

Diritto comunitario e legge *antitrust* italiana

Gustavo Ghidini, Marcella Panucci, Emanuela Arezzo, Valeria Falce

In Italia, la cultura della concorrenza ha attecchito assai tardi. Non a caso il nostro è stato il penultimo paese della Comunità Europea a darsi, cent'anni tondi dopo lo Sherman Act americano, una legge antitrust.

Si tratta di un deficit che sarebbe improprio imputare esclusivamente all' ispirazione corporativa della costituzione economica del fascismo. Certo, nel codice del 1942 qualunque accordo di cartello è ammesso solo che fra le parti vi siano "patti chiari" sull'oggetto e sulla dimensione territoriale dell'intesa restrittiva della concorrenza (art. 2596 c.c.). E solo in capo al monopolista *di diritto* sono previsti obblighi di contrattare senza operare discriminazioni (art. 2597). (Peraltro, un germe di pur dirigistica sensibilità antitrust è rinvenibile nella norma -- art. 2618 -- che prevedeva una approvazione governativa sui contratti consortili "tali da influire sul mercato generale dei beni in essi contemplati").

Come si diceva, sarebbe improprio, o meglio: parziale, imputare quel deficit alla cultura del corporativismo. Gli stessi costituenti repubblicani non seppero andare oltre la affermazione "disarmata" del principio di libertà di iniziativa economica, e quindi, *implicitamente*, della sua rifrazione pluralista (la parola "concorrenza" non è rinvenibile nella Carta fondamentale). Libertà comunque disarmata, appunto, rispetto a comportamenti, negoziali e no, che possano minacciare la fisionomia concorrenziale dei mercati. La stessa norma relativa a situazioni monopolistiche rilevanti per l'interesse generale (art. 43) prevede la nazionalizzazione o "socializzazione" delle medesime: *non* la loro conversione a regime concorrenziale, non la loro "liberalizzazione". Si trattò di una scelta normativa che fu condivisa, si noti, anche dai costituenti liberali. Anzi: proprio il loro campione, Luigi Einaudi, aveva proposto di scrivere: "la legge non è strumento di formazione di monopoli economici; *ove questi esistano li sottopone a pubblico controllo a mezzo di amministrazione pubblica delegata o diretta*" (Resoconti Assemblea Costituente, pag. 3939; corsivo mio).

Non stupisce dunque che, in un siffatto *humus*, i diversi progetti di una legge a difesa della concorrenza susseguirsi nel dopoguerra -- i più evoluti e insieme autorevoli dei quali erano ispirati ad una cultura liberal-democratica di stampo anglosassone (una cultura, si diceva allora, di marca "azionista", alla quale le forze politiche e sociali dominanti nel paese guardavano con sufficienza anche per il suo ridotto sèguito numerico: era vero: ed è vero ancora oggi, purtroppo) -- non videro la luce del consenso parlamentare. Quel "fallimento" fu essenzialmente dovuto -- mi limito alle motivazioni nobili -- alla preoccupazione di non ostacolare l'irrobustimento delle strutture della nostra economia, tradizionalmente caratterizzata dalla massiccia prevalenza di imprese di medie e piccole (e piccolissime)

dimensioni. Una preoccupazione riflessa, fra l'altro, in una politica tributaria di forte agevolazione delle fusioni e, soprattutto, in una più ampia politica industriale che, attraverso lo strumento delle Partecipazioni statali, puntava al rapido sviluppo di industrie di grandi dimensioni. La tiepidezza verso una severa normativa antitrust corrispose quindi, nelle parole di Giuliano Amato (*Il governo dell'industria in Italia*, Bologna, 1972, 257 ss.) ad una "logica abbastanza naturale per un Paese industrialmente debole come il nostro". E la volontà politica di non confliggere con la grande industria privata, imponendo vincoli e limiti *per se* sgraditi, fece il resto (cfr. ancora Amato, *op.cit.*, 44 s.).

