

PhD THESIS DECLARATION

(use a pc to fill it out)

I, the undersigned

FAMILY NAME

Haupt

NAME

Riccardo

Student ID no.

300408

Thesis title:

TENSIONI FRA POLITICA EUROPEA DI CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI E POLITICA INDUSTRIALE DEGLI STATI MEMBRI: LE ECCEZIONI DI INTERESSE PUBBLICO DI FRONTE AI NUOVI PROTEZIONISMI

PhD in

Legal Studies

Cycle

Student's Advisor

Federico Ghezzi

Calendar year of thesis defence

2020

DECLARE

Tesi di dottorato "Tensioni fra politica europea delle concentrazioni e politica industriale degli Stati membri: le eccezioni di interesse pubblico di fronte ai 'nuovi protezionismi'" di HAUPT RICCARDO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2020

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

under my responsibility:

- 1) that, according to Italian Republic Presidential Decree no. 445, 28th December 2000, mendacious declarations, falsifying records and the use of false records are punishable under the Italian penal code and related special laws. Should any of the above prove true, all benefits included in this declaration and those of the temporary “embargo” are automatically forfeited from the beginning;
- 2) that the University has the obligation, according to art. 6, par. 11, Ministerial Decree no. 224, 30th April 1999, to keep a copy of the thesis on deposit at the “Biblioteche Nazionali Centrali” (Italian National Libraries) in Rome and Florence, where consultation will be permitted, unless there is a temporary “embargo” protecting the rights of external bodies and the industrial/commercial exploitation of the thesis;
- 3) that the Bocconi Library will file the thesis in its “Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto” (Institutional Registry) which permits online consultation of the complete text (except in cases of temporary “embargo”);
- 4) that, in order to file the thesis at the Bocconi Library, the University requires that the thesis be submitted online by the student in unalterable format to Società NORMADEC (acting on behalf of the University), and that NORMADEC will indicate in each footnote the following information:
 - PhD thesis (*write thesis title*) ... TENSIONI FRA POLITICA EUROPEA DI CONTROLLO DELLE CONCENTRAZIONI E POLITICA INDUSTRIALE DEGLI STATI MEMBRI: LE ECCEZIONI DI INTERESSE PUBBLICO DI FRONTE AI NUOVI PROTEZIONISMI;
 - by (*Student's family name and name*) ...Riccardo Haupt;
 - defended at Università Commerciale “Luigi Bocconi” – Milano in the year (year of defence) 2020 ;
 - the thesis is protected by the regulations governing copyright (Italian law no. 633, 22nd April 1941 and subsequent modifications). The exception is the right of Università Commerciale “Luigi Bocconi” to reproduce the same, quoting the source, for research and teaching purposes;

- **only when a separate “Embargo” Request has been undersigned:** the thesis is subject to “embargo” for (indicate duration of the “embargo”) ...36... months;
- 5) that the copy of the thesis submitted online to Normadec is identical to the copies handed in/sent to the members of the Thesis Board and to any other paper or digital copy deposited at the University offices, and, as a consequence, the University is absolved from any responsibility regarding errors, inaccuracy or omissions in the contents of the thesis;
 - 6) that the contents and organization of the thesis is an original work carried out by the undersigned and does not in any way compromise the rights of third parties (Italian law, no. 633, 22nd April 1941 and subsequent integrations and modifications), including those regarding security of personal details; therefore the University is in any case absolved from any responsibility whatsoever, civil, administrative or penal, and shall be exempt from any requests or claims from third parties;
 - 7) **choose 7a or 7b:**
 - 7a) that the thesis is not subject to “embargo”, i.e. that it is not the result of work included in the regulations governing industrial property; it was not written as part of a project financed by public or private bodies with restrictions on the diffusion of the results; is not subject to patent or protection registrations.

or

 - 7b) ~~X~~that the PhD thesis is subject to “embargo” as per the separate undersigned “PhD Thesis Temporary “Embargo” Request”.

Date 10.12.2019.

