

La tutela antitrust nel XXI secolo¹

Margherita Ramajoli

1. La legge antitrust compie trent'anni. In questo lasso di tempo è cambiato molto. È cambiata la stessa legge n. 287/1990, che ha subito numerose modifiche rispetto al suo impianto originario; è cambiata la disciplina europea, sempre più interventista, come testimoniato dalla recente direttiva ECN⁺²; sono cambiati i poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che non sono più unicamente indicati nella sua legge istitutiva; è cambiato il contesto politico, economico e sociale di riferimento.

Il corso del tempo ha consentito alla fisionomia dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato di emergere in maniera più chiara. Alle origini l'Autorità antitrust si caratterizzava essenzialmente per la sua funzione di *adjudication*, ossia di intervento *ex post* volto a reprimere le condotte imprenditoriali non rispettose del buon funzionamento dei mercati. Del resto, nel 1988 il progetto di legge Rossi attribuiva all'apparato giudiziario il compito di perseguire gli illeciti antitrust, anche se poi ha prevalso la linea governativa, incarnata dal disegno di legge Battaglia, a favore dell'istituzione di un apparato amministrativo *ad hoc* dotato di poteri decisionali propri di tipo ordinatorio e sanzionatorio.

La primigenia centralità della funzione di aggiudicazione (che comunque è *sui generis*, dal momento che l'Autorità agisce sempre d'ufficio e mai su iniziativa di parte) è confermata dal fatto che l'AGCM è stata all'avanguardia

¹ Articolo destinato alla pubblicazione sulla «Rivista della Regolazione dei mercati».

² Direttiva UE 2019/1 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

nel mimare nei suoi procedimenti il processo giudiziario. L’Autorità infatti ha interpretato sul serio gli obblighi di informare, ascoltare e motivare quando le garanzie di tipo procedimentale non avevano ancora trovato completa accettazione da parte delle amministrazioni di tipo tradizionale, nonostante la pressoché coeva legge n. 241/1990 spingesse in tal senso.

Ulteriore riprova del ruolo assorbente svolto inizialmente dall’attività di *adjudication* è ricavabile dalla fioritura di un vero e proprio filone di studi dottrinali inteso a valorizzare la terzietà dell’AGCM al punto da assimilare l’autorità agli organi giurisdizionali³.

Questa iniziale raffigurazione, comunque già all’epoca non pacificamente accettata⁴, è divenuta via via recessiva. Vari fattori hanno contribuito all’emancipazione dal modello originario. Tra questi, la crescente consapevolezza che non è sufficiente applicare la legge per essere assimilati un giudice -altrimenti, come è stato giustamente osservato⁵, avrebbe natura giurisdizionale anche il procedimento con cui Prefetto applica le sanzioni amministrative-.

Ma soprattutto un susseguirsi di interventi normativi ha dotato l’Autorità di poteri assai diversi dai tradizionali strumenti inibitori e sanzionatori. Il legislatore ha affiancato alla funzione di *adjudication* dell’AGCM la funzione di *competition advocacy*, esercitata tramite pareri, segnalazioni, raccomandazioni, proposte riguardanti discipline legislative, regolamentari e regolatorie ritenute anticoncorrenziali⁶.

La ragione dell’attribuzione di questo delicato compito sta nel fatto che,

³ Per tutti cfr. M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, in Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. BASSI e F. MERUSI, Milano, 1993, 115 ss.

⁴ Per un rifiuto del paradigma all’epoca dominante cfr. M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998.

⁵ B. G. MATTARELLA, *La concorrenza come missione: il ruolo dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Astrid Rassegna*, n. 15/2018, 6.

⁶ Artt. 21 ss. della legge antitrust, art. 34 d.l. n. 201/2011, conv. in l. n. 214/2011; art. 1 d.l. n. 1/2012, conv. in l. n. 27/2012, ora abrogato dall’art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 10/2016; art. 4, commi 3 e 4, d.l. n. 138/2011, poi travolto dall’incostituzionalità dell’intero articolo pronunciata da Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199; art. 4 d.l. n. 95/2012, conv. in l. n. 135/2012, ora abrogato dall’art. 1, comma 562, lett. a), della l. n. 147/2013. In tema cfr. M. CLARICH, *L’attività di segnalazione e consultiva dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato: un presidio contro le degenerazioni del processo politico-parlamentare?*, in *Dir. amm.*, 1997, 85 ss.

specie in Italia, le distorsioni alla concorrenza derivano non solo da pratiche anticoncorrenziali realizzate dalle imprese, ma anche da un cattivo esercizio del potere pubblico in campo economico, trovandosi l’Autorità garante ad agire in un contesto di mercati normativamente chiusi o con elevate barriere all’ingresso, in cui non è necessario colludere esplicitamente o abusare della propria posizione dominante per estrarre extraprofiti a danno dei consumatori.

