

Matricola n. 0000628018

**ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA**

SCUOLA DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA

FRA CONCORRENZA E COOPERAZIONE

**LA SOCIETÀ BENEFIT COME UN'OPPORTUNITÀ PER
RIPENSARE L'APPROCCIO DEL DIRITTO ANTITRUST
NEI CONFRONTI DELLA COOPERAZIONE E DEL
BILANCIAMENTO DI INTERESSI PUBBLICI**

Tesi di laurea in DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Relatore

Prof. Giacomo Di Federico

Presentata da

Dario Chiari

Correlatore

Prof. Gianluca Guerrieri

**Sessione II
Anno Accademico 2015/2016**

“The Benefit Corporation is an experiment, and it is too soon to know how it will fare. My guess is that it will be a big success, because it can inspire loyalty, cooperation and real purpose, which helps to create profits, too.”

[Robert Shiller, Premio Nobel per l'economia nel 2013]

INDICE

INTRODUZIONE	9
--------------	---

CAPITOLO 1 - GOVERNO D'IMPRESA E DIRITTO DELLA CONCORRENZA IN UN APPROCCIO DI VARIETÀ DI CAPITALISMO

1. UNA PANORAMICA SULLA VARIETÀ DI CAPITALISMO	11
1.1. SISTEMA FINANZIARIO	14
1.2. STRUTTURA INTERNA DELL'IMPRESA	15
1.3. EDUCAZIONE PROFESSIONALE	16
1.4. RELAZIONI FRA IMPRESE	17
1.5. ECONOMIE IBRIDE DI MERCATO	18
2. GOVERNO D'IMPRESA	21
2.1. IL MODELLO SHAREHOLDER	25
2.2. IL MODELLO STAKEHOLDER	30
2.3. LA SITUAZIONE ITALIANA	33
2.3.1. <i>Modello Tradizionale</i>	34
2.3.2. <i>Modello Dualistico</i>	36
2.3.3. <i>Modello Monistico</i>	37
3. DIRITTO DELLA CONCORRENZA	38
3.1. LA SCUOLA DI CHICAGO	42
3.2. LA TEORIA ORDOLIBERISTA	46
3.2.1. <i>Influssi ordoliberalisti nelle decisioni della Commissione Europea</i>	52
3.2.2. <i>Influssi ordoliberalisti nelle sentenze delle Corti di Giustizia</i>	56
3.3. DA FRIBURGO A CHICAGO: RECENTI CAMBIAMENTI NEL DIRITTO ANTITRUST EUROPEO	63
CONCLUSIONI: RELAZIONE FRA CORPORATE GOVERNANCE E DIRITTO ANTITRUST	71

CAPITOLO 2 - LA PROGRESSIVA AFFERMAZIONE DI NUOVE FATTISPECIE DI CORPORATE GOVERNANCE: B CORP, BENEFIT CORPORATION E SOCIETÀ BENEFIT

INTRODUZIONE	75
1. CRITICHE AL MODELLO SHAREHOLDER	77
2. STATI UNITI E L’AFFERMAZIONE DELL’IMPRENDITORIALISMO SOCIALE	84
2.1. CONTESTO SOCIO-ECONOMICO	84
2.2. CONTESTO GIURIDICO	86
2.2.1. <i>La giurisprudenza a sostegno del modello shareholder</i>	86
2.2.2. <i>La normativa: nuovi modelli di corporate governance</i>	90
3. BENEFIT CORPORATION	93
3.1. ORIGINE E DIFFERENZE CON LE B CORP	93
3.2. LA NORMATIVA	97
3.2.1. <i>Il Public Purpose</i>	98
3.2.2. <i>Obblighi e Responsabilità degli Amministratori</i>	100
3.2.3. <i>Trasparenza: Annual Benefit Report e Third-Party Standard</i>	105
3.3. I PROFILI PROBLEMATICI DEL MODEL ACT	108
4. EUROPA: AFFERMAZIONE DELLE B CORP E NASCITA DELLE SOCIETÀ BENEFIT	112
4.1. IMPRENDITORIALISMO SOCIALE EUROPEO: IMPORTANZA DEL TERZO SETTORE	112
4.2. SUPERAMENTO DELLA DICOTOMIA FOR-PROFIT/NO-PROFIT: B CORP E SOCIETÀ BENEFIT	117
4.3. COLLEGAMENTI CON LA RESPONSABILITÀ SOCIALE D’IMPRESA E LA RENDICONTAZIONE NON-FINANZIARIA	118
5. LA LEGGE ITALIANA SULLE SOCIETÀ BENEFIT	122
5.1. NORMATIVA E PROFILI PROBLEMATICI	124
5.1.1. <i>Beneficio Comune</i>	124
5.1.2. <i>Soggetti Idonei a Divenire Società Benefit</i>	128
5.1.3. <i>Obblighi e Responsabilità degli Amministratori</i>	131
5.1.4. <i>Obblighi di trasparenza</i>	136
5.1.5. <i>Novità: il Controllo dell’AGCM</i>	138
5.1.6. <i>Profili Problematici</i>	140
CONCLUSIONI: UNA MODIFICA NEI VALORI	146

**CAPITOLO 3 - FRA CONCORRENZA E
COOPERAZIONE: CERCANDO UN NUOVO
EQUILIBRIO?**

INTRODUZIONE	149
1. CONCORRENZA E COOPERAZIONE NELL'ATTUALE SISTEMA ECONOMICO	153
1.2. CRITICHE ALL'IMPOSTAZIONE VIGENTE	161
2. CERCANDO UN NUOVO EQUILIBRIO	171
2.1. SITUAZIONE OLANDESE	171
2.2. POSSIBILITÀ PER LA COMMISSIONE EUROPEA	176
2.4. IMMAGINANDO ALTRE SOLUZIONI	184
CONCLUSIONI: TORNARE A FRIBURGO O INTRAPRENDERE UN NUOVO PERCORSO?	187
CONCLUSIONI	189
RINGRAZIAMENTI	191
BIBLIOGRAFIA	193
SITOGRAFIA	217

INTRODUZIONE

Nel dicembre del 2015, l'Italia è divenuta il secondo paese al mondo, dopo gli Stati Uniti, a dare forma giuridica alle “*Benefit Corporation*”, che nel nostro ordinamento prendono il nome di “Società Benefit”. Le Società Benefit possono essere considerate una rivoluzione nell’ambito della *corporate governance* in quanto ne modificano alcuni degli elementi fondamentali. Le attività economiche che adottano il modello di Società Benefit scelgono di non operare solo per il proprio profitto, ma di perseguire uno o più obiettivi sociali e/o ambientali, operando in un costante bilanciamento degli interessi dei vari *stakeholder*. Si tratta di una scelta che permette alle imprese di assumere un diverso ruolo all’interno della società, responsabilizzando la propria attività e partecipando attivamente al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Il fenomeno si basa, inoltre, sul presupposto che, per raggiungere gli obiettivi di beneficio comune, la cooperazione fra imprese possa essere preferibile alla sola concorrenza.

Utilizzando gli studi sulla Varietà di Capitalismo, il primo capitolo esamina come il contesto culturale, economico e normativo condizioni incisivamente la concezione del governo d’impresa e del diritto antitrust, delle quali si evidenzia, in seguito, una possibile correlazione. Nelle Economie Coordinate di Mercato, infatti, le imprese adottano un modello *stakeholder* di *corporate governance* e tendono a fare maggior affidamento sulla cooperazione rispetto a quelle delle Economie Liberali di Mercato, che, invece, utilizzano un modello *shareholder* e operano in un contesto altamente concorrenziale. Recenti studi hanno ipotizzato che la trasformazione del diritto della concorrenza, avviata dalla Commissione

Europea, per passare da una tradizione ordoliberalista a una concezione neoliberale ispirata alla Scuola di Chicago, potrebbe indebolire alcune delle caratteristiche fondamentali delle Economie Coordinate di Mercato.

Partendo da questa ipotesi, in questa tesi si cerca di analizzare la relazione inversa: può una trasformazione radicale dell'attività imprenditoriale e, conseguentemente, della *corporate governance* influenzare l'interpretazione e l'applicazione del diritto antitrust? Per rispondere a questo interrogativo, il secondo capitolo introduce il concetto di imprenditorialismo sociale nelle diverse sfaccettature europee e statunitensi. In questo modo si spiega la nascita e la necessità di nuovi modelli di governo d'impresa, quali la legislazione statunitense sulla *Benefit Corporation* e quella italiana sulla Società Benefit.

Il terzo capitolo approfondisce la tematica del rapporto fra Società Benefit e diritto antitrust, partendo da una descrizione del ruolo della concorrenza e della cooperazione nell'attuale sistema economico. Criticando l'impostazione prevalente secondo cui gli operatori economici sono (e devono essere) agenti *self-interested* e il bilanciamento fra restrizioni della concorrenza e perseguimento di interessi pubblici non è permesso, il capitolo ipotizza, sulla base di elementi empirici, che il diritto della concorrenza, come interpretato correntemente, possa costituire un rilevante disincentivo o, perfino, un ostacolo al conseguimento di benefici comuni tramite pratiche di collaborazione fra imprese. Nella conclusione, al fine di incoraggiare un diverso ruolo dell'attività d'impresa nella società e per trarre beneficio dai risultati che le pratiche cooperative sono in grado di apportare, la tesi propone alcuni cambiamenti che potrebbero essere effettuati nel rispetto della legislazione esistente e altri che, invece, necessitano di un processo legislativo.

CAPITOLO 1 - GOVERNO D'IMPRESA E DIRITTO

DELLA CONCORRENZA IN UN APPROCCIO DI VARIETÀ

DI CAPITALISMO

1. UNA PANORAMICA SULLA VARIETÀ DI CAPITALISMO

La teoria sulla Varietà di Capitalismo (VoC - *Varieties of Capitalism*) cerca di individuare gli elementi normativi, culturali e istituzionali che hanno permesso uno sviluppo diversificato del capitalismo. La teoria è stata avanzata in modo organico nel 2001 dagli economisti Peter A. Hall e David Soskice, con la pubblicazione di “*Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*”.¹ Lo studio propone un modello per analizzare come le imprese, attori fondamentali delle economie capitalistiche, risolvono i loro problemi di coordinamento. La premessa della teoria è che il comportamento delle imprese è influenzato dalla presenza di istituzioni, intese sia come organizzazioni, sia come insieme di regole formali e informali che gli operatori economici rispettano per ragioni normative, cognitive o materiali.² Tali istituzioni sono modellate e

¹ Peter A Hall e David Soskice, *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage* (OUP Oxford 2001). Nonostante il loro sia stato il primo studio organico sulla materia, vi sono pubblicazioni precedenti che seguono la stessa linea di ragionamento e, come ammesso dagli stessi autori, sono stati spunto di ispirazione per il loro lavoro. A proposito v. Michel Albert, *Capitalism vs. Capitalism* (Four Walls Eight Windows 1993); J Rogers Hollingsworth e Robert Boyer, *Contemporary Capitalism: The Embeddedness of Institutions* (Cambridge University Press 1997); Colin Crouch e Wolfgang Streeck, *Political Economy of Modern Capitalism: Mapping Convergence and Diversity* (Cambridge University Press 1997); Richard Whitley, *Divergent Capitalisms: The Social Structuring and Change of Business Systems* (OUP Oxford 1999).

² Hall e Soskice (n 1), 9 definiscono le istituzioni in questi termini: ‘institutions as a set of rules, formal or informal, that actors generally follow, whether for normative, cognitive, or material reasons, and organizations as durable entities with formally recognized members, whose rules also contribute to the institutions of the political economy.’

influenzate non solo da norme legali, ma anche dalla cultura, la storia e le caratteristiche di un paese.³ Analizzando e comparando come le aziende riescono a risolvere i loro problemi di coordinamento in “sfere” (sistema finanziario, governo d’impresa, formazione professionale e relazioni fra imprese), lo studio individua due principali gruppi di nazioni con caratteristiche simili.

Da una parte vi sono le Economie Liberali di Mercato (LME - *Liberal Market Economies*), dove le imprese operano in un contesto altamente competitivo sulla base di contratti formali e relazioni indipendenti:⁴ la cooperazione fra imprese è scarsa e disincentivata mentre la concorrenza è il principio cardine del sistema e detta le regole su come le imprese devono operare nel mercato; il sistema finanziario è altamente sviluppato e influenza considerabilmente l’attività d’impresa;⁵ le relazioni interne sono instaurate in base a gerarchie tramite cui gli azionisti rivestono un ruolo predominante, mentre i lavoratori non partecipano al processo decisionale e vengono spesso visti come strumento per il raggiungimento del fine ultimo dell’impresa che coincide con l’arricchimento dei suoi azionisti. Rientrano generalmente nella categoria gli Stati Uniti e Gran Bretagna, spesso presi come modelli di LME, oltre all’Australia, il Canada, l’Irlanda e la Nuova Zelanda.⁶ Tali paesi sono, in oltre, accomunati da un sistema legislativo di *common law* e da una politica economica ispirata a principi liberisti.⁷

Dalla parte opposta, lo studio colloca le Economie Coordinate di Mercato (CME - *Coordinated Market Economies*) che si basano su relazioni

³ ibid, 12-13.

⁴ ibid, 8 ‘In liberal market economies, firms coordinate their activities primarily via hierarchies and competitive market arrangements.’

⁵ Pietro Genco, *Corporate Governance: Sistemi E Strutture Di Governo Dell’impresa* (G Giappichelli Editore 2014), 60.

⁶ Hall e Soskice (n 1), 18.

⁷ Genco (n 5), 72.

informali in un ambiente più collaborativo che concorrenziale: le imprese ottengono finanziamenti, più frequentemente, dalle banche invece che dal mercato e possono soffermarsi su strategie di lungo periodo;⁸ le società non vengono viste solo come strumento per massimizzare il profitto degli azionisti, ma sono intese anche come comunità di persone. Infatti, alcuni *stakeholder* partecipano direttamente alle decisioni dell'impresa, mentre altri sono tutelati indirettamente.⁹ Paesi come la Germania, modello di CME, Austria, Belgio, Danimarca, Olanda, Norvegia, Svezia e Svizzera generalmente rientrano in questa categoria.¹⁰ Queste nazioni hanno in comune un sistema legislativo di *civil law* a ispirazione germanica o nordica e una politica economica fortemente influenzata dalla teoria dell'economia sociale di mercato.¹¹

Questo capitolo analizzerà approfonditamente solo due aspetti delle quattro sfere presentate dagli studi di VoC, la *corporate governance* e le relazioni fra imprese, cercando di instaurare fra loro una correlazione. È tuttavia importante iniziare da una panoramica generale delle caratteristiche dei due modelli presentando le quattro sfere di analisi degli studi sulla VoC.

⁸ Hall e Soskice (n 1), 14 'In coordinated market economies in particular, many firms develop relationships with other firms, outside actors, and their employees that are not well described as either market-based or hierarchical relations but better seen as efforts to secure cooperative outcomes among the actors using a range of institutional devices that underpin credible commitments.'; Cfr. anche Genco (n 5), 70.

⁹ Genco (n 5), 61 'Il secondo modello di corporate governance, proprio dell'Europa continentale, in cui vige la civil law, è rappresentato, invece, dai sistemi basati sulle relazioni, in cui l'impresa viene solitamente identificata con i soggetti che in essa contribuiscono a vario titolo (community), ad esempio una famiglia, una comunità locale, i lavoratori.'

¹⁰ Hall e Soskice (n 1), 18; Albert (n 1), 18.

¹¹ Genco (n 5), 78.

1.1. SISTEMA FINANZIARIO

La prima sfera analizzata dagli studi sulla VoC è il sistema finanziario: qui si riscontrano le maggiori differenze fra i due modelli, sebbene sia l'ambito che ha subito e sta subendo le maggiori trasformazioni a seguito della globalizzazione dei mercati finanziari.¹² Tradizionalmente, nelle LME le imprese accedono al capitale ricorrendo al mercato finanziario che si basa principalmente sulle informazioni di pubblico accesso riguardo i guadagni dell'impresa e il prezzo delle azioni sul mercato azionario.¹³ Infatti, le società sono di frequente quotate in borsa e hanno dunque un azionariato di tipo diffuso.¹⁴ Invece, l'accesso al capitale di debito¹⁵ è presente, ma piuttosto limitato; gli investimenti sono maggiormente focalizzati sul breve periodo cercando il maggior profitto nel minor tempo possibile.¹⁶ Infine, acquisizioni ostili sono frequenti e tendenzialmente accettate.¹⁷

Al contrario, le CME sono tradizionalmente descritte come economie che fanno maggior affidamento al capitale di debito, invece che a quello derivante da capitalizzazione.¹⁸ Il capitale fornito dalle banche è generalmente un "capitale paziente"¹⁹ e l'investimento nell'impresa è fatto

¹² *ibid*, 90.

¹³ Hall e Soskice (n 1), 27 'Several features of the financial systems or markets for corporate governance of liberal market economies encourage firms to be attentive to current earnings and the price of their shares on equity markets. Regulatory regimes are tolerant of mergers and acquisitions, including the hostile takeovers that become a prospect when the market valuation of a firm declines.'

¹⁴ Genco (n 5), 72.

¹⁵ Il capitale di debito è il capitale fornito dalle banche. V. *ibid*, 63.

¹⁶ Hall e Soskice (n 1), 27; Angela Wigger e Andreas Nölke, 'Enhanced Roles of Private Actors in EU Business Regulation and the Erosion of Rhenish Capitalism: The Case of Antitrust Enforcement' (2007) 45 *Journal of Common Market Studies* 487, 490.

¹⁷ Hall e Soskice (n 1), 28.

¹⁸ Genco (n 5), 70 'I paesi rientranti in questo modello di governance sono, infatti, da sempre caratterizzati dalla centralità dei sistemi bancari molto forti, che intermediano la maggior parte dei flussi finanziari [...].'

¹⁹ Con accesso a capital paziente s'intende la possibilità di un'impresa di ottenere un finanziamento sul medio-lungo termine. In questo modo l'azienda non è spinta a operare per ripagare il finanziamento o procurare all'investitore un profitto nell'immediato.

in modo strategico, con una visione di lungo periodo.²⁰ Gli investitori partecipano alla determinazione delle strategie aziendali poiché non interessati solo alla profittabilità del loro investimento, ma anche ai risultati raggiunti con questi.²¹ Di conseguenza, tramite un accesso facilitato alle informazioni riservate delle imprese, gli investitori hanno la capacità di monitorare la loro *performance*.²² La reputazione dell'impresa è un elemento fondamentale per il suo successo e per la sua permanenza sul mercato.²³ Infine, le fusioni e le acquisizioni ostili non sono frequenti né generalmente accettate.²⁴

1.2. STRUTTURA INTERNA DELL'IMPRESA

La seconda sfera analizza la struttura interna dell'impresa. Nelle LME l'organizzazione aziendale è altamente gerarchica, gli amministratori detengono un controllo incisivo sull'impresa e sono strettamente legati ai loro azionisti.²⁵ I lavoratori non sono particolarmente organizzati e, di conseguenza, i sindacati non godono di un forte potere contrattuale.²⁶ Inoltre, i dipendenti non hanno la possibilità di partecipare al processo

²⁰ Hall e Soskice (n 1), 22; Wigger e Nölke (n 16), 490.

²¹ Genco (n 5), 70.

²² Hall e Soskice (n 1), 23.

²³ *ibid*, 23 'In the industrial relations arena, firms in liberal market economies generally rely heavily on the market relationship between individual worker and employer to organize relations with their labor force. Top management normally has unilateral control over the firm, including substantial freedom to hire and fire. Firms are under no obligation to establish representative bodies for employees such as works councils; and trade unions are generally less powerful than in CMEs, although they may have significant strength in some sectors. Because trade unions and employer associations in LMEs are less cohesive and encompassing, economy-wide wage coordination is generally difficult to secure.'

²⁴ *ibid*, 23; Wigger e Nölke (n 16), 490; Genco (n 5), 77.

²⁵ Hall e Soskice (n 1), 29.

²⁶ *ibid*, 29.

decisionale dell'impresa.²⁷ Generalmente, la contrattazione avviene a livello aziendale e non a livello settoriale.²⁸

Riguardo a questo aspetto, nelle CME le imprese hanno una struttura completamente diversa, come diverse sono le relazioni fra i livelli dell'azienda.²⁹ In primo luogo, gli amministratori non godono di un potere unilaterale, ma le decisioni più importanti devono essere condivise con il Consiglio di Sorveglianza, dove sono rappresentati sia gli azionisti che i lavoratori.³⁰ In secondo luogo, i dipendenti sono organizzati in sindacati molto forti e la contrattazione avviene a livello settoriale.³¹ Le differenze fra i due modelli verranno approfondite dettagliatamente nella paragrafo 1.2. relativo ai differenti modelli di governo d'impresa.

1.3. EDUCAZIONE PROFESSIONALE

La terza sfera analizza il sistema educativo e di formazione professionale per i lavoratori. Nelle LME i lavoratori hanno competenze generali, tendenzialmente acquisite durante il percorso di studi in istituzioni scolastiche,³² mentre nelle CME le imprese sono più propense a organizzare sistemi di formazione in modo da creare una forza lavoro altamente specializzata.³³ La differente partecipazione delle imprese al processo di formazione lavorativa rispecchia il diverso modo in cui le imprese si relazionano nei due modelli. Nelle CME le imprese tendono a collaborare

²⁷ *ibid*, 29 'In the industrial relations arena, firms in liberal market economies generally rely heavily on the market relationship between individual worker and employer to organize relations with their labor force. Top management normally has unilateral control over the firm, including substantial freedom to hire and fire. Firms are under no obligation to establish representative bodies for employees such as works councils; and trade unions are generally less powerful than in CMEs [...].'

²⁸ *ibid*, 30.

²⁹ Albert (n 1), 12.

³⁰ Hall e Soskice (n 1), 24.

³¹ *ibid*, 24.

³² *ibid*, 30.

³³ *ibid*, 25; Wigger e Nölke (n 16), 490.

maggiormente, anche nella creazione dei sistemi di educazione professionale,³⁴ mentre nelle LME le imprese generalmente operano in competizione le une con le altre. Il rischio di comportamenti opportunistici (il cosiddetto fenomeno del *free riding*) disincentiva le imprese a finanziare tali sistemi³⁵ per il timore che l'investimento nel percorso educativo vada perduto o, addirittura, crei un vantaggio per altre imprese. È quello che può accadere quando dopo il periodo di formazione, i lavoratori si spostano in un'altra impresa che potrebbe non aver supportato gli stessi costi.³⁶

1.4. RELAZIONI FRA IMPRESE

Infine, la quarta sfera analizza una delle caratteristiche più importanti per la differenza fra CME e LME, ovvero le relazioni fra imprese. Nelle LME queste dipendono da meccanismi di mercato che si concretizzano in contratti formali³⁷ stipulati nel contesto di un mercato altamente competitivo che disincentiva la collaborazione, anche nel campo della Ricerca e Sviluppo.³⁸ Ad esempio, Hall and Soskice notano come severe regolamentazioni antitrust dissuadono le imprese a coordinare i loro comportamenti sul mercato.³⁹ Al contrario, le CME fanno maggior affidamento sulle relazioni fra imprese, che vengono anche supportate e incentivate da diversi tipi di istituzioni fra cui, per esempio, le associazioni di imprese e, talvolta, lo Stato.⁴⁰ Infine, invece di competere sul medesimo mercato, nelle CME le imprese tendono a focalizzarsi maggiormente sulla

³⁴ Albert (n 1), 24.

³⁵ Hall e Soskice (n 1), 30.

³⁶ *ibid.*, 25, 30.

³⁷ *ibid.*, 31.

³⁸ *ibid.*

³⁹ *ibid.*

⁴⁰ *ibid.*, 26 CME 'tend to cultivate inter-company relations of the sort that facilitate the diffusion of technology across the economy. In Germany, these relationships are supported by a number of institutions. Business associations promote the diffusion of new technologies by working with public officials to determine where firm competencies can be improved and orchestrating publicly subsidized programs to do so.'

differenziazione dei prodotti e a ritagliarsi una propria nicchia produttiva.⁴¹ Di conseguenza, è diverso il modo tramite cui le imprese raggiungono il loro equilibrio di produzione. Nelle LME questo deriva dall'analisi di domanda e offerta in un mercato competitivo, mentre nelle CME dipende maggiormente da un'interazione strategica fra le imprese e fra queste e altri attori sociali.⁴² Questa quarta sfera verrà approfondita nella paragrafo 1.3. in base a uno studio comparato delle diverse teorie che hanno influenzato l'interpretazione e applicazione del diritto della concorrenza.

1.5. ECONOMIE IBRIDE DI MERCATO

È importante tenere presente che la teoria presentata da Hall and Soskice stereotipizza due estremi: non ogni paese che viene generalmente fatto rientrare in una delle due categorie, ne soddisfa tutti i requisiti.⁴³ A questo bisogna aggiungere che altri paesi, come Italia, Francia, Spagna, Portogallo e Grecia vengono considerati Economie Ibride di Mercato (HME - *Hybrid Market Economies*) in quanto posseggono sia elementi delle CME, che delle LME e peculiarità proprie.

Le HME hanno mercati finanziari poco sviluppati “sia dal punto di vista del numero di imprese quotate, piuttosto contenuto, sia per capitalizzazione in borsa [...]”.⁴⁴ Le imprese non cercano dunque finanziamenti presso i mercati finanziari, ma fanno maggior affidamento sul sistema bancario, come avviene anche nelle CME.⁴⁵ È tuttavia vero che, a differenza delle CME, le banche nelle HME spesso non hanno un interesse di lungo periodo sugli investimenti, né le imprese tendono a coinvolgerle nella formulazione

⁴¹ ibid, 27.

⁴² ibid, 8.

⁴³ ibid, 19.

⁴⁴ Genco (n 5), 84.

⁴⁵ ibid, 85.

di strategie aziendali.⁴⁶ La proprietà delle imprese è accentrata e spesso di tipo familiare: aspetto che avvicina le HME alle CME, in quanto la proprietà non è ad azionariato diffuso, ma è concentrata nelle mani di pochi soggetti, che generalmente detengono anche il controllo dell'impresa.⁴⁷ Anche quando quotata, l'impresa non diviene mai realmente una *public company* poiché il controllo rimane nelle mani di un numero limitato di azionisti. Ulteriore caratteristica che accomuna le HME alle CME è l'aspetto delle relazioni fra imprese: anche in questi paesi il coordinamento fra imprese è, in certe circostanze, consentito.⁴⁸

Per altri versi, le HME si avvicinano maggiormente alle LME. Ad esempio, il modello di *corporate governance* assomiglia a quello *shareholder*: gli azionisti godono di una posizione privilegiata nell'amministrazione dell'impresa, mentre gli interessi degli *stakeholder* non sono formalmente presi in considerazione. Inoltre, i dipendenti non partecipano minimamente alla gestione dell'impresa e, anzi, i rapporti lavoratori-impresa s'instaurano in un'ottica di contrapposizione, dove ognuno tende a privilegiare la protezione dei propri interessi piuttosto che a cooperare per la gestione aziendale.⁴⁹

Infine, le HME hanno caratteristiche proprie che li differenziano da altri modelli: sono innanzitutto accumulate dal fatto di avere un sistema legislativo basato sulla *civil law* di stampo francese;⁵⁰ in secondo luogo, hanno (avuto) un settore agricolo di fondamentale importanza; infine, lo

⁴⁶ *ibid*, 86.

⁴⁷ *ibid*, 85.

⁴⁸ Hall e Soskice (n 1), 21.

⁴⁹ Genco (n 5), 86.

⁵⁰ *ibid*, 84.

Stato ha esercitato, e per un certo verso esercita tutt'ora, un ruolo molto importante nell'economia.⁵¹

⁵¹ Hall e Soskice (n 1), 21 HME are 'marked by a large agrarian sector and recent histories of extensive state intervention that have left them with specific kinds of capacities for non-market coordination in the sphere of corporate finance but more liberal arrangements in the sphere of labor relations.'

2. GOVERNO D'IMPRESA

Nonostante il concetto di governo d'impresa abbia radici molto antiche è possibile far risalire la nascita della disciplina all'inizio del 1900 quando, negli Stati Uniti, cominciò il passaggio dall'impresa capitalistica tradizionale all'impresa di tipo manageriale.⁵² Nella prima, proprietà e gestione erano detenuti dagli stessi soggetti - i proprietari dell'impresa ne esercitavano anche l'amministrazione - mentre nella seconda soggetti diversi dai proprietari amministrano l'attività d'impresa.⁵³

La *modern corporation* americana [...] è caratterizzata da un alto livello di dispersione dell'azionariato, da cui discende una concentrazione del potere nelle mani del management. Il fatto che il controllo degli strumenti di produzione sia stato in misura crescente ceduto ad amministratori che non ne detengono la proprietà, ha fatto però sorgere alcune problematiche legate alla diversità di interessi dei due soggetti.⁵⁴

Il legame proprietà-gestione è divenuto imprescindibile: da allora gli azionisti hanno bisogno degli amministratori per far rendere il proprio investimento e, allo stesso tempo, gli amministratori non possono rinunciare agli azionisti perché questi apportano il capitale necessario allo sviluppo dell'impresa.⁵⁵ Proprio da questo rapporto di necessità e conflitto si è sviluppata una delle teorie più influenti degli studi di *corporate governance*:

⁵² Genco (n 5), 17.

⁵³ Adolf A Berle e Gardiner C Means, *The Modern Corporation and Private Property* (McMillan Company 1932).

⁵⁴ Genco (n 5), 17-18.

⁵⁵ Andrei Shleifer e Robert W Vishny, 'A Survey of Corporate Governance' (1997) 52 *The Journal of Finance* 737.

“la teoria dell’agenzia”.⁵⁶ Stando a questa teoria i rapporti di governo d’impresa possono essere descritti come rapporti di agenzia, dove “un soggetto (*principal*) delega ad un altro (*agent*) l’utilizzo di alcune risorse sulla base di un contratto di tipo formale o informale.”⁵⁷ L’*agent* ha un dovere fiduciario di agire nell’interesse del *principal* e riceve un compenso per l’attività svolta. Il rapporto fra *agent* e *principal* si basa sul contratto sottostante che cerca stabilire il comportamento dell’*agent* nel maggior numero di situazioni possibili. Dacché non è possibile prevedere ogni eventualità, l’*agent* gode di grande discrezionalità. Inoltre gli interessi di azionisti e amministratori spesso non sono coincidenti e per tale motivo entrano in gioco una serie di costi denominati “costi d’agenzia” che sono sostenuti per monitorare l’attività degli amministratori e assicurarsi che sia esercitata nell’interesse degli azionisti.⁵⁸

Allo stesso tempo, gli studi sulla *corporate governance* hanno iniziato a toccare settori disciplinari diversi quali le scienze economiche, politiche, e sociali, diffondendosi al di fuori del mondo anglosassone, dove avevano trovato origine. Ciò ha dato una forte spinta alla disciplina, che ha iniziato a investigare ambiti inesplorati ma, allo stesso tempo, ha portato anche a una discordanza sul concetto stesso di governo d’impresa e su cosa esattamente la disciplina debba investigare.⁵⁹ Una descrizione dettagliata delle numerose teorie che si sono sviluppate è al di fuori dello scopo di questa tesi. È però

⁵⁶ La teoria dell’agenzia fu sviluppata da Michael C Jensen e William H Meckling, ‘Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure’ (1976) 3 Journal of Financial Economics 305 partendo dagli studi di Ronald H Coase, ‘The Nature of the Firm’ (1937) 4 Economica 386.

⁵⁷ Genco (n 5), 33.

⁵⁸ *ibid*, 34 che descrive tre tipi di costi. ‘costi di controllo, ovvero il costo di tutto ciò che il principal fa per misurare, valutare, regolare ed incentivare i comportamenti dell’agent; i costi di rassicurazione, ovvero i costi delle attività intraprese dall’agent per convincere il principal che le decisioni da lui adottate sono allineate ai suoi interessi; costi residuali, cioè i costi associati a qualsiasi altra divergenza che non può essere ricompensata con le azioni precedenti.’

⁵⁹ *ibid*, 45.

utile classificare le varie teorie in una bipartizione in base alla concezione di *corporate governance* adottata.⁶⁰

Secondo la concezione ristretta, più fedele alla tradizione anglosassone, il concetto di governo d'impresa comprende le sole relazioni interne all'impresa e, più specificatamente, il rapporto fra proprietà e gestione. Il fulcro degli studi di *corporate governance* è rappresentato dalla dialettica fra azionisti e amministratori e dagli strumenti di controllo sull'operato di quest'ultimi.⁶¹ In questa concezione rientra senza dubbio la teoria dell'agenzia.

In base alla concezione allargata, invece, la disciplina del governo d'impresa riguarda sia le dinamiche interne fra gestione e controllo, sia i meccanismi che regolano le relazioni fra l'impresa e i suoi *stakeholder*. Oggetto di studio non deve essere solo il rapporto azionisti-amministratori, ma le relazioni fra l'impresa e ogni soggetto che è coinvolto nella sua amministrazione. Anche all'interno della concezione allargata vi sono definizioni di *corporate governance* "più o meno ampie, a seconda dei soggetti i cui interessi sono presi in considerazione."⁶²

⁶⁰ *ibid*, 45.

⁶¹ Seguendo la concezione ristretta, la *corporate governance* è stata definita in questi termini: secondo Adrian Cadbury, *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance* (Gee 1992) 'Corporate governance is the system by which companies are directed and controlled.'; secondo Kevin Keasey, Steve Thompson e Mike Wright, *Corporate Governance: Economic and Financial Issues* (OUP Oxford 1997) 'In its narrowest sense, the term may describe the formal system of accountability of senior management to the shareholders. As its most expansive, the term is stretched to include the entire network of formal and informal relations involving the corporate sector and their consequences for society in general'; Diane K Denis e John J McConnell, 'International Corporate Governance' (2003) 38 *Journal of Financial and Quantitative Analysis* 1 'We define corporate governance as the set of mechanism - both institutional and market-based - that induce self-interested controllers of a company [...] to make decisions that maximize the value of the company to its owners [...].'

⁶² Genco (n 5), 46; alcune definizioni di governo d'impresa secondo la concezione allargata sono state espresse da: Robert AG Monks e Nell Minow, *Corporate Governance* (Blackwell Publisher 1995) 'What is corporate governance? It is the relationship among

Questo studio utilizza una concezione allargata di governo d'impresa in modo tale da ricomprendere le regole e i meccanismi interni a un'impresa, le relazioni fra questa e i suoi portatori d'interesse e, infine, il suo ruolo nella società.⁶³

Utilizzando gli studi sulla VoC è possibile individuare due diverse concezioni di *corporate governance* che hanno profonde implicazioni sulle struttura organizzativa e decisionale dell'impresa e sui rapporti fra questa e suoi stakeholder. Nelle LME è generalmente adottato un modello, cosiddetto *shareholder*, in cui l'interesse e il profitto dell'azionista sono le priorità dell'attività aziendale. Al contrario, nelle CME il modello prevalente è quello *stakeholder*, in base al quale l'attività d'impresa non è limitata alla creazione di profitto per i suoi azionisti, ma al raggiungimento di un risultato di lungo periodo in grado di soddisfare il maggior numero di interessi in gioco.

Il modello di *corporate governance* è strettamente collegato all'obiettivo che s'intende perseguire con l'attività d'impresa.⁶⁴ Per questo motivo, nel momento in cui si analizzano i due modelli prevalenti è fondamentale soffermarsi anche sugli obiettivi aziendali. Questi non solo modellano la struttura stessa dell'impresa, ma sono anche la guida per gli amministratori nel momento in cui esercitano le loro funzioni.⁶⁵ Inoltre, permettono una

various participants in determining the direction and the performance of corporations. The primary participants are the shareholders, the management [...] and the board of directors. [...] Other participants includes employees, customers, suppliers, creditors, and the community'; secondo Giuseppe Airoidi, Franco Amatori e Giorgio Invernizzi, *Proprietà E Governo Delle Aziende Italiane* (Egea 1995) 'Il governo delle aziende fa riferimento all'insieme di persone, organi, principi giuridici, forme contrattuali, processi decisionali, e "regole del gioco", che costituiscono gli assetti istituzionali aziendali.'

⁶³ Andrew Keay, 'Ascertaining The Corporate Objective: An Entity Maximisation and Sustainability Model' (2008) 71 *The Modern Law Review* 663.

⁶⁴ *ibid.*, 665.

⁶⁵ *ibid.*

valutazione dei risultati ottenuti⁶⁶ e, ultimo ma non meno importante, influenzano considerabilmente la società in cui viviamo.⁶⁷

2.1. IL MODELLO SHAREHOLDER

Stando al modello *shareholder*, il principale, se non l'unico, obiettivo di un'impresa è massimizzare la ricchezza dei propri azionisti.⁶⁸ Nelle LME l'idea che gli azionisti abbiano un primato rispetto agli altri portatori d'interessi si è affermata dopo un lungo periodo di discussione e contrapposizione.⁶⁹ Prendendo gli Stati Uniti come esempio, un precoce dibattito accademico sul tema risale agli anni '30 del secolo scorso quando la *Harvard Law Review* pubblicò una serie di articoli di due dei massimi esperti di diritto societario del tempo: Adolph Berle e Merrick Dodd.⁷⁰ Il primo, sostenitore della teoria *shareholder*, affermava che i vari poteri di cui godono gli amministratori di un'impresa devono essere sempre esercitati per il beneficio degli azionisti.⁷¹ Al contrario, Dodd pensava che lo scopo di un'impresa non fosse solo aumentare il guadagno degli azionisti, ma anche

⁶⁶ *ibid.*

⁶⁷ Michael Jensen, 'Value Maximisation, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function' (2001) 7 *European Financial Management* 297; Janet Dine e Marios Koutsias, *The Nature of Corporate Governance: The Significance of National Cultural Identity* (Edward Elgar Pub 2013).

⁶⁸ Jonathan R Macey, 'An Economic Analysis of the Various Rationales for Making Shareholders the Exclusive Beneficiaries of Corporate Fiduciary Duties' (1991) 21 *Stetson Law Review* 23.

⁶⁹ Lynn A Stout, 'The Shareholder Value Myth' Cornell Law Faculty Publications <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/771>> ultimo accesso 23 settembre 2016.

⁷⁰ Steven Munch, 'Improving the Benefit Corporation: How Traditional Governance Mechanisms Can Enhance the Innovative New Business Form' (2012) 7 *Northwestern Journal of Law & Social Policy* 170, 177.

⁷¹ Adolf A Berle, 'Corporate Powers as Powers in Trust' (1931) 44 *Harvard Law Review* 1049 '[A]ll powers granted to a corporation or to the management of the corporation [are] at all times exercisable only for the ratable benefit of the shareholders.'

assicurare un impiego stabile ai lavoratori, buoni prodotti per i consumatori e contribuire al miglioramento della società.⁷²

Il dibattito accademico si risolse a favore del modello *shareholder* durante gli anni '70 con la nascita e l'affermazione della Scuola di Chicago e degli economisti del libero mercato.⁷³ Con le pubblicazioni del Premio Nobel Milton Friedman⁷⁴ e gli studi di Michael Jensen e William Meckling sulla teoria dell'agenzia,⁷⁵ la Scuola di Chicago riuscì a supportare la teoria *shareholder* tramite analisi economiche molto affascinanti, capaci di misurare la *performace* delle imprese con un rigore quasi scientifico.⁷⁶

Il modello *shareholder* viene inoltre supportato da una serie di giustificazioni legali, pratiche e morali. In primo luogo, si ritiene che gli azionisti siano i proprietari della società⁷⁷ e, di conseguenza, i soggetti con i maggiori interessi in gioco.⁷⁸ Siccome ottengono un guadagno se il capitale sociale aumenta, ma rischiano perdite nel caso in cui l'impresa incontri delle difficoltà finanziarie, hanno un interesse in ogni decisione imprenditoriale.⁷⁹

La riduzione dell'obiettivo aziendale alla massimizzazione del profitto per gli azionisti comporta la creazione di un solo e chiaro obiettivo che, secondo la teoria *shareholder*, aumenta l'efficienza dell'impresa in tre modi.

⁷² E Merrick Dodd, 'For Whom Are Corporate Managers Trustees?' (1932) 45 Harvard Law Review 1145; Lynn A Stout, *The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public* (Berrett-Koehler Publishers 2012); Stout (n 69).

⁷³ Stout (n 69).

⁷⁴ Milton Friedman, 'The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits' *The New York Times Magazine* (New York, 13 September 1970).

⁷⁵ Jensen e Meckling (n 56).

⁷⁶ Stout (n 72), 18.

⁷⁷ Robert Hessen, 'A New Concept of Corporations: A Contractual and Private Property Model' (1978) 30 Hastings Law Journal 1327, 1330.

⁷⁸ Mark E Van der Weide, 'Against Fiduciary Duties to Corporate Stakeholders' (1996) 21 Delaware Journal of Corporate Law 27, 57.

⁷⁹ Jonathan R Macey e Geoffrey P Miller, 'Corporate Stakeholders: A Contractual Perspective' (1993) 43 The University of Toronto Law Journal 401, 408.

Innanzitutto, siccome gli azionisti hanno come interesse principale il loro arricchimento, incoraggeranno gli amministratori a prendere decisioni che aumentano l'efficienza economica.⁸⁰ Questa visione si ricollega alla prima sfera degli studi sulla VoC in cui si è analizzato il rapporto fra impresa e investitori.⁸¹ Nelle LME tendenzialmente gli investitori, termine in cui rientrano anche gli azionisti che acquistano azioni a scopo d'investimento, sono focalizzati al profitto nel breve termine. Ciò comporta una serie di implicazioni sulle decisioni prese a livello aziendale e gli interessi verso cui queste sono dirette.

In secondo luogo, l'obiettivo di aumentare la ricchezza degli azionisti spinge gli amministratori a gestire l'impresa al minor costo possibile.⁸² Nel modello d'impresa *shareholder* il collegamento fra amministratori e azionisti è molto forte, perciò gli amministratori sono spinti a operare nell'interesse degli azionisti non solo per il guadagno che anch'essi riusciranno a ottenere, ma perché gli azionisti hanno il potere di rimuoverli dall'incarico.

In terzo luogo, la riduzione degli obiettivi dell'impresa ad un unico e chiaro scopo permette agli amministratori di operare in modo più efficiente perché devono soffermarsi su un solo tipo di interessi.⁸³ Infatti, si ritiene che tenendo in considerazione tutti gli interessi in gioco sarebbe impossibile gestire un'impresa.⁸⁴ A quali interessi bisognerebbe dare priorità in caso di conflitto? Chi è in grado di stabilire quali sono gli interessi da tenere in considerazione e quali possono essere invece esclusi? Verrebbe ad emergere un problema di certezza del diritto: nel caso in cui un conflitto giunga di

⁸⁰ Keay (n 63), 668.

⁸¹ Cfr. *supra* par. 1.1.1.

⁸² Van der Weide (n 78), 50-57.

⁸³ Keay (n 63), 668.

⁸⁴ The Committee on Corporate Law, 'Other Constituencies Statutes: Potential for Confusion' (1990) 45 Business Law 2253, 2269.

fronte a una corte, in base a quali principi questa potrebbe decidere? Per questo motivo si ritiene che limitare gli interessi presi in considerazione, comporti una maggior certezza del diritto e la possibilità per le corti di decidere secondo uno schema razionale predefinito.⁸⁵

Una quarta giustificazione dell'obiettivo unico si basa sul fatto che gli azionisti, al contrario degli altri portatori di interessi (come lavoratori, consumatori, investitori) non sono protetti o sono protetti in modo minore dalla legge; per questo motivo sono più vulnerabili e hanno bisogno di un ruolo privilegiato nell'impresa per controllare le decisioni prese dagli amministratori.⁸⁶

Infine, si ritiene che limitare l'obiettivo aziendale al solo profitto degli azionisti porti anche dei benefici alla collettività.⁸⁷ Infatti, secondo gli studi del modello *shareholder*, le imprese, più efficienti e competitive, sarebbero in grado di creare maggiore ricchezza che potrebbe essere redistribuita in un secondo momento con altri mezzi.⁸⁸

⁸⁵ Van der Weide (n 78), 69 'A clear profit-maximizing standard allows courts to review managerial conduct with some rationality and is necessary for the capital markets to allocate resources efficiently and thereby to maximize social welfare'; cfr. anche Walter M Cabot, 'The Free Market Promotes Long-Term Efficiency That Benefits All Stakeholders' (1991) 21 Stetson Law Review 245, 246-249.

⁸⁶ Luigi Zingales, *Corporate Governance, in the New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, P. Newman Ed (Macmillan, New York, NY 1998), 501; AA. VV., 'The Purposes and Accountability of the Corporation in Contemporary Society: Corporate Governance at a Crossroads' (1999) 62 Law and Contemporary Problems 9, 24-29; Anant K Sundaram e Andrew C Inkpen, 'The Corporate Objective Revisited' (2004) 15 Organization Science 350, 355.

⁸⁷ Keay (n 63), 668.

⁸⁸ Henry Hansmann e Reinier Kraakman, 'The End of History for Corporate Law' (2000) 89 Georgetown Law Journal 439, 441 'All thoughtful people believe that corporate enterprise should be organized and operated to serve the interests of society as a whole, and that the interests of shareholders deserve no greater weight in this social calculus than do the interests of any other members of society. The point is simply that now, as a consequence of both logic and experience, there is convergence on a consensus that the best means to this end (that is, the pursuit of aggregate social welfare) is to make corporate managers strongly accountable to shareholder interests and, at least in direct terms, only to those interests.'

La scelta di quali e quanti obiettivi un'impresa debba porsi non è solo una disquisizione teoretica, ma ha profonde conseguenze sulla sua struttura e sui suoi meccanismi decisionali. Ad esempio, il fatto che gli azionisti occupino una posizione preferenziale (se non l'unica posizione disponibile), si rispecchia nel fatto che, generalmente, nelle LME, le imprese adottano un sistema di *corporate governance* di tipo monistico e, in molti di questi Stati, hanno l'obbligo di farlo, senza avere la possibilità di scegliere quello dualistico.⁸⁹

La differenza fra un modello monistico e dualistico si manifesta nel modo in cui l'impresa viene amministrata. Nel primo il compito spetta al Consiglio di Amministrazione, organo unitario di gestione i cui membri sono eletti dagli azionisti.⁹⁰ Nel secondo, la gestione societaria dipende da due diversi organi: il Consiglio di Gestione, composto di amministratori a cui compete l'ordinaria amministrazione, e il Consiglio di Sorveglianza, che nomina, controlla e, eventualmente, rimuove questi ultimi.⁹¹ In diversi casi, il Consiglio di Sorveglianza è composto sia da azionisti che da lavoratori.⁹²

In un sistema societario monistico gli amministratori godono di grandi poteri poiché sia il potere amministrativo che quello di controllo sono concentrati nelle loro mani.⁹³ Tali poteri sono bilanciati da una forte

⁸⁹ Carsten Gerner-Beuerle, Philipp Paech e Edmund Philipp Schuster, 'Study on Directors' Duties and Liability' (London School of Economics 2013) 4–7 <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-analysis_en.pdf> ultimo accesso 30 agosto 2016.

⁹⁰ David Block e Anne-Marie Gerstner, 'One-Tier vs. Two-Tier Board Structure: A Comparison Between the United States and Germany' [2016] Comparative Corporate Governance and Financial Regulation Paper 1 <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=fisch_2016> ultimo accesso 16 luglio 2016.

⁹¹ Klaus J Hopt e Patrick C Leyens, 'Board Models in Europe—recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy' (2004) 1 European Company and Financial Law Review 135, 141.

⁹² Gerner-Beuerle, Paech e Schuster (n 89).

⁹³ Paul L Davies, *Gower & Davies: The Principles of Modern Company Law* (Sweet & Maxwell 2008).

dipendenza degli azionisti che spesso possono rimuoverli con una maggioranza semplice.⁹⁴ Ciò permette agli azionisti di monitorare il lavoro degli amministratori e rimuoverli nel caso in cui non operino nel loro interesse. Infine, nel sistema monistico i lavoratori non sono rappresentati nel Consiglio di Gestione⁹⁵ e, di conseguenza, non partecipano alle decisioni più importanti come la nomina degli amministratori.⁹⁶

2.2. IL MODELLO STAKEHOLDER

Se nelle LME il modello di governo d'impresa prevalentemente adottato è quello *shareholder*, nelle CME è maggiormente diffuso quello *stakeholder*, che si basa su premesse profondamente diverse.⁹⁷ Anche in questo paragrafo si partirà dagli obiettivi dell'impresa e dal ruolo dei vari portatori di interesse per giungere, solo successivamente, a una descrizione di come opera una società improntata al modello *stakeholder*.

Secondo la concezione *stakeholder* l'obiettivo di un'impresa è la creazione di valore per ogni soggetto che ha una relazione stabile con essa.⁹⁸ Questo scopo differente è supportato da una diversa concezione della proprietà

⁹⁴ È questo il caso di Regno Unito e Irlanda. Cfr. Gerner-Beuerle, Paech e Schuster (n 89), 9.

⁹⁵ *ibid*, 8-12.

⁹⁶ Sigurt Vitols, 'Varieties of Corporate Governance: Comparing Germany and the UK', in Peter A Hall e David Soskice (eds), *Varieties of Capitalism: Institutional Foundations of Comparative Advantage* (Cambridge: Cambridge University Press 2001), 243.

⁹⁷ Gerner-Beuerle, Paech e Schuster (n 89), 4-7.

⁹⁸ Keay (n 63), 674 definisce l'obiettivo di un'impresa con un ottica *stakeholder* la creazione di 'an optimal value for all social actors who might be regarded as parties affected by company decisions.'; v. anche R Edward Freeman, *Strategic Management: A Stakeholder Approach* (Pitman/Ballinger 1984); Max E Clarkson, 'A Stakeholder Framework for Analyzing and Evaluating Corporate Social Performance' (1995) 20 *Academy of Management Review* 92.

imprenditoriale e del ruolo che i portatori d'interesse dovrebbero avere nella sua gestione.⁹⁹

Innanzitutto, si ritiene che non siano solo gli azionisti ad avere una pretesa di proprietà nei confronti dell'impresa poiché anche altri gruppi contribuiscono al suo capitale.¹⁰⁰ I portatori d'interessi dovrebbero essere visti non come uno strumento verso un fine, ma come parte del fine medesimo: per questo, l'impresa dovrebbe essere amministrata anche nel loro interesse.¹⁰¹ Si tratta di un argomento particolarmente rilevante per quanto riguarda i lavoratori, che contribuiscono in modo massiccio alla produzione e, di conseguenza, godono di un maggior coinvolgimento nella attività di governo.

In secondo luogo, l'approccio *stakeholder* rifiuta le argomentazioni relative all'efficienza sulla base che nessun gruppo ha una supremazia sugli altri.¹⁰² Ogni gruppo di *stakeholder* merita considerazione in quanto le decisioni aziendali hanno ripercussioni sul loro benessere.¹⁰³

Infine, non è sempre vero che i portatori d'interesse sono protetti dalla legge o dalla loro forza contrattuale; se gli amministratori non tengono in

⁹⁹ E' interessante vedere come anche il concetto di corporate governance è inteso in maniera molto ampia. Una definizione autorevole lo descrive in questi termini: 'The system of regulating and overseeing corporate conduct and of balancing the interests of all internal stakeholders and other parties (external stakeholders, governments and local communities) who can be affected by the corporation's conduct in order to ensure responsible behaviour by corporations and to achieve the maximum level of efficiency and profitability for a corporation.' Jean Jacques Du Plessis, Anil Hargovan e Mirko Bagaric, *Principles of Contemporary Corporate Governance* (2nd ed, Cambridge University Press 2010), 10.

¹⁰⁰ Roberta S Karmel, 'Implications of the Stakeholder Model' (1992) 61 The George Washington Law Review 1156.

¹⁰¹ Freeman (n 98), 97.

¹⁰² Thomas Donaldson e Lee E Preston, 'The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence, and Implications' (1995) 20 Academy of Management Review 65, 66.

¹⁰³ Ronald K Mitchell, Bradley R Agle e Donna J Wood, 'Toward a Theory of Stakeholder Identification and Salience: Defining the Principle of Who and What Really Counts' (1997) 22 Academy of Management Review 853, 862.

considerazione i loro interessi, questi potrebbero venire completamente sacrificati.¹⁰⁴

Come per il modello *shareholder*, anche in questo caso il diverso obiettivo influenza la struttura dell'impresa e il modo in cui viene gestita. Da uno studio comparato degli stati dell'Unione Europea, ad esempio, risulta che molti dei paesi classificati dagli studi sulla VoC come CME, adottano un sistema dualistico,¹⁰⁵ in cui il consiglio di sorveglianza, che ha il potere di nominare e rimuovere gli amministratori, in molti casi è composto non solo da azionisti ma anche da lavoratori, o da loro rappresentanti.¹⁰⁶

Prendendo la Germania come esempio, la cogestione aziendale iniziò nel 1951 nel settore del carbone, ferro e acciaio con l'approvazione del *Montan-Mitbestimmungsgesetz*¹⁰⁷ (legge sulla cogestione), che obbligava le imprese con più di 1000 dipendenti ad avere un numero pari di lavoratori e azionisti nel Consiglio di Sorveglianza.¹⁰⁸ Solo un anno dopo, nel 1952, fu introdotta la legge sulla costituzione dei comitati aziendali (*Betriebsverfassungsgesetz*¹⁰⁹), che estendeva il principio di cogestione a tutte le imprese private con più di 500 dipendenti; in questo caso però ai

¹⁰⁴ Freeman (n 98), 89; Keay (n 63), 676.

¹⁰⁵ Sono obbligati ad adottare un modello dualistico le imprese di Germania e Austria. Hanno invece la possibilità di scelta, ma con prevalenza per il modello dualistico Danimarca, Olanda, Svezia. Cfr. Gerner-Beuerle, Paech e Schuster (n 89), 4-7; AA. VV., *German Corporate Governance in International and European Context* (Springer Science & Business Media 2012), 8.

¹⁰⁶ Tale fenomenon prende il nome di cogestione. I lavoratori sono rappresentati nel consiglio di sorveglianza in Austria e Danimarca fino a un terzo dei componenti, in Olanda vengono proposti ma vanno anche eletti dagli azionisti, mentre in Svezia hanno il diritto di nominare fino a 3 membri. Cfr. Gerner-Beuerle, Paech e Schuster (n 89), 8-12.

¹⁰⁷ *Bundesgesetzblatt* (BGBl. 1951 I 347) (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Federale di Germania, 1951, Part I par. 347).

¹⁰⁸ AA. VV., *German Corporate Governance in International and European Context* (n 105), 156.

