

## LA QUINTA STAGIONE DELL'ANTITRUST

di Michele Grillo  
21 dicembre 2011

A seguire la metafora suggerita dal titolo del saggio di Lapo Berti e Andrea Pezzoli<sup>1</sup>, con la nomina a Presidente dell'AGCM di Giovanni Pitruzzella, che fa seguito all'incarico di governo di Antonio Catricalà, l'Autorità italiana della concorrenza entrerebbe in una sua quinta "stagione". Poiché il ciclo annuale non ne ammette che quattro - e certamente non si tratterà di ricominciare daccapo, visto il rilievo che ha assunto l'Autorità tra le istituzioni del Paese - non è scontato cosa potrà caratterizzare questa quinta stagione.

Alcune riflessioni per<sup>2</sup> possono essere già avanzate, con riferimento sia al mutato contesto nel quale si troverà a operare, sia agli orientamenti che potranno guidarla.

Il contesto è segnato dalla crisi iniziata nel 2007 e tuttora in corso. La crisi è motivo di preoccupazione per chi guarda a un sistema economico guidato dai principi della concorrenza. L'intensità della recessione rinvia, con facili paragoni, alla Grande Crisi, quando il richiamo al mercato perdette la sua attrattiva non solo nell'Europa continentale ma anche negli Usa, dove le norme dello Sherman Act furono interpretate in modo blando, non ostile perfino alla concertazione collusiva dei prezzi, se questa proteggeva dal fallimento le imprese, anche inefficienti. Il timore che si ritorni all'esperienza degli anni Trenta con le sue conseguenze negative - lo sviluppo economico e la produttività furono frenati dagli ostacoli alla concorrenza, le condizioni d'offerta rimasero stagnanti in molti settori e l'uscita dalla recessione fu alla fine affidata al rilancio dell'industria bellica - è per<sup>2</sup> oggi infondato. La Commissione e i giudici europei, come le autorità e i giudici nazionali, hanno continuato ad applicare le norme sulla concorrenza secondo gli orientamenti consolidati. In Europa, inoltre, a parte l'urgenza dettata dai dissesti bancari, è stata avvertita la preoccupazione che gli interventi pubblici antirecessivi si mantengano coerenti con le norme sugli aiuti di stato, senza effetti discriminatori tra imprese, tra settori e tra Paesi.

E' bene per<sup>2</sup> sottolineare che contrastare la crisi senza ostacolare la concorrenza e il mercato è più facile quando le tutele del Welfare State si mantengono elevate senza entrare in tensione con la flessibilità dell'aggiustamento delle condizioni di offerta, così da favorire al meglio l'allocazione (e la riallocazione) dei fattori negli impieghi dove sono più produttivi. A questo mira non solo il sistema scandinavo della flexicurity, ma anche un sistema istituzionale più complesso, quale quello tedesco. L'Italia è per<sup>2</sup> ancora lontana da quel modello: nonostante numerosi studiosi, come Pietro Ichino e Tito Boeri, abbiano avviato da anni la riflessione su questo tema, il sistema italiano continua a essere orientato alla difesa dello specifico posto di lavoro più che del lavoratore. Il governo Monti si è impegnato a dedicare a questa agenda la prima riforma strutturale, una volta messa a punto la manovra di stabilizzazione. Per le ragioni richiamate, una simile riforma costituirebbe nei fatti anche un'importante misura di "politica per la concorrenza", con una portata assai più generale dei provvedimenti finora messi in cantiere dal Ministro dello sviluppo e delle infrastrutture.

Un'efficace "politica per la concorrenza" non può, peraltro, che essere nelle mani del legislatore e del governo. Nei due decenni trascorsi, nel dibattito, nelle relazioni istituzionali, nello stesso modo di porsi dell'AGCM, è stato probabilmente un errore guardare all'Autorità come attore di una "politica" della concorrenza. L'Autorità è in verità intrinsecamente disarmata in questo ruolo, perché il suo potere di advocacy è intrinsecamente debole ed è stato, nei fatti, inefficace. Il contributo che Catricalà potrà dare nella sua odierna posizione di governo, per rendere più concorrenziale il sistema economico italiano, è di gran lunga maggiore di quello che ha potuto offrire, da presidente dell'AGCM, con pareri e segnalazioni troppo spesso inascoltati.

