

*Articoli e saggi***Crisi economica e politiche della concorrenza: lo Stato “Manager” per un mercato sostenibile, *green* e *digital-tech***

Annalisa Negrelli

SOMMARIO: 1. Introduzione. *Politica vs. diritto* della concorrenza: quale equilibrio in tempi di crisi? – 2. Origini e sviluppo della relazione tra mercato e regole di concorrenza: il progressivo ampliamento degli obiettivi della politica di concorrenza e i suoi riflessi sul binomio Stato-mercato. – 3. *Antitrust enforcement* e crisi economica: è un lusso che gli Stati non possono permettersi o il volano per la ripresa dei mercati? – 3.1. L'approccio tradizionale seguito dall'Unione Europea e la sua “modernizzazione”: dalla crisi aziendale alla crisi sistemica. – 3.2. Le più recenti misure adottate a seguito della pandemia sanitaria e energetica in ambito europeo (tra adattamento di strumenti esistenti e novità) – 4. Osservazioni generali sulla modulazione delle politiche di concorrenza in tempi di crisi: la condizionalità delle deroghe ai divieti di aiuti di stato e il perdurante rigore delle misure *antitrust* per fronteggiare la crisi economica *nel breve periodo*. – 5. Il riflesso delle misure anticrisi *nel medio-lungo periodo*: approfittare della crisi per un ripensamento delle politiche di concorrenza? – 6. I fattori che devono orientare l'Unione europea e gli Stati membri nella revisione delle politiche di concorrenza, in un'ottica di rilegittimazione dell'intervento pubblico nell'economia e di ripensamento del diritto *antitrust*. – 6.1. Le ricadute sul binomio Stato-mercato: un equilibrio qualitativamente differente. Lo Stato “Manager”. – 6.2. Il ruolo proattivo dello Stato “Manager”: euro-integrato, innovatore e di indirizzo strategico, e la sua capacità di catalizzare e canalizzare gli investimenti privati, in un'ottica rinnovata di sussidiarietà c.d. orizzontale. – 6.3. Una nuova dimensione soggettiva e oggettiva per il Mercato Unico: globale, *green* e *digital-tech*. – 6.4. Ridisegnare le relazioni tra politica industriale e politica della concorrenza all'insegna della complementarità. – 6.5. Il ruolo della autorità *Antitrust* a livello accentrato e decentrato. – 6.6. (*segue*) Le ricadute sull'*enforcement* della disciplina della concorrenza: tra stabilizzazione della flessibilità delle deroghe al divieto di aiuti di stato, se orizzontali e condizionati, e mantenimento/allentamento del rigore delle politiche *antitrust*.

«J'ai toujours pensé que l'Europe se ferait dans les crises, et qu'elle serait la somme des solutions qu'on apporterait à ces crises»

(Jean Monnet, *Memoires*, Paris, Fayard, 1976)

1. *Introduzione. Politica vs. diritto della concorrenza: quale equilibrio in tempi di crisi?*

Il diritto europeo della concorrenza, fin dalle sue origini, ha rappresentato (e si presenta tuttora come) lo strumento privilegiato per consentire lo sviluppo e il consolidarsi del mercato comune e il corretto funzionamento di un'economia di mercato libera e aperta, quale fattore chiave per il benessere dei cittadini, delle imprese e della società nel suo complesso.

Osservando il fenomeno anticoncorrenziale da un punto di vista economico, la *disciplina* della tutela della concorrenza risulta funzionale a eliminare, o quantomeno a ridurre, gli ostacoli al mercato, ove essi pongano un freno al libero evolversi dei rapporti di produzione e scambio di beni e servizi. Il mercato, se considerato da questa angolazione, non è inteso solamente come luogo naturale di produzione, ma anche come spazio in cui agiscono, assieme alle imprese, i destinatari dei beni e dei servizi prodotti. Oltre agli aspetti economici, vanno considerati dunque anche quelli di *indirizzo politico*. Se è vero che in un regime di concorrenza il mercato deve essere libero, tuttavia è compito delle autorità intervenire per rendere concorrenziali le dinamiche che dal mercato stesso si ingenerano. Di conseguenza, secondo la più moderna configurazione giuridica del mercato¹, ogni disciplina sulla tutela della concorrenza porta con sé misure di regolazione, finalizzate a rimuovere le diverse asimmetrie che possono verificarsi in concreto².

Le riflessioni svolte in questo lavoro si focalizzeranno principalmente sulla *politica* della concorrenza intesa nel suo complesso e sulle ricadute che un suo ripensamento – reso necessario dalla crisi che ha investito gli Stati membri e il sistema globale a seguito dei crolli finanziari dell'ultimo decennio e, più di recente, dalla pandemia sanitaria di COVID-19 e dalla crisi energetica innescata dalla guerra della Russia in Ucraina – potrebbe avere per la *disciplina* della tutela della concorrenza, in particolare sul diritto *antitrust*, sul regime degli aiuti di stato e sul loro coordinamento con le altre politiche pubbliche.

Oggi come in passato, in momenti di crisi economica si acuisce il dilemma tra “*politica* della concorrenza”, inevitabilmente più flessibile e discrezionale, e mera “*disciplinadiritto* della concorrenza”³. Al contempo, si accrescono le

¹ N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998. Di recente, A. Cucinotta, *La mano invisibile e l'antitrust tra scienza e mito*, in *Merc. conc. regole*, 2019, 1, 11 ss.; Id., *Coase, Hayek e la concezione classica della concorrenza*, in *ivi*, 2017, 1, 37 ss.

² Su questo profilo, *ex multis*, P. Lazzara, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. Amm.*, 2018, 337 ss.; A. Jannarelli, *Mercato e concorrenza tra cultura giuridica e cultura economica*, in *Enc. Treccani*, 2012; U. Troiani, *La regolamentazione della concorrenza tra regole per le imprese e gli interessi dei consumatori*, 2005; A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000.

³ A questo proposito è essenziale richiamare la differenza che intercorre tra “*politica*” e “*disciplinadiritto*” della concorrenza: con la seconda, generalmente, si fa riferimento ad un'impostazione orientata al raggiun-

incertezze sulla loro rispettiva tenuta di fronte a situazioni emergenziali determinate dall'instabilità dei mercati finanziari, dallo *shock* della domanda e dell'offerta e dalla crisi delle imprese dell'economia reale. L'ago della bilancia pare oscillare, più di preciso, tra misure preventive *ex ante* – di indirizzo e conformazione del mercato – basate su un sistema di regole intese a prevenire fenomeni anticoncorrenziali, in cui l'autorità chiamata a dare applicazione alla disciplina *antitrust* riveste un ruolo para-legislativo/regolatorio (più indicato in situazioni di crisi, secondo la dottrina prevalente)⁴; e forme di intervento *ex post* – di forte contrasto dell'attività collusiva e severamente sanzionatorie delle condotte vietate – in cui la medesima autorità adotta un approccio coercitivo tipico del tradizionale *law enforcement*, assumendo un ruolo tecnico/para-giurisdizionale.

Queste considerazioni sulla distinzione tra *politica* e *diritto* della concorrenza sembrano offrire un angolo prospettico peculiare, se applicate alla genesi e alla successiva evoluzione del diritto europeo. Il punto verrà ripreso di qui a poco, ma è opportuno anticiparne fin d'ora i tratti salienti. Come si vedrà, il sistema recepito nell'ordinamento comunitario trova origine in un compromesso tra una concezione della concorrenza intesa come “norma” e una concezione della stessa intesa come “politica”, che si riflette sulla funzione attribuita alla Commissione, in una commistione tra competenze giurisdizionali e amministrative (tecni-

giminto del massimo benessere sociale, coincidente con la somma del benessere di produttori e consumatori. In questa prospettiva, soltanto il conseguimento di una maggiore efficienza in chiave economica può giustificare la decisione dell'autorità *antitrust* di intervenire con un'azione di contrasto di comportamenti anti-competitivi. Diversamente, per “politica della concorrenza” si intende una impostazione dell'autorità *antitrust* più flessibile, che tenga conto dell'insieme delle politiche pubbliche volte a favorire il processo competitivo evocando, dunque, un'azione più propensa a considerare anche il ruolo svolto da variabili esterne, quali specifiche condizioni sociali, settoriali o contingenze economiche, e più improntata a riconoscere adeguato peso al bisogno di coordinamento anche con altre politiche pubbliche, tra cui la politica industriale. Questa seconda impostazione si avvicinerrebbe di più alla filosofia regolatoria, lasciando ampi margini alla discrezionalità dell'autorità in sede di intervento. Per un approfondimento, M. Motta, *Competition policy*, Cambridge, 2004; G. Colangelo, G. Martini, *Le politiche per la concorrenza e per l'industria tra l'Italia e l'Europa*, in *Le Politiche Industriali alla Prova del Futuro, Analisi per una Strategia Nazionale*, a cura di P. Bianchi, C. Pozzi, Bologna, 2010, 94-95, 109 ss.; A. Pezzoli, “*With a little help from my friends*”: quale politica della concorrenza per l'economia digitale? in *Econ. Ital.*, 2019, 1, 13 ss.

⁴ Gli studiosi sembrano sciogliere questo dilemma indicando quest'ultima come la soluzione di più immediato beneficio per le imprese (A. Pezzoli, *op. cit.*, 32-33), pur dando conto del possibile *trade-off* di tale approccio innovativo. E, infatti, se da un lato la politica della concorrenza, involgendo altre politiche pubbliche più flessibili, «permetterebbe più facilmente una considerazione di istanze sociali», d'altro canto, parrebbe comportare «altrettanto più facilmente effetti distorsivi non giustificabili dal punto di vista dell'efficienza nel funzionamento dei mercati, anche per la forte riduzione dell'effetto di deterrenza svolto dall'autorità e per la maggiore discrezionalità cui viene sottoposto l'intervento *antitrust*, che lo rende più soggetto a pressioni lobbistiche o politiche» (G. Colangelo, G. Martini, *op. cit.*, 108 ss.).

co-politiche)⁵. Quest'ultima impostazione, non senza critiche⁶, sembra aver maggiormente influenzato il sistema di *enforcement* nelle fasi iniziali, sia sotto il profilo genetico-strutturale, per la centralizzazione del procedimento e la riunione delle funzioni inquirenti e giudicanti in seno ad un'unica istituzione; sia sotto il profilo dinamico-operativo, con una spiccata tendenza della Commissione a svolgere una funzione regolatrice, dettando *ex ante* le condizioni in base alle quali gli accordi possono essere esentati (e, per converso, presumendo illegale ogni altro tipo di relazione contrattuale non coperta da tali previsioni)⁷.

In tempi di crisi, la questione dell'oscillazione tra funzioni inquirenti e giudicanti si ripropone con forza e si arricchisce di elementi ulteriori. Per un verso, la propensione per l'una, piuttosto che per l'altra impostazione, risente intrinsecamente dell'obiettivo che la Commissione si prefigge e dell'approccio mantenuto per fronteggiare tali situazioni⁸. Ove tale scopo coincidesse con la necessità di garantire comunque la tutela della concorrenza, indipendentemente dal ciclo economico in corso, verrebbe data applicazione ai principi tradizionali del "diritto" *antitrust* in modo obiettivo, sanzionando rigidamente le condotte anticoncorrenziali. Viceversa, se l'autorità mirasse a proteggere la concorrenza, adeguandola alla situazione contingente dell'economia, sarebbe privilegiata una visione di "politica" della concorrenza, più flessibile e discrezionale. D'altra parte, a queste considerazioni vanno ad aggiungersi quelle sollecitazioni, di recente caldegiate in dottrina, sulla possibile trasformazione della Commissione in un organo più politico che tecnico⁹, che potrebbe preludere ad una possibile evoluzione della sua funzione in termini di «indirizzo, se non di vero e proprio governo dell'economia dei Paesi membri»¹⁰.

Accanto a questo primo interrogativo, circa una possibile rivisitazione del ruolo dell'autorità *antitrust*, si profila poi un altro tema cruciale, attinente più in

⁵ Nel primo modello, la tutela della concorrenza coincide con la verifica della rispondenza di una condotta concreta a norme predefinite: all'autorità *antitrust*, di conseguenza, sono attribuiti poteri di natura para-giurisdizionale. Nel secondo modello, invece, la tutela della concorrenza è ricondotta entro una funzione amministrativa che si fonda su valutazioni di carattere politico, più che giuridico.

⁶ L'asserita inadeguatezza di questo modello è stata alla base delle istanze di un suo superamento, invocato a più voci già dalla fine degli anni Novanta, affinché il diritto europeo della concorrenza fosse traghettato verso un sistema di tutela para-giurisdizionale, basato su una valutazione *case by case*, che avviasse tanto alla rigidità della Commissione, quanto alla sua inclinazione ad agire alla stregua di un'autorità amministrativa, assumendo funzioni tipicamente regolatorie. Così, A. Pera, M. Todino, *Il sistema di tutela della concorrenza nell'ordinamento comunitario. Un'ipotesi di riforma*, in *Dir. comm. internaz.*, 1997, 2, 413 ss.; G. Colangelo, G. Martini, *op. cit.*, 108 ss.

⁷ D. Gerber, *The transformation of European community competition law*, in *Harvard international law journal*, 1994, vol. 35, n. 1, 104 ss.

⁸ In questa prospettiva, G. Colangelo, G. Martini, *op. cit.*, 95 ss.

⁹ Così anche G. Colangelo, G. Martini, *op. cit.*, 93 ss.

¹⁰ C. Buzzacchi, *Aiuti di stato tra misure anti-crisi ed esigenze di modernizzazione: la politica europea cambia passo?* in *Concorrenza e mercato*, 2013, 1, 80 ss.

generale al rapporto Stato-mercato e alla progressiva rilegittimazione – anche nel lungo periodo – dell'intervento pubblico nell'economia, invocato generalmente in tempi di crisi per fronteggiare con tempestività situazioni contingenti¹¹.

Nel corso dell'ultimo secolo, il binomio Stato-mercato si è assestato su equilibri diversi in funzione del luogo e del periodo storico in cui si sono avvicendati i tentativi di ricomposizione della contraddizione (più apparente, che reale) tra spontanee dinamiche di mercato e intervento regolatore *ab externo*¹².

Si tratta oggi di verificare se, e in che modo, la perdurante crisi economica abbia impattato sull'equilibrio finora raggiunto. Tale verifica deve essere condotta tenendo sullo sfondo alcune variabili, essenziali per inquadrare correttamente il tema. Anzitutto, gli obiettivi di volta in volta perseguiti con le politiche di concorrenza: come questi paiano rimodularsi in tempo di crisi e con quali ripercussioni per lo sviluppo futuro. Questo tipo di analisi presuppone una necessaria ricognizione delle tappe evolutive del diritto europeo della concorrenza e, in particolare, del passaggio da una visione meramente strumentale della concorrenza – quale *mezzo* per realizzare l'integrazione dei mercati e in cui la protezione della competizione è volta a promuovere il benessere economico, assicurare la corretta operatività del mercato e, in definitiva, la sua stabilità –, ad una progressiva promozione della stessa come *bene in sé*, in cui il mezzo si identifica con il fine, sussumibile nel concetto di c.d. "*fair competition*".

È proprio a partire da questo approdo che, negli ultimi tempi, complice la situazione economica e sanitaria, esacerbata dalla crisi energetica e dalle disparità dalla stessa ingenerate, il dibattito si sta spostando su un piano differente, spingendo gli studiosi di diritto e di economia a chiedersi se anche in circostanze di crisi le regole di concorrenza vigenti siano in grado di tutelare non solo la parità delle armi tra le imprese, la libertà del mercato, i consumatori – secondo il modo più tradizionale di considerare queste regole –, ma di proteggere «anche diritti fondamentali non-economici, contribuendo a una maggiore giustizia sociale», secondo i canoni del c.d. "*antitrust for values*"¹³.

I numerosi e rilevanti cambiamenti di natura sostanziale e procedurale che, già prima del 2008-2010, hanno interessato in modo frammentario la politica della concorrenza, sia sul piano normativo, sia nella sua implementazione, inducono a interrogarsi sulla necessità di una riforma sistematica della normativa

¹¹ Di recente, A. Pezzoli, *La concorrenza ai tempi del virus e la rilegittimazione dell'intervento pubblico*, in *Menabò di Etica ed Economia*, 2020, 126, 1-4; F. Genny, *Economic resilience, globalisation and market governance, Facing the COVID-19 test*, *CEPR Covid Economics Review*, 2020. In proposito, anche J. Fingleton, *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, in *Merc. conc. regole*, 2009, 9; A. Jannarelli, *Mercato*, cit.

