

I valori della concorrenza e del mercato nell'Unione Europea: da Roma, a Maastricht, a Lisbona

MARIA CHIARA MALAGUTI*

1. La tesi

Forse potrebbe essere proprio l'Unione Europea a fornire, oggi, spazi per nuove forme di (e riforme del) governo del mercato e per l'applicazione di paradigmi di concorrenza rinnovati. Il percorso della politica antitrust dell'Unione, dal Trattato di Roma a oggi, mostra alcuni forti mutamenti di direzione, ma anche alcune tendenze che il Trattato di Lisbona ha consolidato o da ultimo recuperato della matrice originaria.

Alcuni auspici che emersero dalle audizioni del 1962, e alcuni assunti di metodo e di lettura del reale che ne costituivano le premesse, trovano una base di confronto, oggi, proprio in questo contesto.

2. Le audizioni del 1962

I riferimenti alla necessità di una normativa antitrust in Italia, nelle audizioni parlamentari che si svolsero nel 1962 (in particolare quelle di Sylos Labini e Lombardini, ma anche quella di Steve¹), si fondano su premesse concettuali chiare: l'analisi concreta dei mercati in Italia individualmente considerati rivela caratteristiche composite e differenziate. Non si analizza dunque 'il mercato' in riferimento a un modello generale e astratto per trarre la conclusione, parimenti generale e astratta, della necessità di una normativa sulla concorrenza. Sono invece

* Università Cattolica del Sacro Cuore, email: malaguti@mazzoniassociati.it. Testo dell'intervento tenuto al convegno *Mercato e Concorrenza* organizzato il 18 novembre 2015 a Roma presso l'Accademia Nazionale dei Lincei, in collaborazione con l'associazione Economia civile.

¹ Nell'ordine: Camera dei deputati (1965a), ripubblicato come Sylos Labini (2015); Camera dei deputati (1965b; 1965c).



le qualità reali e diverse dei mercati, presi per settore e sulla base del loro storico evolversi, a essere valutate. Da questa analisi del reale emerge, chiara, la presenza di numerose situazioni di oligopolio o monopolio.

Un tale approccio deriva da una concezione di mercato che non rappresenta il punto di incontro tra domanda e offerta, ma piuttosto il contesto di usi e norme ove si incontrano, e si compongono, i diversi interessi e si combinano i diversi fattori; metafora intrinseca di un'economia fondata sulla specializzazione del lavoro. Come scrive Roncaglia (2015) nella sua introduzione, secondo questa concezione, “il mercato è ciò che tiene unita una società capitalistica”. Si tratta, come ben noto, di una visione della concorrenza dinamica; e quindi di un concetto che non può ridurre l'analisi alla sola questione delle scelte più efficienti dal punto di vista allocativo nell'incontro tra domanda e offerta, ma che richiede una considerazione più articolata delle regole del mercato, e che – implicando che quest'ultimo, lasciato a sé stesso, tenda a irrigidire le posizioni di potere – considera come uno degli elementi di maggior criticità l'esistenza di barriere all'entrata. Queste, ostacolando la contendibilità delle posizioni di mercato, e creando quindi rendite di posizione a favore di chi di tali barriere beneficia (l'oligopolista o il monopolista, al singolare, o anche al plurale se tale posizione è il risultato della collusione; l'*incumbent*), ostacolano l'innovazione e quindi il progresso.

Se queste sono le premesse, non solo si modificano gli strumenti analitici rispetto a coloro che partono da una definizione di mercato di stampo marginalista, ma si assume anche un diverso ruolo delle regole di mercato e del controllo del loro rispetto: intanto, come l'audizione di Sylos Labini ma anche quella di Ernesto Rossi evidenziano (Camera dei deputati, 1965a; 1965d), ogni politica antitrust ha bisogno di convivere con altre politiche di mercato, *in primis* quella sui rapporti tra imprese in termini di legami sociali e di 'diritto dell'organizzazione' dell'ente, di contendibilità del controllo dell'impresa oltre che del mercato, di considerazione delle diverse forme di privativa dei diritti (la proprietà

industriale).² Inoltre, la considerazione dell'attività di regolazione non è limitata ai casi di "fallimento del mercato", ma è fondata su più composite valutazioni, che tendono a incidere sulla struttura del mercato in una visione dinamica e in cui esiste un ruolo specifico per il potere pubblico, di garanzia e supplenza rispetto all'autoregolazione. Infine, è necessaria un'autorità che, nel controllo dell'applicazione delle regole, sia indipendente (sia dal potere politico che dagli operatori del mercato) e dotata di un certo livello di flessibilità nella valutazione dei singoli mercati e delle situazioni concrete (il che implica poi un'ulteriore questione di *accountability*).³

3. Il Trattato di Roma e l'ordoliberalismo tedesco

Al tempo delle audizioni del 1962, la scelta di realizzare un mercato comune in Europa improntato ai principi del "libero mercato" era già stata fatta. L'antitrust comunitario esisteva dunque già, ma di fatto quasi solo sulla carta. Lo aveva introdotto la Dichiarazione Schuman del 1950, entro il nuovo piano di integrazione europea. Lo aveva tradotto in norme di diritto il Trattato di Parigi del 1951, istitutivo della Comunità Economica del Carbone e dell'Acciaio (CECA, artt. 65 e 66), che aveva attribuito il potere di applicarlo all'Alta Autorità, istituzione sovranazionale e formalmente autonoma dagli Stati. L'Alta Autorità non

² Questa è la ragione per cui, nel momento di confronto e studio organizzato presso l'Accademia dei Lincei che ha dato origine a questo scritto, si è scelto di trattare simultaneamente l'evolversi delle politiche della concorrenza e di quelle di regolazione delle società per azioni. Altri interventi si dedicano a questo aspetto.

