

Mario Libertini

Il diritto della concorrenza in tempi di crisi economica

(ODC – Roma, 20 giugno 2009)

1. E' opinione diffusa che, in tempi di crisi economica, l'applicazione delle norme antitrust subisca un rallentamento spontaneo¹. Ciò, per la presunzione di legittimità che si è indotti ad attribuire al senso comune, induce anche a pensare che questo rallentamento sia anche giustificato.

Ambedue le proposizioni richiedono però un approfondimento: sia quella riguardante il dato storico, sia quella riguardante la giustificazione e la possibile razionalizzazione di regole antitrust speciali per i tempi di crisi.

Sul piano storico, l'idea del freno all'antitrust nei periodi di crisi è avvalorata dall'esperienza traumatica che toccò la politica della concorrenza negli Stati Uniti nei primi anni della Grande Depressione e del New Deal. Nel marzo del 1933, la Corte Suprema decideva il caso *Appalachian Coal*², riconoscendo la compatibilità con lo Sherman

¹ "La recessione è potenzialmente ostile alla politica della concorrenza", scrive, per esempio, J.FINGLETON, *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 7. O, con altri termini (che riassumono il senso comune, non la posizione personale dell'autore), "antitrust seems to be a luxury that the country cannot afford in any crisis" (D.CRANE, *Antitrust Enforcement During National Crises: An Unhappy History*, in *GCP – The Online Magazine for Competition Policy*, Dec. 15, 2008).

Una brillante sintesi del senso comune sul tema può leggersi anche in un breve intervento di D.SOKOL, *The Financial Crisis and its Effects on Antitrust*, in *Antitrust & Competition Policy Blog*, Sept. 18, 2008, secondo cui la crisi economica comporterà, probabilmente, i seguenti effetti: (i) il ritorno di un antitrust "populista" e paternalistico; (ii) una forte spinta per interventi pubblici dirigistici nei singoli settori economici; (iii) l'intrusione di considerazioni politiche nelle decisioni antitrust, con abbandono dell'impostazione tecnico-economica, che si era affermata negli ultimi decenni; (iv) un freno all'espansione di politiche antitrust in paesi di nuova industrializzazione; (v) un ritorno a considerazioni di difesa delle economie nazionali nell'azione delle autorità antitrust (in particolare, nel controllo delle concentrazioni transfrontaliere).

² *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. 344 (1933).

Act – in applicazione della *rule of reason* - di un tipico cartello difensivo tra produttori di carbone. Nel giugno dello stesso anno, era approvato il *National Industrial Recovery Act*, che disponeva una generale esenzione dalle norme antitrust per tutti gli accordi economici di settore approvati da un'apposita autorità indipendente e volti a stabilire codici di condotta interessanti tutti gli operatori del settore medesimo (imprese, grandi e piccole, e lavoratori: il modello – a parte le debite differenze del quadro politico generale - non era molto diverso da quello che, nello stesso tempo, si affermava nel diritto corporativo italiano). Nei due anni successivi furono sottoscritti ed approvati più di 1.000 codici di condotta³.

L'anno successivo (1934), un giuscommercialista italiano, scrivendo una monografia sui cartelli⁴, si spingeva a presentare la legge antitrust americana, in un quadro comparatistico, come un'esperienza estremistica di repressione dei cartelli, che però la saggia politica del presidente Roosevelt stava opportunamente correggendo, riportando anche il diritto americano alla più "moderna" visione, tendenzialmente favorevole ai cartelli, che in quel momento dominava in Europa⁵.

L'anno dopo ancora (1935) la Corte Suprema americana dichiarava incostituzionale il *National Industrial Recovery Act*⁶. La decisione non si fondava, invero, su ragioni di politica della concorrenza, ma su una più generale esigenza di limitazione dell'intervento pubblico sull'autonomia privata. I giudici mostravano preoccupazione verso una legge che consentiva ad un'autorità indipendente, senza alcun reale criterio limitativo, di attribuire efficacia *erga omnes* ad accordi economici collettivi di varia natura. In realtà, sembra che la sentenza della Corte Suprema sia venuta a ratificare una crisi latente del sistema creato dal N.R.A., minato dall'esplosione di conflitti interni relativi all'applicazione degli accordi e dalla scarsa autorevolezza

³ Traggo la notizia da R.PERITZ, *Competition policy in America*, Oxford University Press, rev.ed., 2000, 125.

⁴ V.SALANDRA, *Il diritto delle unioni di imprese (Consorti e gruppi)*, Cedam, Padova, 1934, 24 ss.