Il ritardo dell'Italia nel dotarsi di una moderna legge a difesa della concorrenza, ispirata ai principi del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, non poteva essere adeguatamente compensato da una pur meritoria, ma necessariamente parziale ed "incerta", opera di supplenza svolta per anni dalla nostra giurisprudenza, attraverso l'applicazione diretta delle norme del Trattato anche ad accordi e comportamenti circoscritti al mercato italiano. La logica stessa della costruzione comunitaria reclamava, anche e particolarmente nel settore della concorrenza, una esplicita omogeneità fondamentale delle normative nazionali. E così la svolta adeguatrice, tanto a lungo osteggiata fra le mura domestiche, maturò per la pressione della Comunità. (In questo, come nel campo delle normative a protezione dei consumatori, si evidenzia come tutto, ma proprio tutto il "nuovo" del nostro ordinamento è frutto di importazione dalla Comunità Europea).

Peraltro, a compenso del ritardo, l'imprint europeo della legge 287/90 è di tutta evidenza: salvo che per una nota di protezionismo nazionale (art. 25), nonché per lo speciale regime autorizzatorio, disposto per il settore bancario, e introdotto nella legge antitrust (cfr. il nuovo comma 5 bis dell'art.20) . con Dlgs 29 dicembre 2006, n. 303. Regime che investe vuoi le intese, e qui per "esigenze di funzionalità del sistema dei pagamenti" , vuoi le concentrazioni , e qui per esigenze di "stabilità" (chi si rivede!). Nell'un caso come nell'altro, secondo detto nuovo regime (che non trova alcuna corrispondenza a livello comunitario), operazioni altrimenti vietate sono autorizzabili " su richiesta della Banca d'Italia" nei limiti in cui le restrizioni della concorrenza che determinano risultino strettamente necessarie al perseguimento delle finalità indicate(art. cit., co.5 ter).

In particolare, e al di là di specifici profili tecnico-giuridici, sui quali ci intratteremo brevemente poco più innanzi, quell'impronta europea è riflessa, anzitutto, in due lineamenti caratterizzanti la fisionomia "costituzionale" dell'antitrust europeo. Mi riferisco in particolare:

a) alla sovraordinazione della difesa della fisionomia concorrenziale del mercato rispetto al valore, peraltro riconosciuto, della generazione di efficienze (anche "pro-consumatore") conseguenti ad operazioni e pratiche di significativa carica "monopolistica" – valutata,

quest'ultima, con diverse gradazioni di rigore in rapporto alle diverse fattispecie (più severamente per i cartelli, più benevolmente per le operazioni di concentrazione). Una sostanziale eliminazione della concorrenza non può essere tollerata: neppure — e neppure per un tempo limitato -- qualora l'operazione o la pratica anticompetitiva sia foriera delle più alte efficienze economiche, delle quali, inoltre, si avvantaggino anche i consumatori. Queste giustificano (ora, dopo il regolamento 1/2003) un giudizio di sostanziale compatibilità con le regole di concorrenza solo, ripeto, qualora la restrizione concorrenziale che l'intesa produce non sia così intensa, da cancellare la *attuale* fisionomia concorrenziale del mercato: che non può essere sacrificata, val la pena di precisare, sull'altare di una "concorrenza potenziale" che verrà, su un bianco cavallo, a ristabilire un quadro di effettiva competizione.