³ È un'operazione scorretta cercare di raggruppare tutte le audizioni entro scelte di metodo omogenee: come ho indicato, qui mi riferisco in realtà in preminenza a quelle di Sylos Labini, Lombardini e in parte Steve (che però concentrò le proprie considerazioni sull'impatto della regolazione fiscale), e già a questo modo opero inevitabilmente delle semplificazioni. Non è inoltre mio intento – né dispongo dei necessari strumenti di teoria economica per svolgere un tale tipo di analisi – andare alla ricerca di una corrispondenza esatta tra ordoliberalismo (cui faccio riferimento a partire dal paragrafo seguente) da un lato, e le concezioni economiche alla base delle audizioni parlamentari del 1962 dall'altro. Le mie affermazioni vogliono solo individuare segni di cambiamento nel diritto dell'Unione attuale, che confluiscono verso paradigmi alternativi al *mainstream* marginalista e dove lo Stato regolatore riacquista maggiori spazi.

lo aveva però applicato, forse anche perché alla sua indipendenza formale (art. 9 CECA) non corrispondeva una uguale indipendenza sostanziale. Lo aveva infine articolato, come uno dei settori di azione della Comunità Economica Europea (CEE), finalizzato alla realizzazione del mercato comune, il Trattato di Roma del 1957 (art. 3(f)). Tuttavia, il primo caso giurisprudenziale in qualche modo legato al regime concorrenziale comunitario risale solo al 1964 (*Costa c./Enel*, caso 6/64), proprio in relazione alla nazionalizzazione in Italia della produzione e distribuzione dell'energia elettrica. Seguì poi, in ordine di tempo, nel 1967 dal caso *Consten c./Grunding* (cause riunite 56/64 e 58/64), che riguardava invece un contratto di distribuzione esclusiva che produceva il risultato di differenziare le condizioni di vendita tra Stati membri. Dello stesso 1962 è lo strumento che ha di fatto permesso alla Commissione Europea di sviluppare una politica comunitaria della concorrenza, ovvero il Regolamento 17/62 sull'applicazione degli articoli del Trattato CEE in materia di intese restrittive e abuso di posizione dominante.

All'epoca delle audizioni c'era dunque un'autorità sovranazionale e indipendente (la Commissione), deputata ad applicare il diritto comunitario della concorrenza e con il potere, oltre che di sanzionare i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese, di autorizzarne le intese qualora queste ultime risultassero – benché potenzialmente lesive della concorrenza – in grado di “contribui[re] a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico” (art 85(3) CEE, oggi 101 TFUE).⁴ Essa stava però appena iniziando ad applicare la politica comunitaria: si trattava di un fenomeno ai suoi esordi.⁵

⁴ Il Regolamento riconosceva il potere alla Commissione di adottare decisioni direttamente nei confronti delle imprese per specifici atti e comportamenti, e imponeva l'obbligo di notifica per quegli accordi che – benché potenzialmente lesivi della concorrenza – racchiudessero anche elementi valutati come positivi e potessero quindi beneficiare di una esenzione (art. 85(3) CEE). La Commissione aveva dunque il potere di bilanciare vantaggi e svantaggi per il mercato, in una *rule of reason* di fonte pubblicistica.

⁵ D'altronde, le sostanziali differenze in termini di ordine economico del Trattato di Roma rispetto alla costituzione economica italiana non parevano ancora particolarmente esplorate in quegli anni, forse appunto proprio per l'assenza di quella ricca giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia che avrebbe articolato in modo anche particolarmente

Ciononostante, non può negarsi che alcuni di quei medesimi elementi che emergono dalle audizioni parlamentari abbiano costituito le premesse anche del Trattato CEE e della successiva politica della Commissione nella fase iniziale. La forte influenza dell'ordoliberalismo tedesco, favorevole a un certo grado di intervento dello Stato nella regolazione del mercato benché sull'assunto indiscusso della bontà del paradigma di libero mercato, era comunemente riconosciuta; e un primo segno sta proprio nel fatto che il Trattato di Roma contenesse disposizioni sulla concorrenza, nonostante l'evidente insuccesso delle norme del Trattato CECA, che indicavano una bassa volontà politica in Europa di utilizzare concretamente quello strumento.⁶

4. La prima fase: “*embedded competition*”

I primi anni di applicazione della politica della concorrenza furono in gran parte influenzati dalle dinamiche politiche: benché – dicono gli storici (Warlouzet, 2010) – i tedeschi fossero riusciti a garantire una certa impostazione ordolibérale, furono i francesi ad avere la meglio e a imporre una maggiore attenzione soprattutto all'aspetto della distribuzione commerciale. Ciò significa in particolare due cose: gli inizi della Commissione furono orientati ai comportamenti nel mercato, soprattutto nei rapporti verticali, più che all'accesso al mercato e alle pratiche escludenti. Inoltre, fin dalle sue prime applicazioni generali, il diritto della concorrenza a livello comunitario partecipa della realizzazione del mercato comune, al punto da fargli quasi esclusivamente da ancella.