¹² In proposito, si vedano le considerazioni svolte al paragrafo successivo.

¹³ M. D'Alberty, *Concorrenza e giustizia sociale*, in *Merc. conc. regole*, 2020, 2, 235 ss.; E. Fox, *Antitrust and Democracy: How Markets Protect Democracy, Democracy Protects Markets, and Illiberal Politics Threatens to Hijack Both*, in *Legal Issues Econ. Integration*, 2019, 317, 318 ss.

antitrust e degli aiuti di stato, oltre che del loro *enforcement* a livello centrale e decentrato¹⁴. E, dunque, sull'opportunità di stabilizzare i processi più virtuosi che la crisi, nell'immediato dell'esigenza di un tempestivo intervento, sembra auspicare, riproponendo e sviluppando taluni strumenti già sperimentati in passato e promuovendo un ripensamento della politica della concorrenza¹⁵ e del suo indispensabile coordinamento con le altre politiche pubbliche. La crisi finanziaria più recente sembra assurgere, in questo frangente, a cassa di risonanza di un'istanza di modernizzazione preconizzata già in passato, costituendo al contempo il primo banco di prova della sua efficacia e utilità.

Questi elementi così sommariamente descritti costituiscono le coordinate essenziali che orienteranno lo studio degli strumenti utilizzati per fronteggiare le crisi e dei più rilevanti cambiamenti nella strutturazione oggettiva e soggettiva dei mercati europei all'interno del mercato globale, che sembrano additare questa riforma come una misura ormai improcrastinabile. A tal fine verranno osservati più da vicino quei profili che consentono di saggiare la portata e le ricadute di questa rinnovata istanza di trasformazione in termini di "modernizzazione" delle regole di condotta, con cui sanzionare le imprese e gli Stati membri a tutela del leale confronto competitivo e con cui, al contempo, conformare e plasmare l'assetto del mercato¹⁶. Più in generale, si tenterà di enucleare quegli aspetti che – quali derivati della crisi – inducono il sistema ad un ripensamento di lungo periodo dei propri obiettivi e del concetto stesso di concorrenza e, per effetto, del ruolo dell'intervento pubblico nell'economia, tra innovazione¹⁷ e giustizia sociale¹⁸.

2. *Origini e sviluppo della relazione tra mercato e regole di concorrenza: il progressivo ampliamento degli obiettivi della politica di concorrenza e i suoi riflessi sul binomio Stato-mercato*

Ripercorrendo nei suoi tratti essenziali la storia del diritto *antitrust*, la politica europea della concorrenza differisce in parte dalle esperienze di altri sistemi,

¹⁴ In questi termini, anche G. Colangelo, G. Martini, *Le politiche*, cit., 93-94.

¹⁵ Cfr. F. Costa-Cabral, L. Hancher, G. Monti, A. Ruiz Feases, *EU Competition Law and COVID-19*, in *Tilec discussion paper*, Tilburg University, 22 marzo 2020; OECD, *Merger control in the time of Covid-19*, 25 maggio 2020.

¹⁶ Sulla diversa accezione di concorrenza in termini giuridici, tra regole che riguardano i rapporti tra soggetti e l'assetto dei mercati, F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 15.

¹⁷ M. Mazzucato, *Lo Stato innovatore*, Roma-Bari, 2013; ID., *Non sprechiamo questa crisi*, Roma-Bari, 2020.

¹⁸ M. D'Alberti, *Concorrenza*, cit., 235 ss.

prima tra tutte quella statunitense¹⁹. Le distanze tra i due ordinamenti riguardano, come è noto, tanto la loro genesi quanto la rispettiva evoluzione, e trovano spiegazione in ragione del diverso contesto²⁰ e del differente sviluppo dell'idea di Stato e di mercato che contraddistingue le due realtà²¹.

Quanto alla nascita del diritto *antitrust*, negli Stati Uniti le misure anticoncorrenziali sono state adottate prevalentemente come reazione al *deficit* di autoregolamentazione degli operatori economici all'interno del mercato²², al fine di arginare il potere delle *large corporation*²³. In Europa, invece, il diritto della concorrenza presenta una caratterizzazione più marcatamente politica, fortemente influenzata dal pensiero ordoliberal della scuola di Friburgo²⁴ e tradizionalmente funzionale²⁵ alla creazione di un mercato comune.

Pur caratterizzandosi per alcuni tratti di originalità²⁶, il diritto europeo della concorrenza mostra al contempo profili di convergenza con il diritto statunitense²⁷, che risultano ancor più accentuati se si comparano i due sistemi in una pro-

¹⁹ H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and Its Practice*, West Group, 1999, 47 ss.; E.M. Fox, *Antitrust and Power: The State, the Market, and the Virus*, in www.competitionpolicyinternational.com/antitrust-and-power-the-state-the-market-and-the-virus/.

²⁰ Per un approfondimento, D. Gerber, *The transformation*, cit. 97; J. Faull, *The enforcement of competition policy in the European Community: a mature system*, in *Fordham International law journal*, 1992, 15, 219.

²¹ Se nell'UE lo Stato rappresenta ancora oggi, in misura più o meno marcata, il cardine dell'intera attività della maggior parte degli ordinamenti, negli USA, viceversa, da sempre gli è riconosciuto un potere limitato, a favore della libertà di iniziativa economica (M. D'Alberti, *Concorrenza*, cit., 235 ss.).

²² Le origini della moderna politica di tutela della concorrenza risalgono alla fine del XIX secolo, con l'emanazione dello *Sherman Act* nel 1890 e del *Clayton Act* nel 1914, una sorta di compromesso politico tra imprese e consumatori, poi ripreso dai legislatori di tutti i continenti e, in particolare, dall'UE.

²³ La crescita di alcuni grandi gruppi industriali era ritenuta foriera di accrescere un rischio di concentrazione del potere economico in mano a poche aggregazioni, a danno di una più estesa partecipazione (R. Hofstadter, *The Age of Reform*, New York, 1955, 215), e, dunque, di ridurre la libera concorrenza (M.A. Jones, *The Limits of Liberty. American History 1607-1992*, Oxford, 1995).

²⁴ Sull'influenza di tale corrente di pensiero, A. Peacock, H. Willgerodt (eds.), *Germany's social market economy: Origins and Evolution*, London, 1989 e spec. gli scritti di W. Eucken, *What kind of economic and social system*, 27; F. Bohm, *Rule of law in a market economy*, 46. In proposito, anche E. Mestmacker, *Competition policy and antitrust: some comparative observations*, in *Monopoly and competition policy*, Aldershot, 1993, vol. I, 357.

²⁵ Questo rapporto di strumentalità emerge chiaramente ove si consideri lo scopo delle norme *antitrust* e l'accentramento dell'attività di *enforcement* in capo alla Commissione che, cumulando su di sé funzioni investigative e decisorie, mirava a mantenere il mercato competitivo e impedire che il progetto di integrazione delle economie nazionali, realizzato con l'abolizione delle barriere fisiche e tecniche, potesse essere vanificato dalla creazione di barriere private al commercio, innalzate artificialmente mediante intese, concentrazioni o accordi restrittivi, ad opera delle imprese o degli Stati.

²⁶ Sull'originalità del diritto *antitrust* UE, G. Amato, *Antitrust and the Bounds of Power. The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Oxford, 1997, 99 ss.; A. Pera, M. Todino, *Il sistema*, cit., 413 ss.; più di recente, G. Colangelo, *La politica europea della concorrenza alla luce del progetto della nuova Costituzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 1127.

²⁷ Sulla convergenza in tema di concentrazioni, P. Iannucelli, *I recenti segnali di convergenza tra Ue e Usa in tema di controllo delle concentrazioni*, in *Conc. e merc.*, 2003, 187 ss.; in generale, F. Ghezzi, *Verso un diritto antitrust comune? Il processo di convergenza delle discipline statunitense e comunitaria in materia di intese*, in *Riv. soc.*, 2002, 499 ss. Più di recente, anche G. Passarelli, *La costruzione del mercato unico nelle esperienze statunitensi ed europea tra dinamismo ed originalità*, in *Giur. Cost.*, 2011, 6, 4777 ss.

spettiva evolutiva che tenga sullo sfondo la *ratio* che ne ha giustificato l'introduzione²⁸. A partire dagli anni '30 del Novecento e, più tardi, sotto l'influenza del pensiero della Scuola di Chicago²⁹, la concorrenza in Usa è stata gradualmente ricompresa tra quelle *inclusive policies*, essenziali non solo per la crescita economica, ma anche per la prosperità della popolazione e, dunque, il benessere sociale³⁰. In Europa, in parallelo, man mano che l'obiettivo dell'integrazione si andava perfezionando, altri valori hanno guidato l'attività della Commissione³¹, orientandola gradualmente verso l'accoglimento di una peculiare nozione di concorrenza che, più che libera, era ispirata ai valori di solidarietà ed eguaglianza, in una dimensione di c.d. "*fair competition*"³².

Il peculiare contesto in cui è nato e si è sviluppato il progetto comunitario ha condizionato anche il modo in cui la disciplina *antitrust* è stata interpretata e applicata dalla Commissione³³: da un lato, l'obiettivo dell'integrazione dei mercati nazionali ha indotto quest'ultima ad accogliere un orientamento legalistico (c.d. *legal approach*) particolarmente restrittivo e formalista (soprattutto in sede di valutazione degli accordi verticali). La scarsa considerazione per l'analisi economica si è tradotta, in concreto, nella condanna di un gran numero di accordi, nella convinzione che fossero diretti a compartimentare i mercati nazionali³⁴. D'altro canto, la tendenza ad accentrare la gestione dell'attività di *enforcement*³⁵ ha indotto la Commissione a elaborare una prassi decisionale fondata sulla presunzione di una restrizione alla concorrenza, piuttosto che sul suo effettivo accertamento in relazione all'evidenza economica e giuridica³⁶.

²⁸ Con la firma del Trattato di Roma si assiste a un radicale cambio di passo nell'assetto delle economie degli Stati membri, in risposta alla cultura industriale radicatasi in Europa quale residuo tipico dei regimi totalitari e consolidatasi anche grazie alle politiche protezionistiche adottate nel secondo dopoguerra per favorire le imprese nazionali.

²⁹ D. Acemoglu, J. Robinson, *Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, London, 2012; J. Stiglitz, *The Price of Inequality*, London, 2012.

³⁰ Così, M. D'Alberti, *Concorrenza e giustizia sociale*, cit., 235 ss.; L. Ristori, *Il sistema dei limiti alla libertà di iniziativa economica: anatomia del diritto della concorrenza*, in *Conc. e merc.*, 2007, 1, 227 ss.

³¹ La Commissione ha dato voce così a istanze generalmente estranee al concetto tradizionale di concorrenza, riconoscendo come preminente la necessità di assicurare protezione ai contraenti deboli, al punto da riservare un trattamento più benevolo – pur se non sempre giustificato – agli aiuti di stato destinati alle piccole e medie imprese, contribuendo così ad alimentare un'aprioristica sfiducia verso le grandi imprese.

³² Sulla *fair competition*, L. Gyselen, *Abuse of monopoly power*, Fordham Corporate Law Institute, 1989, 615.

³³ Per una ricostruzione di questa evoluzione, A. Pera, M. Todino, *Il sistema*, cit., 413 ss.

³⁴ Senza considerare che efficienza economica e interessi dei consumatori potrebbero non essere necessariamente pregiudicati ove perdurasse un sufficiente grado di concorrenza *interbrand*. V. Korah, *EC competition law and practice*, London, 1994, 267; F. Carlin, *Vertical restraints: time for change?* in *ECLR*, 1996, 5, 283.

³⁵ Almeno fino al 2004, beneficiando in via esclusiva del potere di conferire esenzioni in deroga al divieto di accordi restrittivi della concorrenza, di fatto quest'ultima ha centralizzato il potere di controllo, lasciando alle giurisdizioni e alle autorità nazionali di concorrenza margini di manovra molto esigui.

³⁶ Questa tendenza ha avvicinato il ruolo della Commissione a quello di un'autorità regolatrice, piuttosto che di un giudice (A. Pera, M. Todino, *Il sistema*, cit., 413 ss.).

Nel corso degli ultimi decenni del Ventesimo secolo, il diritto e la politica europea della concorrenza si sono profondamente rinnovati, dando prova di grande dinamismo sotto molteplici profili³⁷. Tralasciando le primissime fasi – altalenanti tra un modello di c.d. *embedded liberalism*, che ha caratterizzato i primi anni Cinquanta, e di c.d. *disembedded liberalism*, quale viatico alla crisi del primo³⁸ –, a partire dagli anni Ottanta si è assistito a un vasto processo di armonizzazione delle discipline *antitrust* nazionali che ha contribuito a ergere il diritto della concorrenza a pilastro fondamentale nel quadro istituzionale dell’UE. Questa fase di “modernizzazione” della disciplina europea, culminata con l’emanazione del Regolamento di applicazione degli artt. 81 e 82 TCE (Regolamento (CE) n. 1/2003 del 16 dicembre 2002) e con il nuovo Regolamento sulle Concentrazioni (Regolamento (CE) n. 139 del 20 gennaio 2004), è stata definita in dottrina come “l’età dell’oro del diritto della concorrenza”³⁹.

In un contesto più maturo, dunque, in cui l’integrazione tra le economie nazionali risulta essenzialmente acquisita e in cui quasi tutti gli Stati membri si sono dotati di legislazioni *antitrust*, la centralizzazione in capo alla Commissione della competenza in materia di applicazione delle regole di concorrenza è stata soppiantata da un suo consistente decentramento in capo alle autorità nazionali. In questa fase, la crescita economica ha agevolato riforme pro-concorrenziali, favorendo processi di liberalizzazione, privatizzazione e deregolazione dei mercati. La presenza dello Stato nell’economia è stata fortemente ridimensionata, così come sono state ripensate le forme dell’intervento pubblico. Con l’implementazione del divieto di aiuti di stato e l’aumento notevole del rilievo attribuito alle concentrazioni, la politica della concorrenza ha acquisito un ruolo centrale nel sistema europeo, superando quel rapporto di mera strumentalità che ne aveva caratterizzato le origini⁴⁰. Si è assistito ad una progressiva diffusione della cultura della concorrenza, ad un consenso crescente intorno al diritto *antitrust*, non solo quale strumento di tutela dei consumatori, ma soprattutto quale stimolo per l’innovazione, la produttività e lo sviluppo dei mercati. La tendenza riscontrata ha pervaso tutto quanto il cammino del diritto europeo, a partire dalla centralità delle libertà economiche sancite nei Trattati istitutivi, fino al progressivo rico-

³⁷ Per un approfondimento, J.H.H. Weiler, *La trasformazione dell’Europa*, in *La Costituzione dell’Europa*, 2003.

³⁸ Su queste fasi, sia consentito rinviare a A. Negrelli, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, Milano, 2016, 123 ss.

³⁹ G. Olivieri, A. Pezzoli, *L’antitrust e le sirene della crisi*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2009, 1, 117 ss.

⁴⁰ G. Colangelo, *La politica*, cit., 1127.

noscimento dei diritti non-economici, contribuendo a spostare il baricentro del diritto europeo ben oltre la dimensione dell'economia⁴¹.

Quanto all'*enforcement* delle regole europee di concorrenza di sua competenza, la Commissione ha focalizzato l'attività di controllo sulla preservazione della struttura e dell'assetto concorrenziale del mercato. Abbandonando posizioni aprioristiche che prescindono dall'analisi economica, ha promosso alcuni rilevanti cambiamenti, tanto in termini di priorità di *policy* (concentrandosi più sugli accordi orizzontali tra concorrenti che sulle intese verticali, generalmente meno lesive della concorrenza), quanto in relazione ai criteri sostanziali di valutazione delle restrizioni anti-competitive e degli aiuti⁴². A questo proposito, sia la Commissione, sia la Corte di giustizia hanno adottato un approccio più pragmatico⁴³, fondato su un esame più accurato delle fattispecie. Questo metodo, diretto a valutare non tanto la forma delle misure anticoncorrenziali, quanto il loro impatto sulla struttura del mercato e i conseguenti costi/benefici a livello sociale (c.d. *more economic approach*), ha assicurato procedure fondate su una maggiore prevedibilità e trasparenza, oltre che una più efficace distribuzione delle funzioni (e, per effetto, una più efficiente ripartizione di responsabilità) tra Commissione e Stati membri.

