

*La ricerca presentata in questo volume
è stata realizzata con il sostegno di*

INTESA  SANPAOLO

e pubblicata grazie al contributo di

IRPA

**ISTITUTO DI RICERCHE
SULLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

USCIRE DALLA CRISI

Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali

A CURA DI
GIULIO NAPOLITANO

SOCIETÀ EDITRICE IL MULINO

INDICE

Presentazione, di <i>Giulio Napolitano</i>	p. 13
1. Il salvataggio pubblico delle banche, di <i>Giuliano Fonderico e Giulio Vesperini</i>	17
1. I problemi	17
2. La Grande crisi del 1929. Gli Stati Uniti	18
2.1. Le misure di salvataggio durante l'amministrazione Hoover	19
2.2. L'amministrazione Roosevelt: dall'emergenza alla riscrittura delle regole del gioco	23
3. La Grande crisi del 1929. L'Italia	25
3.1. Il quadro economico prima e dopo l'arrivo della crisi	25
3.2. L'intervento statale: dalle crisi bancarie del primo dopoguerra all'Iri	28
4. Le misure di salvataggio nella crisi del 1929 e la loro rilevanza per l'esame degli interventi attuali	32
5. La crisi del 2008	37
6. I condizionamenti sovranazionali	41
6.1. Le misure globali	41
6.2. Le misure europee	42
7. Le tendenze delle discipline dei principali Stati membri dell'Unione europea: comuni le tecniche di salvataggio, differenti gli apparati di regolamentazione e controllo	50
8. Le discipline degli Stati Uniti: la varietà delle tecniche di salvataggio e l'articolazione dell'organizzazione di controllo	55
9. I costi del salvataggio	62
10. Comparazioni e prospettive	64

I lettori che desiderano informarsi sui libri e sull'insieme delle attività della Società editrice il Mulino possono consultare il sito Internet: www.mulino.it

ISBN 978-88-15-23942-6

Copyright © 2012 by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere fotocopiata, riprodotta, archiviata, memorizzata o trasmessa in qualsiasi forma o mezzo – elettronico, meccanico, reprografico, digitale – se non nei termini previsti dalla legge che tutela il Diritto d'Autore. Per altre informazioni si veda il sito www.mulino.it/edizioni/fotocopie

5.5. Il rilancio delle semplificazioni a favore delle imprese	p. 230
6. Il nodo delle risorse e lo sviluppo degli investitori istituzionali di lungo termine a partecipazione pubblica	234
7. L'intervento pubblico a sostegno del sistema produttivo: valutazioni d'insieme	237
7.1. I risultati	237
7.2. Le trasformazioni	241
7.3. Le prospettive: la rinnovata centralità della «questione amministrativa»	246
5. Le politiche di concorrenza: dallo «stallo» al rilancio, di <i>Luigi Fiorentino e Lorenzo Saltari</i>	251
1. La <i>competition policy</i> e la crisi economica	251
2. I precedenti storici: le pressioni di breve periodo	254
3. L'impatto della crisi sull' <i>antitrust</i> statunitense	260
4. L' <i>antitrust</i> nell'Unione europea e le politiche della concorrenza nei principali Stati membri	264
5. L' <i>antitrust</i> sul piano globale	272
6. Tutela della concorrenza e liberalizzazioni in Italia	275
7. La crisi nel rapporto Stato-mercato: dal pendolo alla commistione	283
6. Le protezioni sociali alla prova, di <i>Hilde Caroli Casavola e Martina Conticelli</i>	293
1. La crisi economica e le garanzie sociali	293
2. Il <i>welfare</i> nella crisi del 1929	297
3. Le misure «positive» dopo la crisi del 2008: lo Stato «salvatore» e il benessere selettivo	300
3.1. Le politiche per la casa	302
3.2. Le riforme sanitarie	309
3.3. Gli ammortizzatori sociali (per i redditi da lavoro)	314
3.4. Gli interventi a sostegno del reddito	321

3.5. Le agevolazioni e i rimborsi fiscali	p. 327
3.6. L'istruzione, l'università e la ricerca	329
4. La crisi del debito sovrano e i tagli al <i>welfare</i>	332
5. Il nuovo <i>welfare mix</i> : caratteristiche, tendenze e paradossi	336
7. La riduzione della spesa pubblica e la riforma amministrativa, di <i>Fabrizio Di Mascio e Alessandro Natalini</i>	345
1. Gli effetti della crisi sul sistema amministrativo tra opportunità e vincolo al cambiamento	345
2. L'impatto della crisi del 1929 sugli apparati pubblici	348
3. Le risposte alla crisi del 2008	355
3.1. Le strategie di riduzione della spesa	358
3.2. Il vincolo costituzionale di bilancio	361
3.3. Le contrazioni nel pubblico impiego	363
3.4. La riforma dei controlli	366
3.5. La riduzione della frammentazione istituzionale	370
4. L'impatto della crisi sulle traiettorie dei sistemi amministrativi	373
5. I sistemi amministrativi tra ancoraggio comunitario e perdurante incertezza dei mercati	378
8. La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della <i>governance</i> economica europea, di <i>Giulio Napolitano</i>	383
1. Dal «fallimento» della finanza privata alla crisi del debito sovrano	383
2. I fattori di debolezza della zona euro e la riforma della <i>governance</i> economica europea	385
3. Gli strumenti di assistenza finanziaria	389
3.1. Il sistema dei prestiti bilaterali coordinati	390
3.2. Il regolamento sulla stabilizzazione finanziaria e il veicolo speciale temporaneo	391
3.3. Il meccanismo di stabilità permanente	396

CAPITOLO QUINTO

LE POLITICHE DI CONCORRENZA: DALLO STALLO AL RILANCIO

1. *La «competition policy» e la crisi economica*

«Negli ultimi anni era venuta crescendo la fiducia nella capacità degli assetti concorrenziali di produrre effetti positivi. La crisi finanziaria e la recessione economica che ne è seguita hanno scosso i mercati, le classi politiche e l'opinione pubblica mettendo sostanzialmente a rischio tale fiducia»¹. Le parole del Chief Executive dell'inglese Office of Fair Trading racchiudono la ragione che rende opportuno interrogarsi su quali effetti la crisi stia producendo sulle politiche di concorrenza. L'attuale fase recessiva può radicare l'opinione secondo cui una forte competitività, artificialmente dettata dalle regole dell'*antitrust*², può rivelarsi un peso per la ripresa più che un'opportunità. Del resto, l'esperienza storica mostra la rilevanza di questo dubbio³.

Lo scorso secolo gli Stati Uniti, negli anni Trenta, poi il Giappone, negli anni Novanta, sospesero o ammorbidirono l'azione a tutela della concorrenza in risposta alle crisi che si trovarono a fronteggiare. Gli studi su queste esperienze hanno evidenziato che ridurre il grado di competizione per impedire il fallimento delle imprese più in difficoltà ha ral-

Questo capitolo è di Luigi Fiorentino e Lorenzo Saltari. Il testo è frutto di una riflessione comune tra gli autori. Luigi Fiorentino ha scritto i par. 1, 4 e 6, Lorenzo Saltari i par. 2, 3, 5 e 7. Alla ricerca ha collaborato Fabio Di Cristina, che ha raccolto ed elaborato i materiali dell'indagine.

¹ J. Fingleton, *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, in «Mercato concorrenza regole», n. 1, 2009, pp. 7 ss.

² N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

³ D.A. Crane, *Did We Avoid Historical Failures of Antitrust Enforcement During the 2008-09 Financial Crisis?*, in «Antitrust Law Journal», vol. 77, n. 1, 2010, pp. 219 ss.

lentato la ripresa⁴. Ciò nondimeno, anche oggi si assiste alla richiesta del mondo produttivo di attenuare la concorrenza e alla tendenza delle classi politiche a prestare ascolto a queste istanze⁵. Gioca a favore degli operatori economici la diffusa preoccupazione delle conseguenze sull'occupazione che potrebbero aversi dall'uscita dal sistema di numerose imprese meno efficienti. La crisi, infatti, si somma a un'impetuosa crescita delle economie di nuovi paesi emergenti che mette ancor più pressione all'economia occidentale⁶.

Appare utile allora analizzare tra quali attori e secondo quali logiche relazionali, disciplinate dal diritto, si compiono le interazioni dalle quali scaturisce la *competition policy* al tempo della crisi. Occorre chiedersi se la competitività dei mercati sia protetta da istituzioni forti; se essa sia una scelta che l'appartenenza a ordinamenti regionali (Unione europea) e globali (Organizzazione mondiale del commercio – Omc) renda irreversibile o se, viceversa, gli Stati continuano ad avere un'autonomia che consente loro di diluire o sospendere l'applicazione degli istituti *antitrust*. La prospettiva da cui si guarda alla concorrenza non è irenica. Essa non è assunta quale valore assoluto da proteggere come tale. È la diversa genesi nordamericana ed europea dei diritti *antitrust* a mostrare come essi sottendano presupposti e finalità differenti. Lo *Sherman Act* fu il riflesso di un mutato rapporto di forza tra grandi gruppi industriali, piccole imprese e consumatori⁷.

⁴ H.L. Cole e L.E. Ohanian, *New Deal Policies and the Persistence of the Great Depression: A General Equilibrium Analysis*, in «Journal of Political Economy», vol. 112, n. 4, 2004, pp. 779 ss.; F. Hayashi e E.C. Prescott, *The 1990s in Japan: A Lost Decade*, in «Review of Economic Dynamics», vol. 5, n. 1, 2002, pp. 206 ss.; M.E. Porter e M. Sakakibara, *Competition in Japan*, in «The Journal of Economic Perspectives», vol. 18, n. 1, 2004, pp. 27 ss.

⁵ Per D.A. Crane, *Antitrust Enforcement during National Crisis: An Unhappy History*, in «Global Competition Policy», n. 1, 2008: «Antitrust laxity is often the government's first bargaining chip when it urgently needs something from industry».

⁶ V. Castronovo, *Il capitalismo ibrido. Saggio sul mondo multipolare*, Roma-Bari, Laterza, 2011, traccia le linee essenziali dello sviluppo delle economie dei paesi emergenti.

⁷ H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, St. Paul, Minn, West Publishing, 1999, pp. 47 ss.

In Europa, invece, l'*antitrust* è embricato ad un obiettivo politico-istituzionale: l'integrazione degli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione⁸. La concorrenza, dunque, va intesa come un assetto giuridico dei mercati che reca benefici per alcuni e svantaggi per altri. Essa va considerata come una scelta di fondo della collettività in grado di incidere profondamente sugli equilibri economici sociali e politici⁹.

La crisi economica, in quest'ottica, può essere la causa e l'occasione per rompere e ridefinire vecchi equilibri. Il rischio, di cui si anticipano i contorni, è che alcuni «poteri privati»¹⁰, valendosi dell'instabilità contingente, possano accrescere la loro capacità di cattura dei «poteri pubblici», facendoli aderire all'idea che la miscela tra il rafforzamento dei campioni nazionali (o continentali) e il protezionismo possa dare risposte di stabilizzazione macroeconomica¹¹.

D'altro canto, questo scenario, potrebbe pesare l'insoddisfazione delle élite politiche per aver dovuto rinunciare a buona parte dei vecchi strumenti d'intervento pubblico in economia nell'ultimo quindicennio. Specie in Italia, *late-comer* della concorrenza, una rappresentazione «retorica» della crisi potrebbe servire per sbarazzarsi delle politiche di tutela e promozione della competitività del sistema produttivo. Del resto, come si vedrà poi, fu questo l'assetto che s'impose nel nostro paese negli anni della Grande depressione.

⁸ M. Motta, *Competition Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, trad. it. M. Motta e M. Polo, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 9 e p. 17, per i quali «le leggi sulla concorrenza e la loro attuazione (deve) essere inquadrata nel contesto politico economico e storico in cui esse sono adottate».

⁹ Osserva N. Irti, *La concorrenza come statuto normativo*, in *La concorrenza tra economia e diritto*, a cura di N. Lipari e I. Musu, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 59, che «i metodi non competitivi (o, se si vuole, autoritativi), non sono logicamente né migliori né peggiori dei metodi competitivi. Essi però determinano il distacco tra autori e destinatari della scelta. [...] I metodi competitivi mirano a ricomporre il distacco».

¹⁰ G. Amato, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, Il Mulino, 1998, *passim*.

¹¹ G. Olivieri e A. Pezzoli, *L'antitrust e le sirene della crisi*, in «Analisi giuridica dell'economia», vol. 1, 2009, pp. 128 ss.