Conseguenza dell’ampliamento di competenze è un’accentuazione dei caratteri “*pro-active*” dell’Autorità, che non è più solo soggetto “*re-active*”. Si delinea con maggior chiarezza un’Autorità titolare di un interesse pubblico specifico da promuovere, e cioè la tutela del mercato concorrenziale; priva di vincoli per quanto riguarda l’iniziativa, agendo sempre d’ufficio; non relegata a un ruolo negativo di censura, ma forte di un ruolo propositivo-correttivo mediante l’indicazione di concrete modifiche da apportare agli atti dei pubblici poteri reputati lesivi della concorrenza. L’effettività del potere di *advocacy* passa poi attraverso una speciale legittimazione ad agire in giudizio davanti al giudice amministrativo, che assume le forme di una sorta di ricorso per inadempimento alla sua previa diffida nei riguardi di atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti amministrativi reputati lesivi delle norme antitrust⁷.

Vi è un’altra arma affilata che l’Autorità ha iniziato a maneggiare lavorando nelle pieghe delle norme attributive dei suoi poteri. Si tratta dell’istituto degli impegni, che nasce, come del resto tutta la nostra disciplina antitrust, nel diritto dell’Unione europea⁸. Fine ultimo dello strumento è di evitare un dispendio eccessivo di risorse amministrative in lunghe istruttorie relative a casi di dubbia risoluzione. Come esplicitato dalla stessa Autorità, conseguenza diretta del ricorso agli impegni è il passaggio a un intervento

⁷ Art. 21-*bis* della legge, introdotto dal d.l. n. 201/2011, conv. in l. n. 214/2011, sul quale cfr. il numero monografico di *Concorrenza e mercato*, 2018.

⁸ Art. 9 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002; art. 14-*ter* della legge antitrust, introdotto dal d.l. n. 223/2006.

antitrust “più marcatamente orientato al buon funzionamento dei mercati, piuttosto che volto soltanto all’accertamento e alla repressione della violazione”⁹, oppure, come più maliziosamente si potrebbe ritenere, l’assunzione da parte dell’AGCM di una vera e propria funzione regolatoria, definendo di volta in volta mediante una sorta di patteggiamento ciò che le imprese possono o non possono fare nel mercato.

Anche a livello europeo si assiste a un rafforzamento dei poteri prescrittivi e conformativi delle varie Autorità nazionali garanti della concorrenza. La già menzionata direttiva UE n. 1/2019, attualmente in attesa di recepimento, consente alle Autorità nazionali garanti della concorrenza di imporre alle imprese le condotte correttive ritenute più opportune (art. 10, par. 1), laddove invece il vigente art. 7 del regolamento (CE) n. 1/2003, dispone che le autorità possano imporre rimedi strutturali soltanto qualora non esistano rimedi comportamentali parimenti efficaci, ovvero quando questi ultimi risultino più onerosi¹⁰.

Da ultimo la Corte costituzionale si è spinta ancora più in là nella parabola che ha condotto da un’autorità a tutela della concorrenza a un’autorità a promozione della stessa. La Consulta, nell’escludere che l’AGCM possa sollevare una questione di legittimità costituzionale per la condivisibile ragione secondo cui vi è un’ontologica incompatibilità tra l’essere parte processuale e l’essere giudice *a quo*, ha ritenuto l’Autorità un soggetto che, “al pari di tutte le amministrazioni”, non è in posizione di “indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale”¹¹.

⁹ AGCM, *Relazione annuale sull’attività svolta nel 2006*.

¹⁰ ESTER LATORRE, *La Direttiva N. 1/2019 e il suo impatto sulla disciplina antitrust dell’Unione europea*, in <http://rivista.eurojus.it>.

¹¹ Corte Cost., 31 gennaio 2019, n. 13, punti 6 e 8 del Considerato in diritto, in *Giur. cost.*, 2019, 127 ss., con note di M. MIDIRI, *Autorità garante della concorrenza e amministrazione: una troppo drastica assimilazione*, e di G. GRASSO, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale all’Autorità antitrust. Considerazioni a margine della sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale*. Critico nei confronti della decisione si mostra E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica politica e democrazia*, Torino, 2019, 126.