A conferma, entrambi i casi giurisprudenziali citati – *Costa c./Enel* e *Consten c./Grunding* – hanno messo subito in evidenza come l'applicazione di un “regime inteso a garantire che la concorrenza non sia

incisivo i significati concreti dell'integrazione nel mercato comune, nonché i principi del libero mercato e i conseguenti vincoli all'azione degli Stati membri in tale contesto.

⁶ Ne sono segno sia la norma sulle intese, anche se nella volontà dei negozianti tedeschi avrebbe dovuto impedire in modo esplicito e incondizionato i cartelli mentre la sua formulazione uscì ben più sfumata, sia la norma sull'abuso di posizione dominante, che include le pratiche escludenti.

falsata” (Trattato CEE, 3(f)) fosse finalizzata alla realizzazione del mercato comune: così come un contratto di distribuzione esclusiva tra privati può isolare i mercati dei diversi Stati membri, creando una discriminazione tra i loro cittadini (impedendo quelle che nel gergo comunitario si chiamano “importazioni parallele”, ovvero libere importazioni dagli altri Stati membri) (*Consten*), così la nazionalizzazione dell’energia elettrica da parte dello Stato può rappresentare un aiuto di Stato (artt. 92 e 93) e violare l’obbligo di riorganizzazione progressiva dei “monopoli nazionali a carattere commerciale” (art. 37, n. 1) qualora possa a sua volta creare discriminazioni tra cittadini degli Stati membri (*Costa*).

Si parla di quella prima epoca come dell’epoca della “*embedded competition*”, ovvero di una politica della concorrenza nella sostanza ‘soffocata’ dalla sua funzionalità alla realizzazione del mercato comune, “incastonata” nella gemma del mercato comune.

5. L’emancipazione’ dal modello tedesco

Gli anni dal 1962 al 1980 furono nella sostanza gli anni del fallimento del momento “neo-funzionalista” in base al quale – secondo l’originario disegno Schuman – si sarebbe dovuto allargare l’ambito del diritto della concorrenza per tappe, in base alle esigenze di volta in volta createsi dal progredire stesso dell’applicazione dei principi di concorrenza. Il fallimento più significativo di questo approccio fu quello della mancata adozione di un regolamento sulle concentrazioni. Lo strumento, in quanto tale, avrebbe confermato la visione dinamica della concorrenza che almeno in via generale soggiaceva all’impianto ordoliberal, e avrebbe permesso alla Commissione una valutazione a priori delle operazioni che incidevano sulla struttura del mercato. Progetto nato alla metà degli anni Sessanta, non si realizzò se non nel 1989, in tutt’altro contesto. D’altro canto, dopo le crisi degli anni Settanta (monetaria nel 1971, energetica nel 1973), il diritto comunitario rafforzò l’attenzione sui consumatori finali, e in parallelo coltivò l’assunto che un’applicazione rigorosa del diritto della concorrenza avrebbe

rappresentato uno strumento decisivo per la loro protezione. Si ponevano così le premesse per alcuni slittamenti concettuali sull'impostazione del diritto della concorrenza, che si registrarono in seguito.

Con gli anni Ottanta, nel pensiero economico trionfò ovunque il neoliberalismo, e ugualmente a livello comunitario cambiarono alcuni parametri (Buch-Hansen e Wigger, 2010). Il risultato fu *in primis* una maggiore "economicizzazione" della concorrenza: mentre fino ad allora le decisioni della Commissione si erano prevalentemente fondate su analisi di natura giuridica, si iniziò a dare peso alla teoria degli effetti, quindi alla definizione (puntuale) del mercato rilevante, e all'applicazione esplicita delle teorie economiche *mainstream* di stampo marginalista, che – tra le altre cose – davano una parvenza di scientificità esatta alla decisione, che così risultava di fatto 'necessitata'.

Nel 1989 venne adottato il Regolamento sulle concentrazioni, che rappresentò il culmine del riconoscimento dell'analisi economica nella valutazione delle fattispecie, e con alcune fondamentali differenze rispetto alle proposte degli anni Settanta (per tutte, nelle versioni di regolamento discusse in quegli anni veniva fatto esplicito riferimento all'interesse pubblico quale criterio di valutazione delle concentrazioni, parametro ora inderogabilmente caduto; cf. Röller, 2005). Ma prima ancora di quello, l'eccesso di notifiche che il Regolamento 17/62 aveva provocato aveva obbligato la Commissione a farsi dare il potere di emanare regolamenti di categoria, in cui esentava in via generale categorie di accordi con determinate caratteristiche: si riduceva lo spazio di manovra dell'autorità in base alle situazioni specifiche e alle diverse caratteristiche del mercato, e si creavano invece parametri astratti di valutazione. Si erano quindi poste ulteriori premesse per l'assunzione di modelli astratti.

