla Corte Suprema, impugnando la decisione dell'ufficio del *Registrar* di procedere a registrazione dell'accordo.

Con il riferito giudizio, la prassi che la Commissione aveva appena battezzato veniva sconfessata dai supremi giudici, i quali si intrattenevano, sebbene senza particolari approfondimenti di natura teorica, sul rapporto tra la definizione di RTP di cui alla sec. 2, lett. o) e l'elencazione di cui alla sec. 33.

In particolare, i giudici hanno chiarito come il processo decisionale che conduce a ritenere una determinata pratica come restrittiva deve essere condotto applicando la *rule of reason*, sulla base della semplice osservazione per la quale, *ex se*, ogni relazione contrattuale è idonea a vincolare – e quindi a restringere – “*persons or places or prices. The question is whether the restraint is such as regulates and thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition*”.

Il dato discriminante, a detta dei giudici, è costituito dalla valutazione del pubblico interesse, il cui significato deve essere ricercato avendo cura di analizzare le caratteristiche della singola fattispecie posta all'attenzione della Commissione. In tal senso, allora, la sec. 33 non contiene alcuna specificazione legislativa del contenuto della definizione di cui alla sec. 2, lett. o), la cui ricorrenza deve essere sempre accertata. Pertanto, una pratica avrebbe potuto essere ritenuta restrittiva e, conseguentemente, registrata presso l'apposito albo, solo allorché essa fosse tale *ex sec. 2, lett. o)* e, contemporaneamente, rientrasse nell'elencazione di cui alla sec. 33, la quale doveva ritenersi tassativa.

Tuttavia, per comprendere quando una pratica, nel concreto, rientrasse nella nozione *ex sec. 2, lett. o)*, era necessario adottare una prospettiva che tenesse in debita considerazione gli effetti concreti che la singola pratica era destinata a spiegare nel

mercato. In tal senso, “*the question of competition cannot be considered in vacuo or in a doctrinaire spirit. The concept of competition is to be understood in a commercial sense*”. A tal fine, tre erano le domande che la Commissione avrebbe dovuto porsi nell’analizzare una fattispecie: 1) quali sono le peculiari caratteristiche del mercato in discorso; 2) qual’è lo stato delle cose prima e dopo l’applicazione della pratica asseritamente restrittiva 3) qual’è la natura della restrizione e quali i suoi effetti probabili. Solo ove, all’esito di questa analisi, l’effetto concreto della pratica sia contrario al pubblico interesse, essa potrà essere suscettibile di registrazione e, successivamente, di un *cease and desist order*.

Ma qual è l’interesse pubblico preso in considerazione dai giudici nella riferita sentenza?

Esso, a dire il vero, si presenta piuttosto articolato.

Prima facie, invero, esso sembra coincidere con l’interesse dei consumatori, anche delle più remote parti dell’India, a poter acquistare i veicoli Tata e a poter godere di un servizio di assistenza che sia “commisurato alle loro aspettative”. Posto, infatti, che le diverse regioni dell’India non godevano (e non godono) di condizioni di sviluppo omogenee, in assenza di accordi come quello specificato, il rischio paventato dalla sentenza era duplice: da un lato, i rivenditori si sarebbero situati presso le zone dove maggiore era la domanda di autoveicoli (segnatamente, le zone più urbanizzate), tralasciando quelle regioni che, in ragione del loro carattere periferico, presentavano una minore appetibilità commerciale. In secondo luogo, la presenza di un solo distributore per zona assicurava a quest’ultimo ricavi sufficienti per poter mantenere un sistema di assistenza post-vendita che, altrimenti, sarebbe stato impossibile foraggiare ove le già poche vendite realizzate in certe zone del paese dovessero essere ripartite tra due o più distributori. L’interesse pubblico preso in considerazione, dunque, sembra coincidere con quello dei consumatori dell’intero paese a poter acquistare i prodotti Tata e a poter godere di un servizio di assistenza che fosse il più capillare possibile.

La dottrina salutava il caso Telco come una profonda innovazione e gli autori più recenti non hanno mancato di sottolineare la sensibilità della Corte Suprema. In particolare, è stato fatto notare come la Corte – pur essendo priva di un mandato specifico come quello della Commissione – era stata in grado di approntare un ragionamento piuttosto articolato e approfondito della materia, tanto da anticipare di ben

quattro mesi il noto *judgment* Sylvania¹⁴⁴ della ben più “allenata” Corte Suprema degli Stati Uniti¹⁴⁵.

Chi scrive, tuttavia, non aderisce totalmente a questa visione, la quale sembra essere indice, da un lato, di una forse involontaria scarsa memoria storica e, dall’altro, di un non accurato approfondimento del giudizio in commento.

Gli studi condotti in occasione del presente lavoro permettono, invero, di accertare un dato che, incomprensibilmente, è rimasto ignorato dalla dottrina indiana. Difatti, il passo della sentenza che poco prima è stato citato e che, come detto, descrive il ragionamento che la MRTP Commission avrebbe dovuto compiere è stato letteralmente estrapolato da una precedente sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti e, segnatamente, quella resa, nel 1917, sul caso *Board of Trade of City of Chicago et al. v. United States*¹⁴⁶. Il paragone renderà l’idea dell’identità – anche testuale – tra le due sentenze; così, infatti, recitava l’omologa d’oltreoceano: “*the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable*”.

I giudici della Corte suprema Indiana, dunque, fanno riferimento – senza citarlo espressamente – ad un precedente della giurisprudenza americana. Tale dato non rappresenta in sè nulla di singolare, posto che il ricorso all’argomento comparativo costituisce una costante della giurisprudenza della Corte indiana¹⁴⁷.

Ciò che merita, al contrario, attenzione è il modo e i fini per i quali un precedente straniero sia stato utilizzato dalla riferita Corte.

Invero, come si diceva in precedenza, leggendo la sentenza con occhio critico, è possibile notare i particolari effetti di un trapianto giuridico operato non già a livello

¹⁴⁴ Cfr. *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36.

¹⁴⁵ A. BHATTACHARJEA, *India’s New Competition Law: A Comparative Assessment*, cit., p. 618.

¹⁴⁶ Supreme Court of United States, *Chicago Board of Trade v. United States*, 246, U.S. 238 (1917).

¹⁴⁷ Pù nel dettaglio, *Infra*, Cap. III, § 5 e ss.

normativo, bensì a livello del formante giurisprudenziale. La corte, infatti, fa proprio un precedente giudizio reso da una corte straniera e applica il principio della *rule of reason*, adattandolo – seppur non espressamente – al particolare significato che la nozione di “interesse pubblico” riveste nell’ordinamento indiano.

Giova, invero, sottolineare – salvo ritornare sul punto¹⁴⁸ – come il giudizio reso nel caso *Chicago Board of Trade* abbia costituito un’eccezione nel panorama giurisprudenziale dell’Antitrust americano della prima metà del ‘900, proteso verso una generalizzata applicazione dei divieti *per se* al fine di proteggere la piccola impresa e il pluralismo di mercato. In realtà, come osservato da attenta dottrina¹⁴⁹, l’obiettivo della celebre sentenza statunitense non era, in concreto, diverso: la differenza stava nel metodo utilizzato e, cioè, nel ricorso alla *rule of reason* e non al divieto *per se*¹⁵⁰.

Per quanto concerne la legislazione indiana¹⁵¹, al contrario, l’interesse pubblico, pare coincidere – sebbene non espressamente – con gli obiettivi macro-economici e il contenuto delle politiche economiche stabiliti dal governo. Come si è visto, invero, questa è una delle ragioni che consente di spiegare l’ampio margine di intervento che la legge assicura all’esecutivo nella materia *de qua*.

Orbene, questa particolare caratterizzazione dell’interesse pubblico sembra filtrare nel ragionamento dei giudici allorché, nel valutare gli effetti dell’accordo distributivo, essi prendono in considerazione le politiche di pianificazione che il Governo, proprio nella materia della produzione di autoveicoli, aveva pochi anni prima adottato¹⁵². In

¹⁴⁸ Cfr. § 4.

¹⁴⁹ Cfr. G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power – The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Hart Publishing, 1997, Oxford, p. 13.

¹⁵⁰ *Ib.*, p.13, dove l’A. sottolinea come il ricorso alla *rule of reason*, nel caso di specie, si spiega alla luce delle influenze che le teorie neoclassiche di Alfred Marshall stavano cominciando a produrre sul modo di fare diritto in *subiecta materia* e, in particolare, sulla nozione – cara al common law – di “*reasonless*”. In particolare, cominciava a farsi strada l’idea che il pregiudizio alla concorrenza non coincidesse più (o solamente più) nell’eliminazione di un concorrente, quanto nell’alterazione dell’equilibrio tra domanda ed offerta mediante l’azione di uno o più operatori. La lettura del criterio della ragionevolezza alla luce di tale acquisizione teorica, allora, ha condotto a ritenere irragionevole l’azione distorsiva di tale equilibrio determinata dalla condotta di mercato delle grandi imprese.

¹⁵¹ Cfr. § 4.

¹⁵² In particolare, nella sentenza può leggersi: “*The Government of India, during the year 1974-75, estimated the production of 56.300 vehicles. The production, however, is now likely to be of the order of 35.000. The fifth five year plan for the production is said to be increased to 80.100. It is said that against this target the installation capacity today is 46.3000 vehicles. [...] In the light of scarcity in the supply’s vehicles and the need to distribute vehicles to all the dealers in India, Telco makes equitable distribution of its products by taking into account: [...] f) special requirements of the territory during the erection of*

particolare, i giudici sembrano ritenere che la mancata distribuzione degli autoveicoli lungo tutto il territorio indiano avrebbe potuto, da un lato, mettere in pericolo gli obiettivi produttivi fissati a livello governativo, i quali sono individuati tenendo conto della domanda potenziale rilevabile a livello nazionale e non dei soli centri più densamente abitati; dall'altro, un sistema distributivo non omogeneo avrebbe, altresì, potuto pregiudicare la regolare fornitura di automezzi alle imprese pubbliche localizzate nelle zone più remote del paese, riducendone gli indici di operatività¹⁵³.

In termini teorici, dunque, la Corte Suprema manipolava l'orientamento giurisprudenziale adottato oltreoceano, per pervenire ad una sua rilettura che fosse in linea con le caratteristiche della legislazione antimonopolistica allora vigente in India.

Government Projects; h) Government recommendations for meeting certain specific requirements; j) Requirements of State Government and nationalised transport undertakings which are procured through dealers”.

¹⁵³ In un successivo giudizio, la Corte Suprema reitera la posizione espressa in TELCO, tentando una definizione in termini generali del concetto di pubblico interesse. Cfr. *Hindustan Lever Employeers' Union Vs. Hindustan Lever Ltd. and Ors.*, SCR 723, 24.10.1994: “*In this regard the Indian law is a departure from the English law and it enjoins a duty on the court to examine objectively and carefully if the merger was not violative of public interest. No such provision exists in the English law. What would be public interest cannot be put in a straight jacket. It is a dynamic concept which keeps on changing. It has been explained in Black's Law Dictionary as, 'something' in which the public, the community at large, has some pecuniary interest, or some interest by which their legal rights or liabilities are affected. It does not mean anything so narrow as mere curiosity, whereas the interest of the particular locality which may be affected by the letters in question, interest shared by the citizens generally in affairs of local, State or national Government.*’ It is an expression of wide amplitude. It may have different connotation and understanding when used in service law and yet a different meaning in criminal law than civil law and its shade may be entirely different in Company Law. Its perspective may change: when merger is of two Indian companies. But when it is with subsidiary of foreign company the consideration may be entirely different. It is not the interest of shareholders or the employees only but the interest of society which may have to be examined. And a scheme valid and good may yet be bad if it is against public interest. [...] When the court is concerned with a scheme of merger with a subsidiary of a foreign company then the test is not only whether the scheme shall result in maximising profits of the shareholders or whether the interest of employees was protected but it has to ensure that merger shall not result in impeding promotion of industry or shall obstruct growth of national economy”.

È interessante notare come i giudici sottolineino espressamente il diverso significato che la nozione di pubblico interesse è suscettibile di acquisire a seconda che – come nel caso di specie – un’operazione di concentrazione coinvolga solo imprese indiane o anche imprese straniere. In quest’ultimo caso, sarebbe stato necessario accertare che la concentrazione non si ponesse in contrasto con gli obiettivi di crescita del paese. Il dato – di per sè non contestabile, adottando la prospettiva indiana – è significativo perché, oltre alla deriva protezionistica che generalmente caratterizza le economie pianificate, sembra quasi riconoscere *ex ante* una “patente di compatibilità” tra operazioni di concentrazione che coinvolgono solo imprese indiane e gli obiettivi di crescita del paese.

In termini pratici, il riferito giudizio ha fatto precipitare il numero delle registrazioni, passando dalle 2.079 del 1976 alle appena 887 del 1978¹⁵⁴. Evidentemente, come sottolineato da parte della dottrina¹⁵⁵, molti operatori hanno ritenuto che i loro accordi, alla luce di una interpretazione basata sul bilanciamento degli effetti pro e anticompetitivi, dovessero essere ritenuti non suscettibili di registrazione.

Tale dato, tuttavia, deve essere letto in combinazione con ulteriore fattore. È stato, invero, evidenziato¹⁵⁶ come la maggior parte del *workload* della Commissione non concernesse minimamente la materia della concorrenza. Invero, una discutibile interpretazione della sec. 2, lett. o) – segnatamente dell’inciso che recita: “*manipulation of prices, or condition of delivery...in such a manner as to impose on the consumer unjustified cost or restriction*” – avrebbe aperto le porte della Commissione alla ricezione di mere “lamentele” avanzate da consumatori insoddisfatti dalle inadeguate prestazioni delle imprese cui si erano rivolti. In altri termini, mere violazioni contrattuali che – come contraltare alla riduzione dei casi concernenti accordi restrittivi – hanno fatto nuovamente risalire le statistiche della Commissione, senza un utile contributo alla materia in esame. La conseguenza ultima di questo stato di cose è stato un imbarazzante *record track* della Commissione nelle materie di competenza (almeno teoricamente) di quest’ultima e un’incomprensibile virata verso la tutela delle istanze dei consumatori, nonostante questi potessero rivolgersi non solo ai fori civili, ma altresì – a partire dal 1986 – al *Consumer Disputes Redressal Forum* costituito dal *Consumer Protection Act*.

4. La filosofia di fondo del MRTP Act.

Come è stato messo in evidenza nel corso del presente capitolo, il MRTP Act non condannava di per sé né la concentrazione economica, né l’acquisizione di potere di mercato.

Al fine di isolare la filosofia che informava l’atto, chi scrive ritiene che le domande da porsi siano, essenzialmente, due: un primo quesito riguarda le ragioni di tale

¹⁵⁴ S. SANDESARA, *Restrictive Trade Practice in India, 1969-1991: Experience of Control and Agenda for Further Work*, cit., p. 2083.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ A. BHATTACHARJEA, *Of Omission and Commissions: India’s Competition Laws*, in *Economic and Political Weekly*, vol. 35, 2010, disponibile gratuitamente su: <http://ssrn.com/abstract=1687599>; *Id.*, *India’s New Competition Law: A comparative Assessment*, cit., p. 617; J. SINGH, *Monopolistic Trade Practice and Concentration of Economic Power: Some Conceptual Problems in MRTP Act*, cit., p. 4441.

soluzione, cioè per quale motivo il MRTP Act non condannasse di per sé la concentrazione economica. Il secondo, invece, ha più ampio respiro e concerne le ragioni giustificatrici della scelta di adottare una legislazione antimonopolistica in uno stato fortemente dirigista come l'India di quel tempo.

I riferiti interrogativi, tuttavia, nascondono una connessione più profonda di quella che potrebbe apparire a prima vista la quale – si spera – sarà più chiara agli occhi del lettore mediante la lettura del seguente paragrafo.

Partiamo, dunque, dal primo interrogativo: perché il MRTP Act non condannava di per sé la concentrazione economica?

Una prima risposta potrebbe prendere le mosse dall'analisi del modello normativo preso a riferimento nella redazione della legge.

Invero, il modello cui i redattori del testo si erano ispirati era quello fornito dal coevo *UK Restrictive Trade Practices Act del 1956*¹⁵⁷ – non solo perché temporalmente vicino, ma probabilmente perché il Regno Unito rimaneva, per ovvie ragioni storiche, un punto di riferimento costante.

Orbene, la legislazione britannica si differenziava notevolmente dall'altro grande esempio all'epoca vigente – *i.e.* lo Sherman Act – rigettando il c.d. *per se approach* (ancora in auge nella giurisprudenza statunitense), per abbracciare un metodo fondato sul c.d. *abuse principle*¹⁵⁸.

È noto, infatti, come tra gli anni '30 e '70 del secolo scorso, la giurisprudenza americana – pur avendo già elaborato la *rule of reason*¹⁵⁹ – attraversava una fase di forte attivismo nell'applicazione delle norme antitrust¹⁶⁰, nell'obiettivo di perseguire il programma politico che aveva originariamente ispirato lo *Sherman Act*¹⁶¹, tale essendo

¹⁵⁷ Cfr. A. BHATTACHARJEA, *India's new Competition Law: A comparative Assessment*, in *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 4, 2008, p. 616.

¹⁵⁸ A. CHAUDHURI, "Anti-Monopoly" Policy at Work, cit., p. 53; N. RAO RAMPILLA, *A developing judicial perspective to India's Monopolies and Restrictive Trade Practice Act of 1969*, cit., p. 674; H. FULDA, I. TILL, *An antitrust Policy for India*, cit., p. 385; A. GHOSH, *A Critique of Antitrust Policy in India*, cit., p. 865.

¹⁵⁹ Risale, infatti, al 1911 la prima completa elaborazione della riferita teoria, in occasione della sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti resa sul caso "*Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*". Sul punto si veda, J. MAY, *The Story of Standard Oil Co. v. United States*, in E. FOX, D.A. CRANE, *Antitrust Stories*, Foundation Press, 2007, New York, p. 49; R.J. PERITZ, *The Rule of Reason in Antitrust Law: Property Logic in Restraint of Competition*, in *The Hastings Law Journal*, 1989, n. 2, p. 316.

¹⁶⁰ R.J. PERITZ, *Competition Policy in America – 1888 – 1992 – History, Rhetoric, Law*, Oxford University Press, 1996, Oxford, p. 181 e ss.

¹⁶¹ *Ib.* p. 79; v. anche G. AMATO, *The Antitrust and the Bounds of Power*, cit., p. 11.

la salvaguardia delle piccole imprese e, quindi, del pluralismo del mercato, in una generale prospettiva di contenimento del potere dei grandi agglomerati industriali¹⁶². Pertanto, negli Usa, il pubblico interesse veniva fatto coincidere con il mantenimento della libera (o non ristretta) concorrenza, con la conseguenza che – alla luce di una visione che poneva l'accento sulla struttura del mercato più che sulla *market performance* – ogni condotta suscettibile di condurre ad una riduzione attuale o potenziale del grado di concorrenza era da ritenere contraria al pubblico interesse e, pertanto, vietata.

La legislazione britannica, al contrario, era figlia di quell'ideologia – comune all'intera Europa della prima metà del secolo scorso – che ancora ammetteva, con poche riserve, la sacralità del principio privatistico della libertà contrattuale e di commercio, ereditato dalla tradizione liberale seguente alla rivoluzione francese, e il principio del perseguimento della prosperità economica nazionale, quale portato della tradizione mercantistica¹⁶³. La combinazione di queste due posizioni ideologiche condusse, dunque, a ritenere che le posizioni di monopolio o, più in generale, la detenzione di un potere di mercato (così come i cartelli), non fossero da ritenersi in ogni caso illecite, in quanto estrinsecazione delle riferite libertà, ma dovessero essere sottoposte a forme di vigilanza permanente che assicurassero che le condotte degli operatori di mercato non si traducevano in abusi in contrasto con l'interesse pubblico¹⁶⁴.

La riferita impostazione dovette, allora, apparire particolarmente attraente ai primi governi dell'India indipendente, sebbene per ragioni diverse rispetto a quelle che, come si è visto, hanno ispirato l'atteggiamento filomonopolistico di matrice europea.

L'esperienza britannica, infatti, serviva sul piatto un modello di legislazione “antimonopolistica” capace di fare salve le prerogative pianificatrici che il Governo – in un'ottica di *planned economy* – si era arrogato. Il riferimento all'interesse pubblico, cioè, avrebbe consentito al Governo di mantenere il controllo sugli obiettivi di sviluppo del paese, limitando quelle pratiche private che, nel caso concreto, si ponessero in

¹⁶² D.J. GERBER, *Global Competition: Law, Markets and Globalization*, Oxford University Press, 2010, New York, p. 122.

¹⁶³ Cfr. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè Editore, 2015, Milano, p. 5 e ss.

¹⁶⁴ D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century in Europe – Protecting Prometheus*, Clarendon Press Oxford, 1998, New York, p. 17.

contrasto con i contenuti delle *Industrial Policy Resolutions*, nonché dei piani di programmazione economica quinquennale.

Inoltre, come visto, l'obiettivo primario delle politiche economiche del tempo era quello di garantire – ad ogni costo – la crescita economica e lo sviluppo industriale del paese. Tale obiettivo, da un punto di vista programmatico, si basava, altresì, sulla considerazione che la grande impresa – specie se indiana¹⁶⁵ – stava avendo un ruolo centrale di propulsore della crescita. Il precipitato logico di tale stato di cose, allora, non poteva che far propendere il Governo per una legge che – in ragione della flessibilità garantita dall'*abuse approach* e dalla tutela dell'interesse pubblico – non interrompesse questo processo di crescita che il “big business” stava alimentando.

Tuttavia, un'ulteriore ragione – stavolta di carattere pratico – suggeriva di non adottare il modello americano.

Come si è avuto modo di sottolineare, benché lo Stato avesse progressivamente allargato la propria influenza nell'economia, rimanevano sul campo importanti gruppi imprenditoriali privati che erano venuti ad occupare i settori lasciati alla libera iniziativa economica. Su tali settori, come visto, era stato imposto un rigido sistema di controllo all'entrata per mezzo delle licenze industriali. In altri termini, era lo Stato che, coerentemente con i piani di sviluppo industriale, stabiliva il numero di licenze da accordare e, per conseguenza, il numero di operatori astrattamente ammissibili nel mercato. Ne scaturiva, come sottolineato, che il raggiungimento di posizioni di monopolio da parte degli operatori del settore fosse una conseguenza naturale di tale politica di controllo amministrativo all'entrata. In queste condizioni, allora, adottare una legislazione ispirata al modello americano avrebbe condotto ad un blocco del sistema¹⁶⁶. Invero, se l'entrata nel mercato era oggetto di controllo, un sistema legale che penalizzasse i monopoli avrebbe di fatto impedito il funzionamento dell'economia.

Se, unitamente a ciò, si considera che l'elevato tasso di concentrazione era – per ciò stesso – una conseguenza delle politiche di pianificazione, l'introduzione di una

¹⁶⁵ Giova, in questo senso, richiamare l'atteggiamento protezionistico che, anche in tempi relativamente recenti, ha caratterizzato la valutazione del pubblico interesse da parte della Corte Suprema Indiana. Come si ricorderà, infatti, in occasione della sentenza resa sul caso *Hindustan Lever*, i giudici hanno espressamente statuito che la valutazione è differente a seconda che sia coinvolta o meno un'impresa straniera. Per maggiori dettagli, v. *supra*, nt. 67.

¹⁶⁶ J. SINGH, *Monopolistic Trade Practices and Concentration of Economic Power: Some Conceptual Problems in MRTP Act*, cit., p. 4439.

legislazione che sanzionasse l'accumulo di potere privato avrebbe comportato una sostanziale sconfessione di tali scelte, con un ritorno negativo in termini di credibilità politica della classe dirigente.

Ed eccoci, allora, giunti alla seconda domanda: per quale ragione uno Stato fortemente dirigista come l'India avrebbe dovuto adottare una legislazione antimonopolistica?

Sul punto, a dire il vero, manca nella dottrina che si è occupata della materia una risposta basata su argomentazioni di tipo giuridico. Per quanto a conoscenza di chi scrive, i pochi autori ad essersi posti la riferita domanda hanno liquidato l'interrogativo facendo leva sulla fame di consenso politico dei governi al potere durante l'implementazione del MRTP Act¹⁶⁷.

Questa potrebbe essere una risposta verosimile, dunque. Tuttavia, a parere di chi scrive, non pare sufficiente.

Non si può negare come, pur essendo una democrazia – anzi, la più grande democrazia al mondo –, l'India dei primi 30 anni abbia avuto una serie di governi costruiti attorno alla forte figura dei leader rappresentativi. Nehru, in primo luogo, è stato una delle personalità più influenti dell'indipendenza, offrendo il sostrato ideologico che ha consentito di far nascere, per la prima volta, una volontà nazionale. Il suo successore, sua figlia Indira Gandhi, ha ereditato e portato alle estreme conseguenze il processo di accentramento del potere attorno alla figura del leader di governo. In quest'ottica, molti hanno ritenuto che l'adozione del MRTP Act – avvenuta a ridosso delle elezioni politiche del 1970 – non fosse nient'altro che una misura demagogica per conquistare voti.

Tuttavia, se il punto è accentrare il potere nelle mani del governo, ci si potrebbe chiedere perché non sarebbe stato sufficiente adottare solo un pacchetto di riforme che stringesse ulteriormente il sistema di controllo del *License Raj*. In particolare, sarebbe stato sufficiente adottare solo il Chapter III del MRTP Act che, come visto, prevedeva il controllo del governo sulle procedure di crescita esterna delle imprese. Ma ciò non è avvenuto, posto che, come visto, il provvedimento normativo trattava altresì delle *Monopolistic and Restrictive Practices*.

¹⁶⁷ S. CHAUDHURI, *Charade with a Purpose*, cit., p. 2151; *Id.*, *Growth with Government Blessing*, cit. 776; N. OZA, *Futility of the Monopolies Commission*, cit., 22.

La risposta, nel caso dell'India, può prendere le mosse dal suo testo costituzionale.

La parte quarta della costituzione – dedicata ai *Directive Principles of State Policy* – contiene una serie di prescrizioni che, così come stabilito dall'art. 37, non sono direttamente invocabili dal singolo dinnanzi ad un tribunale ma, nondimeno, costituiscono principi che, come sottolinea la riferita rubrica legislativa, devono informare l'azione legislativa dello Stato¹⁶⁸. Si tratta, insomma, di criteri-guida, che lo Stato è chiamato ad attuare nel momento in cui produce diritto¹⁶⁹. Volendo trovare un omologo nel diritto italiano, si potrebbe fare riferimento alla distinzione tra disposizioni costituzionali di principio e norme immediatamente precettive.

Orbene, tra la messe di tali principi¹⁷⁰, è possibile individuare alcuni elementi rilevanti per l'indagine in esame.

In via preliminare, la lett. b) dell'art. 39 Cost. chiede allo Stato di presiedere alla corretta allocazione dei mezzi e delle risorse produttive, in modo che il loro utilizzo sia finalizzato alla cura del bene comune¹⁷¹. In questo senso, le norme sulle licenze industriali e quelle contenute nel Chapter III del MRTP Act sembrano traduzione normativa del summenzionato principio.

Tuttavia, è la lett. c) del medesimo articolo che sembra offrire il destro per legittimare l'intero impianto del MRTP Act. La norma, infatti, investe lo Stato di un ruolo di garanzia, nello senso che lo stesso deve agire in modo da assicurare che “*operation of economic system does not result in the concentration of wealth and means of productions to the common detriment*”. La norma, ad una prima lettura, sembra riecheggiare il mantra socialcomunista del controllo dei mezzi di produzione, nell'ottica della tutela di quella giustizia distributiva che solo lo Stato è in grado perseguire senza i

¹⁶⁸ L'art. 37, rubricato “*application of the principles contained in this Part*”, stabilisce: “*the provisions contained in this Part shall not be enforceable by any court, but the principles therein laid down are nevertheless fundamental in the governance of the country and it shall be the duty of the State to apply these principles in making laws*”.

¹⁶⁹ D. AMIRANTE, *India*, Il Mulino, 2007, Bologna, p. 101; H.K. SAHARAY, *The Constitution of India: An Analytical Approach*, Eastern Law House, 2002, New Delhi.

¹⁷⁰ Si tratta di ben quindici disposizioni, contenenti al loro interno gruppi di principi omogenei.

¹⁷¹ La norma recita: “*The State shall, in particular, direct its policy towards securing [...] b) that the ownership and control of the material resources of the community are so distributed as best to subserve the common good*”.

condizionamenti che, invece, potrebbero affliggere i privati operatori¹⁷². Epperò, volendo valorizzare al massimo il significato di ogni termine, la norma sembra chiara nel distinguere la “*concentration of wealth*” da una “*concentration of means of productions*”. Orbene, costituisce affermazione generalmente condivisa quella per la quale la legislazione antimonopolistica serve, *ex plurimis*, a prevenire che vi siano indebite manomissioni del procedimento di allocazione della ricchezza, intesa quale *economic welfare* dei soggetti del mercato, al di là, poi, delle singole posizioni in ordine a quale sia il *welfare* da considerare per settare gli scopi della legislazione (*rectius*: la prassi applicativa).

Orbene, nel capitalismo, il meccanismo di base per l’assegnazione delle risorse è il mercato, visto che è attraverso questo che vengono convalidate le decisioni private di investimento e produzione e la relativa distribuzione sociale¹⁷³. Nel momento in cui tale processo distributivo è alterato dall’azione collettiva (cartelli o abuso di posizione dominante collettiva) o individuale (impresa dominante o monopolistica, a seconda delle visioni), è previsto l’intervento dell’ordinamento per reprimere tali condotte. Nel socialismo – e l’India si dichiara, nel preambolo della sua costituzione, come uno Stato socialista¹⁷⁴ – tale processo distributivo è coordinato dall’alto, mediante le scelte di politica macroeconomica dello Stato. In questo senso, allora, le pratiche monopolistiche, restrittive o commercialmente scorrette di cui al MRTP Act costituiscono una violazione della volontà allocatrice dello Stato che, come si è detto, è garante del benessere della comunità.

È questa, dunque, la prospettiva che, a parere di chi scrive, permette di individuare una *ratio* giustificatrice all’adozione da parte del legislatore indiano – nel suo periodo di “massimo socialismo” – di una legislazione antimonopolistica.

¹⁷² P.M. BAKSHI, *The Constitution of India*, Universal Law Publishing, 2011, New Dehli, p. 51; G.R. RATNA, *The Indian Constitution: A Case Study of Backward Classes*, Associated University Press, 1971, New Jersey, p. 279.

¹⁷³ L. VASAPOLLO, *La crisi del capitale – manuale di economia applicata: la mondializzazione capitalistica*, Jaka Book, 2009, Milano, p. 148; V. NEE, D. STARK, *Remaking the Economic Institutions of Socialism: China and Eastern Europe*, Stanford University Press, 1989, Stanford, p. 255; O. SIK, *Socialist Market Relations and Planning*, in C.H. FEINSTEIN, *Socialism, Capitalism & Economic Growth*, Cambridge University Press, 1969, New York, p. 133.

¹⁷⁴ Così, in particolare, recita il preambolo: “*We, the people of India, having solemnly resolved to constitute India into a sovereign socialist secular democratic republic*”.

Tale legislazione, infatti, non è diretta a proteggere la concorrenza – parola che, nel testo dell’atto, ricorre solo sei volte –, intesa quale garanzia del *fair play* tra le imprese attive, nell’ottica di preservare o incrementare la pluralità degli operatori. Si potrebbe quasi dire che la tutela della concorrenza costituisse, al massimo, una sorta di effetto mediato del MRTP Act, il quale, al contrario, rivolgeva il proprio ombrello normativo verso un uso dei mezzi di produzione compatibile con il benessere collettivo, la cui è determinazione è, a sua volta, rimessa allo Stato.

Naturalmente, l’aver trovato – o l’aver tentato di individuare – la *ratio* ispiratrice del provvedimento non dice nulla in ordine alle sue qualità intrinseche. Come evidenziato dalla dottrina citata nei precedenti paragrafi – alla quale si accede –, l’atto era grosso modo inefficace, ma il vizio del medesimo non era solo quello concernente la sua fattura come ha ritenuto la riferita dottrina, quanto la sua genesi e, appunto, l’ideologia che lo ispirava. Non a caso, il voltapagina epocale registrato con la liberalizzazione degli anni ’90 ha mostrato, nella sua crudezza, l’obsolescenza del vecchio MRTP Act e la necessità di un cambio di passo nel settore. A tale cambio di passo, dunque, sarà rivolta la seguente parte del presente lavoro.

CAPITOLO III
IL CAMBIO DI PASSO: L'AVVENTO DEL COMPETITION ACT 2002.

CAPITOLO III

IL CAMBIO DI PASSO: L'AVVENTO DEL COMPETITION ACT 2002.

1. Premessa

Il presente capitolo è dedicato all'analisi del processo che ha condotto l'India a porre fine all'esperienza del MRTP Act e ad adottare una nuova legge a tutela della concorrenza, il *Competition Act 2002*.

Mancano, tuttavia, significativi contributi dottrinali che abbiano tentato di approfondire o chiarire le dinamiche alla base di tale cambiamento. La letteratura indiana (e l'esigua letteratura internazionale)¹⁷⁵ che si è occupata dell'argomento mostra, infatti, la sbrigativa tendenza a liquidare la questione reiterando una spiegazione (che tale non è) che potremmo definire “*mainstream*” nell'ambito delle *developing countries*: l'adozione di una nuova legge a tutela dei mercati avrebbe trovato la propria giustificazione nella necessità di dotare l'ordinamento di uno strumento legislativo in sintonia con la svolta liberalizzatrice che l'economia indiana aveva intrapreso a partire dal 1991.

Si permetta, sul punto, una breve digressione storica.

Guardando al passato dell'Unione Europea, immediato sembra il parallelismo con la retorica mercatistica che ha caratterizzato l'espansione, successivamente alla caduta dell'Urss, della legislazione *antitrust* comunitaria negli ordinamenti di quegli Stati prima appartenenti al blocco sovietico¹⁷⁶. Allo stesso modo, in America Latina, l'ondata di liberalizzazioni degli anni '90 ha condotto, in gran parte di quegli ordinamenti, all'adozione di *competition statutes* formulati su parametri di efficienza mutuati dal *case law* statunitense. In entrambe le esperienze citate, il varo della legislazione *antitrust* è stata spesso salutata – con argomentazioni, appunto, *mainstream* – come il suggello definitivo al tortuoso percorso che, dal medioevo dirigista, ha finalmente fatto approdare quegli ordinamenti nei sicuri porti delle moderne economie di mercato¹⁷⁷.

¹⁷⁵

¹⁷⁶ J. FINGLETON, E.M. FOX, D. NEVEN, P. SEABRIGHT, *Competition Policy and the Transformation of Central Europe*, Centre for Economic Policy Research, 1996, London.

¹⁷⁷ Cfr. E.G. STIGLITZ, *Globalization and its Discontent*, W.W. Norton, 2002, New York; J. WILLIAMSON, *The Progress of Policy Reform in Latin America*, Institute for International Economics, *Policy Analyses in International Economics series*, 1990. I. LIANOS, A. MATEUS, A. RASLAN, *Is There a Tension Between*

È, tuttavia, oggi ben noto come una tale ricostruzione fosse frutto di un certo riduzionismo. Molto spesso, infatti, la liberalizzazione dell'economia e l'adozione di legislazioni a tutela dei mercati non sono state il frutto esclusivamente di un processo di maturazione interno agli ordinamenti statali, bensì di una serie di concomitanti fattori, tanto interni quanto esterni.

Certamente non si può negare come il passaggio da un'economia pianificata e con un forte attivismo statale ad un'economia aperta alla concorrenza (soprattutto delle imprese estere) costituisca la presa d'atto della limitatezza delle politiche dirigistiche. Ma è altrettanto vero che le misure di riduzione dell'intervento pubblico e di liberalizzazione sono state, spesso, inserite dalle principali istituzioni internazionali tra le riforme strutturali necessarie per ottenere gli aiuti finanziari di cui i riferiti paesi avevano bisogno¹⁷⁸. Altresì noto è che l'apertura del mercato alla concorrenza e l'adozione di una legislazione *antitrust* costituiscano presupposto indifettibile per l'adesione all'UE

Development Economics and Competition?, in D. SOKOL, T.K. CHENG, I. LIANOS, *Competition Law and Development*, Stanford University Press, 2013, Stanford, p. 42.

¹⁷⁸ Il riferimento è, in particolare, al c.d. *Washington Consensus*, etichetta con cui vengono indicate le misure che la *World Bank* o IMF hanno progressivamente suggerito alle *developing economies*, in cambio degli aiuti ricevuti. Si è trattato di interventi volti a realizzare la liberalizzazione dei mercati, l'apertura dei medesimi ai capitali stranieri, garanzia di un *level playing field* tra imprese nazionali e straniere, consistenti privatizzazioni, tutela dei diritti di proprietà intellettuale, *deregulation*. Cfr. J. WILLIAMSON, *A short History of the Washington Consensus*, disponibile su http://www.iie.com/publications/papers/williamson_0904-2.pdf. L'insuccesso di tali politiche – essenzialmente dovuto al fatto che esse erano tarate per paesi già sviluppati e non in via di sviluppo – ha dato vita ad un vigoroso dibattito in ambito internazionale, sfociato nel c.d. “*Post-Washington Consensus Movement*” o “*Spence Consensus*”. Alla base del nuovo corso vi è la presa di coscienza per la quale, nell'ambito dei paesi in via di sviluppo, l'esigenza della crescita economica deve essere bilanciata con politiche inclusive che, mirando alla riduzione dei tassi di povertà, garantiscano una redistribuzione delle risorse prodotte dalla crescita. Sul punto si veda, WORLD BANK - COMMISSION ON GROWTH AND DEVELOPMENT (M. SPENCE, *Chairman*), *The Growth Report: Strategies for sustained Growth and Inclusive Development*, disponibile su: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/6507/449860PUB0Box3101OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf?sequence=1>; D. RODRIK, *Goodbye Washington Consensus, Hello Washington Confusion? A Review of the World's Bank Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade of Reform*, in *Journal of Economic Literature*, Vol. 44, n. 4, 2006, p. 973. Si veda anche, Cfr. D.J. GERBER, *Global Competition: Law, Markets and Globalization*, Oxford University Press, 2010, New York, p. 239; espressamente dedicato all'argomento delle liberalizzazioni in America Latina, mettendo anche in luce il ruolo politico e militare ricoperto dagli Stati Uniti, si v. G. GRANDIN, *Empire's Workshop: Latin America, the United States and the Rise of the New Imperialism*, Henry Holt and Company, 2007, New York.

(allora, CEE) la quale, nella prospettiva dei paesi ex-socialisti, ha presto assunto il ruolo di nuovo centro gravitazionale a seguito della caduta dell'Unione Sovietica¹⁷⁹.

L'introduzione in qualche modo "forzata" di tali strumenti non ha comportato, tuttavia, che l'adozione di tali legislazioni si sia sempre rivelata un insuccesso. Al contrario, molti ordinamenti hanno accolto il "trapianto" di un prodotto normativo sostanzialmente maturato altrove – con presupposti applicativi e finalità del tutto diverse –, adattandone le forme alle proprie peculiari esigenze. Significativo è, a questo proposito, il caso del Sud Africa¹⁸⁰.

Se quanto detto è vero, si rende opportuno provare ad andare oltre la reiterata impostazione della riferita dottrina, per comprendere quali siano i fattori che hanno indotto il legislatore indiano a mettere nuovamente mano al settore del diritto della concorrenza, adottando il *Competition Act*, 2002.

2. India goes global: la liberalizzazione dell'economia indiana.

Shining India. Questo l'appellativo – e insieme slogan politico – utilizzato per descrivere gli straordinari ritmi di crescita che l'economia indiana ha cominciato a registrare a seguito del ciclo di liberalizzazioni avviato nel 1991¹⁸¹. Prima di tale data,

¹⁷⁹ D. GERADIN, D. HENRY, *Competition Law in the New Member States: Where Did we Come From? Where Do We Go?*, in D. GERADIN, *Modernisation and Enlargement: Two major Challenges for EC Competition Law*, Intersentia, 2004, Antwerp (Oxford), p. 273.

¹⁸⁰ Il caso del Sud Africa è spesso citato come modello di moderno sistema *antitrust*, sorto dalla combinazione delle legislazioni Usa e UE con istanze proprie di uno Stato che cerca di indirizzare le proprie politiche verso obiettivi di *inclusive development*. Basti qui citare, come mero *insight*, il preambolo del Competition Act 1998, a testimonianza della singolare visione accolta dal legislatore Sudafricano: "*The people of South Africa recognise: That apartheid and other discriminatory laws and practices of the past resulted in excessive concentrations of ownership [...] and unjust restrictions on full and free participation in the economy by all South Africans; [...] That credible competition law, and effective structures to administer that law are necessary for an efficient functioning economy; That an efficient, competitive economic environment, balancing the interests of workers, owners and consumers and focussed on development, will benefit all South Africans*". Si veda, per maggiori dettagli, E.M. FOX, *Competition, development and regional integration: in search of a competition law fit for developing countries*, in J. DREXL, M. BAKHOUM, E.M. FOX, M.S. GAL, D.J. GERBER, *Competition Policy and Regional Integration in Developing Countries*, Edward Elgar Publishing, 2012, Cheltenham, p. 282.

¹⁸¹ T. TIMBERG, *Why is India Shining? An Aristotelian Approach*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 39, Issue 39, 2004, p. 4325. Per l'utilizzo dello slogan "Indian Shining" da parte del Bharatiya Janata Party (attualmente al Governo) nel corso delle competizioni elettorali del 2004, si veda l'articolo pubblicato sul The Express Tribune/International New York Times, *BJP and the India Shining campaign*, disponibile nella versione *online* del giornale, al seguente indirizzo: <http://tribune.com.pk/story/532006/bjp-and-the-india-shining-campaign/>.

gli economisti erano soliti ricorrere alla nozione di “*Hindu rate of growth*”¹⁸² che, nel gergo degli addetti al settore, era divenuta la metafora di un’economia sì in crescita, ma a passo decisamente ridotto rispetto alle sue potenzialità teoriche.

Ed invero – dati statistici alla mano – dopo circa tre decenni nel corso delle quali la crescita del PIL indiano risultava stabilmente intorno ad un magro (per gli standard asiatici del tempo) 3.5% annuo¹⁸³, a partire dal 1991 il *trend* ha cominciato a subire un’accelerazione che ha fatto registrare una punta massima dell’8.2%, assestandosi oggi al 7.5% e offrendo la base per una previsione più che rosea per il futuro: al termine del 2015, il tasso di crescita indiano supererà quello cinese¹⁸⁴, portando, nel 2019, il PIL indiano al di sopra di quelli di Giappone e Germania unitariamente considerati¹⁸⁵.

Nonostante alcune voci discordanti¹⁸⁶, vi è oggi una larga convergenza d’opinioni sul fatto che ciò che ha reso possibile tale crescita sia stata proprio la stagione delle liberalizzazioni del 1991¹⁸⁷.

Ai fini della presente trattazione, tuttavia, non appare utile scendere nel dettaglio delle singole misure adottate nel corso di quel periodo¹⁸⁸. Al contrario, si ritiene opportuno indicare esclusivamente quelle che, a parere di chi scrive, hanno direttamente

¹⁸² J. DRÈZE, A. SEN, *An Uncertain Glory, India and Its Contradictions*, Princeton University Press, 2013, New Jersey, p. 20.

¹⁸³ Per i dati sul PIL indiano, si invita alla consultazione degli indicatori forniti dalla Banca Mondiale, al sito internet: <http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?page=6>.

¹⁸⁴ Così, C. LAGARDE, *MD Speech: Seizing India’s Moment*, disponibile presso il sito internet: <http://www.imf.org/external/np/speeches/2015/031615.htm>.

¹⁸⁵ *Ib.*

¹⁸⁶ D. RODRIK, A. SUBRAMANIAN, *From “Hindu Growth” to Productivity Surge: The Mystery of the Indian Growth Transition*, in *International Monetary Fund Staff Papers*, Vol. 52, n. 2, 2005. Gli AA., invero, sostengono che la radice del miglioramento delle prestazioni economiche dell’India sarebbe da rintracciare, in realtà, nei primi tentativi di liberalizzazione sperimentati da Rajiv Gandhi (sui quali, *infra*). Benché poco incisivi, essi avrebbero influito sul clima imprenditoriale del paese, alimentando un atteggiamento *business-friendly* che avrebbe incoraggiato gli investimenti. Al contrario, le riforme post-1991 avrebbero “solamente” determinato una svolta *market-friendly* della struttura economica indiana.

¹⁸⁷ La letteratura che si è occupata del processo di liberalizzazione dell’economia indiana è piuttosto vasta. In questa sede, si consiglia, per maggiori dettagli, la lettura di J. DRÈZE, A. SEN, *An Uncertain Glory, India and Its Contradictions*, cit. *supra* nt. 7; J. BRADFORD DELONG, *India since Independence: An Analytic Growth Narrative*, in D. RODRIK, *In Search of Prosperity: Analytic Narratives on Economic Growth*, Princeton University Press, 2003, New Jersey; K. SINGH, S. BERY, *India’s Growth Experience*, in W. TSENG, D. COWEN, *India and China’s Recent Experience with Reform and Growth*, Palgrave Macmillan, 2005, Basingstoke; A. KOHLI, *Politics of Economic Growth in India, 1980-2005, Part. II: The 1990s and Beyond*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 41, n. 14, 2006, p. 1361.

¹⁸⁸ Si rimanda alla bibliografia riportata nella nota precedente, nonché a quella citata nel corso del presente paragrafo.

inciso sulla scelta del legislatore indiano di introdurre, nel 2002, una nuova legislazione a tutela dei mercati. Prima di entrare nel merito di quelle scelte, tuttavia, occorre cercare di comprendere quali siano state le ragioni che, in definitiva, hanno spinto l'India a percorrere la strada di una maggiore apertura al mercato.

Giova, infatti, sottolineare che un tentativo di liberalizzare l'economia era stato già intrapreso, tra il 1984 e il 1989, dal figlio di Indira Gandhi, Rajiv Gandhi, il quale, una volta divenuto *premier*, aveva da subito mostrato – contrariamente alla madre e al nonno, Nehru – un atteggiamento particolarmente favorevole all'apertura dell'economia, lasciandosi alle spalle i fasti della retorica socialista e dell'autosufficienza¹⁸⁹. Eppure tuttavia, quello di Rajiv rimase, appunto, un tentativo, stroncato dalle opposizioni politiche e dagli scandali che travolsero il suo governo¹⁹⁰.

Ciò che balza agli occhi, dunque, è la singolarità di un cambiamento che, molto difficile fino al 1989, apparve realizzabile – e di fatto, venne perseguito – a partire dal 1991.

Un primo elemento di rottura, rispetto al passato, è stato il crollo dell'Unione sovietica¹⁹¹. Tale evento, infatti, ha prodotto rilevanti conseguenze sull'India, sia in termini politici, sia in termini più strettamente economici.

¹⁸⁹ Cfr. D. RODRIK, A. SUBRAMANIAN, *From "Hindu Growth" to Productivity Surge: The Mystery of the Indian Growth Transition*, cit. *supra* nt. 11.

¹⁹⁰ L'obiettivo di Rajiv Gandhi era, essenzialmente, quello di aprire l'economia Indiana agli investimenti privati, ridimensionando il ruolo dello Stato il quale, da principale fornitore di beni e servizi, sarebbe dovuto diventare un attore sussidiario nello scenario economico, provvedendo alla realizzazione di quanto necessario allo sviluppo del settore privato (es. infrastrutture). L'intenzione di limitare il ruolo dello Stato offrì il destro all'opposizione per additare le politiche governative come un regalo alle classi più ricche e, più in generale, al resto del mondo, poiché veniva messo in pericolo il disegno di totale *self-reliance* voluto da Nehru. Tuttavia, l'opposizione più feroce arrivò dai membri dello stesso partito guidato da Rajiv – il *Congress Party* –, preoccupati che il nuovo corso potesse mettere a repentaglio il legame tra partito e base elettorale, quest'ultima formata tendenzialmente dagli strati più poveri della popolazione e, pertanto, potenzialmente intimorita dalle più recenti scelte in campo economico. Cfr. B.R. NAYAR, T.V. PAUL, *India in the World Order: Searching for Major-Power Status*, Cambridge University Press, 2003, New York, p. 196; C.S. LARUE, *The India Handbook*, Fitzroy Deaborn Publishers, 1997, Chicago, p. 49. Il colpo di grazia, in ogni caso, arrivò nel 1989 a seguito del c.d. *Bofors Scandal*, in occasione del quale il Governo di Gandhi venne accusato di corruzione a seguito delle tangenti pagate dalla società svedese Bofors che – con l'intermediazione del manager italiano Ottavio Quattrocchi, vicino alla famiglia Gandhi – era riuscita ad assicurarsi un appalto per la fornitura di macchine militari Howitzer. Alle elezioni dello stesso anno, il partito di Gandhi risultò pesantemente sconfitto. Cfr. V.K. ANANTH, *India since Independence, Making sense of indian politics*, Pearson, 2010, New Dehli, p. 310.

¹⁹¹ A. KOHLI, *Politics of Economic Growth in India, 1980-2005, Part. II: The 1990s and Beyond*, cit., p. 1362.

Dal punto di vista politico, infatti, veniva meno la tangibile manifestazione di un modello di sviluppo che, grazie alla mediazione di Nehru, aveva fortemente influenzato l'India sin dall'Indipendenza. Sul medesimo fronte, poi, la caduta dell'Unione determinava la perdita di un importante alleato militare, rendendo impellente la necessità di stringere rapporti con gli Usa, primariamente mediante il canale commerciale, aprendo il mercato interno all'invasione di prodotti statunitensi¹⁹².

Dal punto di vista economico, invece, veniva meno un importante *partner* commerciale che, rifornendo l'India di materie prime fondamentali quali petrolio e gas, metteva sul piatto l'esigenza di individuare nuove fonti di approvvigionamento, necessarie per assicurare l'indipendenza energetica della nazione¹⁹³.

Tuttavia, il problema non risiedeva esclusivamente nella ricerca di relazioni commerciali sostitutive, ma nell'individuazione di nuove fonti di capitale utilizzabile. Bisogna, invero, sottolineare come, in virtù di apposito accordo commerciale intervenuto tra l'Urss e l'India¹⁹⁴, le transazioni tra i due paesi avvenivano senza utilizzare denaro contante, con la conseguenza che, banalmente, l'India non aveva mai dovuto affrontare la questione concernente l'ammontare delle proprie riserve di denaro.

Sul fronte interno, dopo decenni di forte attivismo dello Stato nell'economia, il debito pubblico indiano aveva raggiunto livelli insostenibili, aumentando del 100% dal 1982 al 1990 e raggiungendo il 75% del Pil nazionale¹⁹⁵.

L'innebitamento e la crisi commerciale sul fronte esterno avevano, allora, spinto in modo congiunto sulla bilancia dei pagamenti, determinando una crisi di cambio che aveva costretto l'India, dapprima, ad impegnare le proprie riserve presso la banca centrale d'Inghilterra – con un evidente smacco all'orgoglio nazionale – e, successivamente, a ricorrere all'iniezione di aiuti del Fondo Monetario Internazionale¹⁹⁶.

Il prestito del FMI, secondo prassi, era, tuttavia, subordinato all'adozione di “aggiustamenti strutturali” che assicurassero, secondo le stime del medesimo FMI, un

¹⁹² *Ib.*

¹⁹³ J.J. BOILLOT, *L'economia dell'India*, Il Mulino, 2007, Bologna, p. 32.

¹⁹⁴ R. JENKINS, *Democratic Politics and Economic Reform in India*, Cambridge University Press, 1999, New York, p. 16.

¹⁹⁵ J.J. BOILLOT, *L'economia dell'India*, cit., p. 33.

¹⁹⁶ A. PANAGARIYA, *India: The emerging Giant*, Oxford University Press, 2010, Oxford, p. 95.

risanamento dell'economia nazionale che consentisse all'India di onorare il proprio debito¹⁹⁷. Tra tali ricette vi era, prima di tutto, la riduzione del *deficit* di bilancio¹⁹⁸.

Orbene, come meglio si vedrà *infra*¹⁹⁹, il bilancio pubblico – oltre a permettere l'intervento dello Stato nell'economia – era stato principalmente lo strumento mediante il quale le forze politiche erano riuscite ad assicurarsi una stabile base di consenso. L'uso del denaro pubblico, infatti, aveva permesso di stringere alleanze, attrarre alla mano pubblica imprese in deficit per impedirne l'uscita dal mercato, sorretto un sistema di assistenza sociale che – pur risolvendosi, nei fatti, in una goccia nel mare – aveva contribuito, non senza tinte demagogiche, alla costruzione dell'immagine di uno Stato vicino agli strati poveri della popolazione (che, attualmente, comprendono la maggioranza degli indiani). Mettere mano alle spese – seppur necessario – avrebbe, dunque, eroso quel legame d'interesse tra la base e i partiti. Ne consegue, allora, che dalla spesa pubblica dipendeva la stabilità politica del paese, intesa quale possibilità di pervenire alla formazione di coalizioni governative dotate delle necessarie maggioranze.

Fu questa, forse, la ragione che spinse il partito uscito vittorioso, pur senza maggioranza, dalle elezioni generali del 1991, a cercare un accordo di coalizione con l'opposizione e a costituire un governo tecnico che, affidato alle cure dell'economista Manmohan Singh, venne investito del compito di accettare il piano di aiuti del FMI, traghettando l'India nella difficile fase della ristrutturazione dei conti pubblici²⁰⁰.