In tale profilo caratteristico può scorgersi il segno (al di là di più profonde radici culturali e politico-istituzionali, sulle quali mi sono soffermato in *Due culture? Il ruolo dell'efficienza sulle due sponde dell'Atlantico*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2003, p.169 ss., spec. 186 ss.) può scorgersi, dicevo, il segno di una concezione economica che valorizza sì l'efficienza, ma senza giungere, come hanno fatto gli Stati Uniti, a "sconnetterla pressoché totalmente dalla concorrenza" (ancora Amato, nell'*Editoriale* che apre il n.1/2003 di *Mercato, concorrenza, regole*, a p.7). Una concezione, più precisamente, che ravvisa l'esistenza di un'efficienza *duratura* "laddove vi sia, a garantirla, un perdurante contesto concorrenziale, in assenza del quale le efficienze accampate dalle imprese possono durare lo spazio di un mattino e lasciare spazio, il giorno dopo, ad incontrastati aumenti dei prezzi" (Id. *ibidem*). Una concezione, insomma, che riconosce rilievo solo all'efficienza che venga conseguita nel rispetto di una sufficiente configurazione concorrenziale (anche in senso strutturale) dei mercati. Da qui appunto, come ha scritto Giuseppe Tesaro (*Le concentrazioni cercano chiarezza*, in *Il Sole-24 Ore*, 9 novembre 2002, p.8), il mantenimento del "paletto della dominanza", ossia del limite, invalicabile, della creazione, per via di concentrazioni (laddove la dominanza conseguita attraverso la c.d. crescita spontanea non è soggetta, salvo tassative eccezioni settoriali - comunicazioni audiovisive, elettricità, gas - ad alcun limite, o "tetto") di un potere di mercato che sopprima ogni effettiva altrui *attuale* capacità competitiva.

Si tratta, con tutta evidenza, di una concezione delle dinamiche concorrenziali che rende ragione anche del secondo (b) dei profili richiamati. Quello della speciale responsabilità dell'impresa in posizione dominante: profilo anch'esso distintivo rispetto all'ordinamento nordamericano, che, come ricordato, non conosce l'"abuso di posizione dominante". Nello stabilire, ed esemplificare in rapporto alle ipotesi più gravi e ricorrenti, un divieto di certi comportamenti anticompetitivi il cui successo è consentito dalla soverchiante forza di mercato, il diritto antitrust europeo, e nella sua scia quello italiano, mostra di non ritenere sufficiente, per disciplinare "virtuosamente" il comportamento di chi detiene *market power*, la semplice potenzialità dell'ingresso di nuovi concorrenti---vogliamo dire: non ritiene sufficiente affidarsi alla mano invisibile del mercato?

Ora, la fedeltà comunitaria tali principi non è venuta meno neppure nelle recenti vicende normative. Non lasciano dubbi al riguardo i principi dell'art.81 (già 85).3 in tema di intese, e di quelli che, dal Regolamento 4064/89 in tema di concentrazioni, passarono nel nuovo Regolamento 139 del 2004 (e v. anche la Draft Notice del 2002 che accompagnò la relativa proposta).

In particolare, l'idea/proposta di ricondurre la valutazione antitrust al mero riscontro di indici probabilistici di effetti economici positivi — naturalmente in favore dei “i consumatori” (“ostaggio” e alibi di rinascenti nostalgie per la Scuola di Chicago --- per la quale, ricordo *en passant* -- siamo tutti consumatori: Bill Gates come la casalinga di Voghera) --- l'idea, dicevo di disancorare la qualificazione della concentrazione dal fondamentale riscontro di tipo strutturale in ordine alla creazione e al rafforzamento di una situazione di “dominanza” tale da emarginare la concorrenza dal mercato di riferimento, non è stata accolta, né sembra lo sarà—nonostante un forte e talora autorevole lobbying -- a livello Europeo.

E la stessa deroga del nuovo Regolamento 139/2004—prevedo qui una possibile obiezione—che sgancia l'applicazione del divieto dalla necessità di accertare una situazione di dominanza, lo fa (art. 2.3) solo nel caso (considerando 25: il testo tedesco dice “esclusivamente”) in cui si tratti di valutare effetti restrittivi sulla concorrenza derivanti da comportamenti paralleli non collusivi di oligopolisti. Per il resto, tutto il resto, resta il criterio generale della dominanza come test “definitivo” (non unico: riduzione della concorrenza in modo da creare o rafforzare una situazione di dominanza : cfr. art. 2.3 cit.).