I riflessi della crisi sull'*antitrust* non sono eguali in Italia, nell'Unione europea e nelle altre aree macroeconomiche. La Cina, ad esempio, paese in fortissima espansione solo lambito dalle difficoltà dell'economia mondiale, sta immettendo nel proprio ordinamento istituti a tutela della concorrenza. Gli Stati Uniti, dopo una lunga stagione dominata da una visione minimalista dell'*antitrust*, hanno riscoperto le virtù della sua versione più incisiva, scontrandosi però con la difficoltà di modificare l'*enforcement* nell'attuale contesto¹². L'Europa, anche volendo, difficilmente potrebbe accantonare l'*antitrust* a meno di non rinunciare al progetto di perfezionare e proteggere il suo «mercato interno». Però l'architettura europea dell'*enforcement antitrust*, incentrata sulla rete di autorità statali che agiscono in funzione comune, non impedisce che possano esserci tentazioni protezionistiche nel modo in cui il controllo viene effettuato¹³.

2. *I precedenti storici: le pressioni di breve periodo*

Per fronteggiare la crisi iniziata nel Ventinove, Franklin D. Roosevelt nel 1933 promosse l'adozione di misure che frenavano l'*enforcement antitrust*¹⁴ autorizzando la definizione di «codici di concorrenza» leale che fissavano prezzi e salari¹⁵. Uno dei perni del *National Industrial Recovery Act* (Nira), infatti, era l'idea che i bassi profitti nei settori industriali contribuissero all'instabilità economica del periodo. La finalità dei

¹² D.A. Crane, *Obama's Ambitious Antitrust Agenda*, in «Regulation», 2010.

¹³ La Commissione europea, pur essendo vertice funzionale di questa rete, è restia ad esercitare una funzione di indirizzo marcata rispetto alle autorità nazionali tanto che anche nel 2010 come negli anni precedenti non ha avviato alcun procedimento finalizzato a garantire la coerenza del processo decisionale. Cfr. Commissione europea, *Relazione sulla politica di concorrenza 2010*, Com (2011) 328 def., par. 145.

¹⁴ Cfr. F. Villari, *Riforme di Roosevelt e cultura economica della crisi*, in *La Grande Crisi e le riforme di Roosevelt*, a cura di Id., Roma, Gangemi, 2007, p. 28, secondo cui il Nira abrogava implicitamente la legislazione *antitrust* vigente.

¹⁵ B. Lyons, *Competition Policy, Bailouts, and the Economic Crisis*, in «Competition Policy International», vol. 5, n. 2, 2009, pp. 38 ss.

codes era che la promozione coordinata dei mercati rendesse i profitti più stabili ed elevati¹⁶. La Corte suprema, sebbene non in linea con le idee del nuovo presidente, nello stesso anno approvò un accordo di vendita collettiva e di fissazione dei prezzi tra oltre cento produttori di carbone (*Appalachian Coals vs. United States*)¹⁷. Si tratta di uno dei rarissimi casi in cui la determinazione concertata del prezzo non è stata ritenuta illecita dalla giurisprudenza americana.

Il Nira incrementò la programmazione centralizzata a scapito delle decisioni decentralizzate del mercato concorrenziale¹⁸ e portò all'ascesa del sindacato a cui Roosevelt offrì un'alleanza per sostenere il *New Deal*¹⁹. Non meno importante, il Nira determinò anche un deciso rafforzamento dell'apparato esecutivo e delle prerogative della presidenza²⁰. Alla base di questo provvedimento vi erano due convinzioni.

¹⁶ A livello federale fu istituita la *National Recovery Administration* (Nra). Essa ebbe il compito di programmare con gli imprenditori la quantità di merci da immettere nel mercato per arginare il crollo dei prezzi avutosi fra il 1929 e il 1932. Il ruolo dei sindacati dei lavoratori crebbe in modo consistente. Anch'essi furono ammessi ai negoziati presso la Nra per concertare condizioni lavorative e salariali. Il *code*, una volta raggiunto l'accordo e sottoscritto dal Presidente, aveva forza di legge. In caso di fallimento delle trattative, tra le prerogative presidenziali vi era anche dettare minimi salariali e condizioni di lavoro, sulla base di apposite inchieste svolte da funzionari federali.

¹⁷ La Grande depressione aveva colpito molto duramente l'industria mineraria del carbone. A fronte d'una contrazione massiccia della domanda, centotrentasette produttori situati negli Appalachi stabiliscono il prezzo e dispongono le quote di produzione. Per la Corte questo accordo non era illecito dovendo essere considerato una ragionevole risposta alla crisi che attanagliava quel mercato. Cfr. M. Motta e M. Polo, *Antitrust: economia e politica della concorrenza*, cit., pp. 14 ss.

¹⁸ Nel 1933, uno tra i più influenti esponenti del primo *brain trust* che affiancò Roosevelt, R.G. Tugwell, sosteneva che l'affermazione della grande impresa spinge nella direzione di un forte coordinamento del sistema industriale, in contrasto con l'ideologia del *laissez-faire* e le sue istituzioni. Cfr. R.G. Tugwell, *The Industrial Discipline and the Governmental Arts*, New York, Columbia University Press, 1933.

¹⁹ F. Villari, *Riforme di Roosevelt e cultura economica della crisi*, in *La Grande Crisi e le riforme di Roosevelt*, cit., p. 31.

²⁰ In questo senso, S. Fabbrini, *Il presidenzialismo degli Usa*, Roma-Bari, Laterza, 1993.

La prima è che lo sviluppo dell'industrializzazione imponga un'azione di coordinamento centralizzato delle scelte allocative. Ciò richiede e induce un rafforzamento del livello di governo federale. La seconda è che la crescita economica non può disgiungersi da un aumento dei salari e un miglioramento delle condizioni di lavoro per aumentare i consumi interni e lenire i problemi dell'eccesso di produzione. Di qui la quotazione del sindacato. Si tratta di una rottura radicale che non modifica solo il rapporto Stato-mercato in senso più interventista. In questa trasformazione, vi è anche un profondo cambiamento sociale, che riguarda la redistribuzione della ricchezza, e giuridico, che coincide con la crescita delle amministrazioni federali e del diritto amministrativo nella regolazione dell'economia²¹.

Sul Nira si concentrò l'opposizione liberista, premiata dalla Corte suprema nel 1935 quando si espresse per la sua l'incostituzionalità. Inoltre, la Corte, nel 1940, ribaltò l'orientamento assunto nel caso *Appalachian Coals v. US* tornando a giudicare in sé illeciti gli accordi di prezzo (*Socony-Vacuum Oil*).

Il Ventinove impose allo Stato italiano di salvare le banche, portandolo ad acquisire, tramite l'Iri, un'ingente quota del capitale industriale. E diversamente da quanto previsto, esso solo in minima parte fu restituito alla sfera privata²². Si ampliò, inoltre, la disciplina che sottopone ad autorizzazione l'accesso in numerosissimi settori produttivi proteggendo gli *incumbent* da potenziali concorrenti. Il regime fascista favorì l'oligopolio anche per ottenere l'appoggio dell'industria e il suo coinvolgimento nella strategia autarchica²³. Fu però la legislazione corporativa ad incarnare con maggior nettezza il disfavore fascista per il mercato col suo ambizioso obiettivo

²¹ M.J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford, Oxford University Press, 1992, trad. it. *Le trasformazioni del diritto americano*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 401 ss.

²² Su questi temi, si rinvia al cap. 1 e al cap. 4.

²³ V. Castronovo, *Storia economica dell'Italia*, Torino, Einaudi, 2006, pp. 251 ss.

di realizzare un modo di produzione alternativo tanto al capitalismo, quanto al collettivismo²⁴.

Pure la Germania, sconfitta nella Grande Guerra e oppressa dagli obblighi di riparazione, fece ampio ricorso ai cartelli e al coordinamento delle imprese, visti come un rimedio ai difetti da eccesso di produzione²⁵. Anche il Giappone, lo si è già ricordato, per fronteggiare la profonda crisi che prostrò il paese negli anni Novanta del XX secolo, seguì una linea analoga a quella americana del 1933.

I precedenti storici offrono varie chiavi per interpretare il presente. La Grande depressione seguita al 1929 erode la fiducia nel *laissez faire* e nel mercato. Ne discende la crescita del coordinamento e della programmazione pubblica dell'industria, la sospensione dell'*antitrust* e, quindi, il rafforzamento dell'oligopolio. Sono effetti indiretti rispetto alla crisi, generati però dalle misure dispiegate per farvi fronte.

Negli Usa il mercato e la concorrenza riprendono quota sin dal secondo dopoguerra. È rappresentativo della vocazione americana per la concorrenza il fatto che istituti *antitrust* furono innestati per la prima volta negli ordinamenti tedesco e giapponese proprio quando gli americani ebbero il governo dei due paesi nella transizione seguita alla fine della guerra mondiale.

Negli anni Trenta, il mercato in Italia, *late-comer* sia nello *state-building* sia nell'industrializzazione, era molto debole. La traiettoria che porta il nostro paese verso la concorrenza è lunga. La riserva originaria d'attività, nata nel fascismo, penetra nella Costituzione. Si sedimenta ed estende così l'assetto monopolistico dei servizi pubblici. L'articolo 43 cost. è alla base della nazionalizzazione dell'energia elettrica dei primi anni Sessanta²⁶. Nel credito vi sono i privati. Il loro accesso è però sottoposto al potere discrezionale delle

²⁴ Sui caratteri, il significato e, soprattutto, sui limiti del corporativismo fascista, S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2010.

²⁵ R. Overy, *Crisi tra le due guerre mondiali. 1919-1939*, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 83 ss.

²⁶ S. Cassese, *Dalla vecchiaia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in «Rassegna giuridica dell'energia elettrica», 1998, pp. 233 ss.

istituzioni pubbliche che governano il settore²⁷. In questo contesto, non sorprende che il codice civile del 1942 rechi poche e deboli norme sulla concorrenza sleale. Solo con la fine degli anni Ottanta, sotto la spinta del progetto europeo volto a creare un mercato interno fondato sulle libertà di circolazione, anche il nostro ordinamento si dota di una disciplina *antitrust*²⁸.

Prescindendo dalla durezza degli effetti, l'analisi dei precedenti storici suggerisce che le crisi economiche profonde mettono in dubbio le politiche di concorrenza, creano sfiducia nel mercato e sollecitano i governi a fronteggiare i problemi immediati. Per gli economisti, dalla sospensione della concorrenza che vi fu negli Usa derivò la contrazione della produzione, l'aumento dei prezzi e la riduzione del potere di acquisto dei consumatori²⁹. Queste osservazioni vanno prese con cautela. È difficile isolare la concorrenza dal coacervo d'interventi del *New Deal* ed esprimere su questa politica una valutazione autonoma. Tuttavia, l'orientamento che si rifà alla teoria dell'efficienza dinamica indica che sostituire l'assetto autonomo del mercato concorrenziale con scelte eteronome dei pubblici poteri, pur sollecitate dalle imprese (desiderose di protezione), può rallentare l'uscita dalle difficoltà economiche. La sospensione della tutela e promozione della concorrenza, infatti, frena il rinnovamento del sistema produttivo precludendo la massimizzazione dell'efficienza realizzabile³⁰.

Va però considerato il limite «keynesiano» dell'*antitrust*. I benefici da esso generati richiedono tempo per mostrarsi. Nel breve periodo, la competitività induce l'ingresso nel mercato di imprese più efficienti e innovatrici e l'uscita di

²⁷ M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 259 ss.

²⁸ P. Fattori e M. Todino, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 12 ss.

²⁹ Per L. Berti e A. Pezzoli, *Le stagioni dell'antitrust. Dalla tutela della concorrenza alla tutela del consumatore*, Milano, Egea, 2010, p. 126, in cui «il benessere delle imprese fu anteposto al benessere dei consumatori».

³⁰ T. Padoa Schioppa, *Il governo dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 40.

quelle prive di questi requisiti. Questa dinamica, riconducibile alla teoria della contendibilità dei mercati, comporta vantaggi per i consumatori³¹, ma nel contempo genera anche incertezza sia nei produttori che negli stessi consumatori. Se ciò può essere accettato in periodi di crescita, corre il rischio di essere respinto in fasi di crisi, come l'attuale.

L'attenzione, allora, si torce giocoforza sul breve termine. Le politiche pubbliche, sociali e industriali, dopo aver attraversato una protratta marginalizzazione³², tornano al centro del dibattito pubblico. I fallimenti dei mercati mal regolati possono gettare nell'oblio i fallimenti dell'intervento pubblico³³. Strategie come il controllo pubblico sui prezzi o il sostegno ai cosiddetti campioni nazionali tornano a essere propugate da qualcuno.