Così come l'India conquistava l'indipendenza nel corso di una sola notte, un altro cambiamento epocale avveniva altrettanto rapidamente, 40 anni dopo, sul fronte economico. Con lo *Statement on Industrial Policy* del 24 luglio 1991, infatti, il governo Singh adottava le tanto attese misure che, in un sol colpo, facevano carta straccia della *planned economy*²⁰¹.

¹⁹⁷ R.J. CHELLIAH, *The Growth of Indian Public Debt - Dimensions of the Problem and Corrective Measures*, IMF Working Paper n. 91/72, disponibile sul sito: <http://www.imf.org/external/pubs/cat/longres.aspx?sk=951.0>.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 30.

¹⁹⁹ Cfr. *Infra*, § 6.

²⁰⁰ S. BHATTACHARYYA, *Two decades of market reform in India – Some Dissenting Views*, Anthem Press, 2013, Londra, p. 29.

²⁰¹ Cfr. *Statement on Industrial Policy*, 24 luglio 1991. La maggior parte dei documenti ufficiali dell'epoca non risulta negli archivi *online* delle istituzioni pubbliche indiane. La lettura di tali documenti è, tuttavia, possibile grazie all'opera di diversi autori che si sono occupati di questo pezzo di storia economica indiana, i quali li hanno riportati in appendice ai loro scritti. A tal fine, si rimanda a K.R. GUPTA, *Liberalisation and Globalisation of Indian Economy*, Atlantic Publishers & Dist, 1995, New

Nei documenti ufficiali non si ripudiano le scelte operate dai precedenti governi²⁰². Al contrario, si cerca di presentare le nuove politiche come una naturale evoluzione di quanto era contenuto nella prima *Industrial Policy* del 1951²⁰³, quasi che la figura di Nehru costituisse ancora una fonte di legittimazione delle determinazioni statali in campo economico.

Così, pur rinnovandosi il proprio *commitment* verso un modello di sviluppo dominato dallo Stato, si prese atto del fatto che la maggior parte delle imprese pubbliche era divenuta un peso per il bilancio nazionale, perché l'originaria verve ideologica che ispirava l'intervento pubblico nell'economia era stata, nei fatti, distorta da forme di assistenzialismo alle imprese private che, oltre ad impedirne il fisiologico meccanismo di uscita in caso di crisi, ne aveva sterilizzato la capacità di reggere alla pressione competitiva, la quale, quasi assente fino ad allora, cominciava ad affacciarsi all'orizzonte in ragione dell'apertura del mercato²⁰⁴. La diretta conseguenza fu il progressivo ritrarsi dello Stato, attraverso la dismissione della propria partecipazione nelle imprese pubbliche, salvo il mantenimento di monopoli nei settori ritenuti "sensibili", tra i quali telecomunicazioni, energia, trasporti e forniture militari²⁰⁵. Per il resto, le imprese pubbliche – ancora presenti in numero piuttosto consistente²⁰⁶ – non godevano più di alcuna posizione di monopolio, offrendo i propri prodotti/servizi sul mercato in concorrenza con le imprese private²⁰⁷.

Dehli, Vol. 1, p. 190. Nel prosieguo della trattazione, ogniqualvolta si citerà lo *Statement of Industrial Policy*, lo si farà avendo riguardo alla numerazione delle pagine del volume citato.

²⁰² *Ib.*, dove si legge: "Nehru laid the foundations of modern India. [...] The goal of Independence, namely, the rapid agricultural and industrial development of our country, rapid economic expansion of opportunities for gainful employment, progressive reduction of social economic disparities, removal of poverty and attainment of self-reliance remain as valid today as at the time Nehru first set them out before the nation. [...] The present statement of industrial policy is inspired by these very concerns".

²⁰³ Cfr. *Supra*, Cap. II, § 2.

²⁰⁴ Cfr. *Statement of Industrial Policy*, cit., p. 197 e ss.

²⁰⁵ A. VARSHNEY, *India's Democratic Challenge*, in *Foreign Affairs*, Vol. 86, n. 2, 2007, p. 97.

²⁰⁶ Cfr. R.K. MISHRA, *Role of State-Owned Enterprises in India's Economic Development*, in OECD, *Workshop on State-Owned Enterprises in the Development Process*, 4 Aprile 2014, disponibile presso il sito internet: http://www.oecd.org/daf/ca/workshop_soesevelopmentprocess_india.pdf. Ad oggi, la maggior parte delle imprese pubbliche opera principalmente in cinque settori: agricoltura, risorse minerarie, settore manifatturiero, elettricità e servizi (IT). Cfr. P.K. JAIN, S. GUPTA, S.S. YADAV, *Public Sector Enterprises in India, The Impact of Disinvestment and Self Obligation On Financial Performance*, Springer India, 2014, New Dehli, p. 17 e ss.

²⁰⁷ Y. XU, *The Political Economy of State-owned Enterprises in China and India*, Palgrave Macmillan, 2012, Uk, p. 47 e ss.

Allo stesso modo, i controlli governativi esercitati mediante il *M RTP Act* venivano esaltati – non senza una certa retorica – quale fondamentale strumento di garanzia che aveva reso possibile, nei primi decenni della Repubblica, il contenimento della concentrazione di potere di mercato²⁰⁸. Eppure tuttavia, la moderna economia di mercato – caratterizzata da rapidità decisionale e dalla ricerca di economie di scala – imponeva una mutata sensibilità nel controllo delle condotte di mercato che, pur facendo salvi gli obiettivi originari, non intralciasse la dinamicità delle transazioni commerciali²⁰⁹. Si intervenne, pertanto, sul settore privato, con il fine di liberarlo dalle strette cui i precedenti governi l’avevano relegato. Vennero aboliti, dunque, il *License Raj* e le limitazioni ai processi di crescita esterna delle imprese posti dal *M RTP Act*²¹⁰, contestualmente invocando una ristrutturazione contempletta del sistema di controllo, rimandata a data futura.

In questo contesto, poi, cadeva del tutto la giustificazione di un apparato teso alla realizzazione dell’autarchia economica che, fino a quel momento, si era tradotto sul piano normativo, *ex plurimis*, nel *Foreign Exchange Regulation Act* del 1973 (FERA).

Sinteticamente, si trattava di un limite quantitativo posto alla partecipazione di capitali stranieri in società operanti sul territorio indiano, basato su un controllo amministrativo affidato al *Foreign Investment Board* (FIB) – chiamato ad autorizzare ogni operazione – e su un tetto massimo di investimento pari al 40% del capitale della società target²¹¹.

La riferita disciplina, evidentemente, tentava di assicurare che i mezzi di produzione fossero “in mano agli indiani”, offrendo una risposta normativa che, oltre a porsi in linea con l’ideologia del tempo, costituiva una sorta di reazione giuridica al pericolo che le risorse nazionali venissero sfruttate da dominatori – non militari, stavolta – stranieri, senza alcun contributo al benessere dell’economia interna. Tuttavia, in un contesto in cui era necessario allacciare saldi legami con l’economia mondiale, il controllo agli investimenti stranieri risultava un ingiustificato impedimento. Si consentirono, dunque,

²⁰⁸ Cfr. *Statement of Industrial Policy*, cit., p. 199.

²⁰⁹ *Ib.*, p. 201.

²¹⁰ *Ib.*, p. 202; Cfr., anche, *Supra*, Cap. II, § 3.

²¹¹ A. PANAGARIYA, *India: The emerging Giant*, cit., p. 83; C.P. CHANDRESEKHAR, P. PAL, *Financial Liberalisation in India: An Assessment of its Nature and Outcomes*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 41, n. 11, p. 975.

investimenti esteri sino al 100% nel capitale di alcune categorie di imprese²¹², con eccezione della partecipazione in banche, compagnie assicurative e del settore delle telecomunicazioni, rispetto alle quali le procedure di autorizzazione vennero comunque fortemente semplificate²¹³.

Rebus sic stantibus – per ciò che, dunque, interessa la presente trattazione –, il settore privato subiva un alleggerimento dalla pressione statale, con le imprese libere di determinare le proprie strategie di sviluppo, anche al fine di attrarre capitali stranieri. Il settore pubblico riduceva la sua mole, aprendo all’iniziativa privata nuove prospettive di investimento. Società nate all’estero potevano, ora, costituire propri dislocamenti direttamente in territorio indiano, in posizione di parità rispetto alle imprese locali, le quali, per la prima volta, si trovavano a fare i conti con la concorrenza estera.

A questo punto, dunque, la domanda che conviene porsi riguarda la capacità del *MRTTP Act* di affrontare le sfide del nuovo corso.

Per rispondere, deve tenersi conto di un ulteriore fattore di pressione esterno. La *World Trade Organization*.

3. La World Trade Organization, tra *Quantitative Restrictions* e *Singapore Issue*.

In quanto firmataria del GATT 1947 (*General Agreement on Tariffs and Trade*)²¹⁴, l’India divenne membro della WTO sin dalla sua creazione – cioè a partire dal 1995 –,

²¹² *Foreign Direct Investments* fino al 100% divenivano possibili nelle c.d. *Export Oriented Units*, cioè in imprese la cui attività mirasse prevalentemente alle esportazioni. Con riferimento agli investimenti in società indiane o destinate ad operare prevalentemente nel mercato indiano, il limite agli investimenti venne innalzato, dapprima, nel 1991 fino al 51% e, nel 1996, al 74%. Ad oggi, il sistema si basa sulla regola generale per la quale il 100% degli investimenti è permesso senza necessità di autorizzazione governativa, salvi i settori espressamente indicati. Una lista completa è contenuta nel nuovo portale del Governo Indiano dedicato agli investimenti esteri, all’indirizzo: <http://www.makeinindia.com/sector/automobiles>.

²¹³ A. BHATTACHARJEA, *Trade, Investment and Competition Policy: an Indian Perspective*, in A. MATTOO, R.M. STERN, *India and the Wto*, World Bank Publications, 2003, Washington, p. 205.

²¹⁴ L’India, infatti, è uno dei 23 paesi fondatori del GATT, istituito nel 1947 con i cc.dd. Accordi di Ginevra. In questo senso, l’art. XI degli accordi WTO espressamente stabilisce che: “*The contracting parties to GATT 1947 as of the date of entry into force of this Agreement [...] shall become original Members of the WTO*”. Cfr. J.P. TRACHTMAN, *The Wto and development policy in China and India*, in M. SORNARAJAH, J. WANG, *China, India and The International Economic Order*, Cambridge University Press, 2010, New York, p. 17 e ss.

senza necessità di passare attraverso il complesso procedimento di adesione previsto a seguito delle negoziazioni intervenute nel corso del c.d. Uruguay Round²¹⁵.

Ciò nonostante, l'avvento della nuova organizzazione mondiale ha inciso sulle scelte dell'India – non solo in materia di *trade policy* ma, per quanto qui rileva – in materia di diritto della concorrenza, sotto due diversi punti di vista.

Il primo profilo che merita attenzione è quello concernente le c.d. *quantitative restrictions*.

Com'è noto, le cc.dd. *quantitative restrictions* (nel prosieguo, QRs) sono essenzialmente dei limiti quantitativi posti da un paese all'importazione di uno o più prodotti²¹⁶, con la conseguenza che il loro ingresso nel paese medesimo risulta in tutto o in parte impedito. Si tratta, come è evidente, di una misura protezionistica, alla cui base si pone generalmente la volontà dello Stato di tutelare – per le più disparate ragioni – una specifica produzione nazionale contro la concorrenza dei prodotti esteri.

Con riferimento alle QRs, l'impostazione di base su cui si fonda l'architettura degli accordi GATT/WTO consiste nel generale divieto di qualsiasi forma di QRs, nell'obiettivo di garantire che i flussi commerciali tra i paesi aderenti non subiscano indebite ostruzioni²¹⁷. La relativa disciplina – contenuta all'art. XI.1 del GATT 1994²¹⁸

²¹⁵ Il procedimento di adesione alla WTO – la cui durata, secondo le più recenti stime, è in media pari a 9 anni – implica la disponibilità (e la capacità) dello Stato aderente a mettere in atto un ampio *range* di riforme che si estende ben oltre la politica tariffaria, per toccare la regolazione del mercato, il sistema fiscale e monetario e, in generale, le strutture del sistema economico, spingendolo verso una più sensibile apertura all'esterno. Per un'analisi dei requisiti e delle implicazioni, Cfr. M. HADDAD, C.H. HOLLWEG, A. PORTUGAL-PEREZ, *The structural reform implications of Wto-accession*, in U. DADUSH, C. OSAKWE, *Wto Accession and Trade Multilateralism*, Cambridge University Press, 2015, New York, p. 81 e ss.

²¹⁶ Diverse dalle QRs sono le cc.dd. *tariff quotas* (TRQs) le quali, in senso stretto, non costituiscono una restrizione quantitativa. Una quota tariffaria, infatti, si sostanzia nell'applicazione di una percentuale tariffaria allorché l'ammontare di beni importati superi una certa soglia, con riferimento alla sola quantità marginale ulteriormente importata. Esse, come le tariffe doganali, non costituiscono, oggi, oggetto di divieto, purché nei limiti esplicitamente previsti. Si veda, per maggiori Cfr. P. VAN DEN BOSSCHE, W. ZDOUC, *The Law and Policy of The World Trade Organization – Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2013, III ed., New York, p. 489.

²¹⁷ WTO LEGAL AFFAIRS DIVISION, *WTO Analytical Index, Vol. I – Guide to WTO Law and Practice*, Cambridge University Press, 2007, New York, p. 208 e ss.

²¹⁸ Così recita la norma: “*No prohibitions or restrictions other than duties, taxes, or other charges, whether made effective through quotas, import or export licenses or other measures, shall be instituted or maintained by any contracting party on the importation of any product of the territory of any other contracting party or on the exportation or sale of any product destined for the territory of any other contracting party*”. Giova sottolineare che, con un approccio parallelo a quello seguito in ambito europeo con riferimento alle misure d'effetto equivalente alle restrizioni quantitative, gli organismi di risoluzione

– fa, tuttavia, salve alcune specifiche ipotesi, in presenza delle quali uno Stato è autorizzato – previo parere positivo del WTO *Secretariat* – a mantenere o istituire *ex novo* una o più QRs²¹⁹. Di contro, ove uno Stato istituisca o mantenga delle QRs senza aver ricevuto apposita autorizzazione, gli altri Stati contraenti potranno adire il WTO *Dispute Settlement Body* (DSB) per far accertare l’illegittimità delle restrizioni e farne ordinare la rimozione²²⁰.

Orbene, in ragione della sua lunga tradizione dirigista, l’economia indiana aveva spesso fatto ricorso allo strumento delle QRs, le quali si inserivano in un più ampio quadro di politiche tendenti ad isolarla dal resto del mondo. L’obiettivo perseguito – come già messo in evidenza più volte²²¹ – era, invero, quello di spingere il più possibile il limite dell’autosufficienza produttiva, intesa quale strumento essenziale per assicurare il mantenimento dell’indipendenza nazionale.

A seguito dell’iniziativa liberalizzatrice del 1991, l’India aveva cominciato – non senza opposizioni interne – a smantellare il proprio sistema protezionistico, abbassando il livello delle tariffe doganali e riducendo il numero di restrizioni quantitative. Tuttavia, al 1995, l’India presentava ancora un numero piuttosto elevato di QRs²²², in ragione della necessità di assicurare che le produzioni protette raggiungessero un grado di solidità tale da permettere loro di esporsi alla competizione mondiale²²³. La giustificazione ufficiale, tuttavia, fornita dalle autorità indiane al WTO *Secretariat*, si

delle controversie interni al WTO hanno esteso il concetto di RQs, fino a ricomprendere “*measures which create uncertainties and affect investment plans, restrict market access for imports or make importation prohibitively costly, all of which have implications on the competitive situation of an importer*”. Si veda, a tal fine, WTO, *Panel Report on India – Measures affecting the Automotive Sector*, WT/DS146R, WT/DS175/R, par. 7.270, consultabile presso il sito internet: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds146_e.htm. Cfr. VAN DEN BOSSCHE, W. ZDOUC, *The Law and Policy of The World Trade Organization*, cit., p. 497.

²¹⁹ Si richiamano, a titolo meramente esemplificativo, l’eccezione di cui all’art. XII, concernente le misure necessarie alla tutela della bilancia dei pagamenti, e quella *ex artt. XXI del GATT e XIV-bis del GATS*, riguardanti le misure volte alla tutela della sicurezza nazionale.

²²⁰ WTO LEGAL AFFAIRS DIVISION, *WTO Analytical Index*, Vol. II, cit., p. 1240.

²²¹ Più diffusamente, *Supra*, Cap. II.

²²² A partire dal 1960, l’India ha fatto ricorso alle QRs per 3.300 prodotti – la maggior parte dei quali, beni di consumo – riducendole, successivamente al 1991, a 1.429. Cfr. R. CHADHA, D.K. BROWN, A.V. DEARDORFF, R.M. STERN, *Computational Analysis of the Impact on India of the Uruguay Round and the Doha Development Agenda Negotiations*, in A. MATTOO, R.M. STERN, *India and the Wto*, Oxford University Press, 2003, New York, p. 13 e ss.

²²³ M. SAJAL, *Trade, the WTO and Energy Security, Mapping the Linkages for India*, Springer, 2014, Heidelberg, p. 23.

basava essenzialmente sulla clausola di cui all'art. XVIII, la quale riconosce agli Stati membri il diritto di mantenere QRs quando ciò sia necessario a salvaguardare la propria bilancia dei pagamenti²²⁴. In questo senso, l'India aveva cercato di ottenere la concessione di un periodo di nove anni per la completa rimozione delle QRs, trovando, però, la ferma opposizione di un certo numero di *developed countries*, evidentemente interessate ad invadere il mercato indiano con i propri prodotti di consumo²²⁵.

Dopo una prima fase di mediazione che aveva permesso l'individuazione di un piano condiviso tra l'India e le altre parti contraenti²²⁶, gli Stati Uniti, insoddisfatti delle trattative, chiesero al DSB di costituire un *Panel* che risolvesse la disputa. Con decisione confermata in secondo grado dal WTO *Appellate Body*²²⁷, il *Panel* riteneva le misure indiane contrarie al WTO *Agreement* e, conseguentemente, ne ordinava la rimozione entro il primo aprile 2001²²⁸.

Venivano, dunque, spazzate via, con una violenta zampata della WTO, le paratie che, per oltre 50 anni, avevano protetto le imprese indiane dalla concorrenza mondiale, creando un vuoto emergenziale non passato inosservato alle autorità governative indiane che presto, come si vedrà *infra*²²⁹, correranno ai ripari.

Il secondo profilo in merito al quale la WTO ha svolto il ruolo di pungolo, stimolando l'India ad assumere iniziative concernenti il diritto della concorrenza, è costituito dal c.d. *Singapore Issue* del 1996.

²²⁴ La norma dispone che: “Any contracting party, in order to safeguard its external financial position and its balance of payments, may restrict the quantity or value of merchandise permitted to be imported, subject to the provisions of the following paragraphs of this Article”. Cfr. WTO LEGAL AFFAIRS DIVISION, *WTO Analytical Index*, Vol. I, cit., p. 244.

²²⁵ J.J. NEDUMPARA, *Naming, Shaming and Filing: Harnessing Indian Capacity for Wto Dispute Settlement*, in *Trade, Law and Development*, n. 5, 2013, p. 85.

²²⁶ B.S. CHIMNI, *China, India and the Wto Dispute settlement system: Towards an interpretative strategy*, in M. SORNARAJAH, J. WANG, *China, India and The International Economic Order*, cit., p. 235.

²²⁷ Cfr. Report of the Appellate Body, *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, 23 Agosto 1999, consultabile presso il sito internet al seguente indirizzo: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/90abr.pdf.

²²⁸ Cfr. Panel Report, *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, 6 Aprile 1999, disponibile presso il sito: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds90_e.htm. Il Panel, nel rigettare le argomentazioni del Governo Indiano, osservava come la situazione della bilancia dei pagamenti non fosse tale da richiedere il ricorso a QRs, potendo essere, eventualmente, affrontata mediante altri strumenti di politica macroeconomica. Cfr., per maggiori dettagli, WTO LEGAL AFFAIRS DIVISION, *WTO Analytical Index*, Vol. I, cit., p. 244.

²²⁹ Cfr. *Infra*, § 4.

Com'è noto, a parte la estemporanea iniziativa del c.d. *Havana Charter draft*²³⁰, il diritto della concorrenza non costituisce oggetto diretto né del previgente GATT 1947, né dall'attuale *WTO Agreement*, dai quali viene solo "intersecato" – in via, dunque, meramente incidentale – da alcune disposizioni sparse nel corpo dei menzionati trattati²³¹. Né esistono, allo stato attuale, trattati internazionali vincolanti aventi ad oggetto tale materia²³².

Il dibattito in merito all'opportunità di adottare, nel *framework* della WTO, un *multilateral agreement* riguardante il diritto della concorrenza è, tuttavia, riemerso a partire dalla seconda metà degli anni '90, come riflesso dell'onda di successi che l'allora CE stava cominciando a registrare in virtù della sempre più vigorosa espansione verso est delle proprie *competition law & policies*²³³. Nel 1996, infatti, nel corso della

²³⁰ Il menzionato progetto mirava a rendere obbligatoria, per i membri dell'allora *International Trade Organization* (ITO), l'adozione di appropriate misure dirette a prevenire che imprese private, operanti nelle loro giurisdizioni, potessero in essere condotte tendenti a "*restrain competition, limit access to markets, or foster monopolistic control in international trade*", allorché tali condotte potessero pregiudicare negativamente il raggiungimento degli obiettivi dell'ITO. In modo molto innovativo per quei tempi, l'iniziativa in discorso si prefiggeva di creare un sistema istituzionalizzato di controllo, in virtù del quale ciascuno Stato contraente aveva la possibilità di denunciare direttamente all'ITO il compimento, nelle giurisdizioni delle altre parti contraenti, di pratiche restrittive, innescando un meccanismo di indagine che assegnava direttamente all'ITO poteri inquisitori. Com'è noto, l'iniziativa, fallì per la mancata ratifica dell'ITO Charter da parte degli Stati Uniti. Molte delle previsioni in esso contenute vennero poi trasfuse nel GATT, ad eccezione, appunto, di quelle concernenti il diritto della concorrenza. Cfr., per maggiori dettagli, D.J. GERBER, *Competition Law and the WTO: Rethinking the Relationship*, in *Journal of International Economic Law*, 2007, Issue 10, p. 707 e ss.; E. FOX, *Competition Law and The Agenda for the Wto: Forging the Links of Competition and Trade*, in *Pacific Rim Law and Policy Journal*, 1995, p. 2.

²³¹ Un esempio è costituito dagli artt. VIII e IX del GATS (General Agreement on Trade in Services, entrato in vigore come parte dei trattati GATT/WTO, nel 1995), dove si invitano i membri del Trattato, che abbiano riconosciuto un monopolio nella fornitura di un determinato servizio, ad assicurare che "*such a supplier does not abuse its monopoly position to act in its territory in a manner inconsistent with such commitments*". Per una precisa elencazione delle disposizioni WTO riguardanti il diritto della concorrenza, si rinvia a M.D. TAYLOR, *International Competition Law: A New Dimension for the WTO?*, Cambridge University Press, 2006, New York, p. 160 e ss.

²³² Sul punto, come è noto, si registrano numerosi tentativi di armonizzazione, tra i quali il più riuscito è certamente il c.d. International Competition Network, le cui prescrizioni sono, tuttavia, prive di efficacia vincolante, bensì rimesse alla libera volontà delle parti. Per una ricostruzione dei diversi strumenti di armonizzazione, si rinvia a E.M. FOX, A. ARENA, *The International Institutions of Competition Law: The Systems' Norms*, in E.M. FOX, M.J. TREBILCOCK, *The Design of Competition Law Institutions – Global Norms, Local Choices*, Oxford University Press, 2013, Oxford, p. 444 e ss.

²³³ E.U. PETERSMANN, *International Competition Rules for Governments and for Private Business: A "Trade Law Approach" for Linking Trade and Competition Rules in the WTO*, in *Chicago Kent Law Review*, 1996-1997, n. 72, p. 546; D.A. KELLY, *Should the Wto have a Role to Play in the Internationalisation of Competition Law*, in *Hibernian Law Journal*, 2007, n. 17, p. 26.

Ministerial Conference a Singapore, la CE riusciva a raccogliere il consenso dei membri della WTO per la costituzione di comitato di studio chiamato a valutare la possibilità di inserire, nel quadro del GATT 1994, una cornice normativa dedicata alle pratiche anticompetitive²³⁴.

Le ragioni della CE a sostegno di una contrattazione multilaterale erano certamente molteplici. Tuttavia, due sembravano le giustificazioni predominanti: l'obiettivo di portare a conseguenze ulteriori il processo di espansione del diritto *antitrust* comunitario mediante la creazione di un modello internazionale costruito sulle disposizioni dell'allora TCE²³⁵ e, in secondo luogo (e per conseguenza), il desiderio di assicurare alle imprese europee l'accesso ai mercati dei paesi in via di sviluppo²³⁶.

Il c.d. *Singapore Issue*, pur ottenendo l'inserimento nella WTO *Agenda* e nel successivo Doha Round, cadeva definitivamente a seguito del Cancùn Round, nel 2004²³⁷.

Orbene, a parte le prevedibili resistenze degli Stati Uniti²³⁸, tra le principali ragioni del fallimento del Singapore Issue e, per transitività, dei relativi sforzi europei, un

²³⁴ In due comunicazioni rivolte alla WTO, l'allora CE invocava l'opportunità di estendere i poteri degli organismi WTO in ordine ad un futuro *set* di norme aventi ad oggetto il diritto della concorrenza le quali, una volta adottate a livello internazionale, avrebbero, poi, dovuto essere trasfuse negli ordinamenti degli Stati contraenti. Tali norme, sempre secondo la proposta CE, avrebbe dovuto coprire tre aree: una prima serie di disposizioni dedicate all'affermazione dei principi di non-discriminazione nel trattamento delle imprese; un secondo gruppo di disposizioni dedicate alle principali fattispecie *antitrust* e, segnatamente, agli *hard-core cartels*; un terzo *set* di regole volte a stabilire un *network* di cooperazione tra gli Stati firmatari e finalizzato ad offrire alle cc.dd. *young competition jurisdiction* supporto tecnico nell'applicazione di tali regole. Cfr. Comunicazione della Comunità Europea WT/WTGTCP/W/130 del 12 Luglio 1999 e WT/WTGTCP/W/115 del 29 maggio 1999. Per una ricostruzione del dibattito attorno alla posizione dell'UE, A.S. PAPADOPOULOS, *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*, Cambridge University Press, 2010, New York, p. 221.

²³⁵ L'obiettivo principale dietro tale proposta – oltre all'ovvio punto della diffusione del diritto della europeo come parte della più vasta “competizione tra modelli” con l'omologo statunitense – era quello di condurre ad un sistema di regole che riducesse i costi sostenuti dalle imprese in *antitrust compliance* nelle diverse giurisdizioni. Data, allora, la già sperimentata espansione nell'est Europa, il modello comunitario si autocandidava come possibile base per lo sviluppo di un sistema internazionale. Cfr. E.M. FOX, *Towards World Antitrust and Market Access*, in *American Journal of International Law*, 1997, n. 91, p. 2.

²³⁶ Cfr. J. DREXL, *International Competition Policy after Cancùn: Placing a Singapore Issue on the WTO Development Agenda*, in *World Competition*, 2004, n. 3, p. 419 e ss..

²³⁷ D.J. GERBER, *Competition Law and the WTO: Rethinking the Relationship*, cit., p. 271.

²³⁸ Com'è facile immaginare, l'opposizione statunitense poggiava, oltre che sulla necessità di non perdere terreno nella competizione internazionale con l'UE, nel pregiudizio piuttosto diffuso oltreoceano in merito alla superiorità del diritto antitrust americano rispetto a quello comunitario. Non a caso, una maggiore predisposizione degli Usa all'armonizzazione comincerà a farsi notare dopo il processo di

posto di primo piano merita la strenua opposizione che, sul fronte delle trattative, ha visto impegnato un nutrito gruppo di *developing countries*, la cui guida è stata assunta in modo deciso dall'India. Essa, in particolare, è riuscita a coagulare attorno a sé il consenso delle altre *developing countries*, formando quello che è stato successivamente definito come il c.d. "Like Minded Group"²³⁹.

Le obiezioni al progetto europeo erano essenzialmente di due tipi.

Un primo gruppo di obiezioni è di tipo tecnico, impingendo direttamente nel merito della proposta CE. Invero, si sottolineava come il diritto della concorrenza nei paesi in via di sviluppo avrebbe dovuto strutturarsi non già seguendo le medesime esigenze efficientiste che connotano le principali giurisdizioni *antitrust*, bensì mediante un sistema di eccezioni alla sua applicazione, in modo da consentire ai governi locali di poter perseguire le proprie politiche di consolidamento industriale senza il bavaglio posto dalla legislazione in discorso²⁴⁰.

Un secondo insieme di opposizioni, invece, aveva una caratterizzazione latamente politico. Il c.d. *Like Minded Group*, infatti, era attraversato dal timore che, in ragione del supporto tecnico-istituzionale offerto loro dalla CE per l'acquisizione di adeguata

modernizzazione del diritto antitrust europeo. Cfr. T.J. DOLEYS, *Promoting competition policy abroad: European Union efforts in the developing World*, in *The Antitrust Bulletin*, 2012, Vol. 57, n. 2, p. 338 e ss.; S.E. FOSTER, *While America Slept: The Harmonization of Competition Laws Based upon the European Union Model*, in *Emory International Law Review*, 2001, n. 15, p. 467 e ss.

²³⁹ A.S. PAPADOPOULOS, *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*, cit., p. 233.

²⁴⁰ Così, Comunicazione dall'India al *Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*, WT/WGTCP/W/216, del 26 settembre 2002, disponibile sul sito del Government of India, Ministry of Commerce & Industry, all'indirizzo: http://commerce.nic.in/trade/international_trade_papers_next_Detail.asp?id=33. In essa si legge: "Although National Treatment (NT) has been a core principle of GATT, it is important to appreciate its relevance before applying it to the area of competition policy. The importance of the national treatment principle is based on the original purpose of the GATT as an agreement to facilitate the reduction of barriers to international trade in goods. As such, national treatment is significant for three inter-related reasons, not all of which are automatically applicable to competition policy [...]. It may be perfectly legitimate for a developing country competition authority to allow large domestic firms to merge so that they can go some way toward competing on more equal terms with multinationals from abroad. [...] The competition authority may therefore quite reasonably prohibit their merger activity [...] Developing countries do not yet have the kind of well-developed safety nets that exists in industrial countries to provide for those displaced by import competition. There is thus a greater need to cushion its impact by suitable industrial restructuring measures".

esperienza nell'utilizzo della normativa *antitrust*, gli obiettivi di sviluppo e crescita di tali paesi venissero influenzati dalle esigenze economiche della CE²⁴¹.

All'esito di tale processo, dunque, le *developing countries* riuscivano ad ottenere l'estromissione di ogni trattativa sul diritto della concorrenza dall'Agenda della WTO. Tuttavia, tale risultato veniva raggiunto solamente nel 2004, cioè, nel caso indiano, un anno dopo l'entrata in vigore del *Competition Act*. Ed invero, come si vedrà, il *forum* internazionale della WTO eserciterà, nei confronti del Legislatore indiano, una forte pressione per l'adozione di iniziative normative sul fronte interno.

A questo, dunque, appare opportuno volgere lo sguardo, cercando di cogliere i frutti dei risultati fin qui messi in luce.

4. La mossa del Governo Indiano, l'istituzione del Raghavan Committee e un inconsueto approccio *libertarian*.

Il 25 ottobre 1999, appena un mese dopo la decisione del WTO *Appellate Body* sulle QRs, il Governo indiano istituiva un comitato di studio – il c.d. *Raghavan Committee* (nel prosieguo, RC), dal nome del suo presidente, S.V.S. Raghavan – per l'individuazione delle opportune iniziative da intraprendere nella disciplina della competizione tra imprese²⁴².

Con un mandato dall'oggetto piuttosto ampio²⁴³, il comitato protraeva i propri studi sino al maggio del 2000, quando presentava al governo il nucleo di quello che, successivamente, sarebbe divenuto il nuovo *Competition Act*.

²⁴¹ Così l'India, nel corso del *Working Group*, ebbe a porgere la seguente domanda, sottintendendo, evidentemente, il timore in merito al supporto tecnico offerto dalle *developed countries*: “*how exactly would the needs and development objectives of developing and least-developed country participants be taken into account, so as to avoid a donor-driven process?*”. Cfr. WTO – Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy, Report on the meeting of 23-24 April 2002, disponibile sul sito: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(\(@Symbol=WT/WGTCP/M/*\)+AND+\(@Title=Working+Group+on+the+Interaction+between+Trade+AND+@Title=Competition+Policy\)\)&Language=ENGLISH&Context=QuerySearch&btsType=&SourcePage=FE_B_007&&languageUIC_hanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=((@Symbol=WT/WGTCP/M/*)+AND+(@Title=Working+Group+on+the+Interaction+between+Trade+AND+@Title=Competition+Policy))&Language=ENGLISH&Context=QuerySearch&btsType=&SourcePage=FE_B_007&&languageUIC_hanged=true#).

²⁴² Cfr. Order n. 1/9/99-CL-V del 25 ottobre 1999.

²⁴³ Il c.d. *Term of reference* assegnato dal Governo consisteva, essenzialmente, nella conduzione di uno studio finalizzato a predisporre “*a suitable legislative framework, in the light of international developments and the need to promote competition, relating to competition law. [...] Such a legislative framework could entail a new law or appropriate amendments to the MRTP Act*”. Come si vede, dunque, il Governo non vincolava il gruppo di studio, al quale era rimessa la scelta tra una “semplice” modifica del MRTP Act o una radicale sostituzione di quest'ultimo.

Orbene, il primo nodo che i membri del RC venivano chiamati a sciogliere riguardava l'opportunità di intervenire *in subiecta materia*.

Sul punto, i documenti ufficiali offrono un quadro piuttosto sincero delle circostanze di fatto che premevano per una tempestiva azione normativa nel settore della concorrenza, a prescindere dal fatto che tale iniziativa richiedesse, in definitiva, le forme di una nuova legge o si risolvesse in un rimaneggiamento – peraltro, consistente – del vecchio *MRTP Act*.

In primo luogo, predominante appariva il timore – segnalato diverse volte nel corso dei dibattiti – del pericolo per le imprese indiane rappresentato dalla vicenda riguardante la forzosa rimozione delle QRs. Si sottolineava, infatti, come l'abolizione delle restrizioni fosse suscettibile di generare una pressione competitiva di fatto sconosciuta agli *incumbent* locali, non controbilanciabile mediante un incremento delle tariffe doganali, sulle quali insistono i limiti percentuali posti dai trattati GATT/WTO²⁴⁴. Il rischio, in altri termini, era che l'ingresso dei ben più efficienti *competitors* esteri potesse condurre alla commissione di condotte che, in quanto non scrutinabili per l'assenza di un'adeguata normativa di settore, avrebbero consegnato il mercato alla signoria di questi ultimi, estromettendo dai giochi le imprese indiane.

Una seconda ragione, poi, riguardava la progressiva concretizzazione del progetto di dar vita ad un *international competition law framework* sotto l'egida della WTO. Sul punto – in aggiunta alla posizione espressa dall'India in seno all'assemblea della WTO – i membri del comitato invocavano un celere intervento legislativo alla luce di due circostanze.

²⁴⁴ Cfr. Report of High Level Committee on Competition Policy – S.V.S. Raghavan, Maggio 2001, disponibile al seguente indirizzo internet: https://theindiancompetitionlaw.files.wordpress.com/2013/02/report_of_high_level_committee_on_competition_policy_law_svs_raghavan_committee.pdf. Il timore per la sorte commerciale delle imprese indiane, a seguito della decisione del WTO Panel, attraversa in più punti il documento citato, evidenziando il peso che essa ha avuto sulla scelta del Legislatore di avviare degli studi *in subiecta materia*. Si consideri, ad esempio, lo *statement* di cui al punto 1.2.2.: “*It should not be forgotten that by April, 2001, all quantitative restrictions (QRs) would have been completely phased out and with low level tariffs already negotiated during WTO rounds, India will be facing severe competition from abroad. Practically, the entire range of consumer goods will bear the brunt of open imports, combined with a lowering of tariff walls in the coming years. Lots of other sectors too will have to be shaped up to face competition. From toy-makers, plastic processors and urea manufacturers to giants of industry like automobile makers, steel producers and textile mills, all will have to face competition from the world*”. Di analogo tenore, le dichiarazioni di cui ai punti 2.6.8, 2.8.3, 7.1.7. Si veda anche la lettera inviata dalla *Federation of Associations of Small Industries of India* del 14 Maggio 2000, allegata al Report.

In primo luogo, si osservava come il processo che conduce un'organizzazione internazionale all'adozione di una disciplina comune ai suoi membri dovrebbe muoversi dal basso verso l'alto, costituendo il risultato di un compromesso tra le diverse istanze e tradizioni normative nazionali²⁴⁵. Per tale ragione, l'adozione di una disciplina interna avrebbe consentito all'India di poter influire direttamente sui processi normativi internazionali, a promozione e difesa delle soluzioni adottate sul fronte interno.

Sotto altro punto di vista – e, si potrebbe dire, come diretta conseguenza di quanto ora osservato – l'adozione di una *competition law* domestica veniva vista come uno strumento di tutela indiretta della sovranità nazionale, nella misura in cui avrebbe permesso di evitare l'imposizione di regole da parte dei paesi che, nel dibattito in seno alla WTO, sarebbero riusciti ad imporre la propria concezione normativa.

In terzo ed ultimo luogo, infine, veniva in rilievo quello che si potrebbe definire come una sorta di “*network effect normativo*”. Invero, una delle ragioni poste a sostegno dell'iniziativa normativa allora in discussione risiedeva nell'opportunità di entrare a far parte della sempre più vasta cerchia di ordinamenti dotati di una *competition law*, nell'obiettivo – per il vero, non chiaramente articolato nel corso dei dibattiti²⁴⁶ – di beneficiare dei vantaggi che detta appartenenza avrebbe potuto apportare, sotto il duplice profilo consistente, da un lato, nell'omogeneità intergiurisdizionale delle fattispecie²⁴⁷ e, dall'altro e per conseguenza, della possibilità di sfruttare i risultati di indagini condotte altrove (ove chiaramente si fosse trattato di fattispecie a rilevanza internazionale) e pervenire così ad un più rapido accertamento di condotte anticompetitive. Non a caso, i membri del RC intravedevano nell'adozione di una legislazione nazionale antitrust il trampolino di lancio per pervenire ad un *memorandum*

²⁴⁵ Così, Report, cit., punto 1.2.6.: “*One reason for having domestic competition law is that it should be a precursor to the international competition law, which is sought to be placed on the agenda of the WTO. Competition law must emerge out of a national competition policy, which must be evolved to serve the basic goals of economic reforms by building a competitive market economy*”. Si vedano, altresì, il punto 3.2.3.

²⁴⁶ Cfr. Report, cit., punto n. 1.2.7.: “*A second reason, as already argued above, is to benefit from reciprocity from other countries, which have legislated against the abuse of competition*”.

²⁴⁷ Cfr. Report, cit., punto 1.2.3.; “*One more valid argument for the introduction of a domestic competition law is that it will prevent international cartels from indulging in anti-competitive practices in our country*”.

of understanding con le principali giurisdizioni estere, prime fra tutte quella statunitense²⁴⁸.

Il consenso registrato tra i membri del RC e di cui si è appena dato conto risultava, poi, percepibile anche con riferimento all'alternativa tra l'adozione di un nuovo testo normativo e la modifica del precedente MRTP Act. Tutti, invero, condividevano la scelta di dotare l'India di una più moderna architettura normativa. Le ragioni, anche qui, erano molteplici e spaziavano dall'onnipresente WTO²⁴⁹, alle mende contenutistiche del MRTP Act²⁵⁰, fino all'anacronismo della logica ispiratrice del medesimo, ormai superata dalle nuove tendenze di politica economica accolte dall'India a partire dal 1991²⁵¹.

Tale compattezza di visione, tuttavia, lasciava il posto a una sottile spaccatura ideologica, allorché i membri del comitato passavano a considerare gli obiettivi che la nuova legislazione *antitrust* avrebbe dovuto perseguire.

Il segnale di un contrasto d'opinione sul punto non emerge, tuttavia, dal testo definitivo del *report*, dal quale, al contrario, traspare una certa armoniosità di vedute in merito alla necessità di dotarsi di una moderna *competition law & policy*, intesa quale strumento di conseguimento dell'efficienza allocativa e del *consumer welfare*²⁵². Molta enfasi, invero, viene posta sulla necessità di non inserire tra gli obiettivi dell'adottanda legge finalità diverse dalla semplice tutela del mercato, poiché ciò comporterebbe un

²⁴⁸ Cfr. Report, cit., punto 1.2.4.: “Once a domestic competition law is enacted, then a Memorandum of Understanding can be reached with countries like U.S. where cartels are prevented from operating by effective domestic competition laws. In other words, if they cannot indulge in such practices in U.S. they will be prevented from doing so in our country”.

²⁴⁹ All'inadeguatezza del Mrtp Act è dedicato l'intero Chapter VII del Report, al quale si rimanda per una più completa indagine. Con riferimento alla WTO, si segnalano i punti 7.1.7. e 7.2.2.

²⁵⁰ Cfr. Report, cit., punto 7.1.9: “Many of the anti-competition practices will have to be spelt out instead of having to rely on section 2(o) of the MRTP Act which merely speaks of prevention, distortion, or restriction of competition in a very broad general sense. [...] A perusal of the MRTP Act will show that there is no definition nor even a mention of certain offending trade practices which are restrictive in character. Some illustrations of these are: Abuse of Dominance; Cartels, Collusion and Price Fixing; Bid Rigging; Boycotts and Refusal to Deal; Predatory pricing”.

²⁵¹ Cfr. Report, cit., punto 7.2.3.

²⁵² Cfr. Report, cit., punto 4.4.1.: “It is evident from the discussion in previous chapters that the scope of competition policy is broad and essentially includes all Governmental measures that directly affect the conduct and behavior of enterprises and the structure of industry with the objective of promoting efficiency and maximising welfare. To the extent the implementation of Competition Policy requires legal backing, there is need for a Competition Law. Competition Law, therefore, has a more specific focus and is, as a result, necessarily more limited in scope”.

annacquamento dell'*enforcement* della legislazione di settore, incompatibile con il perseguimento di obiettivi d'efficienza²⁵³.

L'accennata divaricazione di vedute, in realtà, fa capolino da una *supplementary note*, allegata al testo finale del documento, nella quale si sottolinea come “*in India, there is a large section of vulnerable people who have to be provided with food and other essential commodities for their survival by Governmental agencies. Such sections of people should not be placed at the risk of competitive forces in action as the net result may be no food and thus no survival. [...] What this implies is that competition policy/law should not only be phased in its introduction and in its implementation but also inhere adequate flexibility to cater to the specific needs of the country*”²⁵⁴.

Orbene, pur soprassedendo in ordine al profilo prettamente tecnico, per il quale manca una definizione univoca di efficienza, così come di *consumer welfare* e rispetto ai quali non si rinviene nel *Report* alcuno sforzo definitorio, l'approccio adottato dalla maggioranza dei componenti del RC, a parere di chi scrive, sembra inspiegabilmente appiattirsi su una visione – si permetta il termine – occidentalizzata e monofinalistica del diritto della concorrenza che stride da diversi punti di vista.

In primo luogo, salvo qualche voce discordante²⁵⁵, la più recente letteratura che si è occupata del rapporto tra *developing countries* e *competition law* ha più volte messo in evidenza la necessità di rifuggire dalla logica “*one fits all*”, per ricercare, invece, un adeguato bilanciamento tra la protezione del mercato e obiettivi sociali, ugualmente

²⁵³ Cfr. Report, cit., p. 3.2.8.: “*If multiple objectives are allowed to rein in the Competition Policy, conflicts and inconsistent results may surface detriment to the consumers. [...] The peril is that the competitive process may be undermined, if too many objectives are built into the Competition Policy and too many exemptions/exceptions are laid down in dilution of competition principles*”.

²⁵⁴ Cfr. *Supplementary Note from Dr. S. Chakravarthy*, allegata al testo del Report. Allo stesso modo, si veda il Comment of Dissent, anche questo allegato, di P.M. Narielvala: “*Our companies are by and large extremely small and the tempo of mergers and amalgamations has not kept pace with the need for large companies to counter the threat of competition from foreign giants abroad. We therefore need, not only to permit and facilitate mergers and amalgamations, we also need to push companies in this direction. [...]. As against the few mergers and amalgamations which have taken place there are also a large number of cases of composite companies splitting up due to family or other reasons. Indian industry would find it very difficult to compete if this trend is not reversed and if fresh mergers and amalgamations do not take place*”.

²⁵⁵ G.L. PRIEST, *Competition Law in Developing Nations – The Absolutist View*, in D.D. SOKOL, T.K. CHENG, I. LIANOS, *Competition Law and Development*, Stanford University Press, 2013, Stanford, p. 79 e ss.

meritevoli di protezione alla luce delle priorità di sviluppo inclusivo di un paese economicamente svantaggiato²⁵⁶.

Questa linea di pensiero origina, per la verità, dagli stimoli che derivano dai più recenti prodotti normativi offerti dal panorama *antitrust* globale il quale – pur ancora dominato dalla statura culturale dei modelli europeo e statunitense – sembra tendere la mano ad un diverso modo di intendere il diritto antitrust. Come osservato in dottrina, infatti, va pian piano affacciandosi un nuovo linguaggio normativo che ingloba in sé una differente prospettiva dalla quale considerare il diritto della concorrenza. Pur mantenendo intatto la propria deferenza ai tradizionali “*common antitrust economic goals*”, questo nuovo diritto strizza l’occhio ad una serie differenziata di obiettivi individuati sulla base delle caratteristiche dell’ordinamento interessato: è, così, possibile leggere, nei moderni *antitrust statutes*, riferimenti alla sicurezza dello Stato²⁵⁷, alla giustizia e all’eguaglianza, alla riduzione della povertà e alla perequazione delle diseguaglianze sociali generate da avvenimenti storici che hanno segnato lo sviluppo di quel dato ordinamento²⁵⁸.

Né pare superfluo ricordare – salvo ritornare sul punto più diffusamente nei prossimi capitoli – come nelle principali giurisdizioni antitrust – *id est*, Usa e UE – la legislazione di settore sia andata sviluppandosi tenendo conto di un *range* di obiettivi ben più ampio della sola efficienza, consentendo alle medesime giurisdizioni di rispondere ad un numero piuttosto diversificato di esigenze; si pensi, a tal fine, all’importanza che la *competition law* ha ricoperto (e ricopre) in Europa ai fini del consolidamento del c.d. mercato unico. Stessa cosa dicasi per gli Stati Uniti che, pur

²⁵⁶ M. BAKHOUM, *A Dual Language in Modern Competition Law? Efficiency Approach versus Development Approach and Implications for Developing Countries*, in *World Competition*, 2011, n. 34, p. 495 e ss.; D.J. GERBER, *Adapting the role of economics in competition law: a developing country dilemma*, in M.S. GAL, M. BAKHOUM, J. DREXL, E.M. FOX, D.J. GERBER, *The economic characteristics of developing countries*, Edward Elgar Publishing, 2015, Cheltenham, p. 249 e ss.; M.M. DABBAH, *International and Comparative Competition Law*, Cambridge University Press, 2010, New York, p. 275; M. GAL, *The Ecology of Antitrust Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries*, in I. CERNAT, P. HOLMES, *Competition, Competitiveness and Development: Lessons From Developing Countries*, United Nations Publications 2004, p. 21 e ss., disponibile presso il sito: http://unctad.org/en/Docs/ditccpl20041_en.pdf.

²⁵⁷ Nell’ordinamento Cinese, ad esempio, tra gli elementi da prendere in considerazione per la valutazione di un concentrazione vengono contemplati la c.d. *State’s economic security*, così come la *people’s livelihood*. Cfr. J. MA, *Comparative Analysis of merger control policy*, Intersentia, 2014, Cambridge, p. 157.

²⁵⁸ Cfr. *Supra*, nt. 180, con riferimento al preambolo del *Competition Act 1998* del Sud Africa.

essendo la patria del c.d. “*economic/efficiency based model*”, hanno subito l’influenza dell’ortodossia *Chicagoan* solo a partire dagli ultimi anni ’80, prima d’allora perseguendo, invece, politiche di pluralismo di mercato sin dall’adozione dello *Sherman Act*.

Infine, il *trend* di cui si è discusso sembra aver toccato anche le grandi istituzioni mondiali, ove si consideri che – sebbene con riguardo al più circoscritto settore delle misure economiche – persino le *bretton woods institutions* hanno mutato approccio rispetto ai primi anni ‘90, aprendo a quello che, nella prassi internazionale, è stato ribattezzato come il c.d. *post washington consensus*, con ciò riferendosi ad un progressivo arretramento delle istanze *libertarian* al fine di valorizzare e tenere adeguatamente in conto le necessità delle singole economie²⁵⁹.

In ultima istanza, tanto nella letteratura di settore quanto nella prassi delle istituzioni internazionali, sembra emergere un consistente filone di pensiero in virtù del quale, seppure sia auspicabile, in termini strettamente teorici, che il diritto e la politica della concorrenza non vengano riempiti di finalità ulteriori rispetto a quelle che sono loro proprie (e salve le difficoltà di determinare in modo univoco tali finalità), è altrettanto opportuno valorizzare la specifica realtà in cui tali strumenti sono destinati a trovare applicazione.

Quanto a tale realtà, nel caso dell’India, l’insistente *focus* che il Report del RC pone sulle istanze efficientiste crea una tensione difficilmente conciliabile con la necessità – più volte considerata nel corso del documento²⁶⁰ – di tenere in debita considerazione, da un lato, la minaccia che i grandi colossi stranieri rappresentano per le imprese indiane, queste ultime “ammorbidite” da decenni di protezionismo e, dall’altro, la necessità di

²⁵⁹ Cfr. *Supra*, nt. 178.

²⁶⁰ Si consideri, ad esempio, il punto n. 4.1.8. del Report cit., dove si sottolinea: “*In designing the law for India, we need to utilise the experience of others and also keep in mind our own unique requirements. India is currently in transition from being a protected economy with a highly dirigiste regime to becoming a liberalised economy in a globalised world. Indian firms today cannot be compared with the U.S. “trusts” of the 1880’s. They need to survive and be able to compete, not through protection but through efficiency and growth. Any law that is not sensitive to these needs could easily become counter-productive and act as a barrier to increasing efficiency and welfare*”. Al punto 4.7.8., invece, si osserva: “*At present, very few Indian companies are of international size. [...] Thus there is a need for mergers, amalgamations and takeovers as part of the growing economic process before we can be on an equal footing to compete with global giants. The Committee is concerned that premature implementation of Competition Law in this area could act as a disincentive for necessary mergers. Such a result would harm the potential competitiveness of Indian companies and therefore hurt competition itself*”.

assicurare che l'operare delle forze del mercato non si traduca in una privazione dei beni essenziali per ampi strati della popolazione. Contrasto che viene apertamente rilevato nella *supplementary note* di cui si è dato e che, piuttosto chiaramente, auspica un prodotto normativo più vicino ai peculiari bisogni dell'economia indiana.

A conclusioni non diverse, peraltro, spinge la considerazione dell'altra principale esigenza che indotto il legislatore indiano a muoversi nella direzione di un aggiornamento della normativa di settore, ovvero la necessità di arrivare preparato al dibattito WTO in merito alla creazione di un *common framework* di diritto della concorrenza tra i paesi aderenti. Benché questa esigenza sia, per il momento, venuta meno, è opportuno rilevare come, adottando la prospettiva di allora, appaia quanto meno contraddittorio invocare per l'India un modello di *competition law* pericolosamente vicino alle legislazioni delle *developed countries* se l'obiettivo del legislatore, invero, era quello di dotarsi di una legislazione che valorizzasse le caratteristiche del contesto indiano per fronteggiare in quella sede le pretese dei paesi occidentali.

Nonostante ciò – come si avrà modo di vedere nel prossimo capitolo – il *Competition Act*, nella sua versione definitiva, presenta un tessuto normativo che, largamente ispirato alla più recente tradizione *antitrust* europea, sembra lasciare poco spazio (almeno *prima facie*) alla considerazione delle peculiarità della situazione indiana. Pur rinviando, pertanto, a quella sede per una più diffusa analisi delle sue disposizioni sostanziali, pare possibile, fin da adesso, cominciare ad intravedere nella condotta del legislatore indiano quella che certa dottrina ha definito come “*bi-level conduct*”²⁶¹ o, per utilizzare un termine caro alla scienza comparatistica, una tendenza latamente declamatoria del discorso attorno al diritto della concorrenza²⁶². Pare, invero, a chi scrive, che il dibattito condotto *in subiecta materia* nell'ordinamento indiano – a livello di formante legislativo – abbia ceduto al fascino della retorica occidentale, propugnando un modello normativo che, prendendo nominalmente le distanze dalla tradizione segnata dal precedente MRTP Act, sembra voler essere un segnale distensivo alla comunità (economica)

²⁶¹ D.J. GERBER, *Economic Development and Global Competition Law Convergence*, in SOKOL, T.K. CHENG, I. LIANOS, *Competition Law and Development*, cit., p. 33.