Orbene, a tali principi anche la nostra legge (pur a prescindere dal generale richiamo dell'art. 1.4) si adegua, direttamente ed esplicitamente, negli artt.2 e 6 l. cit. E si adegua anche la applicazione dell'Autorità e del TAR Lazio, che hanno sempre diffidato delle proposte di abbandonare il criterio della dominanza - il paletto della dominanza come lo chiamò, lo ricordavo poc'anzi, Giuseppe Tesauro – quale parametro strutturale su cui orientare il giudizio circa la compatibilità di una concentrazione. Si consideri ad esempio *EnelTrade-Tar Lazio* o, ancora, la decisione dell'Autorità nel caso *Groupe Canal Plus/Stream*¹, a riprova della ritenuta flessibilità della nozione di posizione dominante e di un suo corretto impiego anche nell'ambito del controllo delle concentrazioni.

Significative sono anche le valutazioni espresse dall'Autorità nel corso delle consultazioni effettuate dalla Commissione precedentemente all'adozione del Reg. 139/2004. Secondo l'Autorità “*il tentativo di delineare una distinta definizione del concetto di posizione dominante, esclusivamente utilizzabile ai fini del controllo delle concentrazioni, sia difficilmente condivisibile alla luce del carattere di generalità e del ruolo centrale della nozione di posizione dominante nel diritto comunitario della concorrenza, e discutibile, sotto il profilo della certezza giuridica, in ragione dei possibili riflessi negativi sulla*

¹ *Groupe Canal Plus/Stream*, C5109, n. 10716, in *Boll.* n. 19/2002, richiamata da *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Relazione annuale sull'attività svolta*, 30 aprile 2003, pag. 28.

coerenza complessiva dell'impianto normativo e giurisprudenziale in materia di tutela della concorrenza"².

b) Il secondo elemento "costituzionale" caratteristicamente europeo è costituito, come noto, dalla sottoposizione a una speciale responsabilità "comportamentale" delle imprese che — da sole o congiuntamente (anche al di là di specifici legami e rapporti di cooperazione o integrazione) --- godano di una posizione dominante, ossia di un *market power* tale da sottrarle all'influenza degli altri concorrenti, potendo viceversa condizionare questi ultimi. E' appunto l'esistenza di tale potere che giustifica la restrizione della responsabilità alle imprese dominanti: per le altre, prive di quel potere, ci si affida alla capacità di un mercato concorrenziale, che offra effettive alternative di scelta, di (auto)correggere eventuali tentativi di prevaricazione e discriminazione.

Come è noto, la responsabilità delle imprese dominanti è incentrata sul divieto, in concreto variamente configurabile, di "abusare" di detto potere di mercato (come è tentato di fare chiunque lo detenga, *dixit* Montesquieu, pur non riferendosi al campo economico... e più brutalmente Napoleone Bonaparte "a che serve il potere se non se ne abusa?")

. In particolare, quella responsabilità mira ad evitare due effetti distinti, eventualmente in fatto convergenti :a) che l'impresa usi del proprio *market power* per determinare alterazioni delle condizioni di concorrenza (compresa l'estensione della sua "dominanza" in un certo mercato e/o i mercati contigui) non realizzate grazie alla oggettiva superiorità delle prestazioni (è il concetto "consumeristico" di *concorrenza di prestazione* — *competition on the merits, Leistungswettbewerb*— che si rincorre dalle due sponde dell'Atlantico, e che tuttavia solo in Europa, come ricordato, fonda una specifica responsabilità in capo all'impresa dominante); b) che l'impresa dominante usi del proprio potere per modificare sensibilmente *in peius* la condizione negoziale delle sue "controparti" (imprese "subalterne" ovvero consumatori): *in peius* rispetto all'equilibrio negoziale che si sarebbe determinato in condizioni di concorrenza effettiva, quindi in assenza di quell'effettivo godimento di alternative che avrebbe impedito di soggiacere alla vessazione. In entrambi i casi la speciale responsabilità induce l'impresa dominante a comportarsi "come se" (*als ob*) sussistesse una effettiva -- e dunque effettivamente "disciplinante"-- situazione di concorrenza.