¹⁰⁹ *Bundesgesetzblatt* (BGBl. 1952 I 681) (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Federale di Germania, 1952, Part I par. 681).

lavoratori spettava solo un terzo dei seggi.¹¹⁰ Nel 1976 fu introdotta un'ulteriore importante novità con una seconda legge sulla cogestione (*Mitbestimmungsgesetz*¹¹¹), che aumentava i seggi per i lavoratori da un terzo a metà, posto che le imprese avessero più di 2000 dipendenti.¹¹²

Il modello tedesco viene generalmente presentato come esempio di governo d'impresa *stakeholder*. Tuttavia, è utile ricordare che non ogni *stakeholder* partecipa realmente all'attività decisionale: solo ai lavoratori è riconosciuto un effettivo potere partecipativo. Nonostante ciò, la differenza fondamentale fra il modello *stakeholder* e quello *shareholder* è la mentalità imprenditoriale e il diverso contesto in cui le imprese operano.¹¹³

2.3. LA SITUAZIONE ITALIANA

Come accennato in precedenza¹¹⁴, l'Italia non rientra né fra le CME né fra le LME, ma viene generalmente categorizzata come una Economia Ibrida di Mercato. Per quanto riguarda la *corporate governance* l'Italia rappresenta un *unicum* nel panorama europeo. Infatti, fino al 2003 le società per azioni italiane dovevano adottare un modello di governo d'impresa definito "tradizionale".¹¹⁵ Con la riforma del diritto societario del 2003, il legislatore ha introdotto la possibilità, per le società per azioni, di continuare a scegliere il modello tradizionale o, invece, optare fra un modello dualistico

¹¹⁰ Nel 2009 le imprese con un terzo del consiglio di sorveglianza composto da lavoratori erano 1410. Cfr. AA. VV., *German Corporate Governance in International and European Context* (n 105), 159.

¹¹¹ *Bundesgesetzblatt* (BGBl. 1976 I 1153) (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Federale di Germania, 1976, Part I par. 1153).

¹¹² Nel 2008 le imprese tedesche con metà del consiglio di sorveglianza composto da lavoratori erano 694. Cfr. AA. VV., *German Corporate Governance in International and European Context* (n 105), 157.

¹¹³ Genco (n 5). Cfr. *supra* Capitolo 1 par. 1.

¹¹⁴ V. *supra* par. 1.1.5.

¹¹⁵ Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6 'Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366' pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 17 del 22 gennaio 2003.

d'ispirazione tedesca o uno monistico d'ispirazione anglosassone.¹¹⁶ In questa sezione verranno brevemente presentati i tre modelli, spiegandone le caratteristiche principali e le differenze rispetto a quelli in vigore in altri paesi.

2.3.1. Modello Tradizionale

Il modello tradizionale rimane per ragioni storiche il sistema di *corporate governance* maggiormente diffuso sul territorio nazionale.¹¹⁷ Formalmente, gli organi fondamentali del sistema tradizionale sono il Consiglio d'Amministrazione (CdA) o l'Amministratore Unico e il Collegio Sindacale. Il primo svolge le funzione di governo della società, mentre il secondo ne è l'organo di controllo.¹¹⁸ Il CdA compie tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale e non ha il compito di rappresentare tutti gli azionisti (che spetta invece al Collegio Sindacale). Se previsto dallo statuto, il CdA può delegare specifiche finzioni ad un comitato esecutivo o, più frequentemente, ad uno o più dei suoi membri, chiamati amministratori delegati.¹¹⁹ Il Collegio Sindacale è, invece, l'organo

¹¹⁶ L'articolo 2380 del Codice Civile prevede che 'Se lo statuto non dispone diversamente, l'amministrazione e il controllo della società sono regolati dai successivi paragrafi 2, 3 e 4. [modello tradizionale] Lo statuto può adottare per l'amministrazione e il controllo della società il sistema al cui paragrafo 5 [modello dualistico], oppure quello di cui al paragrafo 6 [modello monistico] [...].'

¹¹⁷ Genco (n 5), 206 'Le evidenze empiriche [...] riportano una chiarissima e notevole tendenza all'adozione del modello tradizionale. In proposito alla diffusione dei differenti modelli di corporate governance, la relazione annuale Assonime evidenzia come, nel 2011, su un totale di 262 società quotate in Borsa, ben 252 abbiano adottato il sistema tradizionale, 3 quello monistico e 7 quello dualistico!'

¹¹⁸ L'articolo 2380-bis del Codice Civile si esprime in questi termini: 'La gestione dell'impresa esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. [...] Quando l'amministrazione è affidata a più persone, queste costituiscono il consiglio di amministrazione.' L'articolo 2403 invece prevede che: 'Il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sui principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul concreto funzionamento.'

¹¹⁹ Articolo 2381 Codice Civile.

di tutela degli interessi degli azionisti.¹²⁰ Il legislatore del 1942 ha preferito non introdurre un organo di controllo esterno (i membri del Collegio Sindacale sono eletti dall'Assemblea), optando per una serie di incompatibilità con la figura di sindaco che dovrebbero garantirne l'imparzialità, non solo dal CdA, ma dalla stessa maggioranza assembleare.¹²¹ Il Collegio Sindacale vigila sul rispetto della legge e dello statuto sia da parte del CdA che dell'Assemblea, oltre a controllare l'efficienza organizzativa, amministrativa e contabile della società.¹²²

All'Assemblea dei Soci, formalmente, spetta sia il compito di nominare i membri del CdA e del Consiglio Sindacale, sia approvare il bilancio e modificare lo statuto. A livello sostanziale, tuttavia, il ruolo dell'Assemblea degli azionisti è assai più ampio, in quanto in un numero considerevole di casi non svolge solo la funzione di nomina, ma una vera e propria funzione di governo.

Accade spesso, infatti, che l'Assemblea dei Soci, costituita in genere, da pochi soci e quasi tutti legati da vincoli familiari, sia un'occasione per discutere e prendere decisioni di governo, quasi che l'Assemblea dismetta le sue vesti formali per trasformarsi in una sorta di riunione familiare.¹²³

Ciò rispecchia il modello capitalistico sviluppatosi in Italia, in cui sono molto presenti imprese a conduzione familiare o in cui, comunque, vi è un forte collegamento fra proprietà e gestione. Di conseguenza, il CdA riveste spesso un ruolo secondario: non gestisce attivamente la società, ma ratifica

¹²⁰ Genco (n 5), 215.

¹²¹ Francesco Galgano, *Diritto Commerciale. Le Società* (18th edn, Zanichelli 2013), 339.

¹²² Articolo 2403 Codice Civile. Cfr. anche ibid, 342.

¹²³ Genco (n 5), 209.

le decisioni prese dalla coalizione di comando.¹²⁴

2.3.2 Modello Dualistico

Nel modello dualistico, previsto dagli articoli 2409-*octies* - 2409-*quinquiesdecies* del Codice Civile, l'Assemblea elegge solo l'organo di controllo (Consiglio di Sorveglianza) che, a sua volta, nomina l'organo amministrativo (Consiglio di Gestione). Il Consiglio di Sorveglianza esercita gli stessi compiti del Collegio Sindacale del modello tradizionale oltre ad approvare il bilancio e a promuovere l'azione di responsabilità nei confronti dei membri del Consiglio di Gestione.¹²⁵ Al Consiglio di Gestione spetta invece l'amministrazione dell'impresa.¹²⁶ La riforma del 2003 ha tentato di introdurre un sistema di *corporate governance* tipico delle CME, senza però introdurre alcune delle caratteristiche principali. Come abbiamo visto, il sistema dualistico presente nelle CME prevede una partecipazione sostanziale dei lavoratori alla gestione aziendale: questi possono arrivare a nominare metà del consiglio di gestione. Nel modello italiano tale caratteristica è assente andando a minare l'utilità stessa del modello.¹²⁷ Il Consiglio di Sorveglianza è nominato solamente dai soci e rischia dunque di essere uno strumento nelle mani degli azionisti di maggioranza per escludere definitivamente quelli di minoranza dalla gestione dell'impresa.¹²⁸

¹²⁴ *ibid*, 209.

¹²⁵ Articolo 2409-*decies* Codice Civile.

¹²⁶ Articolo 2409-*novies* Codice Civile.

¹²⁷ Riccardo Astori, 'La Corporate Governance in Italia' in Daniela M Salvioni (ed), *Corporate governance, controllo e trasparenza* (Franco Angeli 2009).

¹²⁸ Genco (n 5), 224 'Il Consiglio di Sorveglianza, quindi, nel sistema italiano, è una sorta di Collegio Sindacale cui sono attribuiti i principali poteri dell'Assemblea orientati alla gestione. In tal modo, le decisioni che, nel sistema tradizionale, vengono prese dall'Assemblea, sono prese, in parte, nel Consiglio di Sorveglianza, così consentendo, ai soci di maggioranza, di ridurre i poteri dei soci di minoranza in Assemblea, perchè esclusi dalle decisioni che vengono prese in sede di Consiglio di Sorveglianza, dove non è prevista alcuna tutela delle minoranze'; v. anche Alberto Nobolo e Francesca Magli, 'Corporate Governance E Sistema Dualistico: Alcune Criticità Nelle Società per Azioni Bancarie' in

2.3.3. Modello Monistico

La terza possibilità di *corporate governance* prevista dal Codice Civile è il sistema monistico, ispirato invece al modello anglosassone e alle LME. Nel sistema monistico i poteri di controllo e gestione sono attribuiti a persone diverse che però fanno parte del medesimo organo, ovvero il Consiglio di Amministrazione.¹²⁹ A questo, dunque, spettano sia le funzioni di pianificazione strategica e di indirizzo, che quelle di controllo della gestione operativa.¹³⁰ Il CdA è dunque formato sia da amministratori esecutivi, a cui è affidato il compito di gestione, che da amministratori non esecutivi, che svolgono invece le funzioni di controllo.¹³¹ Per questo motivo, almeno un terzo dei componenti del CdA deve possedere dei requisiti di indipendenza previsti dall'articolo 2399, comma 1.¹³² La funzione di controllo degli amministratori non esecutivi sarà efficace solo nel caso in cui questi siano realmente informati da parte degli altri componenti del CdA. Nella pratica, la funzione di controllo è più formale che sostanziale in quanto “dipende dalla capacità dei consiglieri indipendenti e non esecutivi di svolgere tale compito che, a sua volta, è eccessivamente correlato al grado di comunicazione ed informazione” da parte dei membri esecutivi nei loro confronti.¹³³

Vincenzo Maggioni, Lucio Potito e Riccardo Viganò (eds), *Corporate governance: governo, controllo e struttura finanziaria* (Il Mulino 2009).

¹²⁹ Salvatore Esposito De Falco, ‘La Corporate Governance Negli Studi Sul Governo D’impresa. Approcci Prevalenti E Strumenti Di Controllo’ in Marco Pellicano e Maria V Ciasullo (eds), *La visione strategica dell’impresa* (Giappichelli 2010).

¹³⁰ Genco (n 5), 225.

¹³¹ *ibid*, 227.

¹³² Galgano (n 121), 351.

¹³³ Genco (n 5), 226.

3. DIRITTO DELLA CONCORRENZA

Secondo gli studi sulla VoC, il capitalismo si declina in modo differente a seconda del contesto culturale, normativo e istituzionale in cui si è sviluppato. Nonostante ciò, questo rimane un sistema in cui un numero considerevole di imprese producono e vendono beni e servizi con l'intento di farne un profitto, utilizzando un capitale proprio e forza lavoro stipendiata.¹³⁴ Alla base di un sistema capitalistico vi sono, dunque, i principi di libertà d'iniziativa economica in un'economia di mercato e il perseguimento di un interesse individuale, che, generalmente, coincide con un arricchimento di tipo economico.¹³⁵

Da questi due presupposti consegue il concetto di concorrenza: se ogni soggetto è libero di intraprendere un'attività economica in un contesto di mercato, la sua attività si affiancherà a quella di altri soggetti già presenti sul mercato che offrono beni e servizi simili o uguali. La nuova attività economica dovrà "lottare" per rimanere sul mercato, cercando di espandere la sua produzione e innovando i suoi prodotti.¹³⁶ La concorrenza fra le

¹³⁴ Hubert Buch-Hansen e Angela Wigger, 'Revisiting 50 Years of Market-Making: The Neoliberal Transformation of European Competition Policy' (2010) 17 *Review of International Political Economy* 20, 22-23 'Capitalism can be defined as an economic system in which a large number of companies, using privately owned capital goods and wage labour, produce and sell goods and services with the intention of making profit.'; Cfr. anche Robert Douglas Jessop, *The Future of the Capitalist State* (Polity Press 2002), 12.

¹³⁵ Maher M Dabbah, *International and Comparative Competition Law* (Cambridge University Press 2010), 21-22 'At the heart of the concept of competition stands the freedom to compete. This means that market operators must have the freedom to compete for a process of competition to exist. In practical terms, this means that a free-market economy must exist: competition is the flywheel of a free economy'.

¹³⁶ Francesco Galgano, 'Rapporti Economici, Tomo II' in Giuseppe Branca (ed), *Commentario della Costituzione* (Zanichelli 1982), 11 'Delle libertà d'iniziativa economica possono fruire, per un medesimo settore di attività, più imprenditori e, in linea di principio, una pluralità illimitata di imprenditori. È il principio della libera concorrenza: un principio che protegge l'uguale libertà d'iniziativa economica di ciascuno e, al tempo stesso, si propone di giovare alla prosperità collettiva. Esso è, per la scienza economica classica, un cardine fondamentale del sistema economico: si confida che più imprenditori in concorrenza fra loro tenderanno, per procurarsi la preferenza dei consumatori, a migliorare

imprese è la spinta che fa funzionare il sistema premiando le attività di successo e penalizzando quelle caratterizzate da pigrizia e inefficienza.¹³⁷ La concorrenza fra imprese è dunque uno degli elementi fondanti del capitalismo e si ritiene porti un beneficio alla società diminuendo i prezzi, incentivando l'innovazione e la differenziazione dei prodotti.¹³⁸

Se la concorrenza, da una parte, è la forza motrice di un sistema capitalistico, dall'altra è una costante minaccia per le imprese che cercano e trovano diversi metodi per sfuggirvi.¹³⁹ È generalmente riconosciuto che vi è una forte tentazione di ottenere un potere di mercato tale da evitare la concorrenza e aumentare i propri profitti a scapito della società.¹⁴⁰ D'altro canto, il mercato non è un fatto naturale, preesistente all'uomo e indipendente dalle teorie politiche ed economiche, ma un costrutto sociale i cui risultati dipendono dalle dinamiche che vi si instaurano e dalle regolamentazioni che vi si pongono.¹⁴¹

la qualità dei prodotti e a ridurne i prezzi; e che essi tenderanno, per superarsi a vicenda, ad una sempre più intensa utilizzazione delle risorse naturali e umane, con l'effetto di accrescere la prosperità generale.'

¹³⁷ Johann Eekhoff e Christiane Moch, 'Competition - the Core of a Market Economy' in Johann Eekhoff (ed), *Competition Policy in Europe* (Springer Science & Business Media 2003), 1 'The existence of competitors forces individuals and companies either to deliver high quality goods and services, or to accept low prices in order to stay in the market. Competition is the permanent driving force behind individuals, as it rewards successful activities and penalise laziness and failure.'

¹³⁸ *ibid.*, 3; Richard Whish e David Bailey, *Competition Law* (8 edition, OUP Oxford 2015), 4-6.

¹³⁹ Joseph A Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* (Harper & Brothers 1947), 84 descrive il processo concorrenziale in questi termini '[competition] strikes not at the margins of the profits and the outputs of the existing firms but at their foundations and their very lives.'

¹⁴⁰ Eekhoff e Moch (n 137), 3 'These general principles of freedom must be protected in the face of continuous attempts by individuals, interest groups, companies and politicians to extend their influence and gain power, whether through manipulation of existing rules or illegal actions. There is a strong temptation to win power in order to avoid competition and increase personal gains at the expense of other members of society.'

¹⁴¹ Buch-Hansen e Wigger (n 134), 23 'Indeed, markets are not natural facts that represent some sort of God-given order that existed prior to and despite of, various extra-economic interferences, but rather are social constructs that depend on various forms of regulation for their reproduction.'; cfr. anche Bastiaan Van Apeldoorn e Laura Horn, 'The

La normativa sulla concorrenza fa parte di quell'insieme di regole che permettono il corretto funzionamento del mercato. Il diritto della concorrenza ha generalmente una portata proibitiva più che propositiva: le norme cercano di evitare o rimuovere quelle situazioni che impediscono il corretto svolgimento del processo concorrenziale e, di conseguenza, la creazione dei benefici che da esso derivano.¹⁴² Metaforicamente parlando, se il processo concorrenziale è il motore del capitalismo, la regolamentazione della concorrenza è il lubrificante che assicura il suo perfetto funzionamento.¹⁴³ Comparando la normativa dell'Unione Europea con quella statunitense è possibile notare come entrambe cercano di eliminare quelle situazioni che andrebbero a minare il processo concorrenziale.¹⁴⁴ Le principali pratiche che vengono proibite e perseguite riguardano la collusione fra imprese,¹⁴⁵ l'abuso di posizione dominante¹⁴⁶ e le concentrazioni fra imprese.¹⁴⁷

Il diritto della concorrenza riveste un ruolo fondamentale nel bilanciare la

Marketisation of European Corporate Control: A Critical Political Economy Perspective' (2007) 12 New Political Economy 211, 211-5.

¹⁴² Dabbah (n 135), 30-31 'competition law is generally negative and prohibitory in wording. This is obvious since competition law does not directly encourage competition or force firms to compete, but rather seeks - through the employment of specific rules - to prevent or eliminate any situation deemed harmful to competition and in this way protect competition.'

¹⁴³ Buch-Hansen e Wigger (n 134), 23-24 'To put it in metaphorical terms: if the process of competition is the engine of capitalism, competition regulation is the lubricating oil that assures the functioning of the engine.'

¹⁴⁴ Si prendono in considerazione la normativa dell'Unione Europea e quella statunitense in quanto rappresentano i più grandi e sviluppati sistemi di diritto della concorrenza. Inoltre, è possibile basare l'analisi sulla normativa europea poiché, nell'ambito concorrenziale l'Unione Europea gode di grandissimi poteri e perché le norme contenute nei trattati vengono applicate a livello nazionale e infine perché la maggior parte delle normative nazionali in materia rispecchia quasi perfettamente quella europea.

¹⁴⁵ A livello europeo la collusione fra imprese è vietata dall'articolo 101(1) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). Negli Stati Uniti invece se ne occupa la Sezione 1 dello Sherman Act, 15 U.S.C. § 1.

¹⁴⁶ 102 TFUE; Sezione 2 Sherman Act, 15 U.S.C. § 1.

¹⁴⁷ Regolamento del Consiglio (CE) n. 139/2004 del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese [2004] GU L24/1, (Regolamento concentrazioni fra imprese); Sezione 7 del Clayton Act, 15 U.S.C. § 18.

libertà d'azione di cui godono le imprese con altri interessi della società; inoltre, è fondamentale nel determinare il grado di coordinamento ammesso.¹⁴⁸ Il modo in cui il diritto della concorrenza è interpretato e applicato dipende, in gran parte, dal paradigma politico e culturale predominante in uno specifico arco temporale.¹⁴⁹ Non sarebbe, infatti, corretto presentare la disciplina come una scienza esatta e immutabile: il diritto della concorrenza è suscettibile di numerose interpretazioni e può servire fini molto diversi fra loro. Per questo motivo gli studi sulla VoC sono un utile strumento per comprendere come il diritto della concorrenza si sia sviluppato in modo differente in contesti diversi.¹⁵⁰ È generalmente accettato che due scuole di pensiero abbiano ispirato due differenti tipi di antitrust, con serie implicazioni sugli obiettivi da raggiungere, i metodi di applicazione e le pratiche permesse.¹⁵¹

I seguenti paragrafi descrivono prima la dottrina della Scuola di Chicago, poi la teoria ordoliberista e, infine, analizzano recenti sviluppi verificatisi nel diritto antitrust europeo che tendono verso il modello americano nella ricerca di un'egemonia nell'applicazione della legge.

¹⁴⁸ Wigger e Nölke (n 16), 490.

¹⁴⁹ *ibid.*, 490; Wouter PJ Wils, 'The Judgment of the EU General Court in Intel and the so-Called "More Economic Approach" to Abuse of Dominance' (2014) 37 *World Competition: Law and Economics Review* 405, 412.

¹⁵⁰ Wigger e Nölke (n 16), 489.

¹⁵¹ *ibid.*, 490; Suzanne Kingston, *Greening EU Competition Law and Policy* (Cambridge University Press 2011), 11.

3.1. LA SCUOLA DI CHICAGO

Gli Stati Uniti hanno una lunga e ricca storia di diritto antitrust: oltre ad essere stati il primo paese ad adottarne una legislazione alla fine del 1800¹⁵², ne sono stati i massimi studiosi e promotori.¹⁵³ Delle numerose teorie che hanno influenzato lo sviluppo del diritto antitrust statunitense, in questa tesi ci si sofferma solo su quella della Scuola di Chicago, la più influente dal 1960 in avanti.¹⁵⁴

Con l'espressione Scuola di Chicago (*Chicago School of Law and Economics at the University of Chicago*) si definisce un'importante dottrina economica elaborata, fra gli anni '50 e '80 del secolo scorso, da importanti studiosi e accademici riconducibili all'Università di Chicago.¹⁵⁵ Le caratteristiche che la differenziano da altre teorie economiche sono la fiducia nella disciplina economica, come a considerarla una scienza esatta;¹⁵⁶ una marcata preferenza per un sistema economico basato sulla libera attività d'impresa in un contesto di mercato concorrenziale;¹⁵⁷ l'elaborazione e l'utilizzo massiccio di una nuova branca dell'economia,

¹⁵² Lo Scherman Act, che è l'equivalente americano dell'articolo 101 e 102 TFUE è stato approvato nel 1890.

¹⁵³ Molte delle teorie più influenti sono state prodotte negli Stati Uniti: dalla teoria classica a quella di Harvard, fino ad arrivare a quella di Chicago analizzata in questa sezione. Cfr. Oliver Budzinski, 'Monoculture versus Diversity in Competition Economics' (2008) 32 Cambridge Journal of Economics 295.

¹⁵⁴ Maurice E Stucke, 'Money, Is That What I Want?: Competition Policy & the Role of Behavioral Economics' (2010) 50 Santa Clara Law Review 101, 104 'Since the late 1970s, the Chicago School's neoclassical economic theories have shaped U.S. antitrust policy.'

¹⁵⁵ H Laurence Miller, 'On the "Chicago School of Economics"' [1962] The Journal of Political Economy 64; la classificazione del pensiero economico sotto la denominazione di Scuola di Chicago non trovò l'approvazione di tutti i suoi membri. V. a riguardo George J Stigler, 'On the "Chicago School of Economics": Comment' (1962) 70 Journal of Political Economy 70.

¹⁵⁶ Miller (n 155), 64-65 'So also is the extent to which economics is usefully characterized as a science.'

¹⁵⁷ *ibid*, 65.

denominata economia neoclassica (*Neoclassical Economics*);¹⁵⁸ un atteggiamento tendenzialmente negativo nei confronti dell'intervento statale nell'economia, basato sull'assunzione di un mercato che si regola da solo.¹⁵⁹

Il pensiero della Scuola di Chicago influenzò notevolmente la politica economica di Stati Uniti e Gran Bretagna, trovando concreta applicazione nei governi di Ronald Reagan e Margaret Thatcher e servendo come fondamento teorico per lo sviluppo di un'ideologia politica, ancora oggi molto influente, che viene generalmente identificata con il termine di neoliberalismo.¹⁶⁰

Per quanto riguarda il diritto antitrust, la teoria della Scuola di Chicago fu avanzata da Aaron Director¹⁶¹ e, successivamente, sviluppata da alcuni dei suoi studenti e colleghi come Robert Bork¹⁶² e Richard Posner.¹⁶³ L'utilizzo delle teorie economiche neoclassiche, secondo cui gli operatori economici agiscono sempre secondo razionalità e operano in una costante ricerca del profitto, permise agli esponenti della Scuola di elaborare un'innovativa teoria antitrust.¹⁶⁴

¹⁵⁸ Eleanor Fox, 'Us and EU Competition Law: A Comparison' in Graham EM and Richardson JD (eds), *Global Competition Policy* (Institute for International Economics 1997).

¹⁵⁹ Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (Basic Books 1978), 309.

¹⁶⁰ Bruno Amable, 'Morals and Politics in the Ideology of Neo-Liberalism' [2010] *Socio-Economic Review* 1; cfr. anche Stucke (n 154); Buch-Hansen e Wigger (n 134), 32.

¹⁶¹ Aaron Director e Edward H Levi, 'Law and the Future: Trade Regulation' (1956) 51 *Northwestern University Law Review* 281.

¹⁶² Bork (n 159).

¹⁶³ Richard A Posner, *Antitrust Law* (University of Chicago Press 1976); Richard A Posner, 'The Chicago School of Antitrust Analysis' (1979) 127 *University of Pennsylvania Law Review* 925.

¹⁶⁴ Posner, 'The Chicago School of Antitrust Analysis' (n 163), 928; Anton D Lowenberg, 'Neoclassical Economics as a Theory of Politics and Institutions' (1989) 9 *Cato Journal* 619; Stucke (n 154), 107; l'idea che gli operatori economici agiscano sempre con l'intenzione di massimizzare il proprio profitto ha radici antiche. Adam Smith nel 1776 si esprimeva in questi termini: 'It is not from the benevolence of the butcher, the brewer, or the baker, that we can expect our dinner, but from their regard to their own interest. We

Questa vede il processo competitivo come un elemento essenziale dell'attività di auto-correzione del mercato poiché comporta che solo le imprese più efficienti riescono a rimanere sul mercato a scapito di quelle meno produttive. Questo costante processo porterebbe, in linea teorica, al raggiungimento di un equilibrio fra forze economiche in una situazione di perfetta competizione. La teoria è supportata da una complessa analisi dei prezzi (*price theory*), in un'ottica di breve periodo che tiene in considerazione l'andamento della singola impresa e non del settore in cui questa opera.¹⁶⁵ La ragion d'essere del diritto antitrust consiste nell'aumento del benessere di consumatori (*consumer welfare*): bisogna però tenere in considerazione che il *consumer welfare* della Scuola di Chicago non coincide con l'idea non-economica della protezione degli interessi del consumatore.¹⁶⁶ L'idea innovativa della Scuola di Chicago è che il benessere del consumatore è massimo quando tutte le risorse economiche della società sono distribuite in modo tale che i consumatori possano soddisfare tutti i loro bisogni.¹⁶⁷ Questo accade in condizioni di perfetta competizione e nel momento in cui il mercato è allocativamente efficiente. Il *consumer welfare* è, dunque, la somma del surplus per il consumatore e per il produttore e utilizzato come sinonimo di efficienza economica.¹⁶⁸

Secondo Robert Bork, dalla determinazione del *consumer welfare* come unico obiettivo del diritto antitrust seguono importanti conseguenze: in

address ourselves not to their humanity, but to their self-love, and never talk to them of our own necessities but of their advantage.' Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776), 11.

¹⁶⁵ Fox (n 158).

¹⁶⁶ Bork (n 159), 51; Kingston (n 151), 24.

¹⁶⁷ Bork (n 159), 429.

¹⁶⁸ Il surplus per il consumatore (*consumer surplus*) è la differenza positiva fra il prezzo che un individuo è disposto a pagare per ricevere un determinato bene o servizio e il prezzo realmente pagato. Il surplus per il produttore (*producer surplus*) invece è la differenza fra il prezzo realmente pagato al produttore per un bene e servizio e il prezzo che questo sarebbe stato disposto ad accettare. Cfr. Kingston (n 151), 24.

primo luogo, l'aumento della certezza del diritto per le imprese,¹⁶⁹ in quanto si evitano decisioni di tipo politico che devono essere prese dal legislatore e non dalle corti.¹⁷⁰ In secondo luogo, spinge le imprese a concentrarsi sull'efficienza economica che, in definitiva, porta un beneficio ai consumatori.¹⁷¹ Per questo motivo, il diritto antitrust non deve proteggere i concorrenti più piccoli¹⁷² e, soprattutto, va isolato da qualsiasi considerazione di tipo etico o politico.¹⁷³

Lo Stato gioca un ruolo secondario limitato alla determinazione delle regole e dei limiti entro cui la concorrenza fra imprese possa svilupparsi.¹⁷⁴ gli interventi di tipo strutturali devono essere evitati e il controllo del mercato contenuto. Numerose pratiche anti-concorrenziali sono ritenute non sostenibili nel lungo periodo, per cui solo quelle più dannose, come i cartelli, devono essere perseguite.¹⁷⁵ Le parole di Milton Friedman sono, in questo caso, esemplificative: “*private unregulated monopoly [is] the lesser of the evils when compared to government regulation and ownership*”.¹⁷⁶

¹⁶⁹ Bork (n 159), 82.

¹⁷⁰ *ibid*, 79.

¹⁷¹ *ibid*, 82; Okeoghene Odudu, ‘The Wider Concerns of Competition Law’ [2010] Oxford Journal of Legal Studies 1, 2.

¹⁷² Bork (n 159), 54; Kingston (n 151), 25.

¹⁷³ Bork (n 159), 429; cfr. inoltre Kingston (n 151), 25. ‘Competition policy should be insulated from all non-economic or ethical concerns. As long as efficiency is achieved, the question whether the distribution of resources is equitable within society or not is irrelevant to competition policy.’

¹⁷⁴ Bork (n 159); Kingston (n 151), 26; Stucke (n 154), 109.

¹⁷⁵ A riguardo cfr. Eleanor Fox, ‘What Is Harm to Competition? Antitrust, Exclusionary Practices, and the Elusive Notion of Anticompetitive Practices, and the Elusive Notion of Anticompetitive Effect’ in Josef Drexel (ed), *The Future of Transnational Antitrust - From Comparative to Common Competition Law* (Kluwer Law International 2003), 91 secondo cui per la Scuola di Chicago non vi era interesse a perseguire pratiche che non fossero i cartelli e per l’ala più estrema sarebbe stato opportuno non avere proprio delle regole antitrust.

¹⁷⁶ Citazione presente in Daniel Yergin e Joseph Stanislaw, *The Commanding Heights: The Battle Between Government And The Marketplace* (Simon and Schuster 2008), 148.

3.2. LA TEORIA ORDOLIBERISTA

Per essere precisi, più di una teoria del diritto della concorrenza, l'Ordoliberalismo¹⁷⁷ è una visione generale sul ruolo dell'economia di mercato nella società.¹⁷⁸ Sviluppato dall'economista Walter Eucken e il giurista Franz Böhm presso l'Università di Friburgo durante gli anni '30 del secolo scorso, l'Ordoliberalismo condivide con la dottrina liberale classica l'idea che un'economia basata su un sistema concorrenziale e sulla libertà d'iniziativa economica sia essenziale per la prosperità economica.¹⁷⁹

D'altro canto, la teoria sostiene che il capitalismo necessita di essere organizzato (e da qui il nome Ordo-liberismo) e il potere di mercato controllato.¹⁸⁰ Il mercato non si regola da solo e per questo motivo l'intervento statale è necessario nella forma di controllo della concorrenza in modo da preservare una società aperta, libera e una democrazia pluralistica.¹⁸¹ Il mercato deve essere incorporato in un contesto costituzionale che limiti la distorsione della concorrenza e assicuri una giusta distribuzione delle risorse nella società.¹⁸² Il diritto antitrust viene applicato in un'ottica di protezione anche delle imprese più piccole in modo tale da sostenere la diversità e la libertà d'iniziativa economica.¹⁸³

¹⁷⁷ Per una completa discussione e descrizione dell'Ordoliberalismo v. David J Gerber, 'Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe' (1994) 42 *The American Journal of Comparative Law* 25; Razeen Sally, 'Ordoliberalism and the Social Market: Classical Political Economy from Germany' (1996) 1 *New Political Economy* 233; Budzinski (n 153).

¹⁷⁸ Kingston (n 151), 11 '[ordoliberalism] is a overarching vision of the role that economy should play in society.'

¹⁷⁹ Gerber (n 177), 36.

¹⁸⁰ Albert (n 1), 117-119; Wolfgang Streeck, 'German Capitalism: Does It Exist? Can It Survive?' in C Crouch e Wolfgang Streeck (eds), *Political Economy of Modern Capitalism: Mapping Convergence and Diversity* (Sage 1997), 37.

¹⁸¹ Wigger e Nölke (n 16), 491.

¹⁸² Kingston (n 151), 11 '[Market should be] embedded in a constitutional framework, which would serve to guard against competitive distortion and to ensure equitable distribution of resource [...].'

¹⁸³ Albert (n 1), 119.

In base alla visione ordoliberalista, il diritto della concorrenza è parte di un quadro più ampio dettato dalla costituzione economica di ogni Stato.¹⁸⁴ Si riteneva che, rimanendo isolato dagli altri settori, il diritto antitrust avrebbe avuto un ruolo minoritario.¹⁸⁵ L'Ordoliberalismo, quindi, propone un approccio bilanciato fra le diverse aree politiche, che debbono essere integrate fra di loro.¹⁸⁶ È questa la ragione per cui Suzanne Kingston ha descritto il modello ordoliberalista come olistico: questo rifiuta una stretta compartimentalizzazione fra gli obiettivi e le decisioni del diritto della concorrenza e quelle di altri settori.¹⁸⁷

Nonostante si sia sviluppato in Germania, l'Ordoliberalismo ha influenzato non solo lo sviluppo modello tedesco nel secondo dopoguerra, ma anche la creazione della Comunità Economica Europea e, per quanto riguarda specificatamente questo studio, la teorizzazione e applicazione del diritto europeo della concorrenza.¹⁸⁸ L'influenza dell'Ordoliberalismo nella stesura delle norme antitrust e nella loro iniziale applicazione è generalmente accettata in dottrina.¹⁸⁹

La maggior parte dei politici tedeschi che parteciparono alla creazione e allo

¹⁸⁴ Gerber (n 177), 57.

¹⁸⁵ *ibid.*

¹⁸⁶ Sally (n 177), 236; Kingston (n 151), 17. Cfr. anche Commission (EC), XXIIInd Report on Competition Policy 1992, 13 'competition policy cannot be pursued in isolation, as an end in itself, without reference to the legal, economic, political and social context.'

¹⁸⁷ Kingston (n 151), 18 "[The holistic approach] requires the rejection of a narrow compartmentalisation between the aims and the decisions of competition policy and those of other policies in the broader economic order [...]".

¹⁸⁸ Katalin J Cseres, *Competition Law and Consumer Protection*, vol 49 (Kluwer Law International 2005), 92-94; Buch-Hansen e Wigger (n 134); Ariel Ezrachi, 'Sponge' [2015] Oxford Legal Studies Research Paper No. 16/2015 6 <<http://papers.ssrn.com/abstract=2572028>> ultimo accesso 29 settembre 2016.

¹⁸⁹ Per esempio v. Gerber (n 177), 71; Christian Joerges, 'What Is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy' [2005] *European Law Review* 461; Doris Hildebrand, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, vol 39 (Kluwer law international 2009), 13; Kingston (n 151), 14. Di diversa opinione invece Pinar Akman and Hussein Kassim, 'Myths and Myth-Making in the European Union: The Institutionalization and Interpretation of EU Competition Policy' (2010) 48 *Journal of Common Market Studies* 111.

sviluppo della Comunità Economica Europea erano particolarmente vicini a idee ordoliberaliste.¹⁹⁰ Un esempio è Hans von der Groeben, che prese parte alla stesura dello “Spaack Report” (il documento su cui si è basata la stesura del Trattato di Roma del 1957)¹⁹¹ e divenne primo Commissario per la Concorrenza.¹⁹² Un altro influente esempio è Walter Hallstein, uno dei padri fondatori della Comunità Economica Europea, che divenne il primo presidente della Commissione nel 1958.¹⁹³

Tuttavia, non è necessario tornare agli inizi delle Comunità Economica Europea per trovare alti funzionari europei influenzati dalle idee ordoliberaliste. Karel van Miert, Commissario alla Concorrenza dal 1994 al 1999, si dichiarò vicino alle idee ordoliberaliste e in particolare all’economia sociale di mercato.¹⁹⁴ La sua visione del diritto della concorrenza è perfettamente esplicita da una sua nota dichiarazione:

Competition policy can be seen rather as one instrument among others, which fosters the achievement of the Community’s basic objectives. The Community’s competition policy does not operate in a vacuum. It must take into account its effects on other areas of the Commission action such as industrial, regional, social and

¹⁹⁰ Gerber (n 177), 71.

¹⁹¹ *ibid*, 72.

¹⁹² *ibid*, 73.

¹⁹³ Gli scritti e i discorsi pubblici di Hallstein sono pieni di riferimenti all’Ordoliberalismo e alle idee ordoliberaliste. Cfr. *ibid*, 71.

¹⁹⁴ Karl van Miert, ‘The Future of European Competition Policy’ (1998) <http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1998_042_en.html> ultimo accesso 30 settembre 2016. ‘At the beginning of this week I was in intensive discussions with the Polish Government, as part of the accession negotiations. I observed there how much easier it was to convince people of the value of a strong competition policy if one talked the language of the Erhard-style social market economy rather than the language of the Chicago School. His thinking has lost nothing of its relevance, especially with reference to the forthcoming enlargement of the Union, and perhaps even more importantly in the light of the monetary and economic turbulence currently rocking a large part of our world, which brings home the significance of the concept known as Ordo-liberalism, the strict application of clear ground rules.’

*environmental policies. [...] Competition policy, in turn, plays a role in the preparation and introduction of other policies.*¹⁹⁵

Le idee ordoliberaliste non hanno però influenzato solo le dichiarazioni dei massimi esponenti delle istituzioni europee, ma anche le decisioni della Commissione Europea e della Corte di Giustizia. Con questo non si afferma che nei primi decenni della Comunità Economica Europea l'Ordoliberalismo sia stata l'unica teoria a condizionare le decisioni delle istituzioni, né che ogni sentenza o decisione sia improntata a queste idee. Si cerca, invece, di evidenziare come, in determinati casi, le istituzioni abbiano preso decisioni sulla base di argomentazioni d'ispirazione ordoliberalista. E' possibile notare come questo sia avvenuto soprattutto durante gli anni '80 e '90 del secolo scorso, mentre dal 2000 è iniziato un cambio di paradigma, soprattutto per quanto riguarda la Commissione Europea.

Per comprendere come l'Ordoliberalismo abbia influenzato l'applicazione del diritto della concorrenza è necessario, in primo luogo, spiegarne il funzionamento. E' dunque opportuno dividere il periodo storico in due momenti: il primo inizia con la nascita della Comunità Economica Europea e finisce nel 2003, anno in cui le modalità di applicazione sono state trasformate completamente. Il secondo periodo inizia nel 2003 e decorre tutt'ora.

Il diritto antitrust europeo si basa sostanzialmente su tre discipline fondamentali: il controllo sugli accordi e le pratiche fra le imprese (articolo 101 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)), il controllo sull'abuso di posizione dominante (articolo 102 TFUE) e il controllo sulle concentrazioni fra imprese (Regolamento 139/2004).¹⁹⁶ Questo studio

¹⁹⁵ Karl van Miert, 'An Active Competition Policy for Economic Growth' (Frontier Free Europe 1995).

¹⁹⁶ Regolamento concentrazioni fra imprese (n 147).

prenderà in considerazione esclusivamente l'articolo 101 che è lo strumento tramite cui è possibile determinare il livello di cooperazione fra le imprese e i casi in cui la concorrenza può essere ristretta.

L'articolo 101 primo comma stabilisce che:

Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate 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 interno [...].

Il secondo prevede che tali accordi siano considerati automaticamente nulli, a meno che non rispettino le quattro condizioni del terzo comma. Queste, che devono essere necessariamente rispettate cumulativamente, prevedono che gli accordi:

- a) “contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico”;
- b) riservino “agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva”;
- c) evitino di “imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi”;
- d) evitino di “dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi”.

Fino al 1 maggio del 2004, tale articolo andava letto in congiunzione al Regolamento 17 del 1962, che ne stabiliva le modalità di applicazione.¹⁹⁷ Spettava alla Commissione Europea il compito di applicare l'articolo 101

¹⁹⁷ Regolamento del Consiglio (CEE) n. 17/1962 del 6 febbraio 1962, Primo regolamento d'applicazione degli articoli [101] e [102] del trattato, Gazzetta Ufficiale n. 13 del 21.02.1962, (Regolamento 17/1962).

individuando le pratiche anticoncorrenziali e sanzionandole. Spettava inoltre alla Commissione Europea il compito esclusivo di concedere le esenzioni previste dall'articolo 101(3).¹⁹⁸ L'unico modo che le imprese avevano di concludere un accordo che avesse delle caratteristiche restrittive della concorrenza era quello di notificare alla Commissione Europea l'accordo medesimo.¹⁹⁹ Questa, in primo luogo, decideva se tale accordo fosse restrittivo e, in caso affermativo, se potesse soddisfare le quattro clausole dell'articolo 101(3) ed essere quindi messo in atto.

Il metodo in vigore fino al 2004 prevedeva un controllo accentrato della Commissione che poteva decidere, sempre sotto lo scrutinio della Corte di Giustizia Europea, quali pratiche fossero compatibili con il mercato unico e le regole sulla concorrenza dei trattati e quali accordi andassero invece vietati. Un tale modello, tipico delle CME, è influenzato da idee ordoliberaliste.²⁰⁰ Infatti, è possibile vedere come lo Stato o, in questo caso la Commissione Europea, assuma un ruolo attivo nel decidere quali forme di cooperazione ammettere e quali no, controllando preventivamente gli

¹⁹⁸ *ibid*, articolo 9, comma 1, 'Fatto salvo il controllo della decisione da parte della Corte di Giustizia, la Commissione ha competenza esclusiva per dichiarare inapplicabili in virtù dell'articolo [101], paragrafo 3 del Trattato le disposizioni dell'articolo [101], paragrafo 1'.

¹⁹⁹ *ibid*, articolo 4, 'Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate, di cui all'articolo [101], paragrafo 1 del Trattato, intervenuti dopo l'entrata in vigore del presente regolamento, e per i quali le imprese interessate intendono avvalersi dell'articolo [101], paragrafo 3, devono essere notificati alla Commissione. Fino a quando non siano stati notificati, la dichiarazione di cui all'articolo [101], paragrafo 3 non può essere rilasciata'.

²⁰⁰ Wigger e Nölke (n 16), 495 'competition law principles and the mode of their enforcement are closely interrelated with the basic institutions of Rhenish capitalism. The ordo-liberal legacy is reflected in the institutionalization of powerful public enforcement agencies with wide-ranging enforcement competencies that 'order' the economy and balance the decision-making according to broader political views. Moreover, the ex ante authorization practice provides companies with the necessary stability in the pursuance of long-term strategies. The traditional EU model of antitrust enforcement constitutes a patent case of the integrated agency model, following the civil law tradition of its founding Member States and in particular an approach adapted from German law.'; cfr. anche Stephen Wilks, 'Agency Escape: Decentralization or Dominance of the European Commission in the Modernization of Competition Policy?' (2005) 18 *Governance* 431, 433.

accordi fra imprese.

3.2.1. Influssi ordoliberalisti nelle decisioni della Commissione Europea

Durante i vari anni di applicazione dell'articolo 101 è possibile individuare un'influenza ordoliberalista in alcune delle decisioni della Commissione Europea. Infatti, l'idea che anche altri settori politici e interessi pubblici dovessero giocare un ruolo nell'applicazione del diritto antitrust, trova conferma in un numero limitato, ma comunque cospicuo, di decisioni in cui la Commissione ha preso in considerazione interessi pubblici che non sono riconducibili all'efficienza economica e al benessere dei consumatori.²⁰¹ Ciò dimostra come l'interdisciplinarietà, sostenuta dall'Ordoliberalismo, abbia trovato reale applicazione in casi concreti.

Nonostante le considerazioni d'interessi pubblici diversi dall'efficienza economica e il benessere dei consumatori non siano mai stati l'unico fattore in grado di concedere l'esenzione prevista dall'articolo 101(3), è possibile mostrare come, in alcuni casi, il loro peso nelle decisioni non possa essere trascurato.²⁰²

Ad esempio, nel 1992, con la decisione *Exxon/Shell*, la Commissione, nel concedere un'esenzione all'accordo fra due imprese chimiche, si basò anche su considerazioni di tutela ambientale. Nello specifico, l'accordo riguardava la creazione di un'impresa comune di produzione di polietilene. L'accordo rientrava nell'ambito di applicazione dell'articolo 101 in quanto non creava un'entità autonoma, ma era uno strumento di cooperazione fra le imprese per la produzione del materiale chimico. Fra i motivi che spinsero la

²⁰¹ Constanze Semmelmann, 'The Future Role of the Non-Competition Goals in the Interpretation of Article 81 EC' (2008) 1 *Global Antitrust Review* 15.

²⁰² Christopher Townley, 'Is Anything More Important than Consumer Welfare (in Article 81 EC)? Reflections of a Community Lawyer' (2008) 10 *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 345.

Commissione ha esentare l'accordo, spicca la considerazione che, grazie alla produzione congiunta, i due produttori "non [dovevano] trasportare etilene" e ciò "[permetteva] di evitare rischi ambientali e alla salute connessi con detto trasporto."²⁰³

Due anni prima, la Commissione aveva ammesso un'importante *Joint-Venture* fra due imprese automobilistiche, Ford e Volkswagen, basandosi sia su considerazioni di protezione ambientale che di occupazione. L'accordo prevedeva la produzione congiunta di un nuovo veicolo in Portogallo. Dopo aver rilevato un'incompatibilità dell'accordo con l'articolo 101(1), la Commissione giudicò le quattro condizioni dell'articolo 101(3) soddisfatte, considerando, fra le altre cose, interessi pubblici che esulavano dal concetto di efficienza economica o di benessere del consumatore. Nello specifico, la Commissione rilevò che il prodotto finale avrebbe avuto un miglior impatto ambientale in quanto "i materiali potenzialmente pericolosi [...] saranno drasticamente ridotti o totalmente eliminati." Inoltre, "aumenteranno notevolmente le possibilità di riciclo e le prestazioni in materia di emissioni di gas e di consumo."²⁰⁴ Infine, la Commissione dichiarò in modo esplicito che:

Ai fini della valutazione del presente caso, la Commissione tiene inoltre conto del fatto che il progetto costituisce il maggiore investimento singolo estero mai effettuato in Portogallo. Si ritiene che esso porti, fra l'altro, alla creazione di circa 5000 posti di lavoro e crei

²⁰³ *Exxon/Shell*, (Caso IV/33.640), Decisione della Commissione 94/322/CE [1994], GU L144/1994, par. 68. Nello stesso anno fu presa una decisione simile: *Philips/Osram* (Caso IV/34.252), Decisione della Commissione 94/986/CE [1994], GU L378/1994. In questo caso la Commissione esentò un accordo per la creazione di un'impresa comune per la produzione di tubi di vetro al piombo. Fra le argomentazioni che hanno portato la Commissione a esentare l'accordo vi è al par. 25 la considerazione che 'l'impresa comune comporterà un impiego complessivo d'energia inferiore e migliorerà le prospettive di attuazione dei programmi di riduzione dei consumi energetici e dell'emissione di effluenti.'

²⁰⁴ *Ford/Volkswagen* (Caso IV/33.814), Decisione della Commissione 93/49/CEE [1992] GU L20/1993, par. 26.

indirettamente fino a 10000 posti di lavoro, mediante altri investimenti nell'industria delle forniture. Il progetto contribuisce quindi alla promozione di uno sviluppo armonioso della Comunità e alla riduzione delle disparità regionali, il che costituisce una delle finalità fondamentali del trattato. Esso promuove inoltre l'integrazione europea di mercato poiché vincola più strettamente il Portogallo alla Comunità attraverso una delle sue principali industrie.²⁰⁵

Nonostante ciò, la Commissione ritenne importante chiarire che:

Ciò non sarebbe sufficiente ai fini di un'esenzione qualora non venissero soddisfatte le condizioni dell'articolo [101], paragrafo 3, ma si tratta di un elemento di cui la Commissione ha tenuto conto.²⁰⁶

La prima decisione in cui la Commissione si basò in maniera determinante su considerazioni di interesse pubblico per esentare un accordo fra imprese dalle maglie dell'articolo 101(1) fu la *CECED*.²⁰⁷ L'accordo in questione era stato stipulato fra CECED, un'associazione di produttori di elettrodomestici con sede a Bruxelles, e i suoi membri. Le parti dell'accordo rappresentavano il 95% del mercato rilevante e si impegnavano a non importare o produrre lavatrici che non rispettassero determinati standard ambientali.

La Commissione rilevò un'incompatibilità con l'articolo 101(1) in quanto le parti dell'accordo si impegnavano a cessare la produzione di un determinato prodotto o a limitarne l'importazione. Questo avrebbe ridotto la scelta per i consumatori e la diversità dei prodotti. Inoltre, la Commissione riteneva che

²⁰⁵ *ibid*, par. 36.

²⁰⁶ *ibid*.

²⁰⁷ *CECED*, (Caso IV.F.1/36.718), Decisione della Commissione 2000/475/CE, [2000], GU L187/47. Cfr. a riguardo Christopher Townley, *Article 81 EC and Public Policy* (Bloomsbury Publishing 2009), 151; Hans Vedder, *Competition Law and Environmental Protection in Europe: Towards Sustainability?* (Europa Law Pub 2003).

l'accordo avrebbe alzato significativamente i costi di produzione, riducendo sia la domanda del prodotto che quella di elettricità.

Nonostante queste considerazioni, la Commissione esentò l'accordo sulla base dell'articolo 101(3) su due principali considerazioni: in primo luogo, in base al fatto che il prodotto sarebbe stato più costoso inizialmente, ma avrebbe fatto risparmiare il consumatore sui consumi di elettricità nel lungo periodo. In secondo luogo, la Commissione rilevò che l'accordo avrebbe permesso la riduzione di emissione di CO₂ e di SO₂. Questo risparmio sarebbe stato sette volte più grande del costo addizionale sostenuto dai consumatori nell'acquistare il prodotto. Questo elemento non potrebbe essere preso in considerazione in una stretta analisi del benessere del consumatore, in quanto il beneficio non è solo dei consumatori intesi come acquirenti del prodotto in esame, ma della collettività in generale.²⁰⁸

Nei casi sopra esposti, è possibile notare l'approccio intersettoriale sostenuto dall'Ordoliberalismo: gli effetti della decisione della Commissione non vengono valutati solo in relazione al settore della concorrenza; altri settori vengono presi in considerazione e, in taluni casi, viene loro assegnato un peso consistente. Nel caso *CECED*, la restrizione della concorrenza viene bilanciata da un vantaggio che non è solo economico, ma anche ambientale. In *Ford/Volkswagen* vengono prese in considerazioni sia politiche industriali che sociali, come il maggior livello occupazionale in una delle aree più povere dell'Unione.

Nonostante sia evidente che in tali decisioni la Commissione abbia incluso considerazioni di interesse pubblico, occorre prudenza nel valutarne l'influenza. In tutti i casi, le valutazioni di interessi pubblici accompagnavano valutazioni di tipo economico e spesso la Commissione ha cercato di fare rientrare tali considerazioni sotto l'ombrello di un discorso

²⁰⁸ Townley (n 207), 152.

economico basato sull'efficienza.²⁰⁹

3.2.2. Influssi ordoliberalisti nelle sentenze delle Corte di Giustizia

Fino al 2003, la Commissione ha esercitato un potere esclusivo nell'esentare gli accordi anticoncorrenziali dall'applicazione dell'articolo 101(1). Nonostante ciò, le sue decisioni erano sottoposte al sindacato della Corte di Giustizia. Come previsto dall'articolo 9 del Regolamento 17 del 1962, la Commissione ha competenza esclusiva per dichiarare inapplicabili le disposizioni dell'articolo 101(1) in virtù del paragrafo 3, "fatto salvo il controllo della decisione da parte della Corte di Giustizia".²¹⁰

E' dunque fondamentale analizzare l'approccio adottato dalla Corte nei confronti dell'inclusione di interessi pubblici nell'applicazione dell'articolo 101 e, in particolare, riguardo all'estensione interpretativa del suo terzo paragrafo.

La Corte di Giustizia ha dimostrato, fin dalle sue prime sentenze, una posizione di apertura in questo ambito.²¹¹ Come abbiamo già ricordato, il terzo paragrafo dell'articolo 101 prevede quattro condizioni che devono

²⁰⁹ Ad esempio Townley nota che in CECED le considerazioni ambientali erano mascherate da un linguaggio di tipo economico. 'In CECED the Commission tried to cloak environmental criteria in economic language, by emphasising that the lifecycle costs had fallen.' *ibid*, 152.

²¹⁰ Regolamento 17/1962 (n 197), articolo 9.

²¹¹ Cfr. Townley (n 207), 55 che analizza come la Corte di Giustizia sia reticente a escludere la valutazione di interessi pubblici in casi di diritto della concorrenza. Secondo Townley il metodo preferito dalla Corte è un metodo di bilanciamento, in cui alcune volte prevalgono considerazioni di tipo economico o relative alla concorrenza, mentre in altre circostanze prevalgono interessi pubblici. 'Sometimes objectives conflict; when this happens, the Community Courts are reluctant to use exclusion, at least insofar as Article 81 EC and competition are concerned. This is probably due to the perceived importance of this policy objective, as well as to the size of Article [101]'s footprint; and yet, the Community Courts cannot ignore these conflicts, which implies that, in Article 81, they should be resolved through compromise. This means that Article [101]'s objectives would go beyond competition (and Article [101]'s wording), reflecting the broader Treaty (and Member State) goals'.

essere soddisfatte cumulativamente. Fra queste, la prima è la clausola chiave, in quanto la sua interpretazione può consentire o negare l'inclusione di interessi pubblici nella valutazione di un accordo anticoncorrenziale. La prima clausola prevede che un accordo che restringa la concorrenza possa essere esentato dall'applicazione dell'articolo 101 nel caso in cui contribuisca al miglioramento della produzione e della distribuzione dei prodotti o nel caso in cui promuova un progresso tecnico ed economico. Un'interpretazione letterale di tale norma non sembrerebbe consentire un'inclusione di interessi pubblici che si distacchino da elementi tecnici ed economici quali, ad esempio, quelli di efficienza produttiva o di *consumer welfare*.²¹² D'altro canto, l'interpretazione letterale è solo una delle possibilità che la Corte può adottare: come argomentato da Cristopher Townley, il testo dell'articolo 101 è rimasto invariato fin dal 1957, quando gli obiettivi del trattato erano limitati. Per questo motivo, il significato letterale del 101(3) risulta abbastanza ristretto, giusto per accogliere gli obiettivi di interesse pubblico presenti nell'iniziale trattato. Tuttavia, come gli obiettivi del trattato si sono ampliati dal 1957 ad oggi, così la Corte di Giustizia ha condotto un'interpretazione estensiva della prima clausola del terzo paragrafo dell'articolo 101.²¹³

Ad esempio, la Corte di Giustizia adottò un'interpretazione estensiva della dell'articolo 101(3) in *Metro I*, bilanciando la restrizione della concorrenza con la necessità di assicurare l'occupazione nel tempo. La Corte chiaramente stabilisce che il criterio occupazionale gioca un ruolo

²¹² Whish e Bailey (n 138), 165 'A narrow view of Article 101(3) is that it permits only agreements that would bring about improvements in economic efficiency: the very wording of Article 101(3), which speaks of improvements to production and distribution and to technical and economic progress, is clearly suggestive of an efficiency standard.'