²⁶² In questo senso, R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n. 1, 1991, p. 31: “*Declamatory statements often make explicit an ideology, be it the ideology that actually inspired the system in question or the one that a given authority believes to have inspired it or the one this authority wishes people to think inspired it*”.

internazionale in merito alla stabilità del nuovo corso *market-friendly* intrapreso dall'India. Non a caso, la terza ragione a sostegno di una nuova *competition law* è, come visto, individuata nell'opportunità di possedere un prodotto normativo che possa agevolare eventuali accordi di cooperazione con le principali giurisdizioni estere, prima fra tutte gli Stati Uniti, nuovo ideale *partner* commerciale a seguito della caduta del blocco sovietico²⁶³.

5. L'ingresso in scena della Corte Suprema Indiana: *The Haridas Judgment*.

All'indomani della consegna del *report* del RC, il testimone veniva trasferito nelle mani del Governo per l'attivazione del relativo iter legislativo, il quale veniva effettivamente avviato mediante la presentazione di un progetto di legge al Parlamento indiano nell'agosto del 2001²⁶⁴. Seguiva un periodo di silenzio, interrotto dopo un anno dalla Corte Suprema, con un giudizio che, a parere di chi scrive, segna il definitivo ingresso di tale organo nella partita istituzionale per dotare l'India di una nuova legge in materia di concorrenza.

In data 22 luglio 2002, infatti, con la sentenza resa sul caso *Haridas Exports Vs. All India Float Glass Mfrs*²⁶⁵, la Corte disinnescò il residuo potenziale applicativo del MRTP Act con riferimento alle ipotesi di condotte anticompetitive poste in essere da imprese straniere all'estero, ma con effetti sul territorio indiano, negando la sussistenza di *extra-territorial jurisdiction* rispetto alla MRTP Commission. Il giudizio, è utile sottolinearlo fin dall'inizio, tocca direttamente il tasto dolente del rapporto tra imprese estere e nazionali che, come visto, rappresentava una delle principali preoccupazioni che militavano a sostegno di una pronta azione legislativa in materia di concorrenza. Così facendo, dunque, la Corte Suprema – salvo quanto si dirà *infra* – sembra aver espresso la propria preferenza per una nuova legge, rompendo gli indugi del Governo e spingendolo ad imporre una rigida calendarizzazione dei dibattiti parlamentari per una pronta approvazione del nuovo dispositivo *antitrust*. Non a caso, dopo il giudizio *de*

²⁶³ Cfr. *Supra*, § 2.

²⁶⁴ V.K. SINGH, *Competition Law and Policy in India: The Journey in a Decade*, in *National University of Juridical Sciences Law Review*, n. 4, 2011, p. 531.

²⁶⁵ Cfr. *M/S Haridas Exports Vs. All India Float Glass MRFS. ASSN. & ORS.*, 2002 AIR 2728, 2002(1) Suppl. SCR 229, 2002(6) SCC 600, 2002(5) SCALE253, 2002(5) JT 253, disponibile al seguente indirizzo:

<http://judis.nic.in/supremecourt/helddis.aspx>.

quo, il Governo si muoverà con una certa alacrità: uno *standing committee* del Ministero degli Affari Interni presenterà un proprio *report* nell'agosto 2002²⁶⁶, appena un mese dopo il giudizio della Corte; la camera bassa del Parlamento – la Lok Sabha – approverà il disegno di legge il 16 dicembre, seguita a stretto giro dalla camera alta – la Rajya Sabha – il 20 dicembre, per approdare alla promulgazione, a seguito del parere positivo del Presidente della Repubblica indiana, il 13 gennaio 2003²⁶⁷.

Ma andiamo al caso *Haridas*.

La Corte Suprema veniva chiamata a pronunciarsi sul ricorso promosso da *M/S Haridas Exports* (nel prosieguo, HE) – un'associazione indonesiana di produttori di vetro piano – avverso il provvedimento con il quale la *MRTP Commission*, su denuncia di un'associazione di produttori indiani, aveva accertato la predatorietà del prezzo praticato dalle imprese aderenti ad HE e impedito loro di esportare i propri prodotti in India.

La Corte, nel riformare l'*injunction* emessa dalla *MRTP Commission*, lega, in un unico ragionamento giuridico, i diversi elementi che impediscono a quest'ultima di vietare le importazioni di *float glass* dall'Indonesia.

Apparentemente, la Corte sembra disinteressarsi dei profili sostanziali inerenti alla fattispecie – *id est*, l'accertamento della condotta predatoria – per concentrarsi primariamente sul profilo concernente la sussistenza di giurisdizione della *MRTP Commission* allorché una condotta asseritamente restrittiva trovi la propria origine nella concertazione tra imprese estere in territorio non indiano ma produca effetti in India .

Orbene, la Corte, con un ragionamento piuttosto formalistico, osserva come, secondo una lettura combinata delle *sections* 33, nn. 1, lett. j) e 2, lett. e), la *MRTP Commission* avrebbe il potere di sindacare il contenuto di un accordo anticompetitivo solo qualora questo riguardi beni che, al sorgere dell'accordo, si trovino già nel territorio indiano²⁶⁸. Ciò significa, dunque, che qualora il prezzo predatorio sia fissato all'estero, luogo dove l'importatore indiano acquista i propri prodotti, la loro importazione in India non è

²⁶⁶ Parliament of India - Parliamentary Standing Committee on Home Affairs, *Ninety-Third Report on The Competition Bill, 2001*, 23 Agosto 2002, disponibile presso il sito: http://www.prsindia.org/uploads/media/1167471748/bill73_2007050873_Standing_Committee_Report_on_Competition_Bill_2001.pdf.

²⁶⁷ A. BHATTACHARJEA, *India's Competition Policy: An Assessment*, in *Economic and Political Weekly*, 2003, Vol. 38, n. 34, p. 3565.

²⁶⁸ Cfr. *Haridas Judgment*, cit., p. 13.

suscettibile di attrarre la competenza della Commissione, anche ove la vendita avvenga ad un prezzo predatorio. In questo senso, all'argomentazione secondo la quale potrebbe trovare applicazione la c.d. *effects doctrine* – al fine di estendere la giurisdizione della Commissione – la Corte, laconicamente, risponde osservando come “*the effects doctrine would be applicable only in relation to those goods which are within the territory of India before its sale*”²⁶⁹. In altri termini, sarebbe stato necessario che l'accordo anticompetitivo riguardante il prezzo dei beni venisse concluso ed implementato nel territorio indiano, a seguito dell'importazione dei beni oggetto del medesimo. Il che, a parere di chi scrive, equivale essenzialmente a negare l'esistenza di una qualsiasi *effects doctrine*, dal momento che, se i beni si trovano già sul territorio indiano prima di essere venduti ad un prezzo predatorio e l'accordo anticompetitivo viene qui concluso ed eseguito, non si vede quale possa essere la ragione di invocare tale teoria in presenza di una fattispecie che presenta evidenti elementi di territorialità.

Invero, la c.d. *effects doctrine* – pur nella varietà delle sue formulazioni – postula per definizione il compimento di una condotta al di fuori dei confini nazionali, consentendo l'applicazione extraterritoriale di una legge – nel nostro caso, il MRTP Act – qualora tale fattispecie produca effetti nel territorio dello Stato procedente.

In prospettiva comparatistica, infatti, è noto come sulla teoria degli effetti non vi sia totale identità di vedute, nell'ambito del diritto della concorrenza, tra le due sponde dell'Atlantico, bensì una sensibile convergenza, raggiunta soprattutto in tempi più recenti. Invero, ad una sostanziale omogeneità applicativa da parte delle corti statunitensi a partire dal c.d. *Alcoa case*²⁷⁰ – giustificata anche dal ruolo che gli Usa hanno storicamente ricoperto nello scacchiere internazionale –, in Europa la dottrina degli effetti sembra aver ricevuto perdurante e deciso supporto solo dalla Commissione

²⁶⁹ *Ib.*

²⁷⁰ Cfr. *United States Vs. Aluminium Co. of America*, 148, F.2d 416, 443-444. Con il riferito giudizio, vennero poste le basi del c.d. *Alcoa test*, in virtù del quale sussiste la giurisdizione delle corti federali con riferimento a condotte poste in essere all'estero, qualora tali condotte “*were intended to affect U.S. imports and did affect them*”. L'*Alcoa Test*, pur a seguito dei ridimensionamenti operati dal Legislatore, con il *Foreign Trade Antitrust Improvement Act* del 1982, e dalla giurisprudenza, con il caso *Hoffman-La Roche Vs. Empagran S.A.* (U.S., 124 S.Ct. 2359, 2004), risulta ancora oggi il termine di riferimento per tale tipologia di controversie. Cfr. H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice*, IV ed., Thomson-West, 2011, St. Paul, p. 767 e ss.; P.E. AREEDA, H. HOVENKAMP, *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Vol. IB, IV ed., Wolters Kluwer, 2013, New York, p. 297 e ss.; P.E. AREEDA, L. KAPLOW, A. EDLIN, *Antitrust Analysis – Problems, Texts and Cases*, VI ed., Aspen, 2004, New York, p. 98 e ss.

Europea²⁷¹, trovando un oscillante accoglimento da parte della giurisprudenza, nella forma, dapprima, della più mite *implementation doctrine* nel caso *Wood Pulp*²⁷² e, successivamente, nella più ardita formulazione di cui al caso *Gencor*²⁷³. In entrambe le giurisdizioni, tuttavia, sembra indiscussa la possibilità di estendere l'applicazione delle rispettive disposizioni *antitrust* ogniqualvolta la fattispecie scrutinata produca in esse un effetto diretto ed immediato.

Orbene, sembra piuttosto singolare che una Corte incline all'utilizzo dell'argomento comparatistico – come, in effetti, è la Corte Suprema Indiana²⁷⁴ – possa aver ignorato il reale significato della teoria degli effetti. Proprio per tale ragione, allora, la riferita circostanza suggerisce di guardare al giudizio in commento con occhio critico, al fine di interrogarsi sul reale intento che la Corte abbia inteso perseguire.

²⁷¹ La Commissione ha storicamente mantenuto un atteggiamento piuttosto coerente rispetto alla c.d. *effects doctrine*, dimostrando, a partire dalla prima decisione sul punto (Dec. Comm. CE, 11 marzo 1964, *Grosfillex-Fillistorf*, in G.U.C.E. n. 58, 9 aprile 1964), di disinteressarsi della localizzazione territoriale delle imprese ogniqualvolta le condotte scrutinate producessero effetti all'interno del mercato comune, purché tali effetti fossero “*diretti ed immediati, ragionevolmente prevedibili e d'importanza sostanziale nell'ambito del mercato comune*”. Cfr. P. DE PASQUALE, *L'applicazione extraterritoriale delle regole antitrust*, in L. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del Diritto della Concorrenza*, Jovene Editore, 2013, Napoli, p. 144 e ss.

²⁷² Cfr. Corte di Giustizia, 28 settembre 1988, *cause riunite* 89, 104, 114, 116, 117 e 125-129/85, *Wood Pulp*, in Racc. 1988, p. 5193 e ss. Nella riferita sentenza – avente ad oggetto il ricorso di alcuni produttori di pasta di legno stabiliti fuori dall'UE contro la decisione della Commissione che accertava l'esistenza di un'intesa restrittiva tra i medesimi – la Corte di Giustizia riteneva applicabile la normativa europea ogniqualvolta fosse individuabile un legame ragionevolmente sufficiente tra la pratica scrutinata e il mercato unico. Nel caso di specie, la Corte osservava come “*the decisive factor is therefore the place where [the agreement] is implemented*” (da cui la nozione, *implementation theory*). Cfr. L. VOGEL, *European Competition Law*, LawLex, 2015, Parigi, p. 31; R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford University Press, 2015, Oxford, p. 519 e ss.; I. VAN BAEL, J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, V ed., Kluwer Law International, 2010, The Hague, p. 135 e ss.

²⁷³ Cfr. Tribunale di Primo Grado CE, 25 Marzo 1999, *causa* T-102/96, *Gencor Ltd.*, in Racc. 1999 II-00753, dove, seppure nel settore delle concentrazioni, si osserva che: “*Application of the Regulation is justified under public international law when it is foreseeable that a proposed concentration will have an immediate and substantial effect in the Community*”. Come, peraltro, osserva P. DE PASQUALE, *L'applicazione extraterritoriale delle regole antitrust*, cit., p. 148, la teoria degli effetti nel settore delle concentrazioni sembrerebbe ricevere ulteriore conferma normativa, allorché il considerando n. 10, Reg. 139/2004, nel chiarire quando una concentrazione avrebbe dimensione comunitaria, prende in considerazione il fatturato delle imprese coinvolte, “*e ciò indipendentemente dal fatto che le imprese che attuano la concentrazione abbiano o no nella Comunità la loro sede o il loro campo principale di attività*”.

²⁷⁴ Cfr. A.M. SMITH, *Making itself at Home – Understanding Foreign Law in Domestic Jurisprudence: The Indian Case*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2006, Vol. 24, n. 1, p. 218 e ss. L'A. sottolinea che oltre un quarto delle sentenze della Corte Suprema Indiana tra il 1950 e il 2005 si basa su argomentazioni di diritto comparato.

A tal fine, sembra utile estendere l'analisi alle restanti argomentazioni di cui si compone la sentenza in esame. Benché, infatti, l'assenza di giurisdizione extraterritoriale costituisca il motivo di diritto determinante per l'annullamento del provvedimento della MRTP *Commission*, la Corte nondimeno conduce un ulteriore significativo ragionamento.

Essa parte dal presupposto per il quale il *predatory pricing* non è espressamente previsto dal MRTP Act, il quale contempla, in generale, le fattispecie delle *Restrictive Trade Practices*. Orbene, tra queste ultime, effettivamente, la Corte osserva come l'accordo che miri ad "*eliminating competition or competitors*" potrebbe essere, in astratto, suscettibile di registrazione presso l'ufficio del *Registrar* e, quindi, oggetto di scrutinio da parte della Commissione. Tuttavia, nel caso di specie, l'accordo anticompetitivo non avrebbe potuto essere registrato posto che, oltre all'intento predatorio, sarebbe stato necessario dimostrare che la vendita sottocosto sarebbe stata contraria al pubblico interesse, di cui si fornisce una nuova definizione, apertamente in contrasto con i precedenti della medesima Corte Suprema. Appare utile, in tal senso, citare direttamente le parole dei giudici: "*It is to be borne in mind that public interest does not necessarily mean interest only of the [Indian] industry. Unless and until it can be demonstrated that an efficient Indian industry would be forced to shut down or suffer serious loss, resulting in closure or unemployment, the Commission ought not to pass an injunction restraining an Indian party from importing goods from a cartel at predatory prices. [...] The era of protectionism is now coming to an end. The Indian industry has to gear up as to meet the challenges from abroad. If the cartel is selling good to India and still making profit then it will not be in the interest of the general body of the consumers to prevent the import of such goods. [...] The Indian importer obtaining goods at a low price does not contravene any law. He has obtained a good bargain*".

Il contrasto con i precedenti *Telco* e *Hindustan Lever*²⁷⁵ appare evidente.

La Corte, infatti, abbandona il terreno della protezione alle imprese indiane – tendenza che aveva caratterizzato, come visto, la sua giurisprudenza precedente – aprendo le porte ad una nozione di pubblico interesse che finisce per abbracciare una concezione della concorrenza slegata dalla considerazione della nazionalità dei

²⁷⁵ Cfr. *Supra*, Cap. II, § 3.1.b. e nt. 153.

competitors. In altri termini, la Corte, rifiutando, da un lato, la dottrina degli effetti e, dall'altro, l'accertamento del *predatory pricing* (con la complicità del testo del *M RTP Act*, che non richiamava espressamente tale fattispecie) sembra voler indicare al Governo che, con la normativa in vigore, non sarebbe stato possibile porre un argine alle condotte di imprese straniere i cui effetti si producessero nell'ordinamento indiano. E a tal fine, probabilmente per evitare che il Governo ricorresse ai ripari semplicemente emendando il *M RTP Act* in modo da riconoscere un *extra-territorial reach* alla *M RTP Commission*, la Corte sottolineava – sebbene in un *obiter dictum* – le mende strutturali dell'atto normativo, sprovvisto di una fattispecie idonea a punire, *ex se*, il *predatory pricing*.

Entrambi questi elementi, a parere di chi scrive, non sembrano casuali. Da un lato, infatti, il Report del RC – poco sopra citato – sottolineava, con estrema enfasi, come il *M RTP Act* dovesse essere definitivamente abrogato, in quanto privo di fattispecie divenute essenziali nei moderni ordinamenti *antitrust*, tra le quali, appunto, il *predatory pricing*²⁷⁶. In questo senso, la Corte rinsalda le conclusioni cui era pervenuto il RC.

Sotto altro profilo, la Corte, interviene direttamente sulla formazione del nuovo atto, non solo accelerandone, come si è detto, il dibattito parlamentare, ma indicando al legislatore un importante emendamento: invero, il *Competition Act*, durante l'esame parlamentare, verrà modificato in modo da offrire una base normativa per il riconoscimento, nell'ordinamento *antitrust* indiano, di una *effects doctrine*²⁷⁷.

6. L'attivismo della Corte Suprema: una possibile spiegazione.

Giunti a questo punto, tuttavia, un possibile spunto di indagine potrebbe riguardare le ragioni di un intervento così deciso della Corte in una materia come il diritto della concorrenza, rispetto alla quale, storicamente, essa ha mantenuto un approccio protezionista, in linea con le politiche dei precedenti governi.

Prima di entrare nel merito, appare opportuno anticipare in questa sede alcuni elementi che, più diffusamente, saranno oggetto di analisi nei prossimi capitoli.

²⁷⁶ Cfr. *Supra*, nt. 249.

²⁷⁷ Cfr. *Infra*, Cap. IV, Sect. I, § 1.

La convinzione di chi scrive circa un mutamento di atteggiamento della Corte Suprema trova origine non solo dal giudizio reso sul caso *Haridas*, ma in una serie di pronunce – tra le quali il *Haridas* è la più risalente – mediante le quali la Corte ha progressivamente cercato di estendere la propria influenza sull'*enforcement* del diritto della concorrenza. Invero, come si vedrà²⁷⁸, essa agirà nel senso prospettato, dapprima potenziando l'indipendenza della *Competition Commission of India* (il nuovo organismo chiamato a garantire l'*enforcement* del diritto *antitrust*) e, successivamente, imponendo la creazione di un nuovo organo giurisdizionale deputato a conoscere degli appelli avverso i provvedimenti di tale Commissione (il Competition Appellate Tribunal). In quest'ultimo caso, peraltro, la Corte riuscirà ad assicurarsi che tutte le decisioni *antitrust* rese in India siano soggette al proprio scrutinio²⁷⁹.

Orbene – bastando per il momento questi brevi *insight* – si può passare al profilo concernente le ragioni di un tale attivismo.

Una risposta, certamente, potrebbe essere individuata nel mutamento che, come visto, ha interessato la politica economica indiana a partire dal 1990.

Tuttavia, benché tale elemento non possa essere sottovalutato, esso da solo non appare sufficiente posto che, come visto nel capitolo precedente, almeno fino al 1994 – quindi, dopo la liberalizzazione del 1991 – la Corte non pareva aver subito le influenze del nuovo corso economico, come dimostra il caso *Hindustan Lever*²⁸⁰.

La risposta, a parere di chi scrive, ha ben più ampie radici e promana direttamente dal rapporto istituzionale tra Governo e potere giudiziario che, a partire dalla crisi del 1990, ha cambiato i propri caratteri, portando a compimento un processo iniziato nel corso dei primi anni '80.

A partire dal 1981, infatti, subito dopo la fine della c.d. fase dell'emergenza decretato da Indira Gandhi – che, come spiegato, aveva condotto alla sospensione delle garanzie costituzionali – la Corte Suprema, come reazione al periodo precedente, aveva cominciato ad incamminarsi lungo un sentiero di pronunciato attivismo, espandendo l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione senza,

²⁷⁸ Cfr. *Infra*, Cap. IV.

²⁷⁹ Cfr. *Infra*, Cap. IV.

²⁸⁰ Cfr. *Supra*, Cap. II, nt. 153.

tuttavia, arrivare allo scontro istituzionale sconfessando le scelte (anche di politica economica) fatte dai Governi di allora²⁸¹.

Le ragioni di tale *self restraint* sono da individuare nella solida legittimazione di cui godevano i governi e, più in generale, il corpo politico indiano sino al 1990.

Tale legittimazione si fondava, in particolare, su due pilastri: da un lato, un ruolo non secondario ha ricoperto la presenza di figure politiche dal grande carisma, come in effetti lo erano gli appartenenti alla famiglia Nehru, a capo dei governi che, dall'indipendenza, hanno condotto l'India sino alle soglie degli anni '90²⁸²; dall'altro lato, come anticipato²⁸³, ampio peso ha avuto il diffuso ricorso al c.d. *developmental state* da parte dei partiti di governo che, unitamente alle pieghe demagogiche della retorica politica, avevano creato un profondo legame con la base popolare. In ordine a questo ultimo punto, invero, la letteratura ha messo in evidenza come, in India, il sistema partitico del periodo post-indipendenza abbia fatto largo affidamento sul ruolo distributivo dello Stato che, rifornendo di beni e servizi i differenti gruppi sociali, ha funzionato come strumento di attrazione del consenso popolare²⁸⁴. Non stupisce, allora, la circostanza per la quale, nonostante l'ampio tasso di povertà che (ancora) affligge vastissimi strati della popolazione²⁸⁵, l'India ha storicamente presentato ampie percentuali di affluenza al voto, con una media intono al 60% degli aventi diritto²⁸⁶.

L'avvento della crisi economica ha, tuttavia, cambiato le carte in tavola.

²⁸¹ A partire da tale periodo, infatti, la Corte farà leva sul carattere "socialista" dello Stato impresso nella Costituzione per potenziare la tutela dei diritti umani, piegati durante la fase dell'emergenza di Indira Gandhi. Cfr. R. MOOG, *Activism on the Indian Supreme Court*, in *Judicature*, 1998, n. 82, p. 124.

²⁸² Sino alle soglie degli anni '90, per indicare il predominante ruolo ricoperto dal Governo e la contemporanea debolezza istituzionale della Corte Suprema era diffuso l'appellativo di "*committed judiciary*", coniato dai Ministri del partito di Nehru, il *Congress Party*. Cfr. A.M SMITH, *Making Itself a Home – Understanding Foreign Law in Domestic Jurisprudence: The Indian Case*, cit., p. 248, dove si sottolinea come la Corte avesse assunto un atteggiamento servente rispetto al programma di sviluppo perseguito dal Governo. Elemento, quest'ultimo, che risulta peraltro confermato anche nella materia del diritto della concorrenza, come si è avuto modo di vedere.

²⁸³ Cfr. *Supra*, § 2.

²⁸⁴ V. BIJUKUMAR, *Economic Reforms, Populism and Party Politics in India*, in *The Indian Journal of Political Science*, 2004, Vol. 65, n. 2, p. 162-164.

²⁸⁵ Nel corso degli anni '70, oltre il 55% della popolazione viveva al di sotto della soglia di povertà. Ad oggi, il 22% degli indiani vive con meno di un dollaro al giorno. Cfr. WORLD BANK, *2015 World Development Indicators*, 2015, disponibile presso il seguente sito internet: http://data.worldbank.org/country/india#cp_wdi.

²⁸⁶ N. ROBINSON, *Expanding Judiciaries: India and the Rise of the Good Governance Court*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 2009, Vol. 8, n. 1, p. 8.

Invero, le politiche di aggiustamento strutturale intraprese dall'India a partire dal 1991 si sono, di fatto, risolte nel taglio della spesa pubblica e, in particolare, dell'ampia voce del *welfare*. Il decremento della presenza dello Stato (e quindi, della politica) nel processo distributivo ha prodotto come contraltare un periodo di profonda instabilità politica, letta dagli studiosi come la conseguenza della rottura della relazione sinallagmatica che, fino a quel momento, aveva legato politica e base elettorale²⁸⁷. Non costituisce un caso, infatti, come nessun governo, tra il 1991 e il 2004, sia riuscito a terminare il proprio mandato elettorale.

È in questo interstizio, lasciato vuoto dalla crisi della politica, che è riuscita ad inserirsi la Corte Suprema, proponendosi quale nuovo protagonista nello scenario istituzionale indiano e assumendo il ruolo di guida nei confronti di una popolazione che percepiva la distanza dello Stato e, contemporaneamente, si disinnamorava della politica a causa degli innumerevoli scandali di corruzione che ne travolgevano i membri²⁸⁸.

A partire da tale momento, la giurisprudenza della Corte cominciava ad espandere i propri confini applicativi e, innescando un processo di crescita istituzionale, non solo indicava al legislatore i necessari interventi normativi, ma offriva essa stessa la soluzione legislativa alla gestione delle emergenze²⁸⁹, non disdegnando persino la creazione di nuove autorità demandate all'applicazione di *guidelines* para-normative da essa stilate²⁹⁰.

²⁸⁷ Non a caso, i tagli alla spesa sociale vennero interrotti dai Governi del tempo, i quali rifiutarono prestiti aggiuntivi da parte del FMI, proprio per il timore che ulteriori riduzioni della spesa potessero pregiudicare il già compromesso rapporto con gli elettori. Così, Cfr. A. KHOLI, *Politics of Economic Growth in India, 1980-2005 – Part II: The 1990s and Beyond*, cit., p. 1363.

²⁸⁸ Anche su questo fronte, peraltro, la Corte ha operato piuttosto attivamente, non solo stilando un decalogo di principi di good governance cui i politici avrebbero dovuto attenersi, bensì istituendo una commissione dotata del potere di sorvegliare il rispetto di tali principi da parte dei membri del Governo. Cfr. A.M SMITH, *Making Itself a Home – Understanding Foreign Law in Domestic Jurisprudence: The Indian Case*, cit., p. 258.

²⁸⁹ Cfr. N. ROBINSON, *Expanding Judiciaries: India and the Rise of the Good Governance Court*, cit., p. 13 dove l'A. evidenzia come, nel 1997, la Corte ha stilato una serie di guidelines per proteggere le donne contro la drammaticamente diffusa del *sexual harassment* nei luoghi di lavoro, così sopperendo all'assenza di un'adeguata normativa di settore che, più volte annunciata dal Legislatore, non era mai stata adottata.

²⁹⁰ Oltre a quanto evidenziato nelle due precedenti note, la Corte, con la sentenza resa sul caso *S. Jagannath Vs. Union Of India* (1996) Supp. 9 S.C.R. 848, ha istituito un'autorità cui è demandato il compito di proteggere e regolare le aree costiere dell'intero paese, punendo chi si sottrae alle decisioni emesse dalla medesima autorità e/o dalla Corte. Cfr. N. ROBINSON, *Expanding Judiciaries: India and the Rise of the Good Governance Court*, cit., p. 45.

La Corte, nel corso degli anni '90, riusciva a portare a definitivo compimento il processo di consolidamento di una *Public Interest Litigation* e si poneva quale nuovo polo di attrazione e soluzione dei bisogni della popolazione²⁹¹.

È questa, a parere di chi scrive, la migliore prospettiva per decifrare il sensibile cambiamento registrato dalla giurisprudenza della Corte nella materia del diritto della concorrenza.

Da un punto di vista generale, infatti, anche tale settore cade, come gli altri, nel calderone della *judicial policy*, contribuendo a rinvigorire un processo di continuo rafforzamento del peso istituzionale della Corte Suprema nella prassi costituzionale indiana²⁹².

Nondimeno, un'ulteriore ragione sembra direttamente connessa alle caratteristiche della materia considerata, alla luce di quella interpretazione costituzionalmente orientata del diritto della concorrenza indiano che si è data al termine del precedente capitolo.

Invero, i *trend* di politica economica attuati nel corso dei primi 40 anni della Repubblica avevano, come visto nel capitolo precedente, fatto ben poco per attenuare il già grave livello di concentrazione dell'economia indiana, al contrario contribuendo a perpetuare un modello imprenditoriale caratterizzato da grandi industrie, viziate da enormi inefficienze gestionali – cui si ovviava mediante l'utilizzo del denaro pubblico – e concentrate nelle mani di pochi soggetti.

Tale stato di cose, dunque, veniva letto come il risultato dell'incapacità degli organi legislativi di assicurare il compimento di quel mandato affidato loro dagli artt. 37 e 39 della Costituzione – cioè, impedire la concentrazione del potere economico e garantire un'equa distribuzione dei frutti della crescita –, legittimando l'intervento bilanciato di un concorrente potere statale – benché in misura più contenuta rispetto ad altri settori dell'ordinamento – quale quello giudiziario.

²⁹¹ Cfr. M. MATE, *The Rise of Judicial Governance in the Supreme Court of India*, in *Boston University International Law Journal*, 2015, vol. 33, p. 186

²⁹² Giova, infatti, sottolineare come l'attuale attivismo della Corte è il frutto di una progressiva espansione del ruolo del potere giudiziario nel quadro non già di una serie di prerogative riconosciute dalla Costituzione, bensì, come accennato, in virtù di una mera prassi costituzionale. La Costituzione indiana, invero, pur ponendo la Corte Suprema a capo del potere giudiziario, subordina quest'ultima alla volontà parlamentare. In questo senso, durante i dibattiti parlamentari, i padri costituenti ebbero ad osservare: “*No judiciary can stand in judgment over the sovereign will of Parliament.[...] The whole Constitution is a creature of Parliament*”. Cfr. R. MOOG, *Activism on the Indian Supreme Court*, in *Judicature*, 1998, n. 82, p. 124.

In questo senso, allora, acquista un più profondo significato il passo della sentenza *Haridas*, citato nel precedente paragrafo, secondo il quale “*it is to be borne in mind that public interest does not necessarily mean interest only of the [Indian] industry [...]. The era of protectionism is now coming to an end*”. La Corte, dunque, si rifiuta di identificare il pubblico interesse con quello dell’industria, acconsentendo all’ingresso nel mercato indiano di prodotti ad un prezzo predatorio, poiché “*it will not be in the interest of the general body of the consumers to prevent the import of such goods*”.

Leggendo tra le righe, allora, il ragionamento seguito dai giudici parrebbe essere il seguente: in ragione del processo di liberalizzazione, il concetto di pubblico interesse non può più coincidere con l’interesse della sola industria, dovendosi tenere in considerazione anche quello del vasto corpo dei consumatori. *Rebus sic stantibus*, poiché l’illiceità del *predatory pricing* era legata alla contrarietà della condotta scrutinata al pubblico interesse, il recente sviluppo giurisprudenziale sembrava voler indicare come, *pro futuro*, l’utilizzo del *M RTP Act* avrebbe potuto condurre ad esiti profondamente differenti rispetto alle consolidate tendenze protezioniste che ne avevano caratterizzato la precedente applicazione. Esiti che, in un più ampio quadro, avrebbero potuto avere effetti devastanti per la tenuta del sistema, ove si consideri che le sentenze della Corte Suprema, pur non vincolando quest’ultima, vincolano tutte le Corti inferiori le quali, a partire da quel momento, si trovavano a maneggiare un nuovo significato di “*public interest*”.

Messaggio che, all’evidenza, sembra essere stato colto dal Legislatore che, come detto, si affretterà, poco dopo, a concludere i dibattiti parlamentari, non senza tenere in considerazione i suggerimenti della Corte in materia di *effects doctrine*.

Il punto, tuttavia, non è solo questo.

L’adozione di una nuova normativa *antitrust* lascia intravedere alla Corte la possibilità di incrementare la propria influenza nel settore in esame, riducendo proporzionalmente il ruolo delle altre istituzioni.

Possibilità che, come si vedrà, verrà effettivamente colta, subordinando l’entrata in vigore del *Competition Act* alla creazione di un nuovo organo giudiziario – il *Competition Appellate Tribunal* – e riducendo (ma non eliminando) l’influenza del Governo sulla *Competition Commission Of India*.

7. Conclusioni.

Al termine del presente capitolo, pare opportuno tirare le fila del discorso condotto fino a questo momento e mettere in ulteriore evidenza alcuni dei risultati ottenuti, a beneficio dell'analisi successiva.

In primo luogo, come visto, sembra trovare conferma l'idea – anticipata in apertura – per la quale l'avventura ha condotto l'India a dotarsi di una legislazione a tutela del mercato non costituisce il frutto della sola volontà legislativa di chiudere il progetto iniziato con l'avvio della stagione delle liberalizzazioni. Al contrario, persino quest'ultima scelta risulta in gran misura condizionata da avvenimenti politici ed economici originati al di fuori del contesto indiano.

Risulta, dunque, fortemente ridimensionato il peso che la letteratura dedicata all'argomento ha riconosciuto al Legislatore indiano, il cui merito, stando a quanto fin qui osservato, sembra esser stato quello di mettere sul piatto una risposta alle pressioni che, tanto dal fronte esterno quanto da quello interno, hanno innescato l'esigenza di discutere intorno alla perdurante opportunità di conservare la vecchia legislazione antimonopolistica. Tra tali fonti di pressione vanno principalmente ricordati la WTO, sul fronte esterno, e la Corte Suprema, su quello interno.

A tal proposito, in questa fase della ricerca sembra possibile evidenziare alcuni *pattern* di base riguardanti il comportamento istituzionale tenuto, nella fase descritta, dal Legislatore e, appunto, dalla Corte Suprema.

In particolare, si vuole qui isolare alcune tendenze che – salva la successiva analisi, la quale fungerà da cartina di tornasole di queste iniziali intuizioni – si ritiene costituiscano un utile strumento per decifrare il contesto istituzionale che circonda il CA 2002 e che, evidentemente, potrebbe aver influenzato tanto la redazione delle sue disposizioni sostanziali, quanto il profilo del suo *enforcement*.

Con riferimento al legislatore, benché appaia innegabile la presenza di un evidente mutamento di *Weltanschauung* nel rapporto tra Stato ed economia, nondimeno la scelta di rimettere nuovamente mano alla legislazione a protezione del mercato sembra fino a questo punto contrassegnata da una scarsa valorizzazione delle specificità del contesto indiano. Fatta salva, infatti, l'analisi delle disposizioni sostanziali, cui sarà dedicato il prossimo capitolo, il dato che sin qui emerge è l'incomprensibile reiterazione di quel mantra – che oggi, alla luce delle argomentazioni esposte, appare recessivo – che vede

nel diritto della concorrenza uno strumento “socialmente asettico”, animato da uno spirito *efficiency based* e insensibile al perseguimento di obiettivi ulteriori rispetto ai tradizionali *economic goals*.

Nel rapporto governativo, infatti, i riferimenti alla realtà economica del paese, pur presenti, risultano schiacciati dal gran numero di riferimenti a quei classici obiettivi del diritto della concorrenza che affollano le dichiarazioni ufficiali provenienti delle più navigate giurisdizioni *antitrust* presenti sullo scenario mondiale, rimandando ad un retroterra ideologico che stride con l'appartenenza dell'India al gruppo delle *developing countries* e al comportamento tenuto dai rappresentanti di tale paese nell'ambito dei *fora* internazionali (es. WTO).

Questo fattore, unitamente all'iniziale stasi di un anno che ha coinvolto il processo di approvazione del *Competition Act*, offre, al momento, un risultato piuttosto ambiguo in merito alla condotta del Legislatore, spiegato nel testo riferendosi alla categoria giuscomparatistica della declamazione.

Diversa, invece, sembra la posizione della giurisprudenza.

In ragione del processo storico di cui si è cercato di dare brevemente conto, la Corte Suprema è venuta soppiantando gli organi rappresentativi, proponendosi come la forza istituzionale capace di reggere il paese (e dotarlo anche di leggi!) in mancanza di una compagine governativo/parlamentare adeguata.

Con riferimento alla materia oggetto del presente scritto, la Corte ha mostrato una inversione di tendenza rispetto alla remissiva accettazione delle politiche governative che ne ha caratterizzato l'operato durante il periodo d'oro del MRTP Act e, più in generale, durante la fase in cui l'opportunità di perseguire una politica economica *inward looking* e protezionistica non era oggetto di dibattito. In questo senso – come fatto nel testo – è opportuno segnalare la stridente contraddizione che attraversa due giudizi tra di loro non troppo distanti nel tempo, quali *Hindustan Lever* e il più recente *Haridas*.

Ma un altro spunto di riflessione sembra fare capolino dalla vicenda concernente il caso *Haridas*.

Ciò che sembra emergere, infatti, è la non troppo celata intenzione della Corte di lanciare un segnale chiaro in ordine alla propria presenza nello scenario istituzionale che concerne la gestione dei dispositivi a tutela del mercato, proseguendo nel solco di una

prassi costituzionale avviata negli anni '90. E ciò, a parere di chi scrive, in ragione dell'inefficacia delle *policies* adottate precedentemente *in subiecta materia*.

La Corte, infatti, è storicamente intervenuta coprendo i vuoti lasciati dalle altre istituzioni, soprattutto in quei settori nei quali la Costituzione assegna un mandato preciso. Ed invero, come visto nel precedente capitolo, la Costituzione, agli artt. 38 e 39, assegna un mandato al Governo, consistente nella lotta alla concentrazione economica. Mandato che, per le ragioni addotte, non sembra essere stato efficacemente perseguito.

Un dato sembra, peraltro, costituire un forte indice: la sentenza sul caso *Haridas*, resa nel 2002, concerne un appello contro un provvedimento della *MRTP Commission* del 2000. Nel quadro di un'elefantica lentezza della Corte Suprema (dal 2005 ad oggi, infatti, si contano solamente tre sentenze), sembra quasi che essa abbia selezionato con cura, rovistando nel suo enorme *workload*, una fattispecie che le consentisse di affrontare determinate, scottanti, questioni: il rapporto tra imprese estere e nazionali, la mancanza di fattispecie essenziali per un completo *antitrust statute*, l'*extra-territorial reach* della Commissione.

Brevemente, dunque, la nuova legislazione antitrust, in India, sembra nascere sotto la stella dell'alterità istituzionale tra i due dei tre formanti di un ordinamento: quello legislativo e quello giurisprudenziale.

Quelle condotte sin qui sono, come detto, intuizioni preliminari. La loro conferma, così come la smentita, è, dunque, affidata all'analisi delle disposizioni sostanziali del *Competition Act* e del suo *enforcement*, al quale sarà dedicato il prossimo capitolo.

CAPITOLO IV

IL COMPETITION ACT 2002: LE PREVISIONI SOSTANZIALI E L'ENFORCEMENT.

CAPITOLO IV

IL COMPETITION ACT 2002: LE PREVISIONI SOSTANZIALI E L'ENFORCEMENT.

1. Premessa.

La ricerca fin qui condotta ha evidenziato come il Competition Act 2002 costituisca l'estremo sviluppo di un'esperienza normativa nel settore della concorrenza cominciata con il Mrtp Act del 1969. Nel contempo, la recente legislazione segna un punto di rottura rispetto alla sua antenata, presentandosi come il frutto degli sforzi dell'ordinamento indiano di dotarsi di un moderno dispositivo a protezione dei mercati ispirato ai grandi modelli occidentali e, prevalentemente, al modello europeo.

È questa doppia anima del Competition Act – *i.e.* insieme erede normativo e punto di rottura – che rappresenta, a parere di chi scrive, la migliore chiave per analizzare il corredo di soluzioni – alcune delle quali originali – che caratterizzano tale nuovo strumento. Stessa cosa deve dirsi in merito all'analisi delle modalità attraverso le quali tale legge viene applicata dagli organismi competenti, *i.e.* dalla *Competition Commission of India* (nel prosieguo: CCI) e dal *Competition Appellate Tribunal* (nel prosieguo: COMPAT).

Con riferimento all'*enforcement*, tuttavia, è opportuno notare fin da adesso come, nonostante il Competition Act abbia formalmente terminato il proprio *iter* legislativo nel gennaio del 2003, la sua entrata in vigore sia stata frazionata in tre diverse fasi:

I) durante una prima fase – compresa tra il 2003 e il 2009 – la CCI ha svolto un'attività di mera *Competition Advocacy*, senza possibilità di procedere all'applicazione delle previsioni sostanziali del Competition Act²⁹³;

II) la seconda fase, iniziata nel maggio 2009²⁹⁴, ha segnato l'entrata in vigore delle disposizioni concernenti l'abuso di posizione dominante e gli accordi anticompetitivi;

²⁹³ In origine, tale fase avrebbe dovuto avere la durata di un anno, seguita a stretto giro dall'entrata in vigore, nell'anno successivo, delle norme dedicate agli accordi anticompetitivi e all'abuso di posizione dominante e, dopo due anni, dall'attivazione del procedimento di controllo sulle operazioni di concentrazione. Cfr. V.K.SINGH, *Competition Law and Policy in India: The Journey in a Decade*, in *National University of Juridical Sciences Law Review*, 2011, n. 4, p. 536. In realtà, come si vedrà, gran parte di tale ritardo è imputabile all'importante emendamento che, nel 2007, il Governo ha dovuto condurre sul Competition Act per adempiere alle prescrizioni imposte dalla Corte Suprema Indiana con la sentenza resa, nel 2005, sul caso *Brahm Dutt*, sul quale si v. *Infra*, S. I, § 1.

III) la terza fase, iniziata nel giugno 2011²⁹⁵, ha visto l'entrata in vigore della sezione dedicata al controllo sulle concentrazioni, sancendo la completa operatività della legislazione di settore.

Nonostante il visibile ritardo nell'attuazione del Competition Act, la CCI – e in misura minore, il Compat – ha subito premuto sull'acceleratore, dando alle stampe un discreto numero di *orders* dai quali, ad oggi, è possibile desumere alcune tendenze applicative guidate, da un lato, dall'esigenza di mettere a punto una prassi coerente e, dall'altro, dalla necessità di lanciare un segnale forte in merito alla presenza, nello scenario istituzionale indiano, di un'autorità profondamente diversa rispetto alla precedente *MRTP Commission*.

Da tale *c.d. law in action*²⁹⁶, come si vedrà, sembra trasparire una visione del diritto della concorrenza che, pur presentando solidi riferimenti alla realtà legislativa europea, non rinuncia a tracciare nuovi sentieri applicativi ispirati ad una concezione fortemente strutturalista dell'analisi *antitrust*. In altri termini, il trapianto normativo lascia intravedere uno spazio dedicato alla manipolazione della legislazione importata, la quale viene adattata in modo da addentellarsi allo scenario economico e istituzionale dell'ordinamento ricevente²⁹⁷. Da questo punto di vista, le acquisizioni ottenute nelle pagine precedenti costituiscono un imprescindibile strumento di comprensione.

Data la complessità dei contenuti, il presente capitolo presenta una struttura sensibilmente diversa rispetto a quella sin qui seguita. Invero, in luogo della semplice

²⁹⁴ Cfr. The Gazette of India, 15 Maggio 2009, n. 771, Part II – Section 3 – Subsections (ii), disponibile presso il sito internet: <http://www.cci.gov.in/sites/default/files/notification/cf3.pdf>.

²⁹⁵ Cfr. The Gazette of India, 4 Marzo 2011, n. 412, Part II – Section 3 – Subsections (ii), consultabile all'indirizzo: <http://www.cci.gov.in/sites/default/files/notification/SO479%28E%29%2C480%28E%29%2C481%28E%29%2C482%28E%29240611.pdf>.

²⁹⁶ La definizione, notissima, è di G. GORLA, *Diritto Comparato e Diritto Comune Europeo*, Giuffrè Editore, 1981, Milano, p. 100.

²⁹⁷ I recenti dibattiti giuscompatistici hanno segnato un ridimensionamento delle istanze universaliste promananti dalla formulazione originaria della *Legal Transplant Theory* di Alan Watson – secondo la quale non vi sarebbe alcun limite ad un trapianto giuridico –, muovendo verso una progressiva apertura alle istanze provenienti dal fronte *c.d. mirrorista* che, facendo capo alla risalente concezione Montesquieiana de “Lo spirito delle Leggi”, ritiene impossibile scindere la legge dalla base socio-culturale dell'ordinamento che la applica. Per la ricostruzione del dibattito, si v. W. MENSKI, *Comparative Law in a Global Context, The Legal Systems of Asia and Africa*, II. Ed., Cambridge University Press, 2005, New York, p. 46 e ss. E' questa, dunque, la prospettiva epistemologica con la quale ci si appropria all'analisi dell'ordinamento antitrust indiano, nella convinzione che l'avvenuto trapianto giuridico dall'ordinamento-madre, i.e. l'U.E., abbia subito l'influenza di diversi elementi propri dell'ordinamento ricevente, compresa anche la forza della tradizione derivante dal precedente MRTP Act.

suddivisione in paragrafi, si è preferito procedere alla ripartizione in sezioni – a loro volta divise in paragrafi – in ragione dell'autonomia contenutistica che idealmente caratterizza ciascuno degli argomenti trattati; i medesimi, tuttavia, risultando fortemente interconnessi, suggeriscono di non ricorrere alla divisione in distinti capitoli.

Data l'importanza assunta, nello scenario *antitrust* indiano, dalle istituzioni chiamate a dare applicazione al Competition Act, pare allora opportuno cominciare proprio da queste ultime, così sviluppando e ultimando quel discorso in merito al rapporto tra potere esecutivo e potere giudiziario affrontato per la gran parte nel capitolo precedente.

Successivamente, la seconda sezione del presente capitolo sarà dedicata all'esposizione delle previsioni sostanziali del Competition Act, nell'obiettivo di mettere in luce le priorità e gli obiettivi al cui perseguimento esse sembrano orientarsi. Contemporaneamente, le soluzioni legislative verranno analizzate alla luce della prassi applicativa, nel tentativo di far luce sugli elementi che contribuiscono a rendere differente, nel panorama globale, le *Competition Law & Policy* di marca indiana.

– SEZIONE I –

LA CCI E IL COMPAT

1. Il caso *Bhram Dutt*, il *Competition Amendment Bill 2007* e la nascita del *Competition Appellate Tribunal*.

L'attuale configurazione istituzionale degli organi preposti all'*enforcement* del C.A. presenta una significativa divergenza rispetto al modello delineato dal legislatore del 2003, anno in cui, come visto, il C.A. riceveva il *formal assent* del Presidente della Repubblica Indiana²⁹⁸. Essa costituisce il frutto delle modifiche apportate, nel 2007, con il *Competition Amendment Bill*, messo a punto dal Governo per superare le criticità sottolineate dalla Corte Suprema Indiana con la pronuncia resa sul caso *Brahm Dutt vs. Union of India* del 2005²⁹⁹.

²⁹⁸ Cfr. *Supra*, Cap. III, § 5.

²⁹⁹ Supreme Court of India, *Brahm Dutt vs. Union of India*, 20 maggio 2005, *Writ Petition* (civil) 490/2003, (2005) 2 scc 431. Disponibile al seguente link: <http://judis.nic.in/supremecourt/imgs1.Aspx?Filename=26740>.

Il dato che ha prevalentemente colpito la maggioranza dei commentatori³⁰⁰ – seppur nel loro non significativo numero assoluto – è stata la creazione di un nuovo organismo con funzioni esclusivamente giurisdizionali, *i.e.* il Compat, chiamato a decidere sugli appelli proposti avverso le decisioni della CCI, precedentemente suscettibili di ricorso solo innanzi la Corte Suprema.

Benché questo sia il dato di più immediato impatto, esso non costituisce l'unico degno di rilievo.

Guardando più a fondo e confrontando l'attuale versione del C.A. con quella del 2003, si può osservare come, a seguito dell'emendamento portato a termine nel 2007, il più radicale cambiamento abbia riguardato la configurazione del rapporto tra Governo e CCI. Tale rapporto, in origine costruito sul modello del Mrtp Act – con una commissione largamente vincolata all'Esecutivo – viene abbandonato in favore di una CCI il cui controllo risulta condiviso – benché in misura non paritaria – con il potere giudiziario.

Scendere nel dettaglio delle singole modifiche richiederebbe, probabilmente, più spazio di quello che è conveniente dedicare nel corso della presente trattazione. Risulta, dunque, più utile limitarsi ad un *breve insight* sull'assetto originario della CCI per illustrare come il giudizio della Corte Suprema abbia imposto una riscrittura delle regole.

Come si ricorderà³⁰¹, la Mrtp *Commission* risultava ampiamente subordinata al Governo, il quale era chiamato ad esercitare gran parte del potere decisionale – soprattutto nei settori delle *monopolistic trade practices* e delle operazioni di crescita esterna delle imprese – e al quale era rimessa, per ciò che concerne strettamente il tema qui trattato, ogni scelta in merito alla nomina³⁰² e alla rimozione dei membri della medesima³⁰³.

³⁰⁰ T. RAMAPPA, *Competition Law in India – Policy, Issues and Developments*, 3rd Ed., Oxford University Press, 2014, Oxford, p. 275; S. GOSH, T.W. ROSS, *The Competition Amendment Bill 2007: A review and Critique*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 43, n. 51, p. 37; R. SINGH, *Shifting Paradigms, Changing Context: Need for a New Competition Law in India*, in *Journal of Corporate Studies*, n. 8, 2008, p. 143; V.K. SINGH, *Competition Law and Policy in India: The Journey in a Decade*, in *National University of Juridical Sciences Law Review*, 2011, n. 4, p. 540.

³⁰¹ Cfr., *Supra*, Cap. II, §§ 2 e ss.

³⁰² Cfr. Chapter II, Section 5, Mrtp Act: “For the purposes of this Act, the Central Government shall establish, by notification, a Commission to be known as the Monopolies and Restrictive Trade Practices

Orbene, nel nuovo sistema, le norme dedicate alla CCI sono contenute nel *Chapter III* del C.A., per il cui *drafting* il legislatore indiano traeva largamente ispirazione dalla precedente *Mrtp Commission*. In tal senso, si riservavano al Governo – nella persona del *Ministry of Corporate Affairs* – esclusive prerogative in merito alla nomina³⁰⁴ e all’allontanamento dei membri della CCI³⁰⁵, così come si affidavano al Governo nella sua

Commission which shall consist of a Chairman and not less than two and not more than eight other members, to be appointed by the Central Government”.

³⁰³ Cfr. Chapter II, Section 7, Mrtp Act: “*The Central Government may remove from office any member, who - (a) has been adjudged an insolvent; or (b) has been convicted of an offence which, in the opinion of the Central Government, involves moral turpitude; or (c) has become physically or mentally incapable of acting as such member; or (d) has acquired such financial or other interest as is likely to affect prejudicially his functions as a member; or (e) has so abused his position as to render his continuance in office prejudicial to the public interest”.*

³⁰⁴ La versione originaria della Section 7, così stabiliva: “*The Commission shall consist of a Chairperson and not less than two and not more than ten other Members to be appointed by the Central Government: [...]. (2) The Chairperson and every other Member shall be a person of ability, integrity and standing [...] which, in the opinion of the Central Government may be useful to the Commission”.*

³⁰⁵ Così recita, tuttora, la Section 11: “*the Central Government may, by order, remove the Chairperson or any other Member from his office if such Chairperson or Member, as the case may be, — (a) is, or at any time has been, adjudged as an insolvent; or (b) has engaged at any time, during his term of office, in any paid employment; or (c) has been convicted of an offence which, in the opinion of the Central Government, involves moral turpitude; or (d) has acquired such financial or other interest as is likely to affect prejudicially his functions as a Member; or (e) has so abused his position as to render his continuance in office prejudicial to the public interest; or (f) has become physically or mentally incapable of acting as a Member. (3) Notwithstanding anything contained in sub-section (2), no Member shall be removed from his office on the ground specified in clause (d) or clause (e) of that subsection unless the Supreme Court, on a reference being made to it in this behalf by the Central Government, has, on an inquiry, held by it in accordance with such procedure as may be prescribed in this behalf by the Supreme Court, reported that the Member, ought on such ground or grounds to be removed”.* In merito al procedimento di rimozione, giova segnalare come l’articolo testè citato ricalchi letteralmente la disposizione contenuta nella Section 7 del Mrtp Act, sulla quale v. *Supra*, nt. 304. Nonostante, anche allora, la rimozione di un componente della Commissione fosse subordinata, a fini garantistici, al controllo della Corte Suprema, quest’ultimo era ed è limitato alle sole ipotesi estreme di cui alle lett. d) ed e). Il dato rilevante, dunque, è che il vaglio successivo della Corte Suprema era da considerarsi nel quadro, più ampio, delle disposizioni concernenti la nomina che, come visto *supra* nt. 302, rimetteva il potere nelle sole mani del Governo e della section 56 che, ancora oggi, abilita quest’ultimo a sostituire integralmente i membri della CCI al ricorrere di determinate circostanze, sulle quali v. *Infra*, § 2.

collegialità l'adozione di importanti decisioni sulla vita della CCI³⁰⁶ e su alcune delle determinazioni da questa adottate³⁰⁷.

Dal punto di vista della struttura, analogamente a quanto previsto per la Mrtp *Commission*³⁰⁸, la CCI veniva suddivisa in *benches* cui gli affari venivano ripartiti su indicazione del *Chairman* della medesima. Il procedimento instaurato davanti alla CCI avrebbe condotto all'adozione di un *order* che, stando a quanto indicato dal C.A.³⁰⁹, era da ritenersi espressione di potere giurisdizionale, consistendo nell'accertamento dell'illegalità di una condotta rispetto ad un parametro normativo definito e – stavolta, innovando rispetto al Mrtp Act – nell'irrogazione di una sanzione pecuniaria molto elevata³¹⁰, così come di pene detentive per coloro che non avessero adeguato le proprie condotte a quanto prescritto dalla CCI³¹¹. Alla Commissione, poi, era riservato il potere

³⁰⁶ Così, la *Section 13*: “*The Central Government shall designate any Member as Member Administration who shall exercise such financial and administrative powers as may be vested in him under the rules made by the Central Government. Provided that the Member Administration shall have authority to delegate such of his financial and administrative powers as he may think fit to any other officer of the Commission subject to the condition that such officer shall, while exercising such delegated powers continue to act under the direction, superintendence and control of the Member Administration*”.