Peraltro, per gli stessi sostenitori dell'*antitrust*, il destino delle politiche di concorrenza in questa fase è legato alla capacità di creare compensazioni, «una rete di sicurezza che consenta di attenuare i costi sopportati dai soggetti e dalle categorie che nel breve termine escono sconfitti dal confronto concorrenziale». L'*antitrust*, se riesce a contenere i prezzi, fa in modo che le risorse non siano trasferite dai gruppi sociali più esposti alla crisi alle imprese che riescono a trarre vantaggio dal loro potere di mercato. Ma per far accettare la profonda trasformazione del sistema produttivo, indotta da una rigorosa applicazione delle regole di concorrenza, è indispensabile rendere il sistema delle protezioni sociali tale da attenuare la pressione sulla classe politica degli «sconfitti», che chiedono di sospendere il funzionamento del mercato³⁴.

³¹ T. Ascarelli, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, ora in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, pp. 35 ss.

³² G. Amato, *La nuova costituzione economica*, in *Per una nuova costituzione economica*, a cura di G. della Cananea e G. Napolitano, Bologna, Il Mulino, 1998, pp. 11 ss.

³³ G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in «Giornale di diritto amministrativo», n. 11, 2008, pp. 1083 ss.

³⁴ Per L. Berti e A. Pezzoli, *Le stagioni dell'antitrust. Dalla tutela della concorrenza alla tutela del consumatore*, cit., pp. 139-140, «le tentazioni della crisi, oltre che assumere la forma di una domanda crescente di intervento pubblico, potenzialmente distorsivo della concor-

3. L'impatto della crisi sull'«antitrust» statunitense

L'*antitrust* nasce negli Stati Uniti. Qui la sua sospensione è correlata alla Grande depressione. Quando inizia la nuova crisi, l'*antitrust* americano è nel mezzo di un delicato cambiamento. È infatti intenzione dell'amministrazione Obama invertire la tendenza a non contrastare la *bigness* delle imprese ovvero a non congelare la *Section II* dello *Sherman Act*³⁵. Il candidato democratico fa di questo progetto un elemento nodale del suo programma di governo illustrato nella campagna elettorale.

L'Assistant Attorney General dell'Antitrust Division dell'US Department of Justice³⁶, nominata dal nuovo Presidente, nelle sue prime impegnative ed esplicite dichiarazioni³⁷, sottolinea la necessità di applicare in modo rigoroso le norme a tutela della concorrenza, proprio in risposta alla crisi. Nella valutazione del nuovo responsabile dell'Antitrust americana, è l'esperienza del 1929 a suggerire che non esistono alternative valide al mercato concorrenziale, specie in periodi di contrazione del ciclo economico. È notevole che un'amministrazione democratica non abbia esitato a rivisitare criticamente il *New Deal* indicando nella sospensione dell'*antitrust* il suo errore più grande. Anzi un energico *enforcement antitrust* è indicato come lo strumento di governo

renza, e quella più «sfacciata», di una vera e propria sospensione della disciplina *antitrust*, possono assumere forme più sofisticate e insinuanti, idonee a svuotare sia il controllo delle concentrazioni che la valutazione delle intese e degli abusi».

³⁵ D.A. Crane, *Obama's Ambitious Antitrust Agenda*, cit.

³⁶ Christine Varney, rimasta in carica sino al mese di agosto 2011, sostituita *pro tempore* dal suo vice Sharis Pozen.

³⁷ C. Varney, *Vigorous Antitrust Enforcement in this Challenging Era*, US Department of Justice, Remarks Prepared for the United States Chamber of Commerce (12 maggio 2009). Lo stesso discorso è pronunciato al Center for American Progress, «a liberal policy research organization», ripetuto alla United States Chamber of Commerce, cfr. S. Labaton, *Obama Takes Tougher Antitrust Line*, in «New York Times», 11 maggio 2009. Queste affermazioni non sono prive di implicazioni giuridiche. Il primo obiettivo che si prefiggono è orientare i giudici e gli avvocati nelle cause dove la disciplina *antitrust* americana consente il risarcimento del danno subito.

preferibile nell'affrontare la recessione in quanto induce la competitività dei mercati senza distorsioni³⁸.

Quest'approccio si divarica dalle tesi della scuola di Chicago alle quali si era ispirata l'amministrazione precedente. Per questa prospettiva, la tutela della concorrenza deve esplicarsi in interventi poco incisivi. I mercati, infatti, avrebbero la spontanea capacità di raggiungere l'equilibrio che massimizza l'efficienza allocativa e distributiva³⁹. Il nuovo vertice dell'Antitrust statunitense, invece, muove dall'assunto che la crisi è stata causata dalla politica troppo incline al *laissez faire* e non da un fallimento complessivo del mercato e dell'*antitrust*⁴⁰.

Un'inversione di tendenza però non è facile né veloce. Vi è un fattore di vischiosità che può sommarsi alla crisi. I giudici nominati nei due mandati presidenziali a guida repubblicana rispondono all'orientamento neo-conservatore nel rapporto Stato-mercato⁴¹. Inoltre, alla prova dei fatti l'azione

³⁸ L. Berti e A. Pezzoli, *Le stagioni dell'antitrust. Dalla tutela della concorrenza alla tutela del consumatore*, cit., p. 127.

³⁹ Vi è però chi considera esagerate le differenze tra l'amministrazione Bush e quella Obama, sostenendo che la scuola di Chicago, che ha orientato la presidenza repubblicana e la scuola di Harvard, a cui sta guardando l'attuale amministrazione democratica, pur partendo da punti differenti, giungono allo stesso approdo: considerare le giurisdizioni ordinarie inadeguate ad applicare le regole della concorrenza. Così D.A. Crane, *Obama's Ambitious Antitrust Agenda*, cit.

⁴⁰ Scrive S. Labaton, *Obama Takes Tougher Antitrust Line*, cit.: «Justice Department in 2008 published a 215-page report analyzing Section 2 of the Sherman Antitrust Act, explaining the government's approach to the monopolistic and predatory practices of companies. [...] As a result of the Bush administration's interpretation of antitrust laws, the enforcement pipeline for major monopoly cases – which can take years for prosecutors to develop is thin. During the Bush administration, the Justice Department did not file a single case against a dominant firm for violating the antimonopoly law».

⁴¹ Questo elemento è sottolineato da F. Daudret-John e F. Souty, *Quelle politique de concurrence pour l'administration Obama?*, in «Concurrences», n. 1, 2009, pp. 74 ss. Sul limite della cultura giuridica nordamericana che non distingue la regolazione dall'intervento pubblico intrusivo, cfr. S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. Tesauro e M. D'Alberti, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 12 ss.

attuale del Department of Justice non sembra distinguersi molto da quella sotto l'amministrazione Bush. Il Dipartimento di Giustizia è rimasto inerte nonostante molti avessero visto in alcuni grandi gruppi, come Google e Monsanto, probabili bersagli d'istruttorie per pratiche di monopolizzazione e prezzi predatori. Vi è un'intensificazione dell'attività che termina con impegni di imprese aventi un *business* inferiore a quelle prima evocate. E anche nel controllo sulle fusioni l'autorità *antitrust* ha preferito un approccio morbido⁴².

Un ritorno all'*enforcement* della presidenza Clinton, emblematizzato dai casi Intel e Microsoft, è di là da venire⁴³ tanto che c'è chi ha osservato: «in spite of some tough rhetoric, Obama has shown a certain reluctance to radically re-shape industries»⁴⁴.

Un bilancio è però difficile. Il mandato democratico non è ancora concluso e per il DoJ vi sono numerose indagini relative alla monopolizzazione, sebbene non sia precisato quali gruppi siano coinvolti. Non mancano poi segnali in controtendenza. Nella seconda metà del 2011, il DoJ si è opposto e ha fatto fallire il progetto di fusione tra At&t e T-Mobile nel settore della telefonia mobile per gli effetti negativi che avrebbe avuto per i consumatori. La crisi certamente ha imposto al nuovo governo americano di concentrare l'attenzione e di spendere le sue risorse politiche sulla revisione della vigilanza nel settore della finanza. L'obiettivo di rendere più aggressivo l'*antitrust* a vantaggio dei consumatori è rimasto in parte un proclama. Solo tra qualche tempo si potranno comprendere meglio le interazioni tra la crisi e questo mancato sviluppo.

⁴² La fusione tra due imprese leader nel settore della commercializzazione di prodotti di intrattenimento ha sollevato critiche da parte delle organizzazioni dei consumatori che hanno parlato espressamente di scarso coraggio da parte dell'agenzia dell'amministrazione in carica.

⁴³ H. Hovenkamp in un'intervista esprimeva preoccupazioni sul nuovo corso dell'*antitrust* preannunciato dall'amministrazione Obama, specie per imprese operanti in settori tecnologici come Google e Microsoft.

⁴⁴ J.L. Yang, *Obama antitrust enforcement looking like more of the same*, in «Washington Post», 8 settembre 2010.

Dunque, diversamente da quanto immaginato, non vi è stato un rilevante riallineamento tra Usa e Unione europea nell'*enforcement antitrust*⁴⁵. Negli ultimi anni, infatti, tra questi due ordinamenti vi è stata una profonda differenza d'approccio nella *competition policy*. La teoria della distorsività del *public enforcement* dell'*antitrust* aggressivo, prevalente in America, non è condivisa in larga misura dalle autorità europee⁴⁶. Queste diversità emersero platealmente portando a situazioni di vero e proprio conflitto nei casi di concentrazione che dovevano ricevere l'assenso sia americano sia europeo⁴⁷.

La crisi economica però potrebbe creare le condizioni perché anche in Europa faccia breccia una maggiore tolleranza verso la *bigness* delle imprese e, in generale, il potere di mercato. D'altro canto, la Commissione europea, sulla traccia dell'*antitrust* americano, non ha disdegnato di applicare la cosiddetta *failing firm defence doctrine*⁴⁸. Questo standard serve a valutare gli effetti di una concentrazione e muove dall'assunto che essa non va vietata se il deterioramento della struttura competitiva, risultante dal *merger*, vi sarebbe lo stesso a causa del fallimento dell'impresa oggetto d'acquisizione⁴⁹.

⁴⁵ C. Shapiro, *Competition policy in distressed industries*, ABA Antitrust Symposium «Competition as Public Policy», 13 maggio 2009.

⁴⁶ G. Preist e F. Romani, *L'antitrust negli Stati Uniti e in Europa. Analisi e psicoanalisi di una divergenza*, in «Mercato concorrenza e regole», n. 1, 2002, pp. 151 ss.

⁴⁷ Si pensi ad esempio alla divaricazione avutasi nei casi *Boeing/McDonnell Douglas* e *Ge/Honeywell* rispetto ai quali si è scritto che «at times felt like a full blown war between the Department of Justice and the European Commission». Così D.D. Sokol, *Change and Continuity in International Antitrust Under an Obama Administration*, in «Global Competition Policy», 2009. In argomento, cfr. anche S. Cassese, *Crisi dello Stato e «global governance»*, in Id., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 6 ss.

⁴⁸ Si veda il caso *Newscorp/Telepiù*. Questa *doctrine*, in realtà, fu impiegata dalla Commissione già all'inizio degli anni Novanta nel caso *Kali und Salz*.

⁴⁹ Non è sufficiente la condizione per la quale l'impresa oggetto di acquisizione sia in condizioni tali da farne prevedere il fallimento. L'autorizzazione è concessa se si prevede che l'impresa da acqui-

La crisi può contribuire a ridisegnare lo «statuto» della tutela della concorrenza nell'area in cui fu inventata, gli Usa, e in quella in cui è utilizzata anche per realizzare l'integrazione tra più Stati, l'Europa. Essa, per un verso, può spingere le autorità europee ad allentare il vincolo secondo la «visione americana». Per l'altro, può rendere ancor più arduo l'obiettivo democratico di incrementarne l'incisività riducendo così la distanza tra Usa e Ue nell'*enforcement*.

4. *L'«antitrust» dell'Ue e le politiche di concorrenza nei principali Stati europei*

Nei propri interventi pubblici, il Commissario europeo alla concorrenza ha sottolineato che innanzi alla crisi un arretramento dei presidi pubblicistici nel mercato reca effetti negativi nell'orizzonte medio – lungo, pur se una loro flessione può trovare giustificazione in obiettivi di breve periodo⁵⁰. La Commissione europea ritiene importante mantenere un'applicazione rigorosa delle norme *antitrust* al fine di preservare la competitività del mercato europeo per renderlo un fattore d'uscita dalla recessione⁵¹.

La crisi, tuttavia, ha influito non poco sul regime degli aiuti di Stato. Il sostegno pubblico al settore finanziario è stato davvero rilevante. Tra l'ottobre del 2008 e lo stesso mese del 2010, la Commissione ha valutato più di duecento aiuti ad oltre quaranta imprese finanziarie⁵². La loro conces-

sione versa in uno stato di crisi irreversibile tale da indurne l'uscita dal mercato in tempi brevi e che non vi siano soluzioni alternative alla concentrazione in grado di produrre effetti meno restrittivi per la concorrenza.