Sommario

1.	Politica della concorrenza e politica industriale	7
1.1	La politica della concorrenza: obiettivi ed architettura istituzionale.....	7
1.1.1.	Consumer welfare standard, efficienza ed equità.....	10
1.1.2.	L'architettura istituzionale della politica della concorrenza: indipendenza ed accountability	15
1.1.3.	L'architettura istituzionale e l'indipendenza delle autorità nazionali della concorrenza (ANC) in Europa: lo status quo.	23
1.2.	La politica industriale: fra problemi definitori e obiettivi mutevoli.....	33
1.2.2.	Lo sviluppo per fasi della politica industriale	37
1.3.	Politica della concorrenza e politica industriale: profili di incompatibilità.....	47
2.	Il controllo delle concentrazioni in Europa e l'influenza della politica industriale nazionale.	53
2.1.	Il controllo delle concentrazioni: uno strumento di policy fra politica industriale e antitrust	53
2.2.	Il controllo delle concentrazioni in Europa: profili evolutivi, ragioni e limiti di un sistema multi-giurisdizionale.....	57
2.2.1.	Le prime divisioni fra Stati e il mancato inserimento di una disciplina in materia di concentrazioni all'interno dei Trattati.....	57
2.2.2.	Il memorandum del 1966.....	61
2.2.3.	Le sentenze della Corte di giustizia e il primo progetto di un Regolamento ad hoc	63
2.2.4.	Il rapporto Commissione-Consiglio: fra proposte di accentrimento della Commissione e spinte centrifughe degli Stati Membri	69
2.2.5.	'Rilancio europeo' e merger policy: nuovo europeismo e vecchia politica industriale.	73
2.2.6.	L'azione combinata di Commissione e Corte di Giustizia.....	75
2.2.7.	L'accordo del 1989: il Regolamento 4064.....	80
2.2.8.	L'applicazione della disciplina europea delle concentrazioni: il Regolamento 4064 alla prova pratica.	86
2.3.	L'era moderna del <i>merger control</i> europeo: la proliferazione delle discipline nazionali, il problema dei meccanismi di rinvio e la Riforma del 2004.	93
2.4.	I problemi rimasti irrisolti.....	102
3.	I 'nuovi protezionismi' nel quadro della politica europea delle concentrazioni: sfide attuali e prospettive future.....	104
3.1.	L'operato degli Stati Membri: le eccezioni di interesse pubblico nelle discipline nazionali di controllo delle fusioni.....	105
3.1.1.	La disciplina francese: <i>Les motifs d'intérêt général</i> e i poteri del Ministro dell'Economia.	111

3.1.2. La disciplina inglese: i ‘ <i>public interest mergers</i> ’.....	114
3.1.3. La disciplina tedesca: la pratica del cd. <i>Ministererlaubins</i>	116
3.1.4. Una pratica da limitare	120
3.2. Interesse pubblico, campioni nazionali e politica industriale nel quadro europeo.	120
3.2.1. Campioni nazionali ed europei, modernizzazione e crisi industriale: le nuove sfide al centro dell’agenda europea.	121
3.2.1. Il manifesto congiunto per la modernizzazione della politica europea della concorrenza: Germania, Francia e Polonia per la creazione di campioni europei.....	122
3.3. Nuovi problemi, vecchie soluzioni: ‘ <i>make eu merger control pure again.</i> ’ ...	129

**TENSIONI FRA POLITICA EUROPEA DI CONTROLLO DELLE
CONCENTRAZIONI E POLITICA INDUSTRIALE DEGLI STATI MEMBRI: LE
ECCEZIONI DI INTERESSE PUBBLICO DI FRONTE AI NUOVI
PROTEZIONISMI**

di Riccardo Haupt (Ph.D., Bocconi University)

Abstract

Nell'ambito del presente contributo saranno approfonditi gli aspetti più rilevanti e delicati del complesso rapporto intercorrente fra la politica industriale degli Stati Membri e la politica della concorrenza dell'UE. Si proverà in particolare a rispondere al quesito concernente allo spazio che dovrebbe essere riservato alle agende industriali dei diversi paesi nel delicato campo della politica europea sul controllo delle concentrazioni. Nel tentativo di offrire un'adeguata risposta a tale dirimente quesito, sarà presa in considerazione tanto la visione di coloro i quali ritengono che le due aree di *policy* dovrebbero essere tenute su due piani ben distinti, quanto quella di coloro che – adottando una posizione assimilabile a quella assunta dai sostenitori del cd. *hipster antitrust* – giudicano obsoleta e riduttiva l'attuale impostazione efficientista della disciplina concorrenziale, la quale, piuttosto che focalizzarsi sulle efficienze derivanti dalle concentrazioni, dovrebbe occuparsi di tutelare interessi pubblici ulteriori rispetto al solo *consumer welfare*.

Nella prima parte del lavoro, saranno quindi ricostruite le ragioni teoriche che portano la politica industriale e quella concorrenziale a porsi in un rapporto di reciproca tensione. Nella seconda parte, invece, si ricostruiranno le dinamiche che hanno caratterizzato lo sviluppo della *merger policy* europea, in cui si sono storicamente scontrati gli interessi dei singoli Stati membri, con gli obiettivi di integrazione perseguiti dalla Commissione. Nel terzo ed ultimo capitolo, sarà discussa nel dettaglio una serie di recenti decisioni, in cui la disciplina in materia di concentrazioni è stata derogata, a fronte dell'invocazione di non meglio definiti 'interessi pubblici', con cui sono state legittimate operazioni di natura protezionista e in grado di impattare negativamente sul processo di completamento del Mercato Unico. L'attenzione, infine, si sposterà sui possibili strumenti normativi a disposizione dei *policy maker* europei, per far fronte a tali disfunzioni della disciplina europea in materia di concentrazioni.

'Industrial policy threatens consumer welfare.'
(Daniel D. Sokol, 2015)

'Europe needs an industrial policy that does not conflict, rather builds on its competition rules.'
(Mario Monti, 2010)

1. Politica della concorrenza e politica industriale

La politica della concorrenza e quella industriale si collocano entrambe nel catalogo delle cd. politiche pubbliche economiche, ossia quel variegato insieme normativo per mezzo del quale gli Stati si rapportano alla dinamica economica. Benché le due aree di policy presentino numerosi tratti comuni, esse mantengono importanti differenze che le portano a vivere frequentemente in un rapporto di tensione.