³⁰⁷ Cfr., *Section 28*: “*The Commission [...] recommend[s] to the Central Government for the division of an enterprise enjoying dominant position.[...]. The Central Government may, [...], by order in writing, direct division of an enterprise enjoying dominant position to ensure that such enterprise does not abuse its dominant position*”. Nel decidere la separazione dell'impresa, il Governo era titolare del potere di disporre ulteriori misure, minuziosamente elencate dai successivi commi della *section 28*. Oggi, come si vedrà *infra*, tali poteri spettano in via esclusiva alla CCI. Anche tale norma costituisce una riproposizione di quanto già previsto dalla *section 27* del Mrtp Act.

³⁰⁸ Cfr. Mrtp Act, *Section 16*.

³⁰⁹ Così, infatti, recitava il testo originario della *Section 36*, (3): “*The Commission shall have, for the purposes of discharging its functions under this Act, the same powers as are vested in a civil court under the Code of Civil Procedure [...]. Every proceeding before the Commission shall be deemed to be a judicial proceeding within the meaning of sections 193 and 228 and for the purposes of section 196 of the Indian Penal Code (45 of 1860) and the Commission shall be deemed to be a civil court for the purposes of section 195 (2 of 1974) and Chapter XXVI of the Code of Criminal Procedure, 1973*”. Anche qui, la norma costituisce la replica della *Section 12*, Mrtp Act.

³¹⁰ Cfr. *Section 27*, lett. b), C.A., rimasta immutata.

³¹¹ L'originaria versione della *Section 42*, (2), disponeva, infatti, che: “*The Commission may, while making an order under this Act, issue such directions to any person or authority, not inconsistent with this Act, as it thinks necessary or desirable, for the proper implementation or execution of the order, and any person who commits breach of, or fails to comply with, any obligation imposed on him under such direction, may be ordered by the Commission to be detained in civil prison for a term not exceeding one year unless in the meantime the Commission directs his release and he shall also be liable to a penalty not exceeding rupees ten lakhs*”.

di riconoscere un risarcimento in favore di coloro che avessero subito un danno dalla condotta di una o più imprese di cui fosse stata accertata la natura anticompetitiva³¹².

Orbene, con il C.A. pronto a trovare applicazione, il Governo nominava i membri della nascenda CCI³¹³ ma, prima che questi potessero assumere le proprie funzioni, una *Public Interest Litigation* avente ad oggetto le procedure di selezione dei membri della CCI veniva avviata innanzi alla Corte Suprema d'India.

Il procedimento riguardava, specificamente, la compatibilità di tali procedure con la dottrina della separazione dei poteri, espressamente sancita dall'art. 50 della Costituzione Indiana, e prendeva essenzialmente le mosse dalla circostanza che, alla luce delle disposizioni del C.A. di cui si è dato conto, la CCI dovesse essere qualificata quale organo esercente funzioni giurisdizionali. Se ne faceva conseguire, dunque, che, da un lato, il potere di nomina dei membri della CCI dovesse essere devoluto non già al Governo, bensì al *Chief Justice of India* e, dall'altro, che il *Chairman* della CCI dovesse essere scelto tra coloro che, in passato, avessero ricoperto la carica di giudice della Corte Suprema.

Durante la pendenza di tale iniziativa giudiziaria, un'altra *writ petition* veniva presentata innanzi alla *High Court of Madras* con la quale si muovevano analoghe contestazioni non già nei confronti del *Competition Act*, bensì con riguardo al *Companies Act* 2003 che, nell'istituire un *National Companies Law Tribunal*, riproponeva la medesima procedura di nomina vista con riferimento alla CCI. Nonostante tale ultimo giudizio non avesse alcuna attinenza diretta con la disciplina della concorrenza, la *High Court of Madras* si intratteneva sull'allora recente adozione del *Companies Act* e del *Competition Act*, fortemente criticando la condotta del Governo che, a parere dei giudici, sembrava seguire una strategia di invasione delle legittime prerogative del potere giudiziario³¹⁴.

³¹² La *Section 34* del C.A., abrogata dall'amendamento del 2007, stabiliva che “*The Commission may, [...], pass an order directing the enterprise to make payment to the applicant [...] as compensation for the loss or damage caused to the applicant as a result of any contravention of the provisions of Chapter II having been committed by such enterprise. [...] (3) Where any loss or damage referred to in sub-section (1) is caused to numerous persons having the same interest, one or more of such persons may, with the permission of the Commission, make an application [...]*”.

³¹³ Cfr. V.K.SINGH, *Competition Law and Policy in India: The Journey in a Decade*, cit., p. 539.

³¹⁴ In particolare, la Corte osservava come la costituzione di un “*National Companies Law Tribunal in the manner now provided, when considered along with the provisions concerning the Competition Commission under the Competition Act 2002, seems to indicate a pattern of an aggressive executive*

Di fronte alla posizione dei giudici, rinforzata da alcune dichiarazioni rese da componenti della Corte Suprema durante la pendenza del caso *Bhram Dutt*³¹⁵, il Governo presentava il *Competition Amendment Bill 2007*³¹⁶, suggerendo sensibili cambiamenti alle procedure di nomina e aprendo all'apporto decisionale della compagine giudiziaria. Di conseguenza, la Corte Suprema chiudeva il caso *Bhram Dutt*, rinviando a data futura l'esame della compatibilità delle proponende disposizioni normative con i precetti della Costituzione³¹⁷.

Nel far ciò, la Corte non mancava di far sentire la propria voce, indicando al Governo la strada per minimizzare il rischio che, una volta adottate, le nuove disposizioni attirassero nuovamente lo scrutinio del supremo giudice. A tal fine, la Corte suggeriva di creare due organismi, uno dotato di competenze regolatorie e di *advisory* e un altro con funzioni prettamente aggiudicatorie, cui trasferire quelle di pari natura a quel tempo affidate alla CCI³¹⁸.

seeking to take over gradually the judicial power traditionally exercised by the Courts under safeguards which ensure the competence, independence and impartiality of the Judges, and replacing them by persons who have neither a judicial background nor specialised knowledge of the subject for which the Tribunal is created, and by persons now serving the executive who will continue to retain their lien and loyalty to the executive branch, and be amenable to the influence of executive superiors and their political masters". Cfr. High Court of Madras, 30.3.2004, *Madras Bar Association v. Union of India*, [2004] 1 20 Comp Cas 510 (Mad). La controversia in esame – che in quella sede si concludeva impedendo al Governo di costituire il riferito Tribunale fino alla modifica delle procedure di nomina dei suoi componenti – arrivava sino alla Corte Suprema che, con sentenza del 2005, dava il via libera all'adozione del *Companies Act*, imponendo nel contempo una riscrittura delle procedure di nomina. Si veda, per maggiori dettagli V.K. SINGH, *Competition Law and Policy in India: The Journey in a Decade*, cit., p. 540.

³¹⁵ Nel corso di un'intervista, rilasciata nel 2004, al quotidiano indiano *The Indian Express*, il Chief Justice V.N. Khane ebbe a commentare le procedure di nomina predisposte per la Competition Commission osservando come: "The Government at this rate may even replace the Supreme Court judges with bureaucrats". Si veda, M. MITTA, *Govt. Soothes ruffled judiciary by offering it a place in panel above Competition Commission*, *Indian Express*, 26 ottobre 2004.

³¹⁶ Giova sottolineare come, complessivamente, il C.A. sia stato modificato, dalla sua entrata in vigore, ben 3 volte: nel 2007, nel 2010 e nel 2012. Tuttavia, tali ultime due modifiche sono sostanzialmente irrilevanti, riguardando marginalmente la procedura di controllo in materia di concentrazioni. Per un dettaglio delle modifiche, tuttavia, si rinvia al sito della *Competition Commission Of India*: http://www.cci.gov.in/sites/default/files/cci_pdf/competitionact2012.pdf.

³¹⁷ Così, al punto 4 della sentenza, si legge: "*we decline to answer at this stage, the challenge raised by the petitioner and leave open all questions to be decided in an appropriate Writ Petition, in the context of the submission in the counter affidavits filed on behalf of the Union of India that certain amendments to the enactment are proposed and a bill in that behalf would be introduced in Parliament*".

³¹⁸ La Corte, in particolare, suggeriva: "*if an expert body is to be created as submitted on behalf of the Union of India consistent with what is said to be the international practice, it might be appropriate for the respondents to consider the creation of two separate bodies, one with expertise that is advisory and regulatory and the other adjudicatory. This followed up by an appellate body as contemplated by the*

A seguito del *Competition Amendment Act 2007*, dunque, venivano apportate numerose modifiche alla struttura e alle competenze della CCI.

Seguendo le indicazioni della Corte Suprema, veniva creato il Compat³¹⁹ che, in quanto vero e proprio tribunale, veniva affidato alla direzione di un *Chairman* selezionato, tra coloro che siano o siano stati giudici della Corte Suprema d'India³²⁰, da un comitato a sua volta presieduto dal *Chief Justice of India*. A tale Tribunale veniva non solo affidato il compito di decidere sugli appelli avverso gli *orders* della CCI³²¹, ma gli venivano trasferite quelle tra le funzioni più marcatamente aggiudicatorie prima devolute a quest'ultima³²².

Sotto altro profilo, il venir meno delle principali funzioni aggiudicatorie della CCI, lasciava aperta al Governo la possibilità di non richiedere, quale requisito per ricoprire il ruolo di componente della Commissione, l'appartenenza del candidato all'ordinamento giudiziario³²³, fatta comunque salva, anche qui, la previsione di un *Committee* – presieduto dal *Chief Justice of India*³²⁴ – chiamato di volta in volta ad indicare al Governo una rosa di nomi tra i quali individuare il membro da nominare. Contemporaneamente, il Governo si spogliava di ogni residua funzione decisoria in favore della CCI³²⁵, la quale riacquistava completa libertà d'azione.

proposed amendment, can go a long way in meeting the challenge sought to be raised in this Writ Petition based on the doctrine of separation of powers recognised by the Constitution. Anyway, it is for those who are concerned with the process of amendment to consider that aspect. It cannot be gainsaid that the Commission as now contemplated, has a number of adjudicatory functions as well".

³¹⁹ Ad esso viene dedicato l'intero *Chapter VIII-A*, entrato in vigore a seguito della pubblicazione della *notification* n. 1240 nella Gazzetta Ufficiale d'India del 15 maggio 2009, disponibile al seguente sito internet: http://www.cci.gov.in/sites/default/files/notification/cf_7.pdf.

³²⁰ Cfr. *Section 53D*, *Competition Act*.

³²¹ Cfr. *Section 53B*, *Competition Act*.

³²² Cfr. *Sections 53N-53Q*, *Competition Act*. In virtù delle riferite disposizioni, risulta oggi affidato al Compat il potere di disporre il risarcimento a seguito di antitrust damages, nonché il potere di comminare il carcere per coloro che contravvengano agli *orders* della CCI e dello stesso Compat.

³²³ Cfr. l'attuale versione della *Section 8*, *Competition Act*.

³²⁴ Cfr. *Section 10*, *Competition Act*.

³²⁵ Cfr. *Sections 27 (f)*, *28* e *13* *Competition Act*. Dalla lettura delle riferite disposizioni, in particolare, emerge come il Governo abbia rinunciato al potere di decidere sulle *divisions of undertakings*, previsto per le ipotesi di accertato abuso di posizione dominante, rimettendolo nelle esclusive mani della CCI, insieme agli ulteriori poteri di cui alla *section 28*. Alla CCI, nella persona del *Chairman*, viene altresì il rimesso il potere – prima riservato ad un ufficiale del Governo all'uopo nominato – di controllo e direzione amministrativa e finanziaria sulla stessa commissione, che ad oggi, dunque, riacquista la propria autonomia sotto quest'ultimo profilo.

All'indomani delle riferite modifiche, la dottrina indiana non mancava di rilevare come, essenzialmente, la *ratio* degli emendamenti apportati dovesse rinvenirsi nella necessità, sentita dal Governo, di placare le ire del potere giudiziario, dinnanzi a quello che era stato percepito come un illegittimo tentativo di usurparne le prerogative³²⁶. Chi scrive aderisce a tale ricostruzione la quale, alla luce delle modifiche di cui si è cercato brevemente di dare conto, sembra confermare quell'intuizione che veniva formulata in chiusura del precedente capitolo in ordine alla progressiva espansione del ruolo del potere giudiziario nel controllo dei dispositivi normativi a tutela del mercato³²⁷. Il discorso, tuttavia, si presenta, come si vedrà, un po' più articolato..

2. Considerazioni a margine del *Competition Amendment Bill 2007*.

Quanto sin qui osservato richiede qualche precisazione, nell'obiettivo di inquadrare le illustrate modifiche nella più ampia cornice delle norme aventi ad oggetto il rapporto tra Governo e CCI.

Com'è noto, infatti, uno dei profili che, solitamente, viene in rilievo quando si discute delle cc.dd. *Independent Regulatory Agencies* è quello concernente l'indipendenza di tali strutture rispetto, principalmente, all'esecutivo³²⁸. L'idea di base – al di là delle singole esperienze ordinamentali – poggia sulla creazione di un organismo dotato di competenze specialistiche, chiamato ad esercitare funzioni ora regolatorie, ora

³²⁶ Così, A. BHATTACHARJEA, *Trade, Development and Competition Law: India and Canada Compared*, in *Trade Law and Development*, n. 5, 2013, p. 58; V.K. SINGH, *Competition Law and Policy in India: The Journey in a Decade*, cit., p. 540; A. BHATTACHARJEA, *Amending India's Competition Act*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 41, n. 41, 2006, p. 4315.; A. S. GHOSH, T.W. ROSS, *The Competition (Amendment) Bill 2007: A Review and Critique*, cit., p. 35. Il primo degli autori citati, nell'illustrare la *ratio* dei riferiti emendamenti, esprime i propri dubbi in ordine all'utilità, sotto il profilo della capacità di maggior potere alla componente giudiziaria, delle modifiche apportate al *Competition Act*. In particolare, l'A. osserva come in origine, nonostante il potere di nomina fosse riservato esclusivamente al Governo, il C.A. prevedesse la presenza di almeno un membro appartenente all'ordinamento giudiziario per ciascun *bench* di cui si componeva la CCI, mentre a seguito delle modifiche del 2007, non sarebbe più stato necessario che i membri della Commissione venissero reclutati all'interno di tale categoria. Tale obiezione, a parere di chi scrive, non coglie nel segno. Giova, infatti, osservare come, a seguito della riferita modifica, il potere giudiziario ha la possibilità di intervenire direttamente nella procedura di nomina dei membri della CCI e del Compat, il cui presidente deve, per altro, essere un giudice della corte suprema. La riduzione, di cui l'A. parla, è in realtà meramente quantitativa, mentre si assiste ad un incremento qualitativo dell'apporto del potere giudiziario *in subjecta materia*, in cui effetti saranno meglio illustrati *Infra*, § 2.

³²⁷ Cfr. *Supra*, Cap. III, §§ 6 e 7.

³²⁸ G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 1997, p. 645.

aggiudicatorie, in uno specifico settore di competenza, riducendone l'esposizione a fonti di pressione politica³²⁹. La giustificazione di tale assetto è individuata nella particolare rilevanza del settore considerato, la quale suggerisce di isolarlo nell'ambito delle cure di un'*Authority* portatrice di un sapere specialistico e connotata da un elevato livello di preparazione tecnica. A tali considerazioni non si sottrae il diritto *antitrust*, dove la singolare caratterizzazione degli interessi in gioco richiede, più che in ogni altro settore, la creazione di una struttura capace di espletare le proprie funzioni senza che il parametro dell'utilità politica si sostituisca a quello dell'utilità tecnico-scientifica.

Nonostante tale riferimento teorico, un più ampio esame delle disposizioni del C.A. rivela come il Governo continui ad esercitare sulla CCI, almeno normativamente, un peso decisamente considerevole. A tale istituzione, infatti, spettano poteri piuttosto ampi, quali:

- La potestà di esentare dall'applicazione delle regole *antitrust* determinate categorie di imprese, qualora ciò sia necessario, *ex plurimis*, per ragioni di *public interest*³³⁰;
- La determinazione dei fondi da destinare, annualmente, alle esigenze della Commissione³³¹;
- Il potere di rivolgere alla CCI direttive vincolanti³³²;

³²⁹ Il dibattito in ordine alle modalità ottimali per garantire tale neutralità operative non si è mai veramente sopito, specialmente in Europa, dove diversi autori hanno cercato di comprendere i margini di indipendenza della Commissione Europea, da un lato, in un quadro generale di deficit democratico delle istituzioni dell'Unione e, dall'altro, per ciò che concerne l'indipendenza intrinseca, in ordine all'accumulo di funzioni in capo alla medesima. A tal fine, si veda N.F.W. HAUGER, C. PALZER, *Investigator, Prosecutor, Judge...and now Plaintiff? The Leviathan Role of the European Commission in the Light of Fundamental Rights*, in *World Competition*, 2013, Vo. 36, Issue 4, p. 565; W.P.J. WILS, *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, Vol. 27, Issue 2, 2004, p. 201; P. MARSDEN, *Checks and Balances.: EU Competition Law and the Rule of Law*, in *Loyola Consumer Law Review*, Vol. 22, Issue I, p. 51; D. WAELBROECK, D. FOSSELAND, *Should the Decision-Making Power in EC Antitrust Procedures be left to an Independent Judge? – The Impact of the European Convention of Human Rights on EC Antitrust Procedures*, in *Yearbook of European Law*, Oxford University Press, 1995, Oxford, p. 111;

³³⁰ Cfr. Section 54, C.A., che si riporta: “*The Central Government may, by notification, exempt from the application of this Act, or any provision thereof, and for such period as it may specify in such notification — (a) any class of enterprises if such exemption is necessary in the interest of security of the State or public interest; (b) any practice or agreement arising out of and in accordance with any obligation assumed by India under any treaty, agreement or convention with any other country or countries; (c) any enterprise which performs a sovereign function on behalf of the Central Government or a State Government*”.

³³¹ Cfr. la Section 50, C.A.

- Il potere di sostituire l'intera commissione qualora, nuovamente, sia *necessary in the public interest to do so*³³³.

È in tale *framework* normativo che, in origine, si inserivano le disposizioni, commentate nel paragrafo precedente, concernenti le procedure di composizione della CCI e che, come detto, configuravano quest'ultima come un'appendice operativa del Governo nel settore in esame, sulla falsa riga di quanto previsto dal precedente Mrtp Act.

A seguito, tuttavia, dell'intervento della Corte Suprema, la CCI sembra aver mosso decisi passi verso una progressiva e più ampia indipendenza dall'esecutivo, attraverso una soluzione che appare unica rispetto al panorama internazionale in materia e che, come detto, si basa sull'alterità istituzionale che, a partire dagli anni '90, ha caratterizzato il rapporto tra i riferiti poteri dello Stato.

Ed invero, nella varietà delle soluzioni astrattamente concepibili, l'India ha affidato l'indipendenza della CCI ad uno *special blend* che riproduce, nel piccolo di tale istituzione, il più generale principio di matrice costituzionale dei *checks and balances*.

Giova, infatti, tenere a mente come l'appartenenza dell'India ai cc.dd. ordinamenti di *common law* comporti, tra l'altro-, l'applicazione della regola costituzionale dello *stare decisis*³³⁴, in virtù della quale i precedenti della Corte Suprema vincolano tutti i subordinati operatori del diritto, compresi la CCI e, *a fortiori*, il Compat. Eppure tuttavia, lo *stare decisis* non assicura, di per sé, la solidità di un determinato orientamento giurisprudenziale, posto che è sempre fatta salva la facoltà del giudice di discostarsene, ad esempio, mediante la tecnica del *distinguishing*³³⁵. Orbene, se quanto detto è vero, è evidente che un sistema giurisprudenziale teoricamente capace, con il tempo, di dettare la linea in merito all'interpretazione e all'*enforcement* della nuova legislazione finisce,

³³² Così, la Section 55: "*the Commission shall, in exercise of its powers or the performance of its functions under this Act, be bound by such directions on questions of policy, other than those relating to technical and administrative matters, as the Central Government may give in writing to it from time to time*".

³³³ Si veda, a tal proposito, la Section 56: "*If at any time the Central Government is of the opinion [...] c) that circumstances exist which render it necessary in the public interest so to do, the Central Government may, by notification and for reasons to be specified therein, supersede the Commission for such period, not exceeding six months, as may be specified in the notification: [...] On or before the expiration of the period of supersession specified in the notification issued under subsection (1), the Central Government shall reconstitute the Commission by a fresh appointment of its Chairperson and other Members [...]*".

³³⁴ D. AMIRANTE, *India*, Il Mulino, 2007, Bologna, p. 102.

³³⁵ A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, 2008, Torino, p. 98.

inevitabilmente, per trarre giovamento dall'accrescimento dell'apporto del potere giudiziario in ordine alla nomina e alla rimozione dei membri delle istituzioni chiamate ad applicare quello stesso strumento normativo, ostruendo la via a tentativi del Governo di rimpiazzarne i componenti in ipotesi di linee applicative non gradite³³⁶.

Da questo punto di vista, quanto fin qui osservato sembra, altresì, fornire la controprova di quanto ipotizzato al termine del precedente capitolo, ove si sottolineava il progressivo incamminarsi della giurisprudenza verso il rafforzamento della propria influenza nella materia qui considerata.

Sotto altro versante, come visto, il Governo mantiene alcuni residui ma penetranti poteri che, in realtà, sembrano giustificabili da almeno due punti di vista.

In primo luogo, il passato dirigista potrebbe costituire un elemento idoneo a spiegare il tentativo, in parte riuscito, di mantenere un elevato livello di controllo sulla CCI, proseguendo in un *pattern* normativo già sperimentato con il Mrtp Act. La prospettiva qui adottata, in altri termini, trae vantaggio delle acquisizioni teoriche che, nel diritto comparato, passano sotto l'ampia etichetta di *path dependency theory*³³⁷, la cui capacità esplicativa, nel caso di specie, trova conforto nella lampante analogia tra le norme del C.A. e del Mrtp Act dedicate, rispettivamente, alle autorità amministrative chiamate ad applicare la legislazione di settore.

A parere di chi scrive, tuttavia, la propensione del Governo ad esercitare una certa influenza sulla CCI trova, altresì, fondamento nell'appartenenza dell'India alle *cc.dd. developing countries*.

³³⁶ Del resto, non sono già mancati momenti di tensione tra Governo e CCI, allorché quest'ultima, come si vedrà più avanti, ha sanzionato un'intesa orizzontale tra tre imprese pubbliche operanti nel settore delle assicurazioni. In quella sede, infatti, il Governo aveva chiaramente suggerito alle tre società di non tenere conto della determinazione della CCI, invitandole a non competere tra di loro. Si veda, a tal proposito, l'articolo giornalistico di N. BHATTACHARYA, *Finance Ministry cover for PSU insurance cartel*, in *Business Standard*, 5 luglio 2012, consultabile presso il sito: http://www.business-standard.com/article/economy-policy/finance-ministry-cover-for-psu-insurance-cartel-112070502021_1.html.

³³⁷ Il nodo centrale della riferita teoria trova una suggestiva definizione in R. LA PORTA, F. LOPEZ DE SILANES, A. SCHLEIFER, *The Economic consequences of Legal Origins*, in *Journal of Economic Literature*, Vol. 46, 2008, p. 308: "the reason for persistence [of legal approaches] is that the beliefs and ideologies become incorporated in legal rules, institutions, and education and, as such, are transmitted from one generation to the next. It is this incorporation of beliefs and ideologies into the legal and political infrastructure that enables legal origins to have such persistent consequences for rules, regulations, and economic outcomes". Si rinvia, altresì, a K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press, 1998, Oxford, p. 63 e ss.;

Nonostante, invero, molto sia stato fatto sul versante della liberalizzazione dell'economia³³⁸, il Governo rimane il maggior responsabile delle scelte economiche del paese, nell'obiettivo di sostenere il *trend* di crescita che, come illustrato, l'India sta al momento conoscendo. In questa ottica, la previsione di poteri eccezionali in mano al Governo – seppur non auspicabili alla luce delle c.d. *best practices* in materia³³⁹ – costituisce una soluzione non solo coerente con le premesse indicate, ma altresì accolta in una certa misura anche dalla Cina³⁴⁰ che, pur caratterizzata da un modello di sviluppo differente, risulta comunque un buon termine di paragone per dimensioni e fame di crescita economica.

Adottando questa prospettiva, allora, sembra potersi sostenere come il Governo abbia deciso di riservarsi uno spazio minimo d'azione – che nelle intenzioni originarie avrebbe dovuto essere più ampio – che lo abiliti ad intervenire con rapidità ove la situazione lo suggerisca, tenendo (auspicabilmente, solo) a mente la crescita economica del paese. Del resto, a livello normativo ciò sembra trovare conferma nella circostanza che in più parti del C.A. possano rinvenirsi riferimenti a “*the economic development of the country*”, il quale, come si vedrà, costituisce non solo un obiettivo generale dell'atto³⁴¹, ma elemento per la valutazione dell'offensività delle condotte scrutinate³⁴².

³³⁸ Cfr. *Supra*, Cap. III, § 2.

³³⁹ La scelta del Legislatore indiano ha ricevuto le critiche della dottrina e degli operatori internazionali, per l'ovvio rischio che il Governo possa ricorrere frequentemente a tali poteri, alterando le dinamiche di mercato. Allo stato attuale, tuttavia, non risulta che il Governo abbia mai utilizzato i poteri in discorso. Per maggiori riferimenti, si veda V. DHALL, *Competition Law in India*, in *Antitrust*, n. 21, 2006-2007, p. 73; S. CHAKRAVARTHY, *Competition Act, 2002: The Approach*, in P.S. MEHTA, *A Functional Competition Policy for India*, CUTS International, 2006, Jaipur, p. 55; S.N. DHINGRA, *Recent Competition Law Issues and Developments in India*, in B.E. HAWK, *Annual Proceeding of the Fordham Competition Law Institute*, Juris Publishing Inc., 2013, Huntington, p. 385.

³⁴⁰ In Cina, infatti, l'*Anti-Monopoly Act* consente al Governo di proteggere le imprese di Stato in ragione della loro importanza per l'economia e la sicurezza nazionali, posto che, in un sistema di c.d. *socialist market economy*, la caratteristica essenziale della legislazione antimonopolistica sembrerebbe risiedere nella posizione di privilegio da riconoscersi al settore pubblico. Allo stesso modo, qualsiasi *agreement* può essere esentato dal Governo qualora permetta il raggiungimento di obiettivi di interesse pubblico o consenta di tutelare “*the justifiable interests in the foreign trade*”. Cfr., per maggiori dettagli, K. WANG, J. SU, *Competition Law in China*, Kluwer Law International, 2012, The Hague, p. 45; W. ZHENG, *Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure and State Control*, in *Journal of International Law*, Vol. 32, Issue 2, 2010, p. 643.

³⁴¹ Cfr. C.A., preambolo.

³⁴² Cfr. *Sections* 4, lett. B)(ii), 19(3)(f)-(l), 20(4)(m). Per maggiori dettagli, v. *Infra*, Sec. II, §§ 3.1 e 4.

Il risultato complessivo, dunque, è un panorama istituzionale più equilibrato, dove la garanzia dell'indipendenza dell'autorità di settore sembra riposare sul bilanciamento tra l'influenza del Governo e quella del potere giudiziario.

Ecco, dunque, un primo elemento caratterizzante il diritto antitrust indiano.

– SEZIONE II –

LE DISPOSIZIONI SOSTANZIALI DEL C.A. 2002 E LA PRASSI APPLICATIVA

1. Premessa.

La presente sezione è dedicata all'esposizione delle disposizioni sostanziali del C.A. 2002 che, come anticipato, pur presentando pronunciate analogie con il modello di marca europea, nondimeno offrono agli operatori del diritto soluzioni normative peculiari, di cui si cercherà di illustrare la *ratio* avendo riguardo tanto al passato, quanto al presente dello scenario indiano. La prospettiva qui adottata, dunque, è quella classica di matrice gorliana della “*conoscenza mediante raffronto*”³⁴³, attraverso la quale si proverà a conoscere, appunto, la legislazione indiana di settore sullo sfondo della sua più immediata fonte di ispirazione: il diritto europeo.

Il diritto indiano, infatti, si offre come ulteriore esempio di quella che i comparatisti indicano come “*circolazione dei modelli*”³⁴⁴, il cui studio, tuttavia, non si limita all'analisi di analogie e differenze esistenti tra gli ordinamenti considerati – secondo un deprecabile approccio di cui il diritto *antitrust* indiano è rimasto vittima³⁴⁵ – ma mira alla comprensione delle dinamiche sottostanti a tale processo di trasmissione. Invero, benché il diritto *antitrust* presenti – in ragione del profondo *linkage* con la ben più globalizzata economia – una naturale vocazione alla circolazione intraordinamentale idonea a fare luce sulle ragioni di una sua così diffusa circolazione, tale vocazione non è capace, di per sé, di spiegare perché un'ordinamento come quello Indiano abbia deciso, ad esempio, di seguire il modello Europeo e non quello altrettanto prestigioso degli Stati Uniti. Allo stesso modo, essa non è capace di chiarire perché, sotto altri aspetti, il C.A. presenti soluzioni divergenti dal proprio modello di riferimento. A tali domande, dunque, si cercherà di dare risposta con la presente sezione.

³⁴³ G. GORLA, *Diritto Comparato*, in *Enc. Dir.*, XII, Giuffrè, 1964, Milano, p. 933.

³⁴⁴ *Ib.*, p. 935.

³⁴⁵ Cfr. *Supra*, Cap. II, § 1.

2. La struttura del C.A. 2002.

Un primo *insight* per comprendere come la struttura del nuovo C.A. diparta notevolmente da quella del suo predecessore, può essere tratto dalla comparazione degli obiettivi formalizzati dal Legislatore indiano.

Il preambolo del nuovo C.A., infatti, sembra voler segnare immediatamente la distanza rispetto ad una forma di controllo finalizzata ad assicurare che le “*operation of the economic system does not result in the concentration of economic power to the common detriment*”³⁴⁶, in favore di un sistema che, “*keeping in view the economic development of the country*”, miri alla prevenzione e repressione di “*practices having adverse effect on competition, to promote and sustain competition markets, to protect the interests of consumers and to ensure freedom of trade carried on [...] in India*”.

Il mutamento in discorso, evidentemente, non è solo stilistico. Esso sottintende la volontà dei *law-makers* di chiarire che, per i motivi precedentemente evidenziati³⁴⁷, la legislazione di settore abbia richiesto un riassetamento del proprio baricentro finalizzata ad aprire le porte dell’ordinamento ad un diverso modo di intendere il diritto *antitrust*³⁴⁸: da strumento di controllo e contenimento dei monopoli a congegno di promozione della concorrenza, mediante la garanzia della libertà di commercio, nell’ottica di sostenere il processo di sviluppo economico del paese³⁴⁹.

³⁴⁶ Cfr. Mrtp Act, preambolo.

³⁴⁷ Cfr. *Supra*, Cap. III, § 2-4.

³⁴⁸ In questo senso, si rinvia alle parole pronunciate dal Ministro delle Finanze nel corso del *Budget Speech* del 2002, allorché il Governo assumeva la decisione di procedere alla nomina del Raghavan Committee: “*The Monopolies and Restrictive Trade Practices Act has become obsolete in certain areas in the light of international economic developments relating to competition laws. We need to shift our focus from curbing monopolies to promoting competition*”. Cfr. Parliament of India - Parliamentary Standing Committee on Home Affairs, Ninety-Third Report on The Competition Bill, 2001, 23 Agosto 2002, p. 63, disponibile presso il sito: http://www.prsindia.org/uploads/media/1167471748/bill73_2007050873_Standing_Com mittee_Report_on_Competition_Bill_2001.pdf.

³⁴⁹ Il riferimento alla protezione dell’interesse dei consumatori – accolto tra gli obiettivi dell’atto – è da intendersi, come avviene in Europa, nella sua dimensione indiretta, quale conseguenza naturale della promozione di una struttura di mercato competitiva. In questo senso, immediata conferma sembra potersi trarre dalla circostanza che, a differenza del Mrtp Act, il nuovo C.A. non contiene alcuna norma dedicata alla repressione delle *Unfair Trade Practices*, già oggetto di previsione del Consumer Protection Act . Sono pertanto fuorivianti, probabilmente perché influenzate da una visione eccessivamente consumeristica, quelle ricostruzioni del diritto indiano che vedono nella protezione dell’interesse dei consumatori l’obiettivo diretto ed esclusivo del medesimo. Il riferimento, a tal fine, è a L. DASGUPTA, *Cartel Regulation – Indian in an International Perspective*, Cambridge University Press, 2014, New Dehli.

A tal fine, il nuovo C.A. non ripropone le fattispecie prima contemplate nel Mrtp Act, al contrario abbracciando una struttura modellata sull'esempio europeo e, pertanto, articolata nelle tre consuete fattispecie degli accordi anticompetitivi, dell'abuso di posizione dominante e del controllo delle concentrazioni, la cui formulazione letterale è largamente debitrice delle soluzioni adottate nel vecchio continente.

In particolare, dopo un primo *chapter* contenente il preambolo e le definizioni preliminari, il *chapter* II, comprendente le *sections* 3-6, è dedicato alla “*prohibition of certain agreements, abuse of dominant position and regulation of combination*”. Tale Capitolo del C.A., la cui funzione è essenzialmente definitoria, deve essere letto in combinato con le *sections* 19 e 20, le quali contengono gli elementi di cui la CCI e il Compat devono tenere conto nel valutare la ricorrenza di una delle condotte contemplate dalle tre fattispecie sopra richiamate. Il capitolo VI è dedicato, infine, alle sanzioni e ai *leniency programs*.

Tali norme costituiscono il nucleo centrale dell'atto sotto il profilo sostanziale, posto che i restanti capitoli³⁵⁰ sono in gran parte dedicati alla struttura e i poteri della CCI e del Compat, sui quali ci si è già intrattenuti.

Si può, pertanto, procedere ad un esame dettagliato delle riferite disposizioni.

3.1. La Section 3: *Anti-competitive agreements*. La dimensione soggettiva.

Rispettando il medesimo ordine espositivo seguito dal Tfu, la prima norma di carattere sostanziale contemplata dal C.A. è quella di cui alla *Section* 3, dedicata alle intese anticompetitive, il cui ambito soggettivo di applicazione risulta coincidente con quello riconosciuto, in via di prassi, nell'ambito della giurisdizione europea.

Invero, la Sect. 3 è applicabile ad ogni ipotesi di intesa orizzontale o verticale intercorrente tra due o più “*enterprises*”, le quali – conformemente a quanto previsto in Europa³⁵¹ – vengono definite come ogni “*person or department of the Government, who*

³⁵⁰ Nel suo complesso, il Competition Act presenta un articolato normativo piuttosto ampio, constando di ben 66 articoli. Molti di essi, tuttavia, contengono disposizioni amministrative e riguardanti le strutture deputate al suo *enforcement*. Si tratta, segnatamente, dei capitoli III (*Competition Commission of India*), V (*Duties of Director General*), VII (*Competition Advocacy*), VIII (*Finance, Accounts and Audit*), VIII A (*Competition Appellate Tribunal*), IX (*Miscellaneous*). Quest'ultimo contiene, per gran parte, le disposizioni in merito ai poteri speciali del Governo di cui si è discusso nella precedente sezione. Esso, tuttavia, sarà richiamato ove necessario nel corso della successiva trattazione.

³⁵¹ In Europa, come è noto, la nozione di impresa non è presente in alcun testo normativo, ma è stata progressivamente modellata dalle istituzioni comunitarie con l'obiettivo di pervenire ad un'ampia

*or which is, or has been, engaged in any [economic] activity [...] but does not include any activity of the Government relating to the sovereign functions of the Government*³⁵².

La riferita nozione di impresa, la cui portata applicativa è identica anche nell'ambito dell'abuso di posizione dominante e delle concentrazioni, non presenta profili di particolare innovatività per il giurista europeo, ma costituisce, nella prospettiva degli operatori indiani, la linea di demarcazione tra il vecchio Mrtp Act dal nuovo C.A.³⁵³, nella misura in cui la nuova legislazione attira sotto il proprio ombrello normativo le imprese mediante le quali lo Stato, ancora oggi in misura consistente, agisce come imprenditore nel mercato³⁵⁴. A tale mutamento normativo ha fatto seguito una prassi applicativa della CCI particolarmente attenta alla repressione delle condotte – soprattutto abusive – delle imprese di Stato che, in quanto monopoliste o ex monopoliste, sono in grado di esercitare una notevole influenza sul mercato³⁵⁵. Il risultato è un *enforcement* che, attraverso una stringente interpretazione del concetto di

applicazione delle disposizioni antitrust. Cfr. sul punto, la famosa nozione delineata in Corte di Giustizia, *Höfner and Elser vs. Macroton GmbH*, in C-41/90, in Racc. I-1979, 1991: “*the concept of an undertaking encompasses every entity engaged in economic activity, regardless of the legal status of the entity or the way in which it's financed*”. Si veda, sul punto, A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, 5th ed., Oxford University Press, 2014, Oxford, p. 127.

³⁵² Cfr. Sect. 2, lett. h), C.A.

³⁵³ Ai sensi della vecchia Section 3, Mrtp Act: “*Unless the Central Government, by notification otherwise directs, this Act shall not apply to: a) any undertaking owned or controlled by a government company, b) any undertaking owned or controlled by the government, c) any undertaking owned or controlled by a corporation (not being a company) established by or under any Central, Provincial or State Act*”. Come si ricorderà dalla trattazione di cui al precedente Cap. II, § 4, tale esenzione costituiva la logica conseguenza del ruolo che il Governo, nel processo di sviluppo economico del paese, si era autoassegnato, godendo di una patente di compatibilità con il pubblico interesse che automaticamente si traduceva nell'esenzione delle condotte delle imprese pubbliche da scrutinio amministrativo.

³⁵⁴ Da una recente indagine condotta nel 2013, risulta come il Governo partecipi al processo economico in via diretta mediante 209 imprese pubbliche, il cui 80% è attivo nei cinque settori sensibili di cui si è dato conto *supra*, Cap. IV, § 2 (in particolare nt. 31): agricoltura, risorse minerarie, settore manifatturiero, elettricità e servizi (IT). Cfr. P.K. JAIN, S. GUPTA, S.S. YADAV, *Public Sector Enterprises in India, The Impact of Disinvestment and Self Obligation On Financial Performance*, Springer India, 2014, New Dehli, p. 17 e ss.

³⁵⁵ Per un caso in cui la CCI è intervenuta contro imprese pubbliche ex monopoliste, si v., ad esempio, CCI, *National Insurance Co. Ltd. & a.*, Suo Moto Case n. 2/2014, del 10 luglio 2015. Il caso riguardava un'ipotesi di *bid-rigging* tra quattro imprese pubbliche attive nel settore delle assicurazioni in risposta ad un appalto per la fornitura di uno schema assicurativo lanciato dal Governo del Kerala nel quadro di un programma di assistenza sanitaria a soggetti economicamente svantaggiati. In quella sede, la CCI ricostruiva l'iter che aveva condotto il Governo, a seguito del 1991, a liberalizzare il settore assicurativo, ma mantenendo la propria presenza nel mercato mediante quattro compagnie assicurative, tutte coinvolte nel riferito procedimento. Per altri casi, si veda l'elencazione contenuta *Infra*, nt. 437.

“*sovereign function*” ha eliminato ogni tentativo di tali imprese di sottrarsi al rispetto della disciplina antitrust³⁵⁶, pretendendo da queste ultime, proprio in ragione del loro carattere pubblico, una maggiore *compliance* ai precetti della legislazione di settore³⁵⁷.

Il dato appena riferito, tuttavia, presenta un’importanza intrinseca che va ben al di là della sua dimensione definitoria e che, per il momento, ci si limita solamente ad accennare, salvo tornarvi più diffusamente in un secondo momento³⁵⁸. Invero, l’applicazione del C.A. alle imprese pubbliche costituisce una parte della più ampia politica di *enforcement* che la CCI sta conducendo e che, ad oggi, sembra focalizzare la propria attenzione su una decisa promozione del pluralismo di mercato, reprimendo quelle condotte che, in ragione delle loro caratteristiche, siano idonee a condurre ad una chiusura di questo. Da tale punto di vista, è evidente che la maggior parte delle imprese pubbliche, anche se non più operante in regime di monopolio, detiene consistenti quote di mercato in virtù dei passati privilegi, con il rischio che esse possano abusare, appunto, di tale vantaggio, impedendo o rendendo più difficile l’accesso al mercato ai *new comers* privati.

³⁵⁶ La CCI ha subito dimostrato di non voler cedere in merito all’interpretazione del concetto di “*sovereign function*”. Si veda a tal fine CCI, *Arshiya Rail Infrastructure Limited (ARIL) vs. Ministry of Railways*, Suo Moto Cases nn. 64/2010 e 12/2011, 14 agosto 2012. Il caso promanava da una *suo moto investigation* avente ad oggetto un’ipotesi di abuso di posizione dominante del monopolista nel settore ferroviario consistente nell’applicazione di tariffe sproporzionate per l’accesso alla rete ferroviaria per il trasporto di determinati beni che, a seguito di una public-private partnership (PPP), avrebbero potuto essere trasportati anche da operatori privati. Nella ricostruzione della CCI, l’applicazione di tali tariffe sarebbe servita a compensare l’impresa pubblica dei minori ricavi derivanti dall’apertura del mercato all’apporto privato. Orbene, intrattenendosi sul concetto di *sovereign function*, la CCI osservava come, dalla lettura della Sec. 2, lett. h), del C.A, l’applicazione del Competition Act investa “*all the functions of the State are not relatable to „sovereign function“. Sovereign functions are those that are non-delegable, inescapable and inalienable functions of the State. The activities of OPI under consideration are delegable (and, in fact, it is being delegated through tender), it is escapable, being welfare function, and alienable, as far as sovereignty is concerned. Public works are now being implemented more and more in public private partnership (PPP) mode and are even thrown open to the private sector*”.

³⁵⁷ Ib., dove si sottolinea che: “*In case competition results in efficiency, it is important that every enterprise, irrespective of ownership or legal status play to the tune of competition principles. The only exemption being sovereign functions. This is all the more relevant in the case of economic activities engaged in by government departments which are handling public money and are under budget constraints. They are accountable for the public money that has been entrusted to them and are duty bound to spend the money allocated in the most efficient way possible. Subjecting Government Departments engaged in economic activity non relatable to sovereign functions to competition law serves the very benign objective of efficient utilisation of public funds*”. È interessante osservare come, nel ragionamento della CCI, le imprese pubbliche debbano, in ragione della loro posizione, garantire una maggiore compliance con le prescrizioni del C.A..

³⁵⁸ Cfr. *Infra*, § 4.2.

3.2. La Section 3: Anti-competitive agreements. La dimensione oggettiva e l'*appreciable adverse effect on competition*.

Spostando l'attenzione sul profilo oggettivo della condotta, essa viene descritta mediante una tecnica normativa che, suddividendo le previsioni rilevanti in due distinte disposizioni – *i.e.* le Sect.s 3 e 19 (3) – richiama da vicino la struttura bipartita dell'art. 101 Tfu.

Orbene, partendo dalla Sect. 3, questa si apre con una definizione di carattere generale, in virtù della quale “*no enterprise or association of enterprises [...] shall enter into any agreement in respect of production, supply, distribution, storage, acquisition or control of goods or provision of services, which causes or is likely to cause an appreciable adverse effect on competition within India. Any Agreement entered into in contravention of the provision contained in subsection (1) shall be void*”. La similarità con la formulazione letterale dell'art. 101(1) Tfu è così pronunciata da suggerire a chi scrive di non indugiare oltre sul punto.

L'unica differenza che, tuttavia, merita di essere sottolineata e che serve a dare ingresso alla vera questione concernente la disposizione di cui alla Sect. 3 è quella riguardante il parametro normativo che il legislatore indiano ha elevato a condizione di illegalità della condotta.

In Europa, infatti, a parte il caratteristico requisito del pregiudizio al commercio intracomunitario, l'art. 101 Tfu sancisce il divieto di accordi “*which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market*”. Sulla scorta della distinzione tra “oggetto” ed “effetto” è stata costruita una delle principali caratteristiche del diritto comunitario in materia di intese, ovvero l'individuazione di un gruppo di condotte – le *c.d. hardcore restrictions* – che, in ragione delle loro caratteristiche, posseggono una capacità offensiva tale nei confronti degli obiettivi del diritto europeo della concorrenza da rendere inutile un esame dei loro effetti³⁵⁹. Detta soluzione – che si avvicina alla categoria statunitense della *per se rule* –

³⁵⁹ *Ex plurimis*, R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, 8TH Ed., Oxford University Press, 2015, Oxford, p. 120. Proprio in virtù di tale distinzione, tutte le intese che non rientrano nel gruppo delle *cc.dd. hardcore restrictions* impingono nel divieto di cui all'art. 101 Tfu allorché i loro effetti siano idonei a restringere o falsare la concorrenza. In questa sede, tuttavia, non può non sottolinearsi, a fini di mera completezza, come la più recente giurisprudenza europea sembrerebbe aver ridotto l'ampiezza della categoria delle *Hardcore restrictions*, invocando un'analisi dell'intesa alla luce del proprio contesto

è poi rafforzata da una serie sparsa di disposizioni, per lo più contenute nelle varie linee guida della Commissione, dirette ad escludere le riferite condotte da un *range* di attenuazioni del rigore della disciplina europea in materia³⁶⁰.

Orbene, mantenendo fermo questo sguardo preliminare sul diritto dell'Unione, il legislatore indiano del 2002, nel delineare il proprio parametro di legalità, non ripropone espressamente la distinzione tra oggetto ed effetto cui si è fatto cenno, preferendo vietare ogni intesa che “*causes or is likely to cause an appreciable adverse effect on competition within India*”.

Come osservato in dottrina³⁶¹, l'atto esprime, al livello di definizione generale, una visione marcatamente *effect based*, connettendo in ogni caso l'attivazione del divieto alla circostanza che l'intesa oggetto di scrutinio sia suscettibile di produrre un “*appreciable adverse effect on competition*”. Ciò, all'evidenza, implica che la CCI debba, mediante un approccio caso per caso, condurre un esame delle conseguenze che una determinata intesa è capace di produrre nel mercato, vietandone l'implementazione nell'ipotesi in cui ravvisi la ricorrenza del menzionato *appreciable adverse effect*.

Guardando ai caratteri di tale pregiudizio, esso deve, dunque, essere *appreciable e adverse*.

Con riferimento al termine *appreciable*, giova sottolineare come il legislatore indiano sembrerebbe aver fatto tesoro dell'esperienza maturata in ambito europeo, dove l'assenza di una nozione analoga nel testo dell'art. 101 Tfeue ha costretto la Commissione a dare alle stampe la c.d. *Comunicazione de minimis*³⁶², esentando quegli

economico di riferimento. Così in particolare, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 26 novembre 2015, *Sia Maxima Latvija c. Konkurences Padome*, C-345/14. La Corte, naturalmente, non ha mai messo in discussione la bipartizione fondamentale tra intese restrittive per l'oggetto e per l'effetto, avendo al massimo allargato o ristretto, a seconda delle ipotesi concrete, il margine concesso alla valutazione degli effetti anticompetitivi della singola intesa oggetto di scrutinio.

³⁶⁰ Il riferimento è, ad esempio, alle diverse comunicazioni pubblicate dalla Commissione Europea che, occupandosi di uno specifico profilo della materia qui considerata, escludono espressamente le c.d. *hardcore restrictions* dal loro ambito di applicazione. Si vedano, ad esempio, le Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, in G.U.U.E. C 11/01, del 14 gennaio 2011.

³⁶¹ V.K. SINGH, *Competition Law and Policy in India: The Journey in a Decade*, cit., p. 542; S. PARTHASARATHY, *Competition Law in India*, in F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *International Encyclopaedia of Competition Law*, Wolters Kluwer, 2014, The Hague, p. 83

³⁶² Cfr. 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), in GUUE n. C 368 del 22/12/2001 pag. 0013 – 0015. In apertura, a

accordi il cui impatto sul mercato sia insignificante. Anche in India, dunque, l'intesa deve essere tale da far registrare un impatto tangibile, così da giustificare l'intervento dell'ordinamento. In questo senso, la CCI ha tratto largo spunto dalla prassi della Commissione europea sul punto, richiamando espressamente le conclusioni ivi adottate per l'accertamento dell'apprezzabilità della restrizione³⁶³.

In secondo luogo, all'intesa deve seguire un *adverse effect* sulla concorrenza.

A tal fine, la disposizione di cui alla Sect. 3 deve essere letta in combinato con quella di cui alla Sect. 19(3), la quale intende fornire alla CCI una lista di elementi utili per condurre tale valutazione. Data l'importanza rivestita dalla norma, appare opportuno riportarla per intero. Essa così dispone: "*The Commission shall, while determining whether an agreement has an appreciable adverse effect on competition under section 3, have due regard to all or any of the following factors, namely:*

- (a) Creation of barriers to new entrants in the market;*
- (b) Driving existing competitors out of the market;*
- (c) Foreclosure of competition by hindering entry into the market;*
- (d) Accrual of benefits to consumers;*
- (e) Improvements in production or distribution of goods or provision of services;*
- (f) Promotion of technical, scientific and economic development by means of production or distribution of goods or provision of services".*

Come osservato, ove si considerino congiuntamente le disposizioni di cui alle Sect.s 3 e 19(3) risulta evidente l'analogia con la struttura bipartita dell'art. 101 T.fue. Una

testimonianza di quanto rilevato nel testo, si legge: "*L'articolo 81, paragrafo 1, vieta tutti gli accordi fra imprese che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune. La Corte di giustizia delle Comunità europee ha chiarito che tale divieto non si applica agli accordi la cui incidenza sul commercio fra Stati membri o sulla concorrenza è trascurabile. Nella presente comunicazione, la Commissione, con l'ausilio di soglie basate sulle quote di mercato, stabilisce criteri quantitativi per determinare ciò che non costituisce una restrizione sensibile della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato CE". Cfr., per maggior informazioni, J. FAULL, A. NIKPAY, *The EU Law of Competition*, 3rd Ed., Oxford University Press, 2014, Oxford.*

³⁶³ Cfr., *ex plurimis*, CCI, *Shri Shamsher Kataria vs. Honda Siel Cars India Ltd. & a.*, Case n. 3/2011, 25 agosto 2014, ove si legge: "*The Commission further notes that the other factor that can militate against appreciable adverse effect is the doctrine of de minimis. The doctrine of de minimis deals with the concept wherein agreements of enterprises have insignificant effect on the market i.e., it is unlikely to cause appreciable adverse effect on competition in the market. It is possible mostly in cases where the positions of the said enterprises are weak in the market".*

preliminare differenza, tuttavia, come messo in evidenza dalla dottrina³⁶⁴, sta nel fatto che, mentre in ambito europeo il procedimento di valutazione delle intese è bi-fasico, dovendosi dapprima accertare la sussumibilità della condotta nell'art. 101(1) e successivamente la sua esentabilità *ex art. 101(3)*, nell'ambito del diritto indiano questa scissione viene meno, posto che la sussumibilità dell'accordo nell'ambito del divieto di cui alla Section 3 dipende dal procedimento valutativo di cui alla section 19(3) che, come visto, indica i parametri per l'individuazione del c.d. *appreciable adverse effect on competition* (nel prosieguo, AAEC).

Una seconda sensibile differenza risiede nel fatto che la Section 19(3) indica chiaramente come la CCI sia chiamata a considerare tutti o alcuni dei parametri ivi indicati ("*all or any of the following factors*"), non riproponendo il vincolo di cumulo che, invece, governa l'art. 101(3) Tfu³⁶⁵.

La differenza in discorso non è, tuttavia, solo quantitativa, ma risiede anche nella qualità degli elementi che la CCI è chiamata a considerare, i quali, all'evidenza, possono qui essere suddivisi in due gruppi:

a) Un primo gruppo – contenente i fattori di cui alle lett. a)-c) – comprende condizioni aventi una dimensione negativa. Esso, infatti, prescrive che l'accordo è suscettibile di produrre un AAEC ove sia in grado di determinare, cumulativamente o singolarmente, la creazione di barriere all'ingresso del mercato, l'eliminazione uno o più concorrenti dalla competizione commerciale o la creazione di un effetto di *foreclosure* ostacolando l'ingresso al mercato;

b) un secondo gruppo – contenente le restanti prescrizioni – ha, invece, una dimensione positiva, posto che un'accordo sarebbe suscettibile di sfuggire alla censura della CCI allorché sia in grado di generare, cumulativamente o alternativamente, un "accrual of benefit to consumers", il miglioramento della produzione o distribuzione di beni o nella fornitura di servizi, la promozione dello sviluppo tecnico, scientifico e economico.

A tale schematizzazione si potrebbe obiettare, osservando come anche in Europa l'art. 101(3) Tfu descriva quattro presupposti per l'esenzione in deroga, a loro volta suddivisibili distinguibili in ragione della loro natura positiva o negativa e che,

³⁶⁴ A. BHATTACHARJEA, *India's new competition Law: A comparative Assessment*, cit., p. 628.

³⁶⁵ *Ib.*

pertanto, la Sect. 19(3) non parrebbe rappresentare una novità. In realtà, a parere di chi scrive, questa conclusione potrebbe non essere corretta.