⁵⁰ J. Almunia, *Competition v. Regulation: Where Do the Roles of Sector Specific and Competition Regulators Begin and End?*, discorso tenuto al Cerre – Center on Regulation in Europe, Bruxelles, 23 marzo 2010.

⁵¹ Cfr. le Relazioni annuali della Commissione europea sulle politiche di concorrenza degli anni 2009 e 2010.

⁵² Nel 2009 l'importo nominale degli aiuti al settore finanziario utilizzati dagli Stati membri è stato pari al 9,3% del Pil dell'Unione europea. Nell'anno precedente questa quota è stata addirittura superiore.

sione è avvenuta a condizione che vi fosse: una ristrutturazione dell'impresa che consente il ripristino della redditività cessato il sostegno; la condivisione degli oneri tra gli azionisti della banca e lo Stato; la limitazione delle distorsioni alla concorrenza attraverso dismissioni e divieti di acquisizione o limiti a strategie commerciali aggressive. Il prolungarsi dell'instabilità finanziaria, nonostante i miglioramenti rispetto al 2008, ha spinto la Commissione a prorogare la validità delle misure di sostegno al settore fino alla fine del 2011⁵³. Anche rispetto all'economia reale, la Commissione ha ammesso l'accesso al finanziamento agevolato delle società, approvando oltre settanta regimi⁵⁴ e quattro misure puntuali⁵⁵. Come per la finanza, anche per l'economia reale l'allentamento nella concessione degli aiuti è ritenuto temporaneo, sebbene sia stata prevista anche qui una proroga sino a fine 2011.

Con riguardo all'attuazione delle norme *antitrust*, anzitutto emerge che l'approccio non è mutato nelle esenzioni ai divieti di accordi verticali e orizzontali, pur essendo stati emanati in questo periodo nuovi regolamenti⁵⁶. Le imprese con scarso potere di mercato possono scegliere come distribuire i loro prodotti, a meno che ciò non determini la fissazione dei prezzi. Le imprese hanno la massima libertà di cooperare e scambiarsi informazioni in tema di ricerca e sviluppo, produzione, acquisti, commercializzazione, normazione, salvo che ne derivi un pregiudizio per i consumatori.

Il contrasto della Commissione ai cartelli non ha perso vigore. Solo nel 2010 si registrano sette decisioni per un to-

⁵³ Comunicazione relativa all'applicazione, dal 1° gennaio 2011, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno delle banche nel contesto della crisi finanziaria (Gu C 329 del 7.12.2010).

⁵⁴ Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica, versione consolidata (Gu C 83 del 7.4.2009). Le principali misure sono state l'importo limitato compatibile degli aiuti, la concessione di garanzie agevolate e la concessione di prestiti agevolati.

⁵⁵ Il volume degli aiuti approvati nel 2009 corrispondeva allo 0,7 del Pil dell'Unione europea.

⁵⁶ Cfr. Commissione europea, *Relazione annuale 2010*, cit., par. 1.2.2.

tale di tre miliardi di euro di sanzioni inflitte a più di settanta imprese, molte delle quali hanno chiesto la riduzione dell'ammenda per «mancanza di capacità contributiva»⁵⁷. Meno di un terzo di queste istanze sono state accolte a seguito di un'approfondita analisi dello stato finanziario dei richiedenti.

Rispetto agli accordi e alle pratiche concordate, tre casi hanno maggiore rilievo. In quelli concernenti il trasporto aereo e i servizi finanziari, la procedura si è conclusa con impegni resi vincolanti⁵⁸. Solo nel terzo, relativo ai servizi sanitari, la Commissione ha irrogato una pesante sanzione⁵⁹. In precedenza, vi era stata un'elevata sanzione per intesa restrittiva a E.On e GdF⁶⁰.

La Commissione è stata attiva anche rispetto all'*enforcement* dell'art. 102 Tfu, adottando quattro decisioni nel campo dell'energia e avviando alcuni procedimenti in quello delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni. A conclusione di un'indagine avviata nel 2007, la Commissione ha reso vincolanti impegni di imprese energetiche proposti per mettere fine a potenziali abusi. Le decisioni riguardano gli operatori dominanti in Francia, Svezia, Germania e Italia, i quali precludevano l'accesso di concorrenti al mercato⁶¹. La Dg concorrenza, nel 2010, ha intrapreso procedimenti nei confronti di Ibm e Google per abuso di posizione dominante rispettivamente nei mercati degli elaboratori centrali e della ricerca e pubblicità *on line* e il primo si è chiuso senza sanzioni ma con impegni.

La crisi non ha avuto ripercussioni sostanziali sulla politica e sulle prassi dell'Antitrust europeo per quanto concerne i vincoli nei casi di concentrazione. Le misure strutturali, e

⁵⁷ Art. 23.2, lett. a, reg. n. 1/2003.

⁵⁸ Caso Comp/39596 BA/AA/IB e casi Comp/39398 e 34579 *Le Cmi applicate da Visa e Master Card*.

⁵⁹ Caso Comp/39510 *Onp*.

⁶⁰ Ne parla Alexander Italianer, nel discorso su *Doing Business in Europe: The Review of the Rules on Co-Operation Agreements between Competitors*, del marzo 2001 a Bruxelles, Studienvereinigung Kartellrecht Conference.

⁶¹ La Commissione ha analizzato le pratiche commerciali di Rwe, GdF, EdF, Eni.

in particolare le cessioni, continuano ad essere considerate il rimedio più adeguato per ovviare ai problemi di concorrenzialità dei mercati interessati. In alcuni casi, nel valutare una richiesta di proroga della scadenza per l'attuazione di una misura correttiva, si è tenuto conto della difficoltà di trovare acquirenti nel contesto non favorevole della crisi.

Le procedure della Commissione in materia di concentrazioni si sono rivelate idonee anche in condizioni economiche difficili. In particolare, essa ha concesso deroghe all'obbligo di *standstill* in una serie di casi urgenti, in considerazione del clima economico prevalente, ma nel rispetto di una prassi rigorosa e consolidata. In una circostanza, l'autorizzazione alla fusione non è stata concessa⁶². Tuttavia, i dinieghi di questo tipo sono rari perché per le concentrazioni che implicano contrazioni della concorrenza, l'Antitrust europeo è generalmente in grado di trovare adeguati *remedies*⁶³. Il clima economico d'emergenza ha però avuto notevoli ripercussioni sull'attività di notifica delle concentrazioni, in special modo riguardo agli aiuti alle istituzioni finanziarie. In specie, sono sorti interrogativi sull'obbligo di notifica delle nazionalizzazioni d'istituzioni finanziarie⁶⁴. Nella maggior parte dei casi, la Commissione ha accertato che gli accordi di partecipazione, garantendo l'indipendenza dell'istituzione finanziaria, non danno luogo ad una concentrazione con l'attivazione dei relativi obblighi procedurali e autorizzativi. Ciò ha semplificato notevolmente e reso più flessibile l'azione di sostegno dei pubblici poteri. La crisi, specie nel 2010, ha fatto diminuire il numero delle concentrazioni. Tutte sono state approvate e solo una piccola per-

⁶² Si tratta del caso *Aegean/Olympic*. Anche qui, però, la Commissione ha rimarcato i suoi sforzi nel cercare una soluzione che non è stata trovata. La nuova compagnia, infatti, avrebbe detenuto un quasi monopolio su rotte chiave e i nuovi operatori non avrebbero avuto la possibilità di accedere al mercato.

⁶³ A. Italianer, *Doing Business in Europe*, cit., menziona come esempio il caso della operazione di *merger* tra Intel/McAfee autorizzata con condizioni dall'Antitrust europeo.

⁶⁴ Tale obbligo serve a verificare se l'impresa nazionalizzata resti un'unità economica avente un potere decisionale indipendente oppure se divenga parte di un'entità economica controllata dallo Stato.

centuale con condizioni. Per appena tre casi si sono rese necessarie analisi approfondite⁶⁵.

Volgendo l'attenzione ai principali paesi europei, si nota che in Germania, nell'ultimo triennio, vi è stato un incisivo contrasto ai cartelli. Sono state aperte ben cinquantotto procedure e imposte sanzioni per oltre un milione di euro. Ciò è stato possibile grazie alla creazione di una speciale unità per combattere i cartelli e all'efficace utilizzo di programmi di «clemenza». Con riferimento ai casi d'abuso di posizione dominante, importanti istruttorie hanno riguardato il settore dell'energia. Vi è stata, peraltro, un'innovazione organizzativa e metodologica degna di nota: la creazione dell'Economic Issues Competition Policy. Inoltre, l'azione di *competition advocacy*, svolta nei confronti della classe politica, del mondo degli affari e di una platea più ampia, starebbe producendo buoni risultati nella misura in cui, per il Bundeskartellamt, vi sarebbe una generale fiducia nella concorrenza come elemento cruciale per l'economia europea anche nelle attuali difficoltà derivanti dalla globalizzazione e dalla crisi finanziaria.

In Francia, il 2008-2009 ha visto la modernizzazione del sistema organizzativo istituzionale. Si è provveduto all'istituzione dell'Autorité de la Concurrence, autorità dotata di piena indipendenza che entra a far parte dell'Ecn, sostituendo il Conseil de la Concurrence. In questa fase, l'azione *antitrust* si è incentrata sulle intese verticali.

Nel Regno Unito, l'Office of Fair Trading ha adottato decisioni che impongono sanzioni per intese restrittive nel settore delle costruzioni e pratiche di *price coordination* tra produttori e dettaglianti. In base ad una stima dell'autorità, grazie all'*antitrust* i consumatori hanno goduto di un mancato incremento dei prezzi pari a oltre settanta milioni di euro nell'ultimo triennio.

Un'intensificazione del contrasto ai cartelli si registra in Austria, Estonia, Spagna, Ungheria. In Finlandia e in Danimarca è stato riformato il diritto e l'autorità *antitrust* per

⁶⁵ Comp/M.5529 Oracle/Sun Microsystems, Comp/M.5675 Syngenta/Attività nei semi di girasole di Monsanto, Comp/M.5658 Unilever/Sara Lee Bodycare.

incrementarne l'efficacia. Portogallo, Polonia, Irlanda e Lituania continuano ad avere autorità deboli. In generale, nei paesi dell'Est europeo prosegue l'azione di diffusione della «cultura della concorrenza» che ancora risulta arretrata.

Merita una menzione specifica la Grecia. In questo paese, particolarmente colpito dalla crisi, opera l'Hellenic Competition Commission, che sta impegnandosi in un'intensa attività di *advocacy*, propugnando la ristrutturazione del sistema produttivo secondo i dettami del mercato concorrenziale per uscire dalla grave situazione di difficoltà.

In Italia, un cambiamento nell'*enforcement antitrust* anticipa la crisi. Per quanto concerne le istruttorie in materia di intese restrittive, vi è una loro diminuzione a partire dal 2005⁶⁶. Anche nelle procedure per abuso di posizione dominante, va segnalato lo scarso numero sia di quelle avviate sia di quelle in cui si giunge all'irrogazione di una sanzione⁶⁷. La recessione, dunque, non sembra informare questa tendenza. L'Agcm ha fatto largo uso degli impegni, ritenendo questo lo strumento più idoneo a perseguire effetti pro-concorrenziali, senza ricorrere a defatiganti procedure istruttorie e a sanzioni⁶⁸. In linea con il periodo precedente alla crisi, l'accettazione dei progetti di fusione è stata concessa quasi sempre ed estremamente rare risultano le concentrazioni vietate. Si riscontrano poche eccezioni, riconducibili all'assenso condizionato, relative per lo più al settore del credito e del risparmio. Vi è un unico caso di concentrazione autorizzata con l'imposizione di rimedi strutturali: riguarda Alitalia-Airone e la Compagnia aerea italiana (Cai)⁶⁹. Si consideri, infine, che insieme alla crescita del controllo *antitrust* che porta più agli impegni delle imprese che a sanzioni per la violazione delle regole

⁶⁶ Nel periodo 2002-2003 i procedimenti conclusi sono 56 a fronte dei 12 del periodo 2005-2009.

⁶⁷ Tra il 2003 e il 2005 è stata comminata un'unica sanzione all'*incumbent* del settore dell'energia per abuso di posizione dominante (A333 – Enel Trade-clienti idonei).

⁶⁸ Dal 2006 al 2010, l'Agcm ha reso obbligatori gli impegni suggeriti dall'operatore dominante in tutti i casi considerati, meno due.

⁶⁹ Caso C9812.

della concorrenza, vi è un significativo sviluppo delle attività di verifica a tutela diretta dei consumatori dell'Agcm⁷⁰.