²¹³ Townley (n 207), 65 'If it were the Treaty's signatories' intention that Article [101(3)] be used to balance all public policy objectives, the provision might have been more clearly written. Article [101(3)]'s wording seems too narrow to include many objectives. The wording has not been altered since 1957, when the Treaty's aims and objectives were narrower than they are today. However, as the relevant objectives have broadened, the Community Courts have interpreted Article [101(3)] more widely.'

nell'applicazione dell'articolo 101(3).²¹⁴ Sempre nella stessa sentenza, la Corte di Giustizia, affrontando la tematica più generale dell'interazione dell'articolo 101 con obiettivi di natura diversa dal mantenimento del mercato competitivo, si esprime chiaramente per un bilanciamento di interessi diversi all'interno dell'articolo 101:

I poteri attribuiti alla commissione dall'art [101(3)], dimostrano che le esigenze della conservazione di una concorrenza efficace, possono venir *conciliate con la tutela di finalità di natura diversa* e che, a questo scopo, si possono tollerare alcune restrizioni della concorrenza se sono indispensabili al conseguimento di dette finalità e non si risolvono nell'eliminazione della concorrenza per una parte sostanziale del mercato comune.²¹⁵

A distanza di quasi dieci anni, nel caso *Matra II*, la Corte di Giustizia confermò la sua posizione nei confronti del bilanciamento della tutela della concorrenza con “finalità di natura diversa.”²¹⁶ Questi due casi mostrano un'apertura verso l'inclusione di fattori non connessi all'efficienza nell'analisi dell'articolo 101.²¹⁷

Un'ulteriore conferma che l'articolo 101(3) sia in grado di accogliere considerazione di interesse pubblico arriva nel 1996, da parte del Tribunale. Nel caso *Métropole television*, affrontando direttamente la questione

²¹⁴ ‘Inoltre l'elaborazione di programmi di fornitura per un periodo ragionevole rappresenta, quanto alla conservazione dell'occupazione un elemento di stabilità la cui promozione rientra, come miglioramento delle condizioni generali di produzione, specie in caso di congiuntura economica sfavorevole, nell'ambito degli obiettivi che l'art [101(3)] consente di contemplare.’ Causa 26/76 *Metro SB-Großmärkte contro Commissione (Metro I)* [1977] ECR 1875, par. 43.

²¹⁵ *ibid*, par. 21 (corsivo aggiunto).

²¹⁶ Causa 75/84 *Metro SB-Großmärkte contro Commissione (Metro II)* [1986] ECR 03021, par. 65.

²¹⁷ Ariel Ezrachi, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases* (3rd edn, Hart Publishing 2012), 111 ‘This broad approach opens the door to variables that are not directly linked with efficiencies.’

dell'estensione del terzo paragrafo dell'articolo 101 e la possibilità della Commissione di valutare elementi esterni all'efficienza economica, il Tribunale dichiarò che:

La Commissione può certamente basarsi, nell'ambito di una valutazione globale, su *considerazioni inerenti al perseguimento dell'interesse pubblico* al fine di concedere un'esenzione in forza dell'art. [101(3)], del Trattato.²¹⁸

Il passaggio sopra riportato rappresenta un *unicum* per la chiarezza con cui la Corte ha dichiarato la sua posizione riguardo al bilanciamento di interessi pubblici in casi di diritto della concorrenza.²¹⁹ È interessante notare come la sentenza sia in contrasto con il caso *Matra* del 1994, in cui lo stesso Tribunale sembrava suggerire che considerazioni riguardanti le infrastrutture, l'occupazione e l'integrazione europea non dovessero rientrare nell'analisi dell'articolo 101(3).²²⁰

È necessario, inoltre, sottolineare come la Corte di Giustizia, non abbia solo avallato la prassi della Commissione Europea di considerare interessi pubblici nell'applicazione dell'articolo 101(3), ma abbia condotto lei stessa, in numerose situazioni, un bilanciamento fra restrizioni concorrenziali e interessi pubblici. La peculiarità di tale bilanciamento consiste nel fatto che è stato compiuto, non all'intero dell'articolo 101(3), ma bensì all'interno del 101(1). Il famoso caso *Woutersne* è un perfetto esempio: il caso riguardava una regolamentazione, emanata in Olanda dal consiglio dell'ordine degli avvocati, che proibiva agli avvocati olandesi di operare “in collaborazione integrata” con altre categorie professionali (fra cui i revisori dei conti) senza

²¹⁸ Cause T-528/93, T-542/93, T-543/93 e T-546/93 *Métropole télévision e altri contro Commissione* [1996], ECR II-649, par. 118 (corsivo aggiunto).

²¹⁹ Townley (n 207), 67.

²²⁰ Caso T-17/93 *Matra Hachette SA contro Commissione* [1994] ECR II-595, para 139. Cfr. Ezrachi (n 217), 111.

che il consiglio dell'ordine avesse dato il consenso.²²¹ La compatibilità fra la regolamentazione e il diritto della concorrenza fu posta all'attenzione della Corte di Giustizia, tramite un rinvio pregiudiziale. La Corte, dopo aver accertato che effettivamente la regolamentazione costituisse una restrizione della concorrenza, si esprime in questi termini:

Occorre tuttavia rilevare che non ogni accordo tra imprese o ogni decisione di un'associazione di imprese che restringa la libertà d'azione delle parti o di una di esse ricade necessariamente sotto il divieto sancito all'art. [101], n. 1, del Trattato. Infatti, ai fini dell'applicazione di tale disposizione ad un caso di specie, occorre innanzi tutto tener conto del contesto globale in cui la decisione dell'associazione di imprese di cui trattasi è stata adottata o spiega i suoi effetti, e più in particolare dei suoi obiettivi, connessi nella fattispecie alla necessità di concepire norme in tema di organizzazione, di qualificazione, di deontologia, di controllo e di responsabilità, che forniscano la necessaria garanzia di integrità e di esperienza ai consumatori finali dei servizi legali e alla buona amministrazione della giustizia [...]. Occorre poi verificare che gli effetti restrittivi della concorrenza che ne derivano ineriscano al perseguimento di tali obiettivi.²²²

La sentenza della Corte, quindi, stabilisce che se la regolamentazione persegue obiettivi legittimi, ed è necessaria per raggiungere tali obiettivi, le restrizioni della concorrenza che ne derivano direttamente possono essere bilanciate dagli obiettivi perseguiti.²²³ Il medesimo approccio è stato seguito

²²¹ Causa C-309/99, *JCJ Wouters contro Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* [2002] ECR I-1577.

²²² *ibid*, par. 97.

²²³ *ibid*, parr. 86-110. Townley (n 202), 356-357 'a restriction of competition [...] may not breach Article [101](1) where: (i) the Regulation pursues legitimate objectives (such as the administration of justice); (ii) the Regulation is necessary to achieve these legitimate

in altre sentenze come ad esempio, *Meca Medina*.²²⁴ Il caso *Wouters* ha condotto, non pochi autori, a ipotizzare un'introduzione di una regola di ragionevolezza (*Rule of Reason*) all'interno dell'articolo 101.²²⁵

La *Rule of Reason* è una particolare metodologia interpretativa elaborata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti per quanto concerne la legislazione antitrust (Sherman Act).²²⁶ A differenza dell'articolo 101 che è costituito da un primo paragrafo in cui si stabilisce quando un accordo o una pratica sono anti-competitivi e un terzo paragrafo che prevede quando questi possono essere giustificati, lo Sherman Act è strutturato diversamente: non contiene un equivalente del terzo paragrafo del 101.²²⁷ Conseguentemente, stando alla portata letterale della norma, ogni accordo che limitati il commercio sarebbe incompatibile con la legislazione antitrust. Per evitare queste estreme conseguenze, la giurisprudenza statunitense permise che un accordo, anche se anti-competitivo, potesse essere giustificato a fronte di un'analisi delle sue caratteristiche nel caso concreto e nell'ipotesi in cui la restrizione concorrenziale fosse solo ancillare all'obiettivo perseguito. Questo creò una differenziazione fra pratiche ritenute sempre illegali e pratiche che, invece, necessitano di un'analisi nel loro contesto economico e di mercato.²²⁸

goals; and (iii) the consequential effects restrictive of competition are inherent in the pursuit of those objectives.'

²²⁴ Causa C-519/04 P, *David Meca Medina contro Commissione* [2006] ECR I-6991.

²²⁵ Sono ad esempio di questo avviso Valentine Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice* (Hart publishing 2004); Jonathan Faull e Ali Nikpay, *Faull and Nikpay: The EC Law of Competition* (Oxford University Press 2007).

²²⁶ Per un'analisi estensiva della Rule of Reason v. René Joliet, *The Rule of Reason in Antitrust Law: American, German and Common Market Laws in Comparative Perspective* (Springer 1967); Phillip Areeda, 'The Rule of Reason—A Catechism on Competition' (1986) 55 Antitrust Law Journal 571.

²²⁷ Cfr. Whish e Bailey (n 138), 143 'EU law is different in many ways from US law, not at least in that it has the bifurcation of Article 101(1) and Article 101(3), which does not exist in US law [...].'

²²⁸ Pietro Manzini, 'The European Rule of Reason-Crossing the Sea of Doubt' (2002) 23 European Competition Law Review 392, 392 'To avoid these extreme consequences,

Tuttavia, il dibattito sull'introduzione di una *Rule of Reason* nel diritto europeo della concorrenza ha assunto connotati molto "imprecisi".²²⁹ secondo alcuni autori l'introduzione della regola di ragionevolezza comporterebbe un'analisi dell'anti-concorrenzialità di un accordo anche all'interno dell'articolo 101(1),²³⁰ mentre per altri il caso *Wouters* potrebbe costituire un precedente per il bilanciamento fra restrizioni della concorrenza e perseguimento di interessi pubblici, invece che nell'articolo 101(3), nel 101(1).²³¹

Un'importante sentenza del Tribunale esclude la possibilità di una *Rule of Reason*, nel momento in cui questa indichi la necessità di fare un bilanciamento fra interessi pro e anti-competitivi all'interno dell'articolo 101 paragrafo 1.²³² Tuttavia, questa non preclude la possibilità che possa esistere una *Rule of Reason* europea, con caratteristiche ben differenti da quella americana e che costituisca il fondamento logico-giuridico per bilanciare restrizioni concorrenziali con perseguimento di interessi pubblici, invece che nell'articolo 101(3) nell'articolo 101(1).²³³

the U.S. judges felt the need immediately to interpret such legislative standard in a reasonable way. During the first years of implementation of the Statute, reference was made to the concept of ancillary restraints.'

²²⁹ Ad esempio, Whish e Bailey (n 138), 143 si esprimono in questi termini 'Discussion of the rule of reason under Article 101(1) is often very imprecise. It is sometimes used as little more than a slogan by opponents of the judgments of the Courts and, in particular, decisions of the Commission.'

²³⁰ Ad esempio Ian Forrester e Christopher Norall, 'The Laicization of Community Law: Self-Help and the Rule of Reason: How Competition Law Is and Could Be Applied' (1984) 21 Common Market Law Review 11.

²³¹ Cfr. Korah (n 225), 83-84; Faull e Nikpay (n 225), 255-257; Claus-Dieter Ehlermann e Laraine L Laudati (eds), *European Competition Law Annual 1997: The Objectives of Competition Policy*, vol 2 (Hart publishing 1998), 543-547.

²³² Causa T-112/99 *Métropole télévision contro Commissione* [2001] ECR II-2459, parr. 72-74. Cfr. Manzini (n 228).

²³³ V. a riguardo Semmelmann (n 201); Assimakis P Komninos, 'Non-Competition Concerns: Resolution of Conflicts in the Integrated Article 81 EC' [2005] University of Oxford, Working Paper (L) 08/05 <https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/ccplp_1_08-05.pdf> ultimo accesso 23 ottobre 2016; Forrester e Norall (n 230).

3.3. DA FRIBURGO A CHICAGO: RECENTI CAMBIAMENTI NEL DIRITTO ANTITRUST EUROPEO

La scuola ordoliberista ha giocato un ruolo molto importante nella creazione del diritto della concorrenza dell'Unione Europea e, per certi versi, anche nella sua applicazione e interpretazione nei decenni successivi. Nonostante ciò, negli ultimi quindici anni si sono verificate importanti trasformazioni. Il presente paragrafo cerca di mostrare come queste hanno condotto alcuni aspetti del diritto antitrust europeo verso le idee della Scuola di Chicago.

Bisogna tenere presente che le norme sostanziali del diritto della concorrenza sono rimaste invariate dal 1957 (anno di approvazione del Trattato di Roma). Tuttavia, la loro interpretazione ha subito numerosi cambiamenti, soprattutto per quanto riguarda la Commissione Europea, che si è allontanata da posizioni ordolibériste e ha fatto propri alcuni dei principi cardine della Scuola di Chicago.²³⁴

Il processo inizia nel 1999 con la pubblicazione del Libro Bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli articoli [101] e [102] del Trattato CE, nel quale si affermava l'intenzione di utilizzare un approccio di tipo più economico (*The More Economic Approach*) nell'applicazione del diritto della concorrenza.²³⁵ La proposta non faceva riferimento direttamente alla scuola di Chicago, ma analizzandone i principi e i concetti è possibile notare una certa somiglianza,²³⁶ come ad esempio,

²³⁴ Wigger e Nölke (n 16), 490.

²³⁵ Commissione Europea, 'Libro Bianco Sulla Modernizzazione Delle Norme per L'applicazione Degli Articoli 85 E 86 Del Trattato CE' (1999), (Libro Bianco).

²³⁶ Heike Schweitzer, 'Competition Law and Public Policy: Reconsidering an Uneasy Relationship: The Example of Art. 81' [2007] SSRN 1092883 9 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1092883> ultimo accesso 30 ottobre 2016. 'The Commission, when proposing the new enforcement regime, was aware of the problem. The solution it suggested – in the White Paper preparing the reform as well as in

l'impegno della Commissione Europea a liberare completamente il diritto della concorrenza da considerazioni di tipo politico.²³⁷

L'opportunità di realizzare il cambiamento si presentò con l'adozione del Regolamento 1/2003,²³⁸ che introdusse uno dei più grandi cambiamenti nelle procedure del diritto antitrust europeo dall'adozione del Trattato di Roma.²³⁹ In primo luogo, il regolamento invertì la modalità tramite cui l'articolo 101, e in particolare il suo terzo paragrafo, viene applicato. Il controllo della Commissione, non è più eseguito a priori, ma è effettuato *ex post*.²⁴⁰ Sono le stesse imprese che devono valutare i loro accordi e non hanno più la possibilità di fare affidamento sulle esenzioni della Commissione.²⁴¹

In secondo luogo, il Regolamento 1/2003 obbliga le autorità nazionali garanti della concorrenza e le corti nazionali ad applicare l'articolo 101 e 102 in parallelo alle loro legislazioni nazionali.²⁴² Questo comporta un'applicazione capillare del diritto della concorrenza europeo sull'intero territorio dell'Unione.²⁴³

Visto che, a seguito dell'applicazione del regolamento 1/2003, il diritto

later documents – was to remodel Art. 81 along the lines of US antitrust law, i.e. of Sec. 1 Sherman Act. According to the Commission's view, Art. 81(3) was to be interpreted as a European rule of reason. Only pro-competitive effects were to be considered as potential justifications of competitive restraints. No room for public policy considerations should persist. It is this path that the Commission largely follows in its Guidelines on the application of Art. 81 to horizontal agreements and in its Guidelines on the application of Art. 81(3)'.

²³⁷ Libro Bianco 'Libro Bianco Sulla Modernizzazione Delle Norme per L'applicazione Degli Articoli 85 E 86 Del Trattato CE' (n 235), par. 57.

²³⁸ Regolamento 1/2003 (n 147).

²³⁹ Claus Dieter Ehlermann, 'The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution' (2000) 37 Common Market Law Review 537.

²⁴⁰ A riguardo v. Giacomo Di Federico e Pietro Manzini, 'A Law and Economics Approach to the New European Antitrust Enforcing Rules' (2004) 1 Erasmus Law and Economics Review.

²⁴¹ Wigger e Nölke (n 16), 496.

²⁴² Regolamento 1/2003 (n 147), articolo 3.

²⁴³ Whish e Bailey (n 138), 165.

antitrust europeo non è più applicato solamente dalla Commissione, ma anche da 28 autorità nazionali e migliaia di corti nazionali e, visto che le imprese devono auto-valutare i loro accordi per quanto riguarda la compatibilità con il diritto della concorrenza, la Commissione ritenne opportuno chiarire e restringere l'ambito di applicazione della legge.²⁴⁴

Gli strumenti utilizzati per questo scopo rientrano nella categoria della *soft-law*: infatti, la Commissione iniziò a pubblicare una serie di Linee Diretrici²⁴⁵ che, stando a quanto dichiarato dalla Commissione stessa, dovrebbero descrivere lo stato del diritto, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia.²⁴⁶ Tuttavia, è interessante notare come, per certi versi, queste Linee Diretrici si distacchino non solo dalla precedente attività della Commissione, ma, ben più importante, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.²⁴⁷

²⁴⁴ Anne C Witt, 'Public Policy Goals Under EU Competition Law—Now Is the Time to Set the House in Order' (2012) 8 European Competition Journal 443.

²⁴⁵ Ad esempio v. Commissione Europea, 'Linee Diretrici Sull'applicazione Dell'articolo 81, Paragrafo 3 Del Trattato, [2004] GU C101/97', (Linee Diretrici Articolo 81(3)); Commissione Europea, 'Linee Diretrici Sull'applicabilità Dell'articolo 101 Del Trattato Sul Funzionamento dell'Unione Europea Agli Accordi Di Cooperazione Orizzontale, [2011] GU C11/1', (Linee Diretrici sulla Cooperazione Orizzontale).

²⁴⁶ Commissione Europea, 'Linee Diretrici Sull'applicazione Dell'articolo 81, Paragrafo 3 Del Trattato, [2004] GU C101/97' (n 245), par. 7.

²⁴⁷ V. Townley (n 207), 70 'In (relatively) recent policy statements the Commission now says that the competition rules should not be set aside because of public policy considerations. This is contrary to the structure of the Treaty, contrary to the consistent position adopted by the Community Courts and involves a fundamental reorganisation of the hierarchy of Treaty objectives. Furthermore, even as the Commission's administrative practice (and this includes through guidelines) changes over time, it still has to act within the framework the ECJ prescribes for it under Article 81 EC. cfr. anche Witt (n 244) che afferma 'When the Commission introduced the more economic approach to EU competition law in the early 2000s, it adopted the view that the competition rules should be interpreted as aiming at the enhancement of consumer welfare exclusively. Consequently, it adapted not only its concept of competitive harm, but also its understanding of what type of advantage may be taken into consideration as a countervailing factor in competitive assessments. Having previously taken into account a broad range of socially desirable effects, it reduced the type of eligible benefit to consumer welfare-enhancing efficiencies. The Court, on the other hand, adheres to a broader understanding of the purpose of competition law that is not limited to the enhancement of consumer welfare. It

Giorgio Monti, analizzando gli intenti del Libro Bianco del 1999, suggerisce che la Commissione Europea stia modernizzando le regole antitrust europee in due modi: esplicitamente, modernizza l'applicazione delle regole, aumentando i poteri delle autorità e delle corti nazionali e modificando il sistema di controllo da *ex ante* a *ex post*. Allo stesso tempo, la Commissione sta cercando di modernizzare la sostanza del diritto, anche se non possiede questo potere che è solo nelle mani del legislatore e, semmai, in quello della Corte di Giustizia.²⁴⁸

Ad esempio, le Linee Diretrici sull'articolo [101] paragrafo 3 dichiarano che il solo "obiettivo dell'articolo [101] è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'allocazione efficiente delle risorse."²⁴⁹ Secondo parte della dottrina, questa riduzione dello scopo del diritto antitrust è nettamente in contrasto con la giurisprudenza, anche recente, della Corte di Giustizia.²⁵⁰

Inoltre, la possibilità di esentare accordi anticoncorrenziali sulla base dell'articolo 101 comma 3, è stata notevolmente ristretta: stando alle dichiarazioni della Commissione Europea, il requisito del miglioramento della produzione o della distribuzione dei prodotti o della promozione di progresso tecnico o economico, che in passato è stato utilizzato per tenere in

consequently also continues to stand by its broad view of the type of effect relevant in competitive assessments, and takes into account benefits pursued by other EU policies.'

²⁴⁸ Giorgio Monti, 'Article 81 EC and Public Policy' (2002) 39 Common Market Law Review 1057, 1091. 'It follows that the White Paper is about modernization in two different respects: most obviously it is about modernizing the application of the rules by enhancing the powers of national authorities and courts; but, more subtly, the White Paper is also modernizing the substance of EC competition law, at least insofar as Article 81(3) is concerned. But it is doubtful that the Commission has the power to issue binding interpretations of the EC Treaty.'; cfr. anche Komninos (n 233).

²⁴⁹ Commissione Europea, 'Linee Diretrici Sull'applicazione Dell'articolo 81, Paragrafo 3 Del Trattato, [2004] GU C101/97' (n 245), par. 13.

²⁵⁰ Un esempio sono le Cause Riunite C-501, 513, 515, 519/06 P GlaxoSmithKline contro Commissione [2009] ECR I-9291, parr. 63-64; Cfr. Witt (n 244), 464.

considerazione interessi pubblici,²⁵¹ è ora ridotto a mere considerazioni di *consumer welfare* e efficienza economica. Perciò, un interesse pubblico, per poter essere considerato nell'ambito dell'articolo 101, deve essere suscettibile a tali valutazioni.²⁵²

La diversa propensione a considerare interessi pubblici nell'applicazione dell'articolo 101 può essere analizzata anche in relazione alle Linee Diretrici sugli accordi di cooperazione orizzontale.²⁵³ Le Linee Diretrici del 2001 contenevano un apposito capitolo sugli accordi con scopi ambientali: in sostanza, un accordo anticoncorrenziale poteva essere esentato dall'applicazione dell'articolo 101 nel caso in cui producesse determinati benefici ambientali.²⁵⁴ Secondo la Commissione, gli accordi fra imprese con un beneficio ambientale erano uno "strumento di politica per il raggiungimento degli obiettivi [...] del trattato e contenuti nei piani d'azione comunitari a favore dell'ambiente."²⁵⁵ A distanza di dieci anni, le Linee Diretrici sono state sostituite e, in perfetta armonia con l'obiettivo di rimuovere considerazioni di interesse pubblico dall'applicazione del diritto della concorrenza, il capitolo sui benefici ambientali è stato eliminato insieme all'idea degli accordi con benefici ambientali quale strumento per il raggiungimento dell'obiettivo del trattato di protezione dell'ambiente.²⁵⁶

²⁵¹ Cfr. *supra* par. 1.3.2. riguardo la teoria ordoliberalista.

²⁵² Le Linee Diretrici sull'articolo 81(3) dichiarano al paragrafo 33 che 'Gli accordi che determinano restrizioni della concorrenza possono al tempo stesso produrre effetti favorevoli alla concorrenza mediante incrementi di efficienza.' Dal paragrafo 48 al 72 la Commissione analizza i quattro requisiti dell'articolo 101 paragrafo 3 sempre secondo un'ottica di efficienza economica. E al paragrafo 42 chiarisce che 'gli obiettivi perseguiti da altre disposizioni del trattato possono essere presi in considerazione nella misura in cui possano essere fatti rientrare nelle quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3'. V. anche Witt (n 244), 455.

²⁵³ *ibid.*, 458.

²⁵⁴ Commissione Europea, 'Linee Diretrici Sull'applicabilità Dell'articolo 81 Del Trattato Agli Accordi Di Cooperazione Orizzontale, [2001] GU C3/2', parr. 179-198.

²⁵⁵ *ibid.*, par. 192.

²⁵⁶ Si confronti le nuove Linee Diretrici: Commissione Europea, Linee direttive sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli

Secondo alcuni autori, il processo di cambiamento, intrapreso dalla Commissione Europea, consiste nel far convergere l'interpretazione e l'applicazione delle norme antitrust europee verso la tradizione americana.²⁵⁷ Tale visione sembra trovare conferme in alcune dichiarazioni dei Commissari alla Concorrenza di quegli anni. Ad esempio Mario Monti nel 2001 parlò di un *"silent process of convergence in competition law and practice has been going on for a number of years and has recently intensified."*²⁵⁸ Il Commissario successivo, Natalie Kroes, descrisse la funzione del diritto antitrust in questi termini: *"Our aim is simple: to protect competition in the market as a mean of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources."*²⁵⁹

Il cambiamento, intrapreso dalla Commissione, ha attirato un numero significativo di critiche.²⁶⁰ In primo luogo, si ritiene che la Commissione non abbia il potere di trasformare il diritto della concorrenza fino a modificarne i fini.²⁶¹ Ha l'autorità di proporre interpretazioni della normativa esistente, che necessitano, però, dell'avvallo della Corte di Giustizia. Infine, profonde trasformazioni possono essere effettuate solo dal legislatore, modificando il diritto sostanziale.

accordi di cooperazione orizzontale, [2011] GU C11/1. Questo punto è perfettamente espresso da Thomas Lübbing, 'Sustainable Development and Competition Policy' (2013) 4 Journal of European Competition Law & Practice 1.

²⁵⁷ Buch-Hansen e Wigger (n 134), 37.

²⁵⁸ Mario Monti, 'Antitrust in the US and Europe: A History of Convergence', Washington DC, 14 novembre 2001, <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-01-540_en.htm?locale=en,%2002.01.2008> ultimo accesso 8 ottobre 2016.

²⁵⁹ Natalie Kroes, 'European Competition Policy - Delivering Better Markets and Better Choices', Londra, 15 settembre 2005, <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-512_en.htm> ultimo accesso 8 ottobre 2016.

²⁶⁰ Monti (n 248); Wigger e Nölke (n 16); Saskia Lavrijssen, 'What Role for National Competition Authorities in Protecting Non-Competition Interests after Lisbon?' [2010] European Law Review 636; Townley (n 207); Anna Gerbrandy, 'Competition Law and Sustainable Development. An Inquiry by Legal Essay.' <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2398962> ultimo accesso 30 settembre 2016.

²⁶¹ Monti (n 248).

In secondo luogo, l'interpretazione restrittiva e settoriale sostenuta dalla Commissione, non sembra essere compatibile con la struttura dei trattati.²⁶² La formulazione delle previsioni dei trattati e la loro stessa struttura, sembrano suggerire un approccio di tipo olistico in ogni settore delle politiche europee. L'articolo 7 del TFUE sancisce chiaramente che "l'Unione assicura la coerenza tra le sue varie politiche e azioni, tenendo conto dell'insieme dei suoi obiettivi e conformandosi al principio di attribuzione delle competenze." La norma richiede dunque un bilanciamento fra interessi nelle politiche di competenza dell'Unione. Essendo il diritto della concorrenza una delle più importanti funzioni svolte dall'Unione Europea, e non essendoci nessuna clausola che lo escluda dall'applicazione dell'articolo 7, non risulta evidente perché questo dovrebbe esserne esentato.²⁶³

Questo discorso risulta ancora più decisivo a seguito delle innovazioni introdotte dal trattato di Lisbona. Il legislatore ha introdotto diverse norme volte all'inclusione degli obiettivi dell'Unione Europea nei suoi vari settori di competenza. Queste clausole, generalmente identificate con il nome di *policy-linking clauses* o *cross-sector clauses*,²⁶⁴ sono, ad esempio, l'articolo 9 e l'articolo 11 del TFUE. Il primo prevede che

Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana.

²⁶² Witt (n 244); Townley (n 202); Townley (n 207); Gerbrandy (n 260).

²⁶³ Witt (n 244), 465 'By contrast, there is no provision in the Treaties that states that the competition rules are immune to these principles and should be applied in isolation from the other Union policies.'

²⁶⁴ Townley (n 202), 352 'Policy-linking clauses demand that their objectives be considered whenever other Community policies and activities are implemented.'; Witt (n 244), 465.

L'articolo 11 invece si occupa dell'integrazione della protezione ambientale in ogni politica o azione dell'Unione:

Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile.

L'introduzione delle *policy-linking clauses* sembra confermare quella tendenza, d'ispirazione ordoliberalista, che ha influenzato la Commissione e la Corte di Giustizia per molti decenni.²⁶⁵ Restringendo l'interpretazione della normativa sulla concorrenza e escludendo considerazioni di interesse pubblico, la Commissione implicitamente determina che il *consumer welfare* e, più in generale, il valore della concorrenza prevalga su altri interessi. In caso di conflitto fra la tutela della concorrenza e il perseguimento di altri interessi pubblici, come la tutela ambientale o la promozione dell'occupazione, la prima prevarrà sempre in quanto è l'unico elemento che può essere preso in considerazione.

²⁶⁵ Giorgio Monti, 'EU Competition Law from Rome to Lisbon – Social Market Economy' in *Aims and Values in Competition Law* (Djoef Publishing 2013).

CONCLUSIONI: RELAZIONE FRA CORPORATE GOVERNANCE E DIRITTO ANTITRUST

Nonostante gli studi sulla VoC non mostrino un rapporto di causalità diretta fra la forma di *corporate governance* adottata dalle imprese in un paese e la teoria antitrust dominante, questi evidenziano interessanti correlazioni fra i due concetti. Infatti, i paesi che incentivano o obbligano le imprese ad adottare un modello *stakeholder* di governo d'impresa, hanno tendenzialmente un approccio più permissivo nei confronti della cooperazione fra operatori economici.²⁶⁶ Al contrario, nazioni che supportano una visione *shareholder* dell'impresa tendono a far maggior affidamento sulla concorrenza e su rapporti indipendenti.²⁶⁷ Questo, ovviamente, non stabilisce un rapporto di causa ed effetto fra i due fenomeni, ma stimola una riflessione e un'indagine su quali siano le possibili influenze. Gli studi sulla VoC mostrano come uno sviluppo diversificato del capitalismo dipenda da una moltitudine di fattori culturali, normativi e storici.²⁶⁸ È l'insieme di tutti questi elementi che determina e modella le caratteristiche delle CME e delle LME. Se tali elementi si trasformano a seguito di processi duraturi e incisivi, come, ad esempio, la globalizzazione dei commerci o l'internazionalizzazione del mercato finanziario, le peculiarità dei due modelli possono modificarsi a loro volta.²⁶⁹ Ad esempio, Pietro Genco, riferendosi alla *corporate governance*, si esprime in questi termini:

Un cambiamento, quando si risolve nell'omogeneizzazione dei connotati e dei comportamenti di singole forze ambientali (si pensi al

²⁶⁶ Hall e Soskice (n 1), 7.

²⁶⁷ *ibid.*, 8.

²⁶⁸ Cfr. *supra* par. 1.1.

²⁶⁹ Wigger e Nölke (n 16), 487; Genco (n 5), 59.

mercato finanziario o al quadro normativo che regola la concorrenza fra imprese internazionali), può dar luogo a processi di convergenza di modelli di *governance*, precedentemente distinti, verso configurazioni unitarie.²⁷⁰

Il diritto antitrust rappresenta uno dei pilastri su cui si basa il funzionamento del sistema capitalistico e dalla sua interpretazione e applicazione discendono numerose e importanti conseguenze.²⁷¹ Come spiegato nel precedente paragrafo, il diritto europeo della concorrenza ha subito profondi cambiamenti procedurali ed è sottoposto a una “reinterpretazione” da parte della Commissione Europea. Queste trasformazioni, che di per sé non sembrano provocare dirette conseguenze per la *corporate governance* di un’impresa, potrebbero invece andare a minare alcuni degli elementi essenziali delle CME. Secondo Angela Wigger e Andreas Nölke sia il Regolamento 1/2003, che ha creato un controllo di tipo *ex post* e ha incentivato l’utilizzo di azioni private (*private enforcement*), sia lo spostamento verso la visione Anglosassone del diritto antitrust, potrebbero erodere elementi fondanti del modello coordinato, quali la strategia di lungo periodo, l’attenzione agli *stakeholder* e la collaborazione fra imprese.²⁷² Se, dunque, la teoria antitrust è in grado di provocare conseguenze anche nell’ambito del governo d’impresa, è interessante indagare se anche la relazione inversa sia valida. Può una trasformazione radicale della *corporate governance* avere ripercussioni sulle modalità in cui il diritto della concorrenza è concepito, interpretato e applicato? I prossimi capitoli investigano esattamente questo aspetto, partendo da un’importante

²⁷⁰ Genco (n 5), 59.

²⁷¹ Cfr. *supra* par. 1.3.

²⁷² Wigger e Nölke (n 16) ‘The 2004 antitrust reform is the most important change in the history of EU competition policy. It amounts to a major shift in both the mode of regulation (towards private enforcement) and the substance (towards the Anglo-Saxon model). These changes erode crucial elements of the Rhenish variety of economic organization.’

trasformazione nella *corporate governance*, rappresentata dalla diffusione della Società Benefit, nuovo modello societario con caratteristiche innovative sia rispetto a quello *shareholder* che nei confronti di quello *stakeholder*.

CAPITOLO 2 - LA PROGRESSIVA AFFERMAZIONE DI NUOVE FATTISPECIE DI *CORPORATE GOVERNANCE*: B CORP, *BENEFIT CORPORATION* E SOCIETÀ BENEFIT

INTRODUZIONE

Nel precedente capitolo si è cercato di mostrare, tramite l'utilizzo degli studi sulla VoC, come il capitalismo si sia sviluppato in modo differente in contesti culturali, economici e normativi diversi. Soffermendosi particolarmente sulla *corporate governance* e il diritto antitrust, il capitolo ha cercato di mostrare come vi siano state e vi siano, tutt'ora, scuole di pensiero diverse, talvolta diametralmente opposte. Nel campo del governo d'impresa è possibile ricondurre varie teorie a due modelli contrastanti: il modello *shareholder* adottato dalle LME e quello *stakeholder* diffuso invece nelle CME. Per quanto riguarda invece il diritto della concorrenza si è cercato di mostrare le differenze fra il contesto europeo, culla delle idee ordoliberaliste e della *social market economy*, e quello statunitense, dove, da parecchi decenni, trovano applicazione le idee neolibériste della Scuola di Chicago. La parte finale del capitolo ha cercato di indicare una sorta di correlazione fra la *corporate governance* e il diritto antitrust, ovvero come questo abbia la capacità di incidere sul modello di corporate governance adottato in uno Stato: basandosi su recenti studi della VoC si è ipotizzata una possibile influenza dei cambiamenti che hanno coinvolto il diritto concorrenziale europeo sul modello *stakeholder* delle CME.

A partire dalle critiche che vengono generalmente mosse al modello *shareholder*, il presente capitolo si sofferma sull'incompatibilità fra questo e

un diverso modo di “fare impresa” che, sebbene assuma caratteristiche diverse in base al contesto in cui è considerato, generalmente viene ricompreso sotto il nome di imprenditorialismo sociale. Specificandone il significato profondamente diverso fra contesto statunitense e europeo, il capitolo prosegue spiegando le ragioni che hanno portato alla nascita di un movimento di imprese responsabili (B Corp) e di legislazioni attuate con lo specifico obiettivo di incentivarne la nascita e lo sviluppo (*Benefit Corporation* negli USA e Società Benefit in Italia). L’analisi dettagliata della legislazione americana e italiana permette di mostrarne i punti di forza e di debolezza. Nella conclusione, si analizza l’importanza dell’imprenditorialismo sociale per un cambio dei valori e dei principi che, attualmente, dominano il mondo imprenditoriale. Ciò permette di aprire la strada al terzo capitolo in cui si analizzano le implicazioni dell’imprenditorialismo sociale per il diritto della concorrenza e che ruolo quest’ultimo ricopre nel sostenere il cambiamento.

1. CRITICHE AL MODELLO SHAREHOLDER

Il modello anglosassone di *corporate governance* vanta una semplicità di gestione dovuta alla riduzione dell'obiettivo sociale al solo arricchimento dei suoi azionisti. I suoi sostenitori affermano che un unico e chiaro obiettivo permetta all'impresa di essere gestita in modo più efficiente e, di conseguenza, portare un beneficio non solo ai suoi azionisti, ma alla società in generale. Tuttavia, secondo parte della dottrina, questa riduzione comporterebbe, nei fatti, un'efficienza minore di quanto generalmente ritenuto. Infatti, non vi è convergenza di idee su che cosa costituisca l'arricchimento degli azionisti e se questo debba essere creato nel breve o lungo periodo.¹ Gli azionisti di una società possono essere soggetti con interessi molto diversi: accanto a quelli il cui investimento è mirato al raggiungimento di un profitto immediato, ve ne sono altri che investono in un'ottica di lungo periodo.² Potrebbe così vacillare l'idea che il modello *shareholder* aumenti l'efficienza degli amministratori: se l'obiettivo per gli amministratori è operare nell'interesse degli azionisti, ma questi hanno interessi diversi, in definitiva, gli amministratori non avrebbero un unico e chiaro obiettivo da perseguire.³ Lo stesso vale anche per quanto riguarda la

¹ Herbert A. Simon, 'Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science' (1959) 49 *The American Economic Review* 253, 262; Eric W. Orts, 'The Complexity and Legitimacy of Corporate Law' (1993) 50 *Washington and Lee Law Review* 1565, 1592 'Short-term and long-term strategies often differ. Drastic cost-cutting, for example, may easily achieve short-term results, improving the bottom line for a few quarters. But in the long-term, severe cost-cutting may seriously harm a business.'; cfr. anche Stephen Bainbridge, *Corporation Law and Economics* (Foundation Press 2002), 21.

² Peter F. Drucker, 'Business Objectives and Survival Needs: Notes on a Discipline of Business Enterprise' (1958) 31 *The Journal of Business* 81, 82 '[shareholder profit might mean] immediate revenue or long range basic profitability of wealth-producing resources.' V. *supra* Capitolo 1 par. 1.1..

³ Orts (n. 1), 1592; Andrew Keay, 'Ascertaining The Corporate Objective: An Entity Maximisation and Sustainability Model' (2008) 71 *The Modern Law Review* 663, 670 'One of the main criticisms espoused by advocates of shareholder value when it comes to a consideration of stakeholder theory is that the latter does not provide managers with any guidance as to how they should manage, with no aim being set, and in fact it could provide an opportunity for managers to shirk.'

maggior certezza di diritto che un'impresa avrebbe adottando il modello *shareholder*. Nel momento in cui gli interessi degli azionisti non possono essere fatti rientrare in un unico *genus*, come stabilire se gli amministratori stanno operando correttamente? A quali interessi bisognerebbe dare priorità? Ma, soprattutto, con quali criteri le corti dovrebbero valutare il loro operato? L'idea che la massimizzazione del profitto per gli azionisti permetta un controllo più accurato dell'operato degli amministratori e aumenti la certezza del diritto non trova sempre un riscontro nella realtà e potrebbe, quindi, risultare "un'illusione".⁴

Un secondo argomento di critica si sofferma sull'idea fondante del modello *shareholder*, per la quale gli interessi degli azionisti meritano considerazione nel momento in cui le decisioni aziendali vengono prese: questi sono i proprietari dell'impresa e i soggetti maggiormente influenzati dalla sua performance.⁵ Secondo questa visione, gli interessi degli *stakeholder* sono importanti, ma non devono essere valutati dagli amministratori nell'esercizio delle loro funzioni: sarà la legge o la loro stessa forza contrattuale a proteggerli.⁶ Alcuni autori ritengono che una tale

⁴ Keay (n 3), 670 'Also, it is difficult for the courts to assess whether directors have in fact maximised profits, so the idea that shareholder value allows for more assessment of what directors do is illusory.'; Jacques Bughin e Thomas E Copeland, 'The Virtuous Cycle of Shareholder Value Creation' (1997) *The McKinsey Quarterly* 156; Einer Elhauge, 'Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest' (2005) 80 *New York University Law Review* 733, 739 'In short, the argument that the law should adopt a duty to profit-maximize because it is easier to monitor has matters exactly backwards. The very reason for the business judgment rule is precisely that courts cannot reliably figure out what maximizes profits-that is, that a legal duty to maximize profits is too hard to monitor.'

⁵ V. *supra* Capitolo 1, par. 2.1. Cfr. anche Robert Hessen, 'A New Concept of Corporations: A Contractual and Private Property Model' (1978) 30 *Hastings Law Journal* 1327, 1330; Jonathan R Macey e Geoffrey P Miller, 'Corporate Stakeholders: A Contractual Perspective' (1993) 43 *The University of Toronto Law Journal* 401, 57; Mark E Van der Weide, 'Against Fiduciary Duties to Corporate Stakeholders' (1996) 21 *Delaware Journal of Corporate Law* 27, 408.

⁶ Henry Hansmann e Reinier Kraakman, 'The End of History for Corporate Law' (2000) 89 *Georgetown Law Journal* 439, 441 'The principal elements of this emerging consensus are that ultimate control over the corporation should rest with the shareholder class; the managers of the corporation should be charged with the obligation to manage the corporation in the interests of its shareholders; other corporate constituencies, such as

visione dell'impresa non trova giustificazioni morali per essere implementata: gli azionisti sono solamente uno dei gruppi d'interesse influenzati dalle dinamiche aziendali e, spesso, non sono neanche quelli maggiormente colpiti dalla *performace* dell'impresa.⁷ Inoltre, molti altri soggetti partecipano in modo sostanziale alla prosperità dell'impresa, impegnandovi tempo, capacità o risorse:⁸ per quale motivo, non dovrebbero essere esclusi dal processo decisionale che andrà ad influire in modo decisivo sul loro investimento, in qualunque forma questo si sia realizzato? Si esprime in questi termini Amartya Sen, nel suo saggio "Denaro e Valore":

Per quanto attiene alla responsabilità dei dirigenti, si instaura così una separazione tra gli azionisti e i proprietari da un lato e il resto del mondo dall'altro. [...] La responsabilità viene fatta dipendere dalla distinzione tra un gruppo particolare e tutti gli altri gruppi. Ci si può anche chiedere, tuttavia, perché la responsabilità debba essere fondata su tale specifica separazione. In un'impresa sono in gioco i

creditors, employees, suppliers, and customers, should have their interests protected by contractual and regulatory means rather than through participation in corporate governance.'

⁷ Margaret M Blair e Lynn A Stout, 'Specific Investment and Corporate Law' (2006) 7 European Business Organization Law Review 473, 484 'Many different groups are potential "residual claimants" in corporations in the sense that they can share in the surplus created by the activities of the enterprise, including not only shareholders, but also creditors, customers, employees, and the community as well.'

⁸ Margaret M Blair e Lynn A Stout, 'Director Accountability and the Mediating Role of the Corporate Board' (2001) 79 Washington University Law Quarterly 403, 418 'As the discussion above suggests, a careful inspection of the economic realities of corporations reveals that, as an empirical matter, shareholders will almost never be the sole residual claimants or sole residual risk bearers in a public firm. Creditors, managers, employees, - even suppliers, customers, and communities - also make firm-specific investments that tie their economic fortunes to the firm's fate. Moreover, because shareholders enjoy limited liability, their interest in the firm has option-like characteristics, and they can benefit from strategies that increase risk (much of the cost of which is borne by other claimants). Accordingly, there is good reason in economic theory to question whether a shareholder primacy rule would be economically efficient.'; per quanto riguarda il contributo dei lavoratori e sul perché dovrebbero partecipare alle decisioni aziendali cfr. anche Marleen A O'Connor, 'Human Capital ERA: Reconceptualizing Corporate Law to Facilitate Labor-Management Cooperation' (1992) 78 Cornell Law Review 899.

destini di molti, e diversi, gruppi di persone, e molti sono quelli che affidano un mandato fiduciario alla direzione dell'impresa: fra questi i lavoratori non meno degli azionisti. Il fallimento di un'impresa è una tragedia per molti, inclusi i lavoratori, e non solo per i proprietari del capitale.⁹

Il modello *shareholder* rappresenta sicuramente un ottimo strumento di analisi per valutare l'amministrazione dell'impresa. Tuttavia, secondo parte della dottrina, propone una rappresentazione troppo ristretta delle dinamiche stesse dell'impresa e degli interessi in gioco: è semplicistico, oltre che sbagliato, ridurre tutto a una questione di profitto.¹⁰

In terzo luogo, si ritiene che il modello anglosassone non contribuisca al progresso sociale come affermato dai suoi sostenitori. Secondo la dottrina *shareholder* un'impresa più efficiente e focalizzata sul profitto porterà inizialmente benefici ai suoi azionisti e, in un secondo tempo, avrà ricadute positive sulla società, creando posti di lavoro, prodotti migliori e contribuendo all'economia nazionale.¹¹ Tuttavia, la realtà non sembra confermare sempre tali supposizioni: innanzitutto, focalizzandosi sul profitto degli azionisti, l'impresa può trovarsi nella situazione di non riuscire a raggiungere tale scopo, se non sacrificando altri interessi;¹² inoltre,

⁹ Amartya K Sen, *La Ricchezza Della Ragione: Denaro, Valori, Identità* (Il Mulino 2000), 72. Il Saggio Denaro e Valore, raccolto nell'edizione del Mulino era stato in origine pubblicato nel 1991 dalla Banca d'Italia.

¹⁰ Keay (n 3), 672 'The concern is that the approach tends to ignore reality because more than the interests of shareholders are at stake when we are considering how companies should be run. While some have acknowledged the fact that shareholder primacy provides a convenient common metric, it is too simplistic to reduce everything to a matter of profit. Many see the theory as cold and uncaring and totally omitting the human dimension that is critical to all facets of life, including business.'

¹¹ Jonathan R Macey, 'An Economic Analysis of the Various Rationales for Making Shareholders the Exclusive Beneficiaries of Corporate Fiduciary Duties' (1991) 21 Stetson Law Review 23, 23-24; Hansmann e Kraakman (n 6), 441.

¹² Keay (n 3), 671 'Fifthly, it has been argued that shareholder primacy does not really increase social wealth. It merely benefits shareholders, and only, perhaps, some of the shareholders. For in seeking to pursue shareholder primacy, the company might fail to be

se l'impresa adotta come paradigma di gestione l'arricchimento degli azionisti nel breve periodo, la creazione di una ricchezza sociale risulta particolarmente improbabile.¹³

Infine, è possibile notare un consenso crescente in dottrina sul fatto che il modello *shareholder* non sia (stato) in grado di accogliere e supportare “un nuovo modo di fare impresa”, che si sta diffondendo a livello mondiale ed a cui ci si riferisce generalmente con il termine di “imprenditorialismo sociale” (*social entrepreneurship*).¹⁴

L'imprenditorialismo sociale è un concetto molto vasto utilizzato in dottrina per ricomprendere forme e idee assai diverse fra loro: assume connotati incisivamente diversi in base al contesto in cui è preso in considerazione e in cui si è sviluppato.¹⁵ Non vi è una definizione univoca né a livello

able to meet its obligations, and all stakeholders will suffer. Also, in focusing on shareholder primacy, a company might find that it is only able to enhance the benefits of shareholders through the transfer of value away from one or more stakeholders, eg closing down a factory and making some employees redundant.’

¹³ Steven MH Wallman, ‘The Proper Interpretation of Corporate Constituency Statutes and Formulation of Director Duties’ (1991) 21 *Stetson Law Review* 163, 176-177; Martin Lipton e Steven A Rosenblum, ‘A New System of Corporate Governance: The Quinquennial Election of Directors’ (1991) 58 *The University of Chicago Law Review* 187, 210 ‘The focus on the short term has come at the expense of the long-term planning, investment and business development of the corporation. When managers seek to boost the short-term earnings and stock price, the easiest expenditures to forego are investments in the future. Thus, corporations have sacrificed research and development expenses, capital expenditures, market development, and new business ventures, simply because they promise to pay off only in the long term.’

¹⁴ Alissa Mickels, ‘Beyond Corporate Social Responsibility: Reconciling the Ideals of a for-Benefit Corporation with Director Fiduciary Duties in the US and Europe’ (2009) 32 *Hastings International and Comparative Law Review* 271; William H Clark Jr e Elizabeth K Babson, ‘How Benefit Corporations Are Redefining the Purpose of Business Corporations’ (2011) 38 *William Mitchell Law Review* 817; Steven Munch, ‘Improving the Benefit Corporation: How Traditional Governance Mechanisms Can Enhance the Innovative New Business Form’ (2012) 7 *Northwestern Journal of Law & Social Policy* 170; J Murray, ‘Choose Your Own Master: Social Enterprise, Certifications, and Benefit Corporation Statutes’ (2012) 2 *American University Business Law Review* 1; Janine S Hiller, ‘The Benefit Corporation and Corporate Social Responsibility’ (2013) 118 *Journal of Business Ethics* 287; Thomas Kelley, ‘Law and Choice of Entity on the Social Enterprise Frontier’ (2009) 84 *Tulane Law Review* 337.

¹⁵ Jacques Defourny e Marthe Nyssens, ‘Social Enterprise in Europe: Recent Trends and Developments’ (2008) 4 *Social Enterprise Journal* 202; Carlo Borzaga e Jacques Defourny,

europeo né a quello internazionale.¹⁶ Ai fini di questo studio, viene definito come l'utilizzo di strumenti e strategie di mercato per risolvere problemi sociali e ambientali.¹⁷ Tale definizione, seppur ampia e generica, permette di ricomprendere lo sviluppo del fenomeno sia a livello statunitense, che europeo.

In Europa l'idea di imprenditorialismo sociale si è articolata seguendo un percorso che ha dato la possibilità agli enti del cosiddetto terzo settore di esercitare attività d'impresa, spesso sotto il penetrante divieto di lucro soggettivo: l'attività d'impresa esercitata da un ente *no-profit* può generare profitti (lucro oggettivo), ma questi non possono essere ridistribuiti (lucro soggettivo) e devono essere reinvestiti nell'attività a fine sociale.¹⁸ Nel continente d'oltre oceano, invece, il fenomeno della *social enterprise* "ricomprende tutte quelle organizzazioni private, comprese le società

The Emergence of Social Enterprise (Routledge 2004); Jacques Defourny e Marthe Nyssens, 'Conceptions of Social Enterprise and Social Entrepreneurship in Europe and the United States: Convergences and Divergences' (2010) 1 *Journal of Social Entrepreneurship* 32; Giulia Galera e Carlo Borzaga, 'Social Enterprise: An International Overview of Its Conceptual Evolution and Legal Implementation' (2009) 5 *Social enterprise journal* 210; Janelle A Kerlin, 'Social Enterprise in the United States and Europe: Understanding and Learning from the Differences' (2006) 17 *Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations* 246.

¹⁶ OECD, *Social Enterprises* (OECD Publishing 2000), 9; cfr. anche Defourny and Nyssens, 'Social Enterprise in Europe' (n 15), 203 che effettua una tripartizione concettuale fra imprenditore sociale (*social entrepreneur*), imprenditorialismo sociale (*social entrepreneurship*) e impresa sociale (*social enterprise*).

¹⁷ Robert T Esposito, 'The Social Enterprise Revolution in Corporate Law: A Primer on Emerging Corporate Entities in Europe and the United States and the Case for the Benefit Corporation' (2013) 4 *William & Mary Business Law Review* 639; Briana Cummings, 'Benefit Corporations: How to Enforce a Mandate to Promote the Public Interest' [2012] *Columbia Law Review* 578.

¹⁸ Giorgio Marasà, 'Impresa, Scopo Di Lucro Ed Economicità' (2014) 1 *Analisi Giuridica dell'Economia* 33, 39 'gli enti no-profit possono svolgere la loro attività con metodo imprenditoriale e possa essere programmata anche la produzione di utile (c.d. lucro oggettivo), purchè gli eventuali utili o avanzi di gestione realizzati non siano destinati alla soddisfazione di uno scopo economico dei partecipanti.'

lucrative, che svolgono attività commerciale – con metodo economico – al fine di perseguire obiettivi sociali ed ambientali, oltre che economici.”¹⁹

¹⁹ Livia Ventura, ‘Benefit Corporation E Circolazione Di Modelli: Le «Società Benefit», Un Trapianto Necessario?’ (2016) 4-5 Contratto e Impresa 1134; cfr. anche Robert A Katz e Antony Page, ‘The Role of Social Enterprise’ (2010) 35 Vermont Law Review 59, 61-62; Cummings (n 17); Joseph W Yockey, ‘Does Social Enterprise Law Matter’ (2014) 66 Alabama Law Review 767, 772.

2. STATI UNITI E L’AFFERMAZIONE DELL’IMPRENDITORIALISMO SOCIALE

2.1. CONTESTO SOCIO-ECONOMICO

Come accennato nel primo capitolo,²⁰ la dottrina americana sulla *corporate governance*, aveva investigato e discusso, fin dai suoi albori, se l’obiettivo dell’impresa fosse solo la creazione di ricchezza per i suoi “proprietari” o se, invece, si dovesse ricercare un maggior equilibrio fra i vari *stakeholder*.²¹ Tale dibattito, rimasto sopito per lungo tempo a seguito dell’affermazione delle teorie della scuola di Chicago, ha riacquisito valore negli ultimi anni, soprattutto a seguito della recente crisi finanziaria: sempre più consumatori, investitori, prestatori di lavoro e imprenditori si sono resi conto dei limiti di un modello economico basato principalmente sull’arricchimento personale, anche a scapito degli interessi di altri soggetti o dell’ambiente.²²

Un numero crescente di consumatori, per esempio, è oggi conscio che una parte del cambiamento dipende dalle loro decisioni: hanno il potere di premiare le condotte imprenditoriali sostenibili e responsabili tramite i loro acquisti (*positive ethical consumerism*) o di punire, tramite boicottaggio, quelle realtà produttive che mirano all’arricchimento personale a scapito della società e dell’ambiente (*negative ethical consumerism*).²³ Vi sono statistiche secondo cui quasi il 50% dei cittadini statunitensi afferma di aver

²⁰ V. *supra* Capitolo 1, par. 2.1.