⁵ Ampie informazioni sul tema in L.F.PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Giuffrè, Milano, 2005, cap. I.

⁶ A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935).

dell'*Authority* costituita in pochissimo tempo con il compito immenso di esercitare una funzione dirigistica sull'intera economia americana⁷.

Negli anni seguenti, la politica del *New Deal* abbandonò il modello del dirigismo corporativo generale e piegò verso interventi e regolazioni di settore, autonomizzando e sostenendo, in primo luogo, il potere dei sindacati dei lavoratori.

Per quanto riguarda più specificamente la politica della concorrenza, nel 1936 si ebbe un'altra sentenza-schock della Corte Suprema (*Sugar Institute*)⁸, legittimante un cartello tipico, dichiaratamente volto a prevenire gli effetti "distruttivi" dell'eccesso di concorrenza, ed operante in un settore tradizionalmente cartellizzato. Poco tempo dopo (1938) iniziava però un'inversione di tendenza: Roosevelt rafforzava, all'interno del *Department of Justice*, la *Antitrust Division* e ne nominava direttore Thurman Arnold, il quale imprimeva alla politica antitrust americana una svolta attivistica, destinata a durare nei decenni successivi⁹. Si iniziava quel ciclo della politica antitrust che, in seguito, sarà definita "populista", e che è stata spesso accusata di mancare di criteri politico-economici coerenti¹⁰. Una politica comunque attivista ed ispirata non solo dalla fede in un ideale di democrazia economica, ma anche dalla convinzione che, per uscire dalla recessione, occorresse combattere i cartelli e tutelare la libertà e il potere d'acquisto dei consumatori.

⁷ Per questo giudizio storico v. R.PERITZ (nt. 3), 130 ss.

⁸ *Sugar Institute, Inc. v. United States*, 297 U.S. 553 (1936).

⁹ La vicenda presenta alcuni tratti curiosi, sul piano storico. Sembra certo che il presidente Roosevelt non avesse particolare sensibilità per la politica di concorrenza. Thurman Arnold, per di più, in un suo libro, all'epoca molto conosciuto (*The Folklore of Capitalism*, Yale University Press, 1938) aveva espresso dure critiche sull'efficacia e sulla opportunità della politica antitrust. Malgrado queste premesse, egli divenne, negli anni successivi, una figura emblematica di *trust-buster*.

Sulla vicenda v. l'accurata ricostruzione di S.W.WALLER, *The Antitrust Legacy of Thurman Arnold*, in 78 *St. John's Law Rev.*, 569 ss. (2004); nonché E.W.HAWLEY, *The New Deal and the Problem of Monopoly*, Princeton University Press, 1966, 383 ss.

Secondo la tesi più accreditata, Arnold fu persuaso, durante la guerra, a dimettersi dal suo ufficio per accettare un prestigioso incarico giudiziario, al fine di frenare la sua azione giacobina nei confronti dell'industria delle forniture militari (v., oltre agli aa. precedenti, D.CRANE [nt. 1]).

¹⁰ V. già PERITZ (nt. 2), 157 ss., nonché tutta la letteratura, dagli anni '80 in poi, ispirata dalla scuola di Chicago.

2. In sostanza, l'esperienza della Grande Depressione negli Stati Uniti mostra segnali contraddittori, che vanno dalla sospensione al rafforzamento della politica antitrust.

L'esperienza europea dello stesso periodo non offre esperienze analoghe, per la semplice ragione che l'orientamento degli ordinamenti statali europei era, nella prima metà del sec. XX, tendenzialmente favorevole ai cartelli. L'adozione di norme antitrust europee avveniva dopo la guerra, sotto l'impulso attivistico generato da una duplice matrice: da un lato l'ideologia ordoliberalista che ispirava le norme tedesche e poi comunitarie, dall'altro l'esempio fornito dalla politica antitrust "populista", a quel tempo dominante negli U.S.A.

Fino alla crisi attuale, il diritto antitrust europeo non ha dovuto affrontare recessioni gravi, ma solo crisi settoriali o congiunture negative di limitata entità. In questo quadro di esperienze si è formato un orientamento, molto restrittivo ma non completamente negativo, nei confronti dei "cartelli di crisi": gli accordi relativi sono stati eccezionalmente esentati dalla Commissione, a condizione che fossero supportati da un concreto programma di ristrutturazione produttiva del settore, volto a dare una risposta efficiente ad una situazione di squilibrio strutturale fra domanda ed offerta, e non contenessero misure restrittive della concorrenza reciproca non indispensabili, rispetto al fine dell'attuazione del programma di ristrutturazione¹¹.