Un'altra erronea illusione è quella di ritenere che, applicando le norme sulla concorrenza, si rendano i mercati più concorrenziali. Mentre ha senso che la "politica della concorrenza" cerchi di modificare i mercati, il diritto della concorrenza può al più modificarne gli esiti, perseguendo per<sup>2</sup> una finalità ben diversa: esaltare la libertà e l'autonomia delle imprese, e i molti vantaggi che queste cose comportano, anche in mercati imperfettamente concorrenziali. Questo è possibile se, con vincoli di natura giuridica e quindi di

portata generale, si restringe opportunamente l'insieme delle strategie "economiche" delle imprese, per impedire a queste ultime che la loro interazione nel mercato produca i risultati socialmente inefficienti che normalmente caratterizzano gli equilibri non concorrenziali. E' questo lo scopo per il quale "è" attrezzata un'Autorità di concorrenza, il cui potere reale risiede proprio nell'enforcement del diritto della concorrenza e nella capacità di dissuadere le imprese da comportamenti anticoncorrenziali.

Contrasta per" con questa architettura la circostanza che, nell'ultimo decennio, le autorità di concorrenza hanno accresciuto la portata di "politica della concorrenza" dei propri interventi. Lo hanno fatto assimilandoli spesso a quelli di un "regolatore" del mercato, compito per il quale non soltanto esse non sono in generale attrezzate, né preparate, ma che soprattutto "in contrasto con le ragioni proprie del mercato, che sono innanzi tutto quelle dell'autonomia e della libertà imprenditoriale. L'aumento del potere regolatorio delle autorità di concorrenza, europee e nazionali, si " ampiamente basato su una modifica tecnica, contenuta nell'articolo 9 del Regolamento CE 1/2003. L'articolo consente a un'autorità di concorrenza, dopo avere avviato una istruttoria, di concluderla senza una valutazione della fattispecie qualora le imprese propongano "impegni" che l'autorità ritiene possano essere in grado di rispondere alle preoccupazioni espresse nell'avvio. Anche se non " previsto alcun bargaining e l'autorità può solo accettare o rifiutare impegni proposti dalle parti, nei fatti " inevitabile (e sarebbe anche in " desiderabile in un intervento di " regolazione" in presenza di incompletezza informativa) che un " dialogo" abbia luogo. Ci" che alla fine emerge " per", appunto, una attività di regolazione, cioè" la sostituzione di una decisione privata con una decisione pubblica. Quello che inoltre " particolarmente problematico nella prospettiva di concorrenza " che, chiudendo l'istruttoria senza una valutazione della fattispecie, si impedisce lo sviluppo di una giurisprudenza che " invece elemento essenziale per un diritto antitrust davvero vivo e in grado di adeguarsi costantemente all'evoluzione dei mercati.

L'Antitrust italiano, nella sua precedente "stagione", ha dato ampio risalto a una "politica" degli impegni, facendosi acuto e pronto interprete di un orientamento che nasce in sede europea. Non si può per" non richiamare un aspetto intrigante della vicenda. Il Regolamento CE 1/2003 era stato disegnato con l'obiettivo dichiarato di ridurre il potere di regolazione che le norme precedenti attribuivano alla Commissione, soprattutto tramite le procedure relative alle intese. Nelle lunghe discussioni preparatorie, a Bruxelles e tra le autorità nazionali, la prospettiva degli impegni era del tutto fuori dall'orizzonte. L'articolo che alla fine li ha introdotti fu voluto da alcuni Stati che non condividevano proprio quel progetto del Regolamento (ridurre la portata regolativa dell'intervento antitrust). La Commissione, facendo buon viso a cattivo gioco, ottenne che il ricorso agli impegni fosse limitato a casi irrilevanti, nel merito o per la gravità. Ma poi, anche per l'indirizzo dato dal Commissario Kroes, la stessa Commissione ha applicato a profusione la norma sugli impegni.

L'autorità della concorrenza italiana, nell'utilizzare ampiamente poteri di regolazione, si " forse anche proposta di supplire a una "politica della concorrenza" non esercitata o esercitata in maniera inadeguata dal legislatore, dal governo e, in alcuni casi, anche da altre autorità di regolazione<sup>2</sup>. C'è tuttavia da augurarsi che la nuova "stagione" contrasti il rischio di snaturare seriamente, a lungo andare, il ruolo proprio di un'autorità di concorrenza e le ragioni del mercato (cioè", innanzi tutto, quelle dell'autonomia imprenditoriale). Se il governo riuscirà a dare davvero priorità, nel proprio programma, a una reale "politica della concorrenza", l'architettura delle competenze istituzionali potrà essere riequilibrata, anche rimuovendo facili alibi.

1. L. Berti e A. Pezzoli (2010), *Le stagioni dell'Antitrust*, Egea.

2. Si veda l'interessante analisi di A. Noce, "Antitrust e regolazione nelle decisioni con impegni in materia di energia", *Mercato concorrenza regole*, agosto 2011, pp. 333-358.