In definitiva, la Commissione rivendica con orgoglio che in generale l'European Competition Network, pur ricevendo pressioni per un «relax of competition rules», ha resistito proseguendo nell'azione di «enforce competition rules rigorously»⁷¹. I vertici delle autorità europee della concorrenza, a margine di una riunione del novembre 2010, hanno emanato un documento intitolato significativamente *Competition authorities in the European Union – the continued need for effective institutions*⁷². Esso ribadisce che un'efficace *competition enforcement* è centrale nel funzionamento di un'economia di mercato.

La posizione della Commissione europea è che l'*antitrust*, difendendo e sostenendo una concorrenza non distorta, determina la contrazione dei prezzi e incentiva le imprese a divenire efficienti, essere creative e innovative, come dimostrano le telecomunicazioni e il trasporto aereo, settori dove vi è stata la maggiore apertura. Ciò diviene particolarmente importante in una fase di recessione e di forte competizione globale. Mercati competitivi rendono più rapido l'adeguamento alle nuove condizioni economiche, e quindi alla ripresa e alla riduzione delle inefficienze, supportando gli sforzi degli Stati per uscire dalla crisi. L'*enforcement* dell'*antitrust* protegge i consumatori e le imprese competitive dalle pratiche anticoncorrenziali che peggiorano le difficoltà economiche. Per poter raggiungere questi risultati, le autorità dell'European Competition Network hanno bisogno di mezzi adeguati. Anche in

⁷⁰ L. Berti e A. Pezzoli, *Le stagioni dell'antitrust*, cit., pp. 103 ss.; A. Catricalà e A. Lalli, *L'antitrust in Italia: il nuovo ordinamento*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁷¹ Queste le parole di Italianer, nuovo direttore generale della Dg concorrenza, pronunciate il 25 marzo 2011, in un intervento su *Eu Priorities and Competition Enforcement* presso l'*Institute for European and International Affairs* di Dublino. Cfr. anche D. Gerard, *EC Competition Law Enforcement at Grips with the Financial Crisis: Flexibility on the Means, Consistency in the Principles*, in «Concurrences», n. 1, 2009, pp. 46 ss.

⁷² Reperibile nelle pagine web della Direzione generale della concorrenza della Commissione europea.

un periodo di ristrettezze di bilancio, le risorse per attrarre e trattenere funzionari qualificati devono essere garantite.

Andando oltre le dichiarazioni dei vertici dell'Ecn, nel complesso, i dati evidenziano un calo significativo dei procedimenti e delle sanzioni *antitrust*, specie di quelli volti a colpire l'abuso di posizione dominante. In Europa, nella maggior parte dei casi, questa flessione è stata duplicemente compensata. Da un lato, si è fatto ricorso agli impegni vincolanti delle imprese per prevenire l'erogazione della sanzione⁷³. Dall'altro, con molta ampiezza, vi sono state misure direttamente disposte a tutela del consumatore. Non a caso, molte *National Competition Authorities* sono titolari anche di compiti di protezione dei consumatori, come nel caso della Danimarca, della Francia, dell'Irlanda e del Regno Unito, oltre che dell'Italia.

Da altra angolatura, si è assistito all'intensificarsi della regolazione europea pro-concorrenziale, specie in quei settori più indietro nel processo di transizione dal monopolio alla concorrenza. Si pensi al trasporto ferroviario o all'energia elettrica e il gas. Però nemmeno queste azioni stanno avendo particolare slancio. Non paiono, infatti, appieno superate le contraddizioni presenti in questi ambiti che ne hanno frenato l'evoluzione verso il mercato. Nel settore dei trasporti ferroviari, tra i principali paesi europei non è venuto meno il differente favore per la concorrenza. Si pensi allo scetticismo francese. Nell'energia, il problema, per un verso, è rappresentato dall'approvvigionamento delle fonti primarie: ben lungi dal divenire oggetto di una politica condivisa dell'Unione. Per l'altro, il modello anglosassone di *ownership unbundling* più *market oriented*, è adottato da pochi Stati membri, con riflessi negativi sull'interconnessione del mercato europeo dell'energia.

Questa *impasse* è riflessa dalla proposta della Commissione di rilancio della realizzazione del mercato interno⁷⁴.

⁷³ Dall'ultima *Relazione sulla politica di concorrenza* della Commissione europea, emerge come il numero dei provvedimenti di accettazione degli impegni abbia mostrato un *trend* crescente, da uno nel 2008 a sei nel 2010.

⁷⁴ M. Monti, *Una nuova strategia per il mercato unico*, Rapporto al Presidente della Commissione europea J.M. Barroso, 9 maggio 2010.

Esaminando il contenuto delle «dodici leve» per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia dei cittadini⁷⁵, ci si avvede che l'obiettivo del *Single market* realmente integrato e concorrenziale non può dirsi realizzato.

5. L'«antitrust» sul piano globale

Anche l'*Antitrust policy*, sebbene con intensità inferiore rispetto ad altre funzioni pubbliche negli ultimi anni ha avuto una internazionalizzazione. Tale processo si è sviluppato lungo tre direttrici e per capire come la crisi influisca su di esse è necessario illustrarne il contenuto.

La prima è legata agli effetti «ultrattivi» che possono avere alcune misure *antitrust*⁷⁶. Si pensi alla condanna per abuso di posizione dominante comminata alla società statunitense Microsoft da parte della Commissione europea, confermata dalla Corte di giustizia. Questa decisione riaccende la tensione tra Europa e Stati Uniti sulle regole di concorrenza. Come nel precedente scontro, scaturito dalla negata autorizzazione europea alla fusione tra le statunitensi General Electric e Honeywell, l'Antitrust Division del Department of Justice ha criticato la posizione europea accusando la Commissione di difendere più i concorrenti dall'impresa dominante che i consumatori. Questa misura avrebbe più che altro una valenza protezionistica e, comunque, sarebbe negativa perché disincentiva le imprese a massimizzare la loro efficienza. Nelle pieghe di questo conflitto si scorge la dimensione politica della differente coloritura che può assumere l'*enforcement antitrust*.

La seconda direttrice si basa, ad esempio, sui trattati sulla *Positive Comity*, relativi alla cooperazione nella tutela

⁷⁵ Si tratta di iniziative relative all'accesso al credito per le Pmi, al mutuo riconoscimento delle qualifiche professionali, ai diritti di proprietà intellettuale, alla composizione alternativa delle controversie, alla libera prestazione di servizi, alle infrastrutture energetiche e dei trasporti, al mercato unico digitale, ai fondi di investimento «solidale», alla fiscalità dell'energia, alle tutele dei lavoratori.

⁷⁶ M. Monti, *La dimensione internazionale della politica della concorrenza europea*, in «Mercato concorrenza regole», n. 3, 2011, pp. 423 ss.

della concorrenza tra macroaree economiche come Unione europea e Stati Uniti⁷⁷. Questo accordo è stato attuato solamente nel procedimento della Commissione sul caso dei Crs *Sabre/Amadeus*, conclusosi con l'assunzione di impegni di non discriminazione del Crs europeo nei confronti di quello americano. Il limite di questa forma di collaborazione è duplice: da un lato, infatti, essa non riguarda le fusioni; dall'altro occorre, considerare che l'autorità *antitrust* che agisce per conto dell'altra non diviene titolare esclusiva del procedimento, in quanto l'altra autorità può sempre avviarne uno proprio che si sovrappone a quello già iniziato. Per l'Europa, il pubblico potere attore di questo processo è la Commissione, mentre la posizione degli Stati membri è più defilata.

La terza direttrice è internazionale-multilaterale e ruota attorno alla rete internazionale delle *National Competition Authorities* (Nca): l'International Competition Network (Icn). Qui è interessante osservare come gli attori del processo d'internazionalizzazione sono le Nca disancorate dagli Stati. Anche nell'ambito della Omc, si lavora sugli effetti dell'*antitrust* sul commercio mondiale⁷⁸. Anche qui, l'obiettivo è la costituzione di un *framework* internazionale e multilaterale in materia *antitrust*.

Comprendere le ragioni che sono alla base della internazionalizzazione dell'*antitrust policy* non è difficile. Meno facile è chiarire il perché essa non segua una linea di sviluppo unitaria; e, ancora, quali siano i motivi per i quali l'attività della Icn costituisca la direttrice di internazionalizzazione più avanzata.

L'inquadramento proposto mostra il paradosso per il quale, da un lato, gli accordi tra gli Stati stentano a decollare (si pensi allo scarso successo della *Positive Comity* e dei negoziati nella Omc) e, dall'altro, la formazione di *standards* globali nel consesso internazionale delle Nca sembra invece avere le maggiori *chances* di riuscita, pur sfuggendo ai tradizionali meccanismi di effettività. L'Icn è un'associa-

⁷⁷ Del 1995, riformato nel 1998.

⁷⁸ *The Doha Agenda – Interaction between Trade and Competition Policy*.

zione privata di autorità pubbliche, che concorre alla produzione di regole alle quali è conferita effettività dall'attività nazionale dei membri dell'Icn stessa. Le Nca propugnano la giuridicizzazione della *fair competition*, attraverso una denazionalizzazione dell'economia e un forte impulso al coordinamento. L'internazionalizzazione, che ha nell'attività dell'Icn il proprio baricentro, s'impenna sulla cooperazione e non può prescindere dal consenso delle autorità nazionali coinvolte. Questo è un punto di forza. Le autorità possono integrarsi anche a dispetto degli orientamenti degli Stati, ove sono strutturalmente incardinate (se godono di effettiva indipendenza). Più i lavori dei *working-group* riguardano singoli settori o aree problematiche, maggiore diviene il rilievo pratico e applicativo delle indicazioni dell'Icn. Si consideri, infatti, che la locuzione *best practices* è fuorviante. Com'è noto, il contenuto concreto dell'*Antitrust policy* è definito dalle Autorità attraverso serie continue di misure di *adjudication* informate ai medesimi criteri. La normazione primaria si limita ai grandi contorni; la precisazione dei contenuti è «delegata» al piano esecutivo. L'Icn può incidere sul modo in cui questa *delegation* è esercitata. Se un'Autorità nazionale concorre ad elaborare criteri – ad esempio sugli indici rivelatori della *dominance* di un'impresa rispetto all'offerta di servizi intermedi –, pur in assenza di meccanismi di *compliance* forti tipo *command and control*, è assai probabile che nella sua attività sarà indotta ad attuare quei criteri. L'Icn contribuisce dunque a definire l'evoluzione del diritto di tutela della concorrenza e, attraverso il collegamento orizzontale tra le autorità, favorisce un processo di convergenza tra le misure volte a rimediare imperfezioni dei mercati. Tuttavia, il meccanismo decisionale dell'Icn, basato sul *consensus*, in parte ne indebolisce il funzionamento istituzionale.

La crisi e gli effetti «ultrattivi» delle misure *antitrust* possono asservire l'*enforcement* a logiche protezionistiche. Questa eventualità è rafforzata dal mancato riavvicinamento tra Usa e Ue. Viceversa, l'internazionalizzazione dell'*antitrust* che si sta realizzando grazie all'Icn può invece proteggerla dalla crisi favorendone il radicamento e la diffusione mondiale. Ciò sarebbe più efficace, se l'*International Competition Network* disponesse di poteri maggiori per contrastare

l'affievolimento della tutela della concorrenza eventualmente deciso negli ordinamenti statali o regionali. Dal piano globale le politiche di concorrenza trarrebbero ulteriore sostegno, qualora si riprendesse la discussione sull'opportunità di radicare la *competition policy* anche nell'orbito multilaterale della Omc.

6. *Le politiche di liberalizzazione in Italia: dallo stallo al rilancio*

La prima impressione è che la crisi imprima un rallentamento anche delle politiche di liberalizzazione. In realtà, la situazione è più complessa e mutevole. Il grave peggioramento dello stato della finanza pubblica di alcuni paesi, che si aggiunge alla recessione, induce effetti di segno opposto. La vicenda di Grecia e Irlanda insegna che un nuovo impulso alle politiche di concorrenza può esservi come condizione per la concessione degli aiuti finanziari⁷⁹. L'apertura dei mercati in Stati dal debito pubblico troppo elevato per varare un ampio programma di misure keynesiane può essere vista come lo strumento più importante per indurre la ripresa dell'economia. Questo sembra il caso dell'Italia tra la fine del 2011 ed i primi mesi del 2012. Sarà allora esaminato il tortuoso andamento delle politiche di concorrenza in Italia con le quali si vuole rilanciare la crescita.