Ad una impostazione simile si è ispirata – sempre prima dell'attuale crisi - anche la disciplina comunitaria relativa agli aiuti di Stato ad imprese e settori in difficoltà, oggi contenuta nell'art. 1.7, Reg. 800/08/CE, e comunque tendenzialmente sempre più restrittiva nell'ammettere aiuti di salvataggio¹². La normativa sugli aiuti è, peraltro, la sola che contiene espressamente una previsione relativa a situazioni di crisi economica generale (con la clausola del "grave

¹¹ Per informazioni di dettaglio sul punto v., da ultimo, VAN BAEL & BELLIS, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza – Con analisi della disciplina del procedimento antitrust in Italia*, Giappichelli, Torino, 2009, 280 ss.

¹² V. per esempio, per l'atteggiamento più recente della Commissione, tendenzialmente ostile all'ammissibilità di aiuti di salvataggio di settore, Commiss. CE, Dec. 19 maggio 2004, C(2004) 1802, *Programma A.I.M.A. settore avicolo* (2007/52/CE).

turbamento dell'economia di uno Stato membro", come possibile giustificazione dell'aiuto pubblico, ai sensi dell'art. 87.2.b del Trattato).

Infine, in materia di concentrazioni è stata accolta, nel diritto antitrust europeo, la *failing firm defense*, ma in una versione piuttosto restrittiva, che pone a requisito dell'autorizzazione dell'operazione non solo l'effettivo e irreversibile stato di crisi aziendale dell'impresa acquisita, ma anche l'ineluttabilità dell'effetto di mercato che l'operazione realizza (occorre provare che qualsiasi soluzione più favorevole allo sviluppo concorrenziale del mercato sia concretamente inattuabile)¹³.

Può osservarsi, in conclusione, che il diritto antitrust europeo prevede soluzioni appropriate per situazioni di crisi aziendali individuali o per crisi di settore, ma non prevede alcunché per le situazioni di crisi economica generale (salvo la previsione in materia di aiuti, già citata, riguardante il "grave turbamento dell'economia di uno Stato membro").

A ciò si aggiunga che la modernizzazione del diritto antitrust comunitario, entrata in vigore nel 2003, è figlia di un periodo di grande sviluppo e di prevalente ideologia neoliberista, e non si pone neanche il problema della possibile sopravvivenza della figura del "cartello di crisi" nel nuovo quadro normativo, che prevede una esenzione *ex lege* delle intese che rispettino i requisiti dell'art. 81 § 3 del Trattato. E ciò senza considerare che una procedura di *self-assessment* può essere una soluzione razionale ed efficiente se attuata da imprese efficienti e prospere, mentre si presenta molto meno credibile se attuata da imprese che si trovano in condizioni di emergenza o di vera e propria crisi strutturale di settore.

3. La crisi attuale ha investito gli ordinamenti dei paesi capitalistici in una fase storica in cui le norme antitrust, pur scontando le perenni incertezze nell'individuazione dei principi ispiratori, si trovavano in una fase di espansione, a livello comparatistico, e – per altro verso – in

¹³ Cfr. anche qui, da ultimo, VAN BAEL & BELLIS (nt. 11), 784 ss.

una fase di allentamento applicativo evidente, in un quadro ideologico iperliberistico, proprio negli Stati Uniti¹⁴.

La reazione alla crisi, da parte del potere politico statunitense, sembra finora molto diversa da quella dei tempi della Grande Depressione. E' certamente vero che lo Stato è intervenuto massicciamente per il salvataggio di imprese in crisi, non solo nel settore bancario¹⁵. Ma è anche vero che il messaggio politico, lanciato dalla presidenza Obama attraverso la nomina di Christine Varney alla direzione dell'Antitrust Division, e le dichiarazioni programmatiche da costei effettuate, è stata di segno contrario al *laissez-faire*, ed anzi palesemente rivolta a dare un messaggio di inversione di tendenza rispetto alla tendenza permissiva degli anni recenti.

L'impatto sul diritto antitrust europeo è stato apparentemente più vistoso, ma per la sola ragione che qui la disciplina degli aiuti di Stato è parte integrante del diritto antitrust.