²¹ Adolf A Berle, ‘Corporate Powers as Powers in Trust’ (1931) 44 Harvard Law Review 1049; E Merrick Dodd, ‘For Whom Are Corporate Managers Trustees?’ (1932) 45 Harvard Law Review 1145.

²² Clark Jr e Babson (n 14), 819 ‘For-profit social entrepreneurship, social investing, and the sustainable business movement have reached critical mass and are now at an inflection point. Accelerating consumer and investor demand has resulted in the formation of a substantial marketplace for companies that are using the power of business to solve social problems.’

²³ Craig Smith, ‘Consumers as Drivers of Corporate Social Responsibility’ in *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility* (OUP 2008), 281.

boicottato, almeno una volta nella vita, imprese che non operavano nell'interesse della società.²⁴ Mentre aumenta la consapevolezza del loro ruolo nel cambiamento, la fiducia nei confronti delle imprese è in picchiata libera.²⁵

Anche fra gli investitori si sta diffondendo l'idea che la *performace* finanziaria non sia l'unico elemento da tenere in considerazione: l'impatto sociale e ambientale dell'attività economica in cui si effettua l'investimento è un elemento essenziale della decisione.²⁶ Da qui, l'affermarsi di alcuni specifici indici di borsa, come il *Dow Jones Sustainability Indices* o il *Financial Times Stock Exchange 4Good*, e mercati appositi fra cui *Social Stock Exchange* di Londra e l'*Impact Investment Exchange Asia*. Secondo alcune stime, gli investimenti di natura sociale hanno avuto un incremento del 76%, passando da 3.74 miliardi di dollari del 2012 a 6.57 miliardi investiti nel 2014.²⁷

Addirittura fra i prestatori di lavoro, si nota una tendenza a prendere in considerazione l'impatto sociale e ambientale dell'impresa: alcuni sondaggi ci dicono che più dei due terzi degli lavoratori americani considerano anche questi aspetti nel momento in cui scelgono il posto di lavoro.²⁸ Un altro

²⁴ Sheila MJ Bonini, Kerrin McKillop e Lenny T Mendonca, 'The Trust Gap between Consumers and Corporations' (2007) 2 The McKinsey Quarterly 7, 10.

²⁵ Ad esempio, le statistiche prodotte da Edelman mostrano una sfiducia nelle imprese a seguito della crisi economica e finanziaria. Edelman, Edelman Trust Barometer Executive Summary (2009), <<http://edelman.edelman1.netdna-cdn.com/assets/uploads/2014/01/2009-Trust-Barometer-Executive-Summary.pdf>> ultimo accesso 21 ottobre 2016.

²⁶ Cummings (n 17), 583-584; Joseph Karl Grant, 'When Making Money and Making a Sustainable and Societal Difference Collide: Will Benefit Corporations Succeed or Fail?' (2013) 46 Indiana Law Review, 599-600.

²⁷ Ventura (n 19), nota 29 definisce gli investimenti di natura sociale come 'una strategia di investimento che prende in considerazione non solo il ritorno finanziario dell'investimento ma anche l'impatto sociale, incoraggiando le società ad utilizzare pratiche volte alla salvaguardia dell'ambiente, alla tutela dei diritti umani, del consumatore e alla giustizia sociale'.

²⁸ CONE LLC, 'Cone Cause Evolution Study' (2010) <<http://www.conecomm.com/research-blog/2010-cause-evolution-study>> ultimo accesso 7 novembre 2016.

studio, che ha riscosso notevole attenzione negli Stati Uniti, ha dimostrato come l'88% dei giovani laureati in master di gestione aziendale sarebbe disposto a una riduzione dello stipendio fino a ottomila dollari pur di lavorare in un'impresa che tiene in considerazione valori etici.²⁹

2.2. CONTESTO GIURIDICO

La spinta verso una gestione “più umana” dell'impresa ha dovuto, però, confrontarsi con le forme legali e i principi giuridici di uno Stato che, da lungo tempo, ha fatto propria l'idea, perfettamente espressa dal Premio Nobel Milton Friedman, secondo cui l'unica responsabilità delle imprese è massimizzare il profitto.³⁰ Questa concezione trova fondamento, oltre che in una dottrina particolarmente solida, nella stessa giurisprudenza statunitense.

2.2.1. La giurisprudenza a sostegno del modello *shareholder*

La prima sentenza che sostenne la visione della *shareholder value maximisation* risale al 1919, con il caso *Dodge v Ford*.³¹ La controversia, fra Henry Ford e uno dei suoi azionisti, riguardava l'utilizzo del capitale in eccesso, che Ford aveva intenzione di reinvestire nell'impresa migliorando le condizioni di lavoro e assumendo più personale. Una minoranza di

²⁹ Harvard Business Review, 'New MBAs Would Sacrifice Pay for Ethics' (2011); cfr. anche Clark Jr e Babson (n 14), 821.

³⁰ Milton Friedman, 'The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits' *The New York Times Magazine* (New York, 13 September 1970) 'The discussions of the 'social responsibilities of business' are notable for their analytical looseness and lack of rigor. What does it mean to say that 'business' has responsibilities? Only people have responsibilities. A corporation is an artificial person and in this sense may have artificial responsibilities, but 'business' as a whole cannot be said to have responsibilities, even in this vague sense. [...] In a free-enterprise, private-property system, a corporate executive is an employee of the owners of the business. He has direct responsibility to his employers. That responsibility is to conduct the business in accordance with their desires, which generally will be to make as much money as possible while conforming to their basic rules of the society, both those embodied in law and those embodied in ethical custom.'; Cfr. anche Milton Friedman, *Capitalism and Freedom* (University of Chicago Press 1962).

³¹ 170 N.W. 668, 684 (Mich. 1919), (*Ford*). Cfr. anche Clark Jr e Babson (n 14); Hiller (n 14); Murray (n 14).

azionisti, rappresentata dai fratelli John Francis Dodge e Horace Elgin Dodge, impugnarono la decisione di fronte alla Corte del Michigan, che decise la causa in loro favore:

*A business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders. The powers of the directors are to be employed for that end. The discretion of directors is to be exercised in the choice of means to attain that end, and does not extend to a change in the end itself, to the reduction of profits, or to the nondistribution of profits among stockholders in order to devote them to other purposes.*³²

La decisione della Corte limitò notevolmente l'ambito di azione degli amministratori interessati a mantenere un giusto bilanciamento fra il profitto della società e il benessere dei suoi lavoratori e dell'ambiente circostante.³³ Nonostante la sentenza risalga a un secolo fa e sia stato oggetto di innumerevoli critiche,³⁴ rimane una sentenza avente forza di legge, essendo gli Stati Uniti un paese di *common law*: infatti, non è mai stata esplicitamente smentita, trovando ulteriore conferma in casi più recenti come, ad esempio, *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark*.³⁵

Il caso riguarda una controversia fra i fondatori di “Craigslist”, un portale online di annunci dedicati al lavoro, eventi, incontri, ed eBay, il nuovo e più importante investitore. Sebbene Craigslist fosse costituita come società (e dunque come attività economica a scopo di lucro), operava largamente su base solidale: gli utenti potevano pubblicare annunci senza pagare una

³² Ford (n 31).

³³ Clark Jr e Babson (n 14), 825; Hiller (n 14), 288.

³⁴ Per le citiche più autorevoli v. Lynn A Stout, ‘Why We Should Stop Teaching Dodge v. Ford’ (2008) 3 Virginia Law & Business Review 163; Lynn A Stout, *The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public* (Berrett-Koehler Publishers 2012).

³⁵ 16 A.3d 1 (Del. Ch. 2010), (*eBay*).

commissione e la società non vendeva pubblicità sul suo sito né commercializza i suoi servizi.³⁶ I suoi guadagni derivavano principalmente da commissioni pagate per offerte lavorative in determinate città e annunci riguardo appartamenti nella città di New York.³⁷ Nonostante fosse una piccola realtà, con meno di trentaquattro dipendenti, Craigslist era un'impresa di grande successo, soprattutto per quanto riguarda la sua quota di mercato (leader nel settore degli annunci online).³⁸ Al contrario, eBay è una grande impresa, quotata in borsa, con strategie di mercato volte alla monetizzazione di ogni sua attività: ricava incassi da ogni vendita, pubblicizza e commercializza i suoi servizi nell'ottica di ottenerne il maggior guadagno possibile e ha un'ottica di espansione che si concretizza nell'acquisto e nell'investimento in servizi concorrenti.³⁹ Per questo motivo, eBay investì in Craigslist, diventandone azionista di minoranza e acquistando il potere di nominare un amministratore. I conflitti nacquero quando divenne chiaro che eBay aveva investito in Craigslist con lo scopo di farne una controllata. Per preservare la cultura di comunità e impedire la monetizzazione delle sue attività, i fondatori di Craigslist adottarono una tecnica di difesa da un'offerta pubblica di acquisto ostile (generalmente denominata "*poison pill*").⁴⁰ eBay iniziò un'azione legale, sostenendo che gli amministratori violassero i loro doveri fiduciari.⁴¹ La Corte del Delaware non approvò il piano adottato dai fondatori di Craigslist, sostenendo che:

³⁶ *ibid.*, 6.

³⁷ *ibid.*, 8. Clark Jr e Babson (n 14), 827.

³⁸ Clark Jr e Babson (n 14), 827.

³⁹ *eBay* (n 35), 11.

⁴⁰ Hiller (n 14), 289 'As the pressure for profits by eBay became more acute, a complicated series of events led the two founding craigslist directors, as a majority, to adopt several corporate governance measures as defensive tactics to a takeover. One tactic was a poison pill designed to preserve the corporate culture of craigslist into future generations, and thwart the profit maximization approach of stockholders such as eBay.'; Clark Jr e Babson (n 14), 827.

⁴¹ *eBay* (n 35), 25. Cfr. anche Clark Jr e Babson (n 14), 828; Hiller (n 14), 289.

*Directors of a for-profit Delaware corporation cannot deploy a [policy] to defend a business strategy that openly eschews stockholder wealth maximization - at least not consistently with the directors' fiduciary duties under Delaware law.*⁴²

Inoltre, la Corte affermò che: “*having chosen a for-profit corporate form, the craigslist directors are bound by the fiduciary duties [...] to promote the value of the corporation for the benefit of its stockholders.*”⁴³

La sentenza, emanata dalla Corte del Delaware, è particolarmente importante per l'influenza che il diritto societario e la giurisprudenza del Delaware esercitano sugli altri Stati e per il cospicuo numero di società che vi hanno sede.⁴⁴ La sentenza *eBay* si ricollega al caso *Revlon v. MacAndrews* del 1986, in cui un'altra corte del Delaware, affermò che, quando oggetto della decisione degli amministratori è la vendita dell'impresa, gli interessi degli *stakeholder* non possono essere bilanciati con il profitto degli azionisti.⁴⁵ È la medesima situazione in cui si trovarono i proprietari della rinomata marca di gelati Ben and Jerry's nel 2000,⁴⁶ che si videro costretti a vendere la loro impresa a Unilever, il miglior offerente, invece che a una società che condividesse il loro impegno nella responsabilità sociale d'impresa o rimanere indipendenti.⁴⁷ Affermarono che la scelta fosse vincolata dal diritto societario: il rischio di azioni legali nei loro confronti

⁴² *eBay* (n 35), 35.

⁴³ *ibid*, 35.

⁴⁴ Hiller (n 14), 289.

⁴⁵ *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.*, 506 A.2d 173, 182 (Del. 1986) ‘the concern for non-stockholder interests is inappropriate when an auction among active bidders is in progress.’ Cfr. anche Clark Jr e Babson (n 14), 837; Hiller (n 14), 289; Steven J Haymore, ‘Public (ly Oriented) Companies: B Corporations and the Delaware Stakeholder Provision Dilemma’ (2011) 64 *Vanderbilt Law Review* 1311, 1332.

⁴⁶ Constance L Hays, ‘Ben & Jerry's To Unilever, With Attitude’ *The New York Times* (13 April 2000).

⁴⁷ *ibid*; Clark Jr e Babson (n 14); Hiller (n 14).

non li lasciava altra scelta che vendere a Unilever.⁴⁸ La veridicità dell'affermazione non è mai stata testata in giudizio: i proprietari vendettero ad Unilever dopo averne ottenuto l'impegno scritto di preservarne le caratteristiche.⁴⁹

2.2.2. *La normativa: nuovi modelli di corporate governance*

Casi e situazioni come quelli sopra descritti hanno indotto numerosi Stati americani a riconsiderare il modello *shareholder*, cercando di trovare un approccio più equilibrato fra ricerca del profitto e tutela degli interessi degli *stakeholder*. Il primo tentativo messo in atto per sfumare la portata normativa di sentenze come *Ford* o *Revlon* fu l'adozione dei cosiddetti “*constituency statute*”: normative adottate a livello statale che permettono agli amministratori societari di considerare gli effetti delle loro decisioni su

⁴⁸ Hays (n 46) The board felt they had no choice but to let all three groups put their best offers on the table yesterday. [...] We think it's horrible that a company has no choice but to sell to the highest bidder or get sued.”; Clark Jr e Babson (n 14), 838; Hiller (n 14) ‘The dilemma faced by the owners of Ben & Jerry’s when selling their business is well known; they felt compelled to sell to the highest bidder, Unilever, rather than seek to sell to an entity who pledged to preserve their commitment to socially responsible practices. The owners stated that corporate law made them do it.

⁴⁹ Hays (n 46) ‘Ben & Jerry’s employees will be protected; the current social mission of Ben & Jerry’s will be encouraged and well-funded, which will lead to improved performance in this area, and an opportunity has been offered for Ben & Jerry’s to contribute to Unilever’s social practices worldwide.’; Vi sono state numerose opinioni divergenti in dottrina. Ad esempio secondo Murray (n 14), 16 ‘Even given the enhanced scrutiny applied in the takeover context, there is serious doubt as to whether Ben & Jerry’s had to sell to Unilever. [...] If the situation had been brought to court, the case would have been virtually impossible for the plaintiffs to win. Even if the Ben & Jerry’s founders decided not to sell, then openly admitted during a lawsuit to eschewing shareholder wealth maximization (like the defendants in Dodge and eBay), they would have had the added protection of Vermont’s constituency statute.’; cfr. anche Antony Page e Robert A Katz, ‘Freezing Out Ben & Jerry: Corporate Law and the Sale of a Social Enterprise Icon’ (2010) 35 Vermont Law Review 211, 213 ‘We reject the assertion that corporate law compelled the sale—or sellout—of Ben & Jerry’s to Unilever. Admittedly, the publicly-traded corporate form inclines towards profit-maximization. Even so, socially-oriented founders can take steps to resist takeovers by others, including—if not especially—those who might want to water down the pro-social mission. Indeed, Ben & Jerry’s (as well as the State of Vermont) took various measures to do precisely that in the years before Unilever made its approach.’

gruppi di interesse diversi dai soli azionisti, come ad esempio fornitori, lavoratori, creditori, consumatori e comunità locali.⁵⁰

Nonostante la loro comparsa sia stata accolta con grande enfasi e abbia riscosso notevole attenzione in dottrina, l'impatto reale è stato piuttosto scarso.⁵¹ Le ragioni di questo fallimento vanno ricercate, in primo luogo, nel fatto che i *constituency statute*, più che un obbligo, introducono la possibilità per gli amministratori di considerare gli interessi degli *stakeholder*.⁵² In secondo luogo, questi vennero adottati come risposta a un crescente fenomeno di acquisti ostili (*hostile takeovers*) e si rivelarono inadatti per le decisioni di ordinaria amministrazione.⁵³ Infine, sia il testo delle leggi che la giurisprudenza delle Corti non riuscirono a fornire agli amministratori un orientamento sufficiente a capire in che modo, e fino a che punto, fossero autorizzati a considerare interessi ulteriori a quelli degli azionisti;⁵⁴ questo è anche dovuto al fatto che il Delaware non ha mai adottato un *constituency statute*.⁵⁵

Visti il fallimento dei *constituency statute* e, al contempo, il crescente interesse verso un imprenditorialismo di stampo sociale, recentemente,

⁵⁰ Wallman (n 13); Lawrence E Mitchell, 'A Theoretical and Practical Framework for Enforcing Corporate Constituency Statutes' (1991) 70 Texas Law Review 579; Stephen M Bainbridge, 'Interpreting Nonshareholder Constituency Statutes' (1992) 19 Pepperdine Law Review 991; Gary Von Stange, 'Corporate Social Responsibility Through Constituency Statutes: Legend or Lie?' (1993) 11 The Hofstra Labor & Employment Law Journal 461.

⁵¹ Clark Jr e Babson (n 14), 829 'Constituency statutes may appear to change the paradigm of shareholder primacy; [...] However, as described below, even in states that have constituency statutes, the regime of shareholder primacy is still pervasive and the legal framework is not sufficient to meet the needs of new mission-driven and triple-bottom-line businesses.'

⁵² *ibid*, 832; Hiller (n 14), 289.

⁵³ Eric W Orts, 'Beyond Shareholders: Interpreting Corporate Constituency Statutes' (1992) 61 The George Washington Law Review 14, 24; Clark Jr e Babson (n 14), 829.

⁵⁴ Bainbridge (n 50), 988; Clark Jr e Babson (n 14), 829.

⁵⁵ Come spiegato precedentemente il Delaware è lo stato con la legislazione societaria più importante e influente e dove hanno sede la maggior parte delle imprese statunitensi più importanti. Cfr. Clark Jr e Babson (n 14).

alcuni Stati americani hanno iniziato ad adottare nuovi modelli societari con forme diverse di *corporate governance*. Nel 2008, il Vermont e, progressivamente, altri otto Stati hanno adottato una legge riconoscendo le *Low-Profit Limited Liability Company* (L3C): si tratta di società a responsabilità limitata il cui scopo primario è la conduzione di attività benefiche o educative tramite i *Program-Related Investment* (PRI).⁵⁶ Altri esempi sono le *Social Purpose Corporation* (SPC), riconosciuta da California, Stato di Washington e Florida o le *Flexible Purpose Corporation* (FPC).⁵⁷

Fra questi nuovi modelli societari, spicca l'adozione da parte di trentuno Stati americani del modello denominato *Benefit Corporation*, una società che, oltre allo scopo di produrre utili, s'impegna, tramite la modifica del proprio statuto, a perseguire finalità di beneficio comune.

⁵⁶ 'I PRI sono investimenti di fondazioni private; queste sono incentivate a devolvere il 5% dei loro utili ad attività senza scopo di lucro per ottenere agevolazioni fiscali.' Cfr. Ventura (n 19).

⁵⁷ Per un'analisi approfondita delle due v. Esposito (n 17), 682-694.

3. BENEFIT CORPORATION

3.1. ORIGINE E DIFFERENZE CON LE B CORP

Per spiegare l'origine delle *Benefit Corporation* è necessario partire dal 2006 quando tre ex amministratori delegati, Jay Coen Gilbert, Bart Houlahan, e Andrew Kassoy, crearono "B Lab", un'organizzazione *no-profit* con lo scopo di aiutare imprese, interessate ad operare nel rispetto della società e dell'ambiente, a perseguire la doppia missione nel rispetto dei limiti della legge.⁵⁸ Il fulcro dell'attività di B Lab è il *B Impact Assessment* (BIA), ovvero il metodo di certificazione dell'impatto sociale e ambientale delle imprese,⁵⁹ ormai riconosciuto come uno dei più affidabili e importanti metodi di valutazione.⁶⁰ Oggi viene utilizzato da più di quarantamila imprese operanti in quarantasette paesi e centotrenta settori diversi.⁶¹ Quando i tre fondatori di B Lab crearono il BIA, il loro scopo era creare un metodo di valutazione capace di distinguere fra imprese realmente impegnate nella doppia missione e imprese che fingono di esserlo.⁶² La serietà e severità del metodo fa sì che solo una minima parte delle imprese

⁵⁸ Munch (n 14), 183 '[B Lab] helps socially conscious corporations actively pursue their dual missions within the constraints of state laws.'

⁵⁹ B Lab, B Impact Assessment, <<http://www.bimpactassessment.net>> ultimo accesso 22 ottobre 2016.

⁶⁰ Ventura (n 19); Francesco Coco, 'La Società Benefit: Analisi Socio-Economica Di Un'innovazione Normativa Italiana' [2016] Nova Itinera; Assonime, 'La Discipline Delle Società Benefit' (2016) Circolare n.19, 29.

⁶¹ B Lab, Legal Roadmap, <<http://bcorporation.eu/legal-roadmap-italy>> ultimo accesso 23 ottobre 2016.

⁶² Christopher Marquis, Andrew Klaber e Bobbi Thomason, 'B Lab: Building a New Sector of the Economy' (2010) 411 - 047 Harvard Business School Case, 3 'There needs to be standards around corporate responsibility. In a landscape in which every company now says they're a responsible business, there is no way for consumers, investors, and other stakeholders to tell real responsible businesses apart from those businesses that just say they are. The dual focus of B Corp, which involves a change to [a business's] bylaws and a comprehensive evaluation, is the best way to separate companies that really are responsible from ones that just pretend to be so.'

che effettuano il test superino la soglia richiesta per ottenere la certificazione di B Lab e diventare, quindi, una B Corp.⁶³

Inoltre, la valutazione BIA è solo uno dei passaggi che consentono a un'impresa di diventare una B Corp a tutti gli effetti: è altresì necessario che l'impegno nei confronti dei diversi *stakeholder* sia espresso nello statuto, in modo tale da garantire la possibilità agli amministratori di considerare interessi ulteriori a quelli degli azionisti e garantire la doppia missione nel tempo.⁶⁴ Inizialmente, l'attività di B Lab si sostanzialmente in una consulenza legale alle imprese su come modificare i propri statuti in base alla legislazione vigente nello Stato in cui queste avevano sede: la fondamentale differenza era fra Stati che avevano adottato un *constituency statute* e altri che ne erano privi.⁶⁵ Nei primi, la legislazione già permetteva agli amministratori di considerare gli interessi di diversi *stakeholder* e, di conseguenza, la modifica dello statuto risultava coadiuvata dalla stessa legislazione esistente.⁶⁶ Non così negli Stati che non avevano adottato un

⁶³ Per essere certificati da B Lab è necessario ottenere un punteggio di almeno 80 punti su 200 e superare i successivi controlli effettuati da B Lab sulle dichiarazioni rilasciate in sede di valutazione. B Lab, How to become a B Corp, Performance Requirements, <<https://www.bcorporation.net/become-a-b-corp/how-to-become-a-b-corp/performance-requirements>> ultimo accesso 22 ottobre 2016.

⁶⁴ 'The value of meeting the legal requirement for B Corp certification is that it bakes sustainability into the DNA of your company as it grows, brings in outside capital, or plans succession, ensuring that your mission can better survive new management, new investors, or even new ownership.' V. B Lab, How to become a B Corp, Legal Requirements, <<https://www.bcorporation.net/become-a-b-corp/why-become-a-b-corp/protect-your-mission>> ultimo accesso 22 ottobre 2016.

⁶⁵ Hiller (n 14), 291 'The BCorp intersects with corporate law at the point that changes to articles of incorporation, or limited liability company, or partnership documents (for simplicity, further reference will be to incorporation) are required. Depending on the state and its relevant incorporation and statutory provisions, a company may need to amend its articles of incorporation in unique ways.'

⁶⁶ Negli stati in cui era presente un *constituency statute* le società che intendevano diventare B Corp dovevano modificare il loro statuto con le seguenti formule: 'The purpose of the Company shall include creating a material positive impact on society and the environment, taken as a whole, from the business and operations of the Company. In discharging the duties of their respective positions and in considering the best interests of the Company, the board of directors, committees of the board, and individual directors shall consider the effects of any action or inaction upon: the members of the Company; the employees and work force of the Company, its subsidiaries, and its suppliers; the interests

constituency statute, dove non era e non è ancora possibile un'inclusione degli interessi degli *stakeholder* nello statuto della società. Per questo motivo, alle imprese con sede in questi Stati e che erano intenzionate a diventare B Corp, veniva richiesto di firmare un contratto (*term sheet*) con B Lab con cui si impegnavano a considerare gli interessi degli *stakeholder* nei limiti posti dalla legislazione statale, a sostenere la campagna di B Lab per l'adozione della legislazione sulle *Benefit Corporation* e, una volta passata la legge, ad adottarne il modello entro quattro anni.⁶⁷

Alla luce delle considerazioni di cui sopra riguardo all'efficacia dei *constituency statute* e alla mancanza di questi in un numero considerevole di Stati, B Lab, in collaborazione con lo studio legale *Drinker Biddle & Reath* e specificatamente con l'avvocato Bill Clark, condusse la stesura di una specifica legge in grado di consentire la creazione di un nuovo modello societario (il *Model Act*), che permettesse alle società di operare in modo efficace non solo nei confronti del profitto degli azionisti ma anche nel rispetto dei vari *stakeholder*.⁶⁸ Il primo Stato ad adottare la legislazione sulla *Benefit Corporation* fu il Maryland nel 2010 seguito, nello stesso anno, dal

of its customers as beneficiaries of the purpose of the Company to have a material positive impact on society and the environment; community and societal factors, including those of each community in which offices or facilities of the Company, its subsidiaries, or its suppliers are located; the local and global environment; the short-term and long-term interests of the Company, including benefits that may accrue to the Company from its long-term plans and the possibility that these interests may be best served by the continued independence of the Company; and the ability of the Company to create a material positive impact on society and the environment, taken as a whole.' V. B Lab, Corporation Legal Roadmap, <<https://www.bcorporation.net/become-a-b-corp/how-to-become-a-b-corp/legal-roadmap/corporation-legal-roadmap>> ultimo accesso 17 ottobre 2016.

⁶⁷ 'Since your state does NOT currently have a corporate statute that explicitly allows directors to consider the interests of stakeholders (often called a constituency statute), the best we can do together is to build the language of the B Corp legal framework into your Term Sheet for B Corp certification. The Term Sheet commits your company to consider stakeholders to the extent possible within the current corporate laws of your state; to support benefit corporation legislation when we move forward in your state; and, once legislation becomes law, to adopt benefit corporation status within four years of the first effective date of the legislation or two years of initial certification, whichever is later.' *ibid*.

⁶⁸ Benefit Corporation, Model Legislation <http://benefitcorp.net/sites/default/files/Model%20Benefit%20Corp%20Legislation_4_16.pdf> ultimo accesso 17 ottobre 2016 (Model Act).

Vermont e, fra il 2011 e 2012, da New Jersey, Virginia, Hawaii, California e New York. Al momento, la legislazione sulle *Benefit Corporation* è stata approvata da trentuno Stati, fra cui spiccano, per importanza, la California, lo Stato del Delaware e di Washington DC, ed è in fase di approvazione in ulteriori sette.⁶⁹

Prima di effettuare un'analisi della legislazione statunitense, è necessario chiarire la differenza fra le B Corp e le *Benefit Corporation*.⁷⁰ Le prime sono normali società che hanno ottenuto la certificazione di B Lab, impegnandosi a modificare il proprio statuto nei limiti della legislazione vigente e ad adottare la forma di *Benefit Corporation* nel momento in cui questa venga riconosciuta dalla legge. Dunque, il concetto di B Corp è strettamente legato all'attività di certificazione svolta da B Lab e non costituisce una nuova forma giuridica: dal punto di vista legale, una B Corp rimane una normale società. Invece, le *Benefit Corporation* sono un nuovo modello societario che può essere adottato solo a seguito dell'approvazione della rispettiva legge nello Stato in cui ha sede legale l'attività economica interessata.⁷¹ Siccome la legislazione sulle *Benefit Corporation* è piuttosto recente e limitata a trentuno stati americani e all'Italia nella forma della Società Benefit è evidente che il fenomeno delle B Corp sia più ampio e diffuso. Possono diventare B Corp imprese di ogni nazionalità o settore: al momento sono quasi mille e novecento, appartenenti a centotrenta diversi settori e con

⁶⁹ Benefit Corporation, State by State Status of Legislation, <<http://benefitcorp.net/policymakers/state-by-state-status>> ultimo accesso 17 ottobre 2016.

⁷⁰ Benefit Corporation, Benefit Corporation & Certified B Corps <<http://benefitcorp.net/businesses/benefit-corporations-and-certified-b-corps>> ultimo accesso 22 ottobre 2016. 'Benefit corporations and Certified B Corporations are often confused. They share much in common and are complementary, but have a few important differences. Benefit corporations and Certified B Corporations are both leaders of a global movement to use business as a force for good. Both meet higher standards of accountability and transparency. Both create the opportunity to unlock our full human potential and creativity to use the power of business for the higher purpose of solving society's most challenging problems.'

⁷¹ Ventura (n 19).

sede in cinquanta paesi. E il numero aumenta di giorno in giorno.⁷² La rilevanza del fenomeno delle B Corp è stato evidenziato, ad esempio, da Fast Company, la nota rivista americana di Business, che ha inserito la nascita del movimento B Corp come uno dei venti avvenimenti più importanti degli ultimi venti anni,⁷³ o dagli articoli di Forbes e Fortunes che hanno inserito il fenomeno fra i cinque *trend* più importanti del 2015 e del 2016.⁷⁴

Nonostante il *Model Act* sia stata redatto e supportata da B Lab, le *Benefit Corporation* non devono necessariamente essere B Corp né essere certificate da B Lab. I due concetti sono distinti, ma le analogie risultano assai profonde: in entrambi i casi le società si vincolano a svolgere la loro attività economica nel rispetto degli *stakeholder* e non solo della massimizzazione del profitto. Tutte le B Corp si vincolano a trasformarsi in *Benefit Corporation* entro due anni dall'adozione della legge nello Stato in cui hanno la sede legale. Le *Benefit Corporation* possono scegliere come standard di valutazione esterno quello di B Lab e, dopo aver superato i necessari controlli, diventare anche una B Corp.

3.2. LA NORMATIVA

I trentuno Stati della federazione americana che hanno adottato la legislazione sulla *Benefit Corporation* si sono ispirati al *Model Act*. Nonostante vi siano delle differenze nelle singole legislazioni che,

⁷² Benefit Corporation, <<https://www.bcorporation.net>> ultimo accesso 18 ottobre 2016.

⁷³ Fast Company, 20 Moments From The Past 20 Years That Moved The Whole World Forward (16 novembre 2015) <<https://www.fastcompany.com/3052958/20-moments-that-matter>> ultimo accesso 23 ottobre 2016.

⁷⁴ Anne Field, The Year In Social Enterprise And Impact Investing: 5 Noteworthy Happenings In 2015 (*Forbes*, 30 dicembre 2015) <<http://www.forbes.com/sites/annefield/2015/12/30/the-year-in-social-enterprise-and-impact-investing-5-noteworthy-happenings-in-2015/#28355d094265>> ultimo accesso 22 ottobre 2016; Verne Harnish, 5 Key Business Trends to Master in 2016 (*Fortunes*, 15 dicembre 2015) <<http://fortune.com/2015/12/15/key-business-trends-2016/>> ultimo accesso 22 ottobre 2016.

ricordiamo, sono necessariamente a livello statale e non federale, per le finalità di questo studio è possibile assumere che le varie legislazioni nazionali non si distacchino dal *Model Act*.⁷⁵

La legislazione americana sulla *Benefit Corporation* può essere descritta sulla base di tre caratteristiche principali: l'inclusione dello scopo sociale nello statuto della società, la previsione di precisi standard di condotta e di responsabilità degli amministratori e l'imposizione di specifici obblighi di trasparenza.

3.2.1. *Il Public Purpose*

La modifica dello statuto da parte di una società interessata a divenire una *Benefit Corporation* è probabilmente il passaggio più importante: in un sistema economico dominato dalle teorie neoliberiste di profitto e efficienza economica, la sola possibilità per le società di inserire all'interno del proprio statuto l'impegno a creare un valore condiviso nel lungo periodo è di per sé una rivoluzione. Si tratta dell'elemento esplicativo di un percorso più che trentennale sulla convinzione che non sia più sostenibile considerare le imprese come svincolate dal contesto in cui operano. Queste sono chiamate a diventare parte attiva di una comunità da cui spesso traggono i vantaggi senza dividerne i guadagni. In netta contrapposizione, le società che decidono di diventare *Benefit Corporation* mandano un messaggio molto forte modificando il proprio DNA.⁷⁶ Secondo il *Model Act*, una *Benefit Corporation* deve produrre un generale beneficio pubblico (*General Public Benefit*) in aggiunta allo scopo di lucro: l'obiettivo di beneficio pubblico deve essere inserito nello statuto o nell'atto costitutivo della società in modo

⁷⁵ Per una comparazione delle legislazioni dei vari Stati americani v. Hiller (n 14).

⁷⁶ *ibid*, 292 'In other words, a goal of the legislation is to create a new understanding of corporate identity by building consideration of social and environmental considerations into the corporate DNA.'

tale che ne sia garantito il perseguimento nel lungo periodo.⁷⁷ Il *Model Act* definisce il beneficio pubblico generale come un significativo effetto positivo sulla società e sull'ambiente, considerati nel loro complesso e da misurarsi attraverso standard di valutazione terzi.⁷⁸ Tramite l'inclusione del beneficio comune come scopo della società, questa si vincola al suo perseguimento nel lungo periodo, in quanto l'unico modo per non perseguirlo è modificare nuovamente lo statuto.⁷⁹

In aggiunta all'obiettivo di generale beneficio pubblico, una *Benefit Corporation* può ulteriormente impegnarsi a conseguire uno di tipo specifico (*Specific Public Benefit*).⁸⁰ Il *Model Act* ne elenca alcuni possibili, quali la salvaguardia e il risanamento ambientale; la creazione di possibilità lavorative per specifici soggetti o comunità, che esuli cioè dalla normale creazione di posti di lavoro; la fornitura di beni e servizi a soggetti o comunità in situazioni economiche particolarmente sfavorevoli; il miglioramento della salute; la promozione delle arti, delle scienze e, in generale, della ricerca scientifica. Allo stesso tempo, il *Model Act* lascia libere le *Benefit Corporation* di individuare ulteriori specifici obiettivi di interesse pubblico da perseguire, fintantoché questi comportino un miglioramento sociale o ambientale.⁸¹ L'inclusione del *general public*

⁷⁷ Model Act § 201(a).

⁷⁸ Model Act § 102 'General Public Benefit. A material positive impact on society and the environment, taken as a whole, assessed against a third-party standard, from the business and operations of a benefit corporation.'

⁷⁹ Model Act § 105(a) 'A benefit corporation may amend its articles of incorporation to add, amend, or delete the identification of a specific public benefit that it is the purpose of the benefit corporation to create. In order to be effective, the amendment must be adopted by at least the minimum status vote.'

⁸⁰ Model Act § 201(b) 'The articles of incorporation of a benefit corporation may identify one or more specific public benefits that it is the purpose of the benefit corporation to create in addition to its purposes [...].'

⁸¹ Model Act § 102 'Specific Public Benefit. Includes: (1) providing low-income or underserved individuals or communities with beneficial products or services; (2) promoting economic opportunity for individuals or communities beyond the creation of jobs in the normal course of business; (3) protecting or restoring the environment; (4) improving human health; (5) promoting the arts, sciences, or advancement of knowledge; (6)

benefit rappresenta, dunque, l'impegno di cui la società si fa carico: non opererà solo per il profitto degli azionisti, ma nel rispetto generale di tutti i suoi portatori di interesse. Con lo *specific public purpose*, invece, la società si impegna al perseguimento di un ulteriore obiettivo, che potrebbe coincidere con la sua stessa attività, esserne collegato o, invece, completamente indipendente. In entrambi i casi, la modifica statutaria rappresenta la chiave di volta, sia per la considerazione degli interessi degli *stakeholder* nella gestione di un'impresa *for-profit*, sia per il superamento della problematica della fedeltà di missione nel caso di modifica del controllo: nel caso in cui cambi la maggioranza assembleare, o in quello in cui vengono sostituiti gli amministratori, lo scopo di beneficio comune dovrà essere perseguito in quanto protetto dall'inclusione nello statuto. Solo una modifica di quest'ultimo permetterà alla società di abbandonare la propria doppia missione.⁸²

3.2.2 *Obblighi e Responsabilità degli Amministratori*

La modifica dello statuto rappresenta un punto focale nel passaggio da una normale impresa impostata al modello *shareholder* a una *Benefit Corporation*; nonostante ciò, una tale trasformazione rischierebbe di rimanere solo “sulla carta” se non fosse accompagnata da una modifica degli obblighi degli amministratori. Questi vengono generalmente ricondotti all'obbligo di diligenza (*duty of care*) e all'obbligo di fedeltà (*duty of loyalty*).

Nello specifico, il *Model Act* non modifica i doveri degli amministratori di una *Benefit Corporation*, che restano il *duty of care* ed il *duty of loyalty*, ma amplia il novero degli interessi che gli stessi

increasing the flow of capital to entities with a purpose to benefit society or the environment; (7) and conferring any other particular benefit on society or the environment.’

⁸² Ventura (n 19).

devono considerare nella propria attività decisionale. Dunque, se il *duty of loyalty*, ovvero l'obbligo di perseguire solo il miglior interesse della società, rimane inalterato, è il *duty of care* che si amplia ed obbliga gli amministratori a prendere in considerazione l'impatto delle loro decisioni su diversi *stakeholder*.⁸³

Infatti, il *Model Act* obbliga (e qui la profonda differenza rispetto ai *constituency statute*) gli amministratori a considerare gli effetti di qualsiasi azione o omissione non solo nei confronti degli azionisti, ma anche dei lavoratori della *Benefit Corporation*, delle sue controllate e dei suoi fornitori, nei confronti dei clienti e della comunità (in modo specifico quelle in cui la *Benefit Corporation*, le sue controllate e i suoi fornitori hanno la sede o le strutture produttive) e, infine, nei confronti dell'ambiente, anche a livello globale.⁸⁴ Il *Model Act* precisa che gli amministratori devono considerare l'interesse della *Benefit Corporation* sia nel breve che nel lungo periodo, favorendo le strategie in grado di realizzare il beneficio pubblico.⁸⁵ Infine, lo stesso *Model Act* riconosce che gli amministratori non siano vincolati a dare priorità agli interessi di uno specifico gruppo, a meno che non sia stabilito nello statuto: è, ad esempio, il caso in cui garantire preminenza a determinati *stakeholder* sia necessario per il raggiungimento

⁸³ *ibid.*

⁸⁴ Model Act § 301(a) 'Consideration of interests. - In discharging the duties of their respective positions and in considering the best interests of the benefit corporation, the board of directors, committees of the board, and individual directors of a benefit corporation: (1) shall consider the effects of any action or inaction upon: (i) the shareholders of the benefit corporation; (ii) the employees and work force of the benefit corporation, its subsidiaries, and its suppliers; (iii) the interests of customers as beneficiaries of the general public benefit or a specific public benefit purpose of the benefit corporation; (iv) community and societal factors, including those of each community in which offices or facilities of the benefit corporation, its subsidiaries, or its suppliers are located; (v) the local and global environment.'

⁸⁵ Model Act § 301(a)(1)(vi) 'the short-term and long-term interests of the benefit corporation, including benefits that may accrue to the benefit corporation from its long-term plans and the possibility that these interests may be best served by the continued independence of the benefit corporation.'

dell'obiettivo di interesse pubblico generale o specifico.⁸⁶ L'onere imposto agli amministratori è, dunque, particolarmente rilevante: questi sono tenuti a considerare una vasta gamma di interessi, cercando di volta in volta un bilanciamento: l'interesse degli azionisti, pur tenuto in considerazione, non è sempre prioritario.

A bilanciare l'aumento degli oneri per gli amministratori, il *Model Act* stabilisce, innanzitutto, che questi non possano essere ritenuti responsabili per violazione degli obblighi fiduciari nel caso in cui considerino ulteriori interessi rispetto a quelli degli azionisti: di conseguenza, nel caso in cui gli amministratori diano priorità agli interessi di altri *stakeholder*, gli azionisti non potranno agire nei loro confronti per violazione della *duty of loyalty*, anche nell'eventualità in cui questi ultimi abbiano subito una perdita patrimoniale, premesso che gli amministratori non abbiano un interesse personale nella decisione.⁸⁷

Allo stesso tempo, però, il *Model Act* si preoccupa di non caricare gli amministratori della *Benefit Corporation* di un'eccessiva responsabilità. A fronte del vasto novero di interessi da tenere in considerazione e della creazione di un beneficio pubblico non sempre di facile attuazione, la legislazione statunitense si preoccupa di stabilire che gli amministratori non sono personalmente responsabili nel caso in cui l'obiettivo di generale o specifico beneficio pubblico non sia raggiunto. Inoltre, la normativa stabilisce che gli amministratori hanno una *duty of loyalty* nei confronti della società, ma non direttamente nei confronti di ogni singolo *stakeholder*:

⁸⁶ Model Act § 301(a)(3) 'need not give priority to a particular interest or factor referred to in paragraph (1) or (2) over any other interest or factor unless the benefit corporation has stated in its articles of incorporation its intention to give priority to certain interests or factors related to the accomplishment of its general public benefit purpose or of a specific public benefit purpose identified in its articles.'

⁸⁷ Model Act § 301(c) "Exoneration from personal liability. – Except as provided in the [articles of incorporation] [bylaws], a director is not personally liable for monetary damages for: (1) any action or inaction in the course of performing the duties of a director under subsection (a) if the director was not interested with respect to the action or inaction.'

di conseguenza, viene negata la possibilità alla generalità dei portatori di interesse di agire nei confronti degli amministratori nell'eventualità in cui i loro interessi non vengano presi in considerazione nell'espletamento delle funzioni di gestione.⁸⁸

Le considerazioni di cui sopra non devono condurre il lettore a pensare che non vi sia un controllo sull'attività degli amministratori o sull'effettivo perseguimento dell'obiettivo di beneficio comune. Il *Model Act* prevede il *Benefit Enforcement Proceeding* (BEP) come preciso rimedio per la violazione delle norme sulla *Benefit Corporation* e, in particolare, per il mancato perseguimento degli scopi di beneficio pubblico (generale o specifico).⁸⁹ Il BEP è un procedimento azionabile, in via diretta, dalla società stessa e, tramite un'azione derivativa, dagli azionisti che possiedono almeno il 2% delle azioni della società, da ciascun membro del consiglio di amministrazione e dai soggetti che detengono almeno il 5% delle partecipazioni di una società controllante la *Benefit Corporation*.⁹⁰ A questi, lo statuto della *Benefit Corporation* può aggiungere specifici soggetti o gruppi di interesse.⁹¹ Di conseguenza, gli amministratori di una *Benefit Corporation*, oltre a essere sottoposti alle azioni previste per la violazione

⁸⁸ Model Act § 305(d) 'Limitation on standing. – A director does not have a duty to a person that is a beneficiary of the general public benefit purpose or a specific public benefit purpose of a benefit corporation arising from the status of the person as a beneficiary.'

⁸⁹ Model Act § 305(a) "General rule. - Except in a benefit enforcement proceeding, no person may bring an action or assert a claim against a benefit corporation or its directors or officers with respect to: (1) failure to pursue or create general public benefit or a specific public benefit set forth in its articles of incorporation; or (2) violation of an obligation, duty, or standard of conduct under this chapter.'

⁹⁰ Model Act § 305(c) 'Standing. – A benefit enforcement proceeding may be commenced or maintained only: (1) directly by the benefit corporation; or (2) derivatively by: (i) a person or group of persons that owned beneficially or of record at least 2% of the total number of shares of a class or series outstanding at the time of the act or omission complained of; (ii) a director; (iii) a person or group of persons that owned beneficially or of record 5% or more of the outstanding equity interests in an entity of which the benefit corporation is a subsidiary at the time of the act or omission complained of [...].'

⁹¹ Model Act § 305(c)(2)(iv) 'other persons as specified in the articles of incorporation or bylaws of the benefit corporation.'

degli obblighi fiduciari, possono essere sottoposti al BEP che, però, non costituisce un'azione di risarcimento danni.⁹²

È proprio la questione del controllo sull'effettivo operato della *Benefit Corporation*, che ha suscitato il maggior numero di critiche in dottrina. Infatti, si nota come le *Benefit Corporation*, in definitiva, rispondono solamente ai propri azionisti e non anche agli *stakeholder*: la titolarità del BEP spetta agli azionisti, amministratori e all'eventuale società controllante. I lavoratori e altri portatori d'interesse non hanno il potere di iniziare il procedimento, a meno che non sia lo statuto stesso della *Benefit Corporation* a permetterlo.⁹³ Le ragioni che hanno portato i redattori della legge a restringere la legittimità di azione nei confronti della *Benefit Corporation*, risiedono nel timore che alla stessa vengano addossati eccessivi oneri e che questo possa minare l'adozione del modello. In un contesto in cui una società, oltre a risultare all'avanguardia per l'attenzione che pone verso i suoi *stakeholder*, non riceve incentivi fiscali e potrebbe incontrare difficoltà nel reperire capitali e investimenti, garantire la titolarità di azione a un numero indefinito di soggetti potrebbe costituire un grande disincentivo all'adozione del modello.⁹⁴

⁹² Model Act § 305 (b) 'Limitation on liability of corporation. – A benefit corporation shall not be liable for monetary damages under this [chapter] for any failure of the benefit corporation to pursue or create general public benefit or a specific public benefit.'

⁹³ Munch (n 14), 189 'Under the recently enacted benefit corporation laws, although directors have a duty to consider each of their various stakeholder groups, they are only legally accountable to one: shareholders. As under traditional corporate law and recent constituency statutes, shareholders and directors are the only individuals that can file a claim against leadership for mismanagement of the benefit corporation's public mission and other interests. Employees, customers, community members, and all other stakeholders lack the necessary standing to legally challenge directors' actions.'

⁹⁴ Clark Jr and Babson (n 14), 850 'However, while this grants shareholders an expanded right of action, it is important to note that the consideration standard does not require a particular outcome of the directors' decision making, but rather that there is a decision-making process that considers all of the enumerated stakeholders. Similarly, the exclusion of any right of action by third parties protects the benefit corporation from unknown, expanded liability that would otherwise operate as a disincentive to becoming a benefit corporation.'

Nonostante la veridicità di tali considerazioni, queste non riescono a fugare ogni dubbio riguardo un possibile abuso del modello. Se sono gli azionisti a nominare gli amministratori e solo loro possono iniziare un'azione di responsabilità per il mancato conseguimento dell'obiettivo statuario, non vi è una reale tutela che il modello della *Benefit Corporation*, nato proprio per differenziare le imprese con una spiccata attenzione agli interessi degli *stakeholder*, non diventi un perfetto strumento per pratiche di “*greenwashing*”.⁹⁵

3.2.3. Trasparenza: *Annual Benefit Report e Third-Party Standard*

Le perplessità sull'effettivo perseguimento dell'obiettivo di beneficio pubblico sono in parte bilanciate dagli obblighi di trasparenza in capo alla *Benefit Corporation*: questa ha l'obbligo di redigere un report annuale (*Annual Benefit Report*) riguardo al conseguimento degli obiettivi di beneficio pubblico (generale o specifico).⁹⁶ È tenuta ad inviarlo ai suoi azionisti insieme agli report finanziari e, comunque, non oltre centoventi giorni dal termine dell'anno fiscale,⁹⁷ nonché a renderlo disponibile gratuitamente al pubblico tramite il proprio sito internet e a depositarlo presso la *Secretary of State*.⁹⁸ La performance di una normale impresa viene

⁹⁵ Murray (n 14), 33 ‘The benefit corporation statute is said to be an antidote to “greenwashing” and faux corporate social responsibility (“faux CSR”). But without at least some minimal level of board accountability, the benefit corporation statute could be an avenue to greenwashing and faux CSR rather than an antidote to them. In fact, if an appropriate accountability framework is not erected, benefit corporations could allow an unprecedented amount of rent-seeking and could allow greater management entrenchment than permitted in other entity forms.’

⁹⁶ Model Act § 401(a) ‘Preparation of annual benefit report. - A benefit corporation shall prepare an annual benefit report [...].’

⁹⁷ Model Act § 402(a), ‘Timing of report. - A benefit corporation shall send its annual benefit report to each shareholder on the earlier of: (1) 120 days following the end of the fiscal year of the benefit corporation; or (2) the same time that the benefit corporation delivers any other annual report to its shareholders.’

⁹⁸ Model Act § 402(b), ‘Internet website posting. - A benefit corporation shall post all of its benefit reports on the public portion of its Internet website, if any; but the compensation paid to directors and financial or proprietary information included in the

valutata sulla base dei report finanziari da questa preparati; ma una *Benefit Corporation* non si limita a operare per l'incremento della sua ricchezza o di quella degli azionisti. Per questo motivo è necessario che, oltre ai documenti finanziari, sia redatto anche un documento ufficiale che espliciti quali risultati di beneficio comune sono stati raggiunti e con quali metodi.⁹⁹ Secondo il *Model Act*, il report annuale deve contenere una descrizione delle modalità tramite cui la *Benefit Corporation* ha perseguito l'obiettivo di beneficio pubblico generale (e specifico) e i risultati raggiunti;¹⁰⁰ inoltre, devono essere inserite le eventuali circostanze che ne hanno impedito la creazione.¹⁰¹ A questo si aggiunge una valutazione complessiva dell'impatto sociale e ambientale dell'impresa tramite l'utilizzo di uno standard di valutazione esterno (*Third-party Standard*).¹⁰² L'utilizzo di questo da parte della *Benefit Corporation* è uno degli elementi essenziali della legislazione che ne disciplina in modo accurato le caratteristiche. Il *Model Act* non prevede l'utilizzo di uno specifico standard, poiché, a differenza del settore fiscale e finanziario, dove vi sono convezioni sui parametri da utilizzare, per

benefit reports may be omitted from the benefit reports as posted.'; Model Act § 402(c), 'Availability of copies. – If a benefit corporation does not have an Internet website, the benefit corporation shall provide a copy of its most recent benefit report, without charge, to any person that requests a copy, but the compensation paid to directors and financial or proprietary information included in the benefit report may be omitted from the copy of the benefit report provided.'; Model Act § 402(d), '(d) Filing of report. – [...] the benefit corporation shall deliver a copy of the benefit report to the Secretary of State for filing [...].'

⁹⁹ Clark Jr e Babson (n 14), 842 'In the classic paradigm of shareholder primacy, the performance of the directors can be measured by the financial performance of the corporation as shown by its financial statements. To permit monitoring of the performance of the directors of a benefit corporation, the statutes also require reporting on performance.'

¹⁰⁰ Model Act § 401(a), '(a) Contents. – A benefit corporation shall prepare an annual benefit report including all of the following: (1) A narrative description of: (i) The ways in which the benefit corporation pursued general public benefit during the year and the extent to which general public benefit was created. (ii) Both: (A) the ways in which the benefit corporation pursued a specific public benefit that the articles of incorporation state it is the purpose of the benefit corporation to create; and (B) the extent to which that specific public benefit was created.'

¹⁰¹ Model Act § 401(a)(1)(iii), 'Any circumstances that have hindered the creation by the benefit corporation of general public benefit or specific public benefit.'

¹⁰² Model Act § 401(a)(2), 'An assessment of the overall social and environmental performance of the benefit corporation against a third-party standard.'

la performance sociale e ambientale non esiste uno standard universalmente accettato.¹⁰³ Lo standard di valutazione esterno deve quindi essere sviluppato da organizzazioni indipendenti rispetto alla *Benefit Corporation*, capaci di soddisfare i requisiti di credibilità e trasparenza. Per quanto riguarda la credibilità, l'ente deve possedere l'esperienza necessaria per valutare l'impatto dell'impresa sia sulla società che sull'ambiente; inoltre, è necessario che lo standard sia esauriente, ovvero che sia in grado di tenere in considerazione gli interessi di tutti gli *stakeholder* della *Benefit Corporation*. Il requisito della trasparenza è soddisfatto se l'ente rende pubblici i criteri utilizzati per la valutazione dell'impatto sociale e ambientale, il loro peso nella valutazione e il metodo tramite cui sono stati definiti. Inoltre, l'ente deve rendere disponibile i nominativi dei membri dell'organo che sviluppa e controlla la revisione dello standard, nonché il processo tramite cui questi membri vengono sostituiti.¹⁰⁴

¹⁰³ Clark Jr e Babson (n 14), 842 'Unlike in the financial area, where standardized conventions for reporting financial performance have developed, there does not yet exist a standard way to report on social and environmental performance. Thus, the statutes permit benefit corporations to pick the standard that they will use.'

¹⁰⁴ Model Act § 102 'Third-party standard. A recognized standard for defining, reporting, and assessing corporate social and environmental performance that is: (1) Comprehensive because it assesses the effects of the business and its operations upon the interests listed in section 301(a)(1)(ii), (iii), (iv) and (v). (2) Developed by an entity that is not controlled by the benefit corporation. (3) Credible because it is developed by an entity that both: (i) has access to necessary expertise to assess overall corporate social and environmental performance; and (ii) uses a balanced multistakeholder approach to develop the standard, including a reasonable public comment period. (4) Transparent because the following information is publicly available: (i) About the standard: (A) The criteria considered when measuring the overall social and environmental performance of a business. (B) The relative weightings, if any, of those criteria. (ii) About the development and revision of the standard: (A) The identity of the directors, officers, material owners, and the governing body of the entity that developed and controls revisions to the standard. (B) The process by which revisions to the standard and changes to the membership of the governing body are made.'

3.3. I PROFILI PROBLEMATICI DEL *MODEL ACT*

È innanzitutto importante chiarire cosa significhi utilizzo di uno standard di valutazione esterno, giacché questa caratteristica della legislazione statunitense è stata sottoposta a profonde critiche.¹⁰⁵ L'utilizzo di uno standard di valutazione esterno non comporta che la valutazione sia effettuata da un ente esterno alla *Benefit Corporation*: questa è libera di raccogliere i propri dati e, utilizzando lo standard, effettuare la valutazione del proprio impatto sociale e ambientale.¹⁰⁶ Il rischio, espresso da parte della dottrina statunitense, è che l'autovalutazione possa implicare una diffusione selettiva delle informazioni riguardanti l'impatto sociale e ambientale, diventando così, l'ennesimo spunto di pratiche di *greenwashing*.¹⁰⁷ In risposta, i redattori del *Model Act* hanno affermato che la ragione principale per cui si è deciso di obbligare le *Benefit Corporation* ad utilizzare lo standard di valutazione esterno, ma non l'obbligo di verifica, risiede nell'idea di non caricare eccessivamente le future *Benefit Corporation* di oneri economici. Molte organizzazioni (fra cui B Lab, The Global Reporting Initiative, GreenSeal, Underwriters Laboratories, ISO2600) forniscono gratuitamente il loro standard di valutazione ma nessuna organizzazione effettuerà le operazioni di verifica senza un compenso.¹⁰⁸ Quindi, come nel

¹⁰⁵ Esposito (n 17), 702.