Tuttavia, anche in questa fase "dorata", non sono mancate resistenze all'introduzione e alla diffusione della concorrenza. Le difficoltà che hanno incontrato i processi di liberalizzazione nei singoli ordinamenti, l'eterogeneità dei sistemi dei nuovi Stati che hanno fatto ingresso nell'UE, la globalizzazione dei mercati hanno portato alla ribalta tensioni contrapposte⁴⁴. Se, da un lato, istanze di maggiore apertura alla concorrenza e di mutua cooperazione tra le diverse autorità *antitrust*, per garantire un *level playing field* adeguato a un mercato globale, evidenziano l'esigenza di una dimensione internazionale della politica *antitrust*; dall'altro, la questione se applicare "due pesi e due misure" nei confronti di sistemi economici eterogenei, apportando modifiche o legittimando deroghe al diritto della concorrenza per tutelare i mercati a livello locale, ha rinverdito il dibattito sul ruolo delle autorità *antitrust*, e come quest'ultimo si rifletta sulla relazione Stato-mercato⁴⁵.

Per lungo tempo, prima della crisi economica, si è assistito a un graduale rafforzamento del ruolo del libero mercato, quale spontaneo meccanismo ordinatore dei comportamenti degli operatori economici e, per converso, a un significa-

⁴¹ Su questi profili, si rinvia a A. Negrelli, *Liberalizzazione e tutela dei diritti sociali: l'incidenza del diritto europeo sull'expertise delle amministrazioni nazionali*, in *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, a cura di P. Bonetti, A. Cardone, A. Cassatella, F. Cortese, A. Deffenu, A. Guazzarotti, 2014, 309 ss.

⁴² C. Osti, *La riforma degli aiuti di stato e il nuovo approccio economico della Commissione*, in *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di stato*, a cura di C. Schepisi, Torino, 2011, 57 ss.

⁴³ Cfr., *ex multis*, Corte di giustizia UE, *GlaxoSmithKline*, 6 ottobre 2009, C-110/06.

⁴⁴ G. Colangelo, G. Martini, *Le politiche*, cit., 199, 227 ss.

⁴⁵ M. Lo Bue, *Stato e mercato: un nuovo assetto dopo la crisi?* in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2010, 3, 979 ss.

tivo ridimensionamento dell'intervento pubblico. Ai processi di privatizzazione e di liberalizzazione di settori in precedenza sottratti al regime della concorrenza è corrisposta una diversa relazione tra potere pubblico e autonomia privata, che si è tradotta nell'affrancamento di una serie di attività dal controllo pubblicistico, riportando i relativi rapporti entro la sfera privatistica⁴⁶. D'altra parte, nei settori ancora sottoposti alla regolazione economica, si è registrata una progressiva riduzione del grado di discrezionalità di cui dispone l'autorità di regolazione. In questo rinnovato contesto si innesta la tendenza a trasferire la competenza delle attività di controllo e regolazione dei mercati e di tutela della concorrenza alle autorità indipendenti nazionali, che esercitano le loro funzioni in piena autonomia dai governi centrali, nell'ambito di sistemi di *enforcement* para-giurisdizionali.

La sfida che la crisi attuale inevitabilmente pone al diritto della concorrenza si iscrive dunque in un contesto in via di profondo mutamento, in cui si stanno ridisegnando i confini tra Stato e mercato e le modalità di intervento del primo sul secondo. Con la perdurante crisi sanitaria ed energetica, le ampliate finalità della moderna politica europea della concorrenza, così vicine a quelle statunitensi e al diritto comunitario delle origini, sembrano tornare ad assumere oggi un peso rilevante. In sede di applicazione delle regole di concorrenza, la tutela del pluralismo, della democrazia, della giustizia sociale e dei diritti fondamentali non economici hanno incentivato un cambio di mentalità nell'operato della Commissione, specialmente in tre ambiti della casistica *antitrust*: il settore farmaceutico/sanitario; i mercati digitali e quelli caratterizzati dall'uso di *big data*; i servizi pubblici imprenditoriali⁴⁷.

La sfida della crisi porta dunque alla ribalta alcune questioni di centrale importanza: la politica della concorrenza, così come delineata finora, può mantenere invariato il suo armamentario, adattandolo temporaneamente alla contingenza economica, oppure deve rimodulare a lungo termine i suoi capisaldi per uscirne vincente e trainare il futuro dell'UE? E ancora: la concorrenza deve essere allentata in tempi di crisi o, viceversa, la sua applicazione rigorosa deve rimanere inalterata? Che ruolo rivestono, in questo contesto, le autorità *antitrust* a livello accentrato e decentrato?

⁴⁶ In proposito A. Pera, *Autorità di garanzia, Autorità di regolazione e modelli di responsabilità dell'azione pubblica*. Così anche G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, (12)1.

⁴⁷ M. D'Alberti, *Concorrenza*, cit., 241 e 249; E.M. Fox, *Imagine: Pro-Poor(er) Competition Law*, in *Oecd, Global Forum on Competition, Competition and Poverty Reduction*, Paris, 2013.

3. *Antitrust enforcement e crisi economica: è un lusso che gli Stati non possono permettersi o il volano per la ripresa dei mercati?*

Le gravi recessioni economiche che nell'ultimo decennio hanno scosso i sistemi finanziari, riverberandosi sull'economia reale a livello mondiale, portano a interrogarsi sul ruolo delle politiche di concorrenza nel fronteggiare le crisi e, in particolare, su come la loro applicazione risenta delle oscillazioni nell'equilibrio Stato-mercato indotte dai mutamenti del contesto socio-politico UE⁴⁸.

Secondo un'opinione diffusa, «*antitrust seems to be a luxury that the country cannot afford in any crisis*»⁴⁹. Se, in tempi normali, la politica della concorrenza raccoglie generalmente un elevato grado di consenso, per gli effetti positivi che possono derivarne nel lungo periodo, in termini di crescita di produttività e di creazione di benessere; al contrario, al verificarsi di situazioni emergenziali, la sua applicazione subirebbe un arretramento spontaneo, ritenuto per lo più giustificato⁵⁰, lasciando spazio a pratiche restrittive e derivate protezionistiche, avverse a un rigido *enforcement* delle regole di concorrenza. La sospensione temporanea della normativa *antitrust* e la definizione di eccezioni/esenzioni, per taluni settori economici o specifiche operazioni⁵¹, sono spesso adottate a scapito del mantenimento di un assetto concorrenziale, ritenuto esso stesso "parte del problema". Periodi di crisi economica, di stagnazione finanziaria, con rischi di stagflazione, sono "potenzialmente ostili" alla tutela e promozione della concorrenza. Mettono in discussione la capacità dei mercati di generare effetti virtuosi nel breve periodo, inducendo una crescente domanda di intervento pubblico e, in particolare, di politiche industriali aggressive, a tutela dei c.d. campioni nazionali, oltre che di politiche fiscali e di regolazione i cui benefici sono immediatamente tangibili per le imprese e per i consumatori⁵².

Tale impostazione si scontra con il pensiero di chi, viceversa, considera la disciplina *antitrust* come "parte della soluzione"⁵³, in grado di favorire la pro-

⁴⁸ Su questi profili, di recente, G. Olivieri, A. Pezzoli, *L'antitrust*, cit., 117 ss.; F. Ghezzi, L. Zoboli, *L'antitrust ai tempi del Coronavirus: riflessioni sulle esperienze internazionali e sulle iniziative italiane*, in *Riv. delle società*, 6 giugno 2020, 2, 625 ss.; Accademia dei Lincei, *La crisi Covid e la possibile svolta per l'UE*, spec. allegato 3, in www.lincoln.it/en/node/8406, 9.05.2020.

⁴⁹ D. Crane, *Antitrust Enforcement During National Crises: An Unhappy History*, in *GCP*, 2008.

⁵⁰ A questo proposito, D. Sokol, *The Financial Crisis and its Effects on Antitrust*, in *Antitrust & Competition Policy Blog*, Sept. 18, 2008. Sul punto, anche M. Libertini, *Il diritto della concorrenza in tempi di crisi economica*, in *Il diritto della concorrenza in tempi di crisi economica (rivistaodc.eu)*, 2013, 1 ss.; J. Fingleton, *La politica*, cit., 8 ss.

⁵¹ C. Rabitti Bedogni, *L'impatto della crisi economica sull'applicazione della normativa in materia di concorrenza e di aiuti di stato*, intervento al Convegno in occasione di 20 anni di *Antitrust*, Firenze, 20 settembre 2010.

⁵² F. Ghezzi, L. Zoboli, *L'antitrust*, cit., 627; G. Colangelo, G. Martini, *Le politiche*, cit., 122 ss.

⁵³ N. Kroes, *In Defence of Competition Policy*, European Commission, Speech/08/521, 2008.

duttività e la ripresa dei mercati, e invoca pertanto il mantenimento di controlli rigorosi⁵⁴. A riprova di questa capovolta prospettiva vi sarebbero proprio i negativi effetti delle scelte di stampo protezionistico compiute in passato da alcuni Stati per arginare situazioni di crisi. In particolare, giuristi ed economisti concordano nel ritenere che le politiche di contrazione della tutela della concorrenza e di sospensione della normativa *antitrust*, adottate negli USA durante la Grande Depressione⁵⁵ e dal Governo giapponese nel secondo dopoguerra⁵⁶ oltre che durante la recessione degli anni Novanta⁵⁷, furono, in realtà, degli “errori” che, a fronte di una debole ripresa economica, «contribuirono ad aggravare, anziché a risolvere, la crisi economica», causandone il prolungamento⁵⁸.

Rifugge, tuttavia, da questa assolutizzazione quella dottrina⁵⁹ che riconosce la tutela della concorrenza, al pari di qualsiasi altro valore, come un principio che deve essere necessariamente contemperato con altri interessi pubblici qualora sia in conflitto con essi, primi fra tutti la salvaguardia dell'industria nazionale, il mantenimento dei livelli occupazionali, la stabilità del sistema finanziario. In questo bilanciamento, la tutela della concorrenza «deve essere adattata o derogata quando interferisca con misure necessarie ai fini della stabilità complessiva del sistema economico»⁶⁰. Di conseguenza, l'intervento delle autorità *antitrust* in tempo di crisi dovrebbe essere orientato a coniugare un'applicazione rigorosa del diritto della concorrenza con politiche pubbliche che ne attenuino i costi sociali di breve periodo, senza trascurare gli obiettivi strutturali di ripresa economica nel lungo periodo, accompagnando l'uscita delle imprese meno efficienti e consentendo a quelle più efficienti di competere sui mercati internazionali⁶¹.

Sulla base di queste contrapposte impostazioni si è articolato l'avvicinarsi di altalenanti politiche di concorrenza, adottate tanto a livello UE, quanto a livello globale, in tempi di crisi. Esse hanno segnato l'evoluzione del “diritto *antitrust* emergenziale”, in un alternarsi di modelli dirigistici-corporativistici e sistemi

⁵⁴ Così anche G. Olivieri, A. Pezzoli, *L'antitrust*, cit., 130; E. Fox, *Antitrust*, cit., 2; A. Pezzoli, *La politica*, cit.

⁵⁵ H.L. Cole, L.E. Ohanian, *New Deal Policies and the Persistence of the Great Depression: A General Equilibrium Analysis*, in *J. Pol. Econ.*, 2004, vol. 112(4), 779 ss.; R. Peritz, *Competition policy in America*, Oxford University Press, 2000, 125; V. Salandra, *Il diritto delle unioni di imprese*, Padova, 1934, 24.

⁵⁶ M.E. Porter, M. Sakakibara, *Competition in Japan*, in *J. Econ. Persp.* 2004, 31-32; S. King, *Should Competition Policy be relaxed during the current financial crisis?* in *Norwich Economics Papers*, 2010.

⁵⁷ F. Hayashi, E.C. Prescott, *The 1990s in Japan: A Lost Decade*, in *Review of Economic Dynamics*, 2002.

⁵⁸ In questo senso, American Antitrust Institute, *Transition Report on Competition Policy*, Washington, 2008; D.A. Crane, *Antitrust*, cit., 2008; J. Fingleton, *Competition policy in troubled times*, London, 2009; G. Olivieri, A. Pezzoli, *L'antitrust*, cit., 117 ss.; F. Ghezzi, L. Zoboli, *L'antitrust*, cit., 625 ss.; M. Libertini, *Il diritto*, cit., 1 ss.

⁵⁹ Cfr. anche M. Libertini, *Il diritto*, cit., 1 ss.

⁶⁰ Così, M. Katz, A. Banicevic, J. Dinning, *Antitrust in a Financial Crisis. A Canadian Perspective*, in www.antitrustsource.com, Apr. 2009.

⁶¹ Così, J. Fingleton, *La politica*, cit., 8 ss.; si veda anche G. Olivieri, A. Pezzoli, *op. cit.*, 117-118.

di maggiore controllo (riconducibili ad esempio a politiche di contrazione della concorrenza, tendenzialmente favorevoli ai c.d. cartelli di “crisi”, ai cartelli “per l’esportazione”, alle condotte restrittive poste in essere dai campioni nazionali in posizione dominante), associati ad una maggiore transigenza e flessibilità delle autorità in sede di valutazione degli aiuti di stato in deroga, delle concentrazioni o delle intese, da un lato; e politiche di irrigidimento dell’*enforcement* delle regole *antitrust* e di severa repressione di misure anti-competitive, dall’altro.

3.1. *L’approccio tradizionale seguito dall’Unione europea e la sua “modernizzazione”: dalla crisi aziendale alla crisi sistemica*

Prima della crisi finanziaria del 2008, l’UE si era trovata a dover affrontare per lo più crisi settoriali o congiunture negative di limitata entità. Per questa ragione, fino a quel momento, il sistema si era dotato unicamente di misure dirette a gestire situazioni di crisi aziendale o, comunque, circoscritte a determinati settori e ambiti di attività. Viceversa, non era previsto alcunché per fronteggiare crisi economiche generalmente intese, fatta salva – come si vedrà – l’unica deroga espressa, contemplata in materia di aiuti di stato, e alcune ulteriori eccezioni di diritto *antitrust*, pensate per situazioni concernenti solo uno o più operatori economici in difficoltà.

Più in particolare, dal Trattato di Roma al 2004 – esclusa la parentesi della crisi siderurgica degli anni Settanta⁶² –, si è assistito al progressivo consolidarsi di un indirizzo *antitrust* molto restrittivo, seppur non del tutto ostativo, nei confronti dei “cartelli di crisi”⁶³. Analogamente, in materia di concentrazioni, in una serie molto remota di ipotesi, il diritto europeo ha fatto ricorso alla c.d. *failing firm defence*, di matrice statunitense⁶⁴: in base a tale clausola, operazioni siffatte – di regola vietate – erano ammesse solo in presenza di determinate condizioni restrittive⁶⁵.

⁶² Durante la quale la Commissione approntò un cartello di crisi con l’obiettivo di distribuire tra i Paesi membri i costi sociali dell’inevitabile riduzione della capacità produttiva. Su questo profilo, G. Colangelo, cit., 1127 ss.

⁶³ Van Bael & Bellis, *Il Diritto Comunitario della Concorrenza – Con analisi della disciplina del procedimento antitrust in Italia*, Torino, 2009, 280 ss.; Oecd, *Crisis cartels*, DAF/COMP/GF(2011)11, Paris, 2011, 109).

⁶⁴ Richiamata dalla Commissione nel caso *Kali und Salz/MdKTreuband*, 14 dicembre 1993, è stata elaborata per la prima volta dalla U.S. Supreme Court, nel caso *International Shoe v. FTC*, 280 US 291 (1930).

⁶⁵ Coincidenti con l’effettivo e irreversibile stato di crisi aziendale in cui versa l’impresa acquisita; l’assenza di soluzioni più favorevoli e meno restrittive della concorrenza; la sua inevitabile uscita dal mercato – in assenza della concentrazione – che, pertanto, risulta essere l’alternativa più efficiente, rispetto a quella di farla fallire e disperdere i relativi *asset* (par. 89 ss. degli *Orientamenti della Commissione sulla valutazione delle concentrazioni orizzontali* 2004/C 31/03).