La grave crisi finanziaria mondiale, apertasi nell'autunno del 2008, ha creato un clima di emergenza, nel quale alcuni stati membri hanno pensato di dovere immediatamente intervenire, in primo luogo per il salvataggio di banche in difficoltà. La reazione della Commissione è stata quella di autorizzare rapidamente, mediante una sorta di sanatoria, questi interventi¹⁶. La Commissione è anche subito intervenuta con una Comunicazione sugli aiuti di Stato a favore delle banche in crisi¹⁷, cui ha fatto seguito una seconda comunicazione sulla ricapitalizzazione delle banche e imprese finanziarie in crisi¹⁸.

¹⁴ Cfr. R.PERITZ, *The Roberts Court after two years: Antitrust, Intellectual Property Rights, and Competition Policy*, in *Giur.comm.*, 2008, I, 1028 ss.

¹⁵ Cfr. G.NAPOLITANO, *Il nuovo "Stato salvatore": strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in www.side-isle.it (ottobre 2008).

¹⁶ Cfr. COMM.CE, Case n. 507/2008, *Financial Support Measures to the banking Industry in the UK*, Dec. 13 ottobre 2008 (in *G.U.CC.EE.*, C 290 del 13 novembre 2008), a cui hanno fatto seguito diverse decisioni parallele.

¹⁷ COMM.CE, Comunicazione su *The application of State aid rules to measures taken in relation to financial institutions in teh context of the current global financial crisis*, in *G.U.CC.EE.*, C 270 del 25 ottobre 2008.

¹⁸ COMM.CE, Comunicazione su *The recapitalisation of financial institutions in the current financial crisis: limitation of aid to the minimum necessary and safeguard against distortion of competition*, Bruxelles, 5 dicembre 2008 [C(2008) 8259].

La posizione della Commissione è stata nel senso che la gravità della crisi giustifica ampi interventi di sostegno alle banche, perché altrimenti anche banche sane potrebbero trovarsi in difficoltà nel concedere credito, con il risultato di provocare una grave recessione di tutta l'economia.

La Commissione ha però dichiarato di volere prevenire fenomeni distorsivi della concorrenza, sia nei rapporti fra i diversi Stati membri (evitare che qualcuno di essi conceda aiuti più elevati rispetto a quelli di altri Stati), sia nei rapporti fra banche (evitare che le banche sane siano trattate allo stesso modo delle banche che si trovano in difficoltà per loro responsabilità). Ha perciò sancito che le misure di aiuto adottate siano proporzionate e temporanee, sì da prefigurare un ritorno alla normalità del mercato. In tale contesto, la Commissione ha espresso una raccomandazione agli Stati perché gli apporti di capitale dati alle banche in difficoltà siano remunerati a tassi di mercato, che devono anche tenere conto del differente grado di rischio che può essere insito nelle diverse operazioni di intervento a sostegno. Occorre anche che le misure di aiuto prevedano possibilità di rapida uscita dello Stato dal capitale delle banche, nel momento in cui si ripresentino condizioni di normalità¹⁹.

¹⁹ In coerenza con queste indicazioni, anche lo Stato italiano è intervenuto con la previsione delle nuove obbligazioni bancarie speciali, c.d. Tremonti *bond* (art. 12, d.l. 28 novembre 2008, n. 185, conv. con l. 28 gennaio 2009, n. 2), che sono una nuova figura di strumenti finanziati convertibili in azioni, emessi dalle banche e sottoscritti dallo Stato, nei limiti di una certa percentuale (normalmente il 2%) dell'attivo patrimoniale della banca emittente. Le condizioni dell'emissione sono state precisate con un decreto ministeriale del 25 febbraio 2009, e sono abbastanza stringenti (comprendono, per esempio, impegni ad attuare una politica del credito efficiente a favore delle p.m.i. all'adozione di un codice etico). E' garantita altresì una remunerazione piuttosto elevata, rispetto ai rendimenti di mercato. Al di là del primo impatto si deve però notare che la legge istitutiva prevede che le obbligazioni bancarie speciali possano dare interessi condizionati al conseguimento di utili e possano essere convertite (ciò che costituisce una novità assoluta, sul piano normativo) su richiesta dell'emittente, e non del sottoscrittore.

E' dunque abbastanza evidente che l'assunzione di rischio, da parte dello Stato, va ben oltre quello che potrebbe essere il criterio di comportamento di un "investitore privato".