D'altro canto, l'attenzione per i consumatori, nata come si è detto in gran parte come conseguenza delle crisi degli anni Settanta, permise di focalizzare l'attenzione della concorrenza sul *consumer welfare* e di rafforzare quindi le premesse per un'interpretazione della politica antitrust indirizzata all'efficienza allocativa (riduzione dei prezzi e maggiori fonti di approvvigionamento per il benessere del consumatore finale come fini della concorrenza).

Infine, l'Atto Unico del 1986 impose la realizzazione del Mercato Interno come obiettivo da completare inderogabilmente entro il 1992, creando i presupposti perché – una volta realizzato questo sulla base delle cosiddette “quattro libertà” (libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali) – potesse focalizzarsi l'attenzione sulla concorrenza come la qualità centrale del Mercato Unico. Cambiò infatti anche la concezione del ruolo delle normative nazionali in materia economica: il *Libro Bianco* di Delors (Commissione delle Comunità Europee, 1985) dichiara che le leggi nazionali non concorrenziali limitano la realizzazione del libero mercato in Europa, e dà quindi stimolo a un nuovo filone di giurisprudenza comunitaria, rivolto non più solo alle imprese, ma anche agli atti dello Stato regolatore.

In particolare, sia la Commissione che la Corte di Giustizia iniziano ad applicare in modo particolarmente stringente l'articolo 90 CEE, che vieta agli Stati di adottare misure a favore delle imprese pubbliche che risultino anticoncorrenziali in base al diritto comunitario, e applica in via generale i principi della concorrenza alle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale. Applicano, come si vedrà meglio in seguito, il combinato disposto degli articoli 85, 86 e 10 CEE (oggi 101, 102 e 4(3) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, TFUE) come vincolo al potere dello Stato di regolare il mercato. Si consuma così in qualche modo l'“emancipazione” dal modello tedesco. Comincia l'epoca delle liberalizzazioni.

6. Il ‘momento di fulgore’ del diritto della concorrenza

Il Trattato di Maastricht (1992), e subito di seguito il Trattato di Amsterdam (1997) rappresentano il punto apicale di questo mutamento.

Van Miert, Commissario per la concorrenza dal 1993 al 1999, dichiarerà: “la vera politica industriale è il diritto della concorrenza”. A cavallo del 2000, verranno adottate varie misure di *soft law* in cui la Commissione illustra i parametri economici di applicazione alle diverse

fattispecie generali (Linee Guida).⁷ Nel 2003 in seno alla Commissione viene creata la specifica funzione del *Chief Competition Economist*. La teoria economica neoliberale penetra dunque con il parallelo consolidarsi della prominenza del ruolo dell'economia nelle decisioni della Commissione.

D'altro canto, a livello istituzionale, mentre con il primo regolamento della Commissione sull'applicazione della concorrenza, il menzionato Regolamento 17/62, essa aveva favorito l'accentramento delle procedure, con il Regolamento 1/2003 ne sancisce il decentramento. Si tratta di un cambiamento nell'organizzazione, che ha però un'influenza radicale sull'applicazione del diritto: il meccanismo della notifica preventiva viene meno, dando spazio come criterio generale al controllo *ex post* dell'autorità, e a un rafforzato ruolo dei tribunali su istanza di parte (il cd. *private enforcement*). Le Linee Guida della Commissione sanciscono senza equivoci che le autorità nazionali, nell'applicare il diritto comunitario della concorrenza, debbono astenersi dal bilanciarne i valori con qualsiasi altro principio di *public policy* del Trattato (ad esempio, il diritto alla salute). È il momento di 'fulgore' del diritto della concorrenza.

7. Le novità che si sono consolidate nel Trattato di Lisbona

Con il Trattato di Lisbona (2007) alcuni parametri cambiano.⁸ Per iniziare, c'è un mutamento nell'organizzazione della materia. A questo tuttavia ben pochi danno rilievo: l'articolo 3 del nuovo Trattato sull'Unione Europea (TEU) elenca gli obiettivi dell'UE, ma non vi include la concorrenza. Ma questo non vuol per nulla dire che la politica della concorrenza non abbia più spazio: nell'articolo 3(1)(b) del gemello Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (che modifica il Trattato della Comunità Europea, TCE), la concorrenza è elencata tra le materie di competenza esclusiva dell'Unione. Il Protocollo 27 sul

⁷ Si tratta ad esempio della Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante del 1997, o delle Linee guida sugli accordi verticali, la cui prima versione risale al 2000 (quella in vigore attualmente è del 2010) o in parallelo sugli accordi di cooperazione orizzontale, la cui prima versione risale al 2001 (quella attuale è del 2011).

⁸ In verità cambiano prima di tutto con il Trattato che adottava una Costituzione per l'Europa, del 2004, che però – come ben noto – non è mai stato adottato.

mercato interno e sulla concorrenza, che giuridicamente ha il medesimo valore dei Trattati, lo riafferma.

D'altro canto, ai cambiamenti di organizzazione della materia non corrispondono cambiamenti di linguaggio: dal Trattato di Roma, le norme sulla concorrenza non hanno mai subito modifiche letterali. Ne è cambiata l'applicazione, non la lettera.