Come accennato, in Europa, l'applicazione dell'art. 101(3) Tfeue è successiva rispetto all'accertamento dell'illiceità dell'intesa ai sensi dell'art. 101(1) Tfeue³⁶⁶. A norma di quest'ultimo, l'intesa impinge nel divieto normativo ove, per il suo oggetto o per i suoi effetti, sia idonea a prevenire, restringere o falsare la concorrenza, avendo riguardo alle diverse manifestazioni di questa: prezzi d'acquisto o vendita, livelli di *output*, qualità dei prodotti, limitazione dello sviluppo o degli investimenti. Gli effetti anticompetitivi, tuttavia, potrebbero essere considerati secondari ove l'intesa sia in grado di trasferire una porzione consistente del vantaggio in capo ai consumatori, sia necessaria per il conseguimento di efficienze produttive o distributive, non sia sproporzionata rispetto a tali finalità e non elimini la concorrenza in una parte sostanziale del mercato o in una delle sue forme più importanti (ad es., concorrenza di prezzo)³⁶⁷. Tale esenzione individuale – certamente possibile per le intese con effetti anticompetitivi – è praticamente esclusa per le intese restrittive per l'oggetto³⁶⁸.

Nell'ambito della Sect. 19(3) C.A., invece, è l'intero sistema valutativo ad essere rovesciato. Come detto, infatti, il legislatore non considera, in primo luogo, alcuna restrizione per l'oggetto, con la conseguenza che l'effetto negativo della concorrenza deve essere accertato di volta in volta, benché anche solo in potenza.

³⁶⁶ Giova, tuttavia, precisarsi come l'impostazione in merito all'applicazione dell'art. 101 Tfeue abbia subito un sensibile ridimensionamento a seguito dell'entrata in vigore del Reg. n. 1/2003, il quale, avendo abolito il vecchio sistema della notifica degli accordi alla Commissione e introdotto un sistema di eccezione legale, non richiede più alla Commissione di indagare nell'ambito dell'art. 101.3 Tfeue, l'applicabilità del quale deve essere invocata dalle imprese sulla cui condotta la Commissione abbia aperto un procedimento di indagine.

³⁶⁷ Cfr. Comunicazione della Commissione — Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, in G.U.U.E.n. C 101, del 27 aprile 2004, p. 0097-0118. Al punto 110 si legge: “*Nella valutazione dell'influenza dell'accordo sulla concorrenza, è anche importante esaminare la sua influenza sui vari parametri della concorrenza. L'ultima condizione per la deroga di cui all'articolo 81, paragrafo 3 non è soddisfatta se l'accordo elimina la concorrenza in una delle sue espressioni più importanti. Ciò avviene in particolare quando un accordo elimina la concorrenza(94) sui prezzi o la concorrenza relativa all'innovazione e allo sviluppo di nuovi prodotti*”.

³⁶⁸ Merita comunque sottolinearsi come la Commissione, nelle linee guida citate nella nota precedente, non escluda totalmente tale possibilità, ammettendo che, in linea teorica, anche le restrizioni fondamentali possano beneficiare dell'esenzione ex art. 101(3) Tfeue. Alla luce, tuttavia, del case-law della Commissione, tale eventualità risulta radicalmente esclusa. Cfr., sul punto, D. BAYLEY, *Restriction of Competition by Object under Article 101 TFEU*, in *Common Market Law Review*, Vol. 49, Issue 2, p. 559; A. JONES, *The Journey toward an effect-based approach under Article 101 TFEU – The case of Hardcore Restraints*, in *The Antitrust Bulletin*, Vol. 55, n. 4, 2010, p. 783.

In secondo luogo, guardando agli elementi negativi, la restrizione della concorrenza pare avere contorni più circoscritti rispetto al diritto europeo, posto che l'AAEC sembra avverarsi ogni qual volta l'intesa sia in grado di ostacolare l'accesso o la permanenza nel mercato di una o più imprese. Concentrando l'attenzione su tali elementi, infatti, essi risultano accomunati da una pronunciata omogeneità contenutistica che sembra rivelare la particolare concezione di "restrittività" di cui il legislatore indiano appare portatore. A tal fine, si immagini un'intesa avente ad oggetto, ad esempio, la limitazione della produzione. Stando alle indicazioni di cui all'art. 19(3) C.A., essa è teoricamente in grado di ricadere nel divieto normativo allorché essa sia idonea, alternativamente o cumulativamente, a creare barriere all'ingresso del mercato, eliminare uno o più concorrenti dalla competizione commerciale o creare un effetto di *foreclosure* ostacolando l'ingresso al mercato, ove in Europa, il divieto troverebbe fondamento nella circostanza che, mediante una riduzione dell'output, si determina uno sbilanciamento tra domanda e offerta capace di generare un aumento dei prezzi di mercato.

Si considerino ora gli elementi positivi di cui all'art. 101(3) Tfu e Sec. 19(3) C.A. In Europa, l'accertamento condotto ex art. 101(1) Tfu determina immediatamente l'illiceità dell'intesa, la quale potrebbe beneficiare di un'esenzione individuale ove venissero dimostrate tutte e quattro le condizioni di cui all'art. 101(3). In India, al contrario, l'accertamento di un eventuale effetto di *foreclosure* non chiuderebbe il caso, poiché la ricorrenza anche di uno degli elementi positivi indicati dalle lett. d)-f), Sec. 19 C.A. potrebbe far escludere il AAEC.

In materia di intese, dunque, è sempre necessaria una valutazione degli effetti volta ad accertare quali tra gli elementi indicati dal C.A. risultino presenti nel caso concreto, in che misura e, soprattutto, quale sia il loro rapporto reciproco, in merito al quale il legislatore non fornisce alcuna indicazione per effettuare un bilanciamento. In altri termini, il legislatore ha accolto, come regola generale, una *rule of reason*, per la cui applicazione fornisce i fattori valutativi, lasciando evidentemente alla Commissione il compito di effettuare, caso per caso, il bilanciamento necessario.

3.3. La Section 3: Anti-competitive agreements. Gli Accordi orizzontali e verticali nel quadro della generale applicabilità della *rule of reason*.

Quanto sin qui osservato è funzionale all'analisi delle restanti disposizioni contenute nella Sect. 3 C.A.. Si tratta, in particolare, delle subsect.s (3), dedicata alle intese orizzontali, e (4), concernente quelle verticali.

Con riferimento alla prima delle disposizioni citate, essa stabilisce che: “*Any agreement entered into between enterprises [...] or associations [...] or practice carried on, or decision taken by, any association of enterprises, including cartels, engaged in identical or similar trade of goods or provision of services, which (a) directly or indirectly determines purchase or sale prices; (b) limits or controls production, supply, markets, technical development, investment or provision of services; (c) shares the market or source of production or provision of services by way of allocation of geographical area of market, or type of goods or services, or number of customers in the market or any other similar way; (d) directly or indirectly results in bid rigging or collusive bidding, shall be presumed to have an appreciable adverse effect on competition*”³⁶⁹.

Come si vede, la disposizione estende il proprio ambito di applicazione sino a comprendere le tre consuete forme di intesa, ovvero accordi, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate. Nel far ciò, essa prevede che le tipologie di intesa dalla stessa indicate – le quali sono considerate dalla dottrina tassative³⁷⁰ – “*shall be presumed to have an appreciable adverse effect on competition*”.

Nel silenzio della legge, il problema, dunque, sta nell'accertamento della tipologia di presunzione cui, nell'ipotesi considerata, il legislatore ha inteso subordinare le intese oggetto di menzione.

Sul punto, come osservato in dottrina³⁷¹, l'Indian Evidence Act 1872 prevede, alla Section 4, che, ogni qualvolta la legge utilizzi la dizione “*shall presume a fact*”, il fatto oggetto di presunzione è considerato provato fino a prova contraria³⁷².

³⁶⁹ Cfr. Sect. 3(3), C.A.

³⁷⁰ L. DASGUPTA, *Cartel Regulation – Indian in an International Perspective*, cit., p. 179.

³⁷¹ S. RAI, *Regulation of Cartels in India*, in *World Competition*, Vol. 35, Issue 2, 2012, p. 233

³⁷² La disposizione così recita: “*“Shall presume.”-Whenever it is directed by this Act that the Court shall presume a fact, it shall regard such fact as proved, unless and until it is disproved; “Conclusive proof.”-When one fact is declared by this Act to be conclusive proof of another, the Court shall, on proof of the one fact, regard the other as proved, and shall not allow evidence to be given for the purpose of*

Per comprendere l'operatività del meccanismo si consideri, ad esempio, un cartello di prezzo. Per tale tipologia di condotta è prevista l'operatività della presunzione di cui sopra, con la conseguenza che la Commissione risulta liberata dall'onere di provare l'attuale o potenziale ricorrenza di un AAEC. In tale ipotesi, allora, spetterà all'altra parte provare la ricorrenza di almeno uno degli effetti positivi indicati dalla Sec. 19(3) C.A., al fine di determinare un'ulteriore inversione dell'onere della prova in capo alla Commissione, la quale, a quel punto, sarà chiamata ad accertare la bontà o meno dell'eccezione guardando, inevitabilmente, al complesso degli fattori elencati dall'art. 19(3) C.A.

Quella appena esposta passa sotto il nome di “*quick look rule of reason*” o “*truncated rule of reason*” e costituisce l'applicazione di una regola di accertamento elaborata negli Stati Uniti per combinare gli effetti positivi della *per se rule* e della *rule of reason*³⁷³. In particolare, tale regola trova applicazione per una serie di condotte restrittive definibili come “*facially anticompetitive*” o “*inherently suspected*”, così indicandosi quelle ipotesi in cui l'accordo presenta un alto rischio di anticompetitività³⁷⁴. Tuttavia, come avviene per la *rule of reason*, è data la possibilità di dimostrare la presenza di effetti pro-competitivi o *efficiency-based* a giustificazione della restrizione. In tale ipotesi, ove non si riesca in questa prova, la presunzione di AAEC risulta confermata e la condotta dichiarata *contra legem*. Viceversa, ove la controprova abbia esito positivo, la condotta sarà soggetta ad una “*full rule of reason analysis*”, determinando una riespansione dell'originaria distribuzione dell'onere probatorio³⁷⁵.

Dall'applicazione di tale regola presuntiva sono, peraltro, escluse, per espressa previsione legislativa, le *joint ventures*, allorché “*such agreement increases efficiency in production, supply, distribution, storage, acquisition or control of goods or provision of services*”³⁷⁶. Ne consegue che, come osservato in dottrina³⁷⁷, per sottrarsi alla

disproving it”. Cfr. Cfr. § 4, The Indian Evidence Act, n. 1/1872, disponibile sul sito: <http://ncw.nic.in/Acts/THEINDIAN EVIDENCEACT1872.pdf>.

³⁷³ P.E. AREEDA, H. HOVENKAMP, *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Vol. VII, 3rd Ed., Wolters Kluwer, 2010, The Hague, p. 436.

³⁷⁴ *Ib.*; H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice*, 4th Ed., Thomson West, 2011, St. Paul, p. 265.

³⁷⁵ *Ib.*

³⁷⁶ Cfr., Sect. 3(3)(d), C.A.

³⁷⁷ A. BHATTACHARJEA, *India's new competition Law: A comparative Assessment*, cit., p. 629.

presunzione di cui alla Sec. 3(3), potrebbe essere sufficiente per due o più imprese costituire una *joint venture* e allegare una riduzione dei costi connessi alla distribuzione dei prodotti forniti dalle imprese madri. In questa ipotesi, infatti, si otterrebbe il ben più vantaggioso risultato di tornare all'applicazione della generale *rule of reason* di cui alla Sec. 19(3) – in virtù della quale l'onere probatorio incombe sulla CCI – ai cui elementi originari si aggiunge la verifica di quelli concernenti gli incrementi di efficienza previsti specificatamente per le *joint ventures* dalla Sec. 3(3)(d).

La *rule of reason*, così come descritta nel precedente paragrafo, trova applicazione nella sua dimensione piena con riferimento alle intese verticali. Invero, la Sec. 3(4) stabilisce che “*any agreement amongst enterprises at different stages or levels of the production chain in different markets, [...], including: (a) tie-in arrangement; (b) exclusive supply agreement; (c) exclusive distribution agreement; (d) refusal to deal; (e) resale price maintenance, shall be an agreement in contravention of sub-section (1) if such agreement causes or is likely to cause an appreciable adverse effect on competition in India*”.

Per ciascuno di tali accordi, dunque, troverà applicazione il sistema di bilanciamento delineato dalla sect. 19(3). Ciò che, tuttavia, merita osservarsi è l'assoggettamento alla riferita regola di accordi verticali che, in ambito europeo, risultano invece vietati *per se*. Il riferimento, in particolare, è alla *Resale Price Maintenance*³⁷⁸. Alla stessa regola sono soggette le ipotesi di *exclusive supply agreements* e *exclusive distribution agreements*³⁷⁹, comprese le particolari forme di protezione territoriale che, invece, in ambito europeo, sono sottoposte ad un regime piuttosto rigido³⁸⁰.

³⁷⁸ Cfr., *ex plurimis*, Corte di Giustizia Ue, *Pronuptia de Paris GmbH vs. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, in C-161/84, 28 gennaio 1986, in Racc. 1986 -00353. Per maggiori dettagli, A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, cit., p. 788.

³⁷⁹ Sul punto, la disposizione di cui alla Sec. 3(4) ha una latitudine piuttosto ampia, stabilendo che per “*exclusive supply agreement*” deve intendersi “*any agreement restricting in any manner the purchaser in the course of his trade from acquiring or otherwise dealing in any goods other than those of the seller or any other person*”; parallelamente, per “*exclusive distribution agreement*” si ha riguardo ad “*any agreement to limit, restrict or withhold the output or supply of any goods or allocate any area or market for the disposal or sale of the goods*”.

³⁸⁰ Come è noto, risultano vietati *per se* e radicalmente nulli gli accordi di protezione territoriale assoluta accompagnati da divieto di vendite passive, così come gli accordi di distribuzione selettiva in violazione dei criteri posti dalla giurisprudenza comunitaria nel noto caso *Metro* (Cfr. Corte di Giustizia Ue, *Metro-SB-Großmärkte GmbH vs. Commissione*, in C-75/84, del 22 ottobre 1986, in Racc. p. I-3021), la cui disciplina trova oggi sistemazione nella nel Regolamento (UE) n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento

Riportando, allora, la discussione su un piano generale che comprenda tanto le intese orizzontali quanto quelle verticali, ci si potrebbe interrogare sulle ragioni per le quali il legislatore indiano abbia preferito discostarsi dal modello europeo che, con riguardo a specifiche fattispecie, ricorre ad un approccio *per se*.

Una prima risposta potrebbe essere fornita osservando come, con riferimento al trattamento delle intese, le legislazioni indiane sembrerebbe aver subito in modo più pronunciato l'influenza del *case-law* americano che, com'è noto, presenta una maggiore apertura alla considerazione di giustificazioni efficientiste rispetto all'omologo europeo, come dimostra, ad esempio, il diverso trattamento riservato, appunto, alla RPM successivamente al caso *Leegin Creative*³⁸¹.

Una tale risposta, tuttavia, coglierebbe nel segno solamente in parte, posto che per il diritto antitrust statunitense risulta pacifica l'applicazione della *per se rule* con riguardo alle c.d. *naked restrictions*³⁸², per le quali l'approccio seguito dalle corti americane prescinde dalla considerazione di qualsiasi giustificazione *efficiency-based*.

Una seconda spiegazione potrebbe derivare dalla comprensione delle reali caratteristiche di funzionamento della *per se rule*. Risulta diffusa nella dottrina – soprattutto americana³⁸³ – l'affermazione per la quale la *per se rule* costituisca il frutto, essenzialmente, del bagaglio esperienziale di un ordinamento maturo che, sulla base del proprio *case-law*, è in grado di poter individuare, con un alto grado di probabilità, una serie di condotte che, alla luce delle caratteristiche di queste e dell'ordinamento in cui

dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in G.U.U.E. L 102/1, del 23 aprile, nonché nella Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle restrizioni verticali, 10 maggio 2015, in G.U.U.E. C 130/1 del 19 maggio 2010. Cfr., per maggiori dettagli, R. WHISH, D. BAILEY, *Regulation 330/2010: The Commission's new block exemption for vertical agreements*, in *Common Market Law Review*, 2010, Vol. 47, Issue 6, p. 1757.

³⁸¹ Cfr. Supreme Court of the United States, *Leegin Creative Leather Products Inc. v. Psks Inc.*, 557 U.S. 877 (2007), con la quale, com'è noto, la *rule of reason*, applicabile alle restrizioni verticali a seguito del celebre caso *Sylvania (Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977)), viene estesa alla RPM. Sul punto, E.M. FOX, *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, 3rd Ed., West, 2014, St. Paul, p. 630; P. AREEDA, L. KAPLOW, A. EDLIN, *Antitrust Analysis – Problems, Text and Cases*, 7TH Ed., Aspen Publishers, 2013, New York, p. 630. Tale spiegazione appare plausibile – anche se non determinante – ove si consideri che, come si ricorderà (Cfr., *Supra*, Cap. III, § 3-4), una delle ragioni a sostegno dell'introduzione di una nuova normativa a tutela dei mercati era stata individuata nella necessità di pervenire ad un MoU con gli U.S.A., nell'ottica di un più ampio progetto di creazione di relazioni commerciali.

³⁸² P. AREEDA, L. KAPLOW, A. EDLIN, *Antitrust Analysis – Problems, Text and Cases*, cit., p. 130; P.E. AREEDA, H. HOVENKAMP, *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, cit., p. 449.

³⁸³ *Ib.*, p. 440.

hanno luogo, posseggono una spiccata capacità offensiva, tale da indurre l'ordinamento stesso a preferire una regola che esoneri l'*enforcer* da un accertamento dettagliato. In altri termini, la *per se rule* costituirebbe il risultato del processo di progressiva cristallizzazione di un determinato indirizzo applicativo, sperimentato nel tempo mediante l'applicazione della *rule of reason*.

A tale ricostruzione, tuttavia, si potrebbero muovere due obiezioni.

In primo luogo, sulla scorta della più recente dottrina³⁸⁴ dedicata alle *developing countries*, si potrebbe osservare come la limitatezza delle risorse disponibili – presente per tutte le giurisdizioni, ma in modo più pronunciato nelle c.d. *young competition jurisdictions* –, così come la scarsità di personale adeguatamente formato, suggerirebbe, anche a fini deterrenti, l'individuazione di un gruppo di condotte da assoggettare, senza eccezioni, alla *per se rule*, evitando che per le fattispecie più complesse e dai chiari effetti competitivi si debbano condurre articolate analisi economiche.

In secondo luogo, e conclusivamente, si potrebbe osservare come l'esperienza europea costituisca un potente argomento di segno contrario al procedimento deduttivo postulato dalla dottrina americana, posto che, alla luce dell'art. 101 Tfe e della prassi applicativa sullo stesso sviluppatasi, l'individuazione di divieti *per se* ha accompagnato la nascita del diritto *antitrust* dell'Unione e non ne costituisce un prodotto successivo³⁸⁵. D'altro canto, la profonda influenza che il diritto europeo ha esercitato sui *drafters* del C.A. – e che, come si vedrà, risulta ancora più pronunciata in materia di abuso di posizione dominante – fa pensare ad una precisa scelta del legislatore indiano di prendere le distanze, sul punto, dal modello di riferimento.

Stando così le cose, allora, la risposta potrebbe essere ricercata mediante un'analisi della situazione indiana e dell'insieme dei risultati che, nei capitoli precedenti, sono stati raggiunti.

³⁸⁴ D.J. GERBER, *Adapting the role of economics in competition law: a developing country dilemma*, in M.S. GAL, M. BAKHOUM, J. DREXL, E.M. FOX, D.J. GERBER, *The economic characteristics of developing countries*, Edward Elgar Publishing, 2015, Cheltenham, p. 249 e ss.; Id., *Economic Development and Global Competition Law Convergence*, in D.D. SOKOL, T.K. CHENG, I. LIANOS, *Competition Law and Development*, Stanford University Press, 2013, Stanford, p. 26

³⁸⁵ D. BAILEY, *Restriction of Competition by Object under Article 101 Tfe*, in *Common Market Law Review*, Vol. 49, Issue 2, p. 561.

In primo luogo, non sembra secondario ricordare come la *rule of reason* abbia rappresentato la scelta di base del legislatore del MRTTP Act 1969. Risulta evidente, allora, che la familiarità maturata nel tempo con tale regola potrebbe aver indotto il legislatore a mantenere ferma – sebbene in un contesto normativo profondamente differente – questa tipologia di approccio valutativo.

Un'ulteriore indicazione potrebbe, poi, trarsi dall'esame dei documenti che hanno accompagnato il varo del C.A. e, in particolare, dal citato rapporto del Raghavan Committee³⁸⁶.

Tale fonte, invero, rivela come una delle ragioni a giustificazione di un ampio ricorso alla *rule of reason* fosse costituita dal timore dei c.d. falsi positivi, cioè di quella particolare tipologia di errori applicativi consistente nel riconoscere come illeciti comportamenti che non lo sono³⁸⁷. Il rischio insito in questa forma di errore, dunque, è quello di frenare forme di cooperazione tra imprese suscettibili di produrre effetti procompetitivi idonei a supportare maggiore efficienza dinamica e maggiori effetti di progresso tecnico.

La prospettiva, dunque, sembra allontanarsi da quella Europea dove, al contrario, risulta prevalente il timore di c.d. falsi negativi, consistenti nella possibilità che condotte illecite vadano esenti da sanzione³⁸⁸. In Europa, infatti, il diritto antitrust è storicamente servito per sostenere il processo di integrazione tra gli Stati membri, con la conseguenza

³⁸⁶ Cfr., sul punto, Report of High Level Committee on Competition Policy – S.V.S. Raghavan, Maggio 2001, p. 86. disponibile al seguente indirizzo internet: https://theindiancompetitionlaw.files.Wordpress.com/2013/02/report_of_high_level_committee_on_competition_policy_law_svs_raghavan_committee.pdf. In esso si legge: “As has been mentioned in the text, we have recommended the rule of reason in adjudicating on the various restraints to competition, which have been listed. This is essential since, for example, there are no hard and fast rules on what constitutes dominance and then what constitutes its abuse. Normal operations of the market where different participants seek to establish a position of ascendancy should not be restrained. In taking any action, determination will have to be made that the alleged practice is restrictive, that it is detrimental to economic efficiency and limits contestability”.

³⁸⁷ L. TOFFOLETTI, *Progresso tecnico e bilanciamento di interessi nell'applicazione dei divieti antitrust*, Giuffrè, 2009, Milano, p. 230.

³⁸⁸ E. ELHAUGE, *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Edward Elgar, 2012, Cheltenham, p. 292; nello stesso senso, con riferimento particolare al *predatory pricing*, si v. H. SCHWEITZER, *The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS, *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Hart Publishing, 2008, Oxford.

che, soprattutto per le fattispecie che potessero mettere in pericolo tale risultato, la giurisprudenza ha mantenuto nel tempo un atteggiamento particolarmente rigido³⁸⁹.

La prospettiva del legislatore indiano è, tuttavia, differente. Come visto nel capitolo precedente³⁹⁰, il procedimento che ha accompagnato l'India verso l'adozione del C.A. è stato caratterizzato dalla non celata intenzione del legislatore di dotare il paese di una normativa sensibile al perseguimento di efficienze statiche e, soprattutto, dinamiche. Su questa scelta, oltre alle fascinazioni provenienti dal mondo occidentale, deve aver pesato la considerazione che, per oltre cinquanta anni, il settore privato non era stato in grado di esprimere il proprio potenziale, ristretto com'era dalla mole di controlli amministrativi di cui si è dato conto. L'apertura dell'economia è coincisa, dunque, con un riscatto di tale settore che, in competizione con quello pubblico, è oggi chiamato a sostenere dei ritmi di crescita che, come visto, risultano tra i più elevati dello scenario mondiale.

In questa cornice, allora, l'ampio ricorso alla *rule of reason* sembra rappresentare la messa in opera di quella originaria visione legislativa. La lettura delle disposizioni di cui si è dato conto, infatti, lascia trasparire la *voluntas legis* di mettere in campo uno strumento che, confinando le valutazioni normative, abilita l'*enforcer* ad un accertamento caso per caso, nell'obiettivo di ridurre al minimo le perdite di efficienza conseguenti all'applicazione della *per se rule*. Ciò è particolarmente evidente alla luce della disciplina prevista per alcune tipologie di accordi verticali (RPM, *exclusive distribution agreement*), per i quali la *rule of reason* trova piena applicazione, così come per quelli orizzontali rispetto ai quali, facendo tesoro delle esperienze delle altre giurisdizioni, la portata della *rule of reason* viene ristretta, ma non del tutto eliminata.

Sotto altro versante, la regola del perseguimento di obiettivi d'efficienza sembra, tuttavia, essere astrattamente mitigabile alla luce di un'esigenza di segno contrario emergente dai c.d. elementi negativi indicati dalla Sec. 19(3) per l'accertamento dell'AAEC; essi, come osservato *supra*, risultano accomunati da una pronunciata omogeneità contenutistica che sembra far coincidere la restrittività dell'intesa con l'ostacolo posto all'accesso o alla permanenza nel mercato di una o più imprese.

Anche tale scelta non sembra, a chi scrive, casuale.

³⁸⁹ *Ib.*

³⁹⁰ Cfr. *Supra*, Cap. III, § 5.

Come si ricorderà, tanto per ragioni storiche quanto per ragioni politiche e giuridiche, l'economia indiana ha da sempre presentato alti livelli di concentrazione. Anche oggi, nonostante le riforme del 1991, i livelli di concentrazione sono piuttosto elevati, benché un numero maggiore di imprese abbia avuto la possibilità di affacciarsi sul mercato³⁹¹. In questo senso, allora, l'attenzione che il legislatore pone sull'accesso al mercato attraverso i tre elementi negativi *ex Sec. 19(3)* costituisce la presa d'atto non solo della reale situazione dell'economia indiana, ma altresì della circostanza che il traguardo dell'efficienza e della cooperazione tra le imprese passa, necessariamente, attraverso il canale del pluralismo di mercato il quale, alla luce del dato normativo, finisce per essere il valore al cui perseguimento è posto il divieto in materia di intese.

Il legislatore, dunque, invoca un bilanciamento tra istanze efficientistiche e pluralismo, affidando tale difficile compito alle determinazioni della CCI e del Compat. Alla loro prassi, dunque, conviene volgere lo sguardo per comprendere dove tale equilibrio sia stato effettivamente individuato.

3.4. La Section 3 nella prassi della CCI e del Compat.

Come anticipato, a seguito dell'entrata in vigore delle disposizioni sostanziali del C.A., la CCI ha ben presto cominciato la propria attività di *enforcement* la quale, ad oggi, conta in materia di intese un numero piuttosto consistente di *orders*, quasi esclusivamente dedicati all'accertamento di *horizontal agreements*. Lo stesso, tuttavia, non può dirsi per il Compat che, fatto destinatario del *work-load* prima pendente dinnanzi alla Mrtp Commission³⁹² – sciolta con l'entrata in vigore del C.A. –, solo in tempi più recenti è riuscito ad affacciarsi sulla scena, emettendo complessivamente alcune sentenze dalle quali è possibile trarre poche rilevanti informazioni ai fini della presente ricerca.

Nell'analizzare la prassi della CCI, si crede utile, a fini di chiarezza espositiva, indicare previamente le domande alle quali si ritiene di dover dare una risposta, tenendo, tuttavia, a mente il breve lasso di tempo di operatività della CCI, il cui primo *order* risale al 23 maggio del 2011. Al tempo in cui si scrive, pertanto, la Commissione

³⁹¹ L. ALFARO, A. CHARI, *Deregulation, Misallocation and Size: Evidence from India*, in *Journal of Law and Economics*, Vol. 57, n. 4, 2014, p. 897.

³⁹² Cfr. Sect. 66, C.A.

ha operato per poco più di quattro anni, con la conseguenza che quanto si dirà non costituisce certamente l'illustrazione di una prassi consolidata.

In ragione di quanto osservato nei precedenti paragrafi in merito, da un lato, all'assenza di una restrizione per l'oggetto in materia di intese e, dall'altro, al parametro di illegalità accolto dal legislatore (AAEC), è evidente che il profilo di maggiore interesse riguarda le modalità attraverso le quali la CCI abbia inteso applicare le soluzioni legislative offerte dai *drafters* del C.A. Le domande, dunque, sembrano essere essenzialmente due: in quale modo la Commissione perviene all'accertamento dell'AAEC e, dunque, in quale modo essa bilancia gli elementi di valutazione indicati dalla Sec. 19(3) del C.A.? In secondo luogo, in che modo la CCI ha fatto applicazione della *truncated rule of reason* e, per conseguenza, con che frequenza ha accolto le argomentazioni difensive delle imprese?

Orbene, già con il primo caso in materia di intese orizzontali³⁹³, la Commissione ha colto l'occasione per offrire preziose indicazioni sull'interpretazione della norma di cui alla Sect. 3(3).

Singolarmente, la vicenda originava da un'informativa riguardante l'esistenza di un cartello in uno dei settori per il quale l'India è maggiormente conosciuta nel mondo: il cinema. In particolare, l'associazione che riunisce i titolari di sale multiplex asseriva la formazione di un cartello tra le tre principali associazioni di produttori di pellicole cinematografiche, allegando come esse avessero vietato ai propri aderenti di concludere contratti di distribuzione con le sale cinematografiche rappresentate dall'Informant, fino a quando queste ultime non si fossero piegate ad accettare la modifica delle percentuali di ricavo da riconoscere ai produttori.

Nell'accogliere le prospettazioni dell'Informant, la CCI descrive il meccanismo di funzionamento delle Sect.s 3 e 19(3), osservando come, nell'ipotesi in cui operi la presunzione in materia di intese orizzontali, la Commissione sarebbe esonerata dall'analisi dei tre elementi negativi di cui alla Sect. 19(3) C.A., posto che essa "*shifts the onus on the opposite party to rebut the said presumption by adducing evidence and in that context the factors mentioned [in Sec. 19(3)] may be considered by the*

³⁹³ CCI, Order n. 1/2009, *FICCI - Multiplex Association of India vs United Producers/ Distributors Forum & Ors.*, del 25 maggio 2011. Le decisioni della CCI sono pubblicati, in ordine cronologico, presso il sito internet ufficiale della Commissione, raggiungibile al seguente indirizzo: <http://www.cci.gov.in/orders-commission/102>.

*Commission. Hence [...] the presumption contained in section 3(3) of the Act is rebuttable and the opposite parties may produce evidence to controvert the presumption contained therein*³⁹⁴. La Commissione, dunque, sembra attenersi al dato normativo, nella misura in cui riconosce che, stando alla lettera della legge, le parti hanno la possibilità di ribaltare la presunzione *de qua*, offrendo idonee argomentazioni *ex Sect. 19(3)*. Immediatamente dopo, tuttavia, la Commissione sembra chiarire come la strada del ribaltamento della presunzione, benché ammessa a livello teorico, potrebbe risultare di difficile agibilità a livello pratico. Ed invero, essa osserva come, nella *Sect. 19(3)*, per quanto la ricorrenza delle condizioni positive in essa indicate potrebbe condurre ad escludere l'AAEC, *“there is no room for the persons indulging in cartel like conduct in this case to hide behind the last three factors as there are no benefits to the consumer”*³⁹⁵.

La CCI, dunque, chiude immediatamente le porte alla possibilità che le imprese coinvolte in una delle pratiche soggette alla presunzione di cui alla *Sect. 3(3)* possano invocare una delle scriminanti positive *ex Sect. 19(3)* per liberarsi dall'accertamento dell'AAEC. Pur nella limitatezza del suo *case-law*, infatti, giova osservare come, ad oggi, la Commissione non abbia mai accolto nessuna delle giustificazioni offerte dalle imprese le cui condotte erano oggetto di scrutinio³⁹⁶, avvicinando il proprio approccio a quello della Commissione europea.

Tale similarità è, poi, accentuata anche dall'utilizzo di una terminologia che la sola lettura della *Sect. 3* non suggerisce e che, invece, appare un chiaro riferimento all'art. 101 Tfeue. In particolare, la CCI ha avuto modo di osservare³⁹⁷ come le fattispecie di cui alla *Sect. 3(3)* siano idonee a *“prevent, restrict and distort competition in the market”*,

³⁹⁴ *Ib.*

³⁹⁵ *Ib.*

³⁹⁶ Nella totalità dei casi, infatti, il mancato accertamento dell'intesa orizzontale oggetto di scrutinio è dipeso dall'insufficienza di prove. Sul punto, si rimanda alla consultazione della sezione *online* del sito della CCI contenente i provvedimenti emessi *ex art. 26(6) C.A.* Per mera completezza, si ritiene utile sottolineare come, analogamente a quanto avviene in Europa, il parametro probatorio adottato dalla CCI in materia di cartelli è quello della *“qualificata probabilità”* e non del *“beyond every reasonable doubt”*. Cfr., sul punto, CCI, *Suo-Moto Case no. 03/2011, Suo-motu case against LPG cylinder manufacturers*, del 6 agosto 2014; *Suo-Moto Case no. 02/2011, Aluminium Phosphide Tablets Manufacturers*, del 23 aprile 2012; *Order n. 13/2011, Manappuram Jewellers Pvt. Ltd., Thrissur, Kerala vs Kerala Gold & Silver Dealers Association, Thrissur, Kerala & Ors.*, del 23 aprile 2012.

³⁹⁷ Cfr. CCI, *Suo-Moto Case no. 02/2011, Aluminium Phosphide Tablets Manufacturers*, del 23 aprile 2012, p. 71;

chiaramente rimandando all'analogo inciso di cui al primo periodo dell'art. 101 Tfe. Non solo. In alcune decisioni³⁹⁸, la Commissione sembra aver addirittura importato la distinzione di matrice europea tra intese anticompetitive per l'oggetto e intese che sono tali in ragione dei loro effetti, allorché ha sottolineato, ad esempio, che *“the provision that grants territorial protection to a dealer from all competition in the market indicates that the very object of the provision is anti-competitive in nature”*³⁹⁹.

Quanto appena osservato merita, poi, di essere ricollegato al *trend* applicativo che la CCI ha sviluppato nell'interpretazione degli elementi di cui alla Sect. 19(3), per l'ipotesi in cui non operi la presunzione di cui alla Sect. 3(3).

In questo senso, uno degli *orders* maggiormente “didattici” è il n. 3/2011, dove la Commissione è stata chiamata a valutare la compatibilità con il C.A. di una serie di accordi tra alcuni produttori di veicoli e le proprie reti di riparatori autorizzati. Si è trattato, in altre parole, di una fattispecie analoga al filone di indagini condotto in materia dalla Commissione Europea⁴⁰⁰ e che, com'è noto, è oggetto in Europa della specifica disciplina di cui al Reg. n. 461/2010⁴⁰¹.

Da tale decisione emergono, ai nostri fini, diversi elementi di estrema rilevanza.

³⁹⁸ CCI, Order n. 68/2013, *Shri Ghanshyam Das Vij Vs. M/s Bajaj Corp. Ltd. & Others*, del 12 ottobre 2015. Conviene, altresì, richiamare CCI, Order n. 6/2011, *Coal India Limited vs GOCL Hyderabad & Ors.*, del 16 aprile 2012, dove la Commissione, nel sanzionare un cartello di prezzo tra i principali produttori di esplosivi da mina, osserva come la natura intrinsecamente anticompetitiva della fattispecie oggetto di valutazione è, altresì, dimostrata dalla circostanza che tutte le principali giurisdizioni del mondo puniscono per se tali pratiche, rinforzando tale divieto mediante la previsione di sanzioni penali. Si veda, altresì, CCI, Order n. 2/2011, cit., v. nt. 397. Allo stesso modo, in CCI, Order n. 43/2013, *M/s Shivam Enterprises vs Kiratpur Sahib Truck Operators Co-operative Transport Society Limited & Ors.*, del 4 febbraio 2015, la Commissione, una volta accertata un'intesa volta alla ripartizione del mercato, sembra dimenticare il meccanismo di funzionamento della Sect. 3(3), posto che non fa alcuna menzione dell'inversione dell'onere della prova, ma condanna la pratica come illecita.

³⁹⁹ Cfr. CCI, Order n. 68/2013, cit., v. nt. 397. Giova sottolineare come nella decisione in discorso, così come negli altri citati nella precedente nota, la CCI non ha fatto alcuna menzione delle difese articolate dalle imprese, né tantomeno dell'inversione dell'onere della prova, limitandosi a rilevare come l'evidente illegalità della condotta giustificasse l'irrogazione della sanzione.

⁴⁰⁰ Commissione Europea, 13 settembre 2007, *DaimlerCrysler*, G.U.U.E. 2007, L 317/76; *Fiat*, G.U.U.E. 2007, L 332/77; *Toyota*, in G.U.U.E. 2007, L 329/52; *Opel*, G.U.U.E. 2007, L 340/44.

⁴⁰¹ Cfr. Regolamento della Commissione (EU) n. 461/2010 del 27 maggio 2010, sull'applicazione dell'art. 101(3) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico, in G.U.U.E. L 129/52 DEL 28 maggio 2010.

Il primo dato da mettere in evidenza è che la fattispecie⁴⁰², come si è avuto modo di intendere, implicando la presenza di un'intesa verticale, imponeva alla CCI di adoperare i criteri valutativi messi a disposizione dalla Sect. 19(3), mediante il ricorso ad una piena *rule of reason*.

Orbene, con riferimento a tali criteri, la CCI parte dalla considerazione che essi debbano essere opportunamente bilanciati per pervenire all'accertamento di un AAEC⁴⁰³. Tuttavia, la stessa ha cura di precisare come tali elementi non abbiano tutti lo stesso valore, ma siano astrattamente suscettibili di essere suddivisi in ragione della loro importanza. In particolare, la CCI osserva come “*the Commission is of the opinion that in instances where an agreement, irrespective of the fact that it may contain certain efficiency enhancing provisions, allows an enterprise to [...] eliminate competition in the market, the factors listed in section 19(3)(a)-(c) should be prioritized over the factors listed in section 19(3)(d)-(f)*”⁴⁰⁴.

Come si è già osservato, l'esame della Sect. 19(3) rende evidente come il legislatore, nel redigere tale norma, abbia tenuto presente due opposti obiettivi: da un lato, la necessità di sostenere e non ostacolare forme di cooperazione tra imprese capaci di condurre a guadagni di efficienza e, dall'altro, il bisogno di garantire nella misura più ampia possibile l'accesso al mercato. Orbene, con il riferito *order*, la Commissione sembrerebbe esprimere la propria preferenza per il set di elementi negativi di cui alla Sect. 19(3), evidentemente privilegiando il dato dell'accesso al mercato rispetto ai guadagni di efficienza che le imprese possono far valere per giustificare le proprie condotte.

In questo senso, la CCI fa ampio uso dell'argomento comparativo, delineando un interessante parallelo tra l'art. 101(3) Tfu e la Sect. 19(3), che appare strumentale ad ovviare all'assenza, nel corpo di quest'ultimo, di qualsiasi riferimento alla “non

⁴⁰² Nel dettaglio, la fattispecie riguardava una serie di accordi verticali stipulati tra le maggiori case automobilistiche e i propri riparatori, dei quali si allegava il presunto effetto di restringere l'accesso al mercato dei servizi di riparazione per i meccanici non autorizzati, ai quali si rifiutava la vendita di prodotti di ricambio e il trasferimento delle informazioni tecniche necessarie a poter validamente prestare il servizio *de quo*.

⁴⁰³ Cfr. Cfr. CCI, Order n. 68/2013, cit., v. nt. 397, p. 202, dove si legge: “*The task of the Commission while analyzing the appreciable adverse effect on competition caused by any agreement under section 3 of the Act is to balance the anti-competitive and procompetitive factors mentioned under section 19(3) of the Act*”; v. altresì, CCI, Suo-Moto Case no. 03/2011, *Suo-moto case against LPG cylinder manufacturers*.

⁴⁰⁴ *Ib.*

eliminazione della concorrenza” dal mercato che, com’è noto, contraddistingue l’art. 101(3) Tfu. In particolare, la CCI osserva come, data la somiglianza anche strutturale tra le due disposizioni e dato, altresì, che l’art. 101(3) richiede la non eliminazione della concorrenza quale requisito essenziale per un’esenzione individuale, è evidente che tale conclusione deve trovare applicazione anche nell’ambito del diritto *antitrust* indiano, con la conseguenza che, nell’operazione di bilanciamento di cui si è dato conto, è necessario considerare il grado di concorrenza successivo all’implementazione dell’intesa⁴⁰⁵. Il risultato, evidentemente, va ben oltre la singola fattispecie, nella misura in cui la CCI ritiene necessario potenziare il sistema dei fattori indicati *ex art.* 19(3) C.A., attraverso il richiamo della disciplina europea.

Il parallelismo di cui si è dato conto, tuttavia, viene spinto all’estremo allorché la CCI si occupa del contenuto degli accordi di distribuzione selettiva.

Com’è noto, in Europa tali accordi risultano compatibili con il diritto dell’Unione ove rispettino i requisiti individuati dalla giurisprudenza e trasfusi nei c.d. Orientamenti della Commissione sulle restrizioni verticali⁴⁰⁶. La CCI, nel richiamare espressamente tali orientamenti, osserva come essi non trovino applicazione qualora gli accordi oggetto di scrutinio presentino delle cc.dd. restrizioni fondamentali che, in ragione delle loro caratteristiche, indicano per definizione l’assenza di effetti procompetitivi ricollegabili all’intesa verticale. Orbene, nonostante il diritto *antitrust* indiano, come si è visto, non contempli la distinzione tra oggetto ed effetto dell’intesa e, *a fortiori*, subordini la valutazione delle intese verticali all’utilizzo della *rule of reason*, la CCI ricorre all’argomento comparativo per dimostrare la lesività intrinseca di sistemi di distribuzione selettiva come quello sottoposto alla sua attenzione, così importando una nozione – quale quella di *hardcore restrictions* – che risulta estranea alla lettera del

⁴⁰⁵ *Ib.*, dove si legge: “the Commission would like to emphasize that the efficiencies of the selective distribution system claimed by the OEMs need to be analyzed in perspective of the ability of the restrictive clauses to create foreclosure effects and barriers to entry in the market. Article 101(3) (analogous to section 19(3) of the Act) provides that an agreement, containing restrictive clauses which ‘contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit’, will cause AAEC if such restrictive clauses ‘afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.’ Therefore, the agreement as a whole must not lead to the elimination of competition. The criterion of attempting to balance the efficiency gains and the foreclosure effects of vertical agreements is to reflect the view that short term efficiency gains must not be outweighed by longer-term losses stemming from the elimination of competition”.

⁴⁰⁶ V. *Supra*, nt. 380.

C.A. Il risultato argomentativo cui perviene la Commissione è che tali accordi, in quanto idonei ad ostacolare l'accesso al mercato della fornitura dei servizi di riparazione, devono essere dichiarati anticompetitivi, poiché suscettibili di condurre a “*potential long term anti-competitive structural effects on the automobile market in India*”⁴⁰⁷.

L'accento, pertanto, viene posto sugli effetti strutturali che la pratica scrutinata era suscettibile di produrre sul mercato, osservando come un guadagno di efficienza nel breve termine – derivante dall'asserita garanzia di alti standard qualitativi nell'assistenza post-vendita fatta valere dalle cause automobilistiche – non sarebbe stato suscettibile di controbilanciare una restrizione dell'accesso al mercato nel lungo termine. In questo senso, il divario rispetto alla prassi statunitense, che invece appare prediligere vantaggi di efficienza nel breve termine, è piuttosto marcato⁴⁰⁸.

L'importanza attribuita dalla CCI al profilo dell'accesso al mercato, peraltro, traspare da diversi altri *orders* che, sebbene non diffusamente argomentati come quello appena esposto, nondimeno confermano come il *focus* della Commissione sia attualmente concentrato sull'esigenza di assicurare che la struttura del mercato non subisca alcun irrigidimento. In questo senso, costituisce argomentazione ricorrente quella per la quale “*the Commission has to keep in mind the purpose for which the Act was enacted, i.e. inter alia freedom of trade and consumers' interest must be protected*”⁴⁰⁹ e che, pertanto, “*there can be no worse anti-competitive act than denial of market access to a person*”⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ *Ib.*

⁴⁰⁸ Sulla base, infatti, della *Consumer Harm Theory*, una condotta è in grado di violare lo Sherman Act nel momento in cui essa ha determinato un danno attuale ai consumatori, nella misura in cui, sulla scorta del caso Leegin, è possibile distinguere tra una condotta restrittiva che danneggia i consumatori e una condotta parimenti restrittiva che, tuttavia, è nell'interesse di questi ultimi. V. per maggiori dettagli, J. DREXL, *Consumer welfare and consumer harm: adjusting competition law and policies to the need of developing jurisdictions*, in M.S. GAL, M. BAKHOUM, J. DREXL, E.M. FOX, D.J. GERBER, *The economic characteristics of developing countries*, Edward Elgar Publishing, 2015, Cheltenham, p. 269.

⁴⁰⁹ Cfr. CCI, Order n. 39/2012, *Mr. Ramakant Kini vs Dr. L.H. Hiranandani Hospital, Powai, Mumbai*, del 5 febbraio 2014; V., altresì, CCI, Order n. 3/2011, cit., nt. 402: “*the aim of the Commission is the institution of a system of undistorted competition which is commensurate to the promotion of the interests of the consumer*”.

⁴¹⁰ CCI, Order n. 30, *M/s Peeveear Medical Agencies, Kerala vs All India Organization of Chemists and Druggists and Ors.*, del 9 dicembre 2013; Order n. 41/2011, *M/s Sandhya Drug Agency vs Assam Drug Dealers Association and Ors.*, del 9 dicembre 2013. Nello stesso senso, v. MRTP C-127/2009/DGIR4/28, *Varca Druggist & Chemist & Ors. vs. Chemists and Druggists Association, Goa*, dell'11 giugno 2012, dove si legge: “*The denial of market access to persons to sell medicines in the State of Goa is an*

Quali indicazioni, dunque, è possibile trarre dall'analisi del *case-law* della Commissione?

Il C.A. e, in particolare, le disposizioni di cui alle Sect.s 3 e 19(3), presentano una struttura normativa che, sul piano letterale, offre grandi margini di manovra all'*enforcer*, il quale, attraverso la propria attività di bilanciamento, è in grado di muoversi tra i due poli di interesse che l'atto pone alla sua attenzione: efficienza, da un lato, accesso al mercato, dall'altro. Rientra, dunque, nella discrezionalità della Commissione la decisione di far pendere l'ago della bilancia verso uno di questi due estremi, nella ricerca di un equilibrio non predeterminato a livello legislativo. Orbene, dall'analisi del *case-law* della CCI emerge come tale asticella sia stata orientata in maniera piuttosto decisa nella direzione della protezione dell'accesso al mercato come valore in sé, giungendo ad identificare tale profilo con l'obiettivo principale della legislazione di settore.

Come si è visto, infatti, in materia di intese presuntivamente illecite, la CCI ha eliminato, almeno per il momento, la possibilità che le imprese possano far valere le giustificazioni di cui alla Sect. 19(3) per sottrarsi all'accertamento dell'illecito. Nel far ciò, la Commissione è giunta persino a richiamare espressamente il concetto di restrizione per l'oggetto che, come detto, risulta estraneo al linguaggio del Competition Act.

Tale *trend* applicativo costituisce, a parere di chi scrive, una conseguenza coerente con l'indirizzo interpretativo che la Commissione ha sviluppato, su un piano più generale, con riferimento al complesso degli elementi di cui alla Sect. 19(3). Invero, in luogo di una valutazione equilibrata che tenesse conto, contemporaneamente, di tutti i criteri valutativi indicati dalla legge, la CCI ha espressamente deciso di attribuire primaria rilevanza ai c.d. elementi negativi elencati dalla Sect. 19, esprimendo un netto *favor* per il valore dell'accesso al mercato rispetto al perseguimento di obiettivi di efficienza. In questa cornice, allora, risulta chiaro che la rigidità manifestata nell'applicazione della presunzione di cui alla Sect. 3(3) costituisce proprio la conseguenza di una retrocessione delle istanze efficientiste rispetto all'obiettivo di

infringement of the freedom of trade and lesser consumer satisfactions of the availability of the drugs decreases".

creare “*a system of undistorted competition which is commensurate to the promotion of the interests of the consumer*”.

Chi scrive non è in grado di indicare con certezza le ragioni che potrebbero aver spinto la Commissione ad incamminarsi verso il percorso applicativo di cui si è dato conto.

Molto probabilmente, l'accentuata dipendenza letterale del C.A. rispetto al sistema normativo europeo costituisce una spiegazione verosimile del massiccio utilizzo delle soluzioni adottate in quest'ultimo.

Allo stesso modo, la circostanza che la Commissione sia un'autorità ancora molto giovane potrebbe aver suggerito alla medesima di consolidare i propri orientamenti – così da offrire al pubblico l'immagine di un *case-law* stabile, coerente e prevedibile – prima di riconoscere maggior spazio alle istanze pro-efficientiste. Del resto, sulla Commissione pesa anche l'eredità dell'insuccesso della Mrtp Commission, risultata di fatto incapace, anche per i limiti posti alla sua azione, di intervenire con autorevolezza sulle condotte della imprese. Ciò, dunque, potrebbe far ritenere che la Commissione abbia la necessità di lanciare un segnale forte che lasci comprendere la differenza tra essa e la precedente Mrtp Commission, anche in termini di capacità sanzionatoria⁴¹¹.

Considerato, poi, quanto già rilevato in ordine alla presenza di alti livelli di concentrazione nel mercato⁴¹², potrebbe anche apparire verosimile che la Commissione abbia preso atto della necessità che, per stimolare guadagni di efficienza che siano tali anche nel lungo termine, è necessario primariamente ristabilire, nei limiti del possibile, il valore dell'accesso al mercato, intorpidito da decenni di dirigismo e controlli amministrativi, così da ricreare un pluralismo competitivo idoneo alla creazione di un ambiente capace di stimolare una *Leistungswettbewerb*.

Tuttavia, le ultime due osservazioni non poggiano, allo stato attuale, su alcuna evidenza conclusiva e, pertanto, la loro resistenza teorica passa necessariamente dall'osservazione delle future linee applicative della Commissione che, al momento,

⁴¹¹ Come si ricorderà, la Mrtp Commission non possedeva alcun potere sanzionatorio, potendo solamente emettere *Cease and Desist Orders* e segnalare al Governo l'opportunità di irrogare sanzioni. Poteri sanzionatori erano riconosciuti solo nell'ipotesi di Restrictive Trade Practice ma, di fatto, questi non vennero mai utilizzati per gli impedimenti descritti *Supra*, Cap. III, § 3.1, lett. B). La Commissione, giusta art. 27, ha il potere di irrogare sanzioni, fino al 10% del fatturato delle imprese – così come delle persone fisiche – coinvolte in un cartello o in un abuso di posizione dominante. Cfr. *Infra*, § 7.

⁴¹² Cfr. *Supra*, nt. 391.

non sembrano prevedibili con i dati a disposizione. Un dato, tuttavia, appare chiaro: la Commissione, preoccupandosi di tutelare l'accesso al mercato ed evitarne l'irrigidimento, sembra rievocare le ricostruzioni strutturaliste che, nell'*antitrust* americano degli anni '60, facevano discendere l'illegalità della condotta dalla circostanza, appunto, che, ad un esame complessivo delle condizioni del mercato, fosse possibile ipotizzare un irrigidimento della sua struttura, così come oggetto di particolare attenzione erano le dimensioni delle imprese⁴¹³. A conclusioni non diverse, poi, spinge l'accento posto dalla CCI sulla libertà di accesso e sulla "freedom of trade", le quali sembrano richiamare alla memoria l'importanza che, nella concezione strutturalista, assumeva la creazione di barriere all'ingresso⁴¹⁴.

La migliore comprensione di quanto sin qui accennato, tuttavia, richiede di procedere oltre con l'esame delle disposizioni in materia di abuso di posizione dominante, rispetto alle quali la Commissione parrebbe aver sviluppato un approccio che sembra precludere ogni tentativo delle imprese di invocare *efficiency-based defenses*, rinforzando l'impressione in ordine alla coloritura strutturalista che, sin qui, si è ritenuto di leggere negli *orders* della Commissione in materia di intese.

4.1. La Section 4: l'abuso di posizione dominante nel C.A.

La disposizione di cui alla Sect. 4 del C.A. si occupa, come anticipato, dell'abuso di posizione dominante (nel prosieguo, a.p.d.). Ricorrendo alla medesima tecnica normativa già sperimentata con le Sect.s 3 e 19(3), il Legislatore affida al combinato

⁴¹³ Com'è noto, la visione strutturalista della concorrenza invocava, nel solco della nozione di "effective competition", forme di protezione del mercato tendenti a preservarne la struttura da indebiti irrigidimenti. In particolare, secondo tale prospettiva, la politica antitrust avrebbe dovuto favorire il più possibile l'esistenza e la permanenza di strutture di mercato caratterizzate da un elevato numero di attori, ostacolando le pratiche di monopolizzazione e la creazione di barriere all'entrata. Nel perseguimento di tale obiettivo, si faceva largo uso della regola "*per se*" (che, in materia di intese, colpivano appunto le ipotesi di price fixing, RPM e output restrictions). In questo senso, quanto rilevato *supra* in merito all'importanza attribuita alla grandezza di DFL per l'esito della decisione, così come la virata verso un approccio oggettivista costituisce senz'altro una prima conferma in merito alle tendenze strutturaliste dell'antitrust indiano. Per maggiori dettagli, cfr. E. ELHAUGE, *Harvard, Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent Supreme Court Decisions*, in *Competition Policy International*, Vol. 3, n. 2, 2007.