Gli interventi di c.d. modernizzazione del diritto *antitrust* del 2003-2004⁶⁶, come anticipato, hanno rappresentato il culmine di un periodo di grande sviluppo che si è mosso in parallelo con la riforma per la c.d. modernizzazione degli aiuti di stato. Anche in quest'ultimo ambito, tra gli anni Settanta e il 2004, si è registrato un *revirement* dell'orientamento tradizionale, alquanto restio ad ammettere misure di salvataggio destinate a specifiche imprese o a settori in difficoltà⁶⁷. Se, nella fase iniziale, il controllo di compatibilità della Commissione molto spesso si è rivelato sporadico e poco rigoroso, con il tempo è divenuto più rigido e meno indulgente nell'avallare le generose politiche di finanziamento avviate dagli Stati membri. Verso la fine degli anni Novanta, peraltro, si è iniziato a intravedere una virata nella prassi applicativa da parte della Commissione, antesignana di quel cambiamento che sarà alla base delle riforme del 2003-2004 e che, sempre più di frequente, porterà a bilanciare il valore della preservazione della competizione con finalità di carattere sociale. In questa fase, l'allentamento del tradizionale approccio rigorista adottato dalla Commissione e, d'altro canto, l'esigenza di una riformulazione delle regole vigenti che sensibilizzasse gli Stati alla necessità di aiuti «meno numerosi, ma più mirati», diretti a favorire «una crescita duratura, competitività, coesione sociale e regionale e tutela ambientale»⁶⁸, hanno trovato fondamento nell'art. 87, par. 3 lett. c) TCE, in ragione del quale potevano essere dichiarati compatibili quei sostegni concessi per «agevolare lo sviluppo di *talune* attività o di *talune* regioni economiche» (con una dicitura che sottolineava la perdurante connotazione individuale della crisi aziendale, escludendone il carattere strutturale/sistemico), sempre «che non alterassero le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse»⁶⁹.

Di questi strumenti disponeva l'UE allorché nel 2008 si è trovata a doversi misurare con la prima crisi, globale e non solamente settoriale, con la quale si fosse mai confrontata fino a quel momento⁷⁰. L'impatto sul diritto della concorrenza, e, in particolare, sulla disciplina degli aiuti di stato che ne costituiscono parte integrante (a differenza del sistema Usa che, forse, proprio per questa ragione⁷¹, ha registrato ricadute sul diritto *antitrust* meno vistose), ha spinto la Commissione a stemperare una prassi consolidata ben più restrittiva, arrivando addirittura a modificarne il fondamento giuridico.

⁶⁶ Si vedano i Regolamenti (CE) n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 e n. 139 del 20 gennaio 2004, già richiamati al paragrafo precedente.

⁶⁷ G.L. Tosato, *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di stato*, in C. Schepisi, cit. 3 ss.

⁶⁸ In proposito, cfr. *Orientamenti comunitari sugli aiuti di stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà* del 2004; lo *State Aid Action Plan* del 2005 e il documento *Aiuti di stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di stato 2005-2009*.

⁶⁹ C. Buzzacchi, *Aiuti*, cit., 80 ss.

⁷⁰ M. Libertini, *Il diritto*, cit., 1 ss.

⁷¹ Ancora, M. Libertini, *op. loc. cit.*

Partendo dal presupposto che la crisi finanziaria avesse un carattere sistemico in grado di propagarsi sui vari settori dell'economia reale, la Commissione è intervenuta nel 2008 con la *Comunicazione sugli aiuti di stato a favore delle banche in crisi*, cui ha fatto seguito una seconda *Comunicazione sulla ricapitalizzazione delle banche e imprese finanziarie in crisi*, doppiata nel 2009 dal *Quadro di riferimento temporaneo comunitario, in tema di aiuti di stato*⁷². Preso atto della circostanza che la gravità della crisi finanziaria rendesse necessario un massiccio ricorso a sussidi pubblici, ha introdotto una serie di deroghe supplementari rispetto a quelle fino ad allora ammesse. Con un segnale di continuità rispetto al passato, ha ribadito la durata limitata nel tempo di queste misure e il particolare favore per l'autorizzazione di nuovi aiuti condizionati a obiettivi di crescita sostenibile, soprattutto con riguardo al settore energetico e destinati a promuovere "prodotti verdi", ecologicamente compatibili. L'ampio ricorso degli Stati alle possibilità offerte dal *Quadro temporaneo* del 2009 ha indotto la Commissione a prorogare quelle misure, adottando nel 2011 il *Quadro unionale temporaneo per le misure di aiuto di stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria* e accompagnandolo con una serie di condizioni più rigorose che, in un'ottica di graduale ritorno a forme di aiuto meno distorsive e più orientate alla crescita, ne limitassero l'impatto sulla concorrenza.

Il principale fattore di discontinuità rispetto al passato è rappresentato proprio dalla modifica della base giuridica utilizzata per valutare la compatibilità degli aiuti⁷³: se fino a quel momento la Commissione, in linea con una tradizione interpretativa consolidata, aveva richiamato la lett. c) del par. 3, dell'art. 87 TCE; a partire dalle comunicazioni del 2008-2009 ha accolto un'impostazione originale⁷⁴, invocando la lett. b) del medesimo paragrafo, concernente gli aiuti intesi «a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro». Questo accorgimento sul piano giuridico, come anticipato, riflette un cambiamento più profondo che riguarda lo spettro di azione della politica della concorrenza e il suo ruolo tra le altre politiche pubbliche nella gestione non più solo di crisi di

⁷² Per una rassegna, D. Gerard, *Managing the Financial Crisis in Europe: Why Competition Law is Part of the Solution, Not of the Problem*, in *Glob. Comp. Review*, 2008; C. Rabitti Bedogni, *L'impatto*, cit., 12; F. Ghezzi, L. Zoboli, cit., 625 ss.

⁷³ M. Merola, *La politica degli aiuti di stato nel contesto della crisi economico finanziaria, ruolo e prospettive di riforma in Mercati e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di stato*, Università di Pisa, 2012, Collana del dipartimento di istituzioni impresa e mercato "A. Cerrai", 226 ss.

⁷⁴ V. Giglio, *Crisi finanziaria e aiuti di stato alle banche in difficoltà*, in *La "modernizzazione"*, cit., 133. Analogamente B. Jan Drijber, L. Burtmester, *Competition Law in a Crashed Economy*, 578; in tal senso anche M. Passalacqua, *Aiuti di stato al settore finanziario nell'amministrazione dell'emergenza*, in *Mercati e banche nella crisi*, a cura di G. Colombini, M. Passalacqua, 248; M. Merola, N. Pesaresi, *La crisi delle imprese e il diritto dell'Unione europea in materia di aiuti: cenni storici, tendenze e prospettive*, in F. Bonelli (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011, 371 ss.

singole imprese, di specifiche categorie o regioni economiche, ma di emergenze sistemiche più generali.

Su questo sostrato si radica dunque la riforma per la «modernizzazione del controllo degli aiuti di stato» dell'UE. Nella Comunicazione dell'8 maggio 2012, la Commissione ha enunciato gli obiettivi che devono orientare l'attività di controllo: anzitutto, si è inteso promuovere una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva in un mercato interno rafforzato, dinamico e competitivo. Questo obiettivo si è concretizzato nell'incentivazione di aiuti c.d. "buoni" – vale a dire misure di sostegno dirette a fronteggiare carenze del mercato mirate, con i minori effetti distorsivi possibili –, e nel ripensamento degli orientamenti tradizionali accolti in sede di valutazione degli stessi, al fine di cogliere le reali disfunzioni del mercato, le conseguenze negative degli interventi pubblici e il loro impatto complessivo. In secondo luogo, si evidenzia un cambio di passo nella individuazione delle priorità della Commissione che se, per un verso, l'ha portata a concentrare il controllo *ex ante* solo sulle operazioni di maggiore impatto sul mercato interno; parallelamente, l'ha indotta a semplificare il procedimento di analisi dei casi a carattere più locale e con effetti più modesti sugli scambi, responsabilizzando così gli Stati nella definizione e attuazione di tali strumenti.

Quanto alla politica *antitrust* adottata a seguito della crisi finanziaria⁷⁵, come delineato nella dichiarazione di ottobre 2008⁷⁶, essa risulta coerente con le regole e le prassi esistenti, che non sono state modificate, né è stato allentato il loro rigore. La Commissione ha risposto all'emergenza con maggiore flessibilità rispetto al passato, mediante uno snellimento delle procedure e un'accelerazione delle tempistiche di decisione, riconoscendo priorità a quei settori più rilevanti per la crescita della produttività. Questa connotazione del resto sembra pervadere tutti quanti gli ambiti della disciplina *antitrust*: in relazione alle concentrazioni, sul presupposto che il Regolamento Ce del 2004 offrisse un armamentario adeguato a fronteggiare la crisi, la Commissione ha adottato un approccio più elastico, autorizzando le operazioni notificate dagli Stati membri in tempi molto più rapidi del consueto e dimostrandosi più aperta nel concedere deroghe al regime sospensivo e nell'identificare circostanze eccezionali⁷⁷. Nei rari casi in cui ha applicato la c.d. *failing firm defence* (tra il 2008 e il 2012 se ne contano solo due), ha agito nel senso di non ostacolare inutilmente quelle operazioni che non minavano la concorrenza, tenuto conto, tra l'altro, della necessità di consolidare il settore finanziario in crisi. Analogamente, ritenendo che non ci fosse alcuna

⁷⁵ M. Reynolds, S. Macrory, M. Chowdhury, *EU Competition Policy in the Financial Crisis: Extraordinary Measures*, in *Fordham Int. Law Journal*, 2011.

⁷⁶ *Declaration on a Concerted European Action Plan of the Euro Area Countries*, ottobre 2008, in ec.europa.eu/economy_finance/publication13260_en.pdf.

⁷⁷ Cfr. ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf.

ragione perché le circostanze indotte dalla crisi condizionassero la determinazione con cui perseguire le intese restrittive, allentandone il rigore, la Commissione ha confermato la necessità di punire le pratiche collusive, pur adottando una certa flessibilità in sede di *enforcement* delle regole procedurali, in particolare favorendo programmi di clemenza (c.d. *leniency programs*). Infine, con specifico riguardo ai cartelli di crisi, tanto la Corte di Giustizia⁷⁸, quanto la Commissione hanno continuato a condannare fermamente le condotte anti-competitive, ribadendo che non potessero essere giustificate nemmeno in caso di recessione, fatti salvi gli accordi volti a razionalizzare la produzione, per eccesso di capacità produttiva, ma alla condizione che dagli stessi fossero derivati effetti benefici per il mercato, non raggiungibili altrimenti.

3.2. *Le più recenti misure adottate a seguito della pandemia sanitaria e della crisi energetica in ambito europeo (tra adattamento di strumenti esistenti e novità)*

Tra le misure a sostegno dell'economia dell'UE e degli Stati membri, adottate nel contesto della crisi economica, innescata dalla pandemia sanitaria e di recente esacerbata dalla crisi energetica, si annoverano, anzitutto, le deroghe alle libertà fondamentali⁷⁹, in tema di diritto di impresa (es. proroga delle concessioni senza gara) e di circolazione delle merci (es. divieto di restrizioni quantitative alle esportazioni, se giustificate da motivi umanitari o al fine sopperire alla penuria di medicinali e di dispositivi medici essenziali). Queste ultime misure, in particolare, sono state utilizzate come tecniche di "accorciamento delle *supply chain*", per assicurare le forniture necessarie ai sistemi sanitari in emergenza, per calmierare il prezzo dell'energia e sono assimilabili, per certi versi, agli aiuti di stato. L'eccezionalità della loro previsione trova giustificazione nell'intento di scongiurare che l'intrinseca componente protezionistica che le caratterizza possa essere veicolo di distorsioni della concorrenza, favorendo talune imprese degli Stati membri.

In merito al regime degli aiuti in deroga alla disciplina ordinaria – che trovano legittimazione nell'art. 107 TFUE e, più precisamente, nel par. 2, lett. *b*) e nel par. 3, lett. *b*) (già richiamato nel 2012) – la Commissione europea ha adottato il *Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*, del 19 marzo 2020, più volte prorogato con modifiche

⁷⁸ Corte di Giustizia UE, *Competition Authority c. Beef*, 20 novembre 2008, C-209/07.

⁷⁹ Comunicazione della Commissione «*Risposta economica coordinata all'emergenza Covid 19*», 13 marzo 2020.

fino alla sua scadenza, fissata al 30 giugno 2022⁸⁰. Questa previsione non sostituisce, ma concorre a integrare gli strumenti di intervento pubblico, consentiti in via ordinaria sulla base delle norme vigenti, con altre cinque categorie di aiuti più flessibili, finalizzati a garantire la liquidità e l'accesso ai finanziamenti per le imprese colpite dalla pandemia⁸¹. La Commissione ha definito, poi, le condizioni di compatibilità da applicare a tali tipi di aiuti nel contesto pandemico. Spetta, infatti, agli Stati membri dimostrare che le misure notificate alla Commissione siano necessarie, adeguate e proporzionate e che siano state pienamente rispettate tutte le condizioni previste nella Comunicazione stessa.

Il medesimo approccio flessibile adottato dalla Commissione per far fronte alla crisi derivata dalla pandemia sanitaria è stato riproposto con il nuovo e ulteriore *Quadro temporaneo di crisi per misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia a seguito dell'aggressione della Russia contro l'Ucraina* del 24 marzo 2022, per consentire agli Stati membri di sostenere le imprese e i settori duramente colpiti dalla crisi energetica, limitatamente ad alcune tipologie di aiuti, inerenti alla realizzazione degli obiettivi di sviluppo delle fonti rinnovabili e alla decarbonizzazione del sistema industriale⁸².

Per quanto riguarda poi la normativa *antitrust*, i passaggi principali sono contenuti nelle dichiarazioni dell'*European competition network* (ECN), dell'*International competition network* (ICN), oltre che nel *Quadro temporaneo* della Commissione⁸³. Questi documenti sono accomunati dall'intento di rafforzare progetti di cooperazione tra Stati membri, diretti a fronteggiare la carenza di prodotti e di servizi essenziali per combattere il COVID-19; ma, al contempo, dalla persistente esigenza che le autorità *antitrust* continuino a vigilare «*against anti-competitive mergers or conduct during this crisis*», sul presupposto che – anche in fase di crisi economica – l'obiettivo perseguito dalle regole di concorrenza, «*to ensure a level playing field between companies, remains relevant*» e, di conseguenza, esse non

⁸⁰ Tra le più recenti modifiche, cfr. il sesto emendamento del 18 novembre 2021 che, per l'ultima volta, ha prorogato le misure fino al 30 giugno 2022 (alcune fino a dicembre 2023) e ha definito, nel contempo, un percorso per la graduale eliminazione degli aiuti legati alla crisi alla luce della ripresa in corso dell'economia europea.

⁸¹ Più precisamente, sono previste misure sotto forma di: 1) aiuti di importo limitato, quali sovvenzioni dirette, agevolazioni fiscali selettive e acconti alle imprese; 2) garanzie statali sui prestiti; 3) tassi di interesse agevolati per i prestiti; 4) garanzie e prestiti agevolati, in particolare per le piccole e medie imprese, veicolati tramite enti creditizi o altri enti finanziari; oltre che 5) maggiore flessibilità nell'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine.

⁸² Cfr. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022XC0324\(10\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022XC0324(10)&from=IT).

⁸³ Cfr. *Join statement by the ECN on application of competition law during the Corona crisis*, 23 marzo 2020; *ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic*, 8 aprile 2020; Comunicazione della Commissione, C116/2020, 8 aprile 2020, revocata il 3 ottobre 2022 per il miglioramento della situazione sanitaria in Europa.

esiteranno «*to take action against companies taking advantage of the current situation by cartelising or abusing their dominant position*».