Quest'ultimo inquadramento dell'AGCM all'interno addirittura del perimetro delle amministrazioni pubbliche di tipo tradizionale potrebbe però costituire una pericolosa evoluzione-involuzione rispetto all'originario punto di partenza quasi para-giurisdizionale. Il pericolo è di dimenticare il senso ultimo dell'istituzione delle autorità di garanzia, che è quello di incarnare un nuovo modello di amministrazione, (che si vorrebbe) indipendente dalla politica, dalla burocrazia e dall'economia.

2. Non solo l'AGCM è cambiata nel corso del tempo. Pure il contesto attuale è profondamente diverso rispetto a quello in cui è stata emanata la legge antitrust, quest'ultimo caratterizzato da una grande (probabilmente eccessiva) fiducia nel mercato e nelle nascenti liberalizzazioni e privatizzazioni¹².

Il contesto attuale è inaspettatamente diverso anche rispetto a quello di pochi mesi fa, in ragione dell'emergenza sanitaria. La pandemia ha accelerato alcuni processi economici già in atto e due di essi meritano di essere sottolineati per le loro implicazioni in materia antitrust¹³.

La crisi, da un lato, ha messo ancora più in luce la fragilità della nostra economia nazionale (ed europea), dall'altro, ha acuito la nostra dipendenza dalla *e-economy*.

Il primo fenomeno ha creato un terreno fertile per nuove forme di intervento pubblico intese, in via congiunturale, a fronteggiare l'emergenza e, sul medio e lungo periodo, a ricreare il mercato e rilanciare l'economia. Il rischio generale insito in queste operazioni è di oltrepassare la sottile linea di

¹² Sul contesto in cui nasce la legge antitrust cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, in *Moneta e credito*, 2015, 365 ss., spec. 371 ss.

¹³ Sul nuovo disordine mondiale cfr. V. CASTRONOVO, *Chi vince e chi perde. I nuovi equilibri internazionali*, Bari-Roma, 2020.

confine che separa sussidi, deroghe, proroghe in funzione anticrisi da quelle in funzione meramente assistenzialista oppure cristallizzanti privilegi¹⁴.

Sul versante antitrust la questione coinvolge il tema degli aiuti di Stato e, più in generale, porta a chiedersi se e fino a che punto le politiche concorrenziali siano relegabili in secondo piano davanti a esigenze attualmente reputate prioritarie, quali la tutela dei livelli occupazionali e la tenuta sociale della collettività¹⁵.

La tentazione di un rilassamento della disciplina antitrust è ricorrente durante i periodi di crisi; basti pensare alla sospensione della normativa statunitense negli anni Trenta del secolo scorso, ma anche al dibattito in occasione della recessione del 2008¹⁶. Del resto, già prima della crisi scatenata dal Covid-19 si era discusso a livello europeo della riforma del controllo comunitario delle concentrazioni per favorire il consolidamento di campioni europei, come ben emerge dal Manifesto franco-tedesco di politica industriale¹⁷.

Il secondo fenomeno accentuato dalla pandemia e che produce conseguenze sulle tematiche antitrust è il consolidamento dei colossi digitali, per loro natura operanti i mercati non ancorati a uno specifico territorio¹⁸.

Se l'attuale debolezza della nostra economia apre la discussione sulla possibilità di allentamento dei vincoli antitrust, invece l'asservimento

¹⁴ Cfr., tra le tante disposizioni in tal senso orientate, all'art. 100, d.l 14 agosto 2020, n. 104, in materia di concessioni del demanio marittimo, lacuale e fluviale.

¹⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, (2020/C 91 I/01) del 20 marzo 2020, poi modificata dalla successiva *Comunicazione, Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19* (2020/C 112 I/01), in data 3 aprile. Ma cfr. altresì COMMISSIONE EUROPEA, *Comfort letter: coordination in the pharmaceutical industry to increase production and to improve supply of urgently needed critical hospital medicines to treat COVID-19 patients*, a *Medicines for Europe*, 8 aprile 2020.

¹⁶ A. PEZZOLI, *La politica della concorrenza ai tempi del virus e la rilegittimazione dell'intervento pubblico*, in *Merc. Conc. e Regole*, 2020, 141 ss.

¹⁷ *Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century*, 19 febbraio 2010, in www.gouvernement.fr.

¹⁸ Sul fenomeno cfr. M. DELMASTRO, A. NICITA, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Bologna, 2019.

all'economia digitale porta con sé l'inversa richiesta di un antitrust più aggressivo.