Gli ostacoli al mercato non derivano solo da condotte anticoncorrenziali delle imprese. Sovente essi si trovano nel quadro normativo che in Italia è «intriso di protezionismo corporativo e da prassi amministrative poco attente agli effetti delle regole sul livello di concorrenzialità dei mercati»⁸⁰. L'ambizioso progetto alla base della «direttiva servizi», volto a generalizzare il principio del controllo del paese di origine, non pare sin ora coronato da successo nel nostro paese. Questa direttiva, approvata dal Parlamento europeo solo a seguito di un laborioso compromesso politico, consente agli

⁷⁹ Cfr. Commissione europea, *Relazione sulla politica di concorrenza 2010*, cit., par. 42.

⁸⁰ Così Agcm, *Relazione annuale per il 2010*, p. 12.

Stati di adottare un'estesa congerie di deroghe ed eccezioni in fase di recepimento. Ne derivano ampi margini di «protezione» dei prestatori nazionali di servizi verso i loro potenziali concorrenti europei. Queste timidezze sono state sfruttate nel nostro ordinamento, dove l'attuazione della direttiva si è rivelata particolarmente «tiepida» non riuscendo a cogliere tutte le potenzialità di liberalizzazione presenti nella disciplina europea⁸¹.

Hanno un'impronta protezionistica le nuove norme sull'offerta pubblica di acquisto delle società. Antichi privilegi di cui godevano gli avvocati sono stati restaurati così come è stata ristretta l'attività delle para-farmacie. È stata sbiadita la concorrenza per il mercato nel trasporto ferroviario regionale con il differimento delle gare e il prolungamento dei contratti di servizio con l'operatore storico. Sono state approvate restrizioni all'esercizio delle attività di autotrasporto, autoscuole, noleggio con conducente. Né sul versante dell'attuazione delle direttive europee che rafforzano il mercato interno si registra un deciso andamento pro-concorrenziale. Si pensi al settore postale dove il decreto di recepimento pare congegnato per attenuare l'impatto del completamento dell'apertura di questo mercato⁸². Né lo strumento della «legge annuale per la concorrenza»⁸³, che pure potrebbe avere un notevole impatto,

⁸¹ D.l. 26 marzo 2010, n. 59.

⁸² D.l. 31 marzo 2011, n. 58, *Attuazione della direttiva 2008/6/Ce che modifica la direttiva 97/67/Ce per quanto riguarda il pieno completamento del mercato interno dei servizi postali della Comunità*.

⁸³ L'art. 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99, disciplina l'adozione della legge annuale per il mercato e la concorrenza, volta a «rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori». Questa disposizione chiama il governo a tradurre in disegno di legge le segnalazioni dell'Agcm riguardanti, appunto, gli ostacoli regolamentari alla concorrenza. La previsione normativa vincola il governo e il Parlamento ad una disamina periodica degli interventi di *competition advocacy* dell'Autorità. Essa, inoltre, incrementa la trasparenza e l'*accountability* delle scelte compiute dalle autorità politiche dal momento che, se si vorranno tralasciare alcuni suggerimenti dell'Agcm, andranno indicate le ragioni di interesse generale alla base di questa decisione. In tal modo, s'intende

è risultato di alcuna utilità. A fronte di un nutritissimo elenco di settori nei quali l'Agcm segnala l'esigenza di rimuovere gli ostacoli alla concorrenza⁸⁴, per il 2010 non è stato presentato il relativo disegno di legge e quello per il 2011 risulta in forte ritardo. Anche altri strumenti come l'analisi e la verifica d'impatto della regolamentazione (Air e Vir) non hanno avuto la forza di promuovere regolazioni *market friendly*. In pratica, sono divenuti adempimenti formali che accompagnano lo schema di provvedimento, privi del necessario approfondimento⁸⁵.

La pressione sul debito sovrano italiano, a partire dall'estate 2011, ha imposto l'adozione di misure di stabilizzazione finanziaria⁸⁶. Tra queste, vi sono provvedimenti volti a rilanciare una politica di concorrenza. In essi si prevede che la libertà d'impresa e d'iniziativa economica possa essere limitata soltanto se strettamente necessario. Inoltre, vi è il riassetto del quadro normativo dei servizi pubblici locali in senso concorrenziale, dopo che la consultazione referendaria aveva abrogato la riforma del 2008, limitativa degli affidamenti diretti *in house*.

L'eliminazione delle restrizioni all'accesso e all'esercizio delle attività economiche secondo il criterio per cui «l'iniziativa e l'attività economiche private sono libere ed

attenuare la capacità di condizionamento dei gruppi di pressione che frena l'apertura dei mercati.

⁸⁴ Essi riguardano settori come le poste, i trasporti, l'energia, le banche, le assicurazioni, gli appalti pubblici. Il 9 febbraio 2010, l'Agcm ha inviato al parlamento e al governo una segnalazione riepilogativa (AS659) inerente gli auspicabili interventi di rimozione degli ostacoli normativi alla concorrenza.

⁸⁵ Ciò anche per la mancanza nelle amministrazioni pubbliche di una diffusa competenza tecnica a valutare i profili concorrenziali di un'iniziativa regolatoria. Né del resto vi sono forme di collaborazione tra le amministrazioni interessate e l'Agcm che possiede l'*expertise* necessaria per queste valutazioni. Sotto questo profilo l'assetto italiano ad esempio differisce da quello britannico dove l'*Office of Fair Trading* sui profili concorrenziali coopera con il *Better Regulation Executive* cioè con l'organo ministeriale incaricato di svolgere l'analisi d'impatto nella fase di disegno della legislazione. Cfr. Agcm *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2008*, p. 9.

⁸⁶ L. 14 settembre 2011, n. 148, recante *Ulteriori disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*.

è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalle legge»⁸⁷ è però una mera norma di principio. Entro un anno dalla promulgazione della legge enti locali, regioni e Stato dovranno adeguare i loro ordinamenti. Le deroghe potranno essere particolarmente estese, riguardando, tra l'altro, i casi di danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità e alla salute umana, di conservazione di specie animali e vegetati, dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio culturale nonché di contrasto con l'utilità sociale. La portata concreta della misura è inoltre attenuata dal riferimento alla possibilità di introdurre autorizzazioni contingentate. Ambiguo è il riferimento all'abolizione dei prezzi minimi. Assente invece è l'eliminazione delle tariffe massime le quali, anziché tutelare il consumatore, ben possono costituire un riferimento per la determinazione collusiva dei prezzi.

Altre misure riguardano la libertà d'accesso alle professioni. Anche qui, la norma non è auto-applicativa stabilendosi termini differiti per la riforma degli ordini professionali. Peraltro, l'Agcm segnala come le disposizioni in materia di tariffe professionali costituiscono un arretramento rispetto alla disciplina che ne aveva abrogato l'obbligatorietà⁸⁸. Pure le disposizioni sui servizi pubblici locali sono ambivalenti. Esse hanno il pregio di affrontare l'*impasse* causato dal *referendum*, ma la previsione di una soglia elevata sotto la quale non è obbligatoria la gara consente la sottrazione di molti settori ai meccanismi di concorrenza per il mercato.

La difficoltà di passare dalla declamazione alla concreta realizzazione dell'apertura dei mercati alla concorrenza è la stessa che permea la proposta di modifica dell'art. 41 della Costituzione. Quand'anche si riesca a realizzare una simile revisione, difficilmente essa avrà grande utilità. L'integrazione dell'ordinamento italiano in quello europeo già pone la libertà di concorrenza⁸⁹ tra i principi di rango costituzionale cui tanto il legislatore quanto le pubbliche amministrazioni si dovrebbero attenere. La complessità non sta nell'includere le liberalizzazioni tra gli enunciati di rango costituzionale,

⁸⁷ Art. 3, co. 1, d.l. 13 agosto 2011, n. 138.

⁸⁸ D.l. 4 luglio 2006, n. 223.

⁸⁹ Art. 3, par. 3, T.fue e artt. 102 ss. T.fue.

ma nel tradurli in concrete discipline che favoriscano la libertà di iniziativa e di concorrenza rimuovendo gli ostacoli amministrativi. L'impressione è che con queste misure, più che dare reale vigore ad una strategia di liberalizzazione, si sia voluto tentare di tranquillizzare le «piazze» finanziarie dove l'Italia deve collocare il proprio debito pubblico.

Può, dunque, osservarsi che inizialmente non vi è stata una volontà reale di dare forza a politiche di concorrenza. Anzi, almeno in una prima fase, la crisi è servita ai soggetti titolari di rendite e posizioni dominanti per chiedere di ottenere o restaurare protezioni.

L'aggravamento parossistico della crisi del debito sovrano italiano, tuttavia, è stato alla base di una variazione radicale del quadro politico. Una larga e trasversale maggioranza parlamentare si è sostituita alla precedente e ha sostenuto un nuovo governo che ha posto al centro del suo programma le politiche della liberalizzazione.

Misure straordinarie e urgenti sono state prese su molteplici aspetti⁹⁰. Si sono ridotti i controlli pubblici *ex ante* sulle attività economiche e si è diminuita la discrezionalità amministrata per quelli che permangono. Si è previsto che l'Agcm renda un parere obbligatorio preventivo sui disegni di legge governativi e sui regolamenti che introducano restrizioni all'accesso al mercato. Sono state eliminate le limitazioni territoriali allo svolgimento di attività economiche e l'imposizione di distanze minime, nonché i divieti all'esercizio in più sedi e di commercializzazione di taluni prodotti nei confronti di alcune categorie di esercenti. È stata eliminata anche l'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni e servizi. Si è stabilita la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali senza contingenti,

⁹⁰ Le misure a cui si rinvia sono contenute nel d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, recante *Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*, convertito dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214 e d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, recante *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*. Per un primo commento, cfr. M. De Benedetto, *Le liberalizzazioni e i poteri dell'Agcm*, in «Giornale di diritto amministrativo», n. 3, 2012, pp. 236 ss.; W. Giulietti, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in «Diritto dell'economia», 2012, pp. 113 ss.

limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente e dei beni culturali. Sono liberalizzati, sempre nel commercio, giorni e orari di apertura. Nell'ambito della distribuzione farmaceutica, si è deciso un ampliamento dei prodotti commercializzabili dalle c.d. parafarmacie e l'apertura di nuove farmacie. Rispetto al servizio taxi, si sono prese misure volte all'incremento delle licenze nelle grandi città e che consentano la titolarità multipla, il *part time* e la libertà di esercizio anche fuori dell'area di rilascio. Con riferimento alle professioni, si è disposta l'abolizione del regime tariffario e si è imposto l'obbligo di fornire un preventivo della spesa. Inoltre, sono stati introdotti correttivi al regime dei tirocini volti a favorire l'accesso dei giovani. Il campo della regolazione indipendente si è esteso all'acqua, alle poste e ai trasporti⁹¹. In quest'ultimo settore, l'Autorità dovrà garantire l'accesso alle reti ferroviarie, aeroportuali e portuali; definire i criteri di fissazione di tariffe e sovvenzioni per i servizi sottoposti a oneri di servizio pubblico; stabilire la qualità minima dei servizi; definire gli schemi dei bandi di gara per l'assegnazione dei servizi in esclusiva. Infine, nuovi poteri sono stati conferiti all'Agcm. In specie, l'Autorità potrà agire in giudizio contro atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti di qualsiasi pubblica amministrazione che determinino distorsioni a detrimento della tutela della concorrenza e del mercato.

Il governo è tornato a promuovere la concorrenza all'inizio del 2012 con un apposito decreto legge avente lo scopo di stimolare la crescita⁹². Per valutare il provvedimento non bisogna limitarsi a contare le misure di apertura alla concorrenza. Si tratta, invece, di verificarne più complessivamente la corrispondenza a un paradigma di efficiente regolazione da taluni compendiato nella formula dello «Stato del mercato»⁹³. Bisogna, in altri termini, considerare se la disciplina

⁹¹ G. Napolitano, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in «Giornale di diritto amministrativo», n. 3, 2012, pp. 229 ss.

⁹² D.l. n. 1/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2012.