⁴¹⁴ Sulla nozione di barriera all'ingresso è stata costruita una delle principali differenze tra Harvard e Chicago School, posto che la prima, a differenza della seconda, seguiva una nozione particolarmente ampia di barriera all'ingresso tesa a ricomprendere tutto ciò che potesse garantire ad un'impresa il potere di ottenere margini sovracompetitivi (economie di scala, ad esempio). Cfr., sul punto, H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice*, cit., p. 40.

disposto delle Sect.s 4 e 19(4) il quadro analitico di cui la Commissione deve avvalersi per accertare la ricorrenza di un abuso.

Prima di dare conto dei contorni della riferita nozione, pare utile evidenziare un aspetto che vale, in modo non secondario, a differenziare il diritto antitrust indiano rispetto a quello europeo e che è particolarmente visibile nella regolamentazione dell'a.p.d.

Com'è noto, il diritto della concorrenza dell'Unione Europea si fonda, essenzialmente, sui tre principali articoli del Tfeue, letti in combinato con l'art. 3 Tue e con il protocollo 27 al medesimo trattato. Per il resto, la maggior parte delle soluzioni che lo contraddistinguono trovano solo marginale cittadinanza nei testi normativi, essendo per lo più il frutto dell'opera di aggiornamento della giurisprudenza che, progressivamente, ha forgiato le categorie di cui oggi si compone l'*aquis* comunitario in *subiecta materia*, poi sistematizzato e razionalizzato, a fini essenzialmente conoscitivi, dalle diverse *guidelines* della Commissione Europea⁴¹⁵. Queste ultime, com'è altresì noto, non costituiscono diritto in senso proprio, bensì appartengono alla categoria del *soft law*, la cui osservanza, pur essendo in un certo qual modo sostenuta dal principio della tutela dell'affidamento, rimane nella discrezionalità della Commissione, la quale può discostarsi da quanto in esse stabilito fornendo idonea motivazione⁴¹⁶.

⁴¹⁵ Un settore dove la natura della *Guidelines* ha avuto modo di essere chiarita dalla giurisprudenza dell'Unione è quello relativo alle sanzioni da irrogare per l'ipotesi di violazione della disciplina antitrust, rispetto alle quali la Commissione ha, nel corso del tempo, adottato diverse Comunicazioni volte a perfezionare il metodo di calcolo da seguire per la loro quantificazione (da ultimo, v. Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, in G.U.U.E. C 210/2 del 1° settembre 2006). A tal proposito, si v. la nota sentenza della Corte di Giustizia UE (Grande Camera), 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri A/S e a. vs. Commissione*, in Cause Riunite C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P and C-213/02 P, in Racc. 2005, p. I-05425. In essa, ai punti 211-213, si legge: “*In adopting such rules of conduct and announcing by publishing them that they will henceforth apply to the cases to which they relate, the institution in question imposes a limit on the exercise of its discretion and cannot depart from those rules under pain of being found, where appropriate, to be in breach of the general principles of law, such as equal treatment or the protection of legitimate expectations. It cannot therefore be precluded that, on certain conditions and depending on their content, such rules of conduct, which are of general application, may produce legal effects. [...] the method which the Commission has bound itself to use in assessing the fines imposed by the decision and, consequently, ensure legal certainty on the part of the undertakings*”.

⁴¹⁶ *Ib.*, punto 209: “*although those measures may not be regarded as rules of law which the administration is always bound to observe, they nevertheless form rules of practice from which the administration may not depart in an individual case without giving reasons that are compatible with the principle of equal treatment*”.

Il diritto della concorrenza indiano, invece, si basa per la gran parte sulla recezione delle soluzioni approntate dalla giurisprudenza europea e sulla loro trasposizione in un testo normativo che, in quanto legge dell'ordinamento, è dotato di una minore attitudine all'innovazione, la quale rientra tra le prerogative del legislatore. Quanto osservato è riscontrabile esaminando le disposizioni in materia di abuso di posizione dominante, dove l'innovazione ermeneutica garantita, in Europa, dalla giurisprudenza sembra incontrare diversi ostacoli nell'ambito della prassi indiana.

Orbene, da un punto di vista generale, potremmo definire la Sect. 4 una sorta di art. 102 Tfeue "in versione consolidata", combinando al proprio interno la struttura di quest'ultimo con i principali *dicta* giurisprudenziali della Corte di Giustizia UE. Quanto detto, infatti, risulta subito chiaro alla lettura della nozione di posizione dominante, definita come "*a position of strength, enjoyed by an enterprise, in the relevant market, in Indian, which enables it to operate independently of competitive forces prevailing in the relevant market or affects its competitors or consumers or the relevant market in its favour*". La dipendenza terminologica di tale norma rispetto alla celebre sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Hoffmann-La Roche* non sembra discutibile⁴¹⁷.

Così come l'art. 102 Tfeue, la Sect. 4 indica una serie di pratiche che, nella visione del legislatore, possono dar vita ad un a.p.d.⁴¹⁸, individuando anche condotte non

⁴¹⁷ Cfr. Corte di Giustizia, 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche vs. Commissione*, in C-85/76, in Racc. 1979, p. 461. In essa, invero, si legge: "*The dominant position referred to in article 86 of the treaty relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of the consumers. such a position does not preclude some competition, which it does where there is a monopoly or a quasimonopoly, but enables the undertaking which profits by it, if not to determine, at least to have an appreciable influence on the conditions under which that competition will develop, and in any case to act largely in disregard of it so long as such conduct does not operate to its detriment*".

⁴¹⁸ Così, in particolare, recita la disposizione di cui alla Sect. 4 del C.A.:

"[(1) No enterprise or group shall abuse its dominant position.] (2) There shall be an abuse of dominant position 4 [under sub-section (1), if an enterprise or a group]:

(a) directly or indirectly, imposes unfair or discriminatory

(i) condition in purchase or sale of goods or service; or

(ii) price in purchase or sale (including predatory price) of goods or service.

Explanation.— For the purposes of this clause, the unfair or discriminatory condition in purchase or sale of goods or service referred to in sub-clause (i) and unfair or discriminatory price in purchase or sale of goods (including predatory price) or service referred to in sub-clause (ii) shall not include such discriminatory condition or price which may be adopted to meet the competition; or

(b) limits or restricts

(i) production of goods or provision of services or market there for or

espressamente indicate dalla lettera dell'art. 102 Tfu, ma che nondimeno sono state enucleate dall'elaborazione giurisprudenziale, come il *predatory pricing*.

Orbene, come sottolineato nei lavori preparatori che hanno accompagnato l'approvazione del C.A.⁴¹⁹, la Sect. 4, analogamente all'omologo europeo, è destinata a venire in rilievo non già qualora un'impresa si trovi in posizione dominante, bensì nel momento in cui essa abusi di tale posizione, a fini di sfruttamento quanto di esclusione. Tale precisazione, cui il giurista europeo è abituato, costituisce uno *statement* abbastanza innovativo per l'ordinamento indiano, ove si rammenti l'eccessiva attenzione che la precedente legislazione poneva sulla grandezza dell'impresa la quale, raggiunte determinate soglie dimensionali, finiva per essere attratta sotto la lente delle autorità di settore e, principalmente, del Governo⁴²⁰.

Al contrario, la Sect. 19(4) indica gli elementi – ben tredici – di cui la CCI deve, alternativamente o congiuntivamente, tenere conto per l'accertamento di una posizione di dominanza in capo ad un'impresa. Il riferimento ad “una singola impresa” non è casuale ma, piuttosto, offre un chiaro esempio di quanto osservato in apertura in merito all'incapacità del C.A. di beneficiare dell'opera di aggiornamento della CCI. Invero, il C.A., nella sua formulazione attuale, si occupa solo della dominanza individuale, non prevedendo espressamente la fattispecie della dominanza collettiva⁴²¹, con la

(ii) *technical or scientific development relating to goods or services to the prejudice of consumers; (c) indulges in practice or practices resulting in denial of market access [in any manner]; or (d) makes conclusion of contracts subject to acceptance by other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts; or*

(e) *uses its dominant position in one relevant market to enter into, or protect, other relevant market. Explanation.—For the purposes of this section, the expression— (a) “dominant position” means a position of strength, enjoyed by an enterprise, in the relevant market, in India, which enables it to— (i) operate independently of competitive forces prevailing in the relevant market; or (ii) affect its competitors or consumers or the relevant market in its favour. (b) “predatory price” means the sale of goods or provision of services, at a price which is below the cost, as may be determined by regulations, of production of the goods or provision of services, with a view to reduce competition or eliminate the competitors”.*

⁴¹⁹ Cfr. Parliament of India - Parliamentary Standing Committee on Home Affairs, Ninety-Third Report on The Competition Bill, cit., *supra* nt. 55, p. 14.

⁴²⁰ Cfr. *Supra*, Cap. III, § 3.1.

⁴²¹ Non deve trarre in inganno, infatti, la circostanza che la Sec. 4 disponga che “*no enterprise or group shall abuse its dominant position*”. La nozione di gruppo – che, teoricamente, potrebbe essere semanticamente estesa ai nostri fini – è in realtà vincolata ad un preciso significato, tale essendo l'indicazione che la posizione dominante potrebbe essere accertata anche in capo ad una serie di imprese appartenenti allo stesso gruppo societario (cfr. il richiamo che la Sect. 4 opera in favore della Sect. 5 che,

conseguenza che, per tale ragione, la CCI ha sempre dichiarato di non poter procedere al suo accertamento⁴²².

Orbene, ritornando ai criteri indicati dalla Sect. 19(4)⁴²³, essi sembrano incorporare la maggior parte degli indici valutativi che, nel corso del tempo, sono stati utilizzati dalla Commissione Europea per pervenire all'accertamento in discorso, salvo due soli parametri che appaiono disegnati sulle caratteristiche della situazione economica indiana: la considerazione che la forza dell'impresa derivi dall'essere o essere stata monopolista pubblico e la circostanza che l'impresa goda di un "*relative advantage, by*

appunto, si occupa della nozione di controllo societario). In altri termini, viene meno una delle caratteristiche della posizione dominante collettiva come accertata a seguito della c.d. giurisprudenza Vetro Piano, cioè la formale indipendenza delle imprese coinvolte che, in ragione delle interessenze economiche tra di loro intercorrenti, si comportano in fatto come un'unica entità. Cfr. per maggiori dettagli, Tribunale di primo grado, 10 marzo 1992, *Societa Italiana Vetro S.p.a. vs. Commissione*, in Cause riunite t-68/89, t-77/89 e t-78/89, in Racc. 1992, p. II-1403. Si veda, per maggiori dettagli, I. KOKKORIS, *The Development of the Concept of Collective Dominance in ECMR. From its Inception to its Current Status*, in *World Competition Law and Economic Review*, Vol. 30, Issue 3, p. 419.

⁴²² Si vedano, ad esempio, CCI, Order n. 49/2012, *N. SanjeevaRao vs. Andhra Pradesh Hire Purchase Association*, del t febbraio 2013, dove la CCI osserva: "*As regards abuse of dominance, i.e. contravention of the provision of Sect. 4 of the Act, the Commission finds that there was no concept of collective dominance in the Act, which is the case of informant [...]. It is not even alleged that any of the Ops was individually dominant in the relevant market*". Allo stesso modo, si v. CCI, Order n. 24/2011, *Shri Sonam Sharma vs Apple Inc. USA & Ors.*, del 19 marzo 2013, nonché Order n. 38/2011, *Indian Sugar Mills Association vs. Indian Jute Mills Association*, del 3 novembre 2014. Per maggiori dettagli si rinvia a R. SAPAHIA, G.D. PRASAD, *A Bill for induction of "collective dominance" to section 4 of India's Competition Act: progress with caution*, in *European Law Review*, Issue 8, 2015, p. 339 e ss.; D. KHAN, *Collective Dominance: acceptance, approach and application for India*, in *European Law Review*, Issue 7, 2015, p. 310 e ss.

⁴²³ Così dispone la Sect. 4 del C.A.: "*The Commission shall, while inquiring whether an enterprise enjoys a dominant position or not under section 4, have due regard to all or any of the following factors, namely: (a) market share of the enterprise; (b) size and resources of the enterprise; (c) size and importance of the competitors; (d) economic power of the enterprise including commercial advantages over competitors; (e) vertical integration of the enterprises or sale or service network of such enterprises; (f) dependence of consumers on the enterprise; (g) monopoly or dominant position whether acquired as a result of any statute or by virtue of being a Government company or a public sector undertaking or otherwise; (h) entry barriers including barriers such as regulatory barriers, financial risk, high capital cost of entry, marketing entry barriers, technical entry barriers, economies of scale, high cost of substitutable goods or service for consumers; (i) countervailing buying power; (j) market structure and size of market; (k) social obligations and social costs; (l) relative advantage, by way of the contribution to the economic development, by the enterprise enjoying a dominant position having or likely to have an appreciable adverse effect on competition; (m) any other factor which the Commission may consider relevant for the inquiry*".

way of the contribution to the economic development, having or likely to have an appreciable adverse effect on competition”⁴²⁴.

Ciò che, tuttavia, colpisce maggiormente⁴²⁵ è l’assenza, nel corpo della Sect. 4, di qualsiasi riferimento esplicito agli effetti economici della condotta abusiva, con l’esclusione della fattispecie del *predatory pricing*, per la quale si chiede l’accertamento dell’intento dell’impresa di “*reduce competition or eliminate the competitors*”⁴²⁶. Sul punto, tuttavia, è necessario richiamare brevemente lo stato dell’arte in Europa.

In ambito europeo, invero, l’approccio della Commissione in materia di a.p.d. ha subito una sensibile evoluzione applicativa che, da una fase caratterizzata da un accentuato formalismo⁴²⁷, è giunto, mediante la svolta *effect-based* di cui alle Linee Guida del 2008⁴²⁸, ad un’interpretazione dell’art. 102 Tfuè ispirata dall’obiettivo di cogliere l’illiceità di una condotta nel grado di *foreclosure* che essa è idonea a determinare, coerentemente riconoscendo all’impresa dominante la possibilità giustificare il proprio comportamento attraverso un *efficiency defence test* modellato sul disposto dell’art. 101(3) Tfuè⁴²⁹.

È, dunque, successivamente al 2008 che l’*enforcement* dell’art. 102 Tfuè ha cominciato a tenere in considerazione gli effetti delle pratiche abusive. Tale dato temporale, dunque, è in sé idoneo a spiegare come mai il C.A., di fatto entrato in vigore

⁴²⁴ Allo stato attuale, probabilmente in ragione dell’approccio fortemente form-based sviluppato dalla CCI (sul quale, v. *Infra*, § 4.2), la CCI non ha ancora fatto ricorso espressamente a tale parametro, sul quale dunque manca qualsiasi contributo definitorio.

⁴²⁵ A. BHATTACHARJEA, *India’s new competition Law: A comparative Assessment*, in *Journal of Competition Law & Economics*, Issue 4(3), 2006, p. 630.

⁴²⁶ Cfr. C.A., § 4, *Subsect.* 2(e)(b).

⁴²⁷ La stagione dell’applicazione formalistica dell’art. 102 Tfuè ha dato vita ad una corposa prassi che, per ovvie ragioni, qui risulta complesso riassumere. Basti qui citare Tribunale dell’Unione Europea, 30 settembre 2003, *Michelin vs. Commissione*, in causa T-203/01, in Racc. 2001, p. II-4071: “*Ai fini dell’applicazione dell’art. 82 CE, la prova in merito all’oggetto e quella relativa all’effetto anticoncorrenziale si confondono. Infatti, se si dimostra che lo scopo perseguito dal comportamento di un’impresa in posizione dominante è di restringere la concorrenza, detto comportamento potrà anche avere detto effetto*”. Cfr. per maggiori dettagli, C. AHLBORN, C. GRAVE, *Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective*, in *Competition Policy International*, Vol. 2, n. 2, 2006, p. 12; H. SCHWEITZER, *The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS, *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Hart Publishing, 2008, Oxford.

⁴²⁸ Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell’applicazione dell’articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all’esclusione dei concorrenti*, in G.U.U.E. C 45, 24 febbraio 2009.

⁴²⁹ R. O’DONOGHUE, J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFUE*, 2nd Ed., Hart Publishing, 2013, Oxford, p. 269.

nel 2003, dimostri scarsa attenzione per il profilo relativo agli effetti delle condotte abusive.

Volgendo, tuttavia, lo sguardo alla prassi applicativa della CCI, quest'ultima, come si vedrà, non appare mossa dall'obiettivo di potenziare le previsioni della Sect. 4 facendo riferimento alle evoluzioni europee sul punto. Situazione che, a parere di chi scrive, merita di essere analizzata più a fondo, non risultando sufficiente (o, almeno, non totalmente sufficiente) basarsi sull'antiorità del C.A. rispetto alla Comunicazione della Commissione Europea sull'applicazione dell'art. 102 Tfu, la quale, come detto, è utile a giustificare l'assenza, *nel testo dell'atto*, di tale riferimento. Del resto, come messo in luce dalla trattazione condotta in materia di intese orizzontali, la CCI non sembra aver esitato ad adottare la categoria della restrittività per oggetto – di certo non presente nel testo del C.A. – o ad aver fatto applicazione delle linee guida della Commissione Europea sulle restrizioni verticali che, com'è noto, risalgono al 2010.

Passiamo, dunque, ad esaminare la prassi della CCI in *subjecta materia*.

4.2. La Section 4: l'abuso di posizione dominante nella prassi della CCI e del Compat.

Uno dei primi *orders* in cui la CCI si è occupata di a.p.d. ha riguardato la condotta di DFL, una delle principali imprese attive nel mercato del *real estate* indiano. In realtà, la decisione in discorso costituisce la prima di una serie piuttosto corposa di condanne che la CCI ha inflitto a DFL⁴³⁰ e che, ad un esame rigoroso, sembrano *prima facie* non implicare alcuna questione concernente il diritto della concorrenza.

Invero, la fattispecie, comune a tutte le riferite decisioni, riguardava la condotta di DFL che, dopo aver venduto in pianta diversi appartamenti, aveva, da un lato, ritardato la consegna dei medesimi rispetto alla data indicata in contratto e, dall'altro, si era riservata, mediante una serie di clausole contrattuali, il diritto di recedere senza alcuna penalità, così come quello di non restituire il prezzo pagato in anticipo dall'acquirente nell'ipotesi in cui questo avesse deciso di rivolgersi ad altri operatori. Dinnanzi all'informativa in discorso, la CCI condannava DFL, ritenendo che la stessa avesse abusato della propria posizione dominante mediante l'imposizione di condizioni ingiuste e discriminatorie nella vendita del bene, *ex Sect. 4(2)(a) C.A.*

⁴³⁰ Cfr. CCI, Orders nn. 13/ 2010, 18/2010, 21/2010, 67/2010, 55/2012, 46/2012,

Ciò che, tuttavia, lascia disorientati è il ragionamento condotto dalla CCI per giustificare tale condanna. In particolare, essa richiama il celebre caso statunitense Kodak⁴³¹ per osservare come, una volta che il consumatore acquisti un determinato bene, esso risulti “locked-in” ed esposto all’abuso del venditore che, facendo leva sull’elevato prezzo del bene primario, sia in grado di sfruttare la dipendenza dell’acquirente praticando prezzi elevati per i beni venduti nel c.d. *after market*. Il problema, tuttavia, è che nel caso scrutinato dalla CCI non c’è alcun *after-market*, posto che l’asserito abuso riguarda la relazione contrattuale, unica, tra impresa e acquirente. In altri termini, la fattispecie ha ad oggetto una mera vicenda contrattuale⁴³², assimilabile alle nostre pratiche commerciali scorrette le quali, peraltro, trovano adeguata protezione nell’ordinamento indiano attraverso il *Consumer Protection Act* del 1986.

Perché, allora, spendere tempo su un caso che potrebbe essere blandamente liquidato come un semplice “*bad understanding*” delle regole che governano l’a.p.d.?

Le ragioni sono, invero, diverse.

In primo luogo, esso costituisce un’evidente testimonianza dell’influenza che la vecchia legislazione continua ad esercitare nel presente dell’ordinamento indiano. Come si ricorderà⁴³³, infatti, una discutibile interpretazione della sec. 2, lett. o) del Mrtp Act – segnatamente dell’inciso che recita: “*manipulation of prices, or condition of delivery...in such a manner as to impose on the consumer unjustified cost or restriction*” – aveva aperto le porte della Commissione alla ricezione di mere “lamentele” avanzate

⁴³¹ Supreme Court of United States, *Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992). Com’è noto, la fattispecie riguardava la condotta, poi ritenuta abusiva, di Kodak nel mercato secondario dei pezzi di ricambio delle macchine fotocopiatrici dalla medesima prodotte. Ai fini della condanna, è risultata determinante la circostanza che i consumatori del prodotto primario, anche a causa delle asimmetrie informative, potessero essere sfruttati, mediante l’imposizione di prezzi sovracompetitivi nel mercato secondario, in ragione dell’elevato *switching cost* rappresentato dal prezzo pagato per il bene primario. La posizione dominante, in altri termini, di Kodak era individuata proprio nel mercato secondario. Nota, altresì, è la *dissenting opinion* del giudice Scalia in merito alla correttezza teorica di distinguere il mercato secondario da quello primario (v. Justice Scalia, Justice O’Connor, Justice Thomas, *Eastman Kodak v. Image Technical Servs.* (90-1029), 504 U.S. 451 (1992)). Per maggiori dettagli, v. H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice*, cit., p. 93.

⁴³² Potrebbe, al massimo, ammettersi la qualificazione della fattispecie nell’ambito della classe degli abusi di sfruttamento quali quelli ex art. 102, lett. a), T.fue. Tuttavia, tale dato non risulta allo stato accertabile, posto che la CCI non si cura di stabilire della dominanza di DFL nel mercato del *real estate* – rispetto al quale essa è definita dominante in modo piuttosto sommario, in ragione delle proprie dimensioni, come si vedrà meglio *Infra* nel testo.

⁴³³ Cfr. *Supra*, Cap. III, § 3.

da consumatori insoddisfatti dalle inadeguate prestazioni delle imprese cui si erano rivolti.

In altri termini, come accade nel presente caso, mere violazioni contrattuali.

Sotto altro e ben più rilevante punto di vista, la medesima vicenda testimonia ulteriormente l'esistenza di una *path dependency* dell'ordinamento indiano, nella misura in cui svela come, nella visione degli *enforcers* del C.A., la condanna delle imprese si giustifichi allorché dalle loro dimensioni sia possibile attendersi un peggioramento delle condizioni concorrenziali del mercato, così rinverdendo l'importanza che, nella cornice normativa del vecchio Mrtp Act, assumeva la grandezza delle imprese. Ed invero, in sede di appello, il Compat ha modo di tracciare un singolare rapporto causa-effetto tra il rilevante potere di mercato di DFL, desunto essenzialmente da "*its sheer size and resources*"⁴³⁴, e la capacità di detta impresa di alterare significativamente le condizioni praticate da altri operatori nel mercato⁴³⁵.

È in questo quadro generale – ove le dimensioni dell'impresa continuano ad esercitare notevole peso nelle valutazioni degli *enforcer* – che deve essere scrutinata la prassi degli operatori indiani.

Orbene, l'orientamento, che allo stato attuale risulta – si passi il termine – dominante, vuole che: "*As per scheme of the Competition Act, 2002, once determination of dominance in relevant market is done, then the acts mentioned in Section 4 (2) are to be looked into. In case the enterprises are found to be acting in violations of the acts mentioned in Section (2), the abuse of dominance is established. Here, the actions are to be proved and not that the actions also caused AAEC, since once violations mentioned*

⁴³⁴ Volendo essere rigorosi, anche tale linguaggio suggerisce, in un certo qualmodo, un ritorno al passato. Bisogna, infatti, ricordare come nel Mrtp Act la dominanza non derivava dalle quote di mercato detenute dall'impresa, bensì dal valore dei suoi assets. La circostanza, allora, che il Compat abbia fatto riferimento a "size and resources" potrebbe, senz'altro, essere letta da questo punto di vista. Per maggiori dettagli, Cfr. *Supra*, Cap. III, § 3.1.

⁴³⁵ Si veda, anche, Compat, Appeals nn. 20, 22, 19, 23, 12, 20/2011 e 8, 9, 11, 29/2013, *DFL Limited vs. Competition Commission of India*, 19 maggio 2014. L'inciso descritto nel testo così recita: "*it is due to its sheer size and resources, market share and economic advantage over its competitors that OP-1 is not sufficiently constrained by other players operating on the market and has got a significant position of strength. [...] As a dominant player in the market, it has a special duty to be within the four corners of law. [...] We also cannot ignore the fact that the DLF was a market leader and it was stressed before us by the counsel appearing for the allottees that the other real estate company have also adopted almost the same language in the agreements, which is used by the Appellant with their allottees*".

*in Section 4 are established, the abuse is also established not requiring further determination of AAEC in the market*⁴³⁶.

L'inciso appena riportato presenta un'importanza, nel diritto indiano, paragonabile a quella acquisita nel diritto europeo dalla massima con cui la giurisprudenza ha definito la nozione di abuso di posizione dominante in *Hoffmann-La Roche*.

In esso, la CCI ha fissato i contorni della propria *Weltanschauung* in tema di a.p.d. alla cui stregua, come si evince, una volta accertata la presenza di una posizione dominante in capo ad un'impresa e la commissione, da parte di questa, di una delle fattispecie indicate dalla Sect. 4 C.A., non v'è alcuno spazio residuo per accogliere argomentazioni a giustificazione della condotta. La ragione addotta, come si legge, sarebbe da individuare nella struttura della norma che, per la sua fattura, appunto, non consentirebbe di valutare utilmente *efficiency-based justifications*.

Nella prassi della CCI, tuttavia, è possibile rinvenire alcune conclusioni argomentative che, pur non suggerite dal C.A., costituiscono una parte sostanziale delle linee applicative elaborate sul punto e che presentano una forte analogia con il bagaglio delle nozioni che hanno, per molti decenni, caratterizzato il c.d. tradizionale approccio seguito in materia dalla Commissione Europea e dalla giurisprudenza dell'Unione. Si fa riferimento a:

a) Nozione di “*stricter responsibility*”: la CCI ha, invero, avuto modo di osservare come “*a much stricter responsibility has been placed on the dominant player because by virtue of the existence of dominant player in the relevant market, the structure of the market is supposed to be already weakened*”⁴³⁷. Così, la Commissione, pur senza richiamarla *expressis verbis*, ha citato una delle più celebri massime della giurisprudenza comunitaria – quella resa in occasione del caso *Tetra Pak*⁴³⁸ – per

⁴³⁶ CCI, Order n. 19/2010, *Belaire Owner's Association vs. DLF Limited*, del 12 agosto 2011. L'inciso riportato nel testo diverrà, nella pratica, una clausola di stile, ripetuto in tutti, o quasi, gli ordini resi in materia di a.p.d.

⁴³⁷ CCI, Order 1/2010, *GKB Hi Tech Lenses Private Limited vs Transitions Optical India Private Limited*, del 16 maggio 2012; Order n. 19/2010, *Belaire Owner's Association vs. DLF Limited*, cit. nt. 436.

⁴³⁸ Cfr. Tribunale dell'Unione Europea, 6 ottobre 1994, *Tetra Pak International SA vs. Commissione*, in Racc. 1994, p. II-00755, punto 114, ove si legge: “*Article 86 of the Treaty must accordingly be interpreted by reference to its object and purpose as they have been described by the Court of Justice, which held [...] that that article imposed on an undertaking in a dominant position, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market, in accordance with the general objective set out in Article 3(f) of the Treaty as it was then worded*”.

sostenere come la mera presenza nel mercato di una impresa in posizione dominante generi un irrigidimento della struttura di questo e, per conseguenza, ponga in capo a detta impresa una “stricter responsibility”, in merito alla quale non può sfuggire il parallelismo con l’analoga nozione di “special responsibility” di cui al medesimo caso Tetra Pak;

b) Irrilevanza degli effetti della condotta: in più di un’occasione, tanto la CCI quanto il Compat hanno avuto modo di sottolineare come, ai fini dell’accertamento di un a.p.d., non è necessario dimostrare la presenza di effetti anticompetitivi, essendo sufficiente la loro mera potenzialità. In particolare, “*We do not have to wait for the actual foreclosure to happen, even if there is any possibility of the competition being affected that is sufficient for the purpose of Section 4(2)*”⁴³⁹. Anche qui, il riferimento al *case-law* comunitario anteriore al 2008 è evidente;

c) *Focus* sugli abusi di sfruttamento: diversi commentatori⁴⁴⁰ hanno osservato come nei primi anni di applicazione dell’art. 82 TCE (l’attuale art. 102 Tfu), la Commissione Europea avesse in larga misura privilegiato il perseguimento di abusi di sfruttamento – in particolare *unfair pricing*, *unfair contractual terms* e *refusals to deal* –, valorizzando considerazioni di equità concernenti la correttezza delle relazioni commerciali. A tale tendenza, evidentemente collegata alla nozione di speciale responsabilità, non sembra

⁴³⁹ CCI, Order 61/2010, *Sh. Surinder Singh Barmi vs Board for Control of Cricket in India (BCCI)*, 8 febbraio 2013; Order 1/2010, *GKB Hi Tech Lenses Private Limited vs Transitions Optical India Private Limited*, cit. nt. 437; 13/2009, *MCX Stock Exchange Ltd. & Ors. vs National Stock Exchange of India Ltd. & Ors*, 23 maggio 2011; Order 8/2009, *M/s JAK Communications Pvt. Ltd. Chennai vs M/s Sun Direct TV (P) Ltd.*, 20 agosto 2011.

⁴⁴⁰ V. KORAH, *An introductory guide to EC competition law*, Hart Publishers, 2007, Londra, p. 135; P. FATTORI, P. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, il Mulino, 2010, Bologna, p. 166; A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, cit., p. 382; R. O’DONOGHUE, J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFUE*, cit., p. 239. Le osservazioni della dottrina citata si basano essenzialmente sul noto caso *United Brands* (14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione*, Causa 27/76, in Racc. 1978 -0020) il quale, tuttavia, rimane un precedente piuttosto isolato se considerato nel contesto di un panorama giurisprudenziale tendenzialmente più incline – anche per ragioni connessi agli oneri probatori – a perseguire le fattispecie di natura escludente. In questo senso, peraltro, giova sottolineare come la citata Comunicazione del 2009 sull’a.p.d. evidenzia come: “*Anche un comportamento tendente a uno sfruttamento diretto dei consumatori, quale ad esempio l’applicazione di prezzi eccessivamente elevati, [...], può rappresentare una violazione dell’articolo 82. La Commissione può decidere di intervenire in relazione a un comportamento di questo genere, in particolare quando la protezione dei consumatori e il buon funzionamento del mercato interno non possono essere adeguatamente garantiti in altro modo. Onde fornire orientamenti sulle priorità in materia di attuazione coercitiva delle norme, in questa fase la Commissione si limita all’esame del comportamento di esclusione e, in particolare, di determinati comportamenti specifici di esclusione che, in base alla sua esperienza, sembrano essere più comuni*”.

sottrarsi la prassi della CCI e del Compat, ove si consideri che, in materia di abusi, la maggior parte delle condanne inflitte è conseguenza dell'accertamento di *excessive pricing* o *refuse to deal*⁴⁴¹. Tuttavia, al di là del dato numerico, colpisce il frequente ricorso a valutazioni motivate da ragioni di correttezza, che lasciano trasparire una certa preoccupazione in ordine all'equilibrio tra le parti del regolamento contrattuale⁴⁴², così come alla ragionevolezza dei prezzi⁴⁴³, soprattutto in settori sensibili come quello della vendita dei medicinali⁴⁴⁴ in un paese caratterizzato da elevati livelli di povertà.

La CCI, dunque, ha preso in considerazione esclusivamente la prassi elaborata in Europa anteriormente al 2008, anno in cui, come si è detto, la Commissione ha adottato le nuove linee guida sull'applicazione dell'art. 102 Tfeue. Il risultato è quello di un "approccio per se" all'a.p.d., analogo a quello seguito dalla – e aspramente criticato alla – Commissione Europea⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ Si vedano, in particolare, gli *orders* nn. 13/2013 (*M/s Three D Integrated Solutions Ltd. vs M/s VeriFone India Sales Pvt. Ltd.*, del 10 aprile 2015); 56/2012 (*M/s Atos Worldline India Pvt. Ltd. vs M/s Verifone India Sales Pvt. Ltd. and Ors.*, del 10 aprile 2015); 8/2014 (*M/s GHCL Limited vs M/s Coal India Limited & Ors.*, del 16 febbraio 2015), 88/2013 (*M/s Sai Wardha Power Company Ltd. vs M/s Western Coalfields Ltd. & Ors.*, del 27 ottobre 2014), 40/2011 (*HT Media Limited & M/s Super Cassettes Industries Limited*, dell'1 ottobre 2014), 5-7/2013 (*Madhya Pradesh Power Generating Company Limited vs M/s South Eastern Coalfields Ltd.*, del 15 aprile 2014), 36/2011 (*M/s Kansan News Pvt. Ltd. vs M/s Fastway Transmission Pvt. Ltd. & Ors.*, del 3 luglio 2012).

⁴⁴² Commentando la condotta di DFL, nel caso citato in nt. 142, il Compat ha osservato: "*This certainly was not a fight between the equals. We are also not unmindful of the fact that any individual howsoever rich he may be, after investing crores of rupees, could not have quit the scheme, in view of the fact that he had become a trapped customer. The order of CCI as well as this judgment is expected to go a long way to ameliorate all the conditions of the customers. Competition law must be read in the light of the philosophy of the Constitution of India, which has concern for the consumers. If the consumer is exploited by a mighty builder, then such mighty builder cannot claim soft attitude from the State*".

⁴⁴³ CCI, Order 61/2012, *Indian Foundation of Transport Research and Training vs. All India Motor Transport Congress*, 16 febbraio 2015: "*The Commission is also conscious of the fact that any unfair and anti-competitive increase in price of freight rates has a cascading and inflationary impact upon the goods and services consumed by common man. Thus, the Commission deems infraction of competition law with much more seriousness in respect of such conduct which ultimately impacts the common man besides distorting the competitive process in the market*".

⁴⁴⁴ CCI, Order 20/2011, *M/s Santuka Associates Pvt. Ltd. vs All India Organization of Chemists and Druggists and Ors.*, 19 febbraio 2013; Order C-127/2009, *Varca Druggist vs. Chemists & Druggists Association*, 11 giugno 2012; Order C-87/2009, *Vedant Bio Sciences vs Chemists & Druggists Association of Baroda*, 5 settembre 2012: "*Association must be looked upon very seriously and such Associations must be administered bitter pill of heavy penalty to ensure that the medicines are available to the common man at reasonable price and to ensure that a healthy competition is there among them*".

⁴⁴⁵ Per una ricostruzione di tali tendenze, spiegate alla luce dell'influenza ordoliberalista sul tessuto normativo del diritto europeo della concorrenza, si v. C. AHLBORN, C. GRAVE, *Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective*, cit., *supra* nt. 27.

La domanda, a questo punto, concerne le ragioni di tale scelta, posto che in altri comparti della disciplina *antitrust* indiana – i.e. intese – questo *self-restrain* non è individuabile.

A tal proposito, una spiegazione sembra emergere da uno dei primi *orders* che la CCI ha reso in materia⁴⁴⁶. In particolare, occupandosi di una fattispecie di *leverage*, la CCI, dopo aver ripetuto come nello schema del C.A. non vi è spazio per una *efficiency defense* nell'ambito dell'a.p.d.⁴⁴⁷, conduce due osservazioni.

In primo luogo, richiama esplicitamente il Mrtp Act, osservando come “*It will not be out of context to mention that even under MRTP Act the monopolistic trade practice was deemed per se violation of public interest*”.

In secondo luogo, la CCI offre una propria personale giustificazione circa l'assenza di una *efficiency-defence* nel corpo della Sect. 4, osservando come “*If the legislature in its wisdom has not provided for such legal requirement, it cannot be read into the provision of the Act citing the concepts developed in other jurisdictions, where legal structure and economic scenario may not be exactly same as in India. [...] In the Indian context, Competition regime is a very new tool for regulating market forces. Due to historical developments, several enterprises have been incumbent and entrenched in trade and commerce in India without any regulations to keep their anti-competitive conducts in check. This position is in sharp contrast with that in some mature jurisdictions like the US or EU where competition laws have been in force for a century. [...] This is so because competition concerns are much higher in India than in more mature jurisdictions because of the historical lack of competition laws*”.

Dagli incisi appena citati emerge, essenzialmente, come la giustificazione di un approccio insensibile alle considerazioni di natura economica sia individuata dalla CCI in aspetti connessi al passato, giuridico ed economico, dell'India. In primo luogo, invero, richiamando le previsioni del Mrtp Act, per il quale le dimensioni dell'impresa erano elemento sufficiente per innescare il controllo amministrativo, la CCI sembrerebbe voler illustrare il proprio approccio attuale alla luce della precedente

⁴⁴⁶ CCI, Order 13/2009, *MCX Stock Exchange Ltd. vs. National Stock Exchange of India Ltd.*, 23 giugno 2011.

⁴⁴⁷ Così al punto 25.1 della decisione: “*Section 4 of the Act, unlike section 3 does not require evaluation of appreciable adverse effect on competition (AAEC) or evaluation of the factors mentioned in section 19(3), which include “accrual of benefits to consumers”*”

tradizione legislativa, così rinforzando quanto osservato in merito all'esistenza di una presunta *path dependency* nell'applicazione del C.A.

In secondo luogo, la CCI individua nelle particolarità del contesto indiano – nel quale, “*due to historical developments*”, diverse imprese hanno potuto godere di situazioni di privilegio – la necessità di adottare un approccio particolarmente rigido come quello illustrato. In questo senso, l'analisi condotta nel corso del capitolo III in merito alle condizioni economiche e politiche dell'India pre e post indipendenza consente di comprendere immediatamente quali fossero tali “*historical developments*” cui la CCI fa riferimento e che, come si è detto, spiegano gli alti livelli di concentrazione che, fino ad oggi, caratterizzano l'economia indiana. In questo senso, non costituisce un caso che tra i principali destinatari dei provvedimenti della CCI figurino imprese attuali o *ex-monopoliste*, molte delle quali in mano pubblica⁴⁴⁸.

5. Le Sects. 3 e 4 del C.A.: considerazioni sulla prassi della CCI alla luce della complessiva analisi.

Al termine di questo itinerario attraverso i principali provvedimenti della CCI e del Compat, sembra opportuno condurre alcune considerazioni riepilogative in ordine all'applicazione delle Sect.s 3 e 4 del C.A.

Partendo dalla disposizione in materia di intese, si è visto come l'approccio interpretativo seguito, con grande coerenza, dalla CCI ha prodotto una modulazione degli obiettivi cristallizzati dal Legislatore nella Sect. 3, privilegiando la garanzia dell'accesso al mercato rispetto al perseguimento di guadagni di efficienza.

In questa attività ermeneutica, la Commissione ha interpretato e, in alcuni casi, integrato le Sect.s 3 e 19(3) del C.A. attraverso un ampio ricorso ai precedenti e alle

⁴⁴⁸ Con riferimento all'abuso di posizione dominante, Cfr. CCI, Order 8/2014, *M/s GHCL Limited vs M/s Coal India Limited & Ors.*, 16 febbraio 2015; Order 88/2013, *M/s Sai Wardha Power Company Ltd. vs M/s Western Coalfields Ltd. & Ors.*, 27 ottobre 2014; Orders 5,7, 37 e 44/2013, nonché nn. 3, 11 e 59/2012, *M/s Coal India limited & Ors.*; Order 74/2012, *Indian Exhibition Industry Association vs Ministry of Commerce & Industry & Indian Trade Promotion Organization*, del 3 aprile 2014; Order 61/2010, *Sh. Surinder Singh Barmi vs Board for Control of Cricket in India (BCCI)*, 8 febbraio 2013. Per orders contro imprese pubbliche nell'ambito della disciplina delle intese di vedano CCI, Order in Suo moto case 2/2014, *Cartelization by public sector insurance companies in rigging the bids submitted in response to the tenders floated by the Government of Kerala for selecting insurance service provider for Rashtriya Swasthya Bima Yojna. vs National Insurance Co. Ltd. and Others*, 10 luglio 2015; Order 38/2011, *Indian Sugar Mills Association & Ors. vs Indian Jute Mills Association & Ors.*, del 31 ottobre 2014.

fonti para-normative dell'ordinamento dell'Unione Europea, determinando una convergenza applicativa di non semplice praticabilità stando alla sola lettera del Competition Act. In questo senso, come visto, appare istruttiva la vicenda concernente la nozione di “restrizione per l’oggetto” e il restringimento della portata della *rule of reason*.

Differente, invece, è stato l’approccio della CCI – che il Compat sembra avallare – in materia di a.p.d.

Con riguardo a tale disciplina, la CCI ha adottato un’interpretazione fortemente aderente alla lettera della Sect. 4 C.A., vanificando ogni tentativo delle imprese di far valere giustificazioni della propria condotta basate su ragioni di efficienza. A tal fine, la CCI ha fatto larghissimo uso – implicitamente ed esplicitamente – dell’*aquis* comunitario anteriore al 2008, ignorandone gli sviluppi *economic-based* più recenti. Il risultato applicativo cui è giunta la CCI delinea un’attività di *enforcement* fortemente *form-based*, dalle evidenti note strutturaliste, così come del resto era il *case-law* europeo durante il c.d. orientamento tradizionale all’a.p.d.

La ragione di tale trapianto, che potremmo definire “selettivo”, viene individuata, dalla stessa CCI, nella struttura della norma di cui alla Sects. 4. Tuttavia, l’attività di manipolazione che ha caratterizzato l’applicazione della Sect. 3 ha suggerito di indagare più a fondo con riguardo alla Sect. 4.

Da tale attività di ricerca è emerso – pur nella unicità dell’affermazione della CCI – come la necessità di limitare l’applicazione della Sect. 4 alla sua dimensione oggettiva sembra riconnettersi alla particolare eredità storica, politica ed economica dell’India, a causa della quale “*several enterprises have been incumbent and entrenched in trade and commerce in India without any regulations to keep their anti-competitive conducts in check*”. Da questo punto di vista, l’analisi condotta nel corso del Cap. III costituisce un prezioso strumento per comprendere il significato reale dell’affermazione della CCI.

Dati tali risultati, non si vede la ragione per non estendere tali considerazioni anche alle tendenze applicative sviluppate con riguardo alla Sect. 3. In quella sede, infatti, si sottolineava la carenza di indizi che potessero illustrare le ragioni delle particolari modalità di *enforcement* seguite dalla CCI e, contemporaneamente, si suggeriva che, dati gli alti livelli di concentrazione che tuttora connotano l’economia indiana, fosse verosimile ipotizzare che la CCI avesse preso atto della necessità di ristabilire, nei limiti

del possibile, il valore dell'accesso al mercato, prima di aprire le porte ad una valutazione delle intese che tenesse in conto ragioni di efficienza. Quella ipotesi, dunque, sembra trovare implicita conferma dall'analisi condotta in materia di abuso di posizione dominante.

A questo punto ci si potrebbe chiedere: alla luce di una prassi, comunque, limitata, quale modello di concorrenza, dunque, emerge dal diritto antitrust indiano?

La risposta, come dimostra l'analisi precedente, non è univoca.

Invero, della *law in action* si è appena parlato, sottolineandone la tensione verso un'apertura più ampia possibile del mercato.

Al contrario, il formante legislativo sembra utilizzare tutte le acquisizioni teoriche sviluppate fino al 2003 in ambito europeo per delinare un prodotto normativo dotato di flessibilità e, come tale, in grado di assicurare il perseguimento di obiettivi d'efficienza – essenzialmente, economie di scala, di cui una *developing country* ha bisogno – così come di un'*effective competition* intesa come attenuazione dei livelli di *foreclosure* del mercato. Ciò significa, dunque, che la CCI ha la possibilità, nel futuro, di modificare la propria politica di *enforcement*, rideterminandone il baricentro verso una maggiore considerazione degli effetti economici delle condotte scrutinate.

Orbene, la più recente dottrina che si è occupata del rapporto tra *competition law* e *developing countries* indica il modello europeo come il più equilibrato punto di riferimento per l'introduzione in tali paesi di una legislazione a tutela del mercato. Le ragioni di ciò sono individuate nella circostanza che la nozione di "*effective competition*", che il diritto comunitario ha sviluppato nella sua aspirazione verso la creazione del mercato unico, potrebbe tornare utile nell'ambito delle *developing countries* al fine di garantire l'inclusione nel mercato del più alto numero di operatori economici e, per conseguenza, la partecipazione del maggior numero di soggetti nel circuito delle transazioni economiche, nell'obiettivo di perseguire un disegno di *economic development* sostenibile e aperto. Nel frattempo, la medesima dottrina sottolinea come eventuali scostamenti da tale modello potrebbero essere giustificati dalla necessità di garantire l'aderenza della legislazione alle esigenze specifiche dell'ordinamento in cui essa è introdotta.

Non è dato sapere se i membri della CCI, nel delineare la propria prassi, fossero a conoscenza di tali acquisizioni teoriche. Tuttavia, sembra indubitabile come

l'*enforcement* del diritto antitrust indiano sia diretto verso tali obiettivi, per i motivi che sopra si sono spiegati, i quali, tra l'altro, giustificano l'allontanamento dalla prassi europea in punto di valutazione *effect-based* degli abusi di posizione dominante.

Sotto altro aspetto, anche la legislazione sembra dirigersi verso la stessa direzione, con la differenza di offrire un più ampio spazio per l'ingresso di valutazioni economiche nell'analisi, soprattutto, delle intese, evidentemente tenendo a mente l'importanza che l'acquisizione di economie di scala riveste per un'economia in espansione. Ampio spazio che la CCI, per le ragioni illustrate, non sembra al momento intenzionata a sfruttare.

6. Le Sections 5 e 6: Regulation of Combinations. Premessa.

Da un punto di vista temporale, le §§ 5 e 6 sono entrate in vigore solamente nel giugno del 2011⁴⁴⁹, così sancendo la completa operatività del C.A.

L'effetto principale di tale ritardo – pari a 8 anni, se si considera come data di inizio il momento di conclusione dell'iter legislativo del C.A. – concerne, naturalmente, il numero delle decisioni emesse in materia. Invero, su un numero totale di 71 *applications*, alla data in cui si scrive la CCI ha deciso solamente 19 casi, tutti con esito positivo e, purtroppo, con un apparato motivazionale piuttosto scarso⁴⁵⁰.

Rebus sic stantibus, risulta molto difficile – se non impossibile – isolare delle linee applicative che possano far luce sul modo in cui la CCI intende avvalersi del sistema normativo in materia.

Sotto altro aspetto, il ritardo in discorso sembra costituire una riproposizione, nell'ordinamento indiano, di quello che è stato definito il c.d. *Clayton Act Moment*⁴⁵¹, alludendo al lasso di tempo che, analogamente, è intercorso nell'ordinamento

⁴⁴⁹ Cfr. *Supra*, nt. 295.

⁴⁵⁰ Le procedure di controllo delle concentrazioni si articolano, come si vedrà, in due fasi, a seconda che l'operazione richieda un esame dettagliato o meno. Orbene, le *applications* di cui si discute nel testo sono quelle che la CCI ha sottoposto ad uno scrutinio più penetrante. Per il resto, il numero totale delle notifiche ricevute dalla CCI supera le 200 unità e le decisioni di *clearance* sono del tutto prive di motivazione. Ove si volesse consultare questo corposo set di decisioni, si rinvia all'apposita sezione del sito ufficiale della Commissione, al seguente indirizzo: www.cci.gov.in/combinations.

⁴⁵¹ R. SINGH, *India's Tryst with "the Clayton Act Moment" and Emerging Merger control Jurisprudence – Intersection of Law, Economics and Politics*, in D.D. SOKOL, T.K. CHANG, I. LIANOS, *Competition Law and Development*, Stanford University Press, 2013, Stanford, p. 249.

statunitense tra l'adozione dello *Sherman Act* e quella del *Clayton Act*⁴⁵². Tale riferimento, benché non totalmente corretto, è servito a parte della dottrina per sottolineare, questa volta correttamente, l'intenzione del legislatore indiano di accordare alle imprese un periodo di tempo per poter completare le proprie operazioni di ristrutturazione senza impingere nel controllo della CCI⁴⁵³.

Tale circostanza, invero, trova riscontro nelle fonti ufficiali che hanno accompagnato l'adozione del C.A. e, in particolare, nel report del Raghavan Committee⁴⁵⁴, dove si sottolinea come “*our companies are by and large extremely small and the tempo of mergers and amalgamations has not kept pace with the need for large companies to counter the threat of competition from foreign giants abroad. We therefore need, not only to permit and facilitate mergers and amalgamations, we also need to push companies in this direction*”. Ed effettivamente, dai pochi dati statistici disponibili⁴⁵⁵ risulta come l'ondata di M&A, che ha cominciato ad interessare l'economia indiana a seguito dell'abolizione, nel 1991, del regime di controllo sulla crescita delle imprese, ha raggiunto un picco tra il 2005 e il 2010, in vista, evidentemente, dell'entrata in vigore delle nuove norme in discorso.

Tuttavia, come si vedrà dall'analisi delle disposizioni in materia di concentrazioni, l'entrata in vigore di tale disciplina non sembrerebbe, *pro futuro*, in grado di arrestare tale

⁴⁵² In realtà, negli Stati Uniti, l'adozione “ritardata” del Clayton Act non è stata il prodotto della scelta del legislatore di accordare del tempo alle imprese di riorganizzarsi mediante operazioni di concentrazione, bensì ha rappresentato la reazione, necessariamente successiva, ai tentativi delle imprese di eludere il divieto di *agreements* mediante il ricorso a processi di crescita esterna. Cfr. H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice*, 3rd Ed., Thomson West, 2005, St. Paul, p. 51. In realtà, quello della ritardata adozione di norme in materia di concentrazione è un *pattern* rilevabile anche in Europa, dove il Reg. n. 4064/1989 è stato adottato circa trentadue anni dopo la sottoscrizione del Trattato di Roma, nel quale erano contenute le rimanenti disposizioni antitrust. Come osservato in dottrina (V. MELL, voce «Concentrazioni» [dir. comm.], in *Diritto Online* – Treccani, reperibile al sito: http://www.treccani.it/enciclopedia/concentrazioni-dir-comm_%28Diritto-/) una delle ragioni che ha determinato tale ritardo è da individuare, così come avvenuto in India, nell'intento di lasciare all'industria europea un tempo sufficiente per poter “crescere” e competere con l'omologo d'oltreoceano.

⁴⁵³ *Supra*, nt. 451. Le ragioni addotte dall'A. si rifanno, essenzialmente, a presunte operazioni di pressione dei principali gruppi imprenditoriali indiani sul legislatore, così che l'entrata in vigore delle disposizioni in discorso venisse ritardata. Tale spiegazione – benché non assurda – risulta, tuttavia, non supportata da adeguata indicazione delle fonti e, pertanto, non si ritiene utile includerne i contenuti nella presente analisi. Al contrario, si farà riferimento alle fonti ufficiali esistenti per cercare di addurre qualche giustificazione a sostegno di tale scelta legislativa.

⁴⁵⁴ Report of High Level Committee on Competition Policy – S.V.S. Raghavan, cit, nt. 386, p. 92.

⁴⁵⁵ A. AFSHARIPOUR, *Rising Multinationals: Law and the Evolution of Outbound Acquisition by Indian Companies*, in *University of California Law Review*, Vol. 44, 2011, p. 1029.

trend, ma piuttosto, in aderenza al citato passo del Report, potrebbe sensibilmente stimolarle.

6.1. Le Sections 5 e 6: Regulation of Combinations.

In India, la disciplina delle operazioni di concentrazione è contenuta nelle Sects. 5 e 6 del C.A., così come nelle apposite *Combination Regulations*⁴⁵⁶, adottate dalla CCI per offrire agli operatori una guida pratica per gli adempimenti procedurali connessi alla notifica di future operazioni.

Come avviene nelle principali giurisdizioni antitrust, anche in India le concentrazioni soggette a scrutinio sono esclusivamente quelle che superano le determinate soglie dimensionali indicate dalla Sect. 5 del C.A. e che, per ragioni di natura sistematica, si provvede a schematizzare:

	Base per il calcolo della soglia	Assets			Fatturato	
Operazioni a rilevanza domestica	Singole imprese	1.500 Crores (272.7 mln €)		O	4.500 Crores (818.18 mln €)	
	oppure				Oppure	
	gruppo di imprese	6.000 Crores (1,09 miliardi €)		O	18.000 Crores (3,27 miliardi €)	
Operazioni cross-border		Assets			Fatturato	
		Livello globale	India	o	Livello globale	India
	Singole imprese	750 mln €	136,36 mln €		2.25 mld €	409 mln €

⁴⁵⁶ Cfr. The Competition Commission of India (Procedure in regard to the transaction of business relating to combinations) Regulations, n. 3/2011, dell'11 maggio 2011, disponibili all'indirizzo internet: http://www.cci.gov.in/sites/default/files/regulation_pdf/cjuly2015_0.pdf.

				o		
	gruppo di imprese	3 mld €	136,36 mln €		9 mld €	409 mln €

Come si può vedere dalla tabella, il legislatore indiano suddivide le operazioni rilevanti in due macro-gruppi, a seconda che esse interessino il solo mercato indiano o abbiano una più estesa dimensione. Fatto ciò, esso considera due indici, alternativi tra di loro, per la determinazione del valore della concentrazione, ovvero gli *assets*⁴⁵⁷ o il fatturato delle entità coinvolte (singole imprese o, qualora queste facciano parte di un gruppo, anche il gruppo di appartenenza). Solo per le operazioni *cross-border*, poi, il legislatore richiede che il valore degli *assets* o del fatturato da prendere in considerazione sia tanto quello accertabile a livello globale, quanto quello rilevabile a livello nazionale.