Nell'ambito del presente capitolo ci si soffermerà in particolare sulle caratteristiche dell'una e dell'altra area di policy al fine di chiarire quali siano le ragioni che le portano spesso a confliggere. L'obiettivo primario di questa preventiva disamina teorica è quello di agevolare la comprensione del fenomeno che occuperà i capitoli successivi – l'utilizzo delle eccezioni di interesse pubblico nel campo del controllo delle concentrazioni – e che rappresenta uno degli ambiti su cui maggiormente influisce la mancanza di una chiara linea di demarcazione fra politica concorrenziale e politica industriale.

Di seguito si procederà quindi ad un'analitica esposizione dei tratti caratterizzanti le due aree di policy, ponendo particolare attenzione su quegli elementi che meglio si prestano a distinguerle e che possono emergere con chiarezza solo a valle di un'attenta ricostruzione degli obiettivi, i principi, l'architettura istituzionale e i profili di evoluzione storica di ciascun ambito.

1.1 La politica della concorrenza: obiettivi ed architettura istituzionale

Le risposte che, sin dai tempi dello *Sherman Act*,¹ si sono provate a fornire al quesito che verte sull'identificazione degli obiettivi del diritto della concorrenza nello specifico e della politica

¹ Dibattute in effetti sono state anche le stesse ragioni per cui il Congresso avrebbe adottato lo *Sherman Antitrust Act*. Secondo alcuni, tale provvedimento fu adottato come strumento a tutela dei consumatori

antitrust in generale (quelli che dalla letteratura anglosassone vengono comunemente definiti i ‘*goals of antitrust*’) sono state molteplici e fortemente influenzate dalle mutevoli circostanze politiche ed economiche che hanno caratterizzato il ‘900, prima, e gli anni duemila, poi. Ai fini del presente contributo, in cui non ci si addenterà eccessivamente in tale epocale e ancora oggi parzialmente irrisolto dibattito,² ci limiteremo a fare riferimento alla risposta prevalente che istituzioni, corti e studiosi statunitensi e dell’Unione Europea – rappresentativi delle due giurisdizioni che ad oggi dispongono della maggiore influenza sulla politica della concorrenza a livello globale – hanno provato a fornire a detto interrogativo. Per obiettivo della politica della concorrenza intenderemo quindi la tutela del benessere dei consumatori (il cd. *consumer welfare*).

Per quanto le voci critiche nei confronti di tale impostazione si siano moltiplicate

– in particolare nel corso degli ultimi anni in cui le nuove tecnologie, l’alto livello di concentrazione dei mercati moderni e la crescita esponenziale del cosiddetto ‘*state capitalism*’ cinese hanno messo talvolta a dura a prova tale approccio – quella ad oggi maggiormente in grado di mettere a in discussione il *consumer welfare standard*, nonché l’unica su cui sembra opportuno qui soffermarsi brevemente, propone l’adozione del benessere generale (il cd. *total welfare*) quale bene giuridico finale³ alla cui tutela le norme antitrust sarebbero preposte.

americani dall’immenso potere dei monopolisti e *trusts*. Un’altra interpretazione suggerisce invece che la legge fu ispirata dall’intento di tutelare uno dei più fondamentali principi americani, ovvero quello di libertà di impresa secondo cui a ciascuno deve essere data la possibilità di arricchirsi per mezzo della propria attività imprenditoriale. Questa seconda interpretazione, che vede la nascita del diritto antitrust non come il frutto di ragionamenti economico-consumeristi, ma piuttosto come diretta emanazione di altri principi giuridici fortemente radicati nella cultura giuridica americana dell’epoca, sembrerebbe in una certa misura avvalorata dalla circostanza che alla fine del XIX secolo, gran parte della teoria economica alla base dell’antitrust non aveva ancora visto la luce e quindi difficilmente potrebbe aver influenzato l’emanazione di un provvedimento di tale portata.

² A tale riguardo, si vedano, fra gli altri E FOX, *Against Goals*, 81 Fordham L. Rev. 2157 (2013), J WRIGHT D GINSBURG, *The Goals of Antitrust: Welfare Trumps Choice*, Fordham L. Rev., 2012, 81: 2405, B ORBACH, *Foreword: Antitrust’s Pursuit of Purpose*, 81 Fordham L. Rev. 2151 (2013), H HOVENKAMP *Roger Blair and the Goals of Antitrust*, The Antitrust Bulletin, 2016, Vol 61, Issue 3, pp. 382 – 392, R BORK, *The Goals of Antitrust Policy*, American Economic Review 57, 1967, Papers and Proceedings, 242–253., per quanto riguarda la letteratura statunitense e, per l’Italia cfr. G MONTI, *Article 81 EC and public policy*, Common Market L. Rev., 2002, 39: 1057., G AMATO, *Antitrust and the bounds of power: the dilemma of liberal democracy in the history of the market*. Hart Publishing, 1997.