Ma in ogni caso tutta l'attuale vicenda della ricapitalizzazione delle banche da parte degli Stati membri dimostra come il criterio dell'investitore privato sia stato largamente derogato, non solo per ciò che attiene all'assunzione del rischio, ma soprattutto per ciò che attiene al reperimento delle risorse utilizzate nelle operazioni di salvataggio, che solo l'esercizio del potere politico (e del relativo prelievo d'autorità sulla cittadinanza attraverso l'indebitamento pubblico poteva realizzare).

A parte le misure relative agli aiuti a favore delle banche e delle imprese finanziarie, la Commissione, con lodevole tempestività, è intervenuta poi a tracciare un quadro di intervento dell'Unione Europea su tutti gli aspetti della crisi in atto. E' stato così adottato il c.d. *Recovery Plan* del 26 novembre 2008²⁰, che prevede un piano organico di interventi, comprendente misure urgenti per rilanciare la domanda²¹, ma anche obiettivi di politica industriale (per esempio interventi a sostegno della diffusione della c.d. banda larga nelle comunicazioni elettroniche), nonché raccomandazioni per la liberalizzazione dei nuovi investimenti da parte delle imprese.

A questo documento ha fatto seguito una Comunicazione di carattere generale in tema di aiuti alle imprese²², intitolata "*Quadro di riferimento temporaneo comunitario*"²³. La comunicazione prende atto realisticamente della circostanza che la crisi finanziaria rende necessario un ricorso agli aiuti di Stato ben più ampio di quello che si era ammesso negli anni precedenti. Da qui, in primo luogo, un innalzamento della soglia *de minimis* (portata a 500.000 €), ma anche una raccomandazione agli Stati a fare largo uso delle forme di aiuto ammesse *ope legis*, in primo luogo gli aiuti diretti (non discriminatori) ai consumatori.

La Commissione ritiene di dovere poi fare uso del suo potere discrezionale con riferimento ad uno dei casi previsti dall'art. 87 CE, cioè quello del "grave turbamento" alle economie nazionali. Da qui alcune dichiarazioni di intenzione, in termini di *soft law*, circa un'applicazione più elastica delle norme sugli aiuti (anche rispetto a quanto previsto nelle esenzioni per categoria). Nuovi massimali sono

²⁰ COMM.CE, Comunicazione su *Un piano europeo di ripresa economica*, del 26 novembre 2008, COM(2008) 800.

²¹ Anche in questo campo lo Stato italiano è rapidamente intervenuto, disponendo incentivi all'acquisto diretti a favore dei consumatori (art. 1, d.l. 28 novembre 2008, n. 185, conv. con l. 28 gennaio 2009, n. 2; artt. 1 e 2, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5).

²² COMM.CE, *Comunicazione della Commissione – 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* (2009/C 16/01) del 22 gennaio 2009. La Comunicazione di gennaio ha già avuto alcune correzioni con una successiva Comunicazione del 25 febbraio 2009.

²³ Per un primo commento v. C.BUZZACCHI, *Crisi finanziaria e deroghe alla disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato*, in *Amministrazione in cammino* (rivista telematica), marzo 2009.

indicati per le garanzie a favore delle imprese e per i contributi in conto interessi. La Commissione tenta però di trasmettere anche segnali di continuità, sottolineando la temporaneità di queste misure e poi lanciando una indicazione di particolare favore per l'autorizzazione di nuovi aiuti destinati a favorire la produzione di "prodotti verdi" (cioè ecologicamente compatibili).

Come segnale politico, ancora più importante è quello espresso dalla *Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*²⁴, dell'aprile 2009. Con questa si esprime un orientamento netto è nel senso di favorire il *private enforcement* contro gli aiuti di Stato illegittimi, in parallelismo con quanto già realizzato, a livello più avanzato, per il *private enforcement* contro intese illecite e abusi di posizione dominante.

Sarebbe dunque precipitosa una conclusione, che presentasse l'antitrust comunitario come un istituto in rotta, di fronte all'avanzata incontrollabile del dirigismo dei singoli Stati²⁵. Tanto più questa impressione è poi contrastata, se si guarda ai profili di diritto antitrust diversi da quello degli aiuti. Qui, anzi, l'attivismo della Commissione sembra non aver subito alcun freno, a seguito della crisi. Non solo si è registrata la condanna record di 1.06 miliardi di € a carico di Intel, per abuso di posizione dominante²⁶, ma si è anche prospettata una nuova condanna per abuso di posizione dominante a carico di Microsoft, stavolta per comportamenti escludenti nei confronti dei concorrenti di MS Internet Explorer²⁷. Per fare qualche altro esempio recente: è stata irrogata un'ammenda di 20 milioni di € ad Electrabel, per una concentrazione non autorizzata²⁸, e si è aperto un procedimento per intesa illecita nei confronti di diverse compagnie aeree²⁹ (quindi in un settore particolarmente colpito dalla crisi, e spesso destinatario di

²⁴ In G.U. C 85 del 9 aprile 2009.