¹⁰⁶ Regina Robson, 'A New Look at Benefit Corporations: Game Theory and Game Changer' (2015) 52 American Business Law Journal 501, 523 'The [Model Act] relies primarily on transparency rather than sanctioning to provide accountability. [BC] are required to prepare an annual benefit report describing in what matter the firm pursued a public benefit and assessing the company's performance against a third-party standard. Although performance is measured against a third-party standard, the assessment need not be performed by a third party. Companies are free to collect their own data and assess their own performance.'

¹⁰⁷ Munch (n 14), 194 'This approach, while one step toward increasing transparency and disclosure, still presents fundamental flaws. Most notably, it allows a benefit corporation's officers and directors to conduct all nonfinancial reporting, as long as they follow an outside standard in doing so. This presents a clear opportunity for selective reporting, if not outright misconduct.'

¹⁰⁸ *ibid*, 846-847 'mandatory verification would place a cost burden on benefit corporations to meet the reporting requirements of the statute. While free third-party

caso del BEP, non si vogliono porre svantaggi o oneri eccessivi a una società che ha volontariamente scelto di intraprendere un nuovo percorso volto alla creazione di un beneficio pubblico. In secondo luogo, se le normali società non hanno obbligo di far verificare i loro documenti finanziari, perché questo dovrebbe essere richiesto per l'impatto sociale e ambientale?¹⁰⁹ In terzo luogo, si considera che esiste già un specifico procedimento in caso di diffusione di informazioni false o fuorvianti: il BEP che, se correttamente implementato, è sufficiente ad assicurare la stesura di un report completo e corretto.¹¹⁰ Infine, la verifica dell'impatto sociale e ambientale può diventare uno degli elementi di differenziazione all'interno della stessa categoria delle *Benefit Corporation*: le società che faranno verificare i loro report dall'ente esterno e indipendente mostreranno una maggiore affidabilità e serietà sia nei confronti dei consumatori che degli investitori.¹¹¹

Nonostante le considerazioni sovra esposte contengano elementi di verità, risulta comunque criticabile l'assenza di qualsivoglia controllo pubblico sulla *Benefit Corporation*. Dall'impianto normativo appena esaminato emerge come la verifica del perseguimento degli scopi di pubblica utilità gravanti sulle *Benefit Corporation* non sia sottoposta ad un *public enforcement*, non essendo prevista alcuna attività di controllo da parte delle autorità statali, ma sia invece affidata all'iniziativa dei singoli soggetti che

standards exist that can be used to generate a benefit report, no third-party standard will perform verification services for free. Requiring a significant annual verification cost would greatly reduce adoption, particularly among the small businesses most interested in new corporate form legislation.'

¹⁰⁹ Clark Jr e Babson (n 14), 847 'ordinary corporations are not required to have audited financial reports and benefit corporations should not be required to have audited benefit reports of their social and environmental performance.'

¹¹⁰ ibid, 847 'directors of benefit corporations are already subject to litigation for fraud if they report false or intentionally misleading information in their benefit report, which serves as a sufficient incentive to provide complete and accurate benefit reports.'

¹¹¹ ibid, 847 'verification can and will become a means by which certain benefit corporations voluntarily distinguish themselves on a competitive basis to attract greater confidence in their claims of environmental and social performance.'

vi abbiano interesse attraverso gli strumenti propri del diritto privato, come le azioni di responsabilità verso gli amministratori, il BEP e la disciplina degli obblighi di informazione volti a garantire scelte informate da parte di consumatori e investitori.¹¹²

Queste considerazioni hanno portato parte della dottrina ad avanzare possibili soluzioni alternative, capaci di trovare un equilibrio fra le preoccupazioni dei redattori della legge e il rischio che la *Benefit Corporation* diventi un logo senza reale contenuto, utilizzato perfino come strumento per migliorare il capitale reputazionale di imprese senza che queste siano realmente attive nella doppia missione. Si auspica, in primo luogo, che il novero di soggetti titolari dell'azione nei confronti degli amministratori per mancato perseguimento dell'obiettivo di beneficio comune sia ampliato: utilizzando alcune considerazioni espresse in riferimento ai *constituency statute*,¹¹³ si è affermato che si potrebbe concedere il diritto a quegli *stakeholder* che dimostrano una lesione di un interesse legittimo.¹¹⁴ Un'altra soluzione consiste nel concedere il diritto di azione allo *state attorney general*, su richiesta degli *stakeholder*, sulla base del fatto che la *Benefit Corporation* non rispetta i propri impegni.¹¹⁵ Questa proposta prende spunto dai poteri che lo *state attorney general* già esercita

¹¹² Ventura (n 19), 10.

¹¹³ Von Stange (n 50), 490; Anthony Bisconti, 'Double Bottom Line: Can Constituency Statutes Protect Socially Responsible Corporations Stuck in Revlon Land, The' (2008) 42 *Loyola of Los Angeles Law Review* 765.

¹¹⁴ Mitchell (n 50), 635-636 'Members of each such constituent group would have standing under the relevant constituency statute to challenge corporate actions that they claim have injured them. Plaintiffs would have the burden of proving that such actions were in fact injurious. The injury must have been to a legitimate interest, and in this respect plaintiffs would need to resort to express or implied contracts with the corporation, legitimate expectations, and the like.'; Cfr. anche Munch (n 14), 190-191.

¹¹⁵ Christopher Lacovara, 'Strange Creatures: A Hybrid Approach to Fiduciary Duty in Benefit Corporations' [2011] *Columbia Business Law Review* 815, 870-871 'benefit constituencies could at least petition the state attorney general on the grounds that the corporation is not living up to its public commitment, arguing that B-corp benefit enforcement provisions could not have been intended to foreclose government enforcement actions.'

per quanto riguarda le organizzazioni *no-profit*.¹¹⁶ La terza, e più sofisticata, proposta prevede la creazione di una specifica commissione statale (*Benefit Corporation Commission*) con il compito di controllare il reale perseguimento dell'obiettivo di beneficio comune inserito nello statuto.¹¹⁷ Purtroppo, al momento, nessuno Stato americano che ha adottato la legislazione sulla *Benefit Corporation*, ha previsto meccanismi simili.¹¹⁸

¹¹⁶ *ibid*, 851; Thomas J White III, 'Benefit Corporations: Increased Oversight through Creation of the Benefit Corporation Commission' (2014) 41 *Journal of Legislation* 329, 351.

¹¹⁷ White III (n 116), 349 'The model legislation should include a provision that establishes a state commission - the Benefit Corporation Commission (BCC) - to ensure benefit corporations meet the general public benefit standard, as well as any specific public benefits defined in the articles of incorporation.'

¹¹⁸ Ventura (n 19).

4. EUROPA: AFFERMAZIONE DELLE B CORP E NASCITA DELLE SOCIETÀ BENEFIT

4.1. IMPRENDITORIALISMO SOCIALE EUROPEO: IMPORTANZA DEL TERZO SETTORE

Se negli Stati Uniti l'imprenditorialismo sociale ricomprende principalmente le attività svolte da enti *for-profit* e si è ben presto inserito nel più ampio dibattito sulla *corporate governance* e sugli obiettivi dell'impresa, in Europa la situazione è assai differente.

In primo luogo, il concetto d'imprenditorialismo sociale ha radici molto più antiche: Jacques Defourny e Marthe Nyssens, due dei massimi studiosi della materia, individuano alcuni esempi di imprenditorialismo sociale in molti Stati europei già all'inizio del 1900.¹¹⁹ In secondo luogo, fin dalle sue origini, l'idea di utilizzare strategie e meccanismi di mercato per risolvere problemi sociali è stata d'ispirazione per organizzazioni e enti *no-profit* facenti parte di quello che viene generalmente indicato come terzo settore dell'economia.¹²⁰ Per questo motivo, ancora oggi, l'imprenditorialismo sociale viene inteso come la possibilità, per enti senza scopo di lucro, di esercitare attività commerciali con l'obiettivo di produrre miglioramenti

¹¹⁹ Defourny e Nyssens, 'Conceptions of Social Enterprise and Social Entrepreneurship in Europe and the United States' (n 15), 34 'In most Western European countries, third-sector organizations – such as non-profit organizations, cooperatives and mutual societies – were already playing a significant role in the provision of services well before the Second World War. Their importance became greater in the 1950s, with some emblematic initiatives set up to combat housing and poverty problems. Many of these organizations were inspired by a (Christian) charitable tradition, but another stream of inspiration stressed participation and mutual aid principles.'

¹²⁰ Il concetto di terzo settore serve, generalmente, per identificare tutte quelle attività che non sono svolte dallo Stato (primo settore) né dal mercato o settore *for-profit* (secondo settore), ma da organizzazioni private che forniscono beni o servizi senza lo scopo di lucro. Cfr. a riguardo Giulio Ghetti, *Lineamenti Di Diritto Pubblico Dell'economia* (Giuffrè 2001), 98.

sociali o ambientali.¹²¹ Vi è, dunque, una netta differenza fra l'impresa sociale statunitense e quella di matrice europea:

La prima muove da iniziativa top-down in cui un imprenditore, un filantropo, un'azienda, mettono a disposizione risorse e relazioni per creare un *social business* e correggere il capitalismo. La seconda, specialmente nella lunga tradizione storica italiana, intende promuovere l'impresa sociale quale iniziativa auto-gestita del basso, innestandola sul mondo dell'associazionismo, della cooperazione, della cooperazione sociale, delle casse rurali, delle banche di credito cooperativo, e così via. È, quest'ultimo, un approccio che nasce dalla percezione di bisogni da parte di comunità, a cui si risponde utilizzando la forma d'impresa e (anche) le metodologie del profit.¹²²

Nonostante vi siano numerosi esempi di tali pratiche fin dall'inizio del secolo scorso, in dottrina¹²³ si tende a far coincidere la nascita delle imprese sociali europee nel 1991, con l'approvazione, da parte del Parlamento Italiano, della legge sulle "cooperative sociali" che "hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso: a) la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi; b) lo svolgimento di attività [...] finalizzate

¹²¹ Defourny e Nyssens, 'Social Enterprise in Europe' (n 15), 203-204; V. anche Gianluca Riolfo, 'Le Società "Benefit" in Italia: Prime Riflessioni Su Una Recente Innovazione Legislativa' (2016) 6 *Studiorum Iuris* 720, 721 'Nel nostro ordinamento, il passaggio dall'idea dell'impresa privata organizzata e gestita per la massimizzazione del profitto (shareholder values) ad una visione più sociale si è risolta, quanto meno ad oggi, nella netta separazione tra imprese che perseguono un lucro e imprese che, in quanto sociali hanno il divieto di distribuire il guadagno derivante dalla loro attività.'

¹²² Nicolò Bellanca, 'Elementi Di Teoria Dell'impresa Sociale' (2011) 4 *Non Profit*, 28.

¹²³ Defourny e Nyssens, 'Conceptions of Social Enterprise and Social Entrepreneurship in Europe and the United States' (n 15), 33 'In Europe, the concept of social enterprise made its first appearance in 1990, at the very heart of the third sector, following an impetus that was first an Italian one and was closely linked with the cooperative movement. In 1991, the Italian parliament adopted a law creating a specific legal form for 'social co-operatives' and the latter went on to experience an extraordinary growth.'

all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.”¹²⁴ La legge ha ottenuto un grande successo¹²⁵ e ha ispirato un considerevole numero di paesi europei ad adottare legislazioni simili: nel 1997 il Portogallo riconobbe le “cooperative di solidarietà sociale” (*Cooperativa de Solidariedade Social*), seguito due anni dopo dalla Spagna, con le “cooperative di iniziativa sociale” (*Cooperativa de Iniciativa Social*) e dalla Grecia, con le “cooperative sociali a responsabilità limitata” (*Koinonikos Syneterismos Periorismenis Eufthinis*). Nel 2002, infine, fu il turno della Francia con le “società cooperative di interesse collettivo” (*Société Coopérative d'Intérêt Collectif*).¹²⁶

Benché con caratteristiche proprie, tutte le legislazioni fin ora citate sono accumulate dal fatto di ricomprendere l'imprenditorialismo sociale sotto il più ampio concetto di società cooperativa e di indirizzarne l'attività nei confronti dell'integrazione lavorativa di soggetti generalmente esclusi dal mercato del lavoro.¹²⁷ A questi modelli bisogna aggiungere le ulteriori leggi adottate da Belgio e Italia. Il primo riconobbe, nel 1995, le società a finalità sociale (*Société à Finalité Sociale*), che rispetto alle forme adottate negli altri Stati europei, non era vincolata alla forma cooperativa: qualsiasi tipo di impresa poteva adottare tale forma, premesso che l'attività non fosse diretta

¹²⁴ Legge 8 novembre 1991 n. 381, “Disciplina delle Cooperative Sociali”, art.1, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 283 del 3 dicembre 1991.

¹²⁵ L'ultimo censimento ISAT disponibile conta più di undicimila Cooperative Sociali sparse su tutto il territorio nazionale. V. ISTAT, Censimento dell'industria e dei servizi 2011: istituzioni non profit, <http://www.istat.it/en/files/2013/07/05-Scheda-Non-Profit_DEF.pdf>, ultimo accesso 19 ottobre 2016.

¹²⁶ Defourny e Nyssens, ‘Conceptions of Social Enterprise and Social Entrepreneurship in Europe and the United States’ (n 15), 206.

¹²⁷ Defourny e Nyssens, ‘Social Enterprise in Europe’ (n 15), 212 ‘In the current context of persistent unemployment of low-qualified people, the most recognized field of activity of social enterprises is that of work integration. This field gathers the organizations whose main aim is to help people who have been excluded from the labour market, reintegrating them through productive activity.’; Cfr. anche Marthe Nyssens, *Social Enterprise: At the Crossroads of Market, Public Policies and Civil Society* (Routledge 2007).

all'arricchimento dei suoi membri.¹²⁸ Anche in questo caso, la nuova forma legale si inquadra nel più generale ambito delle organizzazioni *no-profit*. L'Italia, che era già stata all'avanguardia nel 1991 con le Cooperative Sociali, si dimostrò nuovamente in prima linea con l'adozione, nel 2006, della legge sulle "imprese sociali".¹²⁹ sotto questo nuovo modello qualsiasi organizzazione privata ha la possibilità di esercitare un'attività commerciale, posto che non abbia lo scopo di dividerne gli utili e abbia come attività principale una di quelle elencate dalla legge, quali, ad esempio, assistenza sociale, assistenza sanitaria, educazione, tutela dell'ambiente.¹³⁰ La legge sulle imprese sociali amplia il novero degli enti che possono esercitare un'attività economica, non limitandosi alla forma della cooperativa sociale, ma imponendo sempre il divieto lucrativo e, quindi, limitandone l'utilizzabilità al solo terzo settore.¹³¹

Nel panorama europeo, l'unico Stato a discostarsi dalla collocazione dell'imprenditorialismo sociale nell'ambito del terzo settore è stato il Regno Unito, che, seguendo la tradizione statunitense, definisce le imprese sociali come:

*Businesses with primarily social objectives whose surpluses are principally reinvested for that purpose in the business or in the community, rather than being driven by the need to maximize profit for shareholders and owners.*¹³²

¹²⁸ Defourny e Nyssens, 'Social Enterprise in Europe' (n 15), 206-207.

¹²⁹ *ibid*, 205.

¹³⁰ Decreto Legislativo 24 marzo 2006, n. 155 "Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118" pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 97 del 27 aprile 2006.

¹³¹ Antonio Bova e Domenico Rosati, *Il terzo settore e l'impresa sociale. Sostegni e sfide per il welfare state?* (Editrice Apes 2009); Cinzia De Stefanis, Antonio Quercia e Assunta Tomelleri, *Enti non profit. Prontuario operativo*. (Maggioli Editore 2013).

¹³² Department of Trade and Industry, *Social Enterprise. A Strategy for Success* (2002) <<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20040117044730/dti.gov.uk/socialenterprise/>>

Nel 2004, il Parlamento britannico adottò una legge riconoscendo le “Società a interesse comune” (*Community Interest Company*), che esercitano un’attività economica al fine di produrre un beneficio comune per la comunità con una possibilità limitata di distribuirne gli utili. Il modello inglese ha riscosso un notevole successo: più di dodicimila società risultavano registrate nel maggio 2016.¹³³ Questi dati confermano l’incredibile aumento dell’imprenditorialismo a fini sociali, soprattutto in quei paesi in cui l’attività d’impresa è tendenzialmente orientata al profitto degli azionisti e in cui gli *stakeholder* sono esclusi dalle decisioni aziendali.

Proprio a questo riguardo è interessante notare come, al contrario, nei paesi dove sia presente un modello *stakeholder* di impresa in cui le dinamiche di mercato sono state indirizzate dalla filosofia politica dell’economia sociale di mercato (*Social Market Economy*), il fenomeno delle imprese sociali sia poco sviluppato, se non quasi assente. Lo evidenziano Defourny e Nyssens affermando che:

*In some European countries, the concept of social enterprise is not part of the political agenda nor of the academic discourse outside a very small circle of experts; this is in particular the case in Germany. The main reason for this probably lies in the fact that the German socio-economic model is based on a wide social partnership agreement around the concept of “social market economy”, understood as a specific articulation between the market and the state to foster socio-economic development.*¹³⁴

A fronte dalle varie sfaccettature nazionali che rendono il fenomeno dell’imprenditorialismo sociale europeo assai meno omogeneo e univoco, è

ultimo accesso 19 ottobre 2016.

¹³³ CIC Association, What is a CIC, <http://www.cicassociation.org.uk/about/what-is-a-cic> ultimo accesso 19 ottobre 2016.

¹³⁴ Defourny e Nyssens, ‘Social Enterprise in Europe’ (n 15), 207.

possibile individuare alcune tendenze prevalenti come: l'isolamento delle pratiche di imprenditorialismo sociale nell'ambito del terzo settore; il conseguente divieto di distribuzione degli utili; e un focus sulle tematiche dell'integrazione lavorativa e della risoluzione di problematiche socio-ambientali.¹³⁵

4.2. SUPERAMENTO DELLA DICOTOMIA *FOR-PROFIT/NO-PROFIT*: B CORP E SOCIETÀ BENEFIT

La segregazione dell'imprenditorialismo sociale all'ambito del terzo settore, benché abbia apportato benefici alla società e all'ambiente, non è esente da critiche. Infatti, si è venuta a creare una particolare dicotomia fra settore *profit/no-profit*: il primo è legittimato e, perfino, incentivato a concentrarsi sul proprio stretto interesse, spesso senza dover tenere in considerazione le conseguenze sociali e ambientali delle proprie scelte. Queste vengono frequentemente lasciate al settore *no-profit* e all'attività dello Stato. In questo modo, solamente alcuni attori sociali operano nell'interesse comune, mentre altri si sentono, e per certi versi sono, legittimati a operare solo per il loro personale interesse.

Usando una metafora, è come se su una barca a remi, alcuni remassero in una direzione mentre altri in quella opposta: la barca non si muoverà o, nel migliore dei casi, ruoterà su se stessa. Solo se tutti remassero nella stessa direzione, la destinazione potrebbe essere raggiunta.

Proprio su queste considerazioni, è interessante investigare la diffusione delle B Corp in Europa e l'adozione, da parte dell'Italia, di una legislazione simile a quella statunitense, che ha riconosciuto le Società Benefit. Come

¹³⁵ *ibid*, 207 'Social enterprises may be active in a wide spectrum of activities, as the social purpose may refer to many different fields. However, one major type of social enterprise is clearly dominant across Europe, namely work-integration social enterprises.'; Cfr. anche Nyssens (n 127).

affermato dal Senatore Del Barba, primo firmatario della legge:

Le Società Benefit [vogliono] scardinare il dualismo tra il mondo *profit* e quello *no-profit*; una bipartizione che tutti conoscono e di cui sono già noti i limiti. Schematicamente siamo portati ad assegnare al mondo *no-profit* il compito di occuparsi delle opere di bene, del sociale e della sostenibilità, mentre al contrario siamo portati a immaginare quello del *profit* come un mondo libero e selvaggio, una sorta di giungla.¹³⁶

4.3. COLLEGAMENTI CON LA RESPONSABILITÀ SOCIALE D'IMPRESA E LA RENDICONTAZIONE NON-FINANZIARIA

Oltre a superare la non sempre opportuna dicotomia fra *profit* e *no-profit*, le Società Benefit e, in generale, le B Corp, si inseriscono nel più ampio discorso della Responsabilità Sociale d'Impresa (RSI).¹³⁷ A livello europeo la RSI viene definita come “l'integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate.”¹³⁸ Come negli USA, anche in Europa negli ultimi decenni si è assistito a un incremento di interesse da parte di imprenditori,¹³⁹ consumatori,¹⁴⁰ investitori¹⁴¹ e istituzioni pubbliche

¹³⁶ Mauro Del Barba, ‘Dare Forma Alle Società Benefit in Italia’ (2016) 1 Equilibri 59, 60.

¹³⁷ In questi termini si esprime Riolfo (n 121), 721 ‘[la società benefit] è un’ulteriore tessera di quel più ampio mosaico costituito dalla c.d. responsabilità sociale d’impresa, tematica tanto complessa quanto innovativa. Si è formata ormai da anni una corrente di pensiero propensa a ritenere che lo sviluppo economico si debba realizzare in maniera socialmente responsabile, vale a dire rispettoso dei diritti umani, delle istanze sociali e ambientali.’

¹³⁸ Commissione Europea, Libro Verde - Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese, COM (2001) 366 def. (18 luglio, 2001). (Libro Verde Responsabilità Sociale delle Imprese).

¹³⁹ Samuel O Idowu, René Schmidpeter e Matthias S Fifka (eds), *Corporate Social Responsibility in Europe* (Springer International Publishing 2015).

¹⁴⁰ Alcune statistiche dimostrano che fino al 90% dei consumatori dichiara che sarebbe disposto a tenere in considerazione le pratiche di RSI adottate dalle imprese nel momento dell’acquisto. V. David Vogel, *The Market for Virtue: The Potential and Limits of*

all'impatto delle attività economiche sul contesto sociale e ambientale. L'attenzione, da parte delle istituzioni europee, alla RSI si può far risalire all'appello fatto dall'allora Presidente della Commissione Europea, Jacques Delors, alle imprese affinché prendessero "parte alla lotta contro l'esclusione sociale".¹⁴² da quel momento vi è stato un crescente interesse che si è manifestato con la richiesta alle imprese da parte del Consiglio Europeo, di tenere in considerazione "le buone prassi collegate all'istruzione e alla formazione lungo tutto l'arco della vita, all'organizzazione del lavoro, all'uguaglianza delle opportunità, all'inserimento sociale e allo sviluppo durevole"¹⁴³ e con la creazione da parte della Commissione Europea di un partenariato per fare dell'Unione Europea un polo di eccellenza per la RSI.¹⁴⁴ Fra il 2011 e il 2014, la Commissione ha posto in essere una serie di iniziative per rafforzare la RSI in Europa¹⁴⁵ che è attualmente considerata uno degli strumenti chiave per il raggiungimento degli obiettivi di

Corporate Social Responsibility (Brookings Institution Press 2007) cfr. anche Commissione Europea, *How Companies influence our Society: Citizens' View*, <http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_363_en.pdf> ultimo accesso 22 ottobre 2016.

¹⁴¹ Eurosif, *European SRI Study*, <<http://www.eurosif.org/wp-content/uploads/2014/09/Eurosif-SRI-Study-20142.pdf>> ultimo accesso 22 ottobre 2016.

¹⁴² Libro verde Responsabilità Sociale delle Imprese (n 138).

¹⁴³ *ibid*, para 2.

¹⁴⁴ Commissione Europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo, *Il partenariato per la crescita e l'occupazione: fare dell'Europa un polo di eccellenza in materia di responsabilità sociale delle imprese*, COM (2006) 136 def. (22 marzo 2006). 'La Commissione [...] invita le imprese europee a dimostrare pubblicamente il loro impegno a favore dello sviluppo sostenibile, della crescita economica e di un miglioramento qualitativo e quantitativo dell'occupazione nonché a impegnarsi maggiormente per la RSI, in particolare in cooperazione con altre parti interessate. L'Europa ha più che mai bisogno di imprenditori dinamici, di un atteggiamento positivo nei confronti dello spirito imprenditoriale e di fiducia nelle imprese. Essa ha bisogno di un clima pubblico in cui gli imprenditori sono stimati non solo perché riescono a realizzare un profitto, ma anche perché contribuiscono ad affrontare le sfide poste dalla società.'

¹⁴⁵ Commissione Europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese*, COM (2011) 681 def. (25 ottobre 2011). 'Attraverso la RSI, le imprese possono contribuire in modo significativo al conseguimento degli obiettivi del trattato sull'Unione europea per uno sviluppo sostenibile e un'economia sociale di mercato altamente competitiva.'

sostenibilità e crescita inclusiva che l'Unione Europea si è posta di realizzare entro il 2020.¹⁴⁶

L'incremento dell'adozione di pratiche di RSI è sintomo dell'acquisizione di consapevolezza dei limiti di un modello imprenditoriale focalizzato solo sul profitto: sempre più imprese cercano di mostrare un "volto più umano" nell'esercizio della loro attività economica perché hanno inteso l'importanza del capitale reputazionale per la sopravvivenza nel lungo periodo.¹⁴⁷ Tuttavia, le pratiche di RSI sono su base volontaria e, in assenza di controlli, sono state spesso accusate di non comportare un reale cambiamento nelle modalità di gestione dell'impresa: queste sono spesso racchiuse in corposi codici e vaghi report che descrivono una situazione, purtroppo, assai diversa dalla realtà.¹⁴⁸

Proprio a questo riguardo le Società Benefit e le B Corp potranno giocare un importante ruolo:¹⁴⁹ le imprese che considerano realmente la RSI un aspetto essenziale della loro attività, potranno ottenere la certificazione di B Lab o integrare i valori di responsabilità e sostenibilità all'interno del proprio atto costitutivo in modo tale da permettere ai consumatori, agli investitori e alle

¹⁴⁶ Commissione Europea, Comunicazione della Commissione, Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, COM (2010) 2020 def. (3 marzo 2010).

¹⁴⁷ Coco (n 60).

¹⁴⁸ William S Laufer, 'Social Accountability and Corporate Greenwashing' (2003) 43 *Journal of Business Ethics* 253; Béatrice Parguel, Florence Benoît-Moreau e Fabrice Larceneux, 'How Sustainability Ratings Might Deter "greenwashing": A Closer Look at Ethical Corporate Communication' (2011) 102 *Journal of Business Ethics* 15; Lutz Preuss, 'Codes of Conduct in Organisational Context: From Cascade to Lattice-Work of Codes' (2010) 94 *Journal of Business Ethics* 471.

¹⁴⁹ Domenico Siclari, 'Creating Value on the Market and into Society: Le C.d. Benefit Corporation Nel Contesto Della Strategia Europe 2020 per Una Crescita Smart, Inclusiva E Sostenibile' in Gustavo Olivieri e Valeria Falce (eds), *Smart Cities e Diritto dell'Innovazione* (Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè 2016).

istituzioni di distinguere una buona gestione da un buon marketing.¹⁵⁰

Ulteriore punto di incontro fra la realtà delle Società Benefit e il preesistente contesto giuridico è la recente adozione della direttiva europea sulla rendicontazione non finanziaria. La direttiva, approvata nel 2014 e di cui si vedranno gli effetti a partire dal 2018, prevede l'obbligo giuridico, per società di interesse pubblico con almeno cinquecento dipendenti, bilancio da venti milioni di euro e fatturato da quaranta, di includere nella "relazione sulla gestione una dichiarazione di carattere non finanziario contenente almeno informazioni ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani, alla lotta contro la corruzione attiva e passiva in misura necessaria alla comprensione dell'andamento dell'impresa, dei suoi risultati, della sua situazione e dell'impatto della sua attività [...]".¹⁵¹ Nonostante le evidenti differenze con le Società Benefit, *in primis* il fatto che è il legislatore a scegliere quali imprese debbano pubblicare le informazioni di carattere non finanziario per valutarne l'impatto su società e ambiente, salta all'occhio la similitudine fra la dichiarazione di carattere non finanziario e il report annuale che le Società Benefit devono allegare al bilancio d'esercizio. Entrambi i fenomeni corrono lungo la stessa linea direttrice: responsabilizzare l'attività d'impresa nei confronti di *stakeholder* e ambiente e incentivare un controllo pubblico diffuso da parte dei consumatori sulle dinamiche aziendali, cercando di premiare le imprese "virtuose".¹⁵²

¹⁵⁰ B Lab, Why become a B Corp: differentiate from pretenders <<http://bcorporation.eu/become-a-b-corp/why-become-a-b-corp/differentiate-pretenders>> ultimo accesso 23 ottobre 2016. Cfr. anche Coco (n 60).

¹⁵¹ Direttiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014 recante modifica della direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni, GU L330/1.

¹⁵² Coco (n 60); Assonime (n 60), 7.

5. LA LEGGE ITALIANA SULLE SOCIETÀ BENEFIT

Alla fine del 2015 l'Italia è stato il secondo paese, dopo gli Stati Uniti, a riconoscere esplicitamente le *Benefit Corporation* (che nel nostro ordinamento prendono il nome di Società Benefit). Il disegno di legge è stato approvato nel dicembre 2015 nell'alveo della legge di stabilità per il 2016 e definisce le Società Benefit come società che “nell'esercizio di un'attività economica, oltre allo scopo di dividerne gli utili, perseguono una o più finalità di beneficio comune e operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse.”¹⁵³ Dopo essere stata all'avanguardia nel 1991 con le cooperative sociali e nel 2006 con le imprese sociali, l'Italia dimostra, nuovamente, di essere in prima linea nei temi dell'imprenditorialismo sociale e della responsabilità sociale delle imprese. A riguardo, il fenomeno delle Società Benefit ha iniziato a raccogliere un certo interesse da parte della dottrina¹⁵⁴ e del mondo imprenditoriale.¹⁵⁵

¹⁵³ Legge 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, comma 376, pubblicata in gazzetta ufficiale n. 302 del 30 dicembre 2015, (L. 208/2015, art.1).

¹⁵⁴ Ventura (n 19); Domenico Siclari, 'Le Società Benefit Nell'ordinamento Italiano' [2016] Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia 36; Siclari (n 149); Maurizio Setti, 'Implicazioni Fiscali Del Nuovo Istituto Delle Società “Benefit”' (2016) 29 Corriere Tributario 2301; Dario Scarpa, 'Società Benefit: Una Interessante Novità' (2016) Il Societario <<http://ilsocietario.it/articoli/focus/societ-benefit-una-interessante-novit>> ultimo accesso 23 ottobre 2016; Raffaele Pellino, 'Società Benefit: Novità Della Legge Di Stabilità 2016' (2016) Il Societario <<http://ilsocietario.it/articoli/focus/societ-benefit-novit-della-legge-di-stabilit-2016>> ultimo accesso 23 ottobre 2016; Bruno Pagamici, 'Società “Benefit”: Sintesi Tra Imprese “for Profit” E “non Profit”' (2016) Cooperative e Enti Non Profit 16; Maria Rosa Gheido e Alfredo Casotti, 'Società Benefit, Carta Famiglia E Misure per Arte E Cultura' (2016) 4 Diritto e Pratica del Lavoro 219; Del Barba (n 136); Coco (n 60); Beatrice Bertarini, 'La Società Benefit: Spunti Di Riflessione Sulle Nuove Prospettive Del Settore Non Profit' (2016) Diritto e Giustizia <http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/PP_SOC_societabenefit_bertarini_n.pdf> ultimo accesso 23 ottobre 2016; Paolo Guida, 'La “Società Benefit”: Una Nuova Forma Societaria Rivolta Al Tero Settore' (2016) 4 Notariato 433; Riolfo (n 121); Emiliano Ribacchi,

5.1. NORMATIVA E PROFILI PROBLEMATICI

Come nel *Model Act*, la legge italiana si articola in tre principali tematiche: la modifica dello statuto o dell'atto costitutivo con l'inclusione della finalità di beneficio comune; i doveri e le responsabilità degli amministratori nella gestione della società e gli obblighi di trasparenza in capo ad essa. A queste, la normativa italiana aggiunge i poteri di controllo conferiti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. I successivi paragrafi analizzano le rilevanti disposizioni legislative, individuandone i punti di forza e le criticità ed effettuando, ove opportuno, una comparazione con la legislazione americana.

5.1.1. Beneficio Comune

Parimenti la legislazione statunitense, anche in Italia il fulcro della normativa consiste nella modifica della clausola statutaria dell'oggetto sociale. La legge rende, così, pienamente lecito ciò che prima risultava di dubbia ammissibilità: la costituzione e la gestione di attività d'impresa sotto la forma societaria non solo con lo scopo di produrne degli utili, ma con l'obiettivo di apportare un miglioramento sociale e ambientale.¹⁵⁶ Parte della dottrina riteneva che ciò fosse possibile anche anteriormente all'adozione

'Debutta La Società Benefit: Primi Nella UE a Riconoscere Come Status Giuridico Il Valore Sociale Dell'impresa' (2016) 31 Pratica Fiscale e Professionale 32.

¹⁵⁵ V. a riguardo i documenti pubblicati dalla Fondazione Nazionale Commercialisti: AA. VV., 'Le Società Benefit: La Nuova Prospettiva Di Una Corporate Social Responsibility Con Commitment' <<http://www.fondazionenazionalecommercialisti.it/node/1006>>; AA. VV., 'Le Società Benefit (Parte II): In Requiem Alle Imprese Sociali' <<http://www.fondazionenazionalecommercialisti.it/node/1078>>; V. inoltre, la circolare Assonime sulle società benefit Assonime (n 60) Nonostante la legge non preveda un'obbligo di registrazione per le società benefit, B Lab ha creato un registro ufficiale su base volontaria che ad oggi conta 44 Società Benefit registrate: Società Benefit, Registro Ufficiale SB, <<http://www.societabenefit.net/elenco-sb/>> ultimo accesso 23 ottobre 2016.

¹⁵⁶ Assonime (n 60), 5.

della legge.¹⁵⁷ Tuttavia, l'inclusione di un elemento ideale nell'indicazione statutaria avrebbe avuto lo scopo di mostrare un "apprezzamento dei soci per attività benefiche [...] al fine di un miglioramento d'immagine della società, nonché quello di fornire agli amministrazioni una precisa indicazione del settore in cui concentrare attività *pro bono*."¹⁵⁸ L'inclusione dell'ulteriore scopo non avrebbe avuto, invece, la funzione di orientare la gestione dell'impresa.¹⁵⁹ Nonostante l'opinione favorevole di parte della dottrina, nella prassi le società che operavano con l'obiettivo di perseguire un duplice scopo incontravano difficoltà ad iscriversi nel registro delle imprese.¹⁶⁰

Per ovviare a questi dubbi interpretativi, la legge chiarisce espressamente che le Società Benefit, "nell'esercizio di un'attività economica, oltre allo scopo di dividere gli utili, perseguono una o più finalità di beneficio comune". Rispetto all'equivalente americana, la legge italiana impone alle imprese sia il *general* che lo *specific public benefit*: le Società Benefit sono tenute ad "[operare] in modo responsabile nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente [...]" (beneficio comune generale) e a "[perseguire] una o più finalità di beneficio comune" (beneficio comune specifico).¹⁶¹ Il comma 378 definisce esattamente cosa debba intendersi con beneficio comune: "il perseguimento, nell'esercizio dell'attività economica delle Società Benefit, di uno o più effetti positivi, o la riduzione degli effetti negativi su una o più delle [seguenti] categorie"¹⁶²: persone; comunità; territori; ambiente; beni ed attività culturali e sociali; enti ed associazioni;

¹⁵⁷ Paolo Montalenti, 'Interesse Sociale E Amministratori', *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders* (Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè 2010), 91.

¹⁵⁸ Assonime (n 60), 12.

¹⁵⁹ Mario Stella Richter, 'Forma E Contenuto Dell'atto Costitutivo Delle Società per Azioni' in Giovanni E Colombo e Giuseppe B Portale (eds), *Trattato delle società per azioni*, vol 1 (UTET 2004).

¹⁶⁰ Assonime (n 60), 12.

¹⁶¹ L. 208/2015, art.1, comma 376. A riguardo v. Ventura (n 19).

¹⁶² L. 208/2015, art.1, comma 378(a).

altri portatori d'interesse.¹⁶³

La definizione fornita del legislatore non risolve, però, il dubbio se il beneficio comune specifico debba essere necessariamente connesso al processo produttivo della società o se, invece, possa esserne anche completamente scollegato. Benché la definizione fornita dalla legge sembra avvallare questa seconda ipotesi, un'interpretazione sistematica e teleologica porterebbe a conclusioni diverse: se l'obiettivo della Società Benefit è conciliare l'attività economica a scopo di lucro con gli interessi dei vari *stakeholder* che con questa interagiscono, cercando di migliorare il proprio impatto sulla società e sull'ambiente, sembra corretto sostenere che il beneficio comune vada creato all'interno dell'attività produttiva della società.

L'essenza della Società Benefit non è, infatti, quella di un'istituzione filantropica interessata a risolvere tutti i problemi della società e ad esercitare azioni di generico interesse per la stessa, ma è quella di un'impresa che identifica gli effetti positivi e negativi generati dalla propria attività sul contesto socio ambientale di riferimento e interviene sugli stessi per cogliere le opportunità che possano allo stesso tempo generare benefici sociali ed economici.¹⁶⁴

Una tale interpretazione del beneficio comune si ricollega alle teorie innovative di Micheal Porter e Mark Kramer, secondo cui una gestione strategica della responsabilità sociale d'impresa è in grado di apportare grandi benefici non solo all'ambiente e alla comunità, ma all'impresa stessa.¹⁶⁵ Questo, ovviamente, non impedisce a una Società Benefit di

¹⁶³ *ibid*, comma 376.

¹⁶⁴ Assonime (n 60), 19.

¹⁶⁵ Micheal E Porter e Mark R Kramer, 'Strategy and Society: The Link between Corporate Social Responsibility and Competitive Advantage' (2006) 84 Harvard Business Review 78.

destinare risorse anche a finalità sociali e ambientali di tipo generico, ma cerca di incentivare la società, che ha adottato questo innovativo modello, a soffermarsi, in primo luogo, sul proprio impatto e su come questo possa essere migliorato.

Avviandoci verso la conclusione della discussione sulla modifica dell'oggetto sociale, non rimane che elencare gli adempimenti che la società deve effettuare prima di essere ufficialmente riconosciuta come Società Benefit. Questi sono, per le società di persone, la richiesta, che gli amministratori devono effettuare entro trenta giorni, di iscrizione delle modificazioni dello statuto al registro delle imprese e l'eventuale deposito della copia autenticata della delibera assembleare;¹⁶⁶ per le società di capitali, invece, la richiesta deve essere fatta dal notaio entro trenta giorni e sempre dopo averne controllato la regolarità formale.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Articolo 2300 Codice Civile 'Gli amministratori devono richiedere nel termine di trenta giorni all'ufficio del registro delle imprese l'iscrizione delle modificazioni dell'atto costitutivo e degli altri fatti relativi alla società, dei quali è obbligatoria l'iscrizione. Se la modificazione dell'atto costitutivo risulta da deliberazione dei soci, questa deve essere depositata in copia autentica. Le modificazioni dell'atto costitutivo, finché non sono iscritte, non sono opponibili ai terzi, a meno che si provi che questi ne erano a conoscenza.'

¹⁶⁷ Articolo 2436 Codice Civile 'Il notaio che ha verbalizzato la deliberazione di modifica dello statuto, entro trenta giorni, verificato l'adempimento delle condizioni stabilite dalla legge, ne richiede l'iscrizione nel registro delle imprese contestualmente al deposito e allega le eventuali autorizzazioni richieste. L'ufficio del registro delle imprese, verificata la regolarità formale della documentazione, iscrive la delibera nel registro. Se il notaio ritiene non adempiute le condizioni stabilite dalla legge, ne dà comunicazione tempestivamente, e comunque non oltre il termine previsto dal primo comma del presente articolo, agli amministratori. Gli amministratori, nei trenta giorni successivi, possono convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti oppure ricorrere al tribunale per il provvedimento di cui ai successivi commi; in mancanza la deliberazione è definitivamente inefficace. Il tribunale, verificato l'adempimento delle condizioni richieste dalla legge e sentito il pubblico ministero, ordina l'iscrizione nel registro delle imprese con decreto soggetto a reclamo. La deliberazione non produce effetti se non dopo l'iscrizione. Dopo ogni modifica dello statuto deve esserne depositato nel registro delle imprese il testo integrale nella sua redazione aggiornata.'

5.1.2. *Soggetti Idonei a Divenire Società Benefit*

È necessario, a questo punto, individuare quali soggetti il legislatore italiano ha individuato come idonei a divenire Società Benefit. Questi sono, ai sensi del comma 377, tutte le società di cui al Libro V, Titolo V e VI, del Codice Civile. Di conseguenza, possono diventare Società Benefit, non solo le società per azioni, ma tutte le società lucrative sia di persone che di capitali, oltre alle società cooperative.¹⁶⁸ È importante sottolineare come la legge non delinei un nuovo tipo societario: lo scopo di beneficio comune non risulta un scopo autonomo, come quello lucrativo o mutualistico, quanto più uno scopo complementare e paritario a quello che la società già possiede.¹⁶⁹ Per questo motivo è possibile affermare che:

Il modello ibrido delle Società Benefit contribuisce alla rottura tra tipi di società e funzione (o causa) societaria (associativa, lucrativa). I tipi

¹⁶⁸ A questo riguardo è interessante notare le riflessioni di Ventura (n 19) alla nota 133 che indaga la possibilità, per società non disciplinate nel Titolo V, di costituirsi SB. ‘Quanto alla compatibilità del modello della società benefit (SB) con particolari forme di impresa esercitate attraverso uno dei tipi societari previsti dal codice civile, sembra possibile ammettere l’utilizzo del modello SB per le società consortili ex art. 2615-ter c.c. (considerato che queste utilizzano i tipi societari previsti dal codice civile sostituendo lo scopo consortile allo scopo di lucro o mutualistico); per le startup innovative (le quali utilizzano la forma giuridica delle società di capitali e cooperative, ma nei limiti in cui siano rispettati tutti i requisiti indicati dalla l. n. 221 del 2012 per l’iscrizione nel registro delle start-up innovative); per le società tra professionisti, laddove sia consentito l’utilizzo della forma societaria per lo svolgimento dell’attività professionale in forma associata (a seguito della l. n. 183 del 2011, art. 10, e del d.m. Giustizia n. 34 del 2013, utilizzabile non solo per le professioni “non protette” ma anche per quelle organizzate in ordini e collegi) e, il modello SB sia compatibile con le eventuali leggi speciali volte a regolare alcune società tra professionisti (cfr. le società per l’attività di ingegneria ex art. 90 d.lgs. n. 163 del 2006; le società tra farmacisti, ex art. 7 l. n. 362 del 1991; le società tra avvocati ex d.lgs. n. 96 del 2001). Non sembra invece ammissibile l’utilizzo del modello SB per le cooperative di solidarietà sociale (disciplinate dalla l. n. 381 del 1991) e per le imprese sociali (di cui al d.lgs. n. 155 del 2006). In entrambe i casi, infatti, si tratta di particolari società caratterizzate da un lato dalla specificità dell’oggetto sociale («perseguire l’interesse generale della comunità alla promozione umana e all’integrazione sociale dei cittadini» per le prime e la produzione e lo scambio di «beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale» per le seconde) e dall’altro dall’essere società non profit, al di fuori della ratio alla base delle società benefit, che è quella di coniugare il duplice scopo di lucro (inteso al legislatore italiano in senso ampio, come scopo economico che si sostanzia nello scopo di lucro, mutualistico e consortile) e di beneficio comune.’

¹⁶⁹ Assonime (n 60), 4.

previsti dal codice non sono più ancorati ad un unico modello funzionale rinvenibile nell'associazionismo speculativo (nello scopo di lucro soggettivo di cui all'art. 2247 c.c.), ma possono essere utilizzati per l'attuazione di un nuovo modello funzionale ibrido, caratterizzato da uno scopo plurimo, di lucro e di beneficio comune.¹⁷⁰

L'obbligo d'inclusione delle finalità di beneficio comune nell'oggetto sociale è in capo sia alle società di nuova costituzione che a quelle già esistenti qualora intendano perseguire la doppia finalità: quest'ultime sono "tenute a modificare l'atto costitutivo o lo statuto, nel rispetto delle disposizioni [...] proprie di ciascun tipo di società".¹⁷¹ Questa norma è suscettibile di una doppia interpretazione: tutte le società che già perseguono un obiettivo sociale, senza che questo sia inserito nell'oggetto sociale, sono tenute a modificare lo statuto e diventare Società Benefit; oppure, che la norma fornisca una possibilità e non un obbligo per le imprese di diventare Società Benefit. Questa seconda visione sembra la più condivisibile, in quanto la presente legge "intende ampliare le opportunità per l'attività d'impresa e non assoggettare a obblighi ulteriori quelle società che per ragioni varie e con modalità eterogenee diano rilievo a finalità sociali nell'esercizio dell'attività d'impresa".¹⁷² Inoltre la legge prevede che le società che effettuano la trasformazione statutaria *possano* e non debbano utilizzare la denominazione di Società Benefit "nella documentazione e nelle comunicazioni verso i terzi".¹⁷³

Il passaggio della modifica dell'atto costitutivo o dello statuto, necessario per la trasformazione in Società Benefit, segue dunque le disposizioni del codice civile per ogni tipo di società. È perciò necessario effettuare una

¹⁷⁰ Ventura (n 17), 128.

¹⁷¹ L. 208/2015, art.1, comma 379.

¹⁷² Assonime (n 60), 13.

¹⁷³ L. 208/2015, art.1, comma 379.

distinzione fra società di persone (società semplice, società in accomandita semplice, società in nome collettivo) e società di capitali (società per azioni, società in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata). La modifica dello statuto per le società di persone segue la disciplina dettata dal Codice Civile all'articolo 2252 per la modifica del "contratto sociale" delle società semplici: infatti, le società semplici sono intese come prototipo di società di persone e le sue disposizioni si applicano anche agli altri modelli, fintantoché compatibili.¹⁷⁴ L'articolo 2252 prevede che lo statuto possa "essere modificato soltanto con il consenso di tutti i soci, se non è convenuto diversamente".

Situazione profondamente diversa è quella delle società di capitali ove non vige il principio di unanimità ma, bensì, quello di maggioranza. Il Codice Civile prevede una disciplina differente per ogni tipo di società di capitali: per quanto riguarda le società per azioni (s.p.a.) vige l'articolo 2365, che prevede che a deliberare sulle modificazioni dello statuto sia l'assemblea straordinaria.¹⁷⁵ Questa, in prima convocazione, è costituita con la presenza di almeno metà del capitale sociale e delibera con la stessa maggioranza;¹⁷⁶ in seconda convocazione, invece, è costituita con un terzo del capitale sociale e delibera con la maggioranza dei due terzi del capitale presente.¹⁷⁷

¹⁷⁴ L'articolo 2239 del Codice Civile prevede che 'la società in nome collettivo è regolata dalle norme di questo capo e, in quanto queste non dispongano, dalle norme del capo precedente'; l'articolo 2315 codice civile "alla società in accomandita semplice si applicano le disposizioni relative alla società in nome collettivo, in quanto siano compatibili con le norme seguenti."

¹⁷⁵ Per quanto riguarda la società in accomandita per azioni l'articolo 2460 del Codice Civile prevede che 'le modificazioni dell'atto costitutivo devono essere approvate dall'assemblea con le maggioranze prescritte per l'assemblea straordinaria della società per azioni, e devono inoltre essere approvate da tutti i soci accomandatari.'

¹⁷⁶ Articolo 2368, comma 2 Codice Civile 'L'assemblea straordinaria delibera con il voto favorevole di più della metà del capitale sociale, se lo statuto non richiede una maggioranza più elevata. [...].'

¹⁷⁷ Articolo 2369, comma 3 Codice Civile 'In seconda convocazione [...] l'assemblea straordinaria è regolarmente costituita con la partecipazione di oltre un terzo del capitale sociale e delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea.'

La società in accomandita per azioni (s.a.p.a.) segue la disciplina delle società per azioni, con l'aggiunta dell'approvazione dei soci accomandatari.¹⁷⁸ Infine, le società a responsabilità limitata (s.r.l.) seguono una disciplina a parte, che prevede il voto favorevole dei soci che rappresentano almeno metà del capitale sociale.¹⁷⁹

5.1.3. Obblighi e Responsabilità degli Amministratori

La legge fa discendere dalla modifica statutaria precisi obblighi per gli amministratori: questi devono amministrare la società “in modo da bilanciare l'interesse dei soci, il perseguimento delle finalità di beneficio comune e gli interessi delle categorie indicate nel comma 376”, ovvero i vari *stakeholder*.¹⁸⁰ Inoltre, devono individuare “il soggetto o i soggetti responsabili a cui affidare funzioni e compiti volti al perseguimento delle suddette finalità”.¹⁸¹ Tali obblighi si aggiungono a quelli già previsti dal Codice Civile per ogni tipo societario.

È possibile notare come la norma da un lato imponga uno specifico dovere in capo agli amministratori e dall'altro ne amplia la discrezionalità: gli amministratori hanno “la possibilità di adottare scelte strategiche e operative che non siano esclusivamente volte a incrementare la redditività della partecipazione sociale e che possano nel breve termine anche produrre un

¹⁷⁸ Articolo 2460 Codice Civile ‘le modificazioni dell'atto costitutivo devono essere approvate dall'assemblea con le maggioranze prescritte per l'assemblea straordinaria della società per azioni, e devono inoltre essere approvate da tutti i soci accomandatari.’

¹⁷⁹ Articolo 2479 bis, comma 3 Codice Civile ‘Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo l'assemblea si riunisce presso la sede sociale ed è regolarmente costituita con la presenza di tanti soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale e delibera a maggioranza assoluta e, nei casi previsti dai numeri 4) [le modificazioni dell'atto costitutivo] e 5) del secondo comma dell'articolo 2479, con il voto favorevole dei soci che rappresentano almeno la metà del capitale sociale.’

¹⁸⁰ L. 208/2015, art.1, comma 380.

¹⁸¹ *ibid*, comma 380. Il comma 380 assegna questo compito in modo generico alla società benefit, ma è il combinato disposto del comma 380 e del comma 381 che chiarisce che tale compito spetti all'organo amministrativo e non all'assemblea: infatti, il comma 381 prevede che ‘l'inosservanza degli obblighi di cui al comma 380 può costituire inadempimento dei doveri imposti agli amministratori dalla legge e dallo statuto.’

impatto negativo sulla stessa, purché ciò avvenga nel rispetto del principio del bilanciamento tra i diversi interessi indicati nello statuto.”¹⁸² Riguardo alle modalità in cui tale bilanciamento debba essere effettuato, la legge non si esprime: solo la prassi saprà dare delle linee direttrici su come sia possibile amministrare una società non solo nell’interesse dei soci, ma anche in quello degli *stakeholder*. Risulterebbe impossibile definire per legge come un bilanciamento debba essere effettuato: questo dipende principalmente dal caso concreto e dagli interessi in gioco in quella precisa situazione. Si può però affermare, con certezza, che il dovere di bilanciamento non risulterebbe soddisfatto nel caso in cui gli amministratori continuassero a far prevalere le ragioni dei soci o, più precisamente, le ragioni del loro arricchimento, in ogni decisione sociale. Si può altresì ritenere che il dovere di bilanciamento sia strettamente collegato a quello di trasparenza, caposaldo delle Società Benefit che verrà spiegato approfonditamente nel successivo paragrafo. Gli amministratori dovranno dare conto, nell’ambito dell’adozione delle decisioni, “di come abbiano effettuato il bilanciamento degli interessi e delle ragioni che in determinate circostanze abbiano indotto ad attribuire priorità all’uno rispetto che all’altro.”¹⁸³

Infine, la legge prevede che gli amministratori bilancino tre aspetti: “l’interesse dei soci”, il beneficio comune specifico (“finalità di beneficio comune”) e il beneficio comune generale (“gli interessi delle categorie indicate nel comma 376”). Questo comporta che gli amministratori non possano soffermarsi solo su una categoria o una specifica finalità, ma debbano operare avendo sempre presente il quadro d’insieme, cercando di apportare il maggior beneficio a tutti i soggetti coinvolti. A titolo di esempio, una società che come beneficio specifico si prefiggesse la lotta al

¹⁸² Assonime (n 60), 21-22.

¹⁸³ *ibid*, 23.

cambiamento climatico e che quindi decidesse di donare parte dei propri profitti a questa causa, non rispetterebbe la presente disposizione legislativa se, allo stesso tempo, impiegasse nella sua filiera produttiva lavoratori sottopagati o utilizzasse materiali altamente inquinanti, in presenza di alternative sostenibili.¹⁸⁴

Per quanto concerne l'individuazione del soggetto o dei soggetti responsabili del perseguimento delle finalità di beneficio comune, tale compito spetta, come abbiamo visto, agli amministratori. Questi hanno la possibilità di individuare tale figura in funzionari già esistenti, come ad esempio il funzionario della responsabilità sociale d'impresa,¹⁸⁵ in un soggetto facente parte dell'organo amministrativo, ma anche esternalizzarne la funzione. In ogni caso, tale soggetto sarà un punto di riferimento per gli amministratori per il perseguimento delle finalità di beneficio comune e per il bilanciamento di interessi e, al contempo, elemento di garanzia che “le procedure aziendali siano coerenti e idonee a garantire l'efficiente raggiungimento degli obiettivi sociali dell'impresa.”¹⁸⁶ Tuttavia, la presenza di tale soggetto non esonera né gli amministratori a operare nell'interesse sia dei soci che degli *stakeholder*, né l'organo di controllo della società a controllarne la gestione.¹⁸⁷

Esaminati gli obblighi e poteri aggiuntivi che la legge assegna agli

¹⁸⁴ Per un esempio simile v. Clark Jr e Babson (n 14), 842.

¹⁸⁵ Coco (n 60) ‘Tale previsione può inoltre dare il là, anche nel nostro Paese, ad una significativa evoluzione della figura di quello che, specie all'estero, viene denominato “Csr manager” o, da noi, “Responsabile sostenibilità”, ovvero una figura espressamente e precipuamente impegnata ad assicurare l'elaborazione e realizzazione delle strategie e degli impegni della società nel campo per l'appunto della sostenibilità. Si tratta di figure che in Italia si trovano normalmente circoscritte alle realtà aziendali più grandi e consapevoli in materia, e, in particolar modo, ai settori bancario, assicurativo e delle cd “multiutilities” a capitale misto pubblico-privato, ma che, specie nelle più grandi realtà multinazionali straniere, hanno conosciuto ampia diffusione vedendosi conseguentemente riconoscere importanti dotazioni patrimoniali ed organizzative.’