³ Il termine ‘bene giuridico finale’ è utilizzato qui per essere distinto da quello di ‘bene giuridico strumentale.’ Tale distinzione risulta fondamentale al fine di comprendere pienamente le linee guida seguite dai *policy makers* in ambito antitrust a livello europeo, dove la concorrenza non è tutelata come valore in sé, ma solo come strumento funzionale al raggiungimento di finalità di ordine superiore, come

In termini sostanziali i due *welfare standard*,⁴ pur poggiando su analoghe impostazioni teoriche e derivando entrambi dallo sviluppo della cd. *competition economics*, differiscono nella misura in cui il primo fa riferimento al solo surplus dei consumatori (ovvero la differenza fra il prezzo che un consumatore è disposto a pagare per ricevere un bene e il prezzo di mercato dello stesso bene), mentre il secondo ricomprende tanto il surplus dei consumatori quanto quello dei produttori (ovvero la differenza tra il prezzo di un bene pagato al produttore ed il prezzo che il produttore sarebbe stato disposto ad accettare per quantità inferiori di quello stesso bene).⁵

Per quanto a livello di impostazione teorica⁶ tale distinzione possa apparire particolarmente rilevante, essa, considerato il contesto in cui viene proposta – un dibattito di portata globale concernente gli obiettivi di una politica pubblica di primissima importanza quale l’antitrust – risulta statisticamente essere priva di significative conseguenze pratiche, in quanto nella maggior parte dei casi una condotta che violi le norme del diritto della concorrenza tende a ridurre tanto il benessere dei consumatori quanto quello totale.

Premessa, quindi, l’esistenza di un vivace dibattito in merito ai *welfare standards*, e premesso anche il fatto che il presente lavoro non si propone di affrontarlo nel dettaglio, per obiettivo

appunto il benessere dei consumatori, o a seconda dell’interpretazione, il benessere generale. In proposito si veda M LIBERTINI, ‘A “highly competitive social market economy” as a Founding element of the European Economic Constitution’, in *Concorrenza e Mercato*, 2011, pp. 491 e ss.

⁴ Il termine *welfare standard*, oggi comunemente utilizzato in ambito antitrust, è il frutto di una lunga elaborazione compiuta dalla dottrina economica, la quale si è proposta di identificare e standardizzare strumenti di misura del benessere economico. All’interno di tale definizione rientrano svariati concetti di benessere economico, ma in ambito concorrenziale si è soliti limitarsi a riferirsi ai soli *consumer welfare standard* e *total welfare standard*.

⁵ Proprio sulla differenza teorica e concettuale esistente fra i due standard, si basa l’argomentazione, critica nei confronti del *total welfare standard*, espressa da una delle più autorevoli voci della dottrina italiana, la quale in proposito si è espressa nei seguenti termini ‘A mio avviso, i due standard sono differenti perché il primo (*consumer welfare*) intende misurare il grado di soddisfazione ottenuto dai consumatori finali (i.e., persone, individui), mentre il secondo (*total welfare*) intende misurare i vantaggi ottenuti complessivamente da tutti gli operatori di mercato, cioè persone e imprese. Solo che le imprese non sono individui, ma organizzazioni complesse programmate per un’attività lucrativa, e quindi tutto ciò che si traduce in surplus per un’impresa non può avere lo stesso “valore” (in termini sociali e politici) di ciò che si traduce in surplus per un consumatore, e quindi in incremento delle possibilità di questa persona di soddisfare i suoi bisogni di vita’, cfr. M LIBERTINI, ‘Diritto della concorrenza dell’Unione Europea’, Giuffrè, 2014, p. 19.

⁶ Non si vuole in alcun modo con ciò etichettare il dibattito sui *welfare standards* come meramente speculativo, in quanto l’alternativa fra i due standard può, in effetti, al ricorrere di taluni presupposti avere ricadute pratiche. A tale proposito si veda l’approfondito lavoro di BLAIR R e SOKOL D, ‘Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement’, 81 *Fordham Law Review* 2947 (2013), in cui gli autori, ipotizzando di utilizzare alternativamente l’uno e l’altro standard a casi di *Resale Price Maintenance* e di concentrazioni, fanno emergere chiaramente la possibilità che, al variare dello standard adottato, l’autorità giudicante possa pervenire a decisioni diverse.

della politica della concorrenza, come anticipato, si intenderà qui la tutela del *consumer welfare*. Tale scelta non dipende tanto da una aprioristica presa di posizione personale, quanto piuttosto dalla circostanza che nell'UE – giurisdizione su cui il presente contributo concentra la propria attenzione – il *consumer welfare standard*, per quanto ancora discusso a livello dottrinale, può dirsi ormai pienamente affermato quale ‘goal’ del diritto e della politica antitrust, come peraltro dimostrato dal dato testuale di svariati documenti ufficiali⁷ e da numerose prese di posizione dei diversi *policy maker* che si sono susseguite alla guida della DG Concorrenza in seno alla Commissione europea.⁸

1.1.1. Consumer welfare standard, efficienza ed equità

Dall'adesione alla teoria del *consumer welfare standard*, discende indirettamente la qualificazione della politica concorrenziale non quale insieme di norme atte a tutelare una data struttura di mercato, ma, piuttosto, come un sistema orientato a raggiungere il miglior funzionamento possibile del mercato, al solo scopo di raggiungere il massimo grado di benessere dei consumatori.