²⁵ Per una equilibrata valutazione positiva della politica seguita dalla Commissione, in risposta agli impatti iniziali della crisi finanziaria, v. V.GIGLIO, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2009, 23 ss.

²⁶ V. il comunicato stampa della Commissione del 13 maggio 2009.

²⁷ V. il comunicato stampa della Commissione del 12 giugno 2009.

²⁸ V. il comunicato stampa della Commissione del 10 giugno 2009.

²⁹ V. il comunicato stampa della Commissione del 20 aprile 2009.

trattamenti di favore da parte delle politiche di concorrenza nazionali).

Tutti i segnali politici, a livello europeo, sembrerebbero dunque orientati nel senso di una sostanziale continuità delle norme di concorrenza, fatte salve le temporanee aperture in materia di aiuti di Stato.

Segnali della stessa natura sembrano provenire dai governi e dalle autorità antitrust nazionali. La relazione del presidente Catricalà, del 16 giugno scorso, è stata lodata per le critiche avanzate nei confronti di Governo e Parlamento; ma queste critiche si riferivano a passi indietro, nei processi di liberalizzazione, che solo indirettamente possono essere collegati alla crisi economica; e comunque denotano una dichiarata volontà della nostra AGCM di applicare le norme antitrust senza deroghe particolari dovute alla crisi, salvo che queste siano imposte dal legislatore, come finora è avvenuto nel solo caso Alitalia³⁰.

Non mi risulta, poi, che deroghe emergenziali alle norme antitrust generali (intese, abusi, concentrazioni) siano state adottate in alcun paese dell'Unione europea. Per trovare una disciplina di emergenza a favore dei cartelli di crisi si deve andare, per quanto a mia conoscenza, in Corea³¹.

³⁰ Rispetto al quale la deroga alle norme generali, pur vistosa e discutibile (anche per profili non riguardanti il diritto antitrust), è stata meno penetrante di quanto comunemente si è ritenuto, perché l'AGCM è stata pur sempre investita del potere-dovere di dettare prescrizioni, atte a limitare gli effetti anticoncorrenziali dell'operazione; ed ha poi concretamente esercitato questo potere, pur evitando di porre intralci pesanti allo svolgimento dell'operazione.

La vicenda, innescata dal d.l. 28 agosto 2008, n. 134, può essere letta come espressione della volontà del governo di spostare sul piano legislativo una soluzione che sarebbe stata sostanzialmente possibile – ma con il corredo di rischi giudiziari, potenziali responsabilità e qualche limite normativo ulteriore – anche con l'applicazione delle norme antitrust ordinarie, e in particolare del (mai finora applicato) art. 25, l. 10 ottobre 1990, n. 287.

Su tutta la vicenda v. G.OLIVIERI – A.PEZZOLI, *L'antitrust e le tentazioni della crisi*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 11 ss.

³¹ Cfr. H.S.HARRIS jr. - P.WANG – S.WATANABE, *China: Korea Considers Antitrust Exemptions for Certain Cartels to Assist Economic Recovery*, in www.mondaq.com (Jan. 2009).

4. Questi dati non devono essere, tuttavia, sopravvalutati, e non possono indurre ad esprimere un giudizio sostanzialmente opposto a quello di senso comune, e cioè ad affermare che la risposta alla crisi economica, da parte delle politiche di concorrenza, consista nel continuare come se nulla fosse, o addirittura nell'incrementare l'attivismo.

Certe volte si leggono affermazioni di questo tipo, secondo cui un'attiva politica antitrust è uno dei mezzi migliori per uscire rapidamente dalla crisi. Ma mi sembrano affermazioni rituali, prive di serie verifiche empiriche. Se invece si guarda alle riflessioni più serie e meditate, sull'argomento, si vede che il problema esiste, e che i segnali finora avvertiti in Europa non coprono tutti gli aspetti significativi del problema: la crisi non è ancora finita, e certi cambiamenti, nelle politiche di concorrenza, possono realizzarsi anche senza clamore e senza dichiarazioni ufficiali.