Guardando al valore di tali soglie, queste risultano vertiginosamente elevate – in alcuni casi più delle omologhe europee–, disvelando l’intenzione del legislatore di stimolare le imprese ad effettuare tali operazioni, per conseguenza limitando il controllo della CCI a quelle di primaria grandezza⁴⁵⁸.

Quanto alla procedura, essa presenta alcune somiglianze con quella *ex Reg.* 139/2004. In particolare, si prevede un obbligo di notifica preventiva⁴⁵⁹ alla CCI,

⁴⁵⁷ La Sect. 5(c)(c) prevede che: “*the value of assets shall be determined by taking the book value of the assets as shown, [...], in the financial year immediately preceding the financial year in which the date of proposed merger falls, as reduced by any depreciation, and the value of assets shall include the brand value, value of goodwill, or value of [...] commercial rights, if any*”.

⁴⁵⁸ Parte della dottrina ha osservato come le elevate soglie dimensionali potrebbero essere giustificate alla luce del timore che, data l’inesperienza della CCI, un controllo più rigido potrebbe indebitamente determinare un rallentamento negli affari delle imprese. A parere di chi scrive, tale giustificazione lascia il tempo che trova, nella misura in cui sembra abbastanza singolare che un legislatore non introduca una certa forma di controllo perché non crede nelle capacità dell’organo che si appresta ad istituire. Appare, dunque, più verosimile la spiegazione offerta nel testo. Cfr., per la posizione in commento, A. BHATTACHARJEA, *India’s new competition Law: A comparative Assessment*, cit., p. 634.

⁴⁵⁹ Le *Combination Regulations* prevedono, a tal fine, due tipologie di formulari per l’assolvimento delle operazioni di notifica. Il Form I è il modello standard, mediante il quale si richiede alle parti di indicare, oltre a tutte le informazioni necessarie ad individuare le imprese coinvolte, ogni dettaglio concernente “*any horizontal or vertical overlap between the products/services of the parties*”. Il Form II, più dettagliato, è richiesto allorché le quote di mercato delle parti siano superiori al 15%, nel caso di “horizontal overlap”, o al 25%, nell’ipotesi di “vertical overlap”.

assistito da sanzioni⁴⁶⁰, da assolversi nel termine di 30 giorni dal momento in cui il *board of directors* delle imprese coinvolte approvi la proposta di concentrazione⁴⁶¹.

Dal momento in cui la CCI riceve la notifica, essa dispone di:

- Un termine di 30 giorni per comprendere se, *prima facie*, dalla concentrazione possa derivare un AAEC. In caso negativo, la procedura si chiude⁴⁶²;
- Un termine di 210 giorni – decorrenti dallo spirare del precedente termine – al fine di condurre un’analisi più approfondita in merito all’esistenza o meno di un AAEC⁴⁶³. Durante tale periodo, sulle parti insiste un obbligo di *standstill* sino al completamento del procedimento di valutazione⁴⁶⁴.

Al termine del procedimento, stando alla lettera della Sect. 31 del C.A., la CCI ha la possibilità, oltre che di vietare o approvare l’operazione, di imporre “*suitable modification to such combination*”⁴⁶⁵. Si tratta, dunque, di una sorta di approvazione condizionata che, tuttavia, non precisa il contenuto dei poteri della CCI ma che, secondo la dottrina⁴⁶⁶, sarebbe suscettibile di ricomprendere, data l’ampiezza semantica della norma, tanto rimedi strutturali quanto comportamentali.

La lacunosità normativa, tuttavia, interessa i profili sostanziali della disciplina in materia di concentrazioni, segnatamente la nozione di controllo e, soprattutto, il test di valutazione delle riferite operazioni.

Partendo dalla nozione di controllo, essa è definita nell’atto come il potere di “*controlling the affairs or management by (i) one or more enterprises, either jointly or singly, over another enterprise or group; (ii) one or more groups, either jointly or singly, over another group or enterprise*”⁴⁶⁷. A tal proposito, la dottrina ha osservato come, nel caso in esame, venga in soccorso la nozione di controllo contenuta nel c.d. *Takeover Code*, in virtù del quale “*control includes the right to appoint majority of the*

⁴⁶⁰ Ai sensi della Sect. 43A del C.A.: “*If any person or enterprise who fails to give notice to the Commission under sub-section(2) of section 6, the Commission shall impose on such person or enterprise a penalty which may extend to one percent, of the total turnover or the assets, whichever is higher, of such a combination*”.

⁴⁶¹ Cfr. Sect. 5(b)(i) C.A.

⁴⁶² Cfr. Sect. 29(1) C.A.

⁴⁶³ Cfr. Sect. 6(2A).

⁴⁶⁴ *Ib.*

⁴⁶⁵ Cfr. Sect. 31 (3), C.A.

⁴⁶⁶ S.A. NATHANI, G. CHHABRA, *Merger Control in India: Is There a Long Road Ahead?*, in *World Competition*, Vol. 38, n. 2, giugno 2015, p. 281.

⁴⁶⁷ Cfr. Sect. 5(c)(a) C.A.

directors or to control the management or policy decisions exercisable by a person or persons acting individually or in concert, directly or indirectly”⁴⁶⁸, così permettendo di considerare, ai fini *antitrust*, anche ipotesi di controllo negativo, così come ipotesi di controllo di fatto⁴⁶⁹.

In realtà, a parere di chi scrive, ci si sarebbe potuti attendere uno sforzo chiarificatore certamente più consistente, ove si consideri che il legislatore è intervenuto a modificare le soglie dimensionali in materia di concentrazioni nel 2012⁴⁷⁰, quindi ben dopo l’adozione, in ambito europeo, del regolamento concentrazioni del 2004. Non risulta, infatti, agevole comprendere in quali ipotesi, ad esempio, ricorra una minoranza di blocco oppure se il passaggio da controllo negativo a controllo positivo configuri una fattispecie concentrativa o meno. Allo stesso modo, manca qualsiasi riferimento esplicito al trattamento riservato alle *Joint Venture*, tra le aspre critiche della dottrina⁴⁷¹ che ha letto in tale omissione un ulteriore tentativo del legislatore di annacquare le procedure di controllo.

Dal più importante punto di vista del test di valutazione delle concentrazioni, il C.A. non distingue esplicitamente tra concentrazioni orizzontali, verticali e conglomerali, stabilendo, per tutte, che le operazioni suscettibili di creare un AAEC in India sono vietate e dichiarate nulle⁴⁷².

Per la determinazione di tale AAEC, la Sect. 20(4) indica tutta una serie di criteri che non permettono, tuttavia, di comprendere in quale direzione si incamminerà

⁴⁶⁸ Cfr. Art. 2, lett. E), Securities and Exchange Board of India (substantial acquisition of shares and takeovers) Regulations, 2011, pubblicato sulla Gazette of India, Part III, Sect. 4, del 23 settembre 2011 e disponibile al seguente sito internet: http://www.amt-law.com/pdf/bulletins11_pdf/India_20121115_4.pdf.

⁴⁶⁹ In uno dei pochi order della CCI, essa ha avuto modo di precisare come l’acquisizione del controllo ricorra allorché una o più imprese, anche congiuntamente (controllo congiunto), abbiano il potere di assumere decisioni in merito all’approvazione del business plan, del bilancio o delle scelte commerciali della società target. Cfr. CCI, Combination Registration n. C-2012/09/78, *Century Tokyo/Tata Capital*, approvata in data 4 ottobre 2012. Si determina, in questo modo, un avvicinamento alla prassi europea sviluppata sul punto. Cfr. S.A. NATHANI, G. CHHABRA, *Merger Control in India: Is There a Long Road Ahead?*, cit., p. 290.

⁴⁷⁰ Cfr. *Supra*, nt. 316.

⁴⁷¹ R. SINGH, *India’s Tryst with “the Clayton Act Moment” and Emerging Merger control Jurisprudence – Intersection of Law, Economics and Politics*, cit., p. 263. Nello stesso senso, N.S. CHOPRA, H. HANDOLL, *India: Merger Control*, in *Global Competition Review, The Asia-Pacific Antitrust Review 2015*, Marzo 2015, cap. 23.

⁴⁷² Cfr. Sect. 6(1), C.A.

l'*enforcement* della CCI⁴⁷³. L'unico elemento che sembra far luce sugli obiettivi al cui perseguimento potrebbe orientarsi l'*enforcement* della CCI è quello di cui alla lett. e), in virtù del quale la Commissione è chiamata a valutare "*the likelihood that the combination would result in the parties to the combination being able to significantly and sustainably increase prices or profit margins*". La preoccupazione del legislatore, dunque sembra dirigersi verso quelle *combinations* al cui esito l'entità risultate sia capace di condizionare significativamente i prezzi praticati nel mercato o i propri margini di profitto.

La nozione, tuttavia, non è chiara, sembrando una sorta di adattamento poco ponderato del c.d. test di dominanza, in vigore in Europa anteriormente al Reg. 139/2004, con l'aggravante che l'ordinamento indiano, non prevedendo la posizione dominante collettiva, potrebbe trovarsi in difficoltà a prevenire, ad esempio, ipotesi di effetti di coordinamento come la collusione tacita.

Data, tuttavia, la denunciata carenza di fonti di prima mano – i.e. provvedimenti, adeguatamente motivati, della CCI – non resta, sul punto, che attendere i futuri sviluppi della materia, per comprendere verso quali strade si indirizzerà l'*enforcement* di tali disposizioni.

7. Le sanzioni.

Nonostante, ad oggi, non vi siano particolari profili che abbiano destato l'attenzione degli studiosi, pare opportuno, per mera completezza, dedicare poche righe all'esame dell'ultimo dei *Chapter* del C.A. non ancora oggetto di discussione, i.e. il VI dedicato,

⁴⁷³ Così, invero, dispone la Sect. 20(4) C.A.: "*For the purposes of determining whether a combination would have the effect of or is likely to have an appreciable adverse effect on competition in the relevant market, the Commission shall have due regard to all or any of the following factors, namely: (a) actual and potential level of competition through imports in the market (b) extent of barriers to entry into the market; (c) level of combination in the market; (d) degree of countervailing power in the market; (e) likelihood that the combination would result in the parties to the combination being able to significantly and sustainably increase prices or profit margins; (f) extent of effective competition likely to sustain in a market; (g) extent to which substitutes are available or are likely to be available in the market; (h) market share, in the relevant market, of the persons or enterprise in a combination, individually and as a combination; (i) likelihood that the combination would result in the removal of a vigorous and effective competitor or competitors in the market; (j) nature and extent of vertical integration in the market; (k) possibility of a failing business; (l) nature and extent of innovation; (m) relative advantage, by way of the contribution to the economic development, by any combination having or likely to have (n) whether the benefits of the combination outweigh the adverse impact of the combination, if any*".

alle sanzioni⁴⁷⁴. In realtà, il riferito capitolo comprende, sebbene come mera attribuzione dei poteri alla CCI, i c.d. programmi di clemenza. La circostanza, tuttavia, che di tali programmi non sia ancora stato fatto alcun uso, conferisce ai medesimi una rilevanza che potremmo definire meramente cartacea, suggerendo di passare oltre e di non appesantire ulteriormente la presente trattazione con la loro disamina.

Relativamente maggiori sono, invece, le informazioni concernenti il sistema sanzionatorio. Invero, la Sect. 27 riprende, grossomodo, il testo dell'art. 23 Reg. 1/2003⁴⁷⁵, nella misura in cui pone un limite massimo del 10% del fatturato per le sanzioni in materia di intese illecite o abuso di posizione dominante⁴⁷⁶.

Innovando rispetto alla disciplina europea, il Competition Act comprende anche una sorta di *director disqualification*, ammettendo che le sanzioni pecuniarie possano essere inflitte anche nei confronti di quanti, persone fisiche, abbiano concretamente posto in essere la condotta illecita⁴⁷⁷. A tale sistema, poi, si affianca il potere del Compat – in origine assegnato alla CCI – di irrogare sanzioni penali per coloro che, condannati dalla

⁴⁷⁴ In verità, il Chapter VI prevede, alla Sect. 46, il potere della Commissione di disciplinare, con proprio regolamento, le procedure per la riduzione o non applicazione delle ammende per l'ipotesi di collaborazione delle imprese nelle indagini concernenti cartelli. La CCI ha subito fatto uso di tale potere, adottando la Competition Commission of India Regulations n. 4/2009 (Lesser Penalty Regulations), disponibile all'indirizzo: http://www.cci.gov.in/sites/default/files/regulation_pdf/regu_lesser.pdf. Nonostante i programmi di clemenza indiani si presentino ben strutturati, ricalcando le guidelines che la Commissione UE ha adottato nel 2006 (Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese, in G.U.U.E. C 298/17, dell'8 dicembre 2006) e pur avendo questi preceduto la formale entrata in vigore delle disposizioni in materia di intese, le riferite Regulations non sono mai state utilizzate, posto che, ad oggi, nessuna impresa ha inoltrato application per beneficiare dello strumento in esame. E' molto probabile che le imprese debbano "imparare a conoscere" la prassi applicativa della CCI e, soprattutto, la sua capacità sanzionatoria, prima di valutare l'opportunità in discorso.

⁴⁷⁵ L'art. 23, co. 2, Reg. n. 1/2003, stabilisce: "*The Commission may by decision impose fines on undertakings and associations of undertakings where, either intentionally or negligently (a) they infringe Article 81 or Article 82 of the Treaty; or (b) they contravene a decision ordering interim measures under Article 8; or (c) they fail to comply with a commitment made binding by a decision pursuant to Article 9. For each undertaking and association of undertakings participating in the infringement, the fine shall not exceed 10 % of its total turnover in the preceding business year*". In materia, la Commissione ha adottato, da ultimo nel 2006, apposite linee guida con le quali ha fissato i criteri di calcolo delle riferite sanzioni. Su tali linee guida, v. *Supra*, nt. 123.

⁴⁷⁶ Così recita la Sect. 27 C.A.: "*Where after inquiry the Commission finds that any agreement referred to in section 3 or action of an enterprise in a dominant position, is in contravention of section 3 or section 4, as the case may be, it may pass all or any of the following orders, namely (b) impose such penalty, as it may deem fit which shall be not more than ten per cent. of the average of the turnover for the last three preceding financial years, upon each of such person or enterprises which are parties to such agreements or abuse*".

⁴⁷⁷ Cfr. Sect. 27 (b) C.A.

CCI, non abbiano uniformato la propria condotta al contenuto della decisione della Commissione⁴⁷⁸.

Volgendo lo sguardo alla prassi sanzionatoria della Commissione, non è possibile, allo stato attuale, individuare quali siano i criteri seguiti dalla medesima nella determinazione del *quantum*. E ciò, principalmente, perché i provvedimenti sono privi di compendio motivazionale che illustri il procedimento di calcolo posto in essere.

In questo senso, diversi provvedimenti della CCI sono stati parzialmente annullati dal Compat con riferimento al profilo dell'assenza di motivazione nella determinazione delle sanzioni⁴⁷⁹. In particolare, il Compat ha avuto modo di evidenziare come “*if there is discretion, authority is bound to take into account aggravating or mitigating circumstances and exercise discretion laid down under the law, judicially. We had always insisted upon the reason and that in the absence of reason, the discretion tends to become arbitrary. [...] Time and again we have been reiterating the necessity of the reasons while ordering the penalty. We hope that the CCI take serious note of that factor*”⁴⁸⁰.

Anche in questa sede, come avvenuto in chiusura del paragrafo precedente, mancando ancora solidi trend applicativi, risulta difficile spendere parole a commento. Per tali ragioni, non si può far altro che rimandare al futuro l'esame di tali importanti questioni, attendendo di comprendere in che modo la CCI farà uso dei poteri di cui dispone.

⁴⁷⁸ Cfr. Sect. 42(2) e 43 C.A.

⁴⁷⁹ Compat, Appello n. 79/2012 avverso Order n. 2/2011, *M/s. Excel Crop Care Limited vs. Competition Commission of India*, del 29 ottobre 2013; Appello n. 20/2012 avverso Order n. 43/2011, *M/s. DLF Limited vs. Competition Commission of India*, del 25 febbraio 2013; Appello n. 79/2012.

⁴⁸⁰ Compat, Appelli Riuniti 21-65/2012 avverso Order n. 3/2011, *M/s International Cylinder (P) Ltd e a. vs. Competition Commission of India*, del 20 dicembre 2013.

CONCLUSIONI

CONCLUSIONI

Tirare le fila di un discorso lungo e articolato raramente costituisce operazione semplice. Ciò è ancor più vero per il presente lavoro, la cui ricchezza dei risultati è accresciuta dalla circostanza che tale tesi costituisce il primo contributo ad aver tentato un approccio ragionato e storicamente orientato della oltre cinquantennale esperienza dell'ordinamento indiano con il diritto *antitrust*.

Date le circostanze, appare, in questa sede più proficuo isolare le diverse acquisizioni man mano raggiunte, recuperando la ripartizione in capitoli e paragrafi seguita nel corso del lavoro.

Il primo capitolo non richiede, in verità, grande approfondimento in questa sede. Esso, invero, offre una presentazione dell'ordinamento indiano in una prospettiva storico/giuridica, mediante una breve descrizione del processo che ha sospinto, con la forza, l'India nell'insieme dei cc.dd. ordinamenti di *Common law*.

Nondimeno, la riferita panoramica ha permesso di comprendere attraverso quali vie un ordinamento basato – all'inizio del settecento – su un duplice statuto giuridico a base personale (tali essendo il diritto Hindu e quello musulmano) sia riuscito, nel volgere di appena due secoli, a dotarsi di un sistema a base territoriale, destinato a trovare applicazione non già in ragione dell'appartenenza religiosa di uno dei soggetti coinvolti in una determinata fattispecie, bensì in ragione del luogo in cui quest'ultima ha luogo.

Si è trattato, all'evidenza, di una rivoluzione giuridica rispetto alla quale il contributo della dominazione inglese non può essere discusso e che, all'indipendenza dell'India, nel 1947, ha lasciato in eredità agli indiani un ordinamento completamente mutato, per organizzazione strutturale e caratteri.

Tuttavia, ai fini della presente tesi, il dato che più di ogni altro si è cercato di evidenziare ha riguardato la singolare recettività del nascente sistema giuridico dell'India indipendente. Esso, infatti, ha mostrato nel corso del tempo un'accentuata capacità di attrazione di istituti e soluzioni giuridiche pensate in altri ordinamenti del mondo. E ciò risulta vero non solo considerando – come si è fatto brevemente – la scelta indiana di mantenere, in settori dell'ordinamento di centrale rilevanza, la legislazione del periodo coloniale (si pensi, ad esempio, ai codici in quel tempo forgiati), ma soprattutto il frequente ricorso al trapianto giuridico come strumento di normazione.

In questo senso, il diritto *antitrust* indiano – nella sua evoluzione storica – costituisce un esempio privilegiato di quanto si è detto.

Invero, come si è avuto modo di sottolineare nel corso del lavoro, parlare di diritto *antitrust* indiano, in una prospettiva storicamente orientata, significa occuparsi di quella che chi scrive ha definito la “storia di un doppio trapianto giuridico”. L’India, nella materia qui considerata, ha, infatti, per ben due volte tratto ispirazione dalle giurisdizioni straniere: una nel 1969, con il *Monopolies and Restrictive Trade Practices Act*, chiaramente ispirato al *UK Restrictive Trade Practices Act* del 1956; l’altra del 2002 con il *Competition Act*, largamente influenzato dal diritto europeo della concorrenza.

Orbene, nel trattare di questo duplice trapianto, chi scrive ha avuto modo di sottolineare come, sino ad oggi, la storiografia giuridica, da un lato, e la ricerca dei moderni studiosi del diritto, dall’altra, hanno riservato un’attenzione maggiore all’analisi e alla comprensione dei due grandi modelli occidentali, quali la legislazione statunitense e quella europea, mantenendo un approccio nei confronti dell’India – e, in generale, verso tutte le cc.dd. *new competition jurisdictions* – viziato da un certo riduzionismo giuridico che ha avuto come effetto quello di retrocedere al rango di esperienze secondarie tali ultimi eventi giuridici.

Per tale ragione, il presente lavoro ha tentato di ricostruire – alla luce delle molteplici vicende storiche, economiche e politiche – le ragioni e le modalità di tale engagement tra l’India e la legislazione a protezione del mercato, nell’obiettivo di comprendere, come anticipato, quali siano gli aspetti che contribuiscono ad identificare il diritto della concorrenza indiano rispetto al restante panorama normativo globale.

A tale profilo veniva, dunque, dedicata la “Parte II” della presente tesi. Essa è stata suddivisa in tre capitoli, ciascuno di essi coincidente con un momento fondamentale del percorso normativo seguito dall’India: l’adozione e l’applicazione della prima legislazione antimonopolistica, il *Mrtp Act* del 1969, nella cornice di un sistema economico dirigista; il mutamento dello scenario economico successivo al 1991 che ha indotto ad un ripensamento del tradizionale strumento normativo; l’adozione del nuovo *Competition Act* 2002 e i primi anni della sua applicazione.

Queste tre diverse fasi, scindibili a livello espositivo, hanno – e direi, naturalmente – mostrato una forte interconnessione contenutistica, che ha disvelato essenzialmente due caratteristiche dell’esperienza legislativa indiana: da un lato, il peso che la tradizione avviata nel 1969 continua ad esercitare nell’applicazione del nuovo *Competition Act* del

2002 e, dall'altro, il divario, spiegato anche grazie agli eventi esposti nel capitolo III, che sotto altro punto di vista intercorre tra le due legislazioni di settore.

Invero, il II capitolo ha messo in luce come la scelta di adottare il Mrtp Act – con le caratteristiche normative ivi descritte, prima fra tutte la generalizzata applicazione della *rule of reason* – potesse essere illustrata alla luce di una sua lettura costituzionalmente orientata.

Come osservato, infatti, le prescrizioni-guida contenute nella parte quarta della Costituzione investivano (e, tuttora, investono) lo Stato di un ruolo di garanzia, nel senso che lo stesso era chiamato ad assicurare che “*operation of economic system does not result in the concentration of wealth and means of productions to the common detriment*”. La norma – che ad una prima lettura, sembrerebbe riecheggiare il mantra socialcomunista del controllo dei mezzi di produzione – era, invece, chiara nel riconoscere allo Stato, ivi qualificato “socialista”, il compito di coordinare il processo distributivo delle risorse, mediante le proprie scelte di politica economica.

Da questa prospettiva, allora, è emerso come la repressione, mediante il Mrtp Act, delle pratiche monopolistiche, restrittive o commercialmente scorrette costituisse la coerente conseguenza di tale assetto costituzionale nel preciso momento storico dell'economia indiana post-indipendenza, posto che tali condotte, contraddicendo la volontà allocatrice dello Stato, finivano per danneggiare il processo distributivo da quest'ultimo governato e teso a perseguire il benessere della comunità. La riferita legislazione, per conseguenza, optava per un largo ricorso alla *rule of reason* quale strumento di valutazione di illiceità delle condotte delle imprese, così accomodando l'adozione di una legislazione antimonopolistica con la coloritura dirigista che l'azione statale aveva assunto, tanto per previsione Costituzionale, quanto per l'influenza del modello sovietico, sin dal 1947.

In questo senso, infatti, la *rule of reason* assicurava significativi margini di manovra al Governo che, ricorrendo alla clausola generale del c.d. “interesse pubblico” quale ausilio per l'*enforcement* della riferita disciplina, finiva per detenere il potere di decidere sull'*an* e sul *quomodo* dell'*enforcement* del Mrtp Act, assicurando che questo non contrastasse con gli obiettivi perseguiti a livello macroeconomico. Per tali ragioni, dunque, l'India di quel tempo preferiva non ricorrere al modello statunitense dell'approccio *per se* – particolarmente esteso all'epoca – per riorientarsi verso l'*abuse*

approach di matrice britannica il quale, evidentemente, offriva un esempio di legislazione “antimonopolistica” capace di fare salve le prerogative pianificatrici che il Governo – in un’ottica di *planned economy* – si era arrogato. Il riferimento all’interesse pubblico, cioè, consentiva al Governo di mantenere il controllo sugli obiettivi di sviluppo del paese, limitando quelle pratiche private che, nel caso concreto, si ponessero in contrasto con i contenuti delle *Industrial Policy Resolutions*, nonché dei piani di programmazione economica quinquennale.

Per tali ragioni, dunque, alla Mrtp Commissione era stato riconosciuto, nei fatti, un ruolo largamente subordinato all’esecutivo, agendo come una sorta di organo consultivo privo di autonomi poteri ispettivi e sanzionatori.

Nel medesimo periodo storico, poi, si registrava il contributo piuttosto limitato della giurisprudenza che, in ragione della particolare forza della compagine politica, finiva per risolversi nell’avallo delle scelte operate a livello legislativo/esecutivo, all’insegna di una forte dipendenza della Corte Suprema rispetto all’operato del Governo. Emblematico di questa fase è il giudizio reso nel caso Telco.

La situazione, tuttavia, comincia a registrare segni di cambiamento nel momento in cui – come illustrato nel corso del capitolo III – l’India degli anni ’90 si trova ad affrontare una serie di emergenze di diversa natura che, agendo cumulativamente, imponevano una riscrittura delle regole poste a tutela dei mercati, mediante un ripensamento delle tradizionali soluzioni normative delineate nel 1969.

Un primo elemento che ha sospinto l’India verso tale esito è stato, come visto, il processo di liberalizzazione che la medesima ha avviato per rispondere alle crescenti difficoltà che la sua economia stava vivendo, tanto sul fronte interno, a causa dell’incremento esponenziale del debito pubblico, quanto su quello esterno, a seguito dello smantellamento dell’U.R.S.S.

Mediante il riferito ciclo di riforme sono stati perseguiti diversi obiettivi che, in questa sede, possono essere sommariamente ridelineati in ragione dei risultati che il Governo aveva inteso perseguire: si è, dunque, pervenuti ad una progressiva riduzione dell’intervento statale nell’economia, ad un incremento dell’autonomia delle imprese, soprattutto private, di determinare le proprie condotte sul mercato senza l’intricato labirinto amministrativo del *License Raj* e del *Mrtp Act* – quest’ultimo solo parzialmente abrogato – nonché, infine, all’apertura di un numero considerevole di

mercati non solo alla concorrenza delle imprese private ma, anche e principalmente, a quella delle grandi imprese occidentali.

Il descritto mutamento sul fronte interno è stato, poi, accompagnato da alcuni avvenimenti sul piano internazionale.

Invero, l'appartenenza dell'India alla Wto ha, da un lato, imposto la rimozione forzosa delle c.d. QRs – largamente utilizzate durante la fase dirigista per proteggere la produzione interna dalla concorrenza estera – e, dall'altro, ha generato il timore che, in ragione della possibilità – sostenuta soprattutto dall'Unione Europea – di dar vita ad un *set* di regole comuni e vincolanti in materia *antitrust*, si potesse giungere all'imposizione dall'esterno di un *framework* normativo *in subiecta materia*, senza che ciò permettesse all'India di accomodare la riferita legislazione alle peculiarità nazionali.

La situazione complessivamente descritta, dunque, ha dato vita a un nuovo ordine di priorità nell'agenda dell'Esecutivo indiano, ponendo al centro dei dibattiti l'opportunità, ma soprattutto le modalità, di dotare l'India di un nuovo statuto *antitrust*.

L'avvio del dibattito politico, coinciso con l'istituzione di una commissione governativa di studio (il c.d. *Raghavan Committee*), ha visto l'emersione di un attore istituzionale che, fino a quel momento, aveva poco contribuito all'evoluzione della disciplina di settore: la Corte Suprema.

Tale novità istituzionale, come illustrato, trovava fondamento nella rimodulazione del rapporto tra Governo e potere giudiziario che, a partire dalla crisi del 1990, ha cambiato i propri caratteri, portando a compimento un processo iniziato nel corso dei primi anni '80.

A partire dal 1981, infatti, subito dopo la fine della c.d. fase dell'emergenza decretata da Indira Gandhi, la Corte Suprema, come reazione al periodo precedente, aveva cominciato ad incamminarsi in un sentiero di pronunciato attivismo, espandendo l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione senza, tuttavia, arrivare allo scontro istituzionale sconfessando le scelte (anche di politica economica) fatte dai Governi di allora. Le ragioni di tale *self restraint* venivano individuate nella solida legittimazione di cui il corpo politico indiano sino al 1990, in ragione non soltanto della presenza di figure dal grande carisma – come in effetti lo erano gli appartenenti alla famiglia Nehru – ma soprattutto in virtù del diffuso ricorso,

da parte della compagine politica, alla spesa pubblica come strumento di attrazione del consenso popolare.

L'avvento della crisi economica ha, tuttavia, cambiato le carte in tavola, posto che le misure di aggiustamento strutturale intraprese dall'India a partire dal 1991 hanno, di fatto, richiesto una riduzione della spesa pubblica (e, in particolare, della voce del Welfare) che, dal punto di vista politico, si traduceva nella rottura di relazione di mutuo interesse che, fino a quel momento, aveva legato politica e base elettorale. Il riferito vuoto, dunque, veniva immediatamente coperto dalla giurisprudenza che, mediante il processo di consolidamento delle cc.dd. *Public Interest Litigation*, poneva la Corte Suprema quale nuovo polo di attrazione e soluzione dei bisogni della popolazione.

Tale graduale allargamento dei margini di influenza della Corte Suprema ha, tra gli altri settori, interessato anche il diritto *antitrust*, non solo perchè così facendo si aggiungeva un ulteriore tassello al processo di rafforzamento del peso istituzionale che la riferita Corte intendeva assumere nella prassi costituzionale indiana, ma anche perchè il diritto della concorrenza costituiva, come si è visto, un importante strumento di attuazione delle direttive contenute negli artt. 37 e 39 della Costituzione.

Da questo punto di vista, la mancata attenuazione delle percentuali di concentrazione dell'economia indiana – cui il Governo si era impegnato mediante l'adozione del Mrtp Act – veniva letto come un ulteriore prova dell'incapacità degli organi politici di assicurare il compimento degli obiettivi prefissati, in questo caso, a livello Costituzionale, così legittimando l'intervento bilanciante di un concorrente potere statale – benché in misura più contenuta rispetto ad altri settori dell'ordinamento – quale quello giudiziario.

A riprova di tale stato di cose si richiamava, al termine del capitolo III, la sentenza resa dalla Corte Suprema sul caso *Haridas* che, pervenendo ad una rilettura della nozione di interesse pubblico – prima d'allora fatto coincidere con la protezione delle imprese indiane – non solo gettava, per la prima volta, il seme dell'alterità istituzionale tra i due riferiti attori nella materia qui considerata, ma soprattutto spingeva decisamente verso un'accelerazione delle procedure legislative connesse all'adozione del *Competition Act* 2002 le quali sembravano essersi arenate dopo la presentazione del report del riferito gruppo di studio.

In particolare, come si è avuto modo di vedere, la Corte Suprema ha sfruttato le particolari caratteristiche della fattispecie posta alla sua attenzione (un cartello tra imprese estere intenzionato a importare in India beni ad un prezzo predatorio) e, toccando i tasti dolenti della salvaguardia dell'industria nazionale e del timore rappresentato per l'economia interna dalla concorrenza estera divenuta più pericolosa in ragione dell'abolizione delle QRs, ha inteso porre l'attenzione, da un lato, sull'inadeguatezza del vecchio Mrtp Act con riguardo alle nuove esigenze e, dall'altro, innovando rispetto alle tendenze precedenti, ha acceso un riflettore sul ruolo che la medesima Corte intendeva assumere in ordine alla gestione dei dispositivi antitrust. Su quest'ultimo punto, al termine del III capitolo si mostrava una certa cautela, osservando come ulteriori prove in merito ai progetti espansivi della Corte Suprema avrebbero dovuto essere sottoposti al vaglio dell'esame dei più recenti – benché numericamente non consistenti – giudizi.

Un dato, tuttavia, veniva immediatamente evidenziato, tale essendo l'accelerazione del processo legislativo che conduceva alla completa abolizione del Mrtp Act e all'adozione del nuovo Competition Act.

Con riferimento a questo ultimo aspetto, si osservava come il legislatore avesse adottato – soprattutto nella fase di studio precedente alla completa formulazione delle disposizioni sostanziali del C.A. – una prospettiva che, inspiegabilmente, finiva per appiattirsi su una visione – si permetta il termine – occidentalizzata e monofinalistica del diritto della concorrenza, della quale si rilevava la singolarità da diversi punti di vista. In particolare, sulla scorta dei principali contributi dottrinali occupatisi del rapporto tra *developing countries* e *competition law*, si segnalava la tensione difficilmente conciliabile tra l'attenzione riservata all'esigenza principale, emergente dai documenti ufficiali, di stimolare guadagni di efficienza per le imprese e l'opposta necessità, piuttosto trascurata nei medesimi documenti, di tenere in debita considerazione, da un lato, la minaccia che i grandi colossi stranieri rappresentavano per le imprese indiane, queste ultime “ammorbidite” da decenni di protezionismo e, dall'altro, la necessità di assicurare che l'operare delle forze del mercato non si traducesse in una privazione dei beni essenziali per ampi strati della popolazione. Allo stesso modo, si sottolineava la singolarità di una tale posizione richiamando l'esigenza, più volte manifestata dai rappresentanti Indiani in seno alla Wto, di dotare l'India di una

legislazione sulla concorrenza che le consentisse di sottrarsi ad eventuali imposizioni dall'esterno di regole modulate sulle esigenze delle economie occidentali, per l'ipotesi – poi dissoltasi – in cui la riferita organizzazione internazionale avesse proceduto all'adozione di un gruppo di norme antitrust vincolanti per i propri membri.

Nondimeno, il complesso di tali fattori, unitamente all'iniziale stasi di un anno che ha coinvolto il processo di approvazione del Competition Act, offriva un risultato piuttosto ambiguo in merito alla condotta del Legislatore, spiegato nel testo riferendosi alla categoria giuscomparatistica della declamazione. Tuttavia, anche su questo profilo, l'analisi condotta suggeriva di reiterare la cautela argomentativa già sperimentata con riferimento alle intuizioni formulate in merito alla Corte Suprema, rinviando qualsiasi conclusione alla disamina delle disposizioni sostanziali del Competition Act.

A queste ultime, dunque, si dedicava il IV e ultimo capitolo del lavoro. Nell'iniziare tale disamina si evidenziava come il filtro analitico più adeguato per analizzare il Competition Act avrebbe dovuto essere individuato nella sua peculiare natura, rappresentando esso lo sviluppo estremo di un'esperienza normativa nel settore della concorrenza cominciata con il Mrtp Act del 1969 e, nel contempo, punto di rottura rispetto a quest'ultimo. In altri termini, il capitolo era mosso dall'esigenza di indagare e mettere in luce il corredo di soluzioni sostanziali approntate dal legislatore del 2003, al fine di comprendere entro quali termini il passato normativo avesse influenzato il nuovo dispositivo e, sotto altro versante, quali ragioni giustificassero un allontanamento da tale precedente. Contestualmente, preso atto della similarità con il diritto della concorrenza europeo, un ulteriore obiettivo epistemologico consisteva nel capire per quali ragioni il legislatore avesse preferito il modello europeo in luogo dell'altrettanto prestigioso esempio statunitense.

Da un punto di vista sistematico, l'ultimo capitolo veniva suddiviso in due sezioni: la prima, dedicata alle istituzioni chiamate a dare applicazione al C.A., nella finalità di completare il discorso in merito al rapporto tra potere esecutivo e potere giudiziario affrontato, per la gran parte, nel capitolo III; una seconda sezione, invece, dedicata all'esposizione delle disposizioni sostanziali del C.A. e della prassi su di esse sviluppatasi, per comprendere quali fossero le priorità che il legislatore, da un lato, e gli *enforcers*, dall'altro, abbiano assegnato al riferito strumento normativo.

Con riguardo alla prima sezione, l'analisi del caso *Bhram Dutt* del 2005 – la cui pendenza ha determinato un vistoso ritardo nell'entrata in vigore del C.A. – ha evidenziato come la Corte Suprema abbia imposto al Governo la riscrittura delle regole sulla nomina e composizione della *Competition Commission of India*, in modo da rendere queste ultime più aderenti ai contenuti del principio della separazione dei poteri.

Il risultato di tale giudizio è stato, come visto, il *Competition Amendment Bill* del 2007, mediante il quale la CCI – in origine strutturata secondo l'esempio della vecchia Mrtp Commission – ha visto l'incremento dell'influenza esercitabile dalla Corte suprema nelle procedure di nomina dei propri membri, a discapito delle prerogative governative. Contestualmente, la CCI veniva privata dei poteri più marcatamente aggiudicatori, in favore di un organo giurisdizionale di nuovo conio – il *Competition Appellate Tribunal* – che, presieduto da un giudice della Corte Suprema nominato da un *panel* diretto dal *Chief Justice of India*, è chiamato a decidere sugli appelli avverso gli ordini della CCI e a riconoscere il risarcimento nelle ipotesi di *antitrust damages*.

Tuttavia, si osservava come l'accrescimento dei poteri della compagine giudiziaria non abbia totalmente eliminato il corredo di poteri di cui il Governo tuttora gode e che, come visto, gli permettono di influire sensibilmente nella materia considerata. In particolare, si osservava come l'Esecutivo conservasse importanti poteri, quali:

- La potestà di esentare dall'applicazione delle regole antitrust determinate categorie di imprese, qualora ciò sia necessario, *ex plurimis*, per ragioni di *public interest*;
- La determinazione dei fondi da destinare, annualmente, alle esigenze della Commissione ;
- Il potere di rivolgere alla CCI direttive vincolanti ;
- Il potere di sostituire l'intera commissione qualora, nuovamente, sia *necessary in the public interest to do so*.

È in tale *framework* normativo che, in origine, si inserivano le disposizioni concernenti le procedure di composizione della CCI e che, come detto, configuravano quest'ultima come un'appendice operativa del Governo nel settore in esame, sulla falsa riga di quanto previsto dal precedente Mrtp Act.

A seguito, tuttavia, dell'intervento della Corte Suprema, la CCI sembra aver mosso decisi passi verso una progressiva e più ampia indipendenza dall'esecutivo, attraverso una soluzione che appare unica rispetto al panorama internazionale in materia e che,

come detto, trae fondamento dalla pronunciata alterità istituzionale che, a partire dagli anni '90, ha caratterizzato il rapporto tra i riferiti poteri dello Stato.

Ed invero, nella varietà delle soluzioni astrattamente concepibili, l'India ha affidato l'indipendenza della CCI ad uno *special blend* che riproduce, nel piccolo di tale istituzione, il più generale principio di matrice costituzionale dei *checks and balances*. Giova, infatti, tenere a mente come l'appartenenza dell'India ai cc.dd. *ordinamenti di common law* comporti, *ex plurimis*, l'applicazione della regola costituzionale dello *stare decisis*, in virtù della quale i precedenti della Corte Suprema vincolano tutti i subordinati operatori del diritto, compresi la CCI e, *a fortiori*, il Compat. Eppure tuttavia, lo *stare decisis* non assicura, di per sé, la solidità di un determinato orientamento giurisprudenziale, posto che è sempre fatta salva la facoltà del giudice di discostarsene, mediante la tecnica del *distinguishing*. Orbene, se quanto detto è vero, è evidente che un sistema giurisprudenziale teoricamente capace, con il tempo, di dettare la linea in merito all'interpretazione e all'*enforcement* della nuova legislazione finisce, inevitabilmente, per trarre giovamento dall'accrescimento dell'apporto del potere giudiziario in ordine alla nomina e alla rimozione dei membri delle istituzioni chiamate ad applicare quello stesso strumento normativo, ostruendo la via a tentativi del Governo di rimpiazzarne i componenti in ipotesi di linee applicative non gradite.

L'insieme di tali risultati, allora, spingeva a ritenere più plausibile l'ipotesi di indagine formulata in chiusura del terzo capitolo e concernente il progressivo incamminarsi della giurisprudenza verso il rafforzamento della propria influenza nella materia qui considerata. Epperò, tale evidenza è stata, in un certo qual senso, ridimensionata alla luce dei residui ma penetranti poteri di cui ancora oggi gode l'Esecutivo indiano, i quali venivano giustificati da due punti di vista.

In primo luogo – facendo ricorso alla c.d. *Path Dependency Theory* – si osservava come il passato dirigista – che, a partire dall'indipendenza, ha caratterizzato l'economia indiana per oltre 50 anni – costituisse un elemento idoneo a spiegare il tentativo, in parte riuscito, di mantenere un elevato livello di controllo sulla CCI, proseguendo in un *pattern* normativo già sperimentato con il Mrtp Act.

Tuttavia, una seconda spiegazione veniva cercata nell'attuale contesto in cui l'economia indiana sta continuando a svilupparsi e a crescere e, in particolare, nell'appartenenza dell'India alle cc.dd. *developing countries*. Invero, si osservava come,

nonostante sia stato fatto molto sul versante della liberalizzazione dell'economia, il Governo continui a rimanere il maggior responsabile delle scelte economiche del paese, nell'obiettivo di sostenere il *trend* di crescita che, come illustrato, l'India sta al momento conoscendo. In questa ottica, la previsione di poteri eccezionali in mano al Governo – seppur non auspicabili alla luce delle c.d. *best practices* in materia – veniva letta come una soluzione non solo coerente con le premesse indicate, ma accolta alla luce del dato comparatistico offerto dalla Cina.

Adottando questa prospettiva, allora, si sosteneva come il Governo avesse deciso di riservarsi uno spazio minimo d'azione – che nelle intenzioni originarie avrebbe dovuto essere più ampio – che lo abilitasse ad intervenire con rapidità ove la situazione lo suggerisca, tenendo (auspicabilmente, solo) a mente la crescita economica del paese.

Il risultato complessivo, dunque, è un panorama istituzionale più equilibrato, dove la garanzia dell'indipendenza dell'autorità di settore sembra riposare sul bilanciamento tra l'influenza del Governo e quella del potere giudiziario, rendendo, da questo punto di vista, unico il ventaglio di soluzioni che il diritto *antitrust* indiano appronta in punto di regolamentazione dell'Autorità di settore.

Il completamento, dunque, del discorso concernente la CCI, lasciava liberi di dedicarsi, con un ventaglio di conoscenze più articolato, all'esame delle disposizioni sostanziali del C.A., cui si dedicava la seconda sezione del capitolo quarto.

Tale nuovo strumento normativo, analogamente a quanto avviene in Europa, si articola nelle tre consuete fattispecie degli accordi anticompetitivi, dell'abuso di posizione dominante e del controllo delle concentrazioni, abbandonando così quelle (soprattutto la discutibile categoria delle *Unfair Trade Practices*) *illo tempore* previste dal Mrtp Act. Eppure tuttavia, il legislatore sembrerebbe non aver voluto rinunciare a rimanipolare il dato legislativo importato, nell'obiettivo di adattarlo alle peculiarità dell'ordinamento ricevente.

In particolare, con riguardo alla Sect. 3 – dedicata alle intese orizzontali – il Legislatore non importa esplicitamente la distinzione tra intese vietate per l'oggetto o per gli effetti, preferendo ricorrere ad un parametro di illiceità basato sulla repressione di tutte quelle pratiche capaci di causare, attualmente o potenzialmente, un *appreciable adverse effect on competition* (AAEC), la cui ricorrenza deve essere accertata attraverso gli elementi di cui alla Sect. 19(3) C.A.

L'impianto *effect based* del sistema di valutazione delle intese è, tuttavia, mitigato con riferimento ad un gruppo chiuso di accordi orizzontali, per i quali il Legislatore fa ricorso alla c.d. *truncated rule of reason*.

Quanto agli elementi indicati dalla Sect. 19(3) per accertare la presenza di un AAEC, si osservava come, dal punto di vista contenutistico, essi sembrano mostrare gli obiettivi al cui perseguimento è idealmente teso il divieto di intese restrittive.

Invero, un primo gruppo di elementi – definiti come “negativi” – subordina l'illiceità dell'intesa alla ricorrenza di uno o più circostanze che, come ha dimostrato l'analisi, risultano accomunate da un'accentuata identità contenutistica, riguardando tutte la possibilità che l'intesa sia in grado di ostacolare l'accesso o la permanenza nel mercato di una o più imprese. Ad essi fa, poi, da contraltare un altro gruppo di elementi c.d. positivi che, privilegiando i guadagni di efficienza, consente di sfuggire alla dichiarazione di illiceità allorché si dimostri che l'intesa sia in grado di generare, cumulativamente o alternativamente, un “accrual of benefit to consumers”, il miglioramento della produzione o distribuzione di beni o nella fornitura di servizi, la promozione dello sviluppo tecnico, scientifico e economico.

L'analisi congiunta di tali fattori, nel quadro di una generalizzata applicabilità della *rule of reason*, è stata capace di rivelare come il legislatore abbia, di fatto, invocato un bilanciamento tra istanze efficientistiche e pluralismo di mercato, non predeterminandone l'esito a livello normativo, bensì affidandone l'esecuzione alle determinazioni della CCI e del Compat.

La *ratio* di tale scelta legislativa veniva individuata in un insieme di circostanze tratte dall'esame della storia economica e giuridica dell'India, così come da un'analisi della sua situazione attuale.

Invero, come visto nel corso del capitolo III, il procedimento che ha accompagnato l'India verso l'adozione del C.A. è stato caratterizzato dalla non celata intenzione del Legislatore di dotare il paese di una normativa sensibile al perseguimento di efficienze statiche e, soprattutto, dinamiche. Su questa scelta, oltre alle fascinazioni provenienti dal mondo occidentale, deve aver pesato la considerazione che, per oltre cinquanta anni, il settore privato non era stato in grado di esprimere il proprio potenziale, ristretto com'era dalla mole di controlli amministrativi di cui si è dato conto. L'apertura dell'economia è coincisa, dunque, con un riscatto di tale settore che, in competizione

con quello pubblico, è oggi chiamato a sostenere dei ritmi di crescita che, come visto, risultano tra i più elevati dello scenario mondiale.

In questa cornice, allora, l'ampio ricorso alla *rule of reason* sembra rappresentare la messa in opera di quella originaria visione legislativa. La lettura delle Sect.s 3 e 19(3), infatti, lascia trasparire la *voluntas legis* di mettere in campo uno strumento che, confinando le valutazioni normative, abilita l'*enforcer* ad un accertamento caso per caso, nell'obiettivo di ridurre al minimo le perdite di efficienza conseguenti all'applicazione della *per se rule*. Ciò è particolarmente evidente alla luce della disciplina prevista per alcune tipologie di accordi verticali (RPM, *exclusive distribution agreement*), per i quali la *rule of reason* trova piena applicazione, così come per quelli orizzontali rispetto ai quali, facendo tesoro delle esperienze delle altre giurisdizioni, la portata della *rule of reason* viene ristretta, ma non del tutto eliminata.

Sotto altro versante, la regola del perseguimento di obiettivi d'efficienza sembra, tuttavia, essere astrattamente mitigabile alla luce di un'esigenza di segno contrario emergente dai c.d. elementi negativi indicati dalla Sec. 19(3) per l'accertamento dell'AAEC; essi, come osservato *supra*, risultano accomunati da una pronunciata omogeneità contenutistica che sembra far coincidere la restrittività dell'intesa con l'ostacolo posto all'accesso o alla permanenza nel mercato di una o più imprese.

Anche tale scelta non è sembrata, a chi scrive, casuale.

Come si ricorderà, tanto per ragioni storiche quanto per ragioni politiche e giuridiche, l'economia indiana ha da sempre presentato alti livelli di concentrazione. Anche oggi, nonostante le riforme del 1991, i livelli di concentrazione sono piuttosto elevati, benché un numero maggiore di imprese abbia avuto la possibilità di affacciarsi sul mercato. In questo senso, allora, l'attenzione che il legislatore pone sull'accesso al mercato attraverso i tre elementi negativi ex Sec. 19(3) potrebbe costituire la presa d'atto non solo della reale situazione dell'economia indiana, ma altresì della circostanza che il traguardo dell'efficienza e della cooperazione tra le imprese passa, necessariamente, attraverso il canale del pluralismo di mercato il quale, alla luce del dato normativo, finisce per essere il valore al cui perseguimento è posto il divieto in materia di intese.

Su questo dato normativo si è sviluppata – benché non consolidata, dato il poco tempo a disposizione – una prassi applicativa che, focalizzando l'attenzione sugli

elementi negativi, sembra aver privilegiato un'analisi delle intese che salvaguardi il valore dell'accesso al mercato rispetto al perseguimento di guadagni di efficienza.

Data, infatti, la struttura normativa della norma di cui alla Sect. 19(3) C.A., la Commissione si è avvalsa della facoltà normativamente riconosciutagli di far pendere l'*enforcement* verso l'una o l'altra delle esigenze finalistiche contemplate dalla norma, privilegiando la protezione dell'accesso al mercato come valore in sé e giungendo ad identificare tale profilo con l'obiettivo principale della disciplina in materia di intese.

Come si è visto, infatti, con riferimento alle intese presuntivamente illecite, la CCI ha eliminato, almeno per il momento, la possibilità che le imprese possano far valere le giustificazioni *efficiency-based* di cui alla Sect. 19(3) per sottrarsi all'accertamento dell'illecito. Nel far ciò, la Commissione è giunta persino a richiamare espressamente la nozione di restrizione per l'oggetto che, come detto, risulta estranea al linguaggio del Competition Act.

Tale tendenza applicativa costituisce, a parere di chi scrive, una conseguenza coerente con l'indirizzo interpretativo che la Commissione ha sviluppato, su un piano più generale, con riferimento al complesso degli elementi di cui alla Sect. 19(3). Invero, in luogo di una valutazione equilibrata che tenesse conto, contemporaneamente, di tutti i criteri valutativi indicati dalla legge, la CCI ha espressamente deciso di attribuire primaria rilevanza ai c.d. elementi negativi elencati dalla Sect. 19, esprimendo un netto *favor* per il valore dell'accesso al mercato rispetto al perseguimento di obiettivi di efficienza. In questa cornice, allora, risulta chiaro che la rigidità manifestata nell'applicazione della presunzione di cui alla Sect. 3(3) costituisce proprio la conseguenza di una retrocessione delle istanze efficientiste rispetto all'obiettivo di creare "*a system of undistorted competition which is commensurate to the promotion of the interests of the consumer*".

L'analisi della prassi e i risultati appena esposti inducivano, naturalmente, ad interrogarsi sulle ragioni a supporto di un approccio tanto rigido della CCI.

In questo senso, oltre all'accentuata dipendenza letterale del C.A. rispetto al sistema normativo europeo – la quale potrebbe spiegare il massiccio ricorso alle soluzioni elaborate in quest'ultima giurisdizione –, si osservava come una delle principali giustificazioni a supporto del *case-law* della CCI avrebbe potuto essere individuata guardando al passato dell'economia indiana.

Invero, si sottolineava come la permanenza di elevati livelli di concentrazione potrebbe aver indotto la Commissione a ritenere che, per stimolare guadagni di efficienza che siano tali anche nel lungo termine, è necessario primariamente ristabilire, nei limiti del possibile, il valore dell'accesso al mercato, intorpidito da decenni di dirigismo e controlli amministrativi, così da ricreare un pluralismo competitivo idoneo alla creazione di un ambiente capace di stimolare una *Leistungswettbewerb*. In altri termini, la CCI potrebbe aver voluto isolare una delle motivazioni plausibili pensate dal Legislatore nel drafting delle disposizioni di cui alle Sect.s 3 e 19(3) C.A.

Nel sottolineare, tuttavia, la complessiva esiguità del dato applicativo – che attualmente non consente di prevedere i futuri sviluppi dell'*enforcement* – si concludeva temporaneamente evidenziando come la Commissione, preoccupandosi di tutelare l'accesso al mercato ed evitarne l'irrigidimento, sembrasse rievocare le ricostruzioni strutturaliste che, nell'antitrust americano degli anni '60, facevano discendere l'illegalità della condotta dalla circostanza, appunto, che, ad un esame complessivo delle condizioni del mercato, fosse possibile ipotizzare un irrigidimento della sua struttura, così come oggetto di particolare attenzione erano le dimensioni delle imprese. A conclusioni non diverse, poi, spingeva l'accento posto dalla CCI sulla libertà di accesso e sulla "*freedom of trade*", le quali sembrano richiamare alla memoria l'importanza che, nella concezione strutturalista, assumeva la creazione di barriere all'ingresso. Nel far ciò, tuttavia, si rinviava all'analisi delle disposizioni e della prassi – anche qui numericamente contenuta – sviluppatesi in merito alla Sect. 4 C.A., dedicata all'abuso di posizione dominante.

Quest'ultima norma veniva definita nel testo come un "*art. 102 Tfue in versione consolidata*", alla luce del fatto che la sua lettera sembra condensare al proprio interno la disposizione di cui all'art. 102 Tfue con i principali *dicta* della giurisprudenza dell'Unione su di esso formatisi.