⁷ La parola ‘consumatori’ è innanzitutto rintracciabile all'interno delle disposizioni del TFUE e più precisamente all'articolo 101(3) dove è stabilito che il divieto di cui all'articolo 101(1) non è applicabile ad accordi che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori (*consumers*, nella versione inglese del trattato) una congrua parte dell'utile che ne deriva. Scendendo nella gerarchia delle fonti del diritto europeo, si trovano riferimenti al benessere dei consumatori anche nel Regolamento sul controllo delle concentrazioni (Considerando 29 del Regolamento 139/2004, OJ L 24/1, 29.1.2004) ed in diverse Direttive e comunicazioni ufficiali, prima fra tutte la comunicazione nota come ‘*General Guidelines*’, dove è stabilito che ‘*L'obiettivo dell'articolo 81 è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'allocazione efficiente delle risorse. La concorrenza e l'integrazione del mercato contribuiscono entrambe alla realizzazione di tali obiettivi, in quanto la creazione e il mantenimento di un mercato unico aperto promuovono un'allocazione efficiente delle risorse nell'intera Comunità, a vantaggio dei consumatori.*’ (Paragrafo 13 della Comunicazione della Commissione ‘*Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato*’ C 101 del 27/04/2004).

⁸ Al riguardo si vedano, fra le altre, la chiara presa di posizione da parte dell'ex commissario alla concorrenza Almunia il quale in un comunicato ufficiale sostenne che ‘*[a]ll of us here today know very well what our ultimate objective is: Competition policy is a tool at the service of consumers. Consumer welfare is at the heart of our policy and its achievement drives our priorities and guides our decisions.*’ (J ALMUNIA, ‘*Competition and consumers: the future of EU competition policy*’, discorso tenuto in occasione del European Competition Day, Madrid, 12 Maggio 2010.), e dell'attuale Commissario Vestager la quale recentemente ancora ha ribadito che ‘*Competition rules are about making life better for consumers.*’ (M VESTAEGGER ‘*Making the decisions that count for consumers*’, European Competition Day, Sofia, 31 Maggio 2018).

Fra le innumerevoli ricadute pratiche discendenti dall'adozione del *consumer welfare standard* a discapito di standard non puramente economici, che pure negli anni sono stati proposti e talvolta implementati, occorre, ai nostri fini, innanzitutto porre l'accento sull'utilizzo dell'analisi economica degli effetti competitivi quale unico metodo per valutare il nocimento al benessere dei consumatori. Detta impostazione ha il pregio di rimuovere – o perlomeno ridurre al minimo – lo spazio per qualsivoglia valutazione di natura politica dallo scrutinio antitrust, spostando così la discrezionalità circa l'identificazione di *winners* e *losers* dalla disponibilità del soggetto pubblico a quella del mercato.⁹ Il ruolo sempre più centrale giocato dalla cd. *competition economics*, ricollegabile all'adesione alla teoria del *consumer welfare standard*, è stato accompagnato da una crescente presenza di esperti economisti nell'ambito delle istituzioni incaricate implementare la politica concorrenziale. Tale fenomeno, storicamente più evidente negli Stati Uniti – dove la cultura economica in campo antitrust ha radici molto più profonde che in altre parti del mondo – ha interessato in anni più recenti anche la politica europea della concorrenza ed in particolare a partire dall'adozione del cd. '*more economic approach*'¹⁰ da parte della Commissione UE, la quale fra l'altro si è dotata della sempre più rilevante figura dello *Chief Economist* – a sua volta a capo di un indipendente staff di economisti in grado di influenzare l'operato della DG Concorrenza, attenuandone così ulteriormente il rischio di politicizzazione dato dal fatto che i Commissari sono di nomina governativa e potrebbero talvolta portare avanti autonome agende politiche.

Questi cambiamenti hanno gradualmente portato a ridefinire i connotati dell'antitrust moderno il quale ha assunto le sembianze di una disciplina sempre più tecnocratica. Tale caratterizzazione – osteggiata dai molti sostenitori del cd. *hipster antitrust*¹¹ e della necessità

⁹ In merito all'opportunità di limitare al minimo la presenza di considerazioni di carattere politico dall'enforcement antitrust, si veda il lavoro di R.D. BLAIR & D. SOKOL, '*Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement*', 81 *FORDHAM L. REV.* 2497, 2529 (2013)

¹⁰ Tale approccio si deve alla cd. modernizzazione della politica europea della concorrenza che ha preso forma a seguito dell'emanazione del Regolamento 1/2003, del 16 dicembre 2002, '*Concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*'.