In particolare, sembra esserci largo – seppure spesso solo implicito - consenso su un'affermazione di principio, secondo cui i principi di tutela della concorrenza devono ritenersi subordinati ai vincoli di carattere macroeconomico e quindi devono essere adattati o derogati quando interferiscano con misure necessarie ai fini della stabilità complessiva del sistema economico³². La tutela della concorrenza, come del resto qualsiasi altro valore o principio, non può essere assolutizzata e dev'essere invece temperata con la tutela di altri valori o principi, quando entri in conflitto con essi.

5. Su queste premesse, vorrei ora commentare due scritti recenti in argomento.

Il primo, già citato³³, è di John Fingleton, direttore dell'*Office of Fair Trading* britannico. In questo scritto alcune conclusioni sono un po' sfocate, come quella che auspica che le autorità antitrust siano "flessibili e pragmatiche"³⁴; altre sono sagge (almeno a mio avviso),

³² Così, testualmente, M.KATZ – A.BANICEVIC – J.DINNING, *Antitrust in a Financial Crisis – A Canadian Perspective*, in www.antitrustsource.com (Apr. 2009).

³³ V. nota 1.

³⁴ Cfr. J.FINGLETON (nt. 1), 18.

benché generiche, come quella che auspica che le autorità svolgano una più intensa attività di *advocacy*, anziché concentrarsi su procedimenti sanzionatori³⁵. Al di là di ciò, emerge però dal saggio una posizione netta: le norme antitrust devono essere praticamente sospese nei mercati bancari e finanziari, perché, in tempi di crisi, l'obiettivo di stabilità di questi settori diviene primario e solo la continuità dei flussi creditizi e finanziari può consentire alle imprese di tutti gli altri settori di affrontare in modo efficiente il gioco della concorrenza nei rispettivi mercati. Se questi flussi sono invece garantiti, i meccanismi concorrenziali possono realizzare al meglio la loro funzione anche in tempi di crisi, ed anzi la crisi può essere volta in positivo, perché *“una recessione può facilitare una incisiva crescita della produttività nel medio periodo”* e *“il raffreddamento dell'economia tende a spingere fuori dal mercato gli operatori meno efficienti”*³⁶. Se poi si determinassero situazioni di vera emergenza in qualche settore, la soluzione preferibile sarebbe quella dell'aiuto di Stato, straordinario e temporaneo, rispetto a quella della legittimazione di cartelli di crisi.

Questa posizione ha probabilmente un punto debole, consistente nell'ipotizzare che, in tempi di crisi, i mercati creditizi e finanziari, le cui imprese sarebbero (sia pure eccezionalmente e temporaneamente) protette per prevenire effetti espansivi della crisi, possano funzionare in maniera perfetta, selezionando le imprese caratterizzate da maggiore efficienza produttiva nel lungo periodo. E' ragionevole supporre invece che la crisi comporti inevitabilmente inefficienze nei flussi creditizi e finanziari, derivanti dalla pressione di rapporti d'interesse preesistenti.

Del resto, la conclusione principale di Fingleton sembra avere il valore di un auspicio, più che di un reale programma d'azione, perché altrimenti non si spiegherebbe l'affermazione circa la necessità che le autorità di concorrenza siano flessibili e pragmatiche.

Una analisi simile, anche se parzialmente diversa, è presentata in un altro saggio recentissimo, di Gustavo Olivieri e Andrea Pezzoli³⁷.

³⁵ Cfr. J.FINGLETON (nt. 1), 19.

³⁶ Cfr. J.FINGLETON (nt. 1), 11.

³⁷ G.OLIVIERI – A.PEZZOLI, (nt. 29), 1 ss.

La differenza più significativa sta nell'assunto secondo cui, in tempi di crisi economica, la concentrazione fra imprese può essere la risposta più efficiente ai problemi insorti. Da qui l'affermazione – a mio avviso condivisibile - secondo cui, nella valutazione delle operazioni di concentrazione, si dovrebbero superare, in tempi di crisi economica, le strette maglie della *failing firm defense*³⁸. In questa prospettiva, l'art. 20, comma 5-bis, della legge 287/90, che detta una norma speciale per le concentrazioni bancarie, consentendone l'autorizzazione anche quando creino posizioni dominanti, ma in contempo garantiscano la stabilità del sistema, diventa una norma esemplificativa di un criterio di valutazione delle concentrazioni che potrebbe avere applicazione generale. In altri termini, tutte le volte in cui la concentrazione sia una alternativa ragionevole alla pura e semplice perdita di capacità produttiva, conseguente ad una crisi d'impresa, essa può essere autorizzata, senza dover sottostare alle strette maglie della *failing firm defense* (prova della mancanza di soluzioni alternative; prova del fatto che la domanda si sarebbe comunque spostata a favore dell'impresa acquirente).