Anche qui, vi è stata piena consonanza di principi ispiratori. La giurisprudenza italiana ha infatti recepito interamente il principio, molto controverso sull'altra sponda dell'Atlantico,

² Progetto di comunicazione della Commissione sulla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese. Commenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, pag. 2.

ma generalmente accettato nella Comunità (cfr. caso Michelin), della speciale responsabilità che grava sulle imprese in posizione dominante.

In più occasioni la nostra giurisprudenza ha avuto occasione di spiegare che il divieto di cui all'articolo 3 della legge n. 287/90 *“non impedisce all'impresa in posizione dominante di competere nel mercato con i normali (e leciti) mezzi rientranti nella concorrenza fondata sui meriti, ma le impone di non compromettere, con il suo comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata sul mercato”* (Tar del Lazio, Sez. I, 13 dicembre 2001, ADSL). In particolare, ciò si spiegherebbe in quanto *“l'impresa in posizione dominante ha una speciale responsabilità in ragione della quale le è vietato dar corso a qualsiasi comportamento atto a ridurre la concorrenza o ad ostacolarne lo sviluppo nei mercati, connotati, proprio per la sua presenza, da un ridotto grado di concorrenza”*. (Enel Clienti idonei)³.

Un particolare rigore nell'applicare i principi sull'abuso di p.d. è stato adottato in Italia in materia di p.d. create o rafforzate dalla titolarità e sfruttamento di diritti esclusivi di proprietà intellettuale (PI).

A questo riguardo la giurisprudenza italiana si è dimostrata incline, forse più di quella comunitaria (certamente più della Corte di Giustizia), a sanzionare comportamenti escludenti che cercavano una giustificazione nella privativa industriale. A tal proposito, il Tar del Lazio già in passato si era pronunciato, specificamente, sulla configurabilità di un abuso di posizione dominante consistente in una politica commerciale di acquisizione di diritti immateriali in esclusiva, di durata significativamente prolungata nel tempo⁴.

Più di recente, sia l'AGCM che il Tar del Lazio hanno dichiarato abusivo il rifiuto di Merck di concedere licenza sul principio attivo ad un'impresa terza che si proponeva di esportarlo in paesi dove la tutela brevettuale non era più in vigore. Il rifiuto, infatti, non serviva per preservare l'esclusiva brevettuale sulla specialità farmaceutica ma, al contrario, consentiva a Merck di estendere l'esclusiva sul principio attivo *tout court* e dunque di traslare il proprio diritto esclusivo (sulla specialità medicinale) al mercato attiguo del principio attivo⁵.

³ In senso analogo v. anche il Consiglio di Stato, nella decisione relativa al caso Comportamenti abusivi di Telecom Italia: *“sull'impresa in posizione dominante grava, indipendentemente dalle cause che hanno determinato tale posizione, la responsabilità particolare di non compromettere, con il proprio comportamento, lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune”*.

⁴ Tar del Lazio, Sez. I, 11 settembre 2001, Stream/Telepiù.

⁵ Cfr. G. Floridia e M. Lamandini, Commento a Merck Principi Attivi, misure cautelari, e Merck e Co., Inc. V. ACS Dobfar s.p.a., CPA Chemical Pharmaceutical Generic Association, in *Il Diritto Ind.*, n. 3/2006.

Non solo per la proclamata fedeltà normativa (art. 1.4 l.287) ai supremi principi comunitari, ma soprattutto per la coerenza dimostrata nella concreta vicenda applicativa con l'ispirazione dell'*antitrust* europeo, l'Italia, (pen)ultima arrivata, si è manifestata buona allieva della Comunità, oggi Unione (domani chissà) Europea.

E chi si proponga, di tale vicenda, tracciare un'analisi che non ne perda di vista le implicazioni giuspolitiche, non potrà non notare alcuni assi portanti ai quali, in questa sede, ci è solo possibile accennare, riferiti a specificità del quadro storico dell'economia italiana. Specificità nazionali, dicevo, in rapporto alle quali (e alle esigenze sottostanti) è non solo inevitabile, bensì anche giusto e anzi doveroso, che l'applicazione di regole comunitarie si "conformi".