Quanto a rapporti tra Mercato Unico e politica di concorrenza, la concettualizzazione comunitaria/dell'Unione è tuttavia mutata rispetto al Trattato di Roma, e in tal senso già prima del Trattato di Lisbona. Se agli albori del diritto comunitario della concorrenza si parlava di concorrenza "embedded" nel diritto del mercato unico, ora il corpo di norme per la realizzazione del Mercato Unico (le menzionate "quattro libertà") da un lato e il diritto della concorrenza dall'altro hanno ciascuno una propria compiutezza. Inoltre, o piuttosto quale conseguenza di tale acquisita autonomia, la concorrenza è entrata a far parte a pieno diritto della costituzione economica dell'Unione. Già dal Trattato di Amsterdam.

Il significato di questa nuova concettualizzazione è emerso, in concomitanza con Lisbona, in un noto caso nel settore farmaceutico: nella sentenza *Glaxo Smith Kline* del 2009 (cause riunite C-501/06P, C-513/06P, C-515/06P e C-519/06P), la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha spezzato il nesso secondo cui un accordo finalizzato a limitare il commercio parallelo debba essere considerato in linea di principio diretto a restringere la concorrenza, poiché se ne presumerebbe che esso privi i consumatori finali dei benefici di una concorrenza efficace (in termini di approvvigionamento e di prezzi) (par. 62).

Un tale approccio però non si limita a emancipare la concorrenza dai principi dell'integrazione, ma incide sulla valutazione stessa dei parametri della concorrenza: se il criterio dell'efficienza allocativa porta a sostenere che le importazioni parallele sono pro-concorrenziali perché tengono bassi i prezzi e aumentano le fonti di approvvigionamento, il criterio dell'efficienza dinamica considera invece i potenziali guadagni che la privativa/limitazione delle importazioni parallele possono produrre

in termini di innovazione.⁹ L'utilizzatore finale resta beneficiario della norma, ma non più direttamente in relazione al prezzo o all'approvvigionamento del bene, ma in via indiretta e attraverso (anche) il filtro della valutazione assunta dallo Stato su quali eventuali limitazioni normative imponesse alle importazioni per garantire l'innovazione. Quindi per il bene del mercato, e come conseguenza, del consumatore.

A un tale risultato – lo si è detto – non si giunge solo grazie al Trattato di Lisbona: si percepiscono oggi mutamenti in generale nell'impostazione delle istituzioni comunitarie, che derivano da una sorta di 'maturazione interna' dell'elaborazione della politica della concorrenza, forse questa volta a seguito del lento modificarsi delle teorie economiche dopo le recenti crisi. Sempre nel caso *Glaxo*, la Corte di Giustizia fa un ulteriore passo avanti, pronunciandosi in modo esplicito sui fini del diritto della concorrenza:

“l'art. 81 CE, al pari di altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi di concorrenti o consumatori, bensì la struttura stessa del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale” (par. 63).¹⁰

Pur senza voler dare un peso eccessivo a questi segni, si intravede insomma un qualche primo spazio per un concetto di mercato meno rigidamente e astrattamente definito come punto di incontro di domanda e offerta, e per l'apertura a una concezione di concorrenza dinamica.

8. Economia sociale di mercato (ESM)

Ma ciò che più conta in termini di cambiamento di linguaggio, con il Trattato di Lisbona, è invece la dichiarazione all'articolo 3 TUE, secondo cui il mercato interno che istituisce l'Unione si fonda su una “economia

⁹ E proprio questa specifica considerazione si trova espressa da Sergio Steve nell'audizione del 1962 (Camera dei Deputati, 1965c, pp. 97-98).

¹⁰ O parimenti, nella sentenza *T-Mobile* (C-0/08), sempre del 2009, “l'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di una pratica concordata non può essere subordinata all'accertamento di un legame diretto di quest'ultima con i prezzi al dettaglio” (par. 39).

sociale di mercato fortemente competitiva”. Tutto si gioca sulla quella nuova parola: “sociale”.

Alcuni hanno letto questa modifica come a intendere che la concorrenza può oggi essere bilanciata con altri principi di natura sociale (Lavrijssen, 2010). Le Linee Guida della Commissione sulla cooperazione orizzontale e verticale che sono state adottate di recente, nel 2010 e 2011¹¹ – cioè dopo l’adozione del Trattato di Lisbona –, così come la giurisprudenza della Corte di Giustizia non permettono tuttavia una tale lettura. La politica della concorrenza rimane integra e autonoma.

C’è invece chi semplicemente afferma che non si tratta che di un richiamo – voluto – ai principi dell’ordoliberalismo su cui si era fondata negli anni Cinquanta la stessa politica comunitaria della concorrenza. Tra questi c’è Mario Libertini, che ha scritto ormai molte pagine sul tema, e il cui pensiero non si può quindi che sintetizzare sommariamente in questa sede. Quattro sono gli elementi portanti dell’ordoliberalismo in concorrenza: la convinzione che l’economia di mercato costituisca il sistema migliore per il benessere economico e la libertà delle persone; la consapevolezza tuttavia che i meccanismi del mercato, se lasciati a sé stessi, tendono a irrigidire le posizioni di mercato; che oltre quindi alla necessità della adozione da parte dei poteri pubblici di una normativa antitrust che garantisca il buon funzionamento dei mercati e il controllo del potere privato, questi dovranno anche garantire alcuni beni e servizi che il mercato non garantisce (non può, non sa, non vuole garantire); che infine sia necessario un potere pubblico forte (ancorché non dirigista), che ponga in essere strumenti di controllo indipendenti sia dal potere politico che da quelli del mercato (Libertini, 2014b). Si tratterebbe, quindi, di un ritorno alle premesse.