Le regole antitrust speciali per i tempi di crisi dovrebbero però fermarsi qui. Nessuna deroga si giustificerebbe, invece, per ciò che riguarda intese ed abusi. Per le situazioni di emergenza, anche secondo Olivieri e Pezzoli, sarebbe preferibile una disciplina straordinaria di aiuti di Stato, rispetto ad una legittimazione straordinaria di cartelli di crisi.

Anche questa posizione, tuttavia, presta il fianco ad una perplessità. L'esito della proposta è quello di favorire oltremodo i processi di concentrazione, ostacolando soluzioni provvisorie di conservazione della struttura del mercato ed agevolando, invece, la perdita di indipendenza delle imprese più deboli. Può però avvenire, soprattutto in tempi di crisi e di contrazione della domanda, che le imprese destinate a questa sorte siano quelle meno dotate di sostegno finanziario, ma non necessariamente le imprese meno efficienti e meno innovative. Così pure, può più facilmente accadere che

Un approccio simile può vedersi in G.ADDY – A.BANICEVIC – M.KATZ, *Antitrust Legislation and Policy in a Global Economic Crisis – A Canadian Perspective*, in *GCP – The Online Magazine for Global Competition Policy* (Dec., 15, 2008).

³⁸ G.OLIVIERI – A.PEZZOLI (nt. 29), 7.

l'operazione di concentrazione, in un mercato già oligopolistico o comunque di concorrenza imperfetta, si traduca non nella conservazione, bensì nella perdita di una certa capacità produttiva differenziata, che potrebbe essere garantita dalla conservazione di una impresa indipendente.

Ancora, il favore che viene espresso, di fronte alle situazioni di emergenza, per la soluzione dell'aiuto di Stato rispetto alla soluzione del cartello di crisi, mi sembra trascurare – a parte i problemi strettamente politici e di finanza pubblica - i pericoli che derivano dal rafforzamento di legami politico-clientelari, legati alla gestione dell'aiuto, e le conseguenti spinte all'inefficienza e alla collusione, che facilmente si determinano nei settori sovvenzionati.

In altri termini, se soluzioni di emergenza devono giustificarsi, per l'insorgere della crisi economica, l'ostilità di principio verso accordi economici collettivi temporanei, volti a difendere la struttura di un mercato nel periodo di crisi, sembra fondarsi soprattutto su ragioni ideologiche. In ultima analisi, un accordo fra imprese può esser un ostacolo più fragile e precario, ai fini del ripristino di una concorrenza effettiva nel settore, di quanto non sia l'instaurarsi di meccanismi di scambio politico, alimentati da regimi di sovvenzione pubblica delle imprese operanti nel settore medesimo.

Il problema più grave, come si è già accennato, sta nella difficoltà di conciliare l'eccezionalità degli accordi di crisi con la disciplina di *self-assessment* delle intese e con la relativa segretezza dell'accordo. L'eccezionalità della misura richiederebbe invece regole di trasparenza e qualche forma di controllo preventivo da parte dell'Autorità antitrust. Il criterio di valutazione fondamentale dovrebbe essere costituito dalla capacità dell'accordo di conservare un'offerta differenziata di beni e servizi, che rischierebbe di perdersi per effetto del trauma finanziario in corso, e quindi di beneficiare il consumatore, almeno sotto il profilo della conservazione di una maggiore libertà di scelta. Altro vantaggio del controllo preventivo sarebbe quello di imporre alle imprese di limitare l'accordo alle clausole effettivamente indispensabili per evitare gli impatti negativi della crisi congiunturale, evitando una cartellizzazione più spinta.

Il Regolamento 1/03 contiene, in effetti, strumenti idonei, almeno in astratto, a soddisfare queste esigenze. Mi riferisco, in primo luogo, alla procedura di “constatazione di inapplicabilità” dei divieti di cui agli artt. 81 e 82, prevista dall’art. 10 del Regolamento, ed attivabile eccezionalmente, per ragioni di interesse pubblico comunitario. Nel diritto interno, non essendo stata formalmente abrogata la disciplina dell’autorizzazione in deroga, la possibilità di un controllo preventivo degli accordi di crisi sarebbe, in astratto, ancora più facile.