L'analisi normativa, tuttavia, rivelava – in ragione dell'antioriorità del C.A. rispetto alle linee guida della Commissione Europea sull'a.p.d. del 2008 – come la struttura della Sect. 4 non considerasse alcuna *efficiency defense* che, ammessa in Europa, consente ad un'impresa di sottrarsi all'accertamento dell'infrazione dimostrando che la propria condotta sia suscettibile di condurre a *efficiency gains* nel lungo periodo. La norma, infatti, sembra identificare le condizioni necessarie e sufficienti per la sua

applicazione nell'accertamento della posizione dominante e alla ricorrenza di un abuso, tralasciando ogni considerazione di efficienza a giustificazione della condotta dell'impresa.

La prassi – anche qui numericamente contenuta – della CCI sembra rivelare un'interpretazione fortemente aderente alla lettera della Sect. 4 C.A. che, come visto, non ammette – nel senso che non lo prevede – che le imprese possano far valere giustificazioni della propria condotta basate su ragioni di efficienza. A tal fine, la CCI ha fatto larghissimo uso – implicitamente ed esplicitamente – dell'*aquis* comunitario anteriore al 2008, ignorandone gli sviluppi *economic-based* più recenti. Il risultato applicativo cui è giunta la CCI delinea un'attività di *enforcement* fortemente *form-based*, dalle evidenti note strutturaliste, così come del resto era il *case-law* europeo durante il c.d. orientamento tradizionale all'a.p.d.

La ragione di tale trapianto, che potremmo definire “selettivo”, viene individuata, dalla stessa CCI, nella struttura della norma di cui alla Sects. 4 la quale, come visto, non conosce una *efficiency defense* analoga a quella Europea.

Tuttavia, l'attività di manipolazione che ha caratterizzato l'applicazione della Sect. 3 – consistente nell'integrazione della nozione di “restrizione per oggetto”, presente nell'art. 101 Tfu e assente nella Sect. 3 C.A. – ha suggerito di indagare più a fondo con riguardo alla Sect. 4, nel tentativo di capire come mai la CCI abbia deciso di non potenziare la norma dedicata all'a.p.d., consentendo alle imprese di poter giustificare le proprie condotte.

Da tale attività di ricerca è emerso – pur nella unicità dell'affermazione della CCI – come la necessità di limitare l'applicazione della Sect. 4 alla sua dimensione oggettiva sembrerebbe riconnettersi alla particolare eredità storica, politica ed economica dell'India, a causa della quale “*several enterprises have been incumbent and entrenched in trade and commerce in India without any regulations to keep their anti-competitive conducts in check*”. Da questo punto di vista, l'analisi condotta nel corso del capitolo II in merito alle condizioni economiche e politiche dell'India pre e post indipendenza consente di comprendere immediatamente quali fossero tali “*historical developments*” cui la CCI fa riferimento e che, come si è detto, spiegano gli alti livelli di concentrazione che, fino ad oggi, caratterizzano l'economia indiana.

L'esame delle norme e della prassi in materia tanto di intese quanto di abuso di posizione dominante spingeva, allora, ad interrogarsi in merito al modello di concorrenza emergente dal complessivo sistema del diritto antitrust indiano, seppur in considerazione di una prassi comunque numericamente contenuta.

La risposta è sembrata, a chi scrive, non univoca.

Invero, mentre la *law in action* lascia emergere una chiara tensione verso un'apertura più ampia possibile del mercato, il formante legislativo sembra utilizzare tutte le acquisizioni teoriche sviluppate fino al 2003 in ambito europeo per delinare un prodotto normativo dotato di flessibilità – soprattutto in materia di intese – e, come tale, in grado di assicurare il perseguimento di obiettivi d'efficienza – essenzialmente, economie di scala, di cui una *developing country* ha bisogno – così come di un'*effective competition* intesa come attenuazione dei livelli di *foreclosure* del mercato. Ciò significa, dunque, che la CCI ha la possibilità, nel futuro, di modificare la propria politica di *enforcement*, rideterminandone il baricentro verso una maggiore considerazione degli effetti economici delle condotte scrutinate.

Orbene, la più recente dottrina che si è occupata del rapporto tra *competition law* e *developing countries* indica il modello europeo come il più equilibrato punto di riferimento per l'introduzione in tali paesi di una legislazione a tutela del mercato. Le ragioni di ciò sono individuate nella circostanza che la nozione di “effective competition”, che il diritto comunitario ha sviluppato nella sua aspirazione verso la creazione del mercato unico, potrebbe tornare utile nell'ambito delle *developing countries* al fine di garantire l'inclusione nel mercato del più alto numero di operatori economici e, per conseguenza, la partecipazione del maggior numero di soggetti nel circuito delle transazioni economiche, nell'obiettivo di perseguire un disegno di *economic development* sostenibile e aperto. Nel frattempo, la medesima dottrina sottolinea come eventuali scostamenti da tale modello potrebbero essere giustificati dalla necessità di garantire l'aderenza della legislazione alle esigenze specifiche dell'ordinamento in cui essa è introdotta.

Non è dato sapere se i membri della CCI, nel delineare la propria prassi, fossero a conoscenza di tali acquisizioni teoriche. Tuttavia, sembra indubitabile come l'*enforcement* del diritto antitrust indiano sia diretto verso tali obiettivi, per i motivi che sopra si sono spiegati, i quali, tra l'altro, giustificano l'allontanamento, ad esempio,

dalla prassi europea in punto di valutazione *effect-based* degli abusi di posizione dominante.

Sotto altro aspetto, anche la legislazione sembra dirigersi verso la stessa direzione, con la differenza di offrire un più ampio spazio per l'ingresso di valutazioni economiche nell'analisi, soprattutto, delle intese, evidentemente tenendo a mente l'importanza che l'acquisizione di economie di scala riveste per un'economia in espansione. Ampio spazio che la CCI, per le ragioni illustrate, non sembra al momento intenzionata a sfruttare.

Chiuso il discorso concernente le disposizioni in materia di intese e abuso di posizione dominante, l'indagine proseguiva volgendo lo sguardo all'ultimo gruppo di norme sostanziali del C.A., quelle dedicate al controllo delle operazioni di concentrazione.

Con riferimento a tale disciplina, tuttavia, chi scrive si è trovato a dover fare i conti con una prassi applicativa quasi inesistente, da un lato perché le norme in discorso sono entrate in vigore solamente nel 2011 e, dall'altro, per la circostanza che, in materia, i pochi provvedimenti della CCI sono per lo più sprovvisti di apparato motivazione che consenta di decifrare il ragionamento seguito dalla medesima e, per conseguenza, gli obiettivi che la prassi intende assegnare allo strumento in discorso.

Per tali ragioni, il lavoro si è limitato a presentare il quadro normativo di cui alle Sects. 5 e 6 del C.A., lamentando, essenzialmente, la presenza di lacune con riferimento ad aspetti essenziali della disciplina in materia: nozione di controllo; test di valutazione delle concentrazioni; trattamento delle *Joint Ventures*. Il risultato è, allo stato, una disciplina che richiede di essere esplicitata, auspicabilmente attraverso provvedimenti adeguatamente motivati della CCI, dei quali in futuro ci si potrà occupare. L'unico dato certo – che emerge dalle alte soglie dimensionali per l'attivazione del controllo, dal ritardo con cui le norme in materia entrate in vigore, nonché dall'esame delle considerazioni del c.d. Raghavan Committee – sembra essere l'intenzione del legislatore di non ostacolare i processi di crescita esterna delle imprese, nell'obiettivo di consentire a queste di raggiungere dimensioni tali da poter competere con i colossi internazionali. Tale ultima affermazione, tuttavia, non poggia su altri dati – e soprattutto non trova riscontro nella prassi –, e, per tale motivo, si è preferito non inserire tale ipotesi di indagine nel corso del testo. In sede conclusiva, tuttavia, ci si concede qualche licenza

argomentativa aggiuntiva, la quale inevitabilmente volge lo sguardo al futuro di un ordinamento antitrust che, seppur giovane, è destinato, al pari di quello cinese, ad attrarre l'attenzione degli studiosi di tutto il mondo.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

1. AFSHARIPOUR, A., *Rising Multinationals: Law and the Evolution of Outbound Acquisition by Indian Companies*, in *University of California Law Review*, Vol. 44, 2011, p. 1029.
2. AHLBORN, C., GRAVE, C., *Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective*, in *Competition Policy International*, Vol. 2, n. 2, 2006, p. 12.
3. ALFARO, L., CHARI, A., *Deregulation, Misallocation and Size: Evidence from India*, in *Journal of Law and Economics*, Vol. 57, n. 4, 2014, p. 897.
4. AMATO, G., *Antitrust and the Bounds of Power – The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Hart Publishing, 1997, Oxford.
5. AMATO, G., *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 1997, p. 645.
6. AMIRANTE, D., *India*, Il Mulino, 2007, Bologna.
7. ANANTH, V.K., *India since Independence, Making sense of Indian politics*, Pearson, 2010, New Delhi.
8. AREEDA, P.E., HOVENKAMP, H., *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, Vol. IB, IV ed., Wolters Kluwer, 2013, New York.
9. AREEDA, P.E., KAPLOW, L., EDLIN, A., *Antitrust Analysis – Problems, Texts and Cases*, VI ed., Aspen, 2004, New York.
10. BAKHOUM, M., *A Dual Language in Modern Competition Law? Efficiency Approach versus Development Approach and Implications for Developing Countries*, in *World Competition*, 2011, n. 34, p. 495.
11. BAKSHI, P.M., *The Constitution of India*, Universal Law Publishing, 2011, New Delhi.
12. BAYLEY, D., *Restriction of Competition by Object under Article 101 TFEU*, in *Common Market Law Review*, Vol. 49, Issue 2, p. 559.
13. BHATTACHARJEA, A., *Amending India's Competition Act*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 41, n. 41, 2006, p. 4315.
14. BHATTACHARJEA, A., *India's Competition Policy: An Assessment*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 38, n. 34, p. 3564.

15. BHATTACHARJEA, A., *India's new Competition Law: A Comparative Assessment*, in *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 4, 2008, p. 613.
16. BHATTACHARJEA, A., *Of Omission and Commissions: India's Competition Laws*, in *Economic and Political Weekly*, vol. 35, 2010.
17. BHATTACHARJEA, A., *Trade, Development and Competition Law: India and Canada Compared*, in *Trade Law and Development*, n. 5, 2013, p. 58.
18. BHATTACHARJEA, A., *Trade, Investment and Competition Policy: an Indian Perspective*, in A. MATTOO, R.M. STERN, *India and the Wto*, World Bank Publications, 2003, Washington, p. 205.
19. BHATTACHARYA, N., *Finance Ministry cover for PSU insurance cartel*, in *Business Standard*, 5 luglio 2012, consultabile presso il sito:http://www.business-standard.com/article/economy-policy/finance-ministry-cover-for-psu-insurance-cartel-112070502021_1.html.
20. BHATTACHARYYA, S., *Two decades of market reform in India – Some Dissenting Views*, Anthem Press, 2013, Londra.
21. BHATTACHARYYA-PANDA, N., *Appropriation and Invention of Tradition. The East India Company and Hindu Law in Early Colonial Bengal*, Oxford University Press, 2008, New Delhi.
22. BIJUKUMAR, V., *Economic Reforms, Populism and Party Politics in India*, in *The Indian Journal of Political Science*, 2004, Vol. 65, n. 2, p. 162.
23. BOILLOT, J.J., *L'economia dell'India*, Il Mulino, 2007, Bologna
24. BRADFORD DELONG, J., *India since Independence: An Analytic Growth Narrative*, in D. RODRIK, *In Search of Prosperity: Analytic Narratives on Economic Growth*, Princeton University Press, 2003, New Jersey.
25. CHADHA, R., BROWN, D.K., DEARDORFF, A.V., STERN, R.M., *Computational Analysis of the Impact on India of the Uruguay Round and the Doha Development Agenda Negotiations*, in A. MATTOO, R.M. STERN, *India and the Wto*, Oxford University Press, 2003, New York, p. 13 e ss.
26. CHAKRAVARTHY, S., *Competition Act, 2002: The Approach*, in P.S. MEHTA, *A Functional Competition Policy for India*, CUTS International, 2006, Jaipur, p. 55.
27. CHANDRESEKHAR, C.P., PAL, P., *Financial Liberalisation in India: An Assessment of its Nature and Outcomes*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 41, n. 11, p. 975.
28. CHAUDHURI, A., *Anti-Monopoly at Work*, in *Social Scientist*, Vol. 2, n. 1, 1973, p. 48.

29. CHAUDHURI, S., *Charade with a Purpose*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 21, n. 50, 1986, p. 2151.
30. CHAUDHURI, S., *Growth with Government Blessings*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 9, n. 20, 1974, p. 775.
31. CHELLIAH, R.J., *The Growth of Indian Public Debt - Dimensions of the Problem and Corrective Measures*, IMF Working Paper n. 91/72, disponibile sul sito: <http://www.imf.org/external/pubs/cat/longres.aspx?sk=951.0>.
32. CHIMNI, B.S., *China, India and the Wto Dispute settlement system: Towards an interpretative strategy*, in M. SORNARAJAH, J. WANG, *China, India and The International Economic Order*, Cambridge University Press, 2010, Cambridge, p. 235.
33. CHOPRA, N.S., HANDOLL, H., *India: Merger Control*, in *Global Competition Review, The Asia-Pacific Antitrust Review 2015*, Marzo 2015, cap. 23.
34. DA COSTA, E.P.W., *India's new Five-Year Plan*, in *Review of Foreign Affairs*, 1955, p. 665.
35. DABBAH, M.M., *International and Comparative Competition Law*, Cambridge University Press, 2010, New York.
36. DANIELS R.J., TREBILLOCK, M.T., CARSON, L.D., *The Legacy of Empire: The Common Law Inheritance and Commitments to Legality in Former British Colonies*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 59, N. 1, 2011, p. 134.
37. DASGUPTA, L., *Cartel Regulation – Indian in an International Perspective*, Cambridge University Press, 2014, New Delhi.
38. DE PASQUALE, P., *L'applicazione extraterritoriale delle regole antitrust*, in L. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del Diritto della Concorrenza*, Jovene Editore, 2013, Napoli, p. 144.
39. DHALL, V., *Competition Law in India*, in *Antitrust*, n. 21, 2006-2007, p. 73.
40. DHINGRA, S.N., *Recent Competition Law Issues and Developments in India*, in B.E. HAWK, *Annual Proceeding of the Fordham Competition Law Institute*, Juris Publishing Inc., 2013, Huntington, p. 385.
41. DOLEYS, T.J., *Promoting competition policy abroad: European Union efforts in the developing World*, in *The Antitrust Bulletin*, 2012, Vol. 57, n. 2, p. 338.
42. DREXL, J., *Consumer welfare and consumer harm: adjusting competition law and policies to the need of developing jurisdictions*, in M.S. GAL, M. BAKHOUM, J. DREXL, E.M. FOX, D.J. GERBER, *The economic characteristics of developing countries*, Edward Elgar Publishing, 2015, Cheltenham, p. 269.

43. DREXL, J., *International Competition Policy after Cancun: Placing a Singapore Issue on the WTO Development Agenda*, in *World Competition*, 2004, n. 3, p. 419.
44. DRÈZE, J., SEN, A., *An Uncertain Glory, India and Its Contradictions*, Princeton University Press, 2013, New Jersey.
45. ELHAUGE, E., *Harvard, Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent Supreme Court Decisions*, in *Competition Policy International*, Vol. 3, n. 2, 2007.
46. ELHAUGE, E., *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, Edward Elgar, 2012, Cheltenham.
47. FATTORI, P., TODINO, M., *La disciplina della concorrenza in Italia*, il Mulino, 2010, Bologna.
48. FAULL, J., NIKPAY, A., *The EU Law of Competition*, 3rd Ed., Oxford University Press, 2014, Oxford.
49. FINGLETON, J., FOX, E.M., NEVEN, D., SEABRIGHT P., *Competition Policy and the Transformation of Central Europe*, Centre for Economic Policy Research, 1996, London.
50. FOSTER, S.E., *While America Slept: The Harmonization of Competition Laws Based upon the European Union Model*, in *Emory International Law Review*, 2001, n. 15, p. 467.
51. FOX, E.M., ARENA, A., *The International Institutions of Competition Law: The Systems' Norms*, in E.M. FOX, M.J. TREBILCOCK, *The Design of Competition Law Institutions – Global Norms, Local Choices*, Oxford University Press, 2013, Oxford, p. 444.
52. FOX, E.M., *Competition Law and The Agenda for the Wto: Forging the Links of Competition and Trade*, in *Pacific Rim Law and Policy Journal*, 1995, p. 2.
53. FOX, E.M., *Competition, development and regional integration: in search of a competition law fit for developing countries*, in J. DREXL, M. BAKHOUM, E.M. FOX, M.S. GAL, D.J. GERBER, *Competition Policy and Regional Integration in Developing Countries*, Edward Elgar Publishing, 2012, Cheltenham, p. 282.
54. FOX, E.M., *Towards World Antitrust and Market Access*, in *American Journal of International Law*, 1997, n. 91, p. 2.
55. FOX, E.M., *Cases and Materials on U.S. Antitrust in Global Context*, 3rd Ed., West, 2014, St. Paul.

56. FRANCESCHIN, G., MISURACA, F., *India – Commercial Law, Customs and Taxation*, Wolters Kluwer, 2011, The Hague.
57. FREDA, D., “*Stare decisis*”? *Il giudice assediato nell’Inghilterra dell’Ottocento*, in *Quaderni Fiorentini*, 2011, n, 40, p. 481.
58. FULDA, H., TILL, I., *An antitrust Policy for India*, in *Antitrust Bulletin*, 1968, p. 373.
59. FULLERTON JOIREMAN, S., *The Evolution of the Common Law. Legal Development in Kenya and India*, in *Commonwealth & Comparative Politics*, Vol. 44, N. 2, 2006, p. 195.
60. GAL, M., *The Ecology of Antitrust Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries*, in I. CERNAT, P. HOLMES, *Competition, Competitiveness and Development: Lessons From Developing Countries*, United Nations Publications 2004, p. 21 e ss., disponibile presso il sito: http://unctad.org/en/Docs/ditcclp20041_en.pdf.
61. GAMBARO, A., SACCO, R., *Sistemi giuridici comparati*, Utet, 2008, Torino.
62. GERADIN, D., HENRY, D., *Competition Law in the New Member States: Where Did we Come From? Where Do We Go?*, in D. GERADIN, *Modernisation and Enlargement: Two major Challenges for EC Competition Law*, Intersentia, 2004, Antwerp (Oxford), p. 273.
63. GERBER, D.J., *Adapting the role of economics in competition law: a developing country dilemma*, in M.S. GAL, M. BAKHOUM, J. DREXL, E.M. FOX, D.J. GERBER, *The economic characteristics of developing countries*, Edward Elgar Publishing, 2015, Cheltenham, p. 249.
64. GERBER, D.J., *Adapting the role of economics in competition law: a developing country dilemma*, in M.S. GAL, M. BAKHOUM, J. DREXL, E.M. FOX, D.J. GERBER, *The economic characteristics of developing countries*, Edward Elgar Publishing, 2015, Cheltenham, p. 249.
65. GERBER, D.J., *Competition Law and the WTO: Rethinking the Relationship*, in *Journal of International Economic Law*, 2007, Issue 10, p. 707.
66. GERBER, D.J., *Global Competition: Law, Markets and Globalization*, Oxford University Press, 2010, New York.
67. GERBER, D.J., *Law and Competition in Twentieth Century in Europe – Protecting Prometheus*, Clarendon Press Oxford, 1998, New York.
68. GHOSH, A., *A Critique of antitrust policy in India*, in *Antitrust Bulletin*, 1974, p. 852.

69. GHOSH, A., *Concentration in Indian Industries*, in *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 23, n. 3, 1975, p. 208.
70. GHOSH, A., *Indian Economy: The Nature and Problems*, World Press, 1975, Calcutta.
71. GORLA, G., *Diritto Comparato e Diritto Comune Europeo*, Giuffrè Editore, 1981, Milano.
72. GORLA, G., *Diritto Comparato*, in *Enc. Dir.*, XII, Giuffrè, 1964, Milano, p. 933.
73. GOSH, S., ROSS, T.W., *The Competition Amendment Bill 2007: A review and Critique*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 43, n. 51, p. 37.
74. GRANDE, E., *L'apporto dell'antropologia alla conoscenza del diritto (Piccola guida alla ricerca di nuovi itinerari)*, in *Rivista critica del diritto privato*, 14 (1996), p. 467.
75. GRANDIN, G., *Empire's Workshop: Latin America, the United States and the Rise of the New Imperialism*, Henry Holt and Company, 2007, New York.
76. GUPTA, K.R., *Liberalisation and Globalisation of Indian Economy*, Atlantic Publishers & Dist, 1995, New Delhi, Vol. 1.
77. HADDAD, M., HOLLWEG, C.H., PORTUGAL-PEREZ, A., *The structural reform implications of Wto-accession*, in U. DADUSH, C. OSAKWE, *Wto Accession and Trade Multilateralism*, Cambridge University Press, 2015, New York, p. 81.
78. HAUGER, N.F.W., PALZER, C., *Investigator, Prosecutor, Judge...and now Plaintiff? The Leviathan Role of the European Commission in the Light of Fundamental Rights*, in *World Competition*, 2013, Vo. 36, Issue 4, p. 565.
79. HALPÈRIN, J.L., *Western Legal Transplants and India*, in *Jindal Global Law Review*, 2010, Vol. 2.
80. HAZARI, R.K., *Industrial Planning and Licensing Policy – Interim Report to Planning Commission*, 1966, Bombay.
81. HAZARI, R.K., *The structure of the Corporate Private Sector: A Study of Concentration, Ownership and Control*, Asia Publishing House, 1966, New Delhi.
82. HOVENKAMP, H., *Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and Its Practice*, IV ed., Thomson-West, 2011, St. Paul.
83. HYLTON, K.N., *Antitrust Law – Economic Theory & Common Law Evolution*, Cambridge University Press, 2003, London.
84. JAIN, M.P., *Outlines of Indian Legal and Constitutional History*, Wadha and Company Nagpur, 200, New Delhi.

85. JAIN, P.K., GUPTA, S., YADAV, S.S., *Public Sector Enterprises in India, The Impact of Disinvestment and Self Obligation On Financial Performance*, Springer India, 2014, New Dehli.
86. JENKINS, R., *Democratic Politics and Economic Reform in India*, Cambridge University Press, 1999, New York.
87. JONES, A., SUFRIN, B., *EU Competition Law – Text, Cases and Materials*, 5th ed., Oxford University Press, 2014, Oxford.
88. JONES, A., *The Journey toward an effect-based approach under Article 101 TFEU – The case of Hard-core Restraints*, in *The Antitrust Bulletin*, Vol. 55, n. 4, 2010, p. 783.
89. KELLY, D.A., *Should the Wto have a Role to Play in the Internationalisation of Competition Law*, in *Hibernian Law Journal*, 2007, n. 17, p. 26.
90. KHAN, D., *Collective Dominance: acceptance, approach and application for India*, in *European Law Review*, Issue 7, 2015, p. 310.
91. KLING, B.B., *The Origin of the Managing Agency System in India*, in *The Journal of Asian Studies*, Vol. 26, n. 1, 1966, p. 41.
92. KOHLI, A., *Politics of Economic Growth in India, 1980-2005, Part. II: The 1990s and Beyond*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 41, n. 14, 2006, p. 1361.
93. KOKKORIS, I., *The Development of the Concept of Collective Dominance in ECMR. From its Inception to its Current Status*, in *World Competition Law and Economic Review*, Vol. 30, Issue 3, p. 419.
94. KORAH, V., *An introductory guide to EC competition law*, Hart Publishers, 2007, Londra.
95. KRISHNA RAO, P.V., SASTRY, K.P., *Restrictive Practices in India*, in *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 37, n. 4, 1989, p. 429.
96. KRISHNA RAO, P.V., SASTRY, K.P., *Unfair Trade Practices policy in India*, in *The Antitrust Bulletin*, Vol. 1, 1987, p. 1051.
97. KULKE, H., ROTHERMUND, D., *A History of India*, Routledge, 2004, Londra.
98. LA PORTA, R., LOPEZ DE SILANES, F., SCHLEIFER, A., *The Economic consequences of Legal Origins*, in *Journal of Economic Literature*, Vol. 46, 2008, p. 308.
99. LAGARDE, C., *MD Speech: Seizing India's Moment*, disponibile presso il sito internet: [http://www .imf.org/external/np/speeches/2015/031615.htm](http://www.imf.org/external/np/speeches/2015/031615.htm).
100. LARUE, C.S., *The India Handbook*, Fitzroy Deaborn Publishers, 1997, Chicago.

101. LETWIN, W., *Law and Economic Policy in America: The Evolution of The Sherman Act*, University of Chicago Press, 1981, London.
102. LIANOS, I., MATEUS, A., RASLAN, A., *Is There a Tension Between Development Economics and Competition?*, in D. SOKOL, T.K. CHENG, I. LIANOS, *Competition Law and Development*, Stanford University Press, 2013, Stanford, p. 42.
103. LIBERTINI, M., *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè Editore, 2015, Milano.
104. LINGAT, R., *La tradizione giuridica dell'India. Dharma, diritto e interpretazione*, Giuffrè, 1967, Milano.
105. LOKANATHAN, P.S., *Industrial Organization in India*, Allen & Unwin, 1935, London.
106. MA, J., *Comparative Analysis of merger control policy*, Intersentia, 2014, Cambridge.
107. MARSDEN, P., *Checks and Balances,: EU Competition Law and the Rule of Law*, in *Loyola Consumer Law Review*, Vol. 22, Issue I, p. 51.
108. MATE, M., *The Rise of Judicial Governance in the Supreme Court of India*, in *Boston University International Law Journal*, 2015, vol. 33, p. 186.
109. MATTEI, U., *Il modello di Common Law*, Giappichelli, 2014, Torino.
110. MATTEI, U., MONATERI, P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, 1997, Padova.
111. MELI, V., voce «Concentrazioni» [dir. comm.], in *Diritto Online – Treccani*, reperibile al sito: http://www.treccani.it/enciclopedia/concentrazioni-dir-comm_%28Diritto-/.
112. MENSKI, W., *Hindu Law, Beyond Tradition and Modernity*, Oxford University Press, 2003, New Delhi.
113. MENSKY, W., *Comparative Law in a Global Context, The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge University Press, 2005, Cambridge.
114. MAY, J., *The Story of Standard Oil Co. v. United States*, in E. FOX, D.A. CRANE, *Antitrust Stories*, Foundation Press, 2007, New York, p. 49.
115. MEHTA, A., *Economic Planning in India*, Young India Publications, 1970, New Delhi.
116. MEHTA, P.S., *Competition and Regulation in India*, Institute for Regulation and Competition, 2007, Jaipur.

117. MENSKI, W., *Comparative Law in a Global Context, The Legal Systems of Asia and Africa*, II. Ed., Cambridge University Press, 2005, New York.
118. MISHRA, R.K., *Role of State-Owned Enterprises in India's Economic Development*, in OECD, *Workshop on State-Owned Enterprises in the Development Process*, 4 Aprile 2014, disponibile presso il sito internet: http://www.oecd.org/daf/ca/workshop_soesevelopmentprocess_india.pdf.
119. MITTA, M., *Govt. Soothes ruffled judiciary by offering it a place in panel above Competition Commission*, in *Indian Express*, 26 ottobre 2004.
120. MITTAL, D.P., *Competition Law*, Taxmann Allied Services Ltd., 2003, New Delhi.
121. MONOPOLIES COMMISSION, *Report of the Monopolies Inquiry Commission*, India Press, 1965, New Delhi.
122. MOOG, R., *Activism on the Indian Supreme Court*, in *Judicature*, 1998, n. 82, p. 124.
123. NATHANI, S.A., CHHABRA, G., *Merger Control in India: Is There a Long Road Ahead?*, in *World Competition*, Vol. 38, n. 2, giugno 2015, p. 281.
124. NAYAR, B.R., PAUL, T.V., *India in the World Order: Searching for Major-Power Status*, Cambridge University Press, 2003, New York.
125. NAYAR, B.R., *The Modernization Imperative and Indian Planning*, Vikas Publishing, 1972, New Delhi.
126. NEDUMPARA, J.J., *Naming, Shaming and Filing: Harnessing Indian Capacity for Wto Dispute Settlement*, in *Trade, Law and Development*, n. 5, 2013, p. 85.
127. NEE, V., STARK, D., *Remaking the Economic Institutions of Socialism: China and Eastern Europe*, Stanford University Press, 1989, Stanford.
128. NEW YORK TIMES, *BJP and the India Shining campaign*, disponibile nella versione online del giornale, al seguente indirizzo: <http://tribune.com.pk/story/532006/bjp-and-the-india-shining-campaign/>.
129. O'DONOGHUE, R., PADILLA, J., *The Law and Economics of Article 102 TFUE*, 2nd Ed., Hart Publishing, 2013, Oxford.
130. OECD, *Competition law and policy in Russia – An OECD peer review*, 2004, reperibile al seguente link: http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/320_05515.pdf
131. OECD, *Recommendation of the Council concerning effective action against Hard Core Cartels*, 1998, reperibile presso: <http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>

132. OZA, A.N., *Monopolies and Restrictive Practice Bill*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 4, n. 1, 1969, p. 95.
133. OZA, N., *Curbing Concentration of Economic Power: A Critique of the New Licensing Policy*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 8, n. 16, p. 761.
134. OZA, N., *Futility of the Monopolies Commission*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 8, n. 1, 1973, p. 21.
135. OZA, N., *Putting Teeth into the Monopolies Act*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 6, n. 30, 1971, p. 1705
136. PANAGARIYA, A., *India: The emerging Giant*, Oxford University Press, 2010, Oxford.
137. PANANDIKER, V.A.P., MEHRA, A.K., *The Indian Cabinet. A Study*, in *Governance*, Kornak Publishers, 1996, New Delhi.
138. PANIKKAR, K.M, *A Survey of Indian History*, Asia Publishing House, 1954, Calcutta.
139. PAPADOPOULOS, A.S., *The International Dimension of EU Competition Law and Policy*, Cambridge University Press, 2010, New York.
140. PARANJAPPE, H.K., *The MRTTP Amendment Bill: A Trojan Horse*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 19, n. 17, 1984, p. 716.
141. PARLIAMENT OF INDIA - *Parliamentary Standing Committee on Home Affairs, Ninety-Third Report on The Competition Bill*, 2001, 23 Agosto 2002, disponibile presso il sito: http://www.prsindia.org/uploads/media/1167471748/bill73_2007050873_Standing_Committee_Report_on_Competition_Bill_2001.pdf.
142. PARTHASARATHY, S., *Competition Law in India*, in F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *International Encyclopaedia of Competition Law*, Wolters Kluwer Law, 2014, The Hague, p. 31.
143. PERITZ, R.J., *Competition Policy in America – 1888 – 1992 – History, Rhetoric, Law*, Oxford University Press, 1996, Oxford.
144. PERITZ, R.J., *The Rule of Reason in Antitrust Law: Property Logic in Restraint of Competition*, in *The Hasting Law Journal*, 1989, n. 2, p. 316.
145. PETERSMANN, E.U., *International Competition Rules for Governments and for Private Business: A “Trade Law Approach” for Linking Trade and Competition Rules in the WTO*, in *Chicago Kent Law Review*, 1996-1997, n. 72, p. 546.

146. PRIEST, G.L., *Competition Law in Developing Nations – The Absolutist View*, in D.D. SOKOL, T.K. CHENG, I. LIANOS, *Competition Law and Development*, Stanford University Press, 2013, Stanford, p. 79 e ss.
147. RAI, S., *Regulation of Cartels in India*, in *World Competition*, Vol. 35, Issue 2, 2012, p. 233
148. RAMAPPA, T., *Competition Law in India*, Oxford University Press, 2014, New York, p. 16.
149. RAMPILLA, N.R., *A developing judicial perspective to India's Monopolies and Restrictive Trade Practices Act of 1969*, in *The Antitrust Bulletin*, n. 43, 1989, p. 664.
150. RATNA, G.R., *The Indian Constitution: A Case Study of Backward Classes*, Associated University Press, 1971, New Jersey.
151. RAY, K.G., *The forgotten Managing Agency System: a nineteenth century model of Indian corporate governance*, in *Social Responsibility Journal*, Vol. 5, n. 1, 2005, p. 117;
152. RAY, S.K., *The Indian economy*, Prentice-Hall of India Ltd, 2007, New Delhi.
153. REPORT OF HIGH LEVEL COMMITTEE ON COMPETITION POLICY – S.V.S. RAGHAVAN, Maggio 2001, disponibile al seguente indirizzo internet: https://theindiancompetitionlaw.files.wordpress.com/2013/02/report_of_high_level_committee_on_competition_policy_law_svs_raghavan_comittee.pdf.
154. ROBINSON, N., *Expanding Judiciaries: India and the Rise of the Good Governance Court*, in *Washington University Global Studies Law Review*, 2009, Vol. 8, n. 1, p. 8.
155. RODRIK, D., *Goodbye Washington Consensus, Hello Washington Confusion? A Review of the World's Bank Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade of Reform*, in *Journal of Economic Literature*, Vol. 44, n. 4, 2006, p. 973.
156. RODRIK, D., SUBRAMANIAN, A., *From "Hindu Growth" to Productivity Surge: The Mystery of the Indian Growth Transition*, in *International Monetary Fund Staff Papers*, Vol. 52, n. 2, 2005.
157. RUSHDIE, S., *Midnight's Children*, Jonathan Cape Ltd., 1980, Londra.
158. SACCO, R., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n. 1, 1991.
159. SAHARAY, H.K., *The Constitution of India: An Analytical Approach*, Eastern Law House, 2002, New Delhi.

160. SAJAL, M., *Trade, the WTO and Energy Security, Mapping the Linkages for India*, Springer, 2014, Heidelberg.
161. SANDESARA, J.C., *Restrictive Trade Practices in India, 1961-1991: Experience of Control and Agenda for Further Work*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 29, n. 32, 1994, p. 2083.
162. SAPAHIA, R., PRASAD, G.D., *A Bill for induction of "collective dominance" to section 4 of India's Competition Act: progress with caution*, in *European Law Review*, Issue 8, 2015, p. 339.
163. SCHWEITZER, H., *The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC*, in C.D. EHLERMANN, M. MARQUIS, *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Hart Publishing, 2008, Oxford.
164. SETAVALD, M.C., *The Common Law in India*, Stevens & Sons Limited, 1960, Londra.
165. SIK, O., *Socialist Market Relations and Planning*, in C.H. FEINSTEIN, *Socialism, Capitalism & Economic Growth*, Cambridge University Press, 1969, New York.
166. SINGH, A., *Law of Monopolies, Restrictive and Unfair Trade Practices*, Eastern Book Company, Third Edition, 1993, Lucknow.
167. SINGH, K., BERY, S., *India's Growth Experience*, in W. TSENG, D. COWEN, *India and China's Recent Experience with Reform and Growth*, Palgrave Macmillan, 2005, Basingstoke.
168. SINGH, R., *India's Tryst with "the Clayton Act Moment" and Emerging Merger control Jurisprudence – Intersection of Law, Economics and Politics*, in D.D. SOKOL, T.K. CHANG, I. LIANOS, *Competition Law and Development*, Stanford University Press, 2013, Stanford, p. 249.
169. SINGH, R., *Shifting Paradigms, Changing Contexts: Need for a New Competition Law in India*, in *Journal of Corporate Law Studies*, Vol. 8, Issue I, p. 149.
170. SINGH, V.K., *Competition Law and Policy in India: The Journey in a Decade*, in *NUJS Law Review*, Vol. 4, 2011, p. 524.
171. SMITH, A.M., *Making itself at Home – Understanding Foreign Law in Domestic Jurisprudence: The Indian Case*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2006, Vol. 24, n. 1, p. 218.
172. STEIN, B., ARNOLD, D., *A History of India*, Wiley-Blackwell, 2010, Oxford.

173. STIGLITZ, E.G., *Globalization and its Discontent*, W.W. Norton, 2002, New York.
174. TAYLOR, M.D., *International Competition Law: A New Dimension for the WTO?*, Cambridge University Press, 2006, New York.
175. TIMBERG, T., *Why is India Shining? An Aristotelian Approach*, in *Economic and Political Weekly*, Vol. 39, Issue 39, 2004, p. 4325.
176. TOFFOLETTI, L., *Progresso tecnico e bilanciamento di interessi nell'applicazione dei divieti antitrust*, Giuffrè, 2009, Milano.
177. TRACHTMAN, J.P., *The Wto and development policy in China and India*, in M. SORNARAJAH, J. WANG, *China, India and The International Economic Order*, Cambridge University Press, 2010, New York, p. 17.
178. UNCTAD, *Effectiveness of capacity-building and technical assistance extended to young competition agencies*, 2011, reperibile sul sito: http://unctad.org/en/Docs/ciclpd11_en.pdf.
179. VAN BAEL, I., BELLIS, J.F., *Competition Law of the European Community*, V ed., Kluwer Law International, 2010, The Hague.
180. VAN DEN BOSSCHE, W. ZDOUC, *The Law and Policy of The World Trade Organization – Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2013, III ed., New York.
181. VARSHNEY, A., *Democracy, Development and the Countryside: Urban-Rural Struggles in India*, Cambridge University Press, 1995, Cambridge.
182. VARSHNEY, A., *India's Democratic Challenge*, in *Foreign Affairs*, Vol. 86, n. 2, 2007, p. 97.
183. VAROTTIL, U., *The Evolution Of Corporate Law In Post-Colonial India: From Transplant To Autochthony*, in *Nation University of Singapore Law Review*, Working Paper 2015/001, gennaio 2015, p. 72.
184. VASAPOLLO, L., *La crisi del capitale – manuale di economia applicata: la mondializzazione capitalista*, Jaka Book, 2009, Milano.
185. VICENT, J.C.M., *Legal culture and legal transplants. The evolution of the Indian legal system*, in J.A. SÀNCHEZ CORDERO, *Reports to the XVIII International Congress of Comparative Law*, in *Isaidat Law Review*, Vol 1, Special Issue 1, Article 14, 2011.
186. VOGEL, L., *European Competition Law*, LawLex, 2015, Parigi.
187. WAELBROECK, D., FOSSELAND, D., *Should the Decision-Making Power in EC Antitrust Procedures be left to an Independent Judge? – The Impact of the European Convention of Human Rights on EC Antitrust Procedures*, in *Yearbook of European Law*, Oxford University Press, 1995, Oxford, p. 111;

188. WANG, X., SU, J., *Competition Law in China*, Kluwer Law International, 2014, The Hague.
189. WHISH, R., BAILEY, D., *Competition Law*, Oxford University Press, 2015, Oxford.
190. WHISH, R., BAILEY, D., *Regulation 330/2010: The Commission's new block exemption for vertical agreements*, in *Common Market Law Review*, 2010, Vol. 47, Issue 6, p. 1757.
191. WHISH, R., *New Competition Jurisdictions – Shaping Policies and Building Institutions*, Edward Elgar Publishing, 2012, Cheltenham.
192. WILLIAMSON, J., *A short History of the Washington Consensus*, disponibile su http://www.iie.com/publications/papers/williamson_0904-2.pdf.
193. WILLIAMSON, J., *The Progress of Policy Reform in Latin America*, Institute for International Economics, Policy Analyses in International Economics series, 1990.
194. WILS, W.P.J., *The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis*, in *World Competition*, Vol. 27, Issue 2, 2004, p. 201.
195. WORLD BANK - COMMISSION ON GROWTH AND DEVELOPMENT (M. SPENCE, Chairman), *The Growth Report: Strategies for sustained Growth and Inclusive Development*, disponibile su: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/6507/449860PUB0Box3101OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf?sequence=1>.
196. WORLD BANK, *2015 World Development Indicators, 2015*, disponibile presso il seguente sito internet: http://data.worldbank.org/country/india#cp_wdi.
197. WTO – WORKING GROUP ON THE INTERACTION BETWEEN TRADE AND COMPETITION POLICY, *Report on the meeting of 23-24 April 2002*, disponibile sul sito: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(\(@Symbol=W T/WGTCP/M/*\)+AND+\(@Title=Working+Group+on+the+Interaction+between+Trade+AND+@Title=Competition+Policy\)\)&Language=ENGLISH&Context=QuerySearch&btsType=&SourcePage=FE_B_007&&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=((@Symbol=W T/WGTCP/M/*)+AND+(@Title=Working+Group+on+the+Interaction+between+Trade+AND+@Title=Competition+Policy))&Language=ENGLISH&Context=QuerySearch&btsType=&SourcePage=FE_B_007&&languageUIChanged=true#).
198. WTO LEGAL AFFAIRS DIVISION, *WTO Analytical Index, Vol. I – Guide to WTO Law and Practice*, Cambridge University Press, 2007, New York.
199. XU, Y., *The Political Economy of State-owned Enterprises in China and India*, Palgrave Macmillan, 2012, UK.

200. ZHENG, W., *Transplanting Antitrust in China: Economic Transition, Market Structure and State Control*, in *Journal of International Law*, Vol. 32, n. 2, 2010, p. 692.
201. ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press, 1998, Oxford.

GIURISPRUDENZA E CASI CITATI

1. CCI, Combination Registration n. C-2012/09/78, *Century Tokyo/Tata Capital*, approvata in data 4 ottobre 2012.
2. CCI, MRTP C-127/2009/DGIR4/28, *Varca Druggist & Chemist & Ors. vs. Chemists and Druggists Association, Goa*, dell'11 giugno 2012.
3. CCI, Order n. 61/2012, *Indian Foundation of Transport Research and Training vs. All India Motor Transport Congress*, 16 febbraio 2015.
4. CCI, Order n. C-87/2009, *Vedant Bio Sciences vs Chemists & Druggists Association of Baroda*, 5 settembre 2012.
5. CCI, Order n. 1/2009, *FICCI - Multiplex Association of India vs United Producers/ Distributors Forum & Ors.*, del 25 maggio 2011.
6. CCI, Order n. 13/2009, *MCX Stock Exchange Ltd. vs. National Stock Exchange of India Ltd.*, 23 giugno 2011.
7. CCI, Order n. 13/2011, *Manappuram Jewellers Pvt. Ltd., Thrissur, Kerala vs Kerala Gold & Silver Dealers Association, Thrissur, Kerala & Ors.*, del 23 aprile 2012.
8. CCI, Order n. 13/2013, *M/s Three D Integrated Solutions Ltd. vs M/s VeriFone India Sales Pvt. Ltd.*, del 10 aprile 2015.
9. CCI, Order n. 19/2010, *Belaire Owner's Association vs. DLF Limited*, del 12 agosto 2011.
10. CCI, Order n. 20/2011, *M/s Santuka Associates Pvt. Ltd. vs All India Organization of Chemists and Druggists and Ors.*, 19 febbraio 2013.
11. CCI, Order n. 24/2011, *Shri Sonam Sharma vs Apple Inc. USA & Ors.*, del 19 marzo 2013.

12. CCI, Order n. 3/2011, *Shri Shamsher Kataria vs. Honda Siel Cars India Ltd. & a.*, 25 agosto 2014.
13. CCI, Order n. 30, *M/s Peeveear Medical Agencies, Kerala vs All India Organization of Chemists and Druggists and Ors.*, del 9 dicembre 2013.
14. CCI, Order n. 36/2011, *M/s Kansan News Pvt. Ltd. vs M/s Fastway Transmission Pvt. Ltd. & Ors.*, del 3 luglio 2012.
15. CCI, Order n. 38/2011, *Indian Sugar Mills Association vs. Indian Jute Mills Association*, del 3 novembre 2014.
16. CCI, Order n. 39/2012, *Mr. Ramakant Kini vs Dr. L.H. Hiranandani Hospital, Powai, Mumbai*, del 5 febbraio 2014.
17. CCI, Order n. 40/2011, *HT Media Limited & M/s Super Cassettes Industries Limited*, dell'1 ottobre 2014.
18. CCI, Order n. 41/2011, *M/s Sandhya Drug Agency vs Assam Drug Dealers Association and Ors.*, del 9 dicembre 2013.
19. CCI, Order n. 43/2013, *M/s Shivam Enterprises vs Kiratpur Sahib Truck Operators Co-operative Transport Society Limited & Ors.*, del 4 febbraio 2015.
20. CCI, Order n. 49/2012, *N. SanjeevaRao vs. Andhra Pradesh Hire Purchase Association*, del 5 febbraio 2013.
21. CCI, Order n. 56/2012, *M/s Atos Worldline India Pvt. Ltd. vs M/s Verifone India Sales Pvt. Ltd. and Ors.*, del 10 aprile 2015.
22. CCI, Order n. 68/2013, *Shri Ghanshyam Das Vij Vs. M/s Bajaj Corp. Ltd. & Others*, del 12 ottobre 2015.
23. CCI, Order n. 8/2014, *M/s GHCL Limited vs M/s Coal India Limited & Ors.*, del 16 febbraio 2015.

24. CCI, Order n. 88/2013, *M/s Sai Wardha Power Company Ltd. vs M/s Western Coalfields Ltd. & Ors.*, del 27 ottobre 2014.
25. CCI, Orders nn. 5-7/2013, *Madhya Pradesh Power Generating Company Limited vs M/s South Eastern Coalfields Ltd.*, del 15 aprile 2014.
26. CCI, Suo Moto Cases nn. 64/2010 e 12/2011, *Arshiya Rail Infrastructure Limited (ARIL) vs. Ministry of Railways*, del 14 agosto 2012.
27. CCI, Suo-Moto Case n. 02/2011, *Aluminium Phosphide Tablets Manufacturers*, del 23 aprile 2012.
28. CCI, Suo-Moto Case n. 02/2011, *Aluminium Phosphide Tablets Manufacturers*, del 23 aprile 2012.
29. CCI, Suo-Moto Case n. 03/2011, *Suo-motu case against LPG cylinder manufacturers*, del 6 agosto 2014.
30. Commissione Europea, 13 settembre 2007, *DaimlerCrysler*, G.U.U.E. 2007, L 317/76; *Fiat*, G.U.U.E. 2007, L 332/77; *Toyota*, in G.U.U.E. 2007, L 329/52; *Opel*, G.U.U.E. 2007, L 340/44.
31. COMPAT, Appeals nn. 20, 22, 19, 23, 12, 20/2011 e 8, 9, 11, 29/2013, *DFL Limited vs. Competition Commission of India*, 19 maggio 2014.
32. COMPAT, Appelli Riuniti 21-65/2012 avverso Order n. 3/2011, *M/s International Cylinder (P) Ltd e a. vs. Competition Commission of India*, del 20 dicembre 2013.
33. COMPAT, Appello n. 20/2012 avverso Order n. 43/2011, *M/s. DLF Limited vs. Competition Commission of India*, del 25 febbraio 2013.
34. COMPAT, Appello n. 79/2012 avverso Order n. 2/2011, *M/s. Excel Crop Care Limited vs. Competition Commission of India*, del 29 ottobre 2013.

35. Corte di Giustizia UE (Grande Camera), 28 giugno 2005, *Dansk Rørindustri A/S e a. vs. Commissione*, in Cause Riunite C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P and C-213/02 P, in Racc. 2005, p. I-05425.
36. Corte di Giustizia Ue, 22 ottobre 1986, *Metro-SB-Großmärkte GmbH vs. Commissione*, in C-75/84, in Racc. p. I-3021.
37. Corte di Giustizia Ue, 28 gennaio 1986, *Pronuptia de Paris GmbH vs. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*, in C-161/84, in Racc. 1986 -00353.
38. Corte di Giustizia, 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche vs. Commissione*, in C-85/76, in Racc. 1979, p. 461.
39. Corte di Giustizia, 23 aprile 1991, *Höfner and Elser vs. Macroton GmbH*, in C-41/90, in Racc. I-1979, 1991.
40. Corte di Giustizia, 28 settembre 1988, *Wood Pulp*, cause riunite 89, 104, 114, 116, 117 e 125-129/85, in Racc. 1988, p. 5193.
41. High Court of Madras, 30.3.2004, *Madras Bar Association v. Union of India*, [2004] 1 20 Comp Cas 510 (Mad).
42. PANEL REPORT, *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, 6 Aprile 1999, disponibile presso il sito: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds90_e.html.
43. REPORT OF THE APPELLATE BODY, *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, 23 Agosto 1999, consultabile presso il sito internet al seguente indirizzo: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/90abr.pdf.
44. Supreme Court of India, *Brahm Dutt vs. Union of India*, 20 maggio 2005, Writ Petition (civil) 490/2003, (2005) 2 scc 431.

45. Supreme Court of India, *Hindustan Lever Employeers' Union Vs. Hindustan Lever Ltd. and Ors.*, SCR 723, 24.10.1994.
46. Supreme Court of India, *M/S Haridas Exports Vs. All India Float Glass MRFS. ASSN. & ORS.*, 2002 AIR 2728, 2002(1) Suppl. SCR 229, 2002(6) SCC 600, 2002(5) SCALE253, 2002(5) JT 253.
47. Supreme Court of India, *Tata Engineering & Locomotive Co. Ltd. Bombay vs. The Registrar of the Restrictive Trade Agreement*, New Delhi, 21.1.1977, 2 SCC 55.
48. Supreme Court of the United States, *Leegin Creative Leather Products Inc. v. Psks Inc.*, 557 U.S. 877 (2007).
49. Supreme Court of United States, *Chicago Board of Trade v. United States*, 246, U.S. 238 (1917).
50. Supreme Court of United States, *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36.
51. Supreme Court of United States, *Continental Television v. GTE Sylvania*, 433 U.S. 36 (1977).
52. Supreme Court of United States, Dissenting Opinion - Justice Scalia, Justice O'Connor, Justice Thomas, *Eastman Kodak v. Image Technical Servs.* (90-1029), 504 U.S. 451 (1992).
53. Supreme Court of United States, *Eastman Kodak Company v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992).
54. Supreme Court of United States, *United States Vs. Aluminium Co. of America*, 148, F.2d 416, 443-444.
55. Tribunale dell'Unione Europea, 6 ottobre 1994, *Tetra Pak International SA vs. Commissione*, in Racc. 1994, p. II-00755.

56. Tribunale di Primo Grado CE, 25 Marzo 1999, *Gencor Ltd.*, causa T-102/96, , in Racc. 1999 II-00753.
57. Tribunale di primo grado, 10 marzo 1992, *Societa Italiana Vetro S.p.a. vs. Commissione*, in Cause riunite t-68/89, t-77/89 e t-78/89, in Racc. 1992, p. II-1403.
58. WTO, *Panel Report on India – Measures affecting the Automotive Sector*, WT/DS146R, WT/DS175/R, par. 7.270, consultabile presso il sito internet: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds146_e.htm.

FONTI NORMATIVE

1. CCI - *Procedure in regard to the transaction of business relating to combinations - Regulations n. 3/2011*, dell'11 maggio 2011, disponibili all'indirizzo internet: http://www.cci.gov.in/sites/default/files/regulation_pdf/cjuly2015_0.pdf.
2. CCI - Regulations n. 4/2009 (Lesser Penalty Regulations), disponibile all'indirizzo: http://www.cci.gov.in/sites/default/files/regulation_pdf/regu_lesser.pdf.
3. COMMISSIONE EUROPEA, *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)*, in GUUE n. C 368 del 22/12/2001 pag. 0013 – 0015.
4. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione relativa all'immunità dalle ammende o alla riduzione del loro importo nei casi di cartelli tra imprese*, in G.U.U.E. C 298/17, dell'8 dicembre 2006.
5. COMMISSIONE EUROPEA, *Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, in G.U.U.E. C 11/01, del 14 gennaio 2011.
6. COMMISSIONE EUROPEA, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato*, in G.U.U.E. n. C 101, del 27 aprile 2004.
7. COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003*, in G.U.U.E. C 210/2 del 1° settembre 2006).
8. COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, in G.U.U.E. C 45, 24 febbraio 2009.
9. COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, 10 maggio 2015, in G.U.U.E. C 130/1 del 19 maggio 2010.
10. Regolamento n. 330/2010 della Commissione, del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in G.U.U.E. L 102/1, del 23 aprile.
11. Regolamento n. 461/2010 della Commissione, del 27 maggio 2010, sull'applicazione dell'art. 101(3) del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate nel settore automobilistico, in G.U.U.E. L 129/52 DEL 28 maggio 2010.

12. The Indian Evidence Act, n. 1/1872, disponibile sul sito:
<http://ncw.nic.in/Acts/THEINDIAN EVIDENCEACT1872.pdf>.

RINGRAZIAMENTI

Desidero innanzitutto ringraziare il Chiar.mo Professore Vincenzo Meli, non solo per le ore dedicate alla correzione della presente tesi, ma soprattutto per avermi – con la sua guida umana e accademica – insegnato tutto ciò di cui oggi posso vantarmi di conoscere.

Desidero, altresì, sentitamente ringraziare il Chiar.mo Professore Michele Perrino, per avermi offerto la preziosa opportunità di entrare a far parte dei suoi collaboratori.

Tra le strutture, vorrei volgere un ringraziamento all'Università degli Studi di Palermo e, in particolare, al Dipartimento di Giurisprudenza, così come al Max Plank Institut für Innovation und Wettbewerb di Monaco di Baviera, le cui risorse sono state determinanti per lo studio e la redazione del presente lavoro.

Vorrei, altresì, ringraziare quanti, nel corso del mio ultimo anno di dottorato al Max Plank, hanno saputo offrirmi un utile punto di vista per la soluzione dei numerosi dubbi interpretativi che il tema trattato poneva e, in particolare, il dott. Vikas Kathuria e le dott.sse Selva Kaynak, Sofia Filgueiras e Natacha Estéves.

Infine, un ringraziamento speciale va alla mia famiglia, per il sostegno formidabile che sempre mi ha riconosciuto, e a Martina, senza la cui forza questo lavoro non avrebbe visto la luce.