La Commissione, con la Comunicazione dell'8 aprile 2020, revocata il 3 ottobre 2022 per il miglioramento della situazione sanitaria in Europa e sostituita dalla nuova Comunicazione sugli orientamenti informali⁸⁴, sembra dunque superare l'approccio restrittivo mantenuto in passato, mostrando una decisa apertura verso forme di coordinamento non consentite in "tempi normali", ma che sono ritenute ammissibili in situazioni di crisi, pur se a certe condizioni⁸⁵. Le previsioni più recenti, infatti, rispondono all'esigenza di reagire in modo rapido ed efficiente alla crisi, mediante misure ancora più flessibili, limitate *ratione temporis*, ovvero parametricate alla durata della situazione sanitaria (temporaneità) e strettamente necessarie a perseguire gli obiettivi prefissati (necessità e proporzionalità). Per quanto riguarda, poi, il profilo procedimentale, è stata reintrodotta una procedura eccezionale già sperimentata in passato dalla Commissione che, a propria discrezione, può fornire indicazioni, orientamenti e suggerimenti alle imprese e alle associazioni di categoria in merito alla compatibilità degli accordi, fornendo loro orientamenti informali (lettere di orientamento), così come assicurazioni di conformità *ad hoc* (c.d. *comfort letters*)⁸⁶.

Deve, invece, ritenersi invariato il rigore con il quale la Commissione combatte i cartelli, sia quando volti a sfruttare la situazione di crisi per aumentare i prezzi, sia quando vengono prospettati come cartelli "difensivi". Non pare intravedersi, infatti, alcuna indulgenza nei confronti dei c.d. "cartelli di crisi". Similmente inalterato è lo *standard* utilizzato dalla Commissione in sede di controllo delle concentrazioni. A questo riguardo, tuttavia, più di una voce in dottrina ha auspicato l'adozione di un approccio rigoroso, ma più flessibile nei confronti di tali operazioni, per contenere le conseguenze della crisi economica, in ragione del fatto che, molto probabilmente, diversamente da quella dello scorso decennio, quest'ultima avrà ripercussioni settorialmente differenziate sui mercati⁸⁷.

In questo frangente, come si vedrà, la sfida per la politica della concorrenza si gioca pertanto in un contesto di necessaria cooperazione con altre politiche

⁸⁴ Recente è la nuova Comunicazione sull'orientamento informale che introduce un approccio ancora più flessibile, cfr. https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-10/coronavirus_informal_guidance_notice_antitrust_2022.pdf.

⁸⁵ Solo se indispensabili, di natura temporanea, strettamente necessarie al raggiungimento dell'obiettivo di aumentare la produzione e far fronte alla carenza di prodotti o servizi essenziali.

⁸⁶ Con questo *escamotage* la Commissione intende evitare i potenziali rischi derivanti dagli accordi di cooperazione, in assenza di un obbligo di notificazione per le imprese, come previsto dal Regolamento (CE) n. 1/2003.

⁸⁷ In questi termini, F. Ghezzi, L. Zoboli, cit., 625 ss.; C. Buzzacchi, *Aiuti*, cit. *Contra*, F. Costa-Cabral, L. Hancher, G. Monti, A. Ruiz Feases, *EU Competition*, cit.

pubbliche “selettive”⁸⁸ e sul terreno di un’imprescindibile riorganizzazione pro-competitiva di alcuni settori produttivi, attraverso un utilizzo ampio degli aiuti di stato e un metodo rigoroso, ma flessibile, in sede di controllo delle concentrazioni, per evitare il fallimento di imprese “sane” nei settori più colpiti dalla crisi.

4. *Osservazioni generali sulla modulazione delle politiche di concorrenza in tempo di crisi: la condizionalità delle deroghe ai divieti di aiuti di stato e il perdurante rigore delle misure antitrust per fronteggiare la crisi economica nel breve periodo*

Le misure adottate a partire dalla crisi del 2008 riflettono uno stadio più maturo di evoluzione delle politiche europee di concorrenza. Se la gravità della crisi finanziaria ha giustificato ampi interventi di sostegno pubblico alle banche, al fine di impedire che una recessione generalizzata potesse investire anche altri settori economici, al contempo la Commissione si è mossa disincentivando istanze di sospensione delle regole *antitrust* da cui potessero derivare fenomeni distorsivi della concorrenza. In relazione al regime degli aiuti, ha sancito che le misure concesse dagli Stati membri fossero proporzionate e temporanee, prevedendo condizioni di rapida uscita della partecipazione pubblica dal capitale, al fine di agevolare la fase di ritorno alla normalità del mercato⁸⁹. Quanto al diritto *antitrust*, l’attivismo della Commissione nel darvi applicazione sembra non aver scontato alcuna sospensione⁹⁰. In particolare, in tema di intese, se generalmente si registra una propensione a punire severamente i cartelli, in tempo di crisi questa tendenza sembra essersi addirittura rafforzata. L’unico allentamento riguarda la possibilità per le imprese di invocare una mitigazione delle sanzioni. Analogamente, in tema di concentrazioni, se i controlli da parte della Commissione si mantengono rigidi, durante la crisi più recente si è assistito ad una frequente loro anticipazione già in fase di esame dell’operazione, oltre alla tendenza a servirsi sempre più spesso di meccanismi di risoluzione consensuale delle controversie, mediante impegni e transazioni.

Fatte salve le temporanee aperture in materia di aiuti di stato, dunque, le politiche europee *antitrust* sembrano essersi orientate nel senso di una sostanziale continuità con i consolidati principi generali in materia di *enforcement* della concorrenza, a dimostrazione che tale normativa – fissando regole coerenti e chiare,

⁸⁸ Cfr. F. Momigliano (a cura di), *Le leggi della politica industriale*, Bologna, 1986, per la distinzione tra politiche pubbliche selettive “neutrali” e “inconsapevoli”.

⁸⁹ F. Sciaudone, *Gli aiuti di stato tra regolamentazione “orizzontale” e crisi dei mercati: il ruolo della Commissione*, 139 ss.

⁹⁰ Per un approfondimento sulle misure adottate, M. Libertini, cit., 1 ss.

per le imprese e per gli Stati, che ne favoriscono la prevedibilità e, quindi, l'efficienza e la competitività – già disporrebbe di strumenti adeguati a fronteggiare la crisi e, allo stesso tempo, a evitare che dalle operazioni di salvataggio possano derivare restrizioni anti-competitive non giustificate, a danno dei concorrenti e dei consumatori⁹¹. L'approccio mantenuto dalla Commissione pare dunque mosso dall'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra la perdurante necessità di condannare fermamente condotte anticoncorrenziali e l'urgenza di incrementare tanto la certezza, quanto la rapidità dei procedimenti, nell'intento di sfruttare la flessibilità offerta dalle regole esistenti, garantendone comunque la sostenibilità⁹².

Queste considerazioni, come anticipato, rivelano un profondo cambiamento nell'approccio della Commissione e come il suo ruolo si sia evoluto e adattato in tempi di crisi⁹³, passando da una funzione para-giurisdizionale e tecnico-amministrativa ad una di indirizzo politico. Una prima avvisaglia di questo mutamento è rinvenibile probabilmente già in quella parentesi della crisi siderurgica degli anni Settanta, di cui si è fatto cenno, che aveva indotto la Commissione a limitare e indirizzare l'azione dei vari governi nazionali, esercitando quindi un ruolo politico di primo piano⁹⁴. Tale processo di rinnovamento è proseguito poi nel corso del 2012⁹⁵ e sembrerebbe essersi intensificato in occasione della pandemia sanitaria, in una fase del tutto singolare, in cui l'Unione europea si è trovata a dover gestire la più grave situazione di crisi economica di tutti i tempi dal secondo dopoguerra ad oggi e, al tempo stesso, a conciliare l'esigenza di una condivisione sempre più ampia delle politiche economiche nazionali con la necessità di garantire livelli aggregati di spesa pubblica più efficienti e sostenibili.

Indubbiamente, la scelta della Commissione di venire in soccorso alle economie europee in difficoltà, assicurando una risposta efficace e tempestiva alla situazione di crisi in cui versavano le imprese nazionali, ha permesso agli Stati membri di evitare il tracollo, realizzando nel breve periodo una strategia comune di fuoriuscita dalla crisi⁹⁶. Tuttavia, resta da valutare, da un lato, se questo approccio più flessibile possa rappresentare, in un'ottica di lungo periodo, il primo passo nella direzione di un "governo europeo dell'economia", restituendo agli Stati membri un'Istituzione sovranazionale che non si limiti alla sola difesa dell'e-

⁹¹ Olivieri-Pezzoli, cit., 125

⁹² D. Gerard, *The Financial Crisis, three lessons for antitrust*, 24 novembre 2010, Kluwer Competition Law Blog.

⁹³ In proposito, M. Merola, N. Pesaresi, *La crisi*, cit., 367 ss.;

⁹⁴ In questa circostanza la Commissione aveva prospettato ai governi nazionali un principio inderogabile: «non si possono distruggere risorse lasciando artificialmente in vita con aiuti *ad hoc* imprese non sostenibili dal punto di vista economico, neanche per un motivo nobile quale quello di evitare l'aumento dei disoccupati».

⁹⁵ Con riferimento alla crisi del 2008, più in generale, S. Screpanti, *La dimensione ultrastatale delle autorità indipendenti: i "sistemi comuni" europei e globali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 5, 913 ss.

⁹⁶ C. Buzzacchi, *Aiuti*, cit., 77 ss.

quilibrio concorrenziale raggiunto nei singoli settori economici, ma che coordini anche le politiche nazionali, acquistando finalmente la fisionomia di un sistema a “vigilanza accentrata”⁹⁷. E, d’altro canto, se questo ammorbidimento del tradizionale approccio della Commissione non faccia presagire la necessità di una nuova riforma della normativa sugli aiuti di stato e del rigore dell’*antitrust enforcement* europeo che, secondo taluni, come visto, sarebbe responsabile del rallentamento della ripresa economica degli Stati membri in questi ultimi anni⁹⁸. Considerazione quest’ultima che appare in qualche modo paradossale: se questi timori fossero fondati, dovrebbe discenderne la domanda di un maggior intervento pubblico che, con l’ausilio di altre politiche pubbliche, attenui i costi sociali per le imprese e ne accompagni l’uscita dal mercato e non, invece, come si legge, l’esortazione ad un allentamento duraturo della politica *antitrust*⁹⁹.

5. *Il riflesso delle misure anticrisi nel medio-lungo periodo: approfittare della crisi per un ripensamento delle politiche di concorrenza?*

Le numerose riforme del diritto UE della concorrenza susseguitesi finora comprovano che l’esigenza di una sua modifica strutturale fosse sentita da tempo¹⁰⁰. La congiuntura economica conseguente ai crolli finanziari del 2008, alla pandemia sanitaria da COVID-19 e alla crisi energetica per la guerra della Russia in Ucraina ha posto ulteriormente in evidenza criticità già emerse in passato, che le politiche esistenti fino a questo momento non sono state in grado di fronteggiare efficacemente, ma che, per certi versi, forse hanno anche esacerbato¹⁰¹. In questo senso, una situazione di crisi è uno *stress test* che consente di saggiare la bontà di una misura, se portata alle sue estreme conseguenze: è proprio sotto questa lente, allora, che saranno riconsiderate in chiave critica le più recenti disposizioni adottate dalla Commissione e dagli Stati membri in conseguenza della crisi, quale spunto per una loro rivisitazione.

Sul piano nazionale, pare emergere un’eccessiva frammentazione dell’applicazione della disciplina della concorrenza a livello decentrato. Le risposte degli Stati membri alla crisi più recente hanno evidenziato un moltiplicarsi di attori chiamati a darvi applicazione, dal quale spesso sono derivate procedure non sem-

⁹⁷ Ancora, C. Buzzacchi, *op. cit.*, 77 ss.

⁹⁸ L. Vitzilaiou, *Crisis Cartels, for better or for worse?*, SSRN 1800732.

⁹⁹ L. Berti, A. Pezzoli, *Le stagioni dell’antitrust: Dalla tutela della concorrenza alla tutela del consumatore*, 2010; A. Pezzoli, *La politica*, cit., 152 ss.

¹⁰⁰ Così, C. Buzzacchi, *op. cit.*, 77 ss.; analogamente, M. Merola, *La politica*, cit., 232.

¹⁰¹ Indicativo il *revirement* della Commissione che, se in un primo momento di aiuti “straordinari”, aveva allentato il rigore della propria vigilanza; in una seconda fase, ha reimpostato il consueto rigido controllo sugli aiuti di stato.

pre chiare; una non perfetta coerenza tra il suo *enforcement* accentrato e decentrato¹⁰²; un florilegio di norme e stratificazioni giurisprudenziali che si riflettono sulla tenuta del sistema nel suo complesso, a detrimento della certezza del diritto e della sua effettività¹⁰³. Soprattutto durante la fase di *lockdown*, per limitare la diffusione della pandemia, le autorità *antitrust* dei principali Stati UE sono intervenute con misure eterogenee, influenzando in modo asimmetrico il funzionamento di molti mercati e settori industriali¹⁰⁴. La forbice si è allargata maggiormente in quegli ordinamenti in cui le autorità, approfittando della sospensione temporanea del meccanismo della notifica preventiva, hanno fatto largo uso della loro discrezionalità in sede istruttoria¹⁰⁵ per portare avanti politiche protezionistiche, dirette a promuovere i consumi derivanti dalla produzione di imprese locali (*buy local*)¹⁰⁶, la rinascita di filiere di produzione interamente nazionali, nonché la difesa delle imprese c.d. strategiche nazionali¹⁰⁷. Le proporzioni di questa divaricazione sono ancor più significative sul fronte delle concentrazioni. In questo frangente, le restrizioni agli spostamenti, sia per le imprese, sia per le stesse autorità, hanno di fatto reso più difficile, se non impossibile, lo svolgimento di attività istruttorie particolarmente complesse anche in tempi normali¹⁰⁸.

Queste osservazioni inducono a chiedersi se l'iniziale difetto di coordinamento tra UE e Stati membri¹⁰⁹, nel responsabilizzare questi ultimi in assenza di una risposta comune a livello centrale¹¹⁰, sia stato compensato dall'assunzione di un (inedito) ruolo di indirizzo in capo alla Commissione. Probabilmente, come evidenziato anche in dottrina, proprio l'allentamento del rigore in sede di valutazione

¹⁰² A questo proposito, F. Ghezzi, M. Botta, *Standard di valutazione, interessi nazionali ed operazioni di concentrazione in Europa e negli Stati membri, tra spinte centrifughe ed effetti di spill-over*, in *Rivista delle Società*, 2018, 1047 ss.; L.F. Pace, *L'evoluzione della tutela amministrativa della concorrenza nel diritto antitrust nazionale e comunitario* in *Dir. Un. Eur.*, 1999, 2, 355 ss.; M. Todino, *Le norme comunitarie di concorrenza nei poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. comm. internaz.*, 1998, 3, 751 ss.

¹⁰³ F. Ghezzi, L. Zoboli, *L'antitrust*, cit., 625 ss.

¹⁰⁴ Ancora, F. Ghezzi, L. Zoboli, *op. loc. cit.* che, a questo proposito, comparano le divergenti soluzioni adottate dalle autorità dei principali Stati membri in grado di generare disuguaglianze. Sempre su questo punto, anche J.B. Baker, S.C. Salop, *Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianze*, in *Merc. Conc. Regole*, 2016, 19 ss., che individuano una serie di approcci *antitrust* e di politica della concorrenza.

¹⁰⁵ O. Brook, *Priority-Setting as a double-Edged Sword: How Modernization Strengthened the Role of Public Policy*.

¹⁰⁶ F. Genny, *Economic resilience*, cit., (nt. 7), 18.

¹⁰⁷ Comunicazione della Commissione del 23 marzo 2020, *Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation)*.

¹⁰⁸ In proposito, si veda il comunicato della Commissione *Special Measures due to Coronavirus / Covid-19*, in cui più esplicitamente si invitano le imprese a ritardare le notifiche di concentrazioni «*until further notice, if possible*».

¹⁰⁹ Così Accademia dei Lincei, *La crisi Covid*, cit., 6 ss.