¹¹ Con il termine *hipster antitrust* – fortemente criticato dai fautori della corrente non ortodossa della comunità antitrust, in quanto tale termine sarebbe a loro parere utilizzato dall'*establishment* del settore per ridicolizzarne e sminuirne le opinioni – ci si riferisce alla posizione dottrinale che negli ultimi anni è tornata sostenere con forza la necessità di abbandonare il *consumer welfare standard*. La nascita di quello che oggi viene talvolta definito 'movimento' – visto l'alto livello di politicizzazione delle argomentazioni proposte – risalire alla pubblicazione nel 2017 sul prestigioso *Yale Law Journal* di un lungo articolo con cui una giovane autrice americana (28 anni) ha attaccato duramente l'impostazione consumerista, utilizzando come esempio paradigmatico dell'insufficienza di tale approccio il caso Amazon. La piattaforma online rappresenterebbe, infatti, agli occhi dell'autrice e dei molti che hanno

di un ritorno ad un antitrust più politico e simile a quello delle origini – si spiega con l'alto livello di tecnicismo che caratterizza oggi le procedure antitrust e l'imprescindibile giustificabilità in termini economici di ogni intervento o mancato intervento da parte delle autorità garanti. La crescente insofferenza rispetto all'attuale approccio tecnocratico riguarda in particolare il ruolo centrale che hanno assunto le diverse declinazioni del concetto di efficienza (di mercati e imprese) nell'*enforcement* del diritto della concorrenza.¹² Non a caso infatti, è proprio dall'odierna impostazione efficientista¹³ che è dipesa una sostanziale impermeabilità della disciplina antitrust al concetto di equità,¹⁴ che spesso caratterizzo' l'*enforcement* antitrust delle origini,¹⁵ ai tempi in cui 'grande' era sinonimo di 'cattivo' (*'big is bad'*),¹⁶ le efficienze

successivamente aderito alla sua posizione, l'esempio plastico di un'impresa che a fronte di un modello di business particolarmente favorevole ai consumatori sul breve/medio periodo, cela rischi di portata epocale per la società nel suo complesso. In proposito si veda L KHAN, *'Amazon's Antitrust Paradox'*, Yale Law Journal, Vol. 126, 2017, ed i successivi commenti ed approfondimenti fra cui H FIRST, *'Woodstock Antitrust'*, CPI Antitrust Chronicle, April 2018; NYU Law and Economics Research Paper No. 18-24, e *'Amazon's Antitrust Antagonist Has a Breakthrough Idea'*, New York Times, 7 Settembre 2018, disponibile all'indirizzo web <https://www.nytimes.com/2018/09/07/technology/monopoly-antitrust-lina-khan-amazon.html>, e *'How to Fight Amazon (Before You Turn 29)'*, The Atlantic, Luglio 2018, disponibile all'indirizzo web <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2018/07/lina-khan-antitrust/561743/>

¹² Per un'analisi del ruolo giocato dal concetto di efficienza nell'applicazione del diritto della concorrenza si veda P NELSON, D SMITH, *'Efficiencies in Antitrust Analysis: A View from the Middle of the Road.'* The Antitrust Bulletin, 2015, 60, pp. 128-149

¹³ Per un'approfondita trattazione *ante litteram* dell'applicazione del concetto di efficienza in ambito antitrust si veda O WILLIAMSON, *'Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs.'* The American Economic Review, vol. 58, no. 1, 1968, pp. 18-36, H FIRST, and S WALLER, *'Antitrust's Democracy Deficit'* Fordham Law Review, Vol. 81, 2013; NYU Law and Economics Research Paper No. 13-05; Loyola University Chicago School of Law Research Paper No. 2013-008, L KHAN, *'Amazon's antitrust paradox.'* Yale Law Journal 126 (2017), 710.

¹⁴ In economia esistono svariate definizioni di equità, nel presente contesto, sembra potercisi limitare a ad affermare che, in linea generale, una situazione distributiva viene considerata equa se essa assicura uguaglianza dei punti di partenza (ossia delle opportunità) o delle posizioni finali (ossia dei risultati del processo economico) per i membri di una collettività.

¹⁵ Per un'esauriente disamina dell'approccio antitrust statunitense utilizzato fra gli anni 50 e 70 del secolo passato cfr. D GINSBURG, *'Originalism and Economic Analysis: Two Case Studies of Consistency and Coherence in Supreme Court Decision Making'*, 33 HARVARD JOURNAL OF LAW AND PUBLIC POLICY 217, 217 (2010), in cui il celebre giudice statunitense si esprimeva così in merito all'operato dei propri colleghi in quegli anni 'Quarant'anni fa, la Corte Suprema degli Stati Uniti semplicemente non aveva idea di cosa stesse facendo in ambito antitrust.' Per una panoramica sulla prassi UE degli albori si veda invece H SCHWEITZER, *'The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC'*, in European Competition Law Annual 2007.