9. “As much market as possible, as much State as necessary”: ESM e Stato regolatore

Ma oltre al linguaggio dell’articolo 3 TUE, ci sono elementi nel Trattato o nella prassi attuale che qualifichino in modo concreto

¹¹ Cfr. nota 7.

l'economia sociale di mercato? Gli assetti del diritto dell'Unione dopo Lisbona hanno in effetti portato a ulteriori rivisitazioni rispetto a quelle che hanno toccato più direttamente l'applicazione della concorrenza, questa volta relativamente alla valutazione degli atti dello Stato come regolatore: gli anni del fulgore del diritto della concorrenza, ove assieme a Delors si dichiarava che leggi nazionali non concorrenziali limitano la realizzazione del libero mercato in Europa, hanno permesso l'applicazione del diritto della concorrenza anche alle misure statali, sulla base del combinato disposto delle norme sulla concorrenza (direttamente applicabili solo alle imprese) e della disposizione generale che impone agli Stati leale collaborazione (art. 10 TCE, oggi 4(3) TFUE). Per non privare le norme del trattato di effetto utile, i medesimi principi che orientano i comportamenti dei privati debbono permeare gli atti dello Stato regolatore, che non può così porre in essere misure che obblighino o facilitino comportamenti anticoncorrenziali delle imprese.¹²

Queste ricostruzioni oggi, alla luce del Trattato di Lisbona, sono soggette a forti critiche: si mette soprattutto in dubbio da parte di alcuni l'applicabilità, in tale contesto, del diritto della concorrenza in quanto tale, a favore piuttosto dell'applicazione delle norme in materia di mercato unico. Ma percorrere una tale via significa di fatto separare gli atti dei privati da quelli dello Stato: la separazione concettuale tra strumenti giuridici del mercato unico e della concorrenza permetterebbe infatti di seguire due percorsi differenti, benché omogenei.¹³ Se così fosse, gli elementi protezionistici nell'azione dello Stato sarebbero comunque vietati per quanto discriminatori nei confronti di cittadini di altri Stati membri, ma gli atti in quanto tali sarebbero esenti da qualsiasi valutazione sulla base delle norme della concorrenza (Gerard, 2010).

¹² Ovviamente non qualsiasi atto entra genericamente nella potenziale applicazione delle norme, ma solo quelli che hanno effettivamente prodotto o facilitato pratiche anticoncorrenziali. La dottrina sul tema è vasta. Per una sintesi, mi limito a rimandare al contributo di Temple Lang (2008).

¹³ L'articolo 7 TFUE inserisce un obiettivo orizzontale, che riguarda il coordinamento di tutte le politiche e attività dell'Unione: "L'Unione assicura la coerenza tra le sue varie politiche e azioni, tenendo conto dell'insieme dei suoi obiettivi". I principi alla base del diritto della concorrenza e del mercato unico debbono quindi uniformarsi.

Se le tesi appena descritte possono apparire ardite (almeno a confrontarle con alcune recenti riflessioni; cf. OCSE, 2015), allora si percorrano vie meno insidiose: il Trattato di Lisbona rafforza la disciplina dei “servizi di interesse economico generale”, che da eccezione all’applicazione del diritto della concorrenza diviene (anche) principio positivo nel Protocollo 26. Se negli anni Novanta quello che era allora l’articolo 90 CEE (poi 86 TCE e oggi 106 TFUE) riceveva una stretta applicazione, ci sono oggi nel Trattato di Lisbona spazi maggiori per l’intervento dello Stato, che mantiene potere discrezionale nella determinazione degli obiettivi e degli strumenti di organizzazione dei servizi di interesse economico generale.

Le medesime considerazioni possono infine farsi in tema di aiuti di Stato, ove la Commissione oggi contempla lo strumento dell’esenzione di categoria (dalla notifica preventiva). Con il Regolamento 651/2014, ben undici categorie di aiuti sono stati esentati, così nuovamente riconoscendo spazi prima compresi all’azione dello Stato.¹⁴

10. Per attualizzare le proposte delle audizioni del 1962

Se una conclusione si può trarre da queste sommarie pennellate è che, pur senza discostarsi in modo drammatico dal corso che il diritto della concorrenza ha mantenuto negli ultimi trent’anni, è proprio nel diritto dell’Unione che possono forse identificarsi alcuni spazi per nuove prospettive. Le audizioni del 1962 si svolsero perché era stato identificato un problema di struttura dei mercati italiani, e si indagavano proposte di riforma. Oggi siamo nuovamente in un momento non solo di crisi del mercato, ma anche di crisi degli strumenti di analisi. C’è stato, nel corso degli ultimi anni, un progressivo e sempre più percepibile stato di offuscamento delle politiche della concorrenza, in certi contesti un suo evidente isterilirsi. È forse finalmente giunto il tempo di qualche proposta alternativa, e per questo le audizioni del 1962, per quanto sicuramente

¹⁴ Per considerazioni più strutturate sul tema in generale dei rapporti tra concorrenza e coesione sociale, mi riferisco direttamente, ancora una volta, alle riflessioni di Libertini (2014).

datate nella loro contingenza, possono farci recuperare premesse e metodo.