⁹³ Così F. Merusi, *Certezza dell'amministrazione tra spazio e tempo*, in Id., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 45.

pubblica delle attività economiche fa crescere, nelle pieghe dell'ordinamento, una posizione dei pubblici poteri non intrusiva, protettiva e dirigista e un innalzamento delle libertà di mercato, fondamento della costituzione economica dettata dal diritto sovranazionale. Ad esempio, l'innalzamento della qualità di quel peculiare servizio pubblico che è la giustizia civile per le imprese rafforza il mercato; la previsione di forme di responsabilità risarcitoria per la mancata osservanza delle carte di servizio pubblico impone l'introduzione di modelli gestionali privati (cioè attenti al consumatore) in organismi che erogano monopolisticamente funzioni/servizi pubblici; la previsione di sanzioni amministrative per la previsione di clausole contrattuali vessatorie rafforza le tutele concrete dei soggetti più deboli nella dialettica contrattuale, costringendo le imprese a raggiungere margini di efficienza a prescindere dallo sfruttamento della loro forza contrattuale⁹⁴. Anche se la disciplina, all'art. 1, allude alla «liberalizzazione delle attività economiche», il suo vero scopo deve essere quello di ridurre gli oneri amministrativi sulle imprese. Cadono gli atti di assenso preventivi, ma permangono i controlli successivi. Vi è una transizione dall'autorizzazione alla Scia. Le condizioni in presenza delle quali gli atti preventivi possono rimanere sono assai estese e si configurano come clausole aperte. La tecnica di semplificazione dell'ordinamento amministrativo s'impenna su regolamenti di delegificazione. Questa modalità, però, ha due difetti principali. Primo, è lunga proceduralmente e il decreto prefigura un chiaro programma di lavoro. Essa detta i tempi differiti e non gli ambiti, i settori, i problemi, ecc. da cui prendere le mosse. Secondo, non sembra tenere in debita considerazione il sesto comma dell'art. 117 cost., in forza del quale la potestà regolamentare è passata in larga misura alle Regioni. La diagnosi è quella nota: l'ordinamento amministrativo è pieno di lacci e laccioli per le imprese che vanno rimossi. Farlo è tecnicamente complesso perché bisogna riprendere le fila di molte funzioni/procedimenti amministrativi (sovente non padroneggiati dalle stesse burocrazie), nonché politicamente

⁹⁴ Artt. 2, 5, 8, d.l. n. 1/2012.

arduo perché gli apparati pubblici tendono a difendere le loro prerogative. L'organizzazione costituzionale multilivello, che rafforza l'autonomia della periferia, è di ostacolo al disegno di modernizzare in modo unitario il potere di controllo delle burocrazie sulle imprese a presidio di interessi collettivi irrinunciabili. Il rischio che la misura rimanga un mero annuncio è concreto. I mercati, quando verificheranno che il promesso disboscamento non corrisponde alla radicalità dell'annuncio, che reazione avranno?

Venendo alle liberalizzazioni in senso stretto, in merito alle professioni regolate, alla distribuzione farmaceutica, ai notai, alla distribuzione dei carburanti, all'introduzione della separazione forte tra rete e servizio nel gas, il decreto mostra in modo troppo marcato il compromesso tra la trasformazione e la conservazione dello *status quo*⁹⁵. Non si è agito nel senso del superamento della concessione di diritti speciali ed esclusivi; si è incrementato il numero dei beneficiari o si sono rafforzate le prerogative degli acquirenti dei servizi professionali. Sulla separazione proprietaria della rete del gas, misura a forte valenza pro-concorrenziale in un mercato ancora in ritardo nella transizione alla concorrenza, si è prefigurata una procedura troppo farraginoso e lenta. Il fatto che possa concludersi dopo la fine della legislatura in corso sbiadisce fortemente la portata di una misura invece molto coraggiosa.

L'istituzione dell'Autorità per i trasporti costituisce un forte incremento della c.d. neutralizzazione delle funzioni pubbliche di vigilanza sui mercati. Un settore strategico, sino ad ora regolato da amministrazioni tradizionali a guida politica, finirà sotto l'egida di un potere tecnico-neutrale. L'assegnazione di molti compiti eterogenei all'Agcm, ivi compreso il *rating* di legalità delle imprese⁹⁶, però, può, da un lato, sottrarre alle autorità energie per i compiti *core* e, dall'altro, introdurre altri vincoli burocratici la cui idoneità a realizzare in concreto gli scopi per i quali sono stati posti è, almeno, dubbia.

⁹⁵ Nell'ordine, artt. 9, 11, 12, 17 e 15, d.l. n. 1/2012.

⁹⁶ Art. 5-ter, d.l. n. 1/2012.

Ragionamento a sé meritano le previsioni sui servizi pubblici locali. L'impressione è che le misure siano in forte continuità con le disposizioni varate nell'estate del 2011. La maggiore innovazione è la previsione di ambiti territoriali ottimali di livello almeno provinciale.

Non è facile tentare una valutazione complessiva ed equilibrata del disegno normativo sin qui tracciato. È sicuramente apprezzabile il *mix* di interventi (liberalizzazioni, «neutralizzazioni», de-regolazioni, semplificazioni) per promuovere assetti più efficienti dei mercati, al di là di ideologici programmi di «riduzione della sfera pubblica». Meno convincenti appaiono talune soluzioni tecniche: il ricorso a problematici regolamenti di delegificazione, a bizantine procedure per le quali la Presidenza del consiglio dovrebbe guidare il disboscamento delle norme di ostacolo alla concorrenza, la tortuosità della procedura di separazione proprietaria della rete del gas, la complessità dei passaggi istituzionali cui viene subordinata l'apertura alla concorrenza dei servizi pubblici locali.

7. *La crisi nel rapporto Stato-mercato: dal pendolo alla commistione*

Le crisi economiche creano dubbi sulla sufficienza degli strumenti condizionali d'intervento nell'economia ed erodono la fiducia nelle capacità dei mercati di generare effetti virtuosi per la collettività⁹⁷. È avvenuto nel Ventinove. Si ripete oggi. In un momento storico come l'attuale in cui non si ripone assegnamento nel dirigismo e nella programmazione⁹⁸, lo Stato può influire sul sistema economico per

⁹⁷ Scrive J. Fingleton, *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, cit., p. 9, che «La recessione aumenta la pressione sui politici ad intervenire nei confronti delle imprese in crisi, della disoccupazione e della vulnerabilità dei consumatori. La crisi finanziaria, di là dal suo impatto sull'economia reale, modifica la fiducia sulla capacità dei mercati o dell'intervento dello Stato nel generare effetti virtuosi. E il distillato è stato una maggiore richiesta di intervento pubblico nei mercati».

⁹⁸ Osserva F. Villari, *Riforme di Roosevelt e cultura economica della crisi*, cit., p. 20, come «il 1929, oltre a essere l'anno della crisi più gra-

tutelarne e promuoverne la competitività attraverso poteri neutrali oppure con politiche volte alla rimozione degli ostacoli normativi alla concorrenza⁹⁹. Tuttavia, la necessità di trovare rimedio alle gravi conseguenze della crisi ridà peso alle autorità politiche statali, relegando la *competition policy* ai margini dell'agenda pubblica¹⁰⁰. Lo «Stato regolatore» rischia dunque di indebolirsi. Può trovare seguito l'idea che le sue istituzioni, i suoi principi e la sua ideologia abbiano favorito la crisi. Inoltre, una volta deflagrata, gli strumenti condizionali non forniscono soluzioni utili, specie nel breve periodo. Anche chi è persuaso dell'importanza della concorrenza sostiene che la sua rigorosa applicazione non possa essere disgiunta da una riforma del sistema degli ammortizzatori sociali necessaria ad incrementarne la sostenibilità e l'efficacia¹⁰¹. Istituzioni del mercato deboli rendono concreto il rischio che la crisi economica sia declinata in modo retorico per divenire fattore di restaurazione di parte delle vecchie regole di disciplina pubblica dei mercati. In altri termini, questa fase può essere colta dai portatori d'interessi avversi alla concorrenza per frenarne lo sviluppo¹⁰². Ne può

ve che l'Occidente capitalistico ricordi, fu l'anno del varo del primo piano quinquennale sovietico. Non è una semplice coincidenza cronologica: l'impatto dell'esperienza sovietica sugli intellettuali *liberal* americani è stata rilevante. Ve n'è traccia esplicita, ad esempio, nell'ampio dibattito fiorito in America fra il 1929 e il 1932 sulle prospettive del capitalismo e in cui alcuni studiosi hanno visto una componente della formazione dell'ideologia del *New Deal*».

⁹⁹ L. Torchia, *La nuova Costituzione economica*, in *L'amministrazione pubblica italiana*, a cura di S. Cassese e C. Franchini, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 140 ss.; A. La Spina e G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000, *passim*; S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., pp. 291 ss.

¹⁰⁰ P. Lowe, *Competition Policy and Economic Crisis*, in «Competition Policy International», vol. 5, n. 2, 2009, pp. 3 ss.; A. Devlin, *Antitrust in an Era of Market Failures*, in «Harvard Journal of Law and Public Policy», vol. 33, n. 2, 2010, pp. 557 ss.

¹⁰¹ L. Berti e A. Pezzoli, *Le stagioni dell'antitrust*, cit., p. 130.

¹⁰² Thurman Arnold, assistente del Procuratore generale presso il Dipartimento di Giustizia durante la Grande depressione, ricorda che «an administrative tribunal taking drastic action against a powerful political group cannot survive», *The Effectiveness of the Antitrust Laws*, in *Monopoly Power and Economic Performance. An Introduction to a*

derivare il rafforzamento dei «poteri privati»¹⁰³, capaci di alterare l'equilibrio di mercato a loro vantaggio.

La ricerca, che ha preso le mosse da queste premesse, consente di evidenziare le seguenti implicazioni della crisi sulla *competition policy*. In primo luogo, vi è la conferma dell'instabilità dell'affermazione della regolazione condizionale e la capacità delle forme finalistiche d'ingerenza pubblica nell'economia di rinascere dalle proprie ceneri¹⁰⁴. L'*enforcement antitrust* diviene meno rigoroso, spostando il baricentro dalle sanzioni agli impegni, e le politiche di liberalizzazione risultano meno coerenti e vigorose. Va osservato, però, che dove la cultura *antitrust* è più radicata o la concorrenza è supportata da specifiche finalità politiche, la tendenza a sospendere l'applicazione delle regole della concorrenza è meno forte. Si pensi all'esempio offerto dal Bundeskartellamt, che durante la crisi perfeziona la sua organizzazione per divenire più incisiva, o dalla stessa Commissione europea, la quale ha reso più flessibile la concessione degli aiuti di stato, ma non è arretrata nel contrasto delle intese restrittive e degli abusi di posizione dominante.

In secondo luogo, la crisi pare stia frenando il già difficile percorso d'internazionalizzazione della *competition policy*. L'integrazione globale dei mercati porta ad avere un'asimmetria tra poteri *antitrust* e soggetti economici nei confronti dei quali esercitare il controllo. Questo elemento può costituire un altro fattore di allentamento delle regole *antitrust* anche all'interno di ordinamenti dove esse sono considerate importanti. Ciò in base all'assunto che le imprese stabilite in spazi giuridici dove l'*antitrust* si applica si trovano spiazzate nella competizione globale rispetto a concorrenti operanti in ordinamenti dove la tutela della concorrenza è blanda o assente, mentre è forte il sostegno ai campioni nazionali.

Current Issue of Public Policy, a cura di E. Mansfield, New York, Norton & Company, 1968, p. 151.

¹⁰³ Cfr. Agcm, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2010*, p. 11.

¹⁰⁴ Parla di «fenice regolatoria» J. Chen, *The Legal Process and Political Economy of Telecommunications Reform*, in «Columbia Law Review», 1997, pp. 835 ss.

In terzo luogo, la crisi economica agisce sulle autorità neutrali catalizzando le debolezze che incrementano le istanze di sospensione dei vincoli concorrenziali. In Italia, un affievolimento dell'azione di questi poteri è iniziato già prima della recessione, quando in essi è sembrata scemare la fiducia nelle virtù allocative del mercato concorrenziale¹⁰⁵. Ne è seguita la tendenza a proteggere i consumatori con misure dirette e non, mediamente, attraverso un vigoroso *enforcement antitrust*¹⁰⁶. Questo andamento si salda alla ri-espansione delle prerogative ministeriali, anch'essa originatasi prima della recessione¹⁰⁷ ma ancor più evidente al tempo della crisi. Del resto nei periodi di crescita, nonostante i numerosi tentativi, non si è colta l'opportunità di perfezionare il sistema delle autorità indipendenti, accentuando la forza e l'autonomia di quelle operanti o istituendone nuove nei set-

¹⁰⁵ G. Amato, *La legge antitrust venti anni dopo*, cit., pp. 924 ss.; P. Ciocca, *Come funziona, e non funziona, una economia di mercato*, in *Economia per il diritto*, cit., 2006, pp. 30 ss.