Anche nel caso dell'operare dei *Big Tech* già prima della crisi pandemica erano sorte alcune domande, che ora però si pongono più drammaticamente. In particolare, si dubitava e si dubita dell'effettività dello strumentario antitrust rispetto allo (stra)potere di tali grandi imprese. Tant'è che negli Stati Uniti si è parlato di morte della concorrenza, o, meno drammaticamente, di *under-enforcement* della disciplina antitrust, impotente nei riguardi di sovrapprofitti e prezzi eccessivi o, in una sola parola, del potere di mercato esercitato dalle piattaforme digitali¹⁹.

Principale imputata del difetto di effettività dello strumentario antitrust sarebbe la scuola di Chicago, che ritenendo che scopo esclusivo dell'antitrust sia il benessere dei consumatori misurato in termini di efficienza allocativa e ponendo un'eccessiva fiducia nel funzionamento di meccanismi automatici di correzione del mercato, ha cercato di dimostrare che condotte presunte anticoncorrenziali producono in realtà effetti pro-competitivi²⁰. In quest'ottica, *“predatory pricing, vertical integration, and tying arrangements never or almost never reduce consumer welfare”*²¹.

La scuola di Chicago, affacciatasi sulla scena negli anni Settanta del secolo scorso, continuerebbe ancor oggi - nonostante non sia più tanto in auge a livello teorico²² - a influenzare l'agire delle istituzioni pubbliche statunitensi,

¹⁹ Rispettivamente J. TEPPER, D. HEARN, *The Myth of Capitalism. Monopolies and the Death of Competition*, Hoboken, New Jersey, 2018, e AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE (2020) in https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2020/04/AAI_StateofAntitrust2019_FINAL3.pdf. In tema cfr. anche C. OSTI e R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2019, 195 ss.

²⁰ Cfr., per tutti, R. H. BORK, *The Antitrust Paradox*, New York, 1978; R. A. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in *127 U. PA. L. Rev.*, 925, 932 (1979).

²¹ D. A. CRANE, *The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy*, in *79 Antitrust L. J.*, 835, 847, 2014, 852.

²² Cfr. in tal senso già H. HOVENKAMP, *Un esame dell'antitrust del dopo Chicago*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2001, 11 ss.

come la *Federal Trade Commission*, il Dipartimento di giustizia e la Corte suprema²³.

Così la lamentata scarsa incisività della tutela della concorrenza nel settore dell'economia digitale ha fornito impulso per un ripensamento di più largo respiro in ordine agli obiettivi dell'intervento antitrust. Nuove teorie si affacciano ora all'orizzonte, che, partendo dalla premessa che il fine dell'antitrust non sia promuovere l'efficienza, come voluto dalla scuola di Chicago, bensì combattere il potere e arginare la prepotenza dei monopoli, richiedono all'intervento antitrust di svolgere direttamente e attivamente di una funzione di giustizia sociale e redistributiva, come risposta all'aumento vertiginoso delle concentrazioni, ma anche come rimedio all'accrescimento di disuguaglianze di reddito e ricchezza e quindi al malcontento sociale.

Questo è -prendendo a prestito il titolo di un saggio di Shapiro²⁴- l'antitrust in tempi di populismo, altrimenti definito "*hipster antitrust*", che nasce appunto in un contesto di profonda insoddisfazione nei confronti delle politiche di liberalizzazione e di privatizzazione degli anni Novanta del secolo scorso e degli effetti della globalizzazione sulle fasce più deboli della popolazione²⁵.

Di qui la proposta di sostituire la tradizionale finalità di aumentare il benessere di consumatore in termini di efficienza allocativa con quella di ridimensionare il grado di disuguaglianza, attraverso una modifica degli standard di valutazione dell'intervento antitrust²⁶; o, ancora, l'auspicio che non vengano colpite intese volte a ridurre i prezzi a beneficio dei redditi bassi, mentre siano smantellate sempre e in ogni caso le concentrazioni eccessive²⁷.

²³ Sull'influenza tuttora esercitata dalla scuola di Chicago a livello di istituzioni pubbliche cfr. L. KHAN, *Amazon Antitrust Paradox*, in *Yale L.J.*, 564, 3, 2017, 717 ss.

²⁴ C. SHAPIRO, *Antitrust in a time of Populism*, in *Int'l J. Industrial Organization*, 714, 3, 2018; in senso analogo cfr. D. ORBACH, *Antitrust Populism*, in *N.Y.U.J.L & Bus.*, 14, 1, 2017.