¹¹⁰ In assenza di un coordinamento a livello UE, con la sospensione del Patto di stabilità e il parziale allentamento del divieto di aiuti di stato alle imprese, la responsabilità e il costo di tali scelte sono accollati alle autorità nazionali.

degli aiuti di salvataggio delle imprese nazionali parrebbe costituire il primo passo dell'evoluzione del sistema UE verso un modello che, finalmente, coordini anche le politiche economiche nazionali, «nella misura in cui l'avallo delle scelte di sussidio proposte dagli Stati cessa di rappresentare la mera difesa dell'equilibrio concorrenziale di singoli settori, e acquista gradualmente la fisionomia di una vigilanza accentrata e di uno stimolo delle azioni degli Stati in funzione della crescita, dello sviluppo e della stabilità»¹¹¹. Nonostante questo primo segnale, la crisi ha evidenziato che l'architettura istituzionale dell'UE è ancora incompleta e necessita di un urgente assestamento, a partire proprio da quegli obiettivi di rafforzamento della cooperazione tra Stati membri in materia antitrust, contenuti nelle recenti dichiarazioni dell'ECN, dell'ICN, oltre che nel Quadro temporaneo della Commissione¹¹².

La crisi derivata dalla pandemia sanitaria mostra, in proposito, alcuni elementi di discontinuità rispetto al periodo 2008-2013¹¹³. Se fino a quel momento, a livello europeo, si è scelta la strada di una strategia competitiva basata principalmente su politiche di *austerity*, in un clima di competizione tra Paesi e di sostanziale sfiducia verso le Istituzioni UE che ha ostacolato di fatto soluzioni comuni e condivise; questa volta, il carattere “esogeno”¹¹⁴ di una crisi (solo di riflesso) economica potrebbe favorire la stabilizzazione di una strategia fondata sulla cooperazione in sede UE e internazionale. A differenza della crisi precedente, infatti, si è fatto largo uso di strumenti di coordinamento e di sostegno delle politiche fiscali nazionali, nonché di forme di collaborazione in ambito sanitario e della ricerca.

Proprio dal rafforzamento della cooperazione tra Stati membri potrebbe discendere allora la chiave delle *exit strategies* degli Stati membri nel medio-lungo periodo per uscire dalla crisi, al fine di scongiurare i possibili rischi derivanti da una cristallizzazione del *temporary framework* adottato dalla Commissione, mitigando così la necessità di misure riequilibratrici *ex post* e, più in generale, l'esigenza di dover controbilanciare gli inevitabili squilibri tra Stati membri. Le deroghe autorizzate nell'immediato dalla Commissione per far fronte all'urgenza della crisi, se normalizzate oltre l'emergenza, infatti, rischiano di produrre effetti negativi a lungo termine, distorcendo la concorrenza e accentuando ancora di più le disuguaglianze che la crisi ha già fatto emergere. La diversa capacità finanziaria e di bilancio di ciascuno Stato ha inciso fortemente sulla possibilità di stanziare finanziamenti e concedere aiuti in risposta alla crisi, con effetti più sfavorevoli soprat-

¹¹¹ Così, C. Buzzacchi, *Aiuti*, cit., 77 ss.

¹¹² Vedi note (86) e (87).

¹¹³ In questo senso, Accademia dei Lincei, *op. cit.*, 7-8 ss.

¹¹⁴ Perché generata in un ambito di tipo sanitario e, pertanto, estraneo alla gestione endogena delle economie nazionali.

tutto per quei Paesi in cui il bilanciamento tra tutela della salute e ripresa economica si è tradotto in una dannosa *race to the bottom*¹¹⁵.

In questo senso, dunque, un consolidamento del coordinamento in materia di politica industriale tra l'UE e i governi dei Paesi membri (già previsto dall'art. 173 TFUE), che si armonizzi con la politica *antitrust*¹¹⁶, potrebbe riverberarsi in termini positivi non soltanto per la tenuta del sistema nel suo complesso, evitando interventi sconsiderati a livello nazionale, ma anche per prevenire il rischio – tanto più urgente nei momenti di crisi, in cui la politica industriale sembra essere più in voga delle impopolari misure *antitrust*¹¹⁷ –, di un conflitto con la disciplina della concorrenza¹¹⁸.

Passando poi ad esaminare le misure adottate in tempo di crisi da una prospettiva sovranazionale, emerge che le deroghe in materia di aiuti di stato e, in particolare, l'allentamento della loro rigorosa prassi applicativa, la quale nei decenni passati aveva reso difficile per gli Stati membri portare avanti politiche di sostegno ai vari settori produttivi, hanno contribuito a disincentivare comportamenti spesso scorretti e poco trasparenti da parte dei governi nel sottoporre talune linee di finanziamento al vaglio della Commissione, al fine di sottrarle a possibili bocciature¹¹⁹. Il graduale superamento della crisi economica e finanziaria ripropone, dunque, la questione se tale morbido approccio mantenuto dalla Commissione vada implementato oppure abbandonato, in favore di rinnovate modalità di controllo su sussidi e agevolazioni statali¹²⁰. In questo senso, le deroghe alla disciplina degli aiuti di stato accordate dalla Commissione in occasione della crisi, se nel breve periodo le hanno consentito di soddisfare la richiesta di provvedimenti tempestivi e urgenti, in un contesto in cui mancava una procedura apposita per fronteggiare situazioni di crisi sistemica; nel medio-lungo periodo potrebbero rappresentare il volano per una futura revisione del quadro delle competenze dell'UE che valorizzi il ruolo assunto dalla Commissione nel frangente della crisi, ma soprattutto per una rivisitazione della sua funzione¹²¹.

¹¹⁵ Per un'analisi accurata dei dati relativi alle politiche adottate a detrimento dei propri sistemi sanitari da parte di alcuni Stati membri, cfr. OECD/European Union (2022), *Health at a Glance: Europe 2022: State of Health in the EU Cycle*, Paris, <https://doi.org/10.1787/507433b0-en>.

¹¹⁶ In proposito, si veda la Risoluzione del Parlamento UE del 17 aprile 2020 sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di COVID-19 e l'invito del 25 novembre 2020 rivolto alla Commissione a presentare una strategia industriale riveduta.

¹¹⁷ G. Colangelo, G. Martini, *Le politiche*, cit., 122 ss.

¹¹⁸ Ancora G. Colangelo, G. Martini, *op. cit.*, 122 ss.

¹¹⁹ Così, C. Schepisi, *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di stato secondo l'Action Plan della Commissione europea: un primo bilancio*, in *La "modernizzazione"*, cit., 18 ss.

¹²⁰ C. Buzzacchi, cit., 77 e ss.; anche G. Biagioni, *Le novità della Commissione in materia di miglioramento e semplificazione delle procedure di notifica e controllo sugli aiuti di stato*, in C. Schepisi, cit., 80 ss.

¹²¹ Così anche C. Buzzacchi, *op. loc. cit.*

Anche in relazione alle misure *antitrust*, come anticipato, il superamento dell'approccio tradizionale da parte della Commissione ha favorito una concorrenza più dinamica e procedure più trasparenti, indispensabili in tempo di crisi¹²². In questo ambito, l'aumento del ricorso a strumenti di risoluzione consensuale delle controversie se, per un verso, ha mitigato le negative ricadute economiche per le imprese, per effetto della maggiore speditezza ed efficienza dello strumento; d'altro canto, ne ha messo in luce i potenziali *deficit*, derivanti dalla mancanza di trasparenza e dal limitato valore di precedente per controversie simili e future¹²³.

La crisi economica in definitiva sembra sollecitare, nel lungo periodo, un ripensamento complessivo delle politiche *antitrust*, fino a questo momento frammentate più in una dimensione nazionale¹²⁴. È mancata, finora, una visione globale dei mercati e della concorrenza tra grandi multinazionali e ancora sottostimata è la presenza delle imprese UE nelle *international supply chain*, pur essendo sempre più urgente la necessità di assicurare prodotti su scala europea/globale.

In questo scenario, una decisa attività di tutela e promozione della concorrenza pare essenziale per la ripresa economica: se, per un verso, occorre monitorare le attività di cooperazione autorizzate fino a questo momento¹²⁵; d'altra parte, è evidente che, in tempi di crisi, interventi *ex post* corrono il rischio di risultare tardivi e poco efficaci. Di conseguenza, è auspicabile che le autorità *antitrust* giochino d'anticipo, con misure di prevenzione e sensibilizzazione per le imprese, intese a stimolare una sana cooperazione che argini così sul nascere condotte collusive o predatorie¹²⁶, oltre che con un'intensa attività di *advocacy* indirizzata agli Stati, affinché non si introducano artificialmente ulteriori distorsioni o restrizioni della concorrenza e barriere all'entrata¹²⁷.

In definitiva, allora, un ripensamento delle politiche di concorrenza dovrebbe procedere in due direzioni: da un lato, incentivando la capacità della Commissione e delle autorità *antitrust* nazionali di applicare in modo flessibile la normativa sulla concorrenza, riadattando strumenti già esistenti, qualora si siano rivelati efficaci durante la crisi; dall'altro, procedendo, ove necessario, ad una revisione delle regole sulla concorrenza, attraverso l'introduzione di nuovi strumenti a tutela delle imprese europee che accelerino l'adeguamento del mercato ai cam-

¹²² In proposito, si vedano le considerazioni svolte *supra*, par. 2 e 3.1.

¹²³ Senza trascurare il problema dei c.d. "*patent settlements*" (brevetti in scadenza nel settore farmaceutico) e dei c.d. "*pay for delay settlements*" (transazioni finalizzate a ritardare o impedire l'accesso sul mercato dei farmaci generici).

¹²⁴ F. Ghezzi, L. Zoboli, *L'antitrust*, cit., 625 ss.

¹²⁵ Il rischio riguarda possibili attività collusive al di fuori degli accordi di cooperazione autorizzati dalla Commissione.

¹²⁶ Per una rassegna, G.S. Cary et al., *Exploitative abuses, price gouging & COVID-19: the cases pursued by EU and national competition authorities*, in *e-Competitions*, Concurrence, 2020; S. O'KEefe, *Competition Policy in a time of Corona. "Primum non nocere"*, in *Concurrences*, 2020, 2, 94 ss.

¹²⁷ Oecd, *Covid-19: Competition policy actions for governments and competition authorities*, in www.oecd.org.

biamenti indotti dai settori digitali e tecnologici, ma che, al contempo, garantiscano il rispetto delle regole di leale concorrenza anche da parte dei grandi colossi internazionali. Un bilanciamento di questo tipo, tra istanze di allentamento *vs.* di revisione del modello vigente, è quantomai necessario per la ripresa economica, ove si consideri che la prima opzione, seppure allettante – nel breve periodo – per le imprese in difficoltà, porta con sé il rischio di addossare sugli altri operatori economici e sui contribuenti gli effetti negativi – di lungo periodo – discendenti da una normalizzazione dell'intervento pubblico a sostegno di settori in crisi, in termini di sterilizzazione della concorrenza, devitalizzazione degli incentivi economici, costi sociali e cambiamenti permanenti nella struttura del mercato¹²⁸.

6. *I fattori che devono orientare l'Unione europea e gli Stati membri nella revisione delle politiche di concorrenza, in un'ottica di rilegittimazione dell'intervento pubblico nell'economia e di ripensamento del diritto antitrust*

La revisione delle politiche di concorrenza deve misurarsi con una serie di fattori, derivati della crisi economica che, come si vedrà nei paragrafi successivi, impattano fortemente sull'assetto attuale e futuro del mercato unico e sul ruolo dello Stato nel fronteggiare l'emergenza e le sfide di medio-lungo periodo. In questo senso, il forte turbamento causato dalla pandemia sanitaria, per certi versi, ha messo in discussione l'ideologica contrapposizione tra mercato e intervento pubblico, oltre che la tradizionale incomunicabilità tra politiche *antitrust* e politiche industriali.

Dall'esperienza delle crisi del passato, se confrontate con quella in corso, sembra emergere la necessità di riconsiderare l'assetto finora consolidato in una prospettiva di rilegittimazione dell'intervento pubblico che non riproponga lo schema usuale dei momenti di "normalità", ma che riconosca l'applicazione rigorosa della disciplina della concorrenza come uno strumento indispensabile per la ripresa economica, a beneficio dei consumatori, della produttività, dell'innovazione e della crescita¹²⁹.

In questa prospettiva, le sfide che attendono il mercato UE, in termini di digitalizzazione e *green economy*, impongono alla Commissione e alle autorità *antitrust* nazionali una seria riflessione sull'adeguatezza della strumentazione di cui dispongono e sulla necessità di un approccio coordinato, che coniughi le politiche di concorrenza con altre politiche pubbliche *market friendly*, quali la tutela del consumatore e della *privacy*, la politica fiscale, oltre che con una politica indu-

¹²⁸ J. Fingleton, cit., 12; F. Ghezzi, L. Zoboli, cit., 625 ss.

¹²⁹ In questo senso, anche E. Fox, *Antitrust*, cit., 2 e 4.

storiale coerente con gli scenari che caratterizzeranno i mercati una volta esaurita l'emergenza sanitaria ed energetica¹³⁰.

6.1. *Le ricadute sul binomio Stato-mercato: un equilibrio qualitativamente differente. Lo Stato "Manager"*

Un primo elemento di cui è necessario tenere conto riguarda il binomio Stato-mercato e il rinnovato equilibrio che tende oggi a legare i due termini della relazione: non più in una dimensione quantitativa, ma qualitativa.

In questa prospettiva, l'intervento dello Stato nell'economia non deve esaurirsi nel soccorrere le imprese nazionali, con politiche di massiccio sostegno alla liquidità e con risorse pubbliche date a pioggia¹³¹, ma deve fondarsi su misure mirate, di indirizzo delle strategie di riforma dei mercati, che orientino gli *stakeholder* verso un utilizzo più efficiente delle (scarse) risorse pubbliche, in un'ottica di innovazione e di transizione climatica, ecologica e digitale.

Questa evoluzione dovrebbe portare a riflettere, di conseguenza, non tanto sul margine di azione che debba essere riconosciuto allo Stato nell'economia post-COVID19, secondo la tradizionale contrapposizione "più Stato-meno mercato/più mercato-meno Stato"; ma, piuttosto, su *come* esso possa intervenire per plasmare i mercati, in una prospettiva di rilegittimazione dell'intervento pubblico nel segno dell'innovazione e della solidarietà/equità. Le *exit strategies* elaborate dagli Stati membri nei *Piani nazionali di resistenza e resilienza* (PNRR), così come del resto anche nel *Quadro finanziario pluriennale* (QFP 2021-2027), rafforzato dal piano europeo *NextGenerationEU* (NGEU), sono intese a rendere le economie dei Paesi europei più sostenibili, resilienti e preparate alle sfide presenti e future e alle opportunità della transizione verde e della digitalizzazione, spostando il baricentro del binomio Stato-mercato da una tradizionale dimensione quantitativa dell'ingerenza pubblica nelle dinamiche di mercato (*quantum*), ad una prospettiva qualitativa (*quōmodo*). Prospettiva che, appunto, superi l'ideologia del passato, sostituendo alla coppia "più Stato/meno mercato", una visione qualitativa dello Stato, che si potrebbe definire di "indirizzo strategico", uno Stato "*Manager*" che

¹³⁰ F. Ghezzi, L. Zoboli, *op. cit.*, 625 ss.; su questo profilo già nel 2009, P. Lowe, *Competition Policy and the Global Economic Crisis*, in *CPI*, 2009, vol. 5, n. 2, 22 ss.

¹³¹ In questo senso, si veda il rapporto del gruppo G30 sulla ristrutturazione delle imprese dopo la pandemia, in group30.org/images/uploads/publications/G30_Reviving_and_Restructuring_the_Corporate_Sector_Post_Covid.pdf.

intervenga a conformare, rimodellare il mercato, orientandolo verso obiettivi di sviluppo sostenibile, innovativo, etico¹³².

6.2. *Il ruolo proattivo dello Stato “Manager”: euro-integrato, innovatore e di indirizzo strategico, e la sua capacità di catalizzare e canalizzare gli investimenti privati, in un’ottica rinnovata di sussidiarietà c.d. orizzontale*

I limiti che caratterizzano la disciplina della concorrenza, rimarcati dalle crisi, dovrebbero costituire lo spunto per il completamento del progetto di integrazione europea. In questo senso, il passaggio da un approccio frammentario – in cui ciascuno Stato adotta le misure economiche che ritiene più vantaggiose per le imprese nazionali, in un’ottica meramente interna, che, come si è visto, si sono spesso tradotte in una corsa al ribasso, a detrimento della salute collettiva e, più in generale, in una negativa concorrenza tra Stati – a un’impostazione sistematica e unitaria – di maggiore integrazione economica –, potrebbe valorizzare le attribuzioni delle Istituzioni UE in termini di indirizzo/governo delle economie degli Stati membri, pur se nel rispetto delle prerogative nazionali.