¹⁸⁶ Assonime (n 60), 23.

¹⁸⁷ *ibid.*

amministratori, è necessario soffermarsi sugli elementi di responsabilità. Evidenziamo innanzitutto come gli amministratori incorrano negli stessi doveri che la legge impone agli amministratori di qualsivoglia società: devono pertanto operare secondo diligenza e senza conflitti di interessi. L'inosservanza di tali obblighi dà luogo alle normali responsabilità previste dalla legge, per ogni tipo societario.

A questi si aggiungono le novità introdotte dalla legge sulle Società Benefit, a partire dal comma 381, secondo cui “l'inosservanza degli obblighi di cui al comma 380 [bilanciamento interessi, nomina soggetto responsabile finalità beneficio comune] può costituire inadempimento dei doveri imposti agli amministratori dalla legge o dallo statuto.” Questa disposizione comporta due conseguenze: da un lato i soci non hanno più il diritto di agire nei confronti degli amministratori nel caso in cui questi adottino decisioni che, invece di essere dirette alla massimizzazione del loro profitto, tengano in considerazione o, addirittura, privilegino altri interessi; dall'altro, però, ai soci è riconosciuta l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, se questi ultimi non perseguono le finalità di beneficio comune effettuando un bilanciamento di interessi. A differenza della legislazione americana, quella italiana non limita la possibilità di iniziare un'azione di risarcimento dei danni per equivalente: anzi, questa “costituisce il principale strumento offerto dall'ordinamento nei casi di inadempimento dei doveri di condotta.”¹⁸⁸ Tuttavia, ai sensi del comma 381, tale possibilità è esperibile solo nel caso in cui gli amministratori violino gli obblighi di normale diligenza o ulteriori obblighi previsti dalla legge: di conseguenza, “le decisioni assunte dagli amministratori non possono dar luogo a responsabilità qualora esse si rivelino a posteriori erronee o dannose, purché

¹⁸⁸ Ventura (n 19).

adottate con diligenza e nel perseguimento dell'interesse sociale.¹⁸⁹

Le norme italiane seguono, invece, il modello statunitense per quanto riguarda la responsabilità degli amministratori nei confronti dei terzi: come nel *Model Act*, non vi è nessuna specifica previsione legislativa che crea un'ulteriore responsabilità degli amministratori nei confronti dei terzi. È pertanto necessario fare riferimento ai generali principi dell'ordinamento che prevedono che la responsabilità verso terzi possa sorgere o da contratto o da fatto illecito. L'atto costitutivo della società, in cui è contenuta la duplice finalità sociale della Società Benefit, rappresenta un contratto che genera le obbligazioni degli amministratori nei confronti dei soci; non ne derivano, però, rapporti giuridici verso i terzi. Questi potranno agire soltanto in base ai principi comuni espressi dall'articolo 2043, ovvero quando gli amministratori hanno commesso un fatto doloso o colposo, causa di un danno ingiusto.¹⁹⁰

Anche per l'Italia, le considerazioni che hanno portato all'esclusione di una diretta responsabilità nei confronti degli *stakeholder* vanno ricercate nel timore che una tale previsione avrebbe rappresentato un disincentivo per un modello societario che, a fronte di un impegno per una gestione bilanciata degli interessi e per la creazione di un beneficio comune, non gode di vantaggi né normativi né fiscali.¹⁹¹ A differenza del *Model Act*, però, la legge italiana tutela gli *stakeholder* tramite i poteri conferiti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), oggetto del proseguo di

¹⁸⁹ Assonime (n 60), 27.

¹⁹⁰ Articolo 2043 Codice Civile 'Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.'

¹⁹¹ Setti (n 154); Il motivo per cui si è deciso di non inserire agevolazioni fiscali non risiede solo nelle scarse risorse pubbliche, ma principalmente nell'idea che questo modello debba essere adottato da quelle realtà imprenditoriali che realmente sono orientate al bilanciamento di interessi e che quindi la scelta non sia 'inquinata' da logiche di convenienza ed opportunità. V. Del Barba (n 136); cfr. anche Fondazione Eni Enrico Mattei (FEEM), 'Atti Del Convegno Società Benefit: Integrazione E Valore Condiviso' (Milano 2016).

questo capitolo.

5.1.4. Obblighi di trasparenza

Come nella legislazione statunitense, cardine del controllo sull'operato della Società Benefit è la relazione annuale che, ai sensi del comma 382, deve includere:

- a) “la descrizione degli obiettivi specifici, delle modalità e delle azioni attuate dagli amministratori per il perseguimento delle finalità di beneficio comune e delle eventuali circostanze che lo hanno impedito o rallentato;
- b) la valutazione dell'impatto generato utilizzando la standard di valutazione esterno [...];
- c) una sezione dedicata alla descrizione dei nuovi obiettivi che la società intende perseguire nell'esercizio successivo.”

La funzione della relazione annuale è, dunque, quella di mostrare ai soci, all'organo pubblico preposto al controllo e al pubblico in generale, le modalità di gestione della Società Benefit, gli obiettivi raggiunti e quelli che si intende raggiungere. Per queste ragioni, la relazione annuale deve essere allegata al bilancio societario - elemento innovativo rispetto alla legislazione gemella statunitense - e pubblicata sul sito internet della società. La legge specifica espressamente che la stesura e pubblicazione della relazione annuale è, altresì, prevista per consentire il controllo da parte dell'AGCM.¹⁹²

Entrando nel merito del contenuto della relazione annuale, questa deve contenere una parte sul beneficio comune specifico, indicando le azioni che gli amministratori hanno intrapreso per raggiungere tali obiettivi e, nel caso

¹⁹² Il comma 382, che prevede la redazione della relazione annuale, stabilisce che questa è redatta sia ai fini del comma 376 (doppia finalità della società) che ai fini del 384 (controllo da parte dell'AGCM). ‘Ai fini di cui ai commi 376 e 384, la società benefit redige annualmente una relazione concernente il perseguimento di beneficio comune [...].’

in cui questi non siano stati raggiunti, una spiegazione delle ragioni. La relazione deve parimenti valutare il raggiungimento del beneficio comune generale, ovvero l'impatto della società su tutti quei soggetti di cui al comma 376 della legge. Per fare ciò, la legge italiana, ispirandosi a quella statunitense, richiede l'utilizzo di uno standard di valutazione esterno, le cui caratteristiche e aree di valutazione sono disciplinate da due allegati alla legge.¹⁹³ Anche in questo caso, alla società è richiesto di utilizzare uno standard di valutazione prodotto da una parte terza, ma non di essere certificato da tale ente: come sostenuto per la legislazione americana, a livello teorico sarebbe stato auspicabile l'inserimento del requisito della certificazione o della verifica della valutazione autoprodotta dalla società, ma questo avrebbe potuto costituire un disincentivo all'adozione del modello, per i costi ulteriori addossati alle Società Benefit. Per ovviare a questa problematica, la legislazione italiana richiede l'utilizzo di standard di valutazioni particolarmente rigorosi, prodotti da enti che soddisfino i requisiti di indipendenza, credibilità e trasparenza.¹⁹⁴ Lo standard deve

¹⁹³ L. 208/2015, art.1, comma 382 '[...] la valutazione dell'impatto generato utilizzando lo standard di valutazione esterno con caratteristiche descritte nell'allegato 4 annesso alla presente legge e che comprende le aree di valutazione identificate nell'allegato 5 annesso alla presente legge [...].'

¹⁹⁴ *ibid*, allegato 4 'Standard di valutazione esterno - Lo standard di valutazione esterno utilizzato dalla società benefit deve essere: 1. esauriente e articolato nel valutare l'impatto della società e delle sue azioni nel perseguire la finalità di beneficio comune nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni e altri portatori di interesse; 2. sviluppato da un ente che non è controllato dalla società benefit o collegato con la stessa; 3. credibile perché sviluppato da un ente che: a) ha accesso alle competenze necessarie per valutare l'impatto sociale e ambientale delle attività di una società nel suo complesso; b) utilizza un approccio scientifico e multidisciplinare per sviluppare lo standard, prevedendo eventualmente anche un periodo di consultazione pubblica; 4. trasparente perché le informazioni che lo riguardano sono rese pubbliche, in particolare: a) i criteri utilizzati per la misurazione dell'impatto sociale e ambientale delle attività di una società nel suo complesso; b) le ponderazioni utilizzate per i diversi criteri previsti per la misurazione; c) l'identità degli amministratori e l'organo di governo dell'ente che ha sviluppato e gestisce lo standard di valutazione; d) il processo attraverso il quale vengono effettuate modifiche e aggiornamenti allo standard; e) un resoconto delle entrate e delle fonti di sostegno finanziario dell'ente per escludere eventuali conflitti di interesse.' Fra gli standard di valutazione di maggior considerazione, anche in Europa spicca il B Impact Assessment prodotto dall'organizzazione *no-profit* B Lab, che ha recentemente aperto una sezione europea ad Amsterdam e una specifica per il Regno Unito

essere utilizzato per valutare quattro principali aree:

1. “governo d’impresa, per valutare il grado di trasparenza e responsabilità della società nel perseguimento delle finalità di beneficio comune, con particolare attenzione allo scopo della società, al livello di coinvolgimento dei portatori d’interesse, e al grado di trasparenza delle politiche e delle pratiche adottate dalla società;
2. lavoratori, per valutare le relazioni con i dipendenti e i collaboratori in termini di retribuzioni e benefit, formazione e opportunità di crescita personale, qualità dell’ambiente di lavoro, comunicazione interna, flessibilità e sicurezza del lavoro;
3. altri portatori d’interesse, per valutare le relazioni della società con i propri fornitori, con il territorio e le comunità locali in cui opera, le azioni di volontariato, le donazioni, le attività culturali e sociali, e ogni azione di supporto allo sviluppo locale e della propria catena di fornitura;
4. ambiente, per valutare gli impatti della società, con una prospettiva di ciclo di vita dei prodotti e dei servizi, in termini di utilizzo di risorse, energia, materie prime, processi produttivi, processi logistici e di distribuzione, uso e consumo e fine vita.”¹⁹⁵

5.1.5. Novità: il Controllo dell’AGCM

La novità di maggior importanza introdotta dalla legislazione italiana rispetto a quella statunitense, consiste senza dubbio nei poteri conferiti all’AGCM. Questa, ai sensi del comma 384, controlla che le Società Benefit perseguano realmente le finalità di beneficio comune e, nel caso in cui ciò non avvenga, applica le disposizioni previste in materia di pubblicità

a Londra.

¹⁹⁵ ibid, art.1, allegato 5.

ingannevole o di pratiche commerciali scorrette.¹⁹⁶ Il legislatore riconosce, dunque, la necessità di un controllo pubblico sulla veridicità delle dichiarazioni contenute nella relazione annuale e sul perseguimento dell'obiettivo di beneficio comune: nell'esercizio delle sue funzioni, l'AGCM è dotata di poteri ispettivi, inibitori e sanzionatori e può avviare il procedimento amministrativo sia d'ufficio che su istanza di soggetti o organizzazioni che ne abbiano interesse.¹⁹⁷ Questo “dovrebbe contribuire a rafforzare la tutela diretta nei confronti delle società, e a costruire un *brand* - quello delle Società Benefit - connotato da maggiori garanzie di affidabilità per investitori e consumatori.”¹⁹⁸ La soluzione italiana sembra risolvere due dei punti più dibattuti della legislazione americana, ovvero l'assenza sia di un'azione nei confronti degli amministratori da parte degli *stakeholder*, sia di un controllo pubblico sull'operato della *Benefit Corporation*. Le competenze affidate all'AGCM potrebbero risolvere entrambe le problematiche: i portatori d'interesse avrebbero il diritto di fare istanza all'AGCM nell'eventualità in cui la Società Benefit non operi realmente nel bilanciamento degli interessi o non persegua le finalità di beneficio comune; a questa spetterebbe anche il generale compito controllare l'operato delle Società Benefit.

¹⁹⁶ *ibid*, comma 384 ‘La società benefit che non persegua le finalità di beneficio comune è soggetta alle disposizioni di cui al decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 145, in materia di pubblicità ingannevole e alle disposizioni del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato svolge i compiti e le attività, nei limiti delle risorse disponibili e senza nuovi o maggiori oneri a carico dei soggetti vigilati.’ Per quanto riguarda l'utilizzo della legislazione sulle pratiche commerciali scorrette in riferimento alle pratiche di responsabilità sociale d'impresa v. Anna Beckers, *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes: On Global Self-Regulation and National Private Law* (Bloomsbury Publishing 2015); Andreas Rühmkorf, *Corporate Social Responsibility, Private Law and Global Supply Chains* (Edward Elgar Publishing 2015).

¹⁹⁷ La procedura istruttoria è regolata dalla delibera dell'AGCM del 1 aprile 2015 n. 25411 ‘Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie’ GU del 23 aprile 2015 n. 94.

¹⁹⁸ Ventura (n 19).

Un tale potere contribuisce anche a costruire quella fiducia dei consumatori e degli investitori nei confronti delle pratiche di responsabilità sociale delle imprese. Numerosi studi dimostrano come entrambi sarebbero disposti a modificare le loro abitudini in ottica più responsabile e sostenibile. A frenare questo cambiamento, vi è anche la difficoltà di distinguere fra le realtà che davvero apportano un miglioramento sociale o ambientale e quelle che, invece, semplicemente, cercano di “ripulirsi” (*greenwash*) la reputazione.¹⁹⁹ La Società Benefit è già, di per sé, un tassello importante in questo cambiamento, ma per costruire una fiducia riguardo la serietà degli impegni assunti, il controllo pubblico è fondamentale.²⁰⁰

5.1.6. Profili Problematici

Il legislatore italiano è stato in grado di apportare un cambiamento importante alle modalità di gestione dell'impresa tramite una normativa, che il Senatore Del Barba definisce come “agile” (6 commi in tutto).²⁰¹ In queste poche norme è riuscito anche a risolvere alcune delle problematicità della legislazione statunitense; nonostante ciò, la normativa nostrana non è esente da aspetti problematici.

In primo luogo, rileva la problematica del recesso del socio che non abbia concorso alla formazione della relativa delibera. A questo riguardo, bisogna

¹⁹⁹ Michal J Carrington, Benjamin A Neville e Gregory J Whitwell, ‘Why Ethical Consumers Don’t Walk Their Talk: Towards a Framework for Understanding the Gap between the Ethical Purchase Intentions and Actual Buying Behaviour of Ethically Minded Consumers’ (2010) 97 *Journal of Business Ethics* 139; Giana M Eckhardt, Russell Belk e Timothy M Devinney, ‘Why Don’t Consumers Consume Ethically?’ (2010) 9 *Journal of Consumer Behaviour* 426.

²⁰⁰ Coco (n 60).

²⁰¹ Del Barba (n 136), 63 ‘Questa caratteristica «agilità» della norma potrebbe essere ritenuta da qualcuno uno svantaggio, mentre io la rivendico con determinazione come una scelta necessaria, anzi uno dei requisiti fondamentali per liberare delle energie che già esistono nel settore privato. Questa è una delle convinzioni di fondo che ha spinto noi firmatari a presentare la legge: che esistano appunto delle energie da liberare, stratificate grazie a decenni di esperienza nell’ambito della Responsabilità Sociale d’Impresa, e che ora, con questo strumento, potranno trovare un nuovo terreno di gioco.’

distinguere la disciplina delle s.p.a., che vale anche per le s.a.p.a. da quella delle s.r.l.. Per quanto riguarda queste ultime la disciplina è dettata dall'articolo 2473, che prevede esplicitamente la possibilità di recesso del socio quando questi non abbia consentito al cambiamento dell'oggetto sociale e del tipo di società o non abbia dato il consenso ad operazioni che comportino una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale.²⁰² Al contrario, i soci delle s.p.a. e delle s.a.p.a. hanno diritto di recedere, ai sensi dell'articolo 2437, quando la modifica della clausola dell'oggetto sociale comporti un cambiamento significativo dell'attività della società e in caso di trasformazione della società stessa.²⁰³

Possiamo subito escludere il recesso del socio per trasformazione della società: come accennato, la Società Benefit non costituisce un nuovo

²⁰² Articolo 2473 Codice Civile 'L'atto costitutivo determina quando il socio può recedere dalla società e le relative modalità. In ogni caso il diritto di recesso compete ai soci che non hanno consentito al cambiamento dell'oggetto o del tipo di società, alla sua fusione o scissione, alla revoca dello stato di liquidazione al trasferimento della sede all'estero alla eliminazione di una o più cause di recesso previste dall'atto costitutivo e al compimento di operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto della società determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti attribuiti ai soci a norma dell'articolo 2468, quarto comma. Restano salve le disposizioni in materia di recesso per le società soggette ad attività di direzione e coordinamento.'

²⁰³ L'articolo 2437 del Codice Civile disciplina tre tipologie di recesso del socio: quelle previste dalla legge e inderogabili, quelle previste dalla legge ma derogabili dallo statuto e quelle previste dallo statuto. 'Hanno diritto di recedere, per tutte o parte delle loro azioni, i soci che non hanno concorso alle deliberazioni riguardanti: a) la modifica della clausola dell'oggetto sociale, quando consente un cambiamento significativo dell'attività della società; b) la trasformazione della società; c) il trasferimento della sede sociale all'estero; d) la revoca dello stato di liquidazione; e) l'eliminazione di una o più cause di recesso previste dal successivo comma ovvero dallo statuto; f) la modifica dei criteri di determinazione del valore dell'azione in caso di recesso; g) le modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione. Salvo che lo statuto disponga diversamente, hanno diritto di recedere i soci che non hanno concorso all'approvazione delle deliberazioni riguardanti: a) la proroga del termine; b) l'introduzione o la rimozione di vincoli alla circolazione dei titoli azionari. Se la società è costituita a tempo indeterminato e le azioni non sono quotate in un mercato regolamentato il socio può recedere con il preavviso di almeno centottanta giorni; lo statuto può prevedere un termine maggiore, non superiore ad un anno. Lo statuto delle società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio può prevedere ulteriori cause di recesso. Restano salve le disposizioni dettate in tema di recesso per le società soggette ad attività di direzione e coordinamento. È nullo ogni patto volto ad escludere o rendere più gravoso l'esercizio del diritto di recesso nelle ipotesi previste dal primo comma del presente articolo.'

modello societario e, perciò, “quando una società già costituita intende diventare una Società Benefit non muta [...] la sua veste giuridica, con la conseguenza che non si applicano le regole proprie del processo di trasformazione e il relativo diritto di recesso.”²⁰⁴ Per quello che concerne invece l’ipotesi recesso per modifica dell’oggetto sociale, la questione è più complessa: un’interpretazione letterale delle norme in esame porterebbe a concludere che l’inclusione di una finalità di beneficio comune nell’oggetto sociale, costituisce certamente una modifica dell’oggetto sociale capace di determinare il recesso del socio. Tuttavia, in dottrina, si tende a escludere il diritto di recesso del socio nel caso di “modifica di fatto” dell’oggetto sociale: generalmente, questo si verifica quando “l’oggetto sociale è delineato in termini molto ampi e l’attività viene indirizzata in un settore diverso da quello in cui la società ha sempre operato, perché sia sempre compreso all’interno della clausola statutaria.”²⁰⁵

Applicando queste considerazioni al caso della Società Benefit si dovrà dunque distinguere le società che, già prima dell’approvazione della legge, operavano secondo un modello imprenditoriale volto alla sostenibilità e al rispetto degli *stakeholder*, dalle società che, proprio a seguito dell’adozione della legge, decidessero di capovolgere la gestione dell’attività economica, improntandola invece che alla sola massimizzazione dei profitti, alla creazione di valore condiviso. Nel primo caso, dove potrebbero ben rientrare tutte quelle realtà imprenditoriali che da lungo tempo operano realmente secondo i principi di responsabilità sociale d’impresa, non sembrerebbero ravvisabili gli estremi per un recesso del socio per mutamento dell’oggetto sociale. Nel secondo, invece, il mutamento *ex novo* delle finalità

²⁰⁴ Assonime (n 60), 18.

²⁰⁵ *ibid*, 15; Vincenzo Di Cataldo, ‘Il Recesso Del Socio Di Società per Azioni’ in Pietro Abbadessa e Giuseppe B Portale (eds), *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso* (UTET 2007), 227; Paolo Piscitello, ‘Sezione X. Delle Modificazioni Dello Statuto - Artt. 2436-2447’ in Mario Campobasso, Vincenzo Cariello e Umberto Tombari (eds), *Le società per azioni*, vol 2 (Giuffrè 2016), 2500.

dell'impresa non può che legittimare il recesso del socio per mutamento dell'oggetto sociale.²⁰⁶ Rimane da stabilire, come ultimo dubbio interpretativo, se vi sia una sostanziale differenza fra la disciplina delle s.p.a. da quella delle s.r.l.: basandosi sulla distinzione lessicale delle due norme, si sarebbe portati a ritenere che nelle seconde il socio abbia sempre diritto di recedere quando non “ha condiviso i cambiamenti dell'oggetto sociale”, mentre nelle prime solo quando la modifica della clausola dell'oggetto sociale comporta un “cambiamento significativo dell'attività della società”.

In secondo luogo, è possibile notare una contraddizione nella legge e, specificatamente fra il comma 376 che richiede alle società che sceglieranno il modello di Società Benefit di perseguire sia lo scopo di lucro che di beneficio comune e il comma 377 che, individuando i soggetti che possono operare come Società Benefit, richiama anche il titolo VI, del libro V del Codice Civile e quindi le società cooperative.²⁰⁷ Lo scopo delle società cooperative è, infatti, prevalentemente mutualistico e non di lucro.²⁰⁸ A questo riguardo è, però, rilevante segnalare la possibilità, per le società cooperative, di perseguire anche la cosiddetta “mutualità esterna”, ovvero la destinazione di parte degli utili a finalità di pubblica utilità.²⁰⁹ Per questo motivo, potrebbe “apparire immotivata l'esclusione della società cooperativa dal novero di quelle che sono autorizzate ad operare come benefit e, perciò ritenersi assorbente la previsione del capoverso del

²⁰⁶ Assonime (n 60), 14-18.

²⁰⁷ Ventura (n 19) ‘Pare, invece, asistemático il richiamo alle società cooperative. Queste, infatti, non possono essere collocate all'interno della categoria delle società lucrative di cui all'art. 2247 c.c. e, dunque, non rientrano nella definizione generale di società benefit fornita dal legislatore all'art. 1, comma 376, della legge di stabilità 2016, in quanto caratterizzate da un diverso scopo, quello mutualistico (artt. 2511 e 2515 c.c.)’.

²⁰⁸ Articolo 2511 Codice Civile ‘Le cooperative sono società a capitale variabile con scopo mutualistico [...]’.

²⁰⁹ Si veda a riguardo Luigi F Paolucci, ‘Definizioni E Aspetti Caratterizzanti’ in Luigi F Paolucci (ed), *Le Società Cooperative* (UTET 2012), 9-10.

[comma] 377 rispetto all'incipit del comma precedente.²¹⁰

Infine, rimane aperta la problematica di come gli amministratori possano realmente bilanciare i vari interessi e di come evitare che il modello della Società Benefit non incentivi, invece, comportamenti opportunistici.²¹¹ Come si è visto, la legge non fornisce un criterio guida certo, ma fa riferimento, al comma 376, a principi di responsabilità, sostenibilità e trasparenza.²¹² Questi si vanno ad aggiungere agli obblighi già in capo agli amministratori di operare secondo diligenza e buona fede. Proprio nell'ottica di creare una normativa "agile", il legislatore non ha stabilito espressamente le modalità di tale bilanciamento, né come questo possa essere valutato in sede giudiziale. Bisogna, tuttavia, rilevare come non sia possibile stabilire per legge come il bilanciamento debba essere compiuto nella pratica: questa è un'attività che dipende dalla situazione concreta e dagli effettivi interessi in gioco. Per quanto riguarda i comportamenti opportunistici degli amministratori, vi è la concreta possibilità che la presenza di una doppia missione, costituisca una giustificazione per gli amministratori ad operare nel proprio interesse: la missione del profitto e quella socio-ambientale sono "due componenti antitetiche e, spesso, l'una prevale a discapito dell'altra, consentendo di giustificare il mancato perseguimento di una delle due finalità con il tentativo di raggiungere l'altra."²¹³ A fronte di questa problematicità la legge mantiene in capo agli amministratori gli obblighi di diligenza e buona fede ed aggiunge la responsabilità per il mancato bilanciamento degli interessi e l'obbligo di trasparenza nella gestione societaria. Proprio quest'ultimo potrebbe

²¹⁰ Riolfo (n 121), 723.

²¹¹ *ibid*, 727 'il rischio di comportamenti opportunistici dei gestori si acuisce proprio in virtù del fatto che agli stessi spetta bilanciare l'interesse dei soci alla massimazione del profitto e il perseguimento di un beneficio comune [...]'.
²¹² L. 208/2015, art.1, comma 376, '[le società benefit] operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse.'

²¹³ Riolfo (n 121), 727.

costituire l'elemento chiave per azionisti e AGCM: sulla base di come gli amministratori hanno bilanciato gli interessi nella decisione concreta sarà possibile stabilire se essi hanno agito nel proprio interesse o, invece, secondo diligenza e buona fede.²¹⁴

Le questioni che rimangono aperte sono, dunque, numerose: si è cercato, in questo paragrafo, di analizzarne alcune, alla luce della dottrina che si sta sviluppando sul tema e in assenza di giurisprudenza, vista la novità della normativa in esame. Probabilmente, solo la prassi e un'analisi dello sviluppo concreto delle Società Benefit saprà dare risposta ad alcune delle problematiche qui evidenziate.

²¹⁴ Assonime (n 60), 23 'Trattandosi infine di società che per espressa disposizione normativa devono operare con un livello di trasparenza rafforzato appare ragionevole ritenere che gli amministratori diano conto nell'adozione delle loro decisioni di come abbiano attuato il bilanciamento degli interessi e della ragioni che in determinate circostanze abbiano indotto ad attribuire priorità all'uno rispetto che all'altro.'

CONCLUSIONI: UNA MODIFICA NEI VALORI

Benché la legislazione sulla Società Benefit, ad oggi, sia stata approvata solo dalla maggior parte degli Stati della federazione americana e dall'Italia, il fenomeno è in crescente aumento: numerosi Stati europei stanno valutando l'adozione di una legislazione simile²¹⁵ e il fenomeno delle B Corp è presente in ogni paese dell'Unione.²¹⁶ Anche se vi è una differenza concettuale fra Società Benefit e B Corp,²¹⁷ i due fenomeni sono in grado di apportare risultati molto simili. Infatti, anche le B Corp sono tenute a modificare il proprio statuto nel rispetto della legislazione nazionale di riferimento, inserendovi l'obbligo di gestione nell'interesse anche degli *stakeholder*.²¹⁸ Come mostrato nel primo capitolo, in molti Stati non vige il principio della massimizzazione del profitto degli azionisti, ma bensì

²¹⁵ Del Barba (n 136), 63 'Infine, guardando al futuro, possiamo auspicare che l'Italia trovi una sua originalità nel percorso che riguarda le Società Benefit. Siamo molto fieri di essere stati i primi al mondo, al di fuori degli Stati Uniti, a dotarci di questa legislazione; già i Parlamenti di altri Paesi hanno mostrato il loro interesse nei confronti della norma e del nostro know-how sul tema.' Ad esempio B Lab UK sta per presentare una proposta di legge al Parlamento Britannico per far riconoscere lo status di Benefit Corporation. B Lab, The Benefit Company Legal Form (2016) <<http://bcorporation.uk/blog/the-benefit-company-legal-form>> ultimo accesso 23 ottobre 2016.

²¹⁶ B Lab, European B Corps <<http://bcorporation.eu/b-corporations-in-europe>> ultimo accesso 23 ottobre 2016.

²¹⁷ V. *supra* par. 3.1.1

²¹⁸ B Lab, How to Become a B Corp: meet legal requirements <<http://bcorporation.eu/become-a-b-corp/how-to-become-a-b-corp/protect-your-mission-eu>> ultimo accesso 23 ottobre 2016, 'companies wishing to become a Certified B Corp will need to have or adopt governing documents which include a commitment to a 'triple bottom line' approach to business. In practice, for a typical business, this is likely to mean having an objects clause which states that it exists to promote the success of the business for the benefit of its shareholders but also to have a material positive impact on society and the environment. The governing documents of B Corps will also need to state that the board members of the company need to consider a range of 'stakeholder interests' - including shareholders, employees, suppliers, society and the environment - when making decisions and, critically, that shareholder value is not the supreme consideration but is one factor amongst the many stakeholder interests which board members need to take into account when running the business.'

un'idea di impresa come “comunità di persone”.²¹⁹ In questi contesti, una diffusione di società con caratteristiche molto simili a quelle della Società Benefit o delle *Benefit Corporation* è possibile anche in assenza di una riforma legislativa che funzioni da apripista.

Tuttavia, una legge specifica potrebbe essere utile per identificare e valorizzare quelle realtà imprenditoriali che hanno fatto propri i valori di sostenibilità ambientale e rispetto degli *stakeholder* e sulla base dei quali hanno deciso di differenziarsi. In definitiva, quello che conta è la modalità con cui viene attuata la gestione dell'impresa, non la denominazione che a questa viene assegnata. Che sia Società Benefit, *Benefit Corporation*, B Corp o *Community Interest Company*, i risultati sono i medesimi: una nuova attenzione agli interessi di tutti quei soggetti che interagiscono con la società; un atteggiamento di valorizzazione nei confronti della comunità che ospita l'attività d'impresa; una cura per l'ambiente che ne subisce gli effetti; ed, infine, più in generale, un diverso sistema di valori su cui basare le proprie scelte gestionali, anche nella quotidianità.

Le Società Benefit, o, volendo, l'imprenditorismo sociale, rappresenta un'importante tappa, di un più ampio percorso in cui ci si interroga su che ruolo il *business*, il profitto e il mercato debbano avere nella società. La risposta è che questi elementi giocano sì un ruolo, anche importante, ma che deve essere sempre integrato da considerazioni sociali e ambientali. Non è più possibile discernere il momento di creazione della ricchezza dal momento in cui questa viene condivisa;²²⁰ non è più concepibile un'attività

²¹⁹ Pietro Genco, *Corporate Governance: Sistemi E Strutture Di Governo Dell'impresa* (G Giappichelli Editore 2014), 67 'l'impresa non si manifesta solo come un insieme di mezzi ordinati al conseguimento di un obiettivo reddituale, ma può essere intesa come una comunità di persone [...] Tale visione dell'impresa è tipica di un'economia sociale di mercato [...]'. V. *supra* Capitolo 1, par. 2.

²²⁰ A riguardo v. Joseph E Stiglitz, 'Moral Bankruptcy: Why Are We Letting Wall Street off so Easy?' *Mother Jones* (2010) <www.motherjones.com/politics/2010/01/joseph-stiglitz-wall-street-morals> che descrive il sistema economico come 'erastz capitalism' in

d'impresa che veda lavoratori e contesto socio-ambientale come strumenti per il raggiungimento di un fine, che troppo spesso coincide con il proprio arricchimento personale.

È per questo motivo che non è possibile isolare l'analisi della Società Benefit, o dell'imprenditorialismo sociale, da altri ambiti del diritto che hanno una forte influenza su questo. La diffusione delle B Corp e il riconoscimento legislativo di Società Benefit e *Benefit Corporation* sono l'esempio esplicativo di un modello che sta cambiando, dopo aver riconosciuto i propri limiti. La realizzazione di questo cambiamento dipende da una molteplicità di fattori, fra cui l'atteggiamento di determinati settori del diritto. Il prossimo capitolo cerca di indagare quali sfide la Società Benefit lancia al diritto della concorrenza e in che modo quest'ultimo possa contribuire al cambiamento.

cui si socializzano i costi e si privatizzano i guadagni. 'We have created an ersatz capitalism, socializing losses as we privatize gains, a system with unclear rules, but with a predictable outcome: future crises, undue risk-taking at the public expense, and greater inefficiency.'

CAPITOLO 3 - FRA CONCORRENZA E COOPERAZIONE: CERCANDO UN NUOVO EQUILIBRIO?

INTRODUZIONE

Come abbiamo visto nel precedente capitolo, negli ultimi anni si è sviluppata una consapevolezza a diversi livelli (consumatori, investitori, imprenditori, istituzioni) di come il modello societario *shareholder* non sia sempre in grado di rispondere alle necessità del tempo presente. Per questo motivo, è sorto l'imprenditorialismo sociale, di cui le Società Benefit/*Benefit Corporation* e le B Corp rappresentano “una delle espressioni più esplicite, se non dirompenti”.¹ A prescindere dal nome che queste prendono, esse fanno parte di una diversa idea di come il “fare impresa” si possa coniugare con le necessità sociali e ambientali. Invece di vedere le imprese come aggregazioni sociali volte solamente al profitto e lo Stato e il terzo settore come baluardi dell'interesse collettivo e promotori di quest'ultimo, l'imprenditorialismo sociale sovverte la dicotomia, assegnando anche alle imprese il compito e la responsabilità di produrre quei benefici di cui la società necessita. Il fenomeno e la consapevolezza sono cresciuti al punto di riuscire ad apportare modifiche sostanziali alla legislazione, di quei paesi che erano stati i promotori e i massimi sostenitori del modello *shareholder*. Benché tali riforme legislative non obblighino ogni operatore economico a considerare interessi sociali e ambientali

¹ Fondazione Eni Enrico Mattei (FEEM), ‘Atti Del Convegno Società Benefit: Integrazione E Valore Condiviso’ (Milano 2016).

nell'esercizio della sua attività, esse riconoscono un modello alternativo, su base volontaria, che potrebbe rappresentare un primo passo verso un cambiamento più incisivo. Questo dipenderà innanzitutto dal numero di imprese che volontariamente adotteranno questo nuovo modello e dal numero di Stati che sentiranno la necessità di seguire l'esempio degli Stati Uniti e dell'Italia, ma anche dal modo in cui altri settori legali, interessati dal fenomeno, risponderanno al cambiamento.

Infatti, anche se il fulcro del cambiamento che le Società Benefit hanno apportato risiede nel diritto societario e, in particolare, nella *corporate governance*, l'innovatività non si limita a questo. Accanto alla creazione di ricchezza, le Società Benefit vedono come obiettivo imprenditoriale un impegno verso un miglioramento della società e dell'ambiente in cui operano. Questo impegno è la concretizzazione di una diversa visione della società in cui le imprese, utilizzando le parole di B Lab, "competano non solo per essere le migliori al mondo, ma per essere le migliori *per il mondo*."² Assumendosi un obiettivo comune (il miglioramento della società), che ognuno cercherà di perseguire in base alla propria attività e alle proprie risorse, le imprese, più che soggetti rivali, sono alleati con cui condividere percorso e fini.³ In una recente conferenza, organizzata dalla Fondazione Eni Enrico Mattei sull'adozione da parte dell'Italia della legge sulle Società Benefit, Marcello Palazzi, uno dei fondatori di B Lab Europe,

² B Lab, About B Lab <<https://www.bcorporation.net/what-are-b-corps/about-b-lab>> ultimo accesso 26 ottobre 2016 (corsivo aggiunto). 'B Lab is a nonprofit organization that serves a global movement of people using business as a force for good. Its vision is that one day all companies compete not only to be the best in the world, but the Best for the World and as a result society will enjoy a more shared and durable prosperity.'

³ In questi termini si esprime, ad esempio, la Fondazione Nazionale Commercialisti. V. AA. VV., 'Le Società Benefit (Parte II): In Requiem Alle Imprese Sociali' <<http://www.fondazionenazionalecommercialisti.it/node/1078>>, 7 'Le capacità di collaborazione, di co-progettazione, di cooperazione, di coesione, di coopetizione (dall'inglese coopetition) e di coproduzione rappresentano quei fattori strategici di successo che consentono di tessere relazioni fra stakeholder diversi che aspirano a raggiungere, attraverso azioni convergenti e mirate, un obiettivo comune che è quello della sostenibilità delle organizzazioni nonché della creazione di valore condiviso e duraturo.'

ha individuato, fra le potenzialità del fenomeno, “le dinamiche esistenti fra gli imprenditori, che lavorano insieme e collaborano anche tra settori diversi in una logica di vera e propria comunità elettiva”.⁴ Se l’obiettivo non è solo primeggiare o aumentare i propri guadagni, gli altri operatori economici non sono necessariamente nemici da sconfiggere o con cui accordarsi per sfuggire le regole, ma compagni di un percorso. È, ad esempio, la visione adottata da Patagonia, la famosa marca di abbigliamento da montagna, nonché la più grande *Benefit Corporation* al mondo, che nel proprio *Annual Benefit Report*, fra le iniziative che intende adottare per raggiungere lo scopo di beneficio comune, inserisce la condivisione di informazioni proprietarie e buone pratiche anche con concorrenti diretti:

*In support of our commitment “to use business to inspire and implement solutions to the environmental crisis,” we will share proprietary information and best practices with other businesses, including direct competitors [...].*⁵

Questa visione di comunità d’imprese che operano verso un beneficio comune risulta ancora più evidente quando si considerano le B Corp. Oltre a superare i rigidi criteri del *B Impact Assessment*, modificare lo statuto compatibilmente con la legislazione dello Stato in cui hanno sede e impegnarsi a trasformarsi in Società Benefit nel momento in cui questo modello societario dovesse essere riconosciuto, le B Corp firmano la dichiarazione di interdipendenza (*Declaration of Interdependence*). Con questa, le imprese certificate B Corp dichiarano di fare parte di un movimento globale che vede il “*business as a force for good*” e di

⁴ Fondazione Eni Enrico Mattei (FEEM) (n 1).

⁵ Patagonia, ‘Annual Benefit Corporation Report’ (2015) <http://www.patagonia.ca/static/on/demandware.static/-/Library-Sites-PatagoniaShared/default/dw388e98a1/PDF-US/2015_BCorp-AnnualReport-v6.pdf> ultimo accesso 26 ottobre 2016.

impegnarsi ad agire in modo responsabile nei confronti delle future generazioni, con la consapevolezza di essere dipendenti le une dalle altre.⁶

La firma della dichiarazione di interdipendenza non rappresenta un vincolo giuridico alla collaborazione, quanto piuttosto la manifestazione di un intento, se non, addirittura, di una visione del mondo:⁷ la collaborazione per il perseguimento di scopi di beneficio comune può costituire una nuova modalità di relazione nel mercato.

Tuttavia, non si può ridisegnare il modo di “fare impresa” se non si ripensa anche il contesto in cui le “nuove imprese” opereranno. Il risultato sarebbe, per così dire, monco: si crea un nuovo modello, con nuovi valori, inserendolo, però, in cui contesto in cui operano le stesse dinamiche utili al modello precedente. Una tale discrasia può portare al fallimento del cambiamento o a un conflitto fra norme e prescrizioni giuridiche che non farebbe altro che diminuire considerabilmente la certezza del diritto.

Diviene perciò necessario affrontare il rapporto fra le Società Benefit e il diritto della concorrenza, analizzando come questo cambio di paradigma nel modo di relazionarsi possa inserirsi in un contesto che non è solo normativo, ma anche culturale.

⁶ B Lab, ‘Declaration of Interdependence’
<https://www.bcorporation.net/sites/default/files/documents/term_sheets/2016/B_Corp_Term_Sheet-Global_Benefit_Corp.pdf> ultimo accesso 26 ottobre 2016. ‘As B Corporations and leaders of this emerging economy [...] we envision a global economy that uses business as a force for good [...]. We act with the understanding that we are each dependent upon another and thus responsible for each other and future generations.’

⁷ ibid, ‘we envision a global economy that uses business as a force for good.’

1. CONCORRENZA E COOPERAZIONE NELL'ATTUALE SISTEMA ECONOMICO

Negli ultimi decenni, il concetto di concorrenza ha ricevuto un supporto senza precedenti: a seguito della caduta del muro di Berlino⁸ e del fallimento dell'ideologia comunista, un numero crescente di paesi ha fatto proprio un sistema economico basato su concorrenza e libero mercato.⁹ Oltre a ciò, la concorrenza ha conquistato un ruolo ancor più preminente in quegli Stati che, da tempo, hanno adottato un'economia di tipo capitalista: la concorrenza fra operatori economici ha interessato un numero crescente di settori e di attività che, per lungo tempo, sono stati ritenuti monopoli naturali o, comunque, riservati allo Stato (telecomunicazioni, energia, trasporti, servizi postali).¹⁰

A fronte di questa fiducia nella capacità della concorrenza di produrre risultati concreti, la cooperazione fra operatori economici viene generalmente guardata con sospetto:¹¹ solitamente, le imprese tendono a

⁸ Colin Donnaruma e Nicholas Partyka, 'Challenging the Presumption in Favor of Markets' (2012) 44 *Review of Radical Political Economics* 40 'In light of the failure of the Soviet-style command economies, markets currently occupy a privileged position for most contemporary thinkers.'

⁹ Richard Whish e David Bailey, *Competition Law* (8 edition, OUP Oxford 2015) 'Competition law has grown at a phenomenal rate in recent years in response to the enormous changes in political thinking and economic behavior that have taken place around the world. There are now more than 130 systems of competition law in the world. In recent years competition laws have entered into force both in China and India, potentially bringing the benefits of competitive markets to an additional two and a half billion citizens of the world. Several other countries are in process of implementing competition laws.'; cfr. anche Fraser Institute, 'Economic Freedom of the World: 2015 Annual Report' (2015) <<http://www.freetheworld.com/2015/economic-freedom-of-the-world-2015.pdf>> ultimo accesso 27 ottobre 2016.

¹⁰ Whish e Bailey (n 9).

¹¹ Pieter Kalbfleisch, 'The Assessment of Interests in Competition Law: A Balancing Act', in *Economic Law and Justice in Times of Globalisation* (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co KG 2007); Rutger Claassen e Anna Gerbrandy, 'Rethinking European

coordinarsi per aumentare i prezzi a scapito dei consumatori e della società.¹² È per questo motivo che le pratiche cooperative vengono disincentivate o controllate attentamente.¹³

I motivi del sostegno alla concorrenza e della sfiducia alle pratiche cooperative non possono essere esaminati in modo esaustivo in questo studio. Si può, tuttavia, affermare che un sistema basato sulla concorrenza abbia delle implicazioni positive riconosciute anche dai suoi detrattori:¹⁴ incentiva l'innovazione, riesce a soddisfare le preferenze dei consumatori mantenendo un basso livello di prezzi, stimola le persone nell'attività economica, crea ricchezza e, conseguentemente, dovrebbe ridurre la povertà.¹⁵

A fronte dei fattori positivi appena accennati, il modello di mercato concorrenziale è stato criticato in quanto inefficiente a causa della sua

Competition Law: From a Consumer Welfare to a Capability Approach' (2016) 12 Utrecht Law Review 1, 8 'In competition law this type of cooperation is at odds with competition law paradigm of individual agents, seeking self-interested profit maximisation.'

¹² Thomas M Jorde e David J Teece, 'Competition And Cooperation: Striking The Right Balance' (1989) 31 California Management Review 25, 26 'Cooperation is generally analysed only in terms of its negative impacts on economic welfare. Indeed, coordination of prices is often the only form of cooperation recognised in economic textbook. [...] The conventional conceptualisation of competition thus leads to hostility towards many form of business conduct, particularly if they involve agreements with competitors.'

¹³ Commissione Europea, 'Linee Diretrici Sull'applicabilità Dell'articolo 101 Del Trattato Sul Funzionamento dell'Unione Europea Agli Accordi Di Cooperazione Orizzontale, [2011] GU C11/1', parr. 3-4 'D'altronde, gli accordi di cooperazione orizzontale possono dar luogo a problemi di concorrenza. Ciò avviene, ad esempio, se le parti convengono di fissare i prezzi o la produzione, di ripartire i mercati, oppure se la cooperazione fa sì che le parti mantengano, ottengano o aumentino il loro potere di mercato, con la probabilità quindi di provocare effetti di mercato negativi sui prezzi, la produzione, la varietà e la qualità dei prodotti, o l'innovazione. Pur riconoscendo i vantaggi che possono derivare dagli accordi di cooperazione orizzontale, la Commissione deve assicurare che sia salvaguardata una concorrenza effettiva. L'articolo 101 fornisce il quadro giuridico per una valutazione ponderata che tenga conto degli effetti che limitano o favoriscono la concorrenza.' (Linee Diretrici Accordi Cooperazione Orizzontale).

¹⁴ Donnaruma e Partyka (n 8), 43; Angela Wigger e Hubert Buch-Hansen, 'Competition, the Global Crisis, and Alternatives to Neoliberal Capitalism: A Critical Engagement with Anarchism' (2013) 35 New Political Science 604.

¹⁵ Whish e Bailey (n 9), 4-8.

massiccia produzione di esternalità negative,¹⁶ della sottoproduzione di beni pubblici¹⁷ e della creazione di disuguaglianze crescenti.¹⁸ Per questo motivo, le ragioni di un tale sostegno non possono essere individuate solo nei risultati che il modello concorrenziale produce ma vanno ricercate nelle filosofie politiche, economiche e legali dominanti, in quanto i principi e i presupposti di un sistema economico dipendono, in larga parte, da queste:¹⁹

However much some economists may try to pretend otherwise by wrapping their thoughts in mathematical formulas, economics is not an exact science, like physics or chemistry, but a social science, like

¹⁶ Donnaruma e Partyka (n 8), 44 ‘A significant and widely acknowledged failure of markets is their inherent tendency to encourage the externalizing of costs. An externality is a situation in which the private costs or benefits to the producers or purchasers of a good or service differs from the total social costs or benefits entailed in its production and consumption. Externalities of either the ‘positive’ or the ‘negative’ sort create a problem for the effective functioning of the market to maximize the total utility of the society.’ ; A riguardo cfr. Robin Hahnel, *Economic Justice and Democracy: From Competition to Cooperation* (Routledge 2005), 85 che mette in dubbio la supposizione che le esternalità sia eccezionali. "However, more and more economists outside the mainstream are challenging this assumption, and a growing number of skeptics now dare to suggest that externalities are prevalent, and often substantial. [...] critics points out the absence of empirical evidence supporting the claims of external-effect exceptionality. It is truly remarkable that that this crucial assumption has never been subjected to serious scrutiny. [...] It remains untested, an assumption of ideological convenience.”; V. anche Wigger e Buch-Hansen (n 14), 607.

¹⁷ Donnaruma e Partyka (n 8), 45; Wigger e Buch-Hansen (n 14), 607.

¹⁸ Il tema della disuguaglianza creata dall’economia di libero mercato è al centro dell’attenzione politica e della dottrina economica. Ad esempio, ha occupato un ruolo fondamentale nel discorso dello stato dell’Unione, del Presidente Obama nel 2015 disponibile su <<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/01/20/remarks-president-state-union-address-january-20-2015>> ultimo accesso 27 ottobre 2016; inoltre, è stato oggetto di pubblicazioni di grande successo da parte di autorevoli economisti. V. a riguardo Jacob S Hacker e Paul Pierson, *Winner-Take-All Politics: How Washington Made the Rich Richer—and Turned Its Back on the Middle Class* (Simon and Schuster 2011); Joseph E Stiglitz, *The Price of Inequality: How Today’s Divided Society Endangers Our Future* (WW Norton & Company 2012); Thomas Piketty, *Capital in the Twenty-First Century* (Harvard University Press 2014); Sulla relazione fra diritto antitrust e disuguaglianza v. Jonathan Baker e Steven Salop, ‘Antitrust, Politica Della Concorrenza E Disuguaglianza’ (2016) 1 Mercato Concorrenza Regole 7; AA. VV., ‘Tavola Rotonda Su J.B. Baker E S.C. Salop, Antitrust, Politica Della Concorrenza E Disuguaglianza’ (2016) 1 Mercato Concorrenza Regole 145.

¹⁹ Cfr. *supra* Capitolo 1, par. 3. V. anche Angela Wigger e Andreas Nölke, ‘Enhanced Roles of Private Actors in EU Business Regulation and the Erosion of Rhenish Capitalism: The Case of Antitrust Enforcement’ (2007) 45 Journal of Common Market Studies 487, 490.

*sociology, history or moral philosophy. Like the other social sciences, economics accommodates a variety of possible approaches and schools of thought, which offer different perspectives on the object of study and which, because of the social nature of the object of study, are inevitably always value laden. The adherence by an economist to one or another approach or school, or the relative popularity of one or another approach or school in a certain group of economists or at a certain point in time is not the result of a process of falsification, the other approaches having been proved wrong. It rather reflects a preference for a way of looking at things that is found congenial or instrumentally useful for some task at hand, or, when the approach becomes conventional wisdom, loyalty to the tribe, possibly re-enforced through peer review and other mechanisms of professional discipline.*²⁰

Il primo capitolo, basandosi sugli studi sulla VoC, ha cercato di evidenziare come sia la *corporate governance* che il diritto della concorrenza siano suscettibili di diverse interpretazioni e applicazioni, in base al contesto istituzionale, culturale e ideologico in cui si sviluppano. Per comprendere, dunque, come il cambiamento, di cui le Società Benefit sono la massima espressione, possa inserirsi nel contesto economico legale è necessario comprendere i principi e le supposizioni su cui tale sistema poggia.

Innanzitutto, l'attuale sistema economico si fonda su un'importantissima bipartizione fra settore pubblico e privato: i soggetti privati sono tenuti a concentrarsi sui propri interessi, facendo in questo modo funzionare il

²⁰ Wouter PJ Wils, 'The Judgment of the EU General Court in Intel and the so-Called "More Economic Approach" to Abuse of Dominance' (2014) 37 World Competition: Law and Economics Review 405, 412.

mercato, mentre allo Stato spetta il compito di tutelare gli obiettivi pubblici e di regolamentare le attività private.²¹

In questa bipartizione, la concorrenza svolge una funzione preminente: ispirandosi alle teorie darwiniste dell'evoluzione, la competizione fra soggetti è considerata come una legge naturale interna all'uomo che permette l'avanzamento solo dei migliori (*the fittest*) in un meccanismo che viene generalmente identificato come "darwinismo sociale".²² Secondo questa teoria, la concorrenza permetterebbe di tirare fuori il meglio da ogni individuo e, allo stesso tempo, creerebbe il miglior risultato per la società.²³

A supporto di questa visione, gioca un ruolo fondamentale il presupposto logico, fatto proprio dalle scienze economiche, secondo cui l'individuo, inteso come "*homo economicus*", sia un soggetto razionale e interessato

²¹ Okeoghene Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81* (OUP Oxford 2006), 50 'The presumption underpinning the need for different rules for public and private spheres is the private actors pursue self-interest whilst public actors promote the general public interest.'; Cfr. anche Claassen e Gerbrandy (n 11), 8 'there is the moral argument that private parties should concentrate on profit maximisation and not try to realise social ends that lie outside the market. This argument presupposes a particular division of labour between the private and the public realm. Private actors concentrate on their private objectives, and in doing so ensure the optimal functioning of the market mechanism. Public actors legislate in favour of public objectives, and in doing so ensure a level of playing field of publicly defined constraints under which market agents pursue their own interest.'

²² Bruno Amable, 'Morals and Politics in the Ideology of Neo-Liberalism' [2010] *Socio-Economic Review* 1, 6. Cfr. anche Michel Foucault, *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978-1979* (Springer 2008); Wigger e Buch-Hansen (n 14), 607 'Neoclassical economists frequently compare competition to a Darwinist form of market justice in which the uncompetitive, weak, and inefficient perish and the successful and efficient win.'

²³ William Graham Sumner, *The Challenge of the Facts and Other Essays* (Albert Galloway Keller ed, New Haven: Yale University Press 1914), 19. 'We can take the rewards from those who have done better and give them to those who have done worse. We shall thus lessen the inequalities. We shall favor the survival of the unfittest, and we shall accomplish this by destroying liberty. Let it be understood that we cannot go outside of this alternative: liberty, inequality, survival of the fittest; not-liberty, equality, survival of the unfittest. The former carries society forward and favors all its best members; the latter carries society downwards and favors all its worst members.'

solamente alla massimizzazione del proprio profitto.²⁴ Amartya Sen lo descrive in modo estremamente chiaro:

L'idea di identità sociale diviene priva di senso quando si tratta di spiegare le regolarità del comportamento, dal momento che nessuna altra giustificazione è chiamata in causa se non quella con se stessi. Molti studiosi di economia hanno fatto propria questa idea come se le cose stessero effettivamente così. L'ipotesi che l'individuo sia motivato dal proprio interesse è diventata quindi centrale nel pensiero economico dominante contemporaneo ed è stata spesso considerata adeguata a spiegare sia il comportamento umano sia il funzionamento efficiente delle economie di mercato.²⁵

In linea generale, l'origine di tale supposizione si fa risalire ad Adam Smith e alla sua celebre opera "Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni": specificatamente, alcuni passaggi sono stati utilizzati per costruire un intero sistema economico basato sull'idea che i soggetti non solo siano *self-interested*, ma che debbano esserlo per apportare benefici alla società.

²⁴ Ad esempio John Stuart Mill, 'On the Definition of Political Economy, and on the Method of Investigation Proper to It', *Essays on Some Unsettled Questions of Political Economy* (Longmans, Green, Reader, and Dyer 1844), '[Political economy] does not treat the whole of man's nature as modified by the social state, nor of the whole conduct of man in society. It is concerned with him solely as a being who desires to possess wealth, and who is capable of judging the comparative efficacy of means for obtaining that end.'

²⁵ Amartya K Sen, *La Ricchezza Della Ragione: Denaro, Valori, Identità* (Il Mulino 2000), 4. Il saggio in questione era stato pubblicato precedentemente con il nome *Reason before Identity* dalla Oxford University Press (1999).

Non è dalla generosità del macellaio, del birraio o del fornaio che noi possiamo sperare di ottenere il nostro pranzo, ma dalla valutazione che essi fanno dei *propri interessi*.²⁶

In effetti, egli [l'individuo] *non intende, in genere perseguire l'interesse pubblico*, né è consapevole della misura in cui lo sta perseguendo. Quando preferisce il sostegno dell'attività produttiva del suo paese invece di quella straniera, egli mira solo alla propria sicurezza e, quando dirige tale attività in modo tale che il suo prodotto sia il massimo possibile, *egli mira solo al suo proprio guadagno* ed è condotto da una mano invisibile, in questo come in molti altri casi, a perseguire un fine che non rientra nelle sue intenzioni. Né il fatto che tale fine non rientri sempre nelle sue intenzioni è sempre un danno per la società. *Perseguendo il suo interesse*, egli spesso persegue l'interesse della società in modo molto più efficace di quando intende effettivamente perseguirlo.²⁷

Anche se, a parere di alcuni autori, il pensiero di Smith è stato, in parte, travisato per non aver collegato queste riflessioni con altre sue opere, come la “Teoria dei Sentimenti Morali”²⁸, questo rimane una solida base per le attuali teorie economiche.²⁹ Infatti, nonostante Smith riconoscesse il fatto che nell'animo umano, non vi fosse solo l'interesse personale, ma una serie di altri valori come la simpatia, la generosità e il senso del bene comune,

²⁶ Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776) traduzione italiana: *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni* (Isedi 1973), 18 (corsivo aggiunto).