Accenno solo a due dati ultranoti, peraltro già ricordati in apertura. Primo: un tessuto economico prevalentemente costituito da PME, e anche piccolissime imprese--un tessuto dunque sì vivace dinamico e "ruspante", ma anche gravemente sottocapitalizzato. Secondo--e certo non scollegato dal primo-- una forte tradizione di situazioni monopolistiche, derivanti da riserve statuali o comunque istituzionali: e non solo nei settori cd strategici, bensì anche in altri del tutto "comuni"--: credo che solo noi avessimo il "panettone di Stato"!

Si comprende allora il *rationale* profondo di pur non scritte linee guida nell'applicazione dei principi della legge AT nazionale, compiuta nel solco di una fondamentale fedeltà "costituzionale" comunitaria.

Si comprende, dicevo--quanto al primo degli elementi caratteristici or ora richiamati-- l'attenzione e l'impegno dell'Autorità da un lato nel colpire illeciti -- intese in particolare, ma anche abusi -- di raggio locale, tipicamente posti in essere da PMI. E' il caso, ad esempio, dei panificatori di Trento (cfr. provv. Prezzo del pane a Trento del 24 novembre 1999) e dei traghetti di Ischia (cfr. provv. Pozzuoli Ferries/Gruppo Lauro del 19 ottobre 1994). Se il cuore dell'economia sta in quel tipo di struttura imprenditoriale, l'AT deve andare a "lavorare" a quei livelli, apparentemente "minori": anche per l'ulteriore e concorrente scopo di "educare alla concorrenza" ambienti socio-economici che a quella cultura erano --e sono ancora in gran parte-- storicamente estranei.

Dall'altro lato, si evidenzia un evidente *favor* dei processi di concentrazione, rimedio alla cennata storica sottocapitalizzazione e quindi debolezza strutturale di tanta parte del mondo dell'impresa italiana, costretta a confrontarsi con imprese (multinazionali o di dimensioni comunque non comparabili) straniere. Sotto questo aspetto il *favor* italiano delle concentrazioni ricorda quello originario della Comunità, espresso nel famoso *Memorandum sulla politica industriale* del 1970 (c.d. Memorandum Colonna), nel quale, come si ricorderà, la Comunità giudicava immatura una disciplina limitativa delle concentrazioni, sostenendo che nella fase storica in corso l'industria europea doveva essere spinta a concentrarsi per meglio competere con i colossi americani e giapponesi.

In sostanza, dunque, e concludendo rispetto al primo elemento sopra segnalato della specificità italiana, l'applicazione delle norme antitrust ha da un lato assecondato, attraverso una lungimirante tendenziale "benevolenza" per le operazioni di concentrazione, i processi di ristrutturazione idonei a ridurre la sottocapitalizzazione e quindi la polverizzazione del nostro tessuto imprenditoriale. Dall'altro, ha portato la cultura e la pratica della concorrenza anche "in periferia", colpendo accordi e pratiche concordate tra "piccoli" e in situazioni "locali": accordi e pratiche tradizionalmente consegnate ad una malintesa sfera di franchigia.

Quanto all'applicazione delle regole AT rispetto al secondo elemento della "specificità" italiana, mi riferisco *in primis* ad una decisa azione di "contenimento"-- svolta soprattutto brandendo l'arma del divieto di abusi di posizione dominante--- dei diritti esclusivi nascenti da posizioni di monopolio legale. Sotto questo profilo, già durante la presidenza Amato quel divieto fu applicato in modo tale da svolgere un fondamentale ruolo apripista dei processi di liberalizzazione, contribuendo alla riduzione del potere monopolistico delle imprese titolari di diritti esclusivi o speciali in rilevanti settori dei servizi pubblici. In particolare, grazie all'applicazione diretta dei principi delle Direttive liberalizzatrici, interpretate come *self-executing*, l'Autorità riuscì ad anticipare risultati pro-concorrenziali successivamente consolidati nei provvedimenti legislativi di apertura alla concorrenza delle *public utilities*. E quest'azione l'Autorità ha proseguito vigorosamente sotto le presidenze Tesouro e Catricalà, incalzando lo stesso legislatore - anche attraverso l'uso deciso e senza peli sulla lingua dei poteri conoscitivi e consultivi di cui agli artt. 21 e 22 l.287-- a non interrompere o comunque rallentare (come purtroppo sembra stia avvenendo: v. la tormentata vicenda dei servizi pubblici locali) il cammino intrapreso.