Un intervento coordinato a livello UE consentirebbe, infatti, di limitare le distorsioni della concorrenza nei mercati dei singoli Stati membri a beneficio delle imprese stabilite in quelli più “permissivi” e, con esse, le ricadute sul *level playing field* del mercato unico. Il coordinamento delle politiche nazionali favorirebbe, più in generale, il consolidarsi di quella logica cooperativa – più che competitiva – che già caratterizza in questo ambito alcuni rapporti tra autorità: si pensi alla rete europea *antitrust* (ECN); o alle cooperazioni tra imprese europee in ambiti strategici (es. l’asse franco-tedesco e italiano sulla cantieristica navale; l’EU *battery alliance*; le strategie comuni nel settore dell’idrogeno), finalizzate a creare settori forti, in grado di competere con i mercati asiatici.

Ed è proprio in questa logica che, in occasione della Conferenza COP27, di novembre 2022¹³³, a conferma di quanto già deciso durante la Conferenza COP26 dell’anno precedente¹³⁴, si è invocata una maggiore cooperazione a livello globale ed una maggiore collaborazione tra pubblico e privato in materia di decarbonizzazione, soprattutto a favore dei Paesi in maggiore difficoltà economica, al fine di superare il divario tra Stati nel raggiungimento dell’obiettivo della “neutralità cli-

¹³² Su questo aspetto, in generale, M. Mazzucato, *Non sprechiamo*, cit., 99-101; R. Kattel, M. Mazzucato, *Mission-oriented innovation policy and dynamic capabilities in the public sector*, in *Industrial and Corporate Change*, 2018, vol. 27, n. 5, 787 ss., che fanno riferimento ad una vera e propria “*new mission*”.

¹³³ Cfr. <https://cop27.eg/#/vision#goals>.

¹³⁴ Cfr. ukcop26.org/it/perche-ospitiamo-il-vertice/che-cose-la-cop/.

matica” e delle emissioni zero¹³⁵ e, al contempo, allo scopo di cofinanziare la transizione verso un’era *post-carbonio* e un’economia più sostenibile anche nei Paesi più poveri, con investimenti messi a disposizione dal settore privato globale¹³⁶. In questo senso, anche la concorrenza tra imprese pubbliche e private risulta investita da questa rinnovata dimensione euro-integrata, dalla quale discende una valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, in chiave di cooperazione e coordinamento. In questo senso, in tutti quegli ambiti in cui le competenze e le risorse del settore pubblico non bastano, occorre infatti che gli Stati forniscano incentivi per attirare, incoraggiare e incanalare l’intervento del settore privato, sfruttandone l’esperienza per ottimizzare l’allocazione delle risorse pubbliche e degli investimenti privati per il raggiungimento degli obiettivi comuni.

In un contesto così delineato, dunque, le diverse modalità di intervento dello Stato “Manager” nell’economia dovrebbero essere accomunate dall’obiettivo di conformare i mercati anti-competitivi e plasmarli in un’ottica di funzionalizzazione all’interesse pubblico che si muova in tre direzioni principali: adozione di atti di regolazione/indirizzo; autorizzazione di investimenti pubblici alle imprese condizionati all’innovazione e alla sostenibilità; un modello di *enforcement* decentrato della disciplina *antitrust* meno coercitivo.

In questa prospettiva, lo Stato è chiamato anzitutto a innovare il mercato: lo Stato “innovatore”¹³⁷, in particolare, non deve limitarsi a correggere i fallimenti del mercato e disciplinarne la loro regolamentazione, ma deve rivestire un ruolo attivo di co-creazione, nel senso di plasmare, rimodellare i mercati (*to shape markets*), indirizzandoli verso obiettivi di sviluppo strategico e innovativo altamente competitivo, in un’ottica di crescita sostenibile e inclusiva. Il progresso dell’integrazione europea deve essere guidato dai principi di solidarietà e di equità¹³⁸, al fine di correggere le asimmetrie e disuguaglianze tra Stati membri, in sede di adozione di misure di sostegno economico alle imprese nazionali, e abbattere le bar-

¹³⁵ Obiettivo che l’UE verosimilmente conta di raggiungere tra il 2030 e il 2050; la Russia nel 2060; l’India nel 2070.

¹³⁶ A. Prasad, E. Loukoianova, A. Xiaochen Feng, W. Oman, *Mobilizing Private Climate Financing in Emerging Market and Developing Economies*, 2022.

¹³⁷ M. Mazzucato, *Lo Stato innovatore*, cit., 2013; Id., *Non sprechiamo*, 16, 45, 59; cfr. Institute for Innovation and Public Purpose (2020), *Stakeholder capitalism during and after the COVID-19*, in *UCL IIPP COVID-19 Briefing Papers 01* (April 2020), 2 ss.

¹³⁸ Così, Lettera Enciclica *Fratelli Tutti*, del Santo Padre Francesco, *sulla fraternità e l’amicizia sociale*, 3 ottobre 2020, cap. V, 168-179, il quale rileva che «senza forme interne di solidarietà e fiducia reciproca, il mercato non può pienamente espletare la propria funzione economica». In questo senso, già Lettera Enciclica *Laudato sii*, del Sommo Pontefice Benedetto XVI, 2013, 189 ss. che ritiene la crisi del 2007/2008 una «occasione mancata per sviluppare una nuova economia più attenta ai principi etici»; anche Lettera Enciclica *Caritas in veritate* del Sommo Pontefice Benedetto XVI, *sullo sviluppo umano integrale nella carità e nella verità*, 2012, cap. III, 41, «in relazione alla soluzione della crisi attuale, il ruolo dello Stato sembra destinato a crescere, riacquistando molte delle sue competenze».

riere all'uscita per le imprese meno efficienti, con l'introduzione di strumenti di accompagnamento e di aiuto per le imprese in difficoltà¹³⁹.

La crisi economica conseguente alla pandemia sanitaria ha, inoltre, evidenziato che lo Stato, nel suo ruolo di investitore e di negoziatore, deve garantire che le *partnership* con le imprese destinatarie dei finanziamenti pubblici siano guidate dall'interesse pubblico, più che da logiche di profitto. In questo senso, gli investimenti pubblici devono essere concepiti non semplicemente in una logica assistenzialistica o di rimedio ai fallimenti del mercato (c.d. "*market-fixer*"); ma per l'appunto quali strumenti proattivi di orientamento e di indirizzo del mercato (c.d. "*market-shaper*"), finalizzati al conseguimento di obiettivi pubblici. Una trasformazione di questo tipo può riverberarsi positivamente sull'equilibrio Stato-mercato solo se alla condivisione dei costi corrisponda anche una condivisione dei guadagni¹⁴⁰.

6.3. *Una nuova dimensione soggettiva e oggettiva per il Mercato Unico: globale, green e digital-tech*

I cambiamenti che hanno interessato il Mercato Unico ne hanno profondamente trasformato la struttura, tanto sul piano soggettivo, quanto su quello oggettivo. Anzitutto, è indiscutibile che la latitudine del mercato interno non possa più limitarsi ai confini europei, dovendo competere e confrontarsi con i mercati mondiali. Le imprese europee si misurano quotidianamente con *competitors* globali, grandi colossi statunitensi, indiani, cinesi, in proporzione ai quali la dimensione delle imprese UE ad oggi è media o addirittura piccola (es. cantieristica navale). In questa rinnovata prospettiva occorre rafforzare il modello europeo di economia sociale di mercato altamente competitiva per promuovere la concorrenza a livello globale e diffonderla oltre i confini dell'UE.

Sul piano oggettivo, poi, la transizione verde e digitale pone una notevole sfida per la politica industriale UE in un contesto di mercato concorrenziale¹⁴¹. La concezione tradizionale del mercato deve fare i conti, anzitutto, con le innovazioni tecnologiche e digitali e familiarizzare con concetti prima sconosciuti come "*zero-price market*", "*big data market*", "*Artificial Intelligence*", nei quali l'intreccio tra i profili relativi alla protezione dei dati, alla concorrenza, alla tutela del consu-

¹³⁹ F. Ghezzi, L. Zoboli, *op. loc. cit.*

¹⁴⁰ Come ad esempio nel caso dei vaccini per il Covid-19: ai forti investimenti pubblici iniziali per finanziare la ricerca, dovrebbe corrispondere una condivisione dei profitti derivanti dal commercio sul mercato del prodotto finanziato.

¹⁴¹ Su questi profili, cfr. Speech by EVP Margrethe Vestager, at the *OECD Global Forum on Competition: Competition policy*, 7 dicembre 2020; at the *State Aid Level Forum of the Member States*, 16 novembre 2020.

matore e alla proprietà intellettuale risulta particolarmente complesso e la complementarietà tra politiche pubbliche e strumenti di intervento diversi può risultare determinante. Ragionando in termini di mercato unico digitale e di *big data*, è evidente che il crescente potere di mercato dei diversi gruppi imprenditoriali «*gets translated into political power*», andando quindi ben oltre la dimensione economica e rivelandosi spesso più forte e pervasivo del potere degli Stati e dei pubblici poteri¹⁴². Di fronte ad un simile potere economico-politico la Commissione UE, analogamente all'*antitrust* statunitense¹⁴³, si è mostrata piuttosto debole nell'attività di contrasto alle concentrazioni anti-competitive, autorizzando alcune operazioni molto al limite (*Google/Double Click* nel 2008 e *Facebook/WhatsApp* nel 2014). Al contrario degli Stati Uniti, invece, ha adottato un approccio più rigoroso in sede di valutazione dei casi di abuso di posizione dominante, sanzionando ad esempio *Google* per aver approfittato della sua dominanza, con pregiudizi per i concorrenti e i consumatori¹⁴⁴.

Strettamente collegato a questo profilo si delinea poi un altro aspetto, relativo ai rischi per i diritti fondamentali e i valori democratici derivanti dai comportamenti delle grandi imprese che detengono, aggregano, elaborano e utilizzano *big data*. Questo ambito rappresenta un importante *stress test* per l'*antitrust enforcement* e la sua capacità di offrire rimedi efficaci, tenuto conto che neppure le misure di tutela previste dai regolatori della *privacy* si sono rivelate sempre adeguate¹⁴⁵.

In questo senso, il regolamento UE sui mercati digitali (*Digital Market Act - DMA*)¹⁴⁶ del 14 settembre 2022 e il regolamento UE sui servizi digitali (*Digital Service Act - DSA*)¹⁴⁷ del 19 ottobre 2022 (e in questa direzione si sta orientando il legislatore Ue per quanto riguarda il *EU AI Act*, il primo *Regulatory framework on Artificial Intelligence*)¹⁴⁸, mirano proprio a tutelare, da un lato, la sicurezza e la responsabilità delle piattaforme digitali, introducendo una serie di obblighi e

¹⁴² In questi termini, M. D'Alberti, *Concorrenza*, cit., 235 ss.

¹⁴³ Il *Department of Justice* ha seguito una via diversa solo a partire dal 2011, quando ha agito in giudizio affinché fosse vietata l'acquisizione di *T-Mobile Usa*, controllata da *Deutsche Telekom*, da parte di *At&T*. Sulla posizione debole degli Stati Uniti nel contrasto delle *big data platforms* a confronto con le politiche più rigide applicate in Europa, cfr. E.M. Fox, *Platforms, Power, and the Antitrust Challenge: A Modest Proposal to Narrow the U.S. Europe Divide*, in *Nebraska Law review*, 2019, 98, 297 ss.

¹⁴⁴ Sul tema, R. Pardolesi, *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, in *Merc. Conc. Regole*, 2019, 89-91.

¹⁴⁵ Ancora, M. D'Alberti, *Concorrenza*, op. cit., 235 ss.; G.A.M. Bellomo, *There ain't no such thing as a free lunch. Una riflessione sui meccanismi di mercato dell'economia digitale e sull'effettività delle tutele esistenti*, in *Conc. E merc.*, 2016, 1, 205 ss.

¹⁴⁶ Consultabile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R1925&from=EN>.

¹⁴⁷ Consultabile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R2065&from=EN>.

¹⁴⁸ Il testo del Regolamento, approvato dal parlamento UE il 24 aprile 2024, è consultabile in eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206.

divieti; dall'altro, a garantire mercati digitali equi e aperti alle PMI, sottraendone il monopolio a *BigTech*, come *Google, Apple, Facebook e Amazon* (c.d. *GAFAs*), che ne controllano l'accesso (*gatekeeper*). L'obiettivo della creazione di un mercato unico digitale deve, infatti, conciliarsi con una regolazione pro-concorrenziale che consenta il superamento di barriere regolatorie inutili, come disposto in particolare dal Regolamento Ce n. 2018/302, con un insieme di misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati (c.d. *geoblocking*) e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno, favorendo così il commercio intra-comunitario.

Al contempo, l'UE deve orientarsi verso una politica industriale "verde" per rilanciare la crescita economica in modo sostenibile¹⁴⁹. L'obiettivo che con quest'ultima intende perseguire coincide, infatti, con una trasformazione della disciplina in materia di aiuti di stato a favore dell'ambiente, dell'energia e del clima, subordinando la compatibilità di tali sussidi e agevolazioni a nuove condizioni "verdi" e semplificandone l'iter di concessione, senza obbligo di previa notifica e autorizzazione. Le modifiche alla disciplina sugli aiuti di stato e la proposta di revisione del regolamento generale sulle esenzioni di categoria (GBER)¹⁵⁰ sono dirette per l'appunto a promuovere finanziamenti pubblici che contribuiscano alla realizzazione del nuovo piano industriale del *Green Deal* europeo¹⁵¹, degli obiettivi dell'accordo *REpowerEU*¹⁵² e che consentano alla UE di assumere la *leadership* di questa transizione all'interno di un mercato comune, in cui sia comunque assicurato il rispetto delle regole di concorrenza¹⁵³.

6.4. *Ridisegnare le relazioni tra politica industriale e politica della concorrenza all'insegna della complementarità e del coordinamento*

Sebbene un coordinamento in materia di politica industriale sia contemplato fin dai Trattati istitutivi, la sua debole implementazione ha messo in luce nel tempo un sistema incentrato per lo più su interventi a livello nazionale tra di loro scongiurati. Se questo è il *trend* consolidatosi in situazioni normali, in momenti

¹⁴⁹ In questo senso, cfr. Institute for Innovation and Public Purpose (2020) *A green economic renewal after the COVID-19 crisis*, in *UCL IIPP COVID-19 Briefing Papers* 04 (June 2020), 3 ss.

¹⁵⁰ Si veda ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-gber_en.

¹⁵¹ In proposito, eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640&from=IT; di recente, cfr. anche la comunicazione del 1 febbraio 2023, in https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/european-green-deal_it.

¹⁵² Cfr. il Comunicato stampa di dicembre 2022, in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7717.

¹⁵³ Così, M. Vestager, *Una nuova Europa: concorrenza, politica industriale e tassazione*, Bologna, Convegno promosso dalla Fondazione per la collaborazione tra i popoli, 21 ottobre 2021, in www.bbs.unibo.it.

di crisi si riscontra una tendenza, diffusa tra i governi nazionali dei principali Stati membri, a reclamare più ampi spazi di autonomia per il proprio intervento (nel tentativo di sottrarsi ancora di più al coordinamento sovranazionale), alla quale fa da contraltare una manifesta insofferenza nei confronti degli interventi della Commissione in tema di concorrenza, con effetti deleteri per la politica *antitrust* UE, in particolare in materia di aiuti e di fusioni/concentrazioni¹⁵⁴.

In questo sistema multilivello, in cui generalmente il maggiore/minore rigore dell'implementazione della normativa *antitrust* risulta inversamente proporzionale all'enfasi posta sulle politiche industriali, si registra oggi un progressivo capovolgimento del rapporto che, nel corso degli anni Novanta, si era contraddistinto per un più rigoroso *enforcement* della disciplina comunitaria in materia di concorrenza, a fronte di un sostanziale disinteresse per la politica industriale. Per ovviare al circolo vizioso indotto dalla grave crisi attuale, si assiste infatti a un rinnovato interesse per quest'ultima: i provvedimenti adottati inizialmente dagli Stati membri, per far fronte all'emergenza della crisi, hanno concesso agevolazioni e sussidi pubblici, in deroga alla disciplina sugli aiuti di stato, in favore di diverse imprese nazionali per evitarne il fallimento, tanto nel settore creditizio, quanto in quello assicurativo e industriale.