¹⁶ Si pensi a celebri casi della giurisprudenza americana quali *'United States v. Philadelphia National Bank'*, 374 U.S. 321, 371-72 (1963) e *'United States v. Aluminum Co. of America'*, 148 F.2d 416, 428 (2d Cir. 1945) in cui i giudici in maniera plateale affermarono che 'Le grandi corporazioni industriali sono intrinsecamente indesiderabili, a prescindere dai loro effettivi risultati economici'.

derivanti dalle concentrazioni venivano completamente ignorate¹⁷ e le restrizioni verticali erano considerate illegali *'per se'*.¹⁸

Il rapporto fra efficienza ed equità non rappresenta un elemento critico della sola disciplina concorrenziale, ma costituisce piuttosto uno dei fondamentali problemi economici su cui gli economisti di tutto il mondo da decenni si confrontano.¹⁹ In particolare il dibattito discende dall'assunto convenzionalmente accettato – ma non per questo pacifico – per cui si ritiene che nel rapporto fra efficienza ed equità esista un immanente *trade-off*. Una politica economica volta ad accrescere l'efficienza di un sistema comporterebbe, infatti, l'effetto di aumentare la disuguaglianza riducendo l'equità, mentre una politica volta a rendere un sistema più equo avrebbe dei costi in termini di efficienza del sistema. Da tale assunto si usa far discendere la conclusione che i due obiettivi siano fra loro inconciliabili o, più precisamente, che i due obiettivi siano inconciliabili nell'ambito di un singolo provvedimento o di una specifica area di policy. Nella pianificazione della politica economica degli Stati moderni si è quindi cercato di suddividere logicamente le politiche pubbliche in politiche efficientiste – nell'ambito delle quali i *policy makers* si propongono unicamente di rendere i sistemi economici più efficienti, accettando la possibilità che la propria azione possa avere delle ricadute in termini di equità – e politiche distributive (come tassazione, welfare e istruzione) – volte a redistribuire in modo equo nella società le risorse economiche amministrare dallo Stato e direttamente o indirettamente discendenti proprio dalle politiche efficientiste.

Coerentemente con tale impostazione, la politica della concorrenza ha assunto un ruolo di primissimo rilievo nel catalogo delle politiche efficientiste con l'effetto di estromettere il concetto di equità dai principi che ne guidano l'azione. Per offrire un'istantanea di quale sia l'approccio della comunità antitrust – o perlomeno della sua componente maggioritaria – nei confronti del concetto di equità sembra utile prendere spunto da uno dei più celebri manuali di

¹⁷ Cfr. *Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568, 580 (1967), in cui il tribunale affermò che *'Le possibili efficienze [derivanti da una concentrazione] non possono essere utilizzate come difesa a fronte di comportamenti illegali. Il Congresso, infatti, era del tutto cosciente del fatto che talune concentrazioni che comportano una restrizione della concorrenza possono risultare in efficienze, ma tuttavia nel bilanciamento fra i due effetti decise di propendere in favore della protezione della concorrenza.'*

¹⁸ Cfr. *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145, 151-54 (1968)

¹⁹ Si vedano tra gli altri AM OKUN *'Equality and efficiency, the big tradeoff'*, Washington, Brookings Institution Paper 1975, JD OSTROY, A BERG, and C TSANGARIDAES *'Redistribution, inequality and growth'*, IMF Staff Discussion Paper SDN/14/02, (2014).

diritto della concorrenza al mondo, in cui gli autori sostengono che *‘as a goal of antitrust policy, ‘fairness’ is a vagrant claim applied to any value that one happens to favor*²⁰ e sarebbe quindi intrinsecamente nocivo per l’efficacia di lungo periodo della disciplina antitrust, finendo, in ultima analisi, per ledere il bene giuridico alla cui tutela le sue norme sono preposte, ossia il benessere dei consumatori.

Seppure, dunque, a livello sistematico, efficienza ed equità si pongono in un rapporto di tensione l’una con l’altra, non mancano casi in cui una politica concorrenziale efficientista orientata a tutelare il *consumer welfare* possa avere ricadute positive anche in termini di equità. Il caso dell’attualissima²¹ tematica della redistribuzione del reddito all’interno delle società, si presta bene a dimostrare tale affermazione. Un ottimale *enforcement* delle regole antitrust, infatti, contribuisce generalmente a migliorare le condizioni di coloro che si collocano nelle fasce reddituali più basse della società, senza per questo far decrescere il grado di efficienza del mercato di riferimento. L’azione antitrust è in grado di conseguire tale duplice effetto benefico per mezzo dei propri strumenti tradizionali: il contrasto ai cartelli e ai tentativi di monopolizzare mercati fra i cui consumatori – in particolare quando si tratta di beni e servizi di largo consumo – sono statisticamente prevalenti cittadini ricompresi in fasce di medio o basso. Un’efficace azione antitrust comporterà quindi prezzi più bassi sul mercato con l’effetto indiretto di ampliare la capacità di spesa dei cittadini. Abbassamento dei prezzi e crescita della capacità di spesa non sono tuttavia gli unici effetti ‘equi’ di un’azione antitrust volta a tutelare il benessere dei consumatori. Un più alto livello di concorrenza sui mercati comporta anche una minore capacità delle imprese di accumulare extraprofitti derivanti da situazioni di privilegio, rendita di posizione o collusione. Per comprendere appieno l’impatto che una efficace politica della concorrenza può avere sulla distribuzione della ricchezza nella società, basti pensare che oltre il 40% della ricchezza delle famiglie più ricche al mondo negli anni settanta (ovvero in un’epoca antecedente alla diffusione della cultura antitrust su scala globale) derivava da redditi provenienti da imprese che agivano in un regime di monopolio.²²

²⁰ Cfr. P AREEDA, H HOVENKAMP W TURNER, *‘Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application’* 111d (4th ed. 2015), Aspen Law & Business, p. 21.