Può dunque ben dirsi che, nel suo insieme, l'opera dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha contribuito a realizzare, *come nessun'altra istituzione italiana ha fatto*, un trapianto di cultura della concorrenza nelle (tanto a lungo chiuse) stanze delle grandi imprese monopolistiche: additando e difendendo altresì l'esigenza che il nuovo organo non venisse "rigettato" dopo la caduta formale dei diritti esclusivi, e così combattendo il rischio della sostituzione di nuovi monopoli o quasi-monopoli di fatto ai "vecchi" monopoli pubblici.

Ci limitiamo qui, "in coda", a segnalare una preoccupazione, per un futuro forse non imminente.

Alludiamo al rischio, indotto dalla recente riforma comunitaria detta di “modernizzazione” (Reg. 1/2003.) che *inter alia* promuove (art.9) le c.d. procedure per impegni, dilatando e generalizzando spunti già presenti nella normativa sulle concentrazioni. Il riferimento è all’art. 14 ter della legge n. 287/90, che, allineandosi al suddetto processo di modernizzazione, concede all’Autorità il potere di concludere rapidamente e senza accertamento formale un procedimento avviato nei confronti di una o più parti, per intesa ovvero abuso di posizione dominante, rendendo obbligatori gli impegni (strutturali / comportamentali) di durata anche indeterminata, che, presentati spontaneamente dalle imprese interessate, siano ritenuti idonei a far venir meno i profili anticoncorrenziali preliminarmente riscontrati.

Rischio duplice, quindi: da un lato, di una ridotta trasparenza dell’iter decisionale e delle motivazioni delle decisioni; e, dall’altro, di una impercettibilmente progressiva trasformazione delle funzioni di aggiudicazione dell’Autorità in funzioni regolatorie tout court.

Proviamo a dire meglio. Il ricorso alla soluzione “patteggiata”, a nostro avviso, potrebbe indurre l’Autorità, in assenza di specifiche garanzie e cautele, ad indirizzare le parti ad assumere correttivi che sottendano scelte di politica – piuttosto che di diritto – della concorrenza, e come tali esprimano, attraverso la decisione, una potestà ibrida, di natura quasi-regolamentare. Da questo punto di vista, si avverte il rischio che nell’ambito della procedura con impegni l’Autorità possa sollecitare l’attuazione di misure volte a sanare un guasto concorrenziale mai accertato, così che i termini attraverso cui il ripristino è condotto riflettano delle regole di funzionamento del mercato “prescelte”, ovvero sia identificate e selezionate a monte. Ma a questo punto, sarebbe consigliabile che l’Autorità emanasse previamente delle apposite, chiare Guidelines, per un corretto, e “garantistico”, orientamento delle imprese e degli altri *stakeholders* sociali (consumatori, *in primis*) coinvolti nelle dinamiche della concorrenza e del mercato.

Tuttavia, la saggezza e il *commitment* istituzionale degli attuali “timonieri”, e la tradizione stessa, di altissimo profilo, dell’ Autorità di riferimento, fanno confidare che l’applicazione dell’antitrust nazionale continuerà a svolgere, nella fedeltà fondamentale ai principi comunitari, il suo essenziale ruolo nello sviluppo della nostra economia, e della stessa costruzione di una vera moderna democrazia economica nel nostro Paese.