Nell'‘attualizzazione’ di tali premesse, restano però aperti almeno due punti di rilievo: non va dimenticato che, nell'Unione, le liberalizzazioni iniziate negli anni Ottanta, che avevano il fine di aumentare la competitività del mercato e di ridurre il potere dell'*incumbent* nei settori in cui questo precedentemente disponeva di monopolio legale, si sono realizzate prevalentemente tramite lo strumento della regolazione (di fonte comunitaria), piuttosto che rigorosamente con gli strumenti del diritto della concorrenza (Italianer, 2015). L'accesso al mercato, tramite l'eliminazione delle barriere, è stato insomma realizzato, in determinati settori (trasporti, energia, comunicazioni), con uno strumento che prevede un diverso intervento dell'autorità, più invasivo ed *ex ante*.¹⁵

Una delle caratteristiche che comunemente si richiamano a vantaggio dello strumento della regolazione è proprio che esso permette all'autorità di operare un'analisi specifica del singolo settore di mercato e di rifletterne le specificità nelle misure di intervento: come le audizioni chiedevano. D'altro canto, stando alla elaborazione dottrinale, è sempre lo strumento della regolazione a consentire di prendere in considerazione anche altri fattori oltre che l'efficienza allocativa, fino a permettere l'‘internalizzazione’ anche di fattori di natura non strettamente concorrenziale: come almeno alcune audizioni paiono auspicare.

In tale contesto, la concorrenza fa nuovamente da ancella, ora della regolazione, completando il quadro e quindi imponendo – oltre alla concorrenza *for the market* di cui si cura la regolazione – anche la concorrenza *on the market*, interessandosi quest'ultima non della struttura del mercato direttamente, bensì dei comportamenti, per quanto su tale struttura possano influire, ad esempio gli *exploitative abuses*. In che rapporto debbono porsi, allora, regolazione e concorrenza nel contesto di oggi, anche alla luce delle premesse alla base delle audizioni del 1962?

¹⁵ In questo contesto si ampliano spesso le categorie contrapponendo *competitiveness* e *competition*: per realizzare la prima troverebbero spazio anche azioni di regolazione.

Il secondo punto è in realtà quello che ha sollevato Libertini nel suo intervento (Libertini, 2015) facendo riferimento al contesto internazionale: ovvero come può funzionare una economia sociale di mercato quando non c'è uno Stato che garantisca il buon funzionamento dell'economia nel mercato interno e insieme ne supplisca le carenze. Qui si deve però distinguere tra contesto internazionale e Unione Europea: in quest'ultima infatti, a differenza che nel contesto internazionale, esiste una cornice istituzionale di riferimento, una costituzione economica, l'obbligo di coerenza tra obiettivi dei Trattati e quello di leale collaborazione tra Stati membri e Unione, e viceversa (per la prima volta obbligo reciproco con Lisbona), e il coordinamento delle politiche nazionali per la parte non rientrante nelle competenze dell'Unione. E un *acquis communautaire* (su base giurisprudenziale) che fa da collante.

Tralasciando qualsiasi considerazione sulla necessità di un ulteriore rafforzamento dell'integrazione perché possa affermarsi l'esistenza di un potere pubblico in grado di sostituire il ruolo che nella concettualizzazione giuridica classica occupa lo Stato, un 'contesto' giuridico-istituzionale qui esiste. Anzi esistono alcuni spazi nei Trattati e nella loro prassi applicativa che permettono di dare esecuzione a riforme strutturali complessive.

È chiaro tuttavia che, così facendo, si ammette che la soluzione non sia riscontrabile a livello nazionale, ma inevitabilmente a livello dell'Unione. Anche se ciò non significa necessariamente a livello centralizzato dell'Unione: il principio di sussidiarietà, così come le più innovative forme di cooperazione tra Stati membri e istituzioni dell'Unione (ad esempio nella supervisione bancaria) mostrano che possono esistere forme articolate di governo dell'economia e di conseguenza di 'garanzia' di un suo buon funzionamento e di 'supplenza' delle sue carenze.

Proprio una politica della concorrenza che riconoscesse maggiori margini di manovra agli Stati membri sarebbe uno strumento di *governance* europea capace dell'arricchimento dell'articolazione dei poteri su più piani.