²⁷ *ibid* (corsivo aggiunto).

²⁸ Adam Smith, *Theory of Moral Sentiments* (1759) traduzione italiana: *Teoria dei sentimenti Morali* (Biblioteca Universale Rizzoli 1995).

²⁹ Sen (n 25), 4 ‘[la tesi dell’interesse individuale come spiegazione del comportamento umano] è molto distante dall’autentica posizione di Smith circa la motivazione umana; egli infatti mise in risalto la prevalenza e l’importante ruolo sociale di valori come la simpatia, la generosità, il senso del bene comune e altri valori a valenza sociale.’; Cfr. anche Patricia H Werhane, ‘The Role of Self-Interest in Adam Smith’s *Wealth of Nations*’ (1989) *The Journal of philosophy* 669.

fondamentali per il corretto funzionamento della società, non sembra che questi valori possano e debbano trovare spazio nell'attività economica.³⁰

Se l'unico interesse degli operatori economici è il profitto, qualsiasi forma di cooperazione fra questi non potrà che essere mirata al suo incremento, spesso a scapito della società.³¹ Non riconoscendo la possibilità che gli operatori economici siano guidati da considerazioni diverse dalla massimizzazione del proprio guadagno non si ammette che questi possano coordinarsi per raggiungere obiettivi diversi dall'aumento dei prezzi o restrizione della produzione.

Il sistema legale è fortemente influenzato da queste considerazioni.³² Oltre a non essere tenuti a farsi carico di problematiche o obiettivi di interesse pubblico, gli operatori economici sono addirittura disincentivati a farlo: il loro interesse verso problematiche sociali o ambientali, qualora fosse reale, li distoglierebbe, infatti, dal compito materiale di creazione di ricchezza.³³ Le Linee Diretrici per gli accordi di cooperazione orizzontale della Commissione Europea sono, in questo caso, emblematiche: la cooperazione fra imprese viene ammessa quando non abbia effetti sulla concorrenza o nel

³⁰ Amable (n 22), 13.

³¹ Smith (n 26) 'People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices.'

³² Maurice E Stucke, 'Money, Is That What I Want?: Competition Policy & the Role of Behavioral Economics' (2010) 50 Santa Clara Law Review 101, 108 'Until recently, almost all economic models assumed that people exclusively pursued their material self-interest and did not care about 'social' goals per se.'

³³ Cfr., ad esempio, Sen (n 25), 91 'Possono i codici morali contribuire al successo economico? La risposta che, in larga misura, la scienza economica moderna sembra dare per scontata è senz'altro no. Si suppone infatti che le buone prestazioni sul piano degli affari si basino sul tenace perseguimento del proprio interesse. In effetti, il cosiddetto metodo economico che molti economisti hanno tentato di imporre, non solo in economia ma anche in altre scienze sociali, richiede allo studioso di concepire il comportamento in termini di appagamento delle preferenze e di accorto perseguimento dell'interesse personale, tendendosi alla larga dalle istanze deontologiche poste dalla morale e dei valori'.

caso in cui incentivi l'innovazione o il benessere dei consumatori³⁴, mentre non è contemplata per il raggiungimento di interessi pubblici.³⁵ Nelle Linee Diretrici sull'applicazione dell'articolo 101(3), la Commissione sottolinea che il perseguimento di ulteriori obiettivi contenuti nel trattato (leggasi interessi pubblici) sarà ritenuta ammissibile solamente nel caso in cui questi siano suscumbibili a criteri di efficienza e *consumer welfare*.³⁶

1.2. CRITICHE ALL'IMPOSTAZIONE VIGENTE

L'attuale sistema economico si affida in modo crescente al concetto di concorrenza, assegnandogli connotati principalmente positivi. Nella precedente sezione si è ipotizzato che questo atteggiamento derivi principalmente dalle teorie filosofiche, politiche ed economiche adottate in un determinato contesto. Tuttavia, alcuni dei principi cardine e dei presupposti della teoria economica prevalente in ambito di diritto della concorrenza, non sembrano (più) trovare perfetta corrispondenza con la realtà.

Per quanto riguarda la bipartizione fra attività pubblica e privata e conseguente differenziazione dei compiti, è interessante considerare che, se questa visione poteva essere efficace in passato, non è automatico che lo sia ancora oggi: molti settori ritenuti di esclusiva competenza statale sono stati

³⁴ Linee Diretrici Accordi Cooperazione Orizzontale (n 13), para 2, 'Gli accordi di cooperazione orizzontale possono determinare vantaggi economici sostanziali, in particolare se combinano attività, competenze o attivi complementari. La cooperazione orizzontale tra imprese può costituire uno strumento idoneo a condividere i rischi, ridurre i costi, aumentare gli investimenti, mettere in comune il know-how, aumentare la qualità e la varietà dei prodotti e lanciare più rapidamente le innovazioni sul mercato.'

³⁵ Si richiama a riguardo l'osservazione effettuata *supra* Capitolo 1, par. 3.3. Nelle Linee Diretrici pubblicate nel 2001 era stato riconosciuta l'importanza degli accordi di cooperazione orizzontale fra le imprese per il raggiungimento di obiettivi ambientali. Tale riconoscimento non è stato rinnovato nelle Linee Diretrici del 2011.

³⁶ Commissione Europea, 'Linee Diretrici Sull'applicazione Dell'articolo 81, Paragrafo 3 Del Trattato, [2004] GU C101/97', par. 42 '[...]Gli obiettivi perseguiti da altre disposizioni del trattato possono essere presi in considerazione nella misura in cui possano essere fatti rientrare nelle quattro condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3.'

liberalizzati;³⁷ la complessità e la velocità di cambiamento di alcuni comparti dell'economia³⁸ come pure lo sviluppo di un mercato globale e l'affermazione di imprese multinazionali ha reso davvero ardua la regolamentazione e il controllo, vista l'assenza di un governo mondiale.³⁹

L'idea della concorrenza come spinta naturale dell'uomo, che trova riscontri nelle stesse scienze biologiche ed evoluzionistiche, è stata fermamente criticata.⁴⁰ Sebbene sia innegabile una componente di competitività nell'essere umano, come negli animali dopotutto, stimati etologi e primatologi hanno disapprovato l'utilizzo strumentale delle teorie evoluzionistiche.⁴¹

³⁷ Christopher Townley, 'Is Anything More Important than Consumer Welfare (in Article 81 EC)? Reflections of a Community Lawyer' (2008) 10 Cambridge Yearbook of European Legal Studies 345, 362 'One difficulty raised by a public/private divide is that privatisation and contracting out have transferred tasks previously performed by the state to undertakings operating in the market place.'; Cfr. anche Constanze Semmelmann, 'The Future Role of the Non-Competition Goals in the Interpretation of Article 81 EC' (2008) 1 Global Antitrust Review 15, 34 'Privatisation, liberalisation, and deregulation in many Member States of the EU have drawn more attention to the function of the competition rules.'

³⁸ A riguardo v. Michael Hutchings, 'Too Difficult to Legislate: The Competition Law Implications of Private Sector Regulation Substituting for Government Action' (2012) 33 European Competition Law Review 222; Claassen e Gerbrandy (n 11), 9 'One important reason for assuming moral responsibility [for firms] is that legislators are often too slow or at too far a distance from practice to do be able to effectively regulate social problems'.

³⁹ Colin Scott, Fabrizio Cafaggi e Linda Senden, 'The Conceptual and Constitutional Challenge of Transnational Private Regulation' (2011) 38 Journal of Law and Society 1; Claassen e Gerbrandy (n 11).

⁴⁰ Peter Kropotkin, *Mutual Aid: A Factor of Evolution* (Courier Corporation 2012).

⁴¹ Frans de Waal, 'How Bad Biology Is Killing the Economy' *Economics* (maggio 2016) <<http://economics.com/how-bad-biology-is-killing-the-economy/>> ultimo accesso 30 ottobre 2016, Pubblicato in Italia da Internazionale il 23 settembre 2016, n. 1172 con il titolo 'Solidali per natura'. 'Ovviamente la competizione esiste ma non è l'unica molla che fa agire gli esseri umani.[...] Molti animali vivono in comunità e si aiutano a vicenda, e questo significa che non sempre rispettano la legge del più forte: anche i più forti hanno bisogno dei più deboli. E' un principio che può essere applicato alla nostra specie, se diamo agli esseri umani la possibilità di esprimere il loro lato collaborativo. [...] La cattiva biologia esercita un fascino irresistibile. Chi pensa che la vita sia solo competizione e ritiene che i forti debbano sopravvivere a spese dei deboli abbraccia il darwinismo come supporto alla sua teoria [...] ma ha prodotto una grossolana semplificazione della natura umana. [...] Il messaggio della biologia è che siamo animali destinati a vivere in gruppo e profondamente sociali, crediamo nella giustizia e siamo abbastanza collaborativi da essere

Infine, la stessa validità dell'*homo economicus* come archetipo su cui fondare i principi e i presupposti fondanti del sistema economico è stata sottoposta e serrate critiche. In primo luogo, lo sviluppo della cosiddetta economia comportamentale (*Behavioural Economics*) ha seriamente messo in discussione la supposizione che gli operatori economici operino costantemente secondo razionalità.⁴² In secondo luogo, l'idea che l'essere umano, perlomeno nell'esercizio della sua attività economica, ricerchi solo i propri interessi personali, non è in grado, da un lato di gestire una crescente richiesta, da parte della società civile e delle stesse istituzioni, di un'attività economica più responsabile; dall'altro di spiegare il fenomeno crescente dell'imprenditorialismo sociale e della responsabilità sociale d'impresa.⁴³ Non sembra corretto limitare i motivi che spingono gli operatori economici ad agire alla ricerca del profitto: certamente questo è un aspetto indissolubile dell'attività d'impresa, ma non è sempre l'unico né sempre quello prevalente. Una teoria economica e giuridica fondata sul presupposto logico della massimizzazione del profitto potrebbe non riuscire ad

diventati i padroni del mondo. [...] Invece di mettere gli individui gli uni contro gli altri dovremmo attribuire più importanza alla dipendenza reciproca.'

⁴² Per quanto riguarda la behavioural economics in generale v. Richard H Thaler e Cass R Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (London: Penguin 2009); Per il rapporto fra behavioural economics e diritto della concorrenza: Maurice E Stucke, 'Behavioral Economists at the Gate: Antitrust in the 21st Century' (2007) 38 Loyola University Chicago Law Journal 513; Stucke (n 32); Christopher R Leslie, 'Rationality Analysis in Antitrust' (2010) 158 University of Pennsylvania Law Review 261; Nicolas Petit e Norman Neyrinck, 'Behavioral Economics and Abuse of Dominance: A Proposed Alternative Reading of the Article 102 TFEU Case-Law' (2010) The Global Competition Law Centre Working Papers Series <https://www.coleurope.eu/sites/default/files/uploads/page/gclc_wp_02-10_-_petit__neyrinck.pdf> ultimo accesso 29 ottobre 2016.

⁴³ Per quanto riguarda gli Stati Uniti cfr. *supra* Capitolo 2, par. 2. V. anche Robert T Esposito, 'The Social Enterprise Revolution in Corporate Law: A Primer on Emerging Corporate Entities in Europe and the United States and the Case for the Benefit Corporation' (2013) 4 William & Mary Business Law Review 639; Carlo Borzaga e Jacques Defourny, *The Emergence of Social Enterprise* (Routledge 2004); Jacques Defourny e Marthe Nyssens, 'Social Enterprise in Europe: Recent Trends and Developments' (2008) 4 Social Enterprise Journal 202; Per la situazione europea v. *supra* Capitolo 2, par. 4. Cfr. anche Jacques Defourny e Marthe Nyssens, 'Conceptions of Social Enterprise and Social Entrepreneurship in Europe and the United States: Convergences and Divergences' (2010) 1 Journal of Social Entrepreneurship 32.

accogliere i recenti sviluppi che si sono verificati nel mondo imprenditoriale e in quello della *corporate governance*.

Seppur complicato, sembrerebbe più corretto concludere che nell'essere umano sono presenti sia spinte egoistiche e competitive che istanze di solidarietà, cooperazione e interesse per il bene comune. Se il sistema economico fa leva solo su alcuni aspetti dell'animo umano, per raggiungere i propri obiettivi, non vi è da sorprendersi se questi sono quelli che emergono maggiormente. Al contrario, se si facesse affidamento anche su valori differenti, non sembra irrealistico ipotizzare risultati differenti, se non addirittura opposti.

La linea di ragionamento che si sta seguendo risulta molto meno astratta e utopica se la si ricollega alle nuove forme di *corporate governance* nate proprio per accogliere le esigenze di un nuovo tipo di imprenditorismo, stanco della netta divisione fra profitto e beneficio comune. Queste rappresentano un esempio molto importante di come un processo di trasformazione sia già in corso, i cui risultati dipendono, da un lato dal numero di attività economiche che adotteranno i nuovi modelli e ne faranno propri i principi sostanziali, dall'altro dal supporto che riceveranno dalle istituzioni che operano nel settore. Gli studi sulla varietà di capitalismo suggeriscono che nelle CME il modello *stakeholder* di governo d'impresa non sia un elemento a sé stante del sistema economico e produttivo, ma parte integrante di un sistema di norme e valori che lo supportano.⁴⁴ Le imprese che, invece, operano in un contesto caratterizzato dalle dinamiche delle LME trovano maggiori difficoltà a modificare le modalità con cui gestiscono l'attività d'impresa, sia per quanto riguarda l'obiettivo

⁴⁴ Si pensi ad esempio al sistema finanziario o dell'educazione professionalizzante. V. *supra* Capitolo 1, parr. 1.1. e 1.3.

dell'attività economica, sia per le relazioni con i propri concorrenti.⁴⁵ Colin Donnaruma e Nicholas Partyka esprimono esattamente questa idea quando affermano che si può agire in modo solidale e cooperativo anche all'interno di un sistema di mercato competitivo, ma per fare questo spesso è necessario andare controcorrente e subire uno svantaggio in termini di competitività.⁴⁶

È proprio su questo aspetto che il diritto della concorrenza gioca un ruolo fondamentale. La convinzione prevalente che questo debba servire al mantenimento della competitività dei mercati, un basso livello dei prezzi e al contenimento del potere degli operatori economici, comporta un'esclusione di ogni altra considerazione di tipo politico e sociale.⁴⁷ Anche se l'esclusione di considerazioni socio-politiche non deriva da una loro sottovalutazione, ma dalla convinzione che debbano occuparsene altri settori del diritto, il risultato è una restrizione della libertà di azione degli operatori economici in alcuni ambiti. Non ammettendo che le imprese possano essere spinte da altri interessi e non includendo questi ultimi nella valutazione di politica della concorrenza o nella decisione di casi specifici, in pratica, si impedisce che gli obiettivi di interesse pubblico possano essere raggiunti con la partecipazione degli operatori economici.⁴⁸

Un esempio a sostegno di questa ipotesi è rappresentato da una recente situazione verificatasi nei Paesi Bassi. Nel 2011 il Consiglio dei Diritti Umani delle Nazioni Unite adottò all'unanimità i principi guida del rapporto fra attività d'impresa e diritti umani (*United Nations Guiding Principles on*

⁴⁵ V. *supra* Capitolo 1, par. 2.2. e 3.1.

⁴⁶ Donnaruma e Partyka (n 8), 49 'once certainly can act in a solidaristic and cooperative manner within a competitive market system, but to do so often means having to go against the grain and place oneself at a competitive disadvantage.'

⁴⁷ Giuliano Amato, *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market* (Hart Publishing 1997); Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law* (n 21); Whish e Bailey (n 9). Cfr. *supra* Capitolo 1, par. 3.3.

⁴⁸ Anna Gerbrandy, 'Competition Law and Sustainable Development. An Inquiry by Legal Essay.' <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2398962> ultimo accesso 27 ottobre 2016.

Business and Human Rights), che rappresentano la prima iniziativa di responsabilizzazione dell'attività d'impresa nel rispetto dei diritti umani appoggiata dalle Nazioni Unite.⁴⁹ Le linee guida si fondano su tre pilastri: l'obbligazione degli Stati a proteggere i diritti umani; l'impegno e la responsabilità per le imprese a rispettarli; l'accesso a effettivi rimedi giurisdizionali nel momento in cui tali diritti non siano rispettati. Il governo olandese è in prima linea nella loro implementazione tramite un piano nazionale (*National Action Plan*) che, fra le altre cose, incoraggia e favorisce la conclusione di accordi, su base volontaria, fra le istituzioni, le imprese e le organizzazioni non governative operanti in diversi settori industriali, per rafforzare la responsabilità sociale delle imprese stesse.⁵⁰ Il primo accordo è stato concluso nel giugno del 2016 per il settore tessile, mentre altri quattro (settore finanziario, alimentare, legname e carta, metalli ed elettronica) sono in fase conclusiva.⁵¹ Durante le negoziazioni degli accordi, il diritto della concorrenza era percepito come uno dei maggiori ostacoli, in quanto vi è il fondato rischio che l'accordo sia, in seguito,

⁴⁹ Human Rights Council, 'UN Guiding Principles on Business and Human Rights' (United Nations 2011) <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf> ultimo accesso 2 novembre 2016. Lo Human Rights Council ha adottato il framework proposto dal UN Special Representative on business and human rights John Ruggie. V. Human Rights Council, 'Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights' (United Nations 2008) <<https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>> ultimo accesso 2 novembre 2016; John Ruggie, 'The UN "Protect, Respect and Remedy" Framework for Business and Human Rights' (2010) <<https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-protect-respect-remedy-framework.pdf>> ultimo accesso 2 novembre 2016.

⁵⁰ Dutch Ministry of Foreign Affairs, 'National Action Plan on Business and Human Rights' 9–10 <<https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/netherlands-national-action-plan.pdf>> ultimo accesso 29 ottobre 2016. 'We can achieve the most if parties with different interests and target groups have a shared agenda and work together. Where the government can offer added value, it will bring parties and interests together. For example, through sector risk analysis it can check high-risk Dutch sectors for due diligence, enabling companies, civil society organisations and other stakeholders in these sectors to join forces.'

⁵¹ Cees van Dam, 'Statutory Human Rights Due Diligence Duties in the Netherlands' <https://www.rsm.nl/fileadmin/Images_NEW/Sites/Chair_IBHR/Publications/Van_Dam_-_Statutory_HRDD_duties_in_NL.pdf> ultimo accesso 29 ottobre 2016.

ritenuto restrittivo della concorrenza e sanzionato in modo incisivo dalla Commissione Europea o dall'autorità olandese.⁵²

Alcune decisioni della Commissione Europea confermano questo timore. Ad esempio, nel caso *Consumer Detergents*, due importanti aziende (Unilever e Procter & Gambling) furono sanzionate con una multa da più di 300 milioni di euro per una pratica restrittiva della concorrenza emersa durante un'iniziativa per ridurre il peso e i materiali di confezionamento dei detersivi, per raggiungere un obiettivo ambientale.⁵³ Secondo la Commissione, le imprese, sfruttarono l'occasione dell'iniziativa sostenibile per accordarsi sul non abbassamento dei prezzi durante il periodo di attuazione dell'iniziativa, in modo tale da mantenere la stessa posizione sul mercato.⁵⁴ Nella decisione della Commissione Europea non vi è nessun bilanciamento fra la restrizione della concorrenza (che consiste, notare bene, non nell'aumento i prezzi, ma nella non diminuzione nel periodo di transizione) e il beneficio ambientale della riduzione di peso e materiale da imballaggio. Senza voler esonerare le imprese dalla loro responsabilità di rispettare la legge, questo esempio mostra come, alla situazione attuale, pratiche di sostenibilità ambientale o di rispetto di diritti umani possano non

⁵² *ibid* 'During the negotiations on covenants, competition law appeared to pose a major obstacle, as a covenant could be perceived as an agreement that may aim or result in preventing, restricting or distorting competition on the Dutch market.'

⁵³ Decisione della Commissione Europea, Caso COMP/39.579 - *Consumer detergents*, C(2011) 2528 final, par. 5, 'The infringement is connected to the implementation of an environmental initiative as a result of which dosage and weight reductions of HDD low suds powder and corresponding packaging material were implemented (the AISE initiative).'

⁵⁴ *ibid*, par. 6, 'Henkel, P&G and Unilever sought to achieve market stabilisation by ensuring that none of them would use the environmental initiative to gain competitive advantage over the others and that market positions would remain at the same level as prior to actions taken within the environmental initiative (in particular the compaction of products).'

essere portate a termine proprio per il timore di sanzioni di diritto della concorrenza.⁵⁵

È interessante confrontare questa situazione con quella, già descritta nel primo capitolo, del caso *CECED*.⁵⁶ In quest'ultimo, la Commissione Europea aveva esentato dall'applicazione dell'articolo 101(1) un accordo fra i produttori di lavatrici rappresentanti il 95% del mercato, che si impegnavano a non importare e produrre lavatrici che non rispettassero determinati standard ambientali di efficienza energetica. Per la legislazione concorrenziale, un accordo che esclude la produzione di un prodotto o ne vieta l'importo rappresenta una violazione di grado equivalente, se non più grave, della decisione di non alzare i prezzi per un determinato periodo di tempo.⁵⁷ Tuttavia, nel caso *CECED* la Commissione permise l'accordo, mentre in *Consumer Detergents* le parti furono sanzionate.⁵⁸ Si possono ipotizzare almeno due ragioni per spiegare questo diverso atteggiamento: innanzitutto, il primo venne deciso nel 2000 quando era ancora in vigore il controllo *ex ante* della Commissione e l'obbligo di notifica, mentre il secondo nel 2011, e quindi dopo l'approvazione del Regolamento 1/2003 e il passaggio al controllo *ex post*. Se, dunque, ieri le imprese potevano fare affidamento sulle decisioni della Commissione prima di implementare un accordo con profili problematici dal punto di vista concorrenziale, oggi devono auto-valutare l'accordo, con le conseguenze che da questo derivano.⁵⁹ La seconda ragione consiste nel diverso approccio che la

⁵⁵ Hutchings (n 38), 225 'Without in any way exonerating the particular individuals in the companies concerned, nevertheless it is a wake-up call for officials who have to find a way of encouraging useful initiatives like this with due deference to the competition rules; at the moment it appears that the tail (competition law) is wagging the dog (socially beneficial policy objectives).'

⁵⁶ *CECED*, (Caso IV.F.1/36.718), Decisione della Commissione 2000/475/CE, [2000], GU L187/47. Cfr. *supra* Capitolo 1, par. 3.2.1.

⁵⁷ Whish e Bailey (n 9).

⁵⁸ Thomas Lübbing, 'Sustainable Development and Competition Policy' (2013) 4 Journal of European Competition Law & Practice 1.

⁵⁹ Cfr. *supra* Capitolo 1, par. 3.3.

Commissione Europea ha adottato nei confronti del bilanciamento di interessi pubblici.⁶⁰

La minor certezza per le imprese è altresì causata dal conflitto interpretativo fra Commissione Europea e Corte di Giustizia: se, infatti, la prima dichiara ufficialmente che l'unico obiettivo della concorrenza è l'incremento del *consumer welfare*, la seconda non ha smentito la propria giurisprudenza sulla possibilità di considerare anche interessi pubblici nella valutazione di compatibilità di un accordo con le regole concorrenziali.⁶¹

Per questo motivo è necessario chiarire quali sono le pratiche ammesse e modificare l'approccio del diritto della concorrenza nei confronti della cooperazione per il raggiungimento di interessi pubblici. Utilizzando le parole di Anna Gerbrandy:

*If the boundaries of competition law are too strict [...] then these boundaries need to be reset. If the boundaries are unclear, because their interpretation is uncertain, the interpretation needs to be clarified. The problem, in both instances, is a limitation on initiatives or at the very least, a higher burden for undertakings as they seek needed clarity.*⁶²

Alcuni cambiamenti potrebbero essere intrapresi sulla base della legislazione esistente e con gli strumenti da questa forniti; altri necessiterebbero di una riforma della legislazione sostanziale o dell'adozione di nuove regole procedurali. Nei seguenti paragrafi, a

⁶⁰ V. *supra* Capitolo 1, par. 3.3. Cfr anche Christopher Townley, *Article 81 EC and Public Policy* (Bloomsbury Publishing 2009).

⁶¹ V. *supra* Capitolo 1, par. 3.3. Cfr. anche Anne C Witt, 'Public Policy Goals Under EU Competition Law—Now Is the Time to Set the House in Order' (2012) 8 *European Competition Journal* 443.

⁶² Gerbrandy, 'Competition Law and Sustainable Development. An Inquiry by Legal Essay.' (n 48) 10.

partire dall'esperienza olandese, si proverà a spiegare come la chiarificazione delle regole potrebbe essere effettuata dalla Commissione Europea e quali strumenti potrebbe utilizzare. Infine, verranno presentate possibili soluzioni alternative.

2. CERCANDO UN NUOVO EQUILIBRIO

2.1. SITUAZIONE OLANDESE

I Paesi Bassi sono lo Stato che maggiormente si è attivato per chiarire la compatibilità di accordi che perseguono obiettivi di interesse pubblico con la legislazione della concorrenza. La prima situazione di contrasto si presentò nel 2003 con un accordo di cooperazione orizzontale fra pescatori per l'adozione di pratiche sostenibili nei metodi e nella quantità di gamberetti pescati.⁶³ Nel caso di specie, l'autorità olandese garante della concorrenza (ACM - *Autoriteit Consument & Markt*) ritenne la pratica incompatibile con il diritto della concorrenza e sanzionò i partecipanti.⁶⁴

Una situazione simile si verificò nel 2013 nell'ambito di adozione dell'accordo sull'energia per una crescita sostenibile (*Energy Agreement for Sustainable Growth*).⁶⁵ L'accordo, guidato dal governo olandese, ricomprendeva associazioni di rappresentanza di lavoratori, datori di lavoro, imprese, organizzazioni non governative di interesse ambientale e prevedeva, fra le altre cose, la chiusura, in modo coordinato, di cinque

⁶³ Maarten Pieter Schinkel e Yossi Spiegel, 'Can Collusion Promote Sustainable Consumption and Production?' (2016) *International Journal of Industrial Organization*, articolo in fase di pubblicazione; al momento è accessibile su <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167718716300327>> ultimo accesso 30 agosto 2016.

⁶⁴ Dutch Authority for Consumers & Market (ACM), 'NMa Fines Shrimp Wholesalers and Shrimp Fishery Industry Due to Price Agreements' (2003) <<https://www.acm.nl/en/publications/publication/5980/NMa-Fines-Shrimp-Wholesalers-and-Shrimp-Fishery-Industry-Due-to-Price-Agreements/>> ultimo accesso 30 ottobre 2016. Cfr. anche AA. VV., 'The North Sea Brown Shrimp Fisheries Study' (Directorate-General for Internal Policies, Policy Department, Structural and Cohesion Policies 2011) <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/460041/IPOL-PECH_ET\(2011\)460041_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/460041/IPOL-PECH_ET(2011)460041_EN.pdf)> ultimo accesso 30 ottobre 2016.

⁶⁵ Sociaal-Economische Raad (SER), 'Energy Agreement for Sustainable Growth: Implementation of the Energy Agreement' (2013) <<https://www.ser.nl/en/publications/publications/2013/energy-agreement-sustainable-growth.aspx>> ultimo accesso 30 ottobre 2016.

centrali a carbone, per incentivare la produzione di energia tramite fonti rinnovabili. Nell'ambito dell'accordo, venne chiesto un parere all'ACM, che, in una decisione informale, lo ritenne incompatibile con le regole concorrenziali nazionali,⁶⁶ in quanto la chiusura degli impianti avrebbe fatto aumentare i costi dell'energia e, di conseguenza, provocato un danno ai consumatori non controbilanciato dai benefici ambientali.⁶⁷

A seguito di queste incompatibilità, nel 2014 il Ministro dell'Economia adottò una decisione, indirizzata all'ACM, contenente nuove regole di politica della concorrenza per quanto concerne l'applicazione della legislazione nazionale nei confronti di accordi di cooperazione conclusi con scopi di sostenibilità ambientale.⁶⁸ La decisione del Ministro dell'Economia richiede espressamente all'ACM di tenere in considerazione i benefici di lungo periodo per i consumatori nel momento in cui valuta accordi con scopi di sostenibilità ambientale. Successivamente, la ACM implementò delle linee guida (*Vision Document*) sul rapporto fra concorrenza e sostenibilità, in modo tale da spiegare in quale misura le iniziative sostenibili delle imprese siano compatibili con il diritto della concorrenza.⁶⁹

⁶⁶ Si consideri che la legislazione olandese sulla concorrenza rispecchia perfettamente le norme contenute nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (Articolo 101 e 102).

⁶⁷ Dutch Authority for Consumers & Market (ACM), 'Analysis by the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) of the Planned Agreement on Closing down Coal Power Plants from the 1980s as Part of the Social and Economic Council of the Netherlands' SER Energieakkoord' (2013) <<https://www.acm.nl/en/download/publication/?id=12082>> ultimo accesso 30 ottobre 2016; Cfr. anche Erik Kloosterhuis e Machiel Mulder, 'Competition Law and Environmental Protection: The Dutch Agreement on Coal-Fired Power Plants' (2015) 11 Journal of Competition Law and Economics 855; Hans Vedder, 'Sustainable Competition Law; Competition Law Kills Coal Closure Plan, or Does It?' (2013) <europeanlawblog.eu/?p=1974> ultimo accesso 30 ottobre 2016.

⁶⁸ Dutch Minister of Economic Affairs, 'Policy Rule on Competition and Sustainability' (Dutch Government 2014) <<https://www.acm.nl/en/download/attachment/?id=11880>>, ultimo accesso 30 ottobre 2016. (Policy Rules on Competition and Sustainability).

⁶⁹ Dutch Authority for Consumers & Market (ACM), 'Vision Document on Competition and Sustainability' (2014) <<https://www.acm.nl/en/publications/publication/13077/Vision-document-on-Competition-and-Sustainability/>> ultimo accesso 30 ottobre 2016.

In questo modo, sia il governo olandese che la ACM riconoscono, in primo luogo, l'importanza della cooperazione fra operatori economici per la risoluzione di problematiche ambientali. Secondo il Ministro olandese, la cooperazione deve essere incentivata perché operatori economici di piccole dimensioni non hanno le capacità di intraprendere tali iniziative in modo individuale o perché, imprese che hanno interesse a limitare le esternalità negative della loro attività, sono dissuase dal fatto che i consumatori potrebbero passare alla variante non-sostenibile, qualora l'impresa includa i maggiori costi di produzione nel prezzo del prodotto: questo potrebbe comportare una perdita di quota di mercato o di profitto.⁷⁰ In secondo luogo, l'iniziativa riconosce lo stretto legame che intercorre fra iniziative private di collaborazione per il raggiungimento di obiettivi di interesse pubblico e il diritto della concorrenza: se non interpretato correttamente, quest'ultimo potrebbe rappresentare un ostacolo al diffondersi di tali pratiche.⁷¹

Le linee guida e le regole di politica della concorrenza emanate nel 2014 sono ora sotto revisione, dopo essere state sottoposte a numerose critiche per essersi dimostrate incapaci di esentare accordi di cooperazione con obiettivi di sostenibilità.⁷² Un esempio è il parere negativo, emesso dall'ACM nel 2015, riguardo un possibile accordo fra allevatori, mattatoi e

⁷⁰ Policy Rules on Competition and Sustainability (n 68), 4 'Different reasons for cooperation with regard to sustainability are conceivable such as situations where smaller market participants are not able to take such initiatives on their own [...]. Another reason for cooperation between competing firms with regard to sustainability may be that a firm wishes to limit or prevent negative external effects, but that it decides not to go at it alone, because consumers are likely to switch to the non-sustainable variant if the firm includes the increased production costs (because of the more sustainable production method) in the price of its product.'

⁷¹ Anna Gerbrandy, 'The Netherlands Move Ahead with Competition and Sustainability' (2016) <<http://blog.renforce.eu/index.php/nl/2016/02/23/the-netherlands-move-ahead-with-competition-and-sustainability/>> ultimo accesso 25 agosto 2016. Cfr. anche Schinkel and Spiegel (n 63).

⁷² Jordy de Meij, 'Minister of Economic Affairs Published a Draft Policy Rule on Competition and Sustainability for Consultation' (2016) <<http://www.stibbe.com/en/news/2016/january/minister-of-economic-affairs-published-a-draft-policy-rule-on-competition-and-sustainability-for-co>> ultimo accesso 30 ottobre 2016.

supermercati, rispetto alle condizioni di allevamento del pollame.⁷³ L'accordo era emerso a seguito di uno scandalo pubblico sulle condizioni di allevamento industriale dei polli.⁷⁴ Nonostante in principio l'ACM avesse accolto l'iniziativa e avesse considerato che i consumatori sono effettivamente disposti a pagare un prezzo superiore per carne prodotta in maniera sostenibile, ritenne, in definitiva, che l'accordo non avrebbe beneficiato i consumatori e che era quindi incompatibile con la legislazione antitrust.⁷⁵

La proposta di modifica del Ministro olandese contiene innovazioni sostanziali, come la possibilità di considerare non solo miglioramenti quantitativi, ma anche qualitativi e, soprattutto, il requisito di tenere in considerazione, nella valutazione dell'anti-concorrenzialità di un accordo, non solo il beneficio per i singoli consumatori del prodotto, ma per l'intera società, a prescindere dal mercato rilevante.⁷⁶ Tuttavia, la riforma delle regole di politica di concorrenza, che dovrebbe essere emanata entro la fine del 2016, conterrà modifiche meno incisive di quanto proposto dal Ministro, anche a seguito del parere negativo pervenuto durante la consultazione pubblica da parte dell'ACM e, soprattutto, della Commissione Europea:

There are however certain limits as to how competition law - as compared with other legal instruments - can take sustainability into

⁷³ Dutch Authority for Consumers & Market (ACM), 'ACM's Analysis of the Sustainability Arrangements Concerning the "Chicken of Tomorrow"' (2015) <<https://www.acm.nl/en/publications/publication/13789/ACMs-analysis-of-the-sustainability-arrangements-concerning-the-Chicken-of-Tomorrow/>> ultimo accesso 30 ottobre 2016.

⁷⁴ Schinkel e Spiegel (n 63).

⁷⁵ *ibid*, 4 'Although the ACM welcomed the initiative, it considered the supermarkets' agreement to remove regular chicken meat from their shelves an unnecessary restraint of competition and concluded that although consumers are prepared to pay more for sustainable chicken meat, on balance they would not benefit from the initiative.'

⁷⁶ Sarah Beeston e Celine van der Weide, 'New Developments Policy Rules on Competition and Sustainability' (2016) <https://www.vandoorne.com/en/knowledgesharing/news/2016_q2/new-developments-policy-rules-on-competition-and-sustainability/> ultimo accesso 30 ottobre 2016.

account. The relevant Treaty articles on competition do not empower the Commission, or the national competition authorities, to enter into delicate balancing acts weighing sometimes contradictory public interests when assessing such initiatives by business. EU competition law, however, allow us to take into account sustainability concerns when and to the extent that these also are perceived as benefits in the eyes of the actual consumers in the relevant market [...]. Within these limits, companies can develop their corporate social responsibility to further sustainability objectives. If certain policy goals are considered valuable for society as a whole, while not by the consumers in the relevant market, regulation is the right tool to safeguard them and not competition law. In other words, competition law does not stand in the way of regulation to achieve these goals, but cannot substitute for the absence of such regulation.⁷⁷

La posizione della Commissione Europea è perfettamente in linea con i cambiamenti avvenuti negli ultimi quindici anni nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto della concorrenza esaminati nel primo capitolo;⁷⁸ tuttavia, sarebbe erroneo ritenerla come l'unica corretta o possibile. Come si è cercato di mostrare, sempre nel primo capitolo,⁷⁹ il diritto della concorrenza è stato interpretato e applicato in modi molto differenti da quelli attuali. L'inclusione di una visione di lungo periodo sui benefici della restrizione della concorrenza o la considerazione di interessi ulteriori da quello dei soli consumatori del prodotto in questione non è

⁷⁷ Lettera del 26 febbraio 2016 del Direttore Generale della Direzione Generale Concorrenza Johannes Laitenberger, indirizzata al Segretario Generale del Ministero olandese dell'Economia Maarten Camps, COMP/A4/D*011157, disponibile su <<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2016/02/26/brief-eu-over-mededinging-en-duurzaamheid>> ultimo accesso 30 ottobre 2016.

⁷⁸ V. *supra* Capitolo 1, par. 3.3.

⁷⁹ *ibid*, par. 3.2.

incompatibile con il diritto della concorrenza in sé, ma con una visione e interpretazione di questo.⁸⁰

2.2. POSSIBILITÀ PER LA COMMISSIONE EUROPEA

In passato, la Commissione Europea aveva già tenuto in considerazione interessi pubblici.⁸¹ L'adozione del Trattato di Lisbona e il rafforzamento delle *policy-linking clauses* sembra incentivare una lettura integrata delle norme antitrust con le altre disposizioni dei trattati.⁸² Di conseguenza, nonostante l'attuale posizione della Commissione non sembri lasciare spazio all'inclusione di interessi pubblici nell'applicazione del diritto antitrust europeo, è interessante mostrare come la Commissione potrebbe modificare il proprio approccio e a quali strumenti potrebbe fare ricorso.

Un primo strumento è costituito, come nel caso olandese, dalla possibilità di emanare specifiche linee guida sull'argomento. Questi strumenti di *soft law* non vincolerebbero la Corte di Giustizia, né le corti e le autorità garanti nazionali, ma permetterebbero agli operatori economici di comprendere la posizione della Commissione Europea riguardo il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico tramite accordi di cooperazione.⁸³ La pubblicazione di

⁸⁰ Cfr. a riguardo Hubert Buch-Hansen e Angela Wigger, 'Revisiting 50 Years of Market-Making: The Neoliberal Transformation of European Competition Policy' (2010) 17 *Review of International Political Economy* 20; Wigger e Buch-Hansen (n 14).

⁸¹ Cfr. *supra* Capitolo 1, par. 3.2.1.; v. a riguardo Townley, *Article 81 EC and Public Policy* (n 60), 141-175.

⁸² Cfr. *supra* Capitolo 1, par. 3.3.; v. Giorgio Monti, 'EU Competition Law from Rome to Lisbon – Social Market Economy' in *Aims and Values in Competition Law* (Djoef Publishing 2013); Saskia Lavrijssen, 'What Role for National Competition Authorities in Protecting Non-Competition Interests after Lisbon?' (2010) *European Law Review* 636, 2; Gerbrandy, 'Competition Law and Sustainable Development. An Inquiry by Legal Essay.' (n 48), 12; Witt (n 61), 465.

⁸³ Linee Diretrici articolo 81(3) (n 36), para 4 'Le presenti linee direttrici illustrano l'interpretazione della Commissione riguardo alle condizioni per l'esenzione prevista dall'articolo 81, paragrafo 3 del trattato. Esse pertanto offrono indicazioni su come essa applicherà l'articolo 81 nei singoli casi. Pur non essendo vincolanti, le presenti linee direttrici sono destinate anche a fornire un orientamento alle giurisdizioni ed alle autorità degli Stati membri per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafi 1 e 3 del trattato.'

Guidelines non rappresenta l'unico strumento nelle mani della Commissione: specifiche caratteristiche del Regolamento 1/2003 potrebbero servire tale scopo.

Ad esempio, il considerando numero 38 stabilisce che, per aumentare la certezza del diritto per le imprese, la Commissione Europea possa fornire un "orientamento informale" nei "casi che danno adito a una reale incertezza perché presentano quesiti nuovi o non risolti" nell'applicazione della legislazione antitrust.⁸⁴ Tenendo presente l'incongruenza fra l'attuale prassi della Commissione Europea e la giurisprudenza della Corte di Giustizia,⁸⁵ la discrasia fra le iniziative olandesi e la posizione della Commissione e l'acceso dibattito accademico sul tema,⁸⁶ sembra ragionevole considerare l'argomento come controverso e non risolto.

⁸⁴ Regolamento del Consiglio (CE) 1/2003 del 16 Dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, [2003] GU L1/1, Considerando numero 38, 'La certezza del diritto per le imprese che operano nel quadro delle regole di concorrenza comunitarie contribuisce alla promozione dell'innovazione e degli investimenti. Nei casi che danno adito ad una reale incertezza perché presentano quesiti nuovi o non risolti circa l'applicazione di dette regole, è possibile che le singole imprese desiderino ottenere dalla Commissione un orientamento informale. Il presente regolamento lascia impregiudicata la capacità della Commissione di fornire un siffatto orientamento' (Regolamento 1/2003).

⁸⁵ Cfr. *supra* Capitolo 1, par 3.3.; V. a proposito Witt (n 61); Townley, *Article 81 EC and Public Policy* (n 60).

⁸⁶ Per quanto riguarda l'inclusione di interessi pubblici nel diritto della concorrenza v.: Giorgio Monti, 'Article 81 EC and Public Policy' (2002) 39 Common Market Law Review 1057; Wigger e Nölke (n 19); Wigger e Buch-Hansen (n 14); Townley, 'Is Anything More Important than Consumer Welfare (in Article 81 EC)?' (n 37); Townley, *Article 81 EC and Public Policy* (n 60); Christopher Townley, 'Coordinated Diversity: Revolutionary Suggestions for EU Competition Law (and for EU Law Too)' (2014) 33 Yearbook of European Law 194; Lavrijssen (n 82); Witt (n 61); Gerbrandy, 'Competition Law and Sustainable Development. An Inquiry by Legal Essay.' (n 48); Anna Gerbrandy, 'Addressing the Legitimacy Problem for Competition Authorities Taking into Account Non-Economic Values: The Position of the Dutch Competition Authority' [2015] European law review 769; Suzanne Kingston, *Greening EU Competition Law and Policy* (Cambridge University Press 2011); Daniel Zimmer, *The Goals of Competition Law* (Edward Elgar Publishing 2012); Suzanne Kingston, 'Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition Isn't Special' (2010) 16 European Law Journal 780; Claassen e Gerbrandy (n 11); Hans Vedder, *Competition Law and Environmental Protection in Europe: Towards Sustainability?* (Europa Law Pub 2003); di diversa opinione invece: Whish e Bailey (n 9); Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law* (n

Un terzo strumento è rappresentato dall'articolo 10 del Regolamento 1/2003. Questo prevede che, “per ragioni di interesse pubblico comunitario relative all'applicazione” dell'articolo 101, la Commissione possa, mediante decisione, esentare un accordo dall'applicazione della legislazione antitrust.⁸⁷ La Commissione Europea non ha mai fatto ricorso, per il momento, a tale strumento, probabilmente per il timore che possa riportare in auge il precedente sistema di notificazione-esenzione, eliminato con il Regolamento 1/2003.⁸⁸ Fulcro della questione è stabilire cosa possa rientrare nella definizione di interesse pubblico comunitario. Parte della dottrina, basandosi su un'interpretazione letterale, esclude la possibilità di utilizzare l'articolo 10 per esentare accordi restrittivi con obiettivi di interesse pubblico;⁸⁹ tuttavia, una lettura congiunta dell'articolo 10 e del considerando 14 dello stesso Regolamento⁹⁰ potrebbe portare a conclusioni differenti.⁹¹ Il considerando 14 prevede la possibilità per la Commissione di

21); Okeoghene Odudu, 'The Wider Concerns of Competition Law' (2010) *Oxford Journal of Legal Studies* 1; Amato (n 47); Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (Basic Books 1978); Richard A Posner, *Antitrust Law* (University of Chicago Press 1976).

⁸⁷ Regolamento 1/2003, Articolo 10, 'Constatazione di inapplicabilità - Per ragioni di interesse pubblico comunitario relative all'applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato, la Commissione, d'ufficio, può stabilire mediante decisione che l'articolo 81 del trattato è inapplicabile a un accordo, a una decisione di un'associazione di imprese o a una pratica concordata, o perché le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato non sono soddisfatte, o perché sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato. La Commissione può effettuare una tale constatazione anche in relazione all'articolo 82 del trattato.'

⁸⁸ Whish e Bailey (n 9).

⁸⁹ Semmelmann (n 37), 43 'It follows clearly from the wording of the Article in the regulation itself that the public interest must be related to the application of Article 81 and 82 EC, which can be by no means interpreted as where the public interest within the meaning of other Treaty goals so requires.'

⁹⁰ Regolamento 1/2003, Considerando 14, 'Può inoltre essere utile, in casi eccezionali dettati da ragioni di interesse pubblico comunitario, che la Commissione adotti decisioni di natura dichiarativa in ordine all'inapplicabilità del divieto di cui all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato, al fine di rendere chiara la legislazione e di garantirne un'applicazione coerente nella Comunità, in particolare per quanto riguarda nuovi tipi di accordi o di pratiche non consolidati nella giurisprudenza e prassi amministrativa esistenti.'

⁹¹ Heike Schweitzer, 'Competition Law and Public Policy: Reconsidering an Uneasy Relationship: The Example of Art. 81' [2007] SSRN 1092883 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1092883> ultimo accesso 3 novembre

adottare decisioni riguardo l'inapplicabilità dell'articolo 101 "per rendere chiara la legislazione" o in presenza di "nuovi tipi di accordi o di pratiche non consolidati nella giurisprudenza e prassi amministrativa esistenti". Sembrerebbe corretto far rientrare fra questi anche gli accordi con obiettivi di interesse pubblico, come quelli di sostenibilità e protezione ambientale.⁹²

Infine, un ulteriore strumento potrebbe essere fornito dall'articolo 9 del Regolamento 1/2003 che prevede la possibilità per la Commissione Europea di adottare una decisione (*Commitment Decision*) con la quale rende giuridicamente vincolanti gli impegni che le imprese sotto investigazione offrono per scogliere le preoccupazioni riguardanti le restrizioni della concorrenza.⁹³ Presupposto per l'utilizzo della *commitment decision* è la presunta esistenza di un'infrazione alle norme di concorrenza: al fine di evitare una sanzione, le imprese possono proporre alla Commissione l'assunzione di impegni capaci di rispondere alle preoccupazioni espresse da quest'ultima. Autorevole dottrina ha rilevato come, nella prassi, operari un diverso meccanismo procedimentale in cui gli impegni offerti dalle imprese sono concordati in precedenza e in modo informale con la Commissione.⁹⁴

2016; Semmelmann (n 37), 43 'Some authors have proposed this instrument as a tool for deciding the role and impact of non-competition goals in the interpretation of Article 81 EC. If the public interest related to the application of Article 81 and 82 EC is understood as the public interest of the Community in the clarification and consistency of the question under the new enforcement regime, this provision may indeed be used to reach a clarifying decision regarding the role of non-competition policies by the Commission.' Cfr. anche la nota 193 che riporta la letteratura tedesca a riguardo.

⁹² Articolo 3, comma 3 del Trattato sull'Unione Europea. 'L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo *sviluppo sostenibile* dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un *elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente*. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico.' (corsivo aggiunto).

⁹³ Regolamento 1/2003, articolo 9 'Qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese.'

⁹⁴ A riguardo v. Christopher J Cook, 'Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9' (2006) 29 World Competition 209, 216-217 'In practice, however, it appears that, at least in some cases, the preliminary assessment will be a largely symbolic

Alcuni autori hanno individuato in questa anomalia procedimentale un possibile rischio di abuso di potere pubblico.⁹⁵ Indipendentemente dall'opportunità e dalla legittimità della prassi, il meccanismo offerto dall'articolo 9 potrebbe risultare rilevante anche nell'ambito di accordi di cooperazione per il raggiungimento di interessi pubblici: la Commissione, rilevati aspetti anti-concorrenziali degli accordi, potrebbe cercare di limitarli senza dover sacrificare completamente il raggiungimento di interessi pubblici. Il rapporto dialettico fra le imprese coinvolte nell'accordo e la Commissione potrebbe fornire un'ottima base per trovare un equilibrio fra protezione della concorrenza e perseguimento di interessi pubblici, al fine di creare il miglior risultato per la società. I soggetti terzi avrebbero la possibilità di intervenire nel procedimento presentando osservazioni prima della pubblicazione ufficiale della decisione:⁹⁶ questa possibilità potrebbe

document that is not a central element of the Article 9 process. In the Coca-Cola case, the Commission delivered its preliminary assessment on 15 October 2004. The companies submitted commitments formally in response on 19 October 2004. It was reported that discussions between the Commission and the addressees of the Coca-Cola decision over draft commitments had already been ongoing for several months and that in fact the Commission had already consulted with interested third parties on draft commitments. Thus, it appears that the proposed commitments had, in fact, already been agreed before the Commission issued its preliminary assessment.' A riguardo cfr. anche Giacomo Di Federico, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa* (Editoriale Scientifica 2008), 365.

⁹⁵ Wouter PJ Wils, 'Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions Under Article 9 of Regulation No. 1/2003' (2006) 29 *Word Competition* 345, 351 'The third risk of excessive use of commitment decisions relates to the possible temptation for competition authorities, or their staff, to try to obtain desired results beyond the scope of their legal powers.' Cfr. anche Miguel Sousa Ferro, 'Committing to Commitment Decisions-Unanswered Question on Article 9 decisions' (2006) 26 *European Competition Law Review* 451, 459 'Commitment Decisions have been raising concerns that they may be used to take European Competition Law several steps forward, to a level it was not intended to reach.' V. anche Di Federico (n 94), 367 'Certo, sono le società medesime ad offrire gli impegni ma, nella pratica, la proposta appare tutt'altro che 'spontanea', posto che, in alternative, esse si assoggetterebbero con ogni probabilità ad una procedura d'infrazione.'

⁹⁶ Regolamento 1/2003, articolo 27, comma 4 'La Commissione, qualora intenda adottare una decisione ai sensi degli articoli 9 o 10, pubblica un'esposizione sommaria dei fatti e il contenuto essenziale degli impegni o dell'azione proposta. I terzi interessati possono presentare le loro osservazioni entro un termine stabilito dalla Commissione all'atto della pubblicazione e che non può essere inferiore a un mese. La pubblicazione deve

garantire che ulteriori soggetti, interessati o all'aspetto restrittivo della concorrenza o al perseguimento dell'interesse pubblico, possano partecipare alla definizione degli impegni e al raggiungimento del miglior bilanciamento fra gli interessi in gioco. Infine, il bilanciamento fra le restrizioni della concorrenza e il perseguimento di interessi pubblici dovrebbe essere esplicitato nella decisione in modo tale che, a seguito della sua pubblicazione, vi possa essere uno scrutinio da parte della Corte di Giustizia.⁹⁷

Vi sono, tuttavia, delle criticità nelle possibilità appena esposte che non possono essere trascurate. È vero che in passato la Commissione ha tenuto in considerazione interessi pubblici nell'applicazione del diritto della concorrenza europeo; ma è anche vero che questo è avvenuto fintantoché la Commissione ha esercitato una competenza esclusiva nella sua applicazione.⁹⁸ A seguito dell'adozione del Regolamento 1/2003, il diritto antitrust europeo è applicato da ventotto autorità nazionali e migliaia di corti sparse per tutto il territorio dell'Unione.⁹⁹ Concedere a questi soggetti la possibilità di non applicare il diritto della concorrenza a fronte di interessi pubblici rischierebbe di minare l'uniforme applicazione del diritto, con

tener conto del legittimo interesse delle imprese alla protezione dei propri segreti aziendali.'

⁹⁷ Regolamento 1/2003, considerando 33 '[...]tutte le decisioni adottate dalla Commissione in applicazione del presente regolamento sono soggette al controllo della Corte di giustizia alle condizioni definite dal trattato.'

⁹⁸ Okeoghene Odudu, 'Article 81 (3) Discretion and Direct Effect' (2002) 23 European Competition Law Review 17.

⁹⁹ Regolamento 1/2003, articolo 3, comma 1, 'Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza ad accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri ai sensi di detta disposizione, esse applicano anche l'articolo 81 del trattato a siffatti accordi, decisioni o pratiche concordate. Quando le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri o le giurisdizioni nazionali applicano la legislazione nazionale in materia di concorrenza agli sfruttamenti abusivi vietati dall'articolo 82 del trattato, esse applicano anche l'articolo 82 del trattato.'

conseguenti problematiche di certezza dello stesso.¹⁰⁰ Inoltre, si ritiene che le autorità e le corti nazionali non abbiano la legittimità politica e democratica per effettuare un bilanciamento di interessi pubblici.¹⁰¹

Nonostante la serietà di tali obiezioni, parte della dottrina non ritiene corretta la totale esclusione degli interessi pubblici nell'applicazione del diritto della concorrenza. Alcuni hanno suggerito come una certa differenziazione nell'applicazione del diritto europeo non sia per forza un elemento negativo, fintantoché vi sia un coordinamento fra i vari paesi.¹⁰² Altri hanno provato a suggerire come si potrebbe ovviare al problema di mancanza di legittimità delle autorità nazionali, tramite un rafforzamento del controllo democratico.¹⁰³

In una fase transitoria, il Regolamento 1/2003 offre alcuni spunti interessanti che potrebbero ovviare al problema dell'uniformità dell'applicazione del diritto. Ad esempio, l'articolo 11, comma uno, prevede che Commissione e autorità garanti applichino il diritto antitrust europeo in stretta collaborazione, mentre il comma cinque prevede la possibilità, per le autorità garanti nazionali, di consultare la Commissione per qualsiasi caso "che implichi l'applicazione del diritto comunitario".¹⁰⁴ Le autorità garanti

¹⁰⁰ Semmelmann (n 37), 40-41.

¹⁰¹ Schweitzer (n 91); Gerbrandy, 'Addressing the Legitimacy Problem for Competition Authorities Taking into Account Non-Economic Values' (n 86); Lavrijssen (n 82).

¹⁰² Townley, 'Coordinated Diversity' (n 86) 'The overwhelming view is that the EU competition rules should be applied uniformly. By placing the competition rules in a wider EU context, specifically Article 101 TFEU (anti competitive arrangements), this paper argues that the national competition authorities (NCAs) should be able to diverge in their application of Article 101. This better respects the EU legal order's substantive and procedural diversity.'

¹⁰³ Gerbrandy, 'Addressing the Legitimacy Problem for Competition Authorities Taking into Account Non-Economic Values' (n 86), 777-780.