Se, per un verso, questo allentamento della disciplina è comprensibile, al contempo è innegabile il rischio che da una sospensione di fatto della normativa sugli aiuti di stato, accordata proprio per lasciare più spazio ai governi nazionali, consentendo loro di impostare una politica industriale a difesa della competitività delle imprese interne, possa derivare un pregiudizio al mercato comune e alle sue dinamiche concorrenziali, con effetti di lungo periodo¹⁵⁵. D'altra parte, tuttavia, proprio la temporanea sospensione del divieto di aiuti di stato potrebbe rappresentare, come visto, l'occasione per innovare le politiche industriali in modo coordinato su scala europea. In questo frangente, energia, web, telecomunicazioni, intelligenza artificiale, bio-genetica sono i settori prioritari in cui intervenire, favorendo fusioni tra imprese europee. E ancora, il potenziamento delle piattaforme UE di ricerca e gli investimenti per il rafforzamento delle infrastrutture trans-europee consentirebbero di abbattere le persistenti barriere nazionali, innalzate artificialmente dagli Stati¹⁵⁶.

La congiuntura economica e finanziaria conseguente alla crisi attuale porta, allora, a rivedere il rapporto tra politica *antitrust* e politica industriale, sia a livello europeo che nazionale, proseguendo in un percorso già iniziato prima della pandemia con la Comunicazione della Commissione del 10 marzo 2020¹⁵⁷, aggiorn-

¹⁵⁴ In proposito, si veda la posizione di Francia e Germania a fronte della bocciatura del progetto di fusione Siemens/Alstom, in [eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019M8677\(02\)&from=IT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019M8677(02)&from=IT).

¹⁵⁵ In questo senso, G. Colangelo, G. Martini, *Le politiche*, cit., 122 ss.

¹⁵⁶ Accademia dei Lincei, *La crisi Covid*, cit., 10, 17 ss.

¹⁵⁷ Come si legge in eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0103&from=IT, oltre che in ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-indu-

nata nel maggio 2021, al fine di delineare una nuova strategia industriale UE coordinata con le politiche degli Stati membri, che sostenga il percorso di duplice transizione dell'Europa verso un'economia verde e la *leadership* digitale e che renda l'industria dell'UE più competitiva a livello mondiale¹⁵⁸.

Un obiettivo così ambizioso, tuttavia, acuisce il rischio che queste due politiche possano entrare in rotta di collisione: una politica industriale comune europea, volta a fronteggiare la competizione di grandi colossi internazionali, potrebbe confliggere con il primato della tutela della concorrenza nell'ambito della politica economica europea. Allo stesso modo, l'idea nazionalistica di favorire i propri campioni nazionali potrebbe porsi in conflitto con l'approccio UE di esaminare con oggettività un'operazione di concentrazione, tutelando in primo luogo gli interessi dei consumatori.

Spetta dunque alle Istituzioni UE, così come ai governi nazionali e alle rispettive autorità *antitrust*, il difficile compito di trovare il giusto equilibrio per coniugare politica industriale e politica di concorrenza, in una dimensione di reciproca "complementarietà", superando la tradizionale impostazione degli anni Novanta e, al contempo, adottando un approccio più verticale e proattivo nei settori strategici, il più possibile rispettoso dei principi della concorrenza¹⁵⁹. Nella ricerca di questo punto di equilibrio, le Istituzioni dovrebbero tenere conto del *trade off* che lega queste due forme di intervento: da un lato, infatti, una rigorosa politica *antitrust*, favorendo una maggiore libertà di accesso al mercato e dinamiche più competitive, consentirebbe una riduzione delle inefficienze allocative e produttive, garantendo un benessere maggiore e più diffuso; dall'altro, un'efficace politica industriale improntata alla trasparenza, rapidità e orizzontalità (e, dunque, con una limitata discrezionalità), potrebbe contribuire a sua volta al benessere collettivo, riducendo le tensioni sociali e correggendo le imperfezioni dei mercati¹⁶⁰.

6.5. *Il ruolo della autorità antitrust a livello accentrato e decentrato*

L'asimmetria istituzionale tra UE e Stati membri in merito alla competenza in materia di concorrenza solleva una questione, rimarcata da tempo in dottrina, sull'allocazione ottimale di tale politica in capo alle Istituzioni europee, che porta a domandarsi se di questa funzione debba continuare ad essere investita direttamente la Commissione, mantenendo questa discrasia tra ordinamenti, oppure se sia opportuno che venga attribuita ad un organismo indipendente,

strial-strategy_it#documents.

¹⁵⁸ Sull'iter di approvazione della nuova strategia industriale per l'Europa, cfr. <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/eu-industrial-policy/>.

¹⁵⁹ G. Olivieri, A. Pezzoli, *L'antitrust*, cit., 118.

¹⁶⁰ Sul punto, ancora, G. Colangelo, G. Martini, *op. loc. cit.*

proprio come accade a livello decentrato¹⁶¹. In proposito, la situazione energetica e sanitaria più recente ha restituito, tuttavia, uno scenario in cui la Commissione ha dato dimostrazione di indipendenza e neutralità nelle decisioni adottate per fronteggiare l'emergenza delle crisi¹⁶². Questa constatazione induce a ragionare, allora, non tanto in prospettiva di una futura delega delle funzioni *antitrust* ad un soggetto indipendente, quanto piuttosto in termini di mutamento del suo ruolo, di una sua possibile trasformazione in organo più politico che tecnico. Come già esaminato, si tratterebbe del resto di un ruolo che la Commissione avrebbe svolto già prima del trattato di Maastricht e che, nel tempo, avrebbe continuato ad ampliare, servendosi di incisivi poteri di controllo e di indirizzo politico nei confronti dei governi nazionali, vincolandone l'azione al rispetto di parametri predeterminati a livello sovranazionale¹⁶³. Le misure adottate dalla Commissione per soddisfare la richiesta di provvedimenti tempestivi e urgenti, in un contesto in cui mancava una procedura apposita per far fronte a situazioni di emergenza sistemica, potrebbero preludere ad una possibile stabilizzazione e rafforzamento del suo ruolo, in tempi normali, sulla base di poteri e attribuzioni finalizzati all'esercizio di una funzione centralizzata di indirizzo dell'economia dei Paesi membri. Questa evoluzione della Commissione, come si approfondirà nel prossimo paragrafo, si riverbera sull'*enforcement* della disciplina della concorrenza a livello accentrato e decentrato.

6.6. (Segue) *Le ricadute sull'enforcement della disciplina della concorrenza: tra stabilizzazione della flessibilità delle deroghe al divieto di aiuti di stato, se orizzontali e condizionati, e mantenimento/allentamento del rigore delle politiche antitrust*

In relazione alla disciplina in materia di aiuti di stato, gli effetti pro-concorrenziali che discendono dalle misure derogatorie autorizzate dalla Commissione nell'immediato della crisi economica e finanziaria, come anticipato, sembrano avvalorare e, per effetto, incoraggiare una stabilizzazione nel lungo periodo di un approccio più flessibile da parte delle autorità *antitrust* rispetto al divieto di aiuti di stato. Occorre, tuttavia, che tali deroghe siano concepite come orizzontali, ovvero sia per settore e non per singole imprese, così da ridurre la discrezionalità delle autorità e prevenire il rischio di violazione dei principi di imparzialità, *par*

¹⁶¹ G. Colangelo, *op. cit.*, 1127 ss.

¹⁶² Si veda *supra* par. 3.2, 4 e 5.

¹⁶³ Ancora, G. Colangelo, *op. cit.*, 1127 ss. Sulla differenza tra *enforcement* a livello di normativa *antitrust* e di concentrazioni e sulle possibili modifiche e riforme, cfr. F. Ghezzi, M. Botta, *Standard, op. cit.*, 1047 ss.

condicio e trasparenza, e che siano condizionate agli obiettivi UE di innovazione tecnologica e di sostenibilità ambientale.

Quanto all'*enforcement* del diritto *antitrust*, il sistema sembra caldeggiare anche nel lungo periodo una maggiore flessibilità delle politiche di concorrenza, in particolare in sede di valutazione delle concentrazioni e degli aggregati industriali, a favore dei c.d. campioni europei¹⁶⁴. L'auspicio è che le autorità *antitrust* facciano propria una visione dei mercati meno schiacciata sul breve periodo, più sensibile alla componente dinamica del processo competitivo nel suo complesso e, al contempo, consapevole della necessità di ricostruire il tessuto produttivo e di mantenere intatta la capacità produttiva complessiva¹⁶⁵. Da questa tendenza, che passa per una valorizzazione della c.d. *failing firm defence*, discende il superamento dell'utilizzo delle restrizioni concorrenziali come surrogato di (carenti/assenti) ammortizzatori sociali per le imprese inefficienti¹⁶⁶, consentendo così alle imprese più efficienti di cogliere le opportunità offerte dalla ripresa e di competere sui mercati internazionali senza privare i consumatori dei benefici della concorrenza¹⁶⁷.

In questo contesto, per un verso, il rigore in sede di applicazione della disciplina *antitrust* non deve venir meno nell'analisi dell'impatto delle concentrazioni: la Commissione e le autorità nazionali devono essere particolarmente attente, evitando di ostacolare quelle concentrazioni in grado di mantenere nei mercati attività e risorse altrimenti destinate ad uscirne in modo definitivo¹⁶⁸. D'altro canto, anche al di fuori delle ipotesi di applicazione della c.d. *failing firm defense* il rigore valutativo è essenziale per evitare che le acquisizioni e le fusioni contribuiscano

¹⁶⁴ Esempi di concentrazioni pro concorrenziali: nella grande distribuzione organizzata (*Gdo Auchan/Conad*); il progetto cloud "*Gaia X*", piattaforma digitale UE lanciato da Francia e Germania, al quale parteciperebbero anche alcune aziende italiane (*Tim* e *Eni*), per contrastare colossi statunitensi (*Gafa* – *Google*, *Apple*, *Facebook* e *Amazon*) e cinesi (*Alibaba*); *Amazon-Deliveroo*; *T-mobile/Sprint*; gruppi *BCC*; *Fca*; *Fincantieri*; *Group Canal+/Stream*.

¹⁶⁵ F. Ghezzi, L. Zoboli, *op. cit.*, 625 ss.

¹⁶⁶ A questo proposito, F. Ghezzi, L. Zoboli, *op. loc. cit.* secondo i quali «continuare a utilizzare le restrizioni concorrenziali come ammortizzatore sociale improprio è un lusso che non ci possiamo permettere perché minerebbe le possibilità di ripresa, una volta che le statistiche sanitarie saranno passate (fortunatamente) in secondo piano e saremo costretti a concentrarci su quelle dell'occupazione, dei redditi, dei consumi, delle esportazioni e della produzione industriale. Se alla politica della concorrenza è inappropriato chiedere ausilio per le scelte di lungo periodo e per soddisfare quel principio di precauzione in base al quale nel prossimo futuro non dovremmo farci trovare impreparati di fronte a eventi eccezionali».

¹⁶⁷ F. Ghezzi, L. Zoboli, *op. cit.* e in termini simili, I.B. Prado, *Competition Policy after Covid-19*, in *Competition Policy International*, 27-4-2020, 7-8. Peraltro, non mancano autori che sostengono invece come le concentrazioni andrebbero favorite soprattutto in questo periodo quali strumento di "pulizia" del mercato dalle imprese meno efficienti (c.d. *cleansing effect*), J. Padilla, N. Petit (nt. 123), 4.

¹⁶⁸ In proposito, alcune autorità nazionali hanno dichiarato esplicitamente di voler tenere conto degli effetti della crisi in sede di valutazione delle concentrazioni, non tanto rendendone meno rigoroso il controllo, quanto piuttosto attraverso la pubblicazione di linee guida esplicative volte ad assicurare trasparenza, imparzialità e, soprattutto, maggiore flessibilità nella gestione dei procedimenti e degli eventuali rimedi.

no, in modo irreversibile, ad incrementare il grado di concentrazione, con effetti durevoli su prezzi e innovazione¹⁶⁹.

Un ultimo profilo che non deve essere trascurato riguarda, infine, il mantenimento del rigore delle politiche *antitrust* in sede di valutazione di intese e di abusi di posizione dominante. In questo frangente, le azioni di contrasto al *rent seeking* detenuto dalle imprese sul mercato in posizione di *incumbent*¹⁷⁰ sono agevolate dall'intervento delle politiche "amiche", quali la tutela del consumatore¹⁷¹ e la tutela della *privacy*. Un ripensamento della politica di concorrenza, di conseguenza, dovrebbe muoversi in sinergia proprio con queste altre politiche pubbliche, per promuovere dinamiche virtuose nel mercato e perseguire obiettivi di innovazione e di equità sociale che, se per un verso, mirano ad orientare l'allocazione delle risorse pubbliche e private – in particolare, nel settore digitale e tecnologico – verso *target* strategici il cui orizzonte temporale non è sempre coerente con il mercato; per altro verso, contribuiscono ad attenuare le disuguaglianze e le ingiustizie sociali, accompagnando l'uscita dal mercato delle imprese meno efficienti.

La crisi economica, poi sanitaria ed infine energetica che ha scosso i mercati in questi ultimi anni, e ancora oggi di riflesso perdurante, ha indotto la Commissione europea ad introdurre nuovi strumenti e nuove regole *antitrust* che, in prima battuta, dimostrano che concorrenza e solidarietà possono coesistere tra loro per il raggiungimento di un obiettivo in parte comune. Questa tendenza, come rimarcato di recente in dottrina, non è affatto avulsa dall'identità delle politiche della concorrenza, anzi sembra rinverdirne i tratti caratteristici delle origini: dal contrasto del potere delle *large corporation* del petrolio, delle ferrovie, dell'acciaio e dello zucchero della fine dell'Ottocento del secolo scorso, a quello dei colossi dei mercati di oggi, dalle grandi industrie farmaceutiche, ai produttori e utilizzatori di *big data*, ai monopolisti di servizi pubblici essenziali¹⁷².

¹⁶⁹ Questo spiega le dichiarazioni delle autorità *antitrust* che ammoniscono circa il rigore dei controlli. Si veda, ad esempio, quanto dichiarato dal Direttore del Bureau of Competition della FTC, I. Conner, *Antitrust Review at the FTC: Staying the Course During Uncertain Times*, Apr. 6, 2020, secondo il quale in questo periodo la Commissione «will not suspend its usual rigorous approach to ferreting out anticompetitive harm and seeking appropriate relief, even in the face of uncertainty», aggiungendo che «*emergency exceptions to the antitrust laws are not needed*». Si veda altresì CMA (nt. 115) § 21: «*the Coronavirus pandemic has not brought about any relaxation of the standards by which mergers are assessed or the CMA's investigational standards*».

¹⁷⁰ Con riferimento alle piattaforme digitali, ad esempio, si pensi al caso delle *Big Tech* statunitensi oggetto di inchiesta da parte della commissaria *Margrethe Vestager*, e in particolare al caso *Facebook*; oppure, nel campo dei trasporti aerei, si pensi al caso *Ryanair*.

¹⁷¹ Su questo punto, E. Bonelli, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 33 ss.

¹⁷² M. D'Alberty, *Concorrenza e giustizia sociale*, cit., 235 ss.

Crisi economica e politiche della concorrenza: lo Stato “Manager” per un mercato sostenibile, green e digital-tech

Questo articolo analizza gli effetti della crisi economica sulle politiche di concorrenza adottate dall'Unione Europea negli ultimi 15 anni, in tempi di recessione, pandemia e guerra. In particolare, si sofferma sulle ricadute che la revisione delle politiche di concorrenza potrebbe avere sul diritto antitrust nel medio e lungo periodo. L'Autrice si interroga sul ruolo svolto dallo Stato nel rilegittimare l'intervento pubblico nell'economia e ipotizza il concetto di “Stato Manager”, quale strumento per modellare il mercato.

The Economic Crisis and the Competition Policies: a “Manager” State for a sustainable, green and digital-tech market

This paper analyses the effects of the economic crisis on the competition policies adopted by the European Union in the last fifteen years, in times of recession, pandemic and war. In particular, it focuses on the repercussion that the revision of competition policies could have on the Antitrust Law in the medium-long term. The Author wonders about the role played by the State in order to re-legitimizing public intervention in the economy and theorizes the concept of a “State Manager” to shape the market.