²¹ In proposito si vedano le discusse opere dell’economista francese Thomas Piketty che ha analizzato nel dettaglio il rapporto fra concentrazione del capitale e disuguaglianza, cfr. T PIKETTY, *‘Il capitale nel XXI secolo’*, Bompiani, 2016 e T PIKETTY, *‘Disuguaglianze’*, Università Bocconi Editore, 2014.

²² Cfr. W COMANOR, R H. SMILEY, *‘Monopoly and the Distribution of Wealth.’* *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 89, no. 2, 1975, pp. 177–194.

Un altro esempio di come la politica antitrust nella propria ricerca di efficienza possa avere ricadute positive anche in termini di equità, è fornito dal trattamento talvolta riservato alle piccole e medie imprese nell'ambito del controllo delle concentrazioni. Sempre più spesso accade infatti che le autorità garanti della concorrenza²³ prendano in particolare considerazione la posizione di piccole e medie imprese, in quanto la loro presenza, al ricorrere di determinati presupposti, può rappresentare un particolare stimolo all'innovazione e per tale ragione ad esse è talvolta riservato un trattamento preferenziale. Un tale ragionamento – ispirato, è bene chiarire, unicamente dall'obiettivo di aumentare il grado di efficienza e concorrenzialità del mercato – ha il pregio di avere anche ricadute positive in termini di equità e raggiungere lo stesso obiettivo che raggiungerebbe una politica della concorrenza redistributiva che tendesse a contrastare l'apparente iniquità di un mercato composto da imprese di grandi dimensioni affiancate da operatori di dimensioni modeste.

1.1.2. L'architettura istituzionale della politica della concorrenza: indipendenza ed accountability

Un ulteriore aspetto caratterizzante la moderna politica della concorrenza – anch'esso direttamente collegato all'adozione del *consumer welfare standard* ed alla conseguente depoliticizzazione dell'antitrust – è quello dell'indipendenza dei *public enforcer* nell'esercizio delle proprie funzioni. Convenzionalmente infatti, tanto a livello internazionale²⁴ quanto

²³ Un caso emblematico a tale riguardo è rappresentato dalle linee guida statunitensi sulle concentrazioni orizzontali (si vedano le *Horizontal Merger Guidelines* pubblicate dalla *Federal Trade Commission* il 29 agosto 2010, disponibili all'indirizzo <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>). Nel testo di tale provvedimento, che abbraccia in maniera palese la posizione di Arrow nel dibattito con Schumpeter su antitrust e innovazione (cfr. K J ARROW, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention in Essays in the theory of riskbearing* 144, 157 (3d ed. 1976) (1962) e J A SCHUMPETER, *Capitalism, socialism and democracy* 101–106 (1942), la FTC conclude che in molti casi imprese non dominanti hanno maggiori incentivi ad innovare e che in caso di acquisizione da parte di un'impresa dominante questi incentivi rischiano di essere eliminati. Per un commento alle linee guida si veda H HOVENKAMP, *Harm to Competition under the 2010 Horizontal Merger Guidelines*, 39 *Review of Industrial Organization* 3 (2011).

²⁴ Cfr. UNCTAD, *'Independence and accountability of competition authorities'* (2008), http://unctad.org/en/docs/c2clpd67_en.pdf, OECD *'Independence of competition authorities - from designs to practices'*, (2016), *Background Note* del Segretariato disponibile all'indirizzo [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2016\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2016)5/en/pdf). In dottrina si vedano anche M LIVERMORE, *'Cost-Benefit Analysis and Agency Independence.'* *The University of Chicago Law Review*, vol. 81, no. 2, 2014, pp. 609–688 e T MA, *'Competition authority independence, antitrust effectiveness, and institutions.'* *International Review of Law and Economics*, 2010, 30, pp. 226-235.

europeo,²⁵ si ritiene che le istituzioni responsabili della politica concorrenziale debbano essere in grado di adottare decisioni e portare avanti iniziative di policy in maniera del tutto indipendente. A più riprese – ed in particolare all’interno dell’Unione Europea – ci si è quindi chiesti quale sia precisamente il rapporto di dipendenza da cui esse dovrebbero venire schermate. A tale interrogativo si può oggi rispondere affermando che l’attributo dell’indipendenza concerne tanto il rapporto fra autorità di controllo e soggetti sottoposti al loro controllo, quanto quello con il potere politico. Tale duplice valenza, emerge chiaramente dai documenti ufficiali in cui si tratta del *set up* istituzionale delle Autorità Nazionali della Concorrenza (di seguito anche ‘ANC’). In tali documenti, infatti, l’aggettivo «indipendenti» viene tipicamente rafforzato dall’avverbio «pienamente» (in lingua inglese vengono utilizzati i termini *fully* e *wholly*),²⁶ con ciò riferendosi ad un potere decisionale privo di qualsiasi influenza esterna all