¹⁰⁴ Regolamento 1/2003, articolo 11, 'La Commissione e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri applicano le regole di concorrenza comunitarie in stretta collaborazione. [...] Le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri possono consultare la Commissione su qualsiasi caso che implichi l'applicazione del diritto comunitario.'

potrebbero dunque fare affidamento sul parere, seppur non vincolante, della Commissione, sull'inclusione di interessi pubblici nella valutazione di un determinato caso di diritto della concorrenza, riducendo, almeno in linea teorica, la problematicità di un'applicazione differenziata nei vari Stati.¹⁰⁵

Per quanto concerne le corti nazionali, l'articolo 15 potrebbe garantire un coordinamento fra queste e la Commissione in modo tale da assicurare un certo livello di coerenza nell'applicazione del diritto: il primo comma prevede espressamente che le corti nazionali possano chiedere il parere della Commissione in relazione all'applicazione del diritto antitrust;¹⁰⁶ il terzo, concede alla Commissione la possibilità di partecipare al procedimento in corso, presentando osservazioni scritte, qualora questo "sia necessario ai fini dell'applicazione uniforme" dell'articolo 101.¹⁰⁷ Questi strumenti potrebbero garantire alla Commissione la possibilità di indicare alle corti nazionali come determinati interessi pubblici possano essere presi in considerazione nel caso specifico.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Semmelmann (n 37), 40 'the NCAs could, in theory, rely on the Commission's advice or on its binding decisions to clarify the role of non-competition goals. Regardless of their legal effects, these instruments are liable to counter the risk of divergent interpretation and the lack of direct democratic legitimacy of the NCAs (depending on a comparison between the institutional framework of the Commission and the NCAs).'

¹⁰⁶ Regolamento 1/2003, articolo 15, comma 1 'Nell'ambito dei procedimenti per l'applicazione dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato le giurisdizioni degli Stati membri possono chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o i suoi pareri in merito a questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie.'

¹⁰⁷ ibid, comma 3 '[...] Qualora sia necessario ai fini dell'applicazione uniforme dell'articolo 81 o dell'articolo 82 del trattato, la Commissione, agendo d'ufficio, può presentare osservazioni scritte alle giurisdizioni degli Stati membri.'

¹⁰⁸ Semmelmann (n 37), 42 'In light of the concerns linked to uniformity as set out above, this would allow the Commission to communicate a certain attitude towards Community non-competition goals, provided it forms part of a legal or economic analysis of the facts in the pending case. In theory, this instrument would equally enable the Commission to clarify the role of non-competition policies.'

2.4. IMMAGINANDO ALTRE SOLUZIONI

Per poter realmente trasformare il ruolo delle imprese nella società, modificandone responsabilità e obiettivi, è fondamentale il contributo delle istituzioni: lasciare il fenomeno a una mera attività volontaria rischierebbe di limitarne le potenzialità e i benefici. In assenza di un sostegno istituzionale unanime, cambiare il paradigma del “fare impresa” potrebbe risultare arduo o estremamente circoscritto. L’esperienza olandese descritta nei paragrafi precedenti è, al riguardo, esplicativa: l’attività del governo dei Paesi Bassi volta alla creazione di accordi cooperativi in cui, al fine di risolvere specifiche problematiche di interesse pubblico, ogni soggetto coinvolto si assume determinate responsabilità, non è, fin ora, riuscita a raggiungere i risultati desiderati, proprio per il mancato sostegno di quelle istituzioni che sono preposte al controllo del mercato e del comportamento degli operatori economici in esso.

Il mancato sostegno di tali istituzioni determina una situazione di incertezza del diritto a cui non può che conseguire una limitazione dell’attività privata (anche in collaborazione con lo Stato) volta al perseguimento di interessi pubblici. Gli studi sulla VoC sembrano confermare queste ipotesi evidenziando come sono proprio le istituzioni a modellare i vari aspetti dell’attività d’impresa, fra cui la *corporate governance* e il grado di cooperazione fra imprese. Ad esempio, il modello economico delle CME, caratterizzato da un governo d’impresa *stakeholder* e un maggior coordinamento fra imprese, si è potuto sviluppare proprio grazie alle specifiche caratteristiche di quei paesi e alle ideologie economiche e politiche che hanno influenzato l’attività delle istituzioni per decenni.

È per questo motivo che le istituzioni dovrebbero assumere un ruolo attivo nel distinguere, in modo chiaro, le pratiche di cooperazione con effetti negativi per la società da quelle che invece potrebbero produrre importanti

miglioramenti. Le prime, come ad esempio i cartelli, dovrebbero essere perseguite e sanzionate, mentre le seconde necessiterebbero di essere autorizzate e incentivate, anche nel caso in cui comportino una restrizione della concorrenza.

A titolo di esempio, le istituzioni potrebbero organizzare incontri fra imprese e parteciparvi contribuendo alla messa fuoco degli obiettivi e dei traguardi che si intendono perseguire tramite lo schema cooperativo. In questo modo, le istituzioni non avrebbero solo un ruolo proattivo, ma anche un ruolo fondamentale di controllo: prendendo parte al processo di cooperazione avrebbero la capacità di meglio indirizzarlo verso obiettivi di interesse pubblico.

Benché la giurisprudenza della Corte di Giustizia sembri legittimare una maggiore inclusione di considerazioni di interesse pubblico nell'applicazione del diritto antitrust, e la prassi della Commissione Europea, precedente all'adozione del Regolamento 1/2003, confermi questa possibilità, per poter effettuare una tale trasformazione è necessaria una modifica sia delle norme procedurali che di quelle sostanziali.¹⁰⁹

La necessità di un intervento legislativo incisivo deriva dal fatto che sulla base dell'impostazione appena esposta si amplia il novero delle competenze e delle attività svolte da tali istituzioni. A un'attività principalmente mirata al controllo e alla repressione di pratiche anti-concorrenziali, si affiancherebbe un ruolo propositivo e di indirizzo del mercato, che non può essere realizzato senza una modifica, in primis, della legislazione sostanziale riguardo le competenze e i poteri e, in secondo luogo, di quella

¹⁰⁹ La possibilità di una modifica della normativa sostanziale (articolo 101 e 102) non è attualmente in discussione. A riguardo è però interessante segnalare una proposta, espressa da autorevole dottrina, di riformulare l'articolo 101 inserendovi un quarto paragrafo che autorizzi la possibilità di esentare un accordo nel caso in cui questo persegua un obiettivo di interesse europeo. Monti (n 86).

procedimentale che fornirebbe gli strumenti necessari per l'espletamento delle nuove funzioni.

CONCLUSIONI: TORNARE A FRIBURGO O INTRAPRENDERE UN NUOVO PERCORSO?

In questo capitolo si è cercato di indagare come il fenomeno delle Società Benefit e delle B Corp si inserisca nel più generale contesto economico-normativo e, in particolare, come il loro aspetto più collaborativo e di impegno verso benefici comuni possa coniugarsi con gli attuali principi e presupposti del sistema economico. Analizzando l'approccio delle istituzioni operanti nel mercato e facendo riferimento ad alcuni casi concreti, si è cercato di mostrare come, ad oggi, gli operatori economici abbiano un raggio d'azione limitato per la collaborazione mirata a creare benefici sociali e ambientali. Il timore di sanzioni, anche incisive, da parte della Commissione e delle autorità garanti nazionali, può rappresentare un grande disincentivo. La mancanza di linee guida su ciò che è permesso e ciò che invece viola la disciplina antitrust costituisce un ulteriore freno. Le imprese, da una parte, ricevono una forte spinta verso la responsabilizzazione e il perseguimento di obiettivi che vanno al di là del mero profitto, ma, dall'altra, continuano ad essere sottoposte a regole interpretate in modo restrittivo che non permettono un bilanciamento fra il mantenimento di un alto livello concorrenziale e il raggiungimento di quegli obiettivi. Per questo motivo, la parte conclusiva del capitolo ha voluto mostrare come alcuni Stati abbiano sentito la necessità di smorzare questo netto contrasto e come la Commissione Europea potrebbe sostenere un tale percorso sulla base della legislazione corrente. Infine, si è provato a ipotizzare il diverso ruolo che le istituzioni operanti nel mercato potrebbero avere per incentivare e sostenere la collaborazione a fini di beneficio comune. L'approccio proposto condivide alcune caratteristiche importanti con l'Ordoliberalismo: l'idea che la concorrenza non sia un valore di per sé,

ma uno strumento per il raggiungimento del benessere economico e sociale; la concezione del ruolo che lo Stato, o in questo caso l'Unione Europea, ha nel governare e indirizzare il mercato, che non si auto-corregge; la legislazione antitrust come parte fondamentale della costituzione economica e non un settore isolato del diritto; infine, il fatto che certe forme di coordinamento fra imprese possano essere positive per la società e necessitino di essere autorizzate e sostenute. Questi elementi di somiglianza non devono indurre a un nostalgico ritorno al passato. Al contrario, è necessario aprire un dibattito sugli obiettivi del diritto della concorrenza e sul suo approccio nei confronti della cooperazione e dei nuovi modi di "fare impresa". Come sostenuto da Christopher Townley, un dibattito sull'argomento è necessario da tempo poiché, in Europa, non ve n'è mai stato realmente uno.¹¹⁰

¹¹⁰ Townley, 'Is Anything More Important than Consumer Welfare (in Article 81 EC)?' (n 37), 347.

CONCLUSIONI

Alcuni dei principi chiave dell'attuale sistema economico hanno iniziato a scricchiolare. L'idea che l'attività d'impresa debba essere indirizzata esclusivamente all'arricchimento degli azionisti è oggetto di innumerevoli critiche, anche da parte dello stesso mondo imprenditoriale. La visione degli operatori economici come soggetti auto-interessati non sembra capace di porre rimedio a un numero crescente di problematiche fra cui spiccano quella ambientale e quella sociale della disuguaglianza economica. L'adozione della concorrenza come paradigma delle relazioni fra attività economiche e l'impossibilità di bilanciarne le restrizioni a fronte del perseguimento di interessi pubblici comporta un'esclusione delle imprese dalla risoluzione di quelle problematiche sociali e ambientali che in questo periodo storico ci troviamo ad affrontare. Questi sono solo alcuni dei motivi che hanno portato allo sviluppo di modelli alternativi, di stampo collaborativo, che si stanno diffondendo sia nell'ambito della *corporate governance* che nelle relazioni fra imprese.

Vari paesi hanno già intrapreso un percorso d'innovazione, mettendo in discussione alcuni dei principi fondamentali del diritto societario. Ne sono l'espressione più dirompente il riconoscimento della *Benefit Corporation* da parte di più di trenta Stati della federazione americana e l'approvazione, da parte del Parlamento Italiano nel dicembre del 2015, della legge sulle Società Benefit. L'attività d'impresa viene così concepita come un connubio fra la creazione di ricchezza e il perseguimento di benefici concreti per l'ambiente e la società. I vari *stakeholder* non sono più rappresentati come un mezzo per il raggiungimento del fine (arricchimento), ma sono parte del

fine medesimo: per questo l'impresa è gestita in un costante bilanciamento degli interessi in gioco, senza aver deciso, a priori, quale dovrà prevalere.

Sebbene le modifiche legislative si limitino all'ambito della *corporate governance* sarebbe riduttivo valutarne la rilevanza limitatamente a questo ambito: i nuovi modelli di governo d'impresa sono l'esplicazione legislativa di una diversa visione del ruolo che l'attività economica deve avere all'interno della società e dei contributi che può apportarvi. Per questo motivo la presente ricerca ha sottolineato l'importanza di studiare il fenomeno anche dal punto di vista delle relazioni fra imprese: assumendo come ragione della propria attività anche il raggiungimento di benefici pubblici, le Società Benefit non vedono necessariamente gli altri operatori economici come nemici da sconfiggere a seguito del processo concorrenziale, ma come possibili alleati con cui condividere un percorso verso il nuovo fine.

Questa visione deve fare i conti con l'attuale interpretazione del diritto europeo della concorrenza, considerato un isolato settore del diritto: quasi una scienza esatta, che non deve essere inquinata dal bilanciamento di interessi pubblici. Tuttavia, il diritto antitrust gioca un ruolo fondamentale in queste trasformazioni: potrebbe operare come agente pionieristico sostenendo il cambiamento o potrebbe indebolirlo fino a seppellire i progressi già realizzati.

L'attuale dibattito sulla necessità di riconsiderare la validità e l'efficacia di alcuni di questi principi era necessario da tempo. Questa tesi ha cercato di contribuirvi.

RINGRAZIAMENTI

Scrivere una tesi è un percorso solitario, ma non lo definirei individuale. Per emergere, un buon progetto ha bisogno di discussioni e confronti. Per questo motivo sento di voler ringraziare il Prof. Giacomo Di Federico per la stima, la fiducia e le possibilità fornitemi in questi anni; il Prof. Gianluca Guerrieri e il Dott. Daniele Rositani per i confronti sulle Società Benefit. So, con certezza, che un contributo importante viene dalla mia genitori, Sara e Paolo, che hanno visto questa tesi nascere e crescere e che sono sempre stati consiglieri preziosi. Un ringraziamento va al Prof. Christopher Townley per avermi spinto ad ampliare i miei orizzonti. Sento inoltre di voler ringraziare Anna, compagna di “viaggio” in questi anni e per essere sempre stata un importante esempio da seguire. Da ultimo, ma per questo certamente non meno importante, un sentito grazie a mia sorella Giulia e a tutti gli amici che hanno reso così piacevole e stimolante questo percorso universitario: senza la vostra amicizia gli ideali contenuti in questa tesi mi sembrerebbero irraggiungibili.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., 'The Purposes and Accountability of the Corporation in Contemporary Society: Corporate Governance at a Crossroads' (1999) 62 *Law and Contemporary Problems* 9
- , *German Corporate Governance in International and European Context* (Springer Science & Business Media 2012)
- , 'Tavola Rotonda Su J.B. Baker e S.C. Salop, Antitrust, Politica Della Concorrenza e Disuguaglianza' (2016) 1 *Mercato Concorrenza Regole* 145
- Airoldi G, Amatori F e Invernizzi G, *Proprietà E Governo Delle Aziende Italiane* (Egea 1995)
- Akman P e Kassim H, 'Myths and Myth-Making in the European Union: The Institutionalization and Interpretation of EU Competition Policy' (2010) 48 *Journal of Common Market Studies* 111
- Albert M, *Capitalism vs. Capitalism* (Four Walls Eight Windows 1993)
- Amable B, 'Morals and Politics in the Ideology of Neo-Liberalism' [2010] *Socio-Economic Review* 1
- Amato G, *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market* (Hart Publishing 1997)
- Areeda P, 'The Rule of Reason—A Catechism on Competition' (1986) 55 *Antitrust Law Journal* 571

- Assonime, 'La Discipline Delle Società Benefit' (2016) Circolare n.19
- Astori R, 'La Corporate Governance in Italia' in Daniela M Salvioni (ed), *Corporate governance, controllo e trasparenza* (Franco Angeli 2009)
- Bainbridge S, *Corporation Law and Economics* (Foundation Press 2002)
- Bainbridge SM, 'Interpreting Nonshareholder Constituency Statutes' (1992) 19 Pepperdine Law Review 991
- Baker J e Salop S, 'Antitrust, Politica Della Concorrenza E Disuguaglianza' (2016) 1 Mercato Concorrenza Regole 7
- Beckers A, *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes: On Global Self-Regulation and National Private Law* (Bloomsbury Publishing 2015)
- Bellanca N, 'Elementi Di Teoria Dell'impresa Sociale' (2011) 4 Non Profit
- Berle AA, 'Corporate Powers as Powers in Trust' (1931) 44 Harvard Law Review 1049
- Berle AA e Means GC, *The Modern Corporation and Private Property* (McMillan Company 1932)
- Bisconti A, 'Double Bottom Line: Can Constituency Statutes Protect Socially Responsible Corporations Stuck in Revlon Land, The' (2008) 42 Loyola of Los Angeles Law Review 765
- Blair MM e Stout LA, 'Director Accountability and the Mediating Role of the Corporate Board' (2001) 79 Washington University Law Quarterly 403
- , 'Specific Investment and Corporate Law' (2006) 7 European Business Organization Law Review 473

- Block D e Gerstner A-M, 'One-Tier vs. Two-Tier Board Structure: A Comparison Between the United States and Germany' [2016] Comparative Corporate Governance and Financial Regulation Paper 1
- Bonini SM, McKillop K e Mendonca LT, 'The Trust Gap between Consumers and Corporations' (2007) 2 The McKinsey Quarterly 7
- Bork R, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (Basic Books 1978)
- Borzaga C e Defourny J, *The Emergence of Social Enterprise* (Routledge 2004)
- Bova A e Rosati D, *Il terzo settore e l'impresa sociale. Sostegni e sfide per il welfare state?* (Editrice Apes 2009)
- Buch-Hansen H e Wigger A, 'Revisiting 50 Years of Market-Making: The Neoliberal Transformation of European Competition Policy' (2010) 17 Review of International Political Economy 20
- Budzinski O, 'Monoculture versus Diversity in Competition Economics' (2008) 32 Cambridge Journal of Economics 295
- Bughin J e Copeland TE, 'The Virtuous Cycle of Shareholder Value Creation' (1997) The McKinsey Quarterly 156
- Cabot WM, 'The Free Market Promotes Long-Term Efficiency That Benefits All Stakeholders' (1991) 21 Stetson Law Review 245
- Cadbury A, *Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance* (Gee 1992)
- Carrington MJ, Neville BA e Whitwell GJ, 'Why Ethical Consumers Don't Walk Their Talk: Towards a Framework for Understanding the Gap Between the

- Ethical Purchase Intentions and Actual Buying Behaviour of Ethically Minded Consumers' (2010) 97 Journal of Business Ethics 139
- Claassen R e Gerbrandy A, 'Rethinking European Competition Law: From a Consumer Welfare to a Capability Approach' (2016) 12 Utrecht Law Review 1
- Clark Jr WH e Babson EK, 'How Benefit Corporations Are Redefining the Purpose of Business Corporations' (2011) 38 William Mitchell Law Review 817
- Clarkson ME, 'A Stakeholder Framework for Analyzing and Evaluating Corporate Social Performance' (1995) 20 Academy of Management Review 92
- Coase RH, 'The Nature of the Firm' (1937) 4 Economica 386
- Coco F, 'La Società Benefit: Analisi Socio-Economica Di Un'innovazione Normativa Italiana' (2016) Nova Itinera
- Commissione Europea, 'Libro Bianco Sulla Modernizzazione Delle Norme per L'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CE' COM (1999) 101 def. (28 aprile 1999)
- , 'Linee Diretrici Sull'applicabilità Dell'articolo 81 Del Trattato Agli Accordi Di Cooperazione Orizzontale', (2001) GU C3/2
- , 'Libro Verde - Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese', COM (2001) 366 def. (18 luglio 2001)
- , 'Linee Diretrici Sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3 del Trattato', (2004) GU C101/97

- , ‘Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo, Il partenariato per la crescita e l’occupazione: fare dell’Europa un polo di eccellenza in materia di responsabilità sociale delle imprese’, COM (2006) 136 def. (22 marzo 2006)
- , ‘Comunicazione della Commissione, Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva’, COM (2010) 2020 def. (3 marzo 2010)
- , ‘Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Strategia rinnovata dell’UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese’, COM (2011) 681 def. (25 ottobre 2011).
- , ‘Linee Diretrici Sull’applicabilità Dell’articolo 101 Del Trattato Sul Funzionamento dell’Unione Europea Agli Accordi Di Cooperazione Orizzontale’, [2011] GU C11/1
- Cook CJ, ‘Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9’ (2006) 29 *World Competition* 209
- Crouch C e Streeck W, *Political Economy of Modern Capitalism: Mapping Convergence and Diversity* (Cambridge University Press 1997)
- Cseres KJ, *Competition Law and Consumer Protection*, vol 49 (Kluwer Law International 2005)
- Cummings B, ‘Benefit Corporations: How to Enforce a Mandate to Promote the Public Interest’ (2012) *Columbia Law Review* 578

- Dabbah MM, *International and Comparative Competition Law* (Cambridge University Press 2010)
- Davies PL, *Gower & Davies: The Principles of Modern Company Law* (Sweet & Maxwell 2008)
- Defourny J e Nyssens M, 'Social Enterprise in Europe: Recent Trends and Developments' (2008) 4 *Social Enterprise Journal* 202
- , 'Conceptions of Social Enterprise and Social Entrepreneurship in Europe and the United States: Convergences and Divergences' (2010) 1 *Journal of Social Entrepreneurship* 32
- Del Barba M, 'Dare Forma Alle Società Benefit in Italia' (2016) 1 *Equilibri* 59
- Denis DK e McConnell JJ, 'International Corporate Governance' (2003) 38 *Journal of Financial and Quantitative Analysis* 1
- Di Cataldo V, 'Il Recesso Del Socio Di Società per Azioni' in Pietro Abbadessa and Giuseppe B Portale (eds), *Il nuovo diritto delle società. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso* (UTET 2007)
- Di Federico G e Manzini P, 'A Law and Economics Approach to the New European Antitrust Enforcing Rules' (2004) 1 *Erasmus Law and Economics Review*
- Di Federico G, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa* (Editoriale Scientifica 2008)
- Dine J e Koutsias M, *The Nature of Corporate Governance: The Significance of National Cultural Identity* (Edward Elgar Pub 2013)

- Director A e Levi EH, 'Law and the Future: Trade Regulation' (1956) 51 Northwestern University Law Review 281
- Dodd EM, 'For Whom Are Corporate Managers Trustees?' (1932) 45 Harvard Law Review 1145
- Donaldson T e Preston LE, 'The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence, and Implications' (1995) 20 Academy of Management Review 65
- Donnaruma C e Partyka N, 'Challenging the Presumption in Favor of Markets' (2012) 44 Review of Radical Political Economics 40
- Drucker PF, 'Business Objectives and Survival Needs: Notes on a Discipline of Business Enterprise' (1958) 31 The Journal of Business 81
- Du Plessis JJ, Hargovan A e Bagaric M, *Principles of Contemporary Corporate Governance* (2nd ed, Cambridge University Press 2010)
- Eckhardt GM, Belk R e Devinney TM, 'Why Don't Consumers Consume Ethically?' (2010) 9 Journal of Consumer Behaviour 426
- Eekhoff J e Moch C, 'Competition - the Core of a Market Economy' in Johann Eekhoff (ed), *Competition Policy in Europe* (Springer Science & Business Media 2003)
- Ehlermann CD, 'The Modernization of EC Antitrust Policy: A Legal and Cultural Revolution' (2000) 37 Common Market Law Review 537
- Ehlermann CD e Laudati LL (eds), *European Competition Law Annual 1997: The Objectives of Competition Policy*, vol 2 (Hart publishing 1998)

- Elhauge E, 'Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest' (2005) 80 New York University Law Review 733
- Esposito De Falco S, 'La Corporate Governance Negli Studi Sul Governo D'impresa. Approcci Prevalenti E Strumenti Di Controllo' in Marco Pellicano e Maria V Ciasullo (eds), *La visione strategica dell'impresa* (Giappichelli 2010)
- Esposito RT, 'The Social Enterprise Revolution in Corporate Law: A Primer on Emerging Corporate Entities in Europe and the United States and the Case for the Benefit Corporation' (2013) 4 William & Mary Business Law Review 639
- Ezrachi A, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases* (3^o edizione, Hart Publishing 2012)
- Faull J e Nikpay A, *Faull and Nikpay: The EC Law of Competition* (Oxford University Press 2007)
- Fondazione Eni Enrico Mattei (FEEM), 'Atti Del Convegno Società Benefit: Integrazione E Valore Condiviso' (Milano 2016)
- Forrester I e Norall C, 'The Laicization of Community Law: Self-Help and the Rule of Reason: How Competition Law Is and Could Be Applied' (1984) 21 Common Market Law Review 11
- Foucault M, *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978-1979* (Springer 2008)
- Fox E, 'Us and EU Competition Law: A Comparison' in Graham EM and Richardson JD (eds), *Global Competition Policy* (Institute for International Economics 1997)

——, ‘What Is Harm to Competition? Antitrust, Exclusionary Practices, and the Elusive Notion of Anticompetitive Practices, and the Elusive Notion of Anticompetitive Effect’ in Josef Drexel (ed), *The Future of Transnational Antitrust - From Comparative to Common Competition Law* (Kluwer Law International 2003)

Freeman RE, *Strategic Management: A Stakeholder Approach* (Pitman/Ballinger 1984)

Friedman M, *Capitalism and Freedom* (University of Chicago Press 1962)

——, ‘The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits’ *The New York Times Magazine* (New York, 13 September 1970)

Galera G e Borzaga C, ‘Social Enterprise: An International Overview of Its Conceptual Evolution and Legal Implementation’ (2009) 5 *Social Enterprise Journal* 210

Galgano F, ‘Rapporti Economici, Tomo II’ in Giuseppe Branca (ed), *Commentario della Costituzione* (Zanichelli 1982)

——, *Diritto Commerciale. Le Società* (18^a edizione, Zanichelli 2013)

Genco P, *Corporate Governance: Sistemi E Strutture Di Governo Dell’impresa* (G Giappichelli Editore 2014)

Gerber DJ, ‘Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the “New” Europe’ (1994) 42 *The American Journal of Comparative Law* 25

- Gerbrandy A, 'Addressing the Legitimacy Problem for Competition Authorities Taking into Account Non-Economic Values: The Position of the Dutch Competition Authority' [2015] *European Law Review* 769
- Gheido MR and Casotti A, 'Società Benefit, Carta Famiglia E Misure per Arte E Cultura' (2016) 4 *Diritto e Pratica del Lavoro* 219
- Ghetti G, *Lineamenti Di Diritto Pubblico Dell'economia* (Giuffrè 2001)
- Grant JK, 'When Making Money and Making a Sustainable and Societal Difference Collide: Will Benefit Corporations Succeed or Fail?' (2013) 46 *Indiana Law Review*
- Guida P, 'La "Società Benefit": Una Nuova Forma Societaria Rivolta Al Terzo Settore' (2016) 4 *Notariato* 433
- Hacker JS e Pierson P, *Winner-Take-All Politics: How Washington Made the Rich Richer—and Turned Its Back on the Middle Class* (Simon and Schuster 2011)
- Hahnel R, *Economic Justice and Democracy: From Competition to Cooperation* (Routledge 2005)
- Hall PA e Soskice D, *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage* (OUP Oxford 2001)
- Hansmann H e Kraakman R, 'The End of History for Corporate Law' (2000) 89 *Georgetown Law Journal* 439
- Harvard Business Review, 'New MBAs Would Sacrifice Pay for Ethics' (2011)
- Haymore SJ, 'Public (ly Oriented) Companies: B Corporations and the Delaware Stakeholder Provision Dilemma' (2011) 64 *Vanderbilt Law Review* 1311

- Hays CL, 'Ben & Jerry's To Unilever, With Attitude' *The New York Times* (13 April 2000)
- Hessen R, 'A New Concept of Corporations: A Contractual and Private Property Model' (1978) 30 *Hastings Law Journal* 1327
- Hildebrand D, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, vol 39 (Kluwer law international 2009)
- Hiller JS, 'The Benefit Corporation and Corporate Social Responsibility' (2013) 118 *Journal of Business Ethics* 287
- Hollingsworth JR e Boyer R, *Contemporary Capitalism: The Embeddedness of Institutions* (Cambridge University Press 1997)
- Hopt KJ e Leyens PC, 'Board Models in Europe—recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy' (2004) 1 *European Company and Financial Law Review* 135
- Hutchings M, 'Too Difficult to Legislate: The Competition Law Implications of Private Sector Regulation Substituting for Government Action' (2012) 33 *European Competition Law Review* 222
- Idowu SO, Schmidpeter R and Fifka MS (eds), *Corporate Social Responsibility in Europe* (Springer International Publishing 2015)
- Jensen M, 'Value Maximisation, Stakeholder Theory, and the Corporate Objective Function' (2001) 7 *European Financial Management* 297
- Jensen MC e Meckling WH, 'Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure' (1976) 3 *Journal of Financial Economics* 305

Jessop RD, *The Future of the Capitalist State* (Polity Press 2002)

Joerges C, 'What Is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy' (2005) *European Law Review* 461

Joliet R, *The Rule of Reason in Antitrust Law: American, German and Common Market Laws in Comparative Perspective* (Springer 1967)

Jorde TM e Teece DJ, 'Competition And Cooperation: Striking The Right Balance' (1989) 31 *California Management Review* 25

Kalbfleisch P, 'The Assessment of Interests in Competition Law: A Balancing Act', *Economic Law and Justice in Times of Globalisation* (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co KG 2007)

Karmel RS, 'Implications of the Stakeholder Model' (1992) 61 *The George Washington Law Review* 1156

Katz RA e Page A, 'The Role of Social Enterprise' (2010) 35 *Vermont Law Review* 59

Keasey K, Thompson S e Wright M, *Corporate Governance: Economic and Financial Issues* (OUP 1997)

Keay A, 'Ascertaining The Corporate Objective: An Entity Maximisation and Sustainability Model' (2008) 71 *The Modern Law Review* 663

Kelley T, 'Law and Choice of Entity on the Social Enterprise Frontier' (2009) 84 *Tulane Law Review* 337

Kerlin JA, 'Social Enterprise in the United States and Europe: Understanding and Learning from the Differences' (2006) 17 *Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations* 246

- Kingston S, 'Integrating Environmental Protection and EU Competition Law: Why Competition Isn't Special' (2010) 16 *European Law Journal* 780
- , *Greening EU Competition Law and Policy* (Cambridge University Press 2011)
- Kloosterhuis E e Mulder M, 'Competition Law and Environmental Protection: The Dutch Agreement on Coal-Fired Power Plants' (2015) 11 *Journal of Competition Law and Economics* 855
- Korah V, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice* (Hart Publishing 2004)
- Kropotkin P, *Mutual Aid: A Factor of Evolution* (Courier Corporation 2012)
- Lacovara C, 'Strange Creatures: A Hybrid Approach to Fiduciary Duty in Benefit Corporations' [2011] *Columbia Business Law Review* 815
- Laufer WS, 'Social Accountability and Corporate Greenwashing' (2003) 43 *Journal of Business Ethics* 253
- Lavrijssen S, 'What Role for National Competition Authorities in Protecting Non-Competition Interests after Lisbon?' (2010) *European Law Review* 636
- Leslie CR, 'Rationality Analysis in Antitrust' (2010) 158 *University of Pennsylvania Law Review* 261
- Lipton M and Rosenblum SA, 'A New System of Corporate Governance: The Quinquennial Election of Directors' (1991) 58 *The University of Chicago Law Review* 187
- Lowenberg AD, 'Neoclassical Economics as a Theory of Politics and Institutions' (1989) 9 *Cato Journal* 619

- Lübbing T, 'Sustainable Development and Competition Policy' (2013) 4 Journal of European Competition Law & Practice 1
- Macey JR, 'An Economic Analysis of the Various Rationales for Making Shareholders the Exclusive Beneficiaries of Corporate Fiduciary Duties' (1991) 21 Stetson Law Review 23
- Macey JR e Miller GP, 'Corporate Stakeholders: A Contractual Perspective' (1993) 43 The University of Toronto Law Journal 401
- Manzini P, 'The European Rule of Reason-Crossing the Sea of Doubt' (2002) 23 European Competition Law Review 392
- Marasà G, 'Impresa, Scopo Di Lucro Ed Economicità' (2014) 1 Analisi Giuridica dell'Economia 33
- Marquis C, Klaber A e Thomason B, 'B Lab: Building a New Sector of the Economy' (2010) 411 - 047 Harvard Business School Case
- Mickels A, 'Beyond Corporate Social Responsibility: Reconciling the Ideals of a for-Benefit Corporation with Director Fiduciary Duties in the US and Europe' (2009) 32 Hastings International and Comparative Law Review 271
- Miller HL, 'On the "Chicago School of Economics"' [1962] The Journal of Political Economy 64
- Mill JS, 'On the Definition of Political Economy, and on the Method of Investigation Proper to It', *Essays on Some Unsettled Questions of Political Economy* (Longmans, Green, Reader, and Dyer 1844)

- Mitchell LE, 'A Theoretical and Practical Framework for Enforcing Corporate Constituency Statutes' (1991) 70 Texas Law Review 579
- Mitchell RK, Agle BR e Wood DJ, 'Toward a Theory of Stakeholder Identification and Salience: Defining the Principle of Who and What Really Counts' (1997) 22 Academy of Management Review 853
- Monks RAG e Minow N, *Corporate Governance* (Blackwell Publisher 1995)
- Montalenti P, 'Interesse Sociale E Amministratori', *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders* (Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè 2010)
- Monti G, 'Article 81 EC and Public Policy' (2002) 39 Common Market Law Review 1057
- , 'EU Competition Law from Rome to Lisbon – Social Market Economy' in *Aims and Values in Competition Law* (Djoef Publishing 2013)
- Munch S, 'Improving the Benefit Corporation: How Traditional Governance Mechanisms Can Enhance the Innovative New Business Form' (2012) 7 Northwestern Journal of Law & Social Policy 170
- Murray J, 'Choose Your Own Master: Social Enterprise, Certifications, and Benefit Corporation Statutes' (2012) 2 American University Business Law Review 1
- Nobolo A e Magli F, 'Corporate Governance E Sistema Dualistico: Alcune Criticità Nelle Società per Azioni Bancarie' in Vincenzo Maggioni, Lucio Potito e Riccardo Viganò (eds), *Corporate governance: governo, controllo e struttura finanziaria* (Il Mulino 2009)

- Nyssens M, *Social Enterprise: At the Crossroads of Market, Public Policies and Civil Society* (Routledge 2007)
- O'Connor MA, 'Human Capital ERA: Reconceptualizing Corporate Law to Facilitate Labor-Management Cooperation' (1992) 78 Cornell Law Review 899
- Odudu O, 'Article 81 (3) Discretion and Direct Effect' (2002) 23 European Competition Law Review 17
- , *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81* (OUP Oxford 2006)
- , 'The Wider Concerns of Competition Law' (2010) Oxford Journal of Legal Studies 1
- OECD, *Social Enterprises* (OECD Publishing 2000)
- Orts EW, 'Beyond Shareholders: Interpreting Corporate Constituency Statutes' (1992) 61 The George Washington Law Review 14
- , 'The Complexity and Legitimacy of Corporate Law' (1993) 50 Washington and Lee Law Review 1565
- Pagamici B, 'Società "benefit": Sintesi Tra Imprese "for Profit" E "non Profit"' (2016) Cooperative e Enti Non Profit 16
- Page A e Katz RA, 'Freezing Out Ben & Jerry: Corporate Law and the Sale of a Social Enterprise Icon' (2010) 35 Vermont Law Review 211
- Paolucci LF, 'Definizioni E Aspetti Caratterizzanti' in Luigi F Paolucci (ed), *Le Società Cooperative* (UTET 2012)

- Parguel B, Benoît-Moreau F e Larceneux F, 'How Sustainability Ratings Might Deter "greenwashing": A Closer Look at Ethical Corporate Communication' (2011) 102 *Journal of Business Ethics* 15
- Piketty T, *Capital in the Twenty-First Century* (Harvard University Press 2014)
- Piscitello P, 'Sezione X. Delle Modificazioni Dello Statuto - Artt. 2436-2447' in Mario Campobasso, Vincenzo Cariello and Umberto Tombari (eds), *Le società per azioni*, vol 2 (Giuffrè 2016)
- Porter ME e Kramer MR, 'Strategy and Society: The Link between Corporate Social Responsibility and Competitive Advantage' (2006) 84 *Harvard Business Review* 78
- Posner RA, *Antitrust Law* (University of Chicago Press 1976)
- , 'The Chicago School of Antitrust Analysis' (1979) 127 *University of Pennsylvania Law Review* 925
- Preuss L, 'Codes of Conduct in Organisational Context: From Cascade to Lattice-Work of Codes' (2010) 94 *Journal of Business Ethics* 471
- Ribacchi E, 'Debutta La Società Benefit: Primi Nella UE a Riconoscere Come Status Giuridico Il Valore Sociale Dell'impresa' (2016) 31 *Pratica Fiscale e Professionale* 32
- Riolfo G, 'Le Società "Benefit" in Italia: Prime Riflessioni Su Una Recente Innovazione Legislativa' (2016) 6 *Studiorum Iuris* 720
- Robson R, 'A New Look at Benefit Corporations: Game Theory and Game Changer' (2015) 52 *American Business Law Journal* 501

- Rühmkorf A, *Corporate Social Responsibility, Private Law and Global Supply Chains* (Edward Elgar Publishing 2015)
- Sally R, 'Ordoliberalism and the Social Market: Classical Political Economy from Germany' (1996) 1 *New Political Economy* 233
- Schumpeter JA, *Capitalism, Socialism and Democracy* (Harper & Brothers 1947)
- Scott C, Cafaggi F e Senden L, 'The Conceptual and Constitutional Challenge of Transnational Private Regulation' (2011) 38 *Journal of Law and Society* 1
- Semmelmann C, 'The Future Role of the Non-Competition Goals in the Interpretation of Article 81 EC' (2008) 1 *Global Antitrust Review* 15
- Sen AK, *La Ricchezza Della Ragione: Denaro, Valori, Identità* (Il Mulino 2000)
- Setti M, 'Implicazioni Fiscali Del Nuovo Istituto Delle Società "Benefit"' (2016) 29 *Corriere Tributario* 2301
- Shleifer A and Vishny RW, 'A Survey of Corporate Governance' (1997) 52 *The Journal of Finance* 737
- Siclari D, 'Creating Value on the Market and into Society: Le C.d. Benefit Corporation Nel Contesto Della Strategia Europe 2020 per Una Crescita Smart, Inclusiva E Sostenibile' in Olivieri G e Falce V (ed), *Smart Cities e Diritto dell'Innovazione* (Quaderni di giurisprudenza commerciale, Giuffrè 2016)
- , 'Le Società Benefit Nell'ordinamento Italiano' (2016) *Rivista Trimestrale di Diritto dell'Economia* 36
- Simon HA, 'Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science' (1959) 49 *The American Economic Review* 253

- Smith A, *Theory of Moral Sentiments* (1759) traduzione italiana: *Teoria dei Sentimenti Morali* (Biblioteca Universale Rizzoli 1995)
- , *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (1776) traduzione italiana: *Indagine sulla Natura e le Cause della Ricchezza delle Nazioni* (Isedi 1973)
- Smith NC, ‘Consumers as Drivers of Corporate Social Responsibility’ in *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility* (OUP 2008)
- Sousa Ferro M, ‘Committing to Commitment Decisions-Unanswered Question on Article 9 Decisions’ (2006) 26 *European Competition Law Review* 451
- Stefanis CD, Quercia A e Tomelleri A, *Enti non profit. Prontuario operativo*. (Maggioli Editore 2013)
- Stella Richter M, ‘Forma E Contenuto Dell’atto Costitutivo Delle Società per Azioni’ in Colombo GE e Portale GB (ed), *Trattato delle società per azioni*, vol 1 (UTET 2004)
- Stigler GJ, ‘On the “Chicago School of Economics”’: Comment’ (1962) 70 *Journal of Political Economy* 70
- Stiglitz JE, *The Price of Inequality: How Today’s Divided Society Endangers Our Future* (WW Norton & Company 2012)
- Stout LA, ‘Why We Should Stop Teaching Dodge v. Ford’ (2008) 3 *Virginia Law & Business Review* 163
- , *The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public* (Berrett-Koehler Publishers 2012)

- Streeck W, 'German Capitalism: Does It Exist? Can It Survive?' in C Crouch e Wolfgang Streeck (ed), *Political Economy of Modern Capitalism: Mapping Convergence and Diversity* (Sage 1997)
- Stucke ME, 'Behavioral Economists at the Gate: Antitrust in the 21st Century' (2007) 38 Loyola University Chicago Law Journal 513
- , 'Money, Is That What I Want?: Competition Policy & the Role of Behavioral Economics' (2010) 50 Santa Clara Law Review 101
- Sumner WG, *The Challenge of the Facts and Other Essays* (Albert Galloway Keller ed, New Haven: Yale University Press 1914)
- Sundaram AK e Inkpen AC, 'The Corporate Objective Revisited' (2004) 15 Organization Science 350
- Thaler RH e Sunstein CR, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (London: Penguin 2009)
- The Committee on Corporate Law, 'Other Constituencies Statutes: Potential for Confusion' (1990) 45 Business Law 2253
- Townley C, 'Is Anything More Important than Consumer Welfare (in Article 81 EC)? Reflections of a Community Lawyer' (2008) 10 Cambridge Yearbook of European Legal Studies 345
- , *Article 81 EC and Public Policy* (Bloomsbury Publishing 2009)
- , 'Coordinated Diversity: Revolutionary Suggestions for EU Competition Law (and for EU Law Too)' (2014) 33 Yearbook of European Law 194

- Van Apeldoorn B e Horn L, 'The Marketisation of European Corporate Control: A Critical Political Economy Perspective' (2007) 12 New Political Economy 211
- Van der Weide ME, 'Against Fiduciary Duties to Corporate Stakeholders' (1996) 21 Delaware Journal of Corporate Law 27
- van Miert K, 'An Active Competition Policy for Economic Growth' (Frontier Free Europe 1995)
- Vedder H, *Competition Law and Environmental Protection in Europe: Towards Sustainability?* (Europa Law Pub 2003)
- Ventura L, 'Benefit Corporation E Circolazione Di Modelli: Le «Società Benefit», Un Trapianto Necessario?' (2016) 4-5 Contratto e Impresa 1134
- Vitols S, 'Varieties of Corporate Governance: Comparing Germany and the UK' in Peter Hall e David Soskice (ed), *Varieties of Capitalism: Institutional Foundations of Comparative Advantage* (Cambridge: Cambridge University Press 2001)
- Vogel D, *The Market for Virtue: The Potential and Limits of Corporate Social Responsibility* (Brookings Institution Press 2007)
- Von Stange G, 'Corporate Social Responsibility Through Constituency Statutes: Legend or Lie?' (1993) 11 The Hofstra Labor & Employment Law Journal 461
- Wallman SM, 'The Proper Interpretation of Corporate Constituency Statutes and Formulation of Director Duties' (1991) 21 Stetson Law Review 163

- Werhane PH, 'The Role of Self-Interest in Adam Smith's Wealth of Nations' (1989) *The Journal of Philosophy* 669
- Whish R e Bailey D, *Competition Law* (8^a edizione, OUP Oxford 2015)
- White III TJ, 'Benefit Corporations: Increased Oversight through Creation of the Benefit Corporation Commission' (2014) 41 *Journal of Legislation* 329
- Whitley R, *Divergent Capitalisms: The Social Structuring and Change of Business Systems* (OUP 1999)
- Wigger A e Buch-Hansen H, 'Competition, the Global Crisis, and Alternatives to Neoliberal Capitalism: A Critical Engagement with Anarchism' (2013) 35 *New Political Science* 604
- Wigger A e Nölke A, 'Enhanced Roles of Private Actors in EU Business Regulation and the Erosion of Rhenish Capitalism: The Case of Antitrust Enforcement' (2007) 45 *Journal of Common Market Studies* 487
- Wilks S, 'Agency Escape: Decentralization or Dominance of the European Commission in the Modernization of Competition Policy?' (2005) 18 *Governance* 431
- Wils WJP, 'Settlements of EU Antitrust Investigations: Commitment Decisions Under Article 9 of Regulation No. 1/2003' (2006) 29 *World Competition* 345
- , 'The Judgment of the EU General Court in Intel and the so-Called "More Economic Approach" to Abuse of Dominance' (2014) 37 *World Competition: Law and Economics Review* 405

Witt AC, 'Public Policy Goals Under EU Competition Law—Now Is the Time to Set the House in Order' (2012) 8 European Competition Journal 443

Yergin D e Stanislaw J, *The Commanding Heights: The Battle Between Government And The Marketplace* (Simon and Schuster 2008)

Yockey JW, 'Does Social Enterprise Law Matter' (2014) 66 Alabama Law Review 767

Zimmer D, *The Goals of Competition Law* (Edward Elgar Publishing 2012)

Zingales L, *Corporate Governance, in the New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, P. Newman Ed (Macmillan, New York, NY 1998)

SITOGRAFIA

- AA. VV., 'The North Sea Brown Shrimp Fisheries Study' (Directorate-General for Internal Policies, Policy Department, Structural and Cohesion Policies 2011)
<[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/460041/I-POL-PECH_ET\(2011\)460041_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2011/460041/I-POL-PECH_ET(2011)460041_EN.pdf)>
- , 'Le Società Benefit (Parte II): In Requiem Alle Imprese Sociali'
<<http://www.fondazionenazionalecommercialisti.it/node/1078>>
- , 'Le Società Benefit: La Nuova Prospettiva Di Una Corporate Social Responsibility Con Commitment'
<<http://www.fondazionenazionalecommercialisti.it/node/1006>>
- Anne Field, 'The Year In Social Enterprise and Impact Investing: 5 Noteworthy Happenings in 2015' (*Forbes*, 30 dicembre 2015)
<<http://www.forbes.com/sites/annefield/2015/12/30/the-year-in-social-enterprise-and-impact-investing-5-noteworthy-happenings-in-2015/#28355d094265>>
- B Lab, 'How to become a B Corp, Performace Requirements'
<<https://www.bcorporation.net/become-a-b-corp/how-to-become-a-b-corp/performance-requirements>>
- , 'How to become a B Corp, Legal Requirements'
<<https://www.bcorporation.net/become-a-b-corp/why-become-a-b-corp/protect-your-mission>> ——, B Impact Assessment,
<<http://www.bimpactassessment.net>>

- , ‘Legal Roadmap’ <<http://bcorporation.eu/legal-roadmap-italy>>
- , ‘Why become a B Corp: differentiate from pretenders’
<<http://bcorporation.eu/become-a-b-corp/why-become-a-b-corp/differentiate-pretenders>>
- , ‘The Benefit Company Legal Form’ <<http://bcorporation.uk/blog/the-benefit-company-legal-form>>
- , ‘European B Corps’ <<http://bcorporation.eu/b-corporations-in-europe>>
- , ‘About B Lab’ <<https://www.bcorporation.net/what-are-b-corps/about-b-lab>>
- , ‘Declaration of Interdependence’
<https://www.bcorporation.net/sites/default/files/documents/term_sheets/2016/B_Corp_Term_Sheet-Global_Benefit_Corp.pdf>
- Beeston S e van der Weide C, ‘New Developments Policy Rules on Competition and Sustainability’ (2016)
<https://www.vandoorne.com/en/knowledgesharing/news/2016_q2/new-developments-policy-rules-on-competition-and-sustainability/>
- Benefit Corporation, ‘Benefit Corporation & Certified B Corps’
<<http://benefitcorp.net/businesses/benefit-corporations-and-certified-b-corps>>
- , ‘Model Legislation’
<http://benefitcorp.net/sites/default/files/Model%20Benefit%20Corp%20Legislation_4_16.pdf>

——, ‘State by State Status of Legislation’

<<http://benefitcorp.net/policymakers/state-by-state-status>>

Bertarini B, ‘La Società Benefit: Spunti Di Riflessione Sulle Nuove Prospettive
Del Settore Non Profit’ (2016) *Diritto e Giustizia*

<http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/PP_SOC_societabenefit_bertarini_n.pdf> accessed 30 August 2016

CIC Association, ‘What is a CIC’ <<http://www.cicassociation.org.uk/about/what-is-a-cic>>

Commissione Europea, ‘How Companies influence our Society: Citizens’ View’

<http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_363_en.pdf>

CONE LLC, ‘Cone Cause Evolution Study’ (2010)

<<http://www.conecomm.com/research-blog/2010-cause-evolution-study>>

de Meji J, ‘Minister of Economic Affairs Published a Draft Policy Rule on
Competition and Sustainability for Consultation’ (2016)

<<http://www.stibbe.com/en/news/2016/january/minister-of-economic-affairs-published-a-draft-policy-rule-on-competition-and-sustainability-for-co>>

de Waal F, ‘How Bad Biology Is Killing the Economy’ *Economics* (2016)

<<http://economics.com/how-bad-biology-is-killing-the-economy/>>

Department of Trade and Industry, ‘Social Enterprise. A Strategy for Success’
(2002)

<<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20040117044730/dti.gov.uk/socialenterprise/>>

Dutch Authority for Consumers & Market (ACM), ‘NMa Fines Shrimp Wholesalers and Shrimp Fishery Industry Due to Price Agreements’ (2003)
<<https://www.acm.nl/en/publications/publication/5980/NMa-Fines-Shrimp-Wholesalers-and-Shrimp-Fishery-Industry-Due-to-Price-Agreements/>>

——, ‘Analysis by the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) of the Planned Agreement on Closing down Coal Power Plants from the 1980s as Part of the Social and Economic Council of the Netherlands’ SER Energieakkoord’ (2013)
<<https://www.acm.nl/en/download/publication/?id=12082>>

——, ‘Vision Document on Competition and Sustainability’ (2014)
<<https://www.acm.nl/en/publications/publication/13077/Vision-document-on-Competition-and-Sustainability/>>

——, ‘ACM’s Analysis of the Sustainability Arrangements Concerning the “Chicken of Tomorrow”’ (2015)
<<https://www.acm.nl/en/publications/publication/13789/ACMs-analysis-of-the-sustainability-arrangements-concerning-the-Chicken-of-Tomorrow/>>

Dutch Minister of Economic Affairs, ‘Policy Rule on Competition and Sustainability’ (Dutch Government 2014)
<<https://www.acm.nl/en/download/attachment/?id=11880>>

Dutch Ministry of Foreign Affairs, ‘National Action Plan on Business and Human Rights’ <<https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/netherlands-national-action-plan.pdf>>

- Edelman, Edelman Trust Barometer Executive Summary (2009),
<<http://edelman.edelman1.netdna-cdn.com/assets/uploads/2014/01/2009-Trust-Barometer-Executive-Summary.pdf>>
- Eurosif, ‘European SRI Study’, <<http://www.eurosif.org/wp-content/uploads/2014/09/Eurosif-SRI-Study-20142.pdf>>
- Ezrachi A, ‘Sponge’ (2015) Oxford Legal Studies Research Paper No. 16/2015
<<http://papers.ssrn.com/abstract=2572028>>
- Fast Company, ‘20 Moments From The Past 20 Years That Moved The Whole World Forward’ (16 novembre 2015)
<<https://www.fastcompany.com/3052958/20-moments-that-matter>>
- Fraser Institute, ‘Economic Freedom of the World: 2015 Annual Report’ (2015)
<<http://www.freetheworld.com/2015/economic-freedom-of-the-world-2015.pdf>>
- Gerbrandy A, ‘Competition Law and Sustainable Development. An Inquiry by Legal Essay.’
<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2398962>
- , ‘The Netherlands Move Ahead with Competition and Sustainability’ (2016)
<<http://blog.renforce.eu/index.php/nl/2016/02/23/the-netherlands-move-ahead-with-competition-and-sustainability/>>
- Gerner-Beuerle C, Paech P e Schuster EP, ‘Study on Directors’ Duties and Liability’ (London School of Economics 2013)
<http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-analysis_en.pdf>

Human Rights Council, 'Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights' (United Nations 2008) <<https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>>

——, 'UN Guiding Principles on Business and Human Rights' (United Nations 2011)
<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf>

ISTAT, 'Censimento dell'industria e dei servizi 2011: istituzioni non profit'
<http://www.istat.it/en/files/2013/07/05-Scheda-Non-Profit_DEF.pdf>

Komninos AP, 'Non-Competition Concerns: Resolution of Conflicts in the Integrated Article 81 EC' (2005) University of Oxford, Working Paper (L) 08/05 <https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/ccip_1_08-05.pdf>

Kroes N, 'European Competition Policy - Delivering Better Markets and Better Choices', (Londra, 15 settembre 2005) <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-512_en.htm>

Monti M, 'Antitrust in the US and Europe: A History of Convergence', (Washington DC, 14 novembre 2001) <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-01-540_en.htm?locale=en,%2002.01.2008>

Obama B, 'State of the Union Address' <<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/01/20/remarks-president-state-union-address-january-20-2015>>

Patagonia, 'Annual Benefit Corporation Report' (2015)
<http://www.patagonia.ca/static/on/demandware.static/-/Library-Sites-PatagoniaShared/default/dw388e98a1/PDF-US/2015_BCorp-AnnualReport-v6.pdf>

- Pellino R, 'Società Benefit: Novità Della Legge di Stabilità 2016' (2016) Il Societario <<http://ilsocietario.it/articoli/focus/societ-benefit-novit-della-legge-di-stabilit-2016>>
- Petit N e Neyrinck N, 'Behavioral Economics and Abuse of Dominance: A Proposed Alternative Reading of the Article 102 TFEU Case-Law' (2010) The Global Competition Law Centre Working Papers Series <https://www.coleurope.eu/sites/default/files/uploads/page/gclc_wp_02-10_-_petit__neyrinck.pdf>
- Ruggie J, 'The UN "Protect, Respect and Remedy" Framework for Business and Human Rights' (2010) <<https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-protect-respect-remedy-framework.pdf>>
- Scarpa D, 'Società Benefit: Una Interessante Novità' (2016) Il Societario <<http://ilsocietario.it/articoli/focus/societ-benefit-una-interessante-novit>>
- Schinkel MP and Spiegel Y, 'Can Collusion Promote Sustainable Consumption and Production?' (2016) International Journal of Industrial Organization <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167718716300327>>
- Schweitzer H, 'Competition Law and Public Policy: Reconsidering an Uneasy Relationship: The Example of Art. 81' (2007) SSRN 1092883 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1092883>
- Sociaal-Economische Raad (SER), 'Energy Agreement for Sustainable Growth: Implementation of the Energy Agreement' (2013) <<https://www.ser.nl/en/publications/publications/2013/energy-agreement-sustainable-growth.aspx>>

Società Benefit, 'Registro Ufficiale SB', <<http://www.societabenefit.net/elenco-sb/>>

Stiglitz JE, 'Moral Bankruptcy: Why Are We Letting Wall Street off so Easy?'
Mother Jones (2010) <www.motherjones.com/politics/2010/01/joseph-stiglitz-wall-street-morals>

Stout LA, 'The Shareholder Value Myth' Cornell Law Faculty Publications
<<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/771>>

van Dam C, 'Statutory Human Rights Due Diligence Duties in the Netherlands'
<https://www.rsm.nl/fileadmin/Images_NEW/Sites/Chair_IBHR/Publications/Van_Dam_-_Statutory_HRDD_duties_in_NL.pdf>

van Miert K, 'The Future of European Competition Policy' (1998)
<http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp1998_042_en.html>

Vedder H, 'Sustainable Competition Law; Competition Law Kills Coal Closure Plan, or Does It?' (2013) <europeanlawblog.eu/?p=1974>

Verne Harnish, 5 Key Business Trends to Master in 2016 (*Fortunes*, 15 dicembre 2015) <<http://fortune.com/2015/12/15/key-business-trends-2016/>>