²⁵ L. KHAN, *Amazon Antitrust Paradox*, cit.; sul cambio di rotta provocato dai venti populistici in ambito economico cfr. M. CLARICH, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in questa *Rivista*, 2018, I, 1 ss.

²⁶ A. B. ATKINSON, *Inequality: What Can Be Done?*, Harvard University Press, 2015, 126-127.

²⁷ J. BAKER, S. SALOP, *Antitrust, Competition Policy, and Inequality*, in *The Georgetown Law Journal*, 104, 2015.

Qualcuno potrebbe obiettare che non c'è nulla di nuovo sotto il sole, con il perenne interrogativo sui fini della disciplina antitrust (la libertà imprenditoriale? La tutela dei consumatori? La protezione delle piccole e medie imprese? Lo sviluppo economico? Il pluralismo imprenditoriale?) e il consueto pendolo ideologico che oscilla tra *laissez-faire* ed equità²⁸.

Tutto questo è vero, anche se è altrettanto vero che viviamo in un periodo storico in cui la coesione sociale è messa particolarmente a repentaglio e occorre reagire a questa situazione drammatica. Tuttavia, pur essendo inequivoco che il potere di mercato generi diseguaglianze, esso però non è la loro unica causa e tanti sono gli strumenti per cercare di combatterle²⁹.

Il settore dell'economia digitale, ancora una volta, offre una prospettiva privilegiata d'indagine. Infatti, sono inusuali le modalità con cui il potere privato dei colossi digitali agisce nei confronti dei consumatori, che non subiscono tanto e solo aumenti di prezzo oppure riduzione degli output, quanto piuttosto trattamenti lesivi dei loro diritti, specie sul fronte della privacy³⁰.

Il potere esercitato dalle piattaforme tecnologiche sui dati dei consumatori inconsapevoli non necessariamente infrange la normativa antitrust e se tra le finalità dell'intervento antitrust viene fatta rientrare anche la tutela della qualità dei servizi da misurare in termini di livello di protezione dei dati degli utenti, il rischio è condurre l'antitrust in terreni cripto-regolatori, con invasioni di campo rispetto a ruolo e funzioni delle autorità di regolazione³¹.

Quindi, da una parte, il gigantismo dei colossi digitale mostra che anche in una fase recessiva come l'attuale la concentrazione del potere economico deve essere perseguita con attenzione dalle autorità antitrust, pure quando la riduzione della concorrenza parrebbe assicurare nel breve periodo un minore

²⁸ Sulle varie anime della tutela della concorrenza cfr., per tutti, M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Milano, 2010, 191 ss.

²⁹ (G. AMATO, R. PARDOLESI, A. NICITA, P. SABBATINI,) C. OSTI, *Tavola rotonda su J. B. Baker e S. C. Salop, Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2016, 145 ss., 159.

³⁰ A. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016.

³¹ R. PARDOLESI, *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2019, 81 ss., spec. 86.

impatto sull'occupazione (con buona parte del sopra menzionato Manifesto franco-tedesco)³².

Dall'altra parte, gli strumenti giuridici appropriati d'intervento sono altri. Tra questi anzitutto vi sono le politiche fiscali, nonostante l'estrema difficoltà di tassare i redditi delle piattaforme digitali che svolgono essenzialmente attività immateriale³³. Prova di questa difficoltà è data dalla recente decisione della Corte di giustizia favorevole all'Irlanda e ad Apple che avevano impugnato l'atto della Commissione europea che aveva considerato illegittimi i ruling rilasciati dal fisco irlandese a favore della società

Più in generale le diseguaglianze crescenti vanno combattute con adeguate politiche sociali, che sono realizzabili solo da soggetti aventi un mandato politico, di cui l'AGCM è priva, come si è già sottolineato.

In conclusione, certamente la politica della concorrenza va resa più efficace e incisiva, ma non deve essere cambiata la sua natura, perché, riprendendo le parole di uno dei più illuminati Presidenti dell'Autorità, l'antitrust non può assumersi l'intero onere di contrastare ogni nuova manifestazione di potere privato³⁴.

³² G. AMATO, *Il Potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, 1998; A. PEZZOLI, *La politica della concorrenza*, cit., 151.

³³ L. CARPENTERI, S. MICOSI, P. PARASCANDOLO, *Tassazione di impresa ed economia digitale*, in *Econ.it.*, 2019, 65 ss.

³⁴ G. AMATO, *The Neo-Antitrust. Between Ends and Means*, in *Antitrust & Public Policies*, 2019, n. 0, 1 ss.