BIBLIOGRAFIA

- BUCH-HANSEN H. e WIGGER A. (2010), "Revisiting 50 years of Market-Making: The Neoliberal Transformation of European Competition Policy", *Review of International Political Economy*, vol. 27 n. 1, pp. 20-44.
- CAMERA DEI DEPUTATI (1965a), "Interrogatorio del Prof. Paolo Sylos Labini. Seduta di giovedì 8 febbraio 1962", in *Atti della Commissione parlamentare di inchiesta sui limiti posti alla concorrenza nel campo economico*, Doc. XVIII, n. 1, Vol. II, *Resoconti stenografici degli interrogatori conoscitivi (7 febbraio 1962-16 gennaio 1963)*, Servizio studi legislazione e inchieste parlamentari, Roma, pp. 57-94; disponibile alla URL: http://legislature.camera.it/_dati/leg04/lavori/stampati/pdf/018_001001_F014.pdf.
- CAMERA DEI DEPUTATI (1965b), "Interrogatorio del Prof. Siro Lombardini. Seduta di mercoledì 7 febbraio 1962", in *Atti della Commissione parlamentare di inchiesta sui limiti posti alla concorrenza nel campo economico*, Doc. XVIII, n. 1, Vol. II, *Resoconti stenografici degli interrogatori conoscitivi (7 febbraio 1962-16 gennaio 1963)*, Servizio studi legislazione e inchieste parlamentari, Roma, pp. 17-55; disponibile alla URL: http://legislature.camera.it/_dati/leg04/lavori/stampati/pdf/018_001001_F013.pdf.
- CAMERA DEI DEPUTATI (1965c), "Interrogatorio del Prof. Sergio Steve. Seduta di mercoledì 14 febbraio 1962", in *Atti della Commissione parlamentare di inchiesta sui limiti posti alla concorrenza nel campo economico*, Doc. XVIII, n. 1, Vol. II, *Resoconti stenografici degli interrogatori conoscitivi (7 febbraio 1962-16 gennaio 1963)*, Servizio studi legislazione e inchieste parlamentari, Roma, pp. 95-106; disponibile alla URL: http://legislature.camera.it/_dati/leg04/lavori/stampati/pdf/018_001001_F015.pdf.
- CAMERA DEI DEPUTATI (1965d), "Interrogatorio del Prof. Ernesto Rossi. Seduta di mercoledì 16 gennaio 1963", in *Atti della Commissione parlamentare di inchiesta sui limiti posti alla concorrenza nel campo economico*, Doc. XVIII, n. 1, Vol. II, *Resoconti stenografici degli interrogatori conoscitivi (7 febbraio 1962-16 gennaio 1963)*, Servizio studi legislazione e inchieste parlamentari, Roma, pp. 501-521; disponibile alla URL: http://legislature.camera.it/_dati/leg04/lavori/stampati/pdf/018_001001_F023.pdf.
- COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE (1985), *Completing the Internal Market. White Paper from the Commission to the European Council (Milan, 28-29 June 1985)*, COM(85)310 Final, Commissione delle Comunità Europee, Bruxelles.
- GERARD D. (2010), "EU Competition Policy after Lisbon: Time for a Review of the 'State Action Doctrine'?", *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1 n. 3, pp. 202-210.
- ITALIANER A. (2015), "Market Opening: Regulation vs Competition?", *Atti del 48° Simposio di Innsbruck sulla concorrenza*, 19 febbraio, Innsbruck; disponibile alla URL: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2015_01_en.pdf.
- LAVRIJSEN S. (2010), "What Role for National Competition Authorities in Protecting Non-Competition Interests after Lisbon", *European Law Review*, vol. 35, pp. 636-659.

- LIANOS I. (2012), "Competition Law in the European Union after the Treaty of Lisbon", in Ashiagbor D., Countouris N. e Lianos I. (a cura di), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 252-283.
- LIBERTINI M. (2014), "Competition and Social Cohesion", *Rivista italiana di antitrust*, n. 1, pp. 37-57.
- (2014b), "Concorrenza tra imprese e concorrenza tra Stati", *Atti del XXVIII Convegno di studio su Unione Europea: concorrenza tra imprese e concorrenza tra stati*, 19-20 settembre, Courmayeur.
- (2015), "La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001", *Moneta e Credito*, vol. 68 n. 272, pp. 401-418.
- MELE F. (2014), "L'ordoliberalismo e il liberalismo austriaco di fronte al pensiero giuridico moderno. Un contributo giusfilosofico", *i-lex. Scienze giuridiche Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale*, n. 21, pp. 99-145.
- Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) (2015), "Competitive Neutrality in Competition Policy", *Issues Paper by the Secretariat*, n. DAF/COMP(2015)5, OCSE, Parigi.
- PARRET L. (2009), "Do We Still Know What We Are Protecting", *TILEC Discussion Paper*, n. 10, Tilburg University, Tilburg.
- RÖLLER L-H. (2005), "Economic Analysis and Competition Policy Enforcement in Europe", in van Bergeijk P. e Kloosterhuis E. (a cura di), *Modelling European Mergers: Theory, Competition and Case Studies*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) e Northampton (MA), pp. 11-24.
- RONCAGLIA A. (2015), "Introduzione ai lavori", *Moneta e Credito*, vol. 68 n. 272, pp. 363-364.
- SYLOS LABINI P. (2015), "Interrogatorio del prof. Sylos Labini", *Moneta e Credito*, vol. 68 n. 270, pp. 219-269.
- TEMPLE LANG J. (2008), "States Measures Restricting Competition under European Union Law", in American Bar Association Section of Antitrust Law (a cura di), *Issues in Competition Law and Policy*, ABA Book Publishing, Chicago, pp. 221-247.
- WARLOUZET L. (2010), "The Rise of European Competition Policy, 1950-91: A Cross-Disciplinary Survey of a Contested Policy Sphere", *RSCAS Working Papers*, n. 80, European University Institute, San Domenico di Fiesole (FI); disponibile alla URL: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/14694/RSCAS_2010_80.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- WILKS S. (2009), "The Impact of the Recession on Competition Policy: Amending the Economic Constitution?", *International Journal of the Economics of Business*, vol. 16 n. 3, pp. 269-288.