¹⁰⁶ Non va certo dimenticato che la tutela del consumatore attraverso gli strumenti *antitrust* può essere efficacemente perseguita anche in via complementare e indiretta, senza che la prima debba prevalere, in termini di preferenza dell'autorità antitrust, sulla seconda. In primo luogo, il *consumer empowerment* stimola gli operatori economici a minimizzare i comportamenti opportunistici sul mercato, indipendentemente da quanta della loro attività le autorità antitrust consacrano alla tutela del consumatore. In secondo luogo, il *consumer welfare* può essere indirettamente perseguito dall'azione *antitrust* ed essere conseguenza indiretta di quest'ultima. In tal senso, il mercato «attivismo» nei settori liberalizzati delle autorità antitrust può avere effetti positivi sul benessere dei consumatori a prescindere dall'utilizzo di strumenti di tutela diretta. In terzo luogo, la tutela del consumatore può porsi addirittura in contrasto, in termini di risultati in termini di efficienza economica, rispetto a quella del mercato e, in quarto luogo, esistono circostanze in cui senza l'imposizione di specifici obblighi di condotta agli operatori economici il benessere del consumatore non può essere protetto. Sul punto, si veda, nella sezione *Discussioni*, G. Amato, *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini confliggenti?*, in «Mercato concorrenza regole», n. 2, 2009, pp. 382 ss., il quale cita, tra queste circostanze, la presenza di asimmetrie informative, la concorrenza potenzialmente distruttiva a seguito di liberalizzazione, la tutela pubblicistica «paternalistica» dei consumatori.

¹⁰⁷ *Le autorità al tempo della crisi*, a cura di G. Napolitano e A. Zoppini, Bologna, Il Mulino, 2009.

tori dove la regolazione è attribuita ad amministrazioni tradizionali¹⁰⁸.

L'analisi, tuttavia, mostra altri elementi che si pongono in controtendenza. Anzitutto, ordinamenti come quello europeo hanno profondamente introiettato i valori dell'economia di mercato e di non discriminazione, di cui la libertà di concorrenza è un fondamentale corollario. Inoltre, è vero che l'*antitrust* può avere anche una declinazione protezionistica nella competizione globale (si pensi ai conflitti degli anni Novanta tra gli Usa e l'Ue sulle concentrazioni) e che ciò frena lo sviluppo di istituzioni globali dotate di poteri *antitrust* (insuccesso della *positive comity*, fallimento dei negoziati dell'Omc). È altrettanto vero, però, che sono proprio questi gli anni nei quali l'*antitrust* varca i suoi confini e «colonizza» un numero crescente di paesi. Organismi globali come Icn – che non è un pubblico potere, ma un *network* privato che lega le *National Competition Authorities* – stanno favorendo moltissimo questo «contagio»¹⁰⁹. Si consideri che tra i nuovi entranti nell'*antitrust* ci sono paesi dalle economie emergenti come Brasile e Cina. In ultimo, l'ancoraggio all'ordinamento europeo e l'essere in «funzione comunitaria» non rende facile uno svuotamento di prerogative dell'Agcm e delle altre autorità settoriali¹¹⁰. Anzi, le nuove discipline sovranazionali su energia e comunicazioni elettroniche per irrobustire la liberalizzazione richiedono oltre all'indipendenza anche l'autonomia (dalla politica) dei regolatori nazionali.

La reazione alla crisi dei mercati ordinati al *laissez faire* fu l'introduzione di forme d'intervento pubblico in economia (proprietarie, programmatiche, ecc.). Il successivo «fallimento dello Stato», evidenziatosi principalmente nella cat-

¹⁰⁸ Ivi, p. 30.

¹⁰⁹ Per averne un'idea è sufficiente consultare le pagine web dell'Icn all'indirizzo www.internationalcompetitionnetwork.org. In argomento, B. Zanettin, *Cooperation between Antitrust Agencies at International Level*, Oxford, Hart, 2003.

¹¹⁰ M. D'Alberti, *La «rete europea di concorrenza» e la costruzione del diritto antitrust*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, a cura di E.A. Raffaelli, Bruxelles-Milano, Bruylant-Giuffrè, 2005, pp. 3 ss.

tura dei regolatori e nelle inefficienze, produsse il ritorno ad un mercato meno vincolato, più orientato alla *self-regulation*. La nuova crisi del mercato (percepita almeno così dalle pubbliche opinioni e dai governanti) può far oscillare di nuovo il pendolo verso un maggiore intervento pubblico¹¹¹?

Vista dalla prospettiva della concorrenza, la questione è più articolata e complessa rispetto ad un andamento a fasi. Intanto, è da considerare la natura ibrida dell'*antitrust*. Sebbene non sia «un'ingerenza pubblica nell'economia»¹¹², è pur sempre un intervento «eteronomo». Nell'*antitrust* vi è quindi tanto l'idea dell'essenzialità dell'iniziativa privata, quanto la concezione per la quale l'azione dei pubblici poteri è necessaria perché i mercati producano effetti utili per la collettività¹¹³. Di conseguenza, la *competition policy* può trovarsi nell'offerta politica sia di chi propugni più Stato e meno mercato, sia di chi faccia il contrario. Questa dualità dell'*antitrust* può determinare un paradosso. Se essa è percepita come parte del mercato, l'istanza di diminuirne il peso può trovare seguito, quando invece la genesi della crisi¹¹⁴ dimostra l'imprescindibilità dei controlli pubblicistici. È alto il rischio di pagare il limite culturale per il quale non si coglie quanto il mercato concorrenziale non sia frutto del *laissez faire* ma di regole che riescano a contrastare la «naturale» tendenza alla monopolizzazione¹¹⁵. Questa insidia non

¹¹¹ *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, Roma-Bari, Laterza, 2007; M. D'Alberty, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 27 ss.

¹¹² S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, cit., pp. 11 ss.

¹¹³ *La concorrenza tra economia e diritto*, cit.

¹¹⁴ R.A. Posner, *A Failure of Capitalism. The Crisis of '08 and the Descent into Depression*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, trad. it. *Un fallimento del capitalismo: la crisi finanziaria e la seconda Grande Depressione*, Torino, Codice, 2011.

¹¹⁵ Secondo N. Irti, *La concorrenza come statuto normativo*, cit., p. 61, «il tema della concorrenza giace ancora sotto il più ingenuo naturalismo [...]. Contro di esso va ribadita la natura della concorrenza come istituto giuridico, accolta o rifiutata nelle decisioni di politica economica, e pronta ad assumere la forma con cui la legge provvede a costituirlo». In senso contrario, G. Rossi, *Intervento*, in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 63 ss.

ha ovunque la stessa intensità. Dove è più radicato il valore della concorrenza e della meritocrazia, il congelamento o l'attenuazione dell'*antitrust* avrà ripercussioni meno forti rispetto ai paesi nei quali la penetrazione di questi valori è ancora iniziale¹¹⁶. L'Italia, anche sotto questo profilo, rischia di scontare il proprio retaggio. L'attenuazione dell'*enforcement*, la debolezza e la contraddittorietà delle politiche di liberalizzazione sono segnali che militano in questo senso, anche se non mancano segnali in forte controtendenza. Bisognerà verificarne forza e durevolezza. Tuttavia, un elemento di discontinuità rispetto ai paradigmi storici si potrebbe essere profilato. La trasmissione della crisi al debito sovrano, con le forti e difficili prospettive per il suo finanziamento in condizioni di decrescita economica, sta inducendo scelte decisamente *market oriented*. Tali scelte stanno rompendo consolidati equilibri di rendita toccando estese e molteplici categorie economico-sociali.

L'*antitrust* – come detto – non dà risultati percepibili nel breve periodo. L'efficienza che consente di raggiungere si apprezza solo in tempi medi e lunghi, contribuendo via via a incrementare la produttività del sistema economico e a favorire l'occupazione. Quindi, non è un mezzo utile per fronteggiare le condizioni di necessità ed urgenza emerse nel corso di crisi gravi come quella iniziata nel 2008 o, in precedenza, nel Ventinove. A questo va aggiunto che le autorità *antitrust*, specie in Europa, sono organi indipendenti dai governi, quindi non immediatamente strumentalizzabili dai decisori politici. Da qui deriva il timore dei vertici delle autorità *antitrust* che possa ripetersi la reazione degli anni Trenta. Questo esito, in realtà, non pare probabile. La Grande depressione indusse il congelamento dell'*antitrust* ma all'interno di una reazione più complessiva che ruotava attorno al «nazionalismo economico»¹¹⁷. Esso portò alla drastica contrazione degli scambi internazionali che avevano preso ad ampliarsi tra la fine dell'Ottocento e i primi del

¹¹⁶ *Storia del capitalismo italiano. Dal dopoguerra a oggi*, a cura di F. Barca, Roma, Donzelli, 1997.

¹¹⁷ J.K. Galbraith, *Economics in Perspective*, Houghton Mifflin, 1988, trad. it. *Storia dell'economia*, Milano, Bur, 2007, pp. 216 ss.

Novecento. Oggi il commercio globale ha raggiunto una dimensione e un'importanza che non è paragonabile rispetto ad allora. Una nuova stagione di chiusura nazionale è ora contraria agli interessi di tutti i principali attori dell'economia mondiale. Parimenti, è improbabile che programmazioni e strategie di coordinamento nella produzione e sviluppo possano scalzare la libertà di concorrenza.

Ciò nonostante questo allarme non va trascurato. Pur se non si avrà una sua generalizzata sospensione, l'*antitrust*, non dando risposte immediate, può scivolare nelle retrovie dell'azione pubblica. Si pensi all'importanza oscurante assunta oggi dal ruolo dello «Stato salvatore»¹¹⁸. La marginalità non coincide però con la completa atrofizzazione. In Europa, la tutela della concorrenza ha una valenza peculiare. In quanto funzione della creazione del mercato interno e veicolo dell'integrazione tra gli Stati, essa è fondamento della costituzione materiale dell'Ue¹¹⁹. Chiederne la sospensione o l'attenuazione pone il problema della base giuridica con la quale questa decisione possa essere eseguita. Non è un caso che i pericoli maggiori paiono venire indirettamente dai tagli di bilancio alle autorità che sul piano di fatto possono rallentarne l'azione.

Vi sono poi evidenze della vitalità della tutela della concorrenza sia nel nuovo corso degli Usa, sia sul piano globale con l'Icn. La prima campagna elettorale di Obama ha fatto leva sull'inversione di tendenza rispetto alle deboli posizioni delle amministrazioni repubblicane sulla *competition policy*, sebbene non manchino le difficoltà a trasformare i programmi in *enforcement*. La «cultura della concorrenza» si sviluppa anche a prescindere dai governi. È promossa dai vertici delle autorità *antitrust* che creano legami sul piano globale, favorendo la «fertilizzazione» dei paesi che ne erano estranei. È un'implicazione della globalizzazione¹²⁰, assente

¹¹⁸ G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore*, cit.

¹¹⁹ T. Padoa-Schioppa, *Europa, forza gentile*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 140 ss.

¹²⁰ M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 110 ss.

negli anni Trenta, che adesso può fungere da ombrello protettivo per l'*antitrust*.

La crisi certamente ha fatto prevalere nell'immediato gli organismi *pro-active* su quelli *re-active* come le autorità indipendenti¹²¹. L'attività di queste ultime è schiacciata da questo ritorno della politica nell'economia. Può allora dirsi erosa la concezione per la quale l'*antitrust* è la principale leva di governo dell'economia in un sistema capitalista? Di riflesso si avrà un ritorno ad un assetto giuridico dell'economia fondato su «più Stato»?

La reazione alla crisi nel medio-lungo periodo difficilmente sarà una nuova oscillazione del pendolo. È troppo forte la commistione tra Stato e mercato. L'*antitrust*, come visto, è l'emblema di questa dualità: forma d'intervento pubblico che limita i poteri privati¹²², ma anche uno strumento che presuppone la libertà d'iniziativa privata motore di un'economia di mercato competitiva¹²³. La *competition policy* è destinata ad affiancarsi e a convivere con forme d'intervento pubblico pro-attive, come ad esempio gli aiuti finanziari alle imprese. La necessità di reazioni immediate di salvataggio disposte dai governi, specie per impedire i «contagi sistemici» nel settore finanziario è indubbia¹²⁴. L'*antitrust*, però, continua a svolgere un ruolo fondamentale. È il principio del merito applicato all'economia di mercato e funziona da vettore di rinnovamento ed efficienza, che diviene ancora più importante in un momento in cui gli equilibri economici mondiali stanno cambiando a detrimento di quei paesi sviluppati che non crescono e che faticano a finanziare il proprio debito pubblico. Un suo eventuale accantonamento porterebbe vantaggi per i gruppi privati più forti a danno non solo delle imprese più piccole e della platea dei consumatori ma dell'intero sistema economico.

¹²¹ S. Cassese, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel «sistema» delle autorità indipendenti*, in «Giornale di diritto amministrativo», n. 1, 2011, pp. 104 ss.

¹²² G. Amato, *Il potere e l'antitrust*, cit.

¹²³ S. Trento, *Concorrenza e potere di mercato*, in *Economia per il diritto*, cit., pp. 273 ss.

¹²⁴ Cfr. *infra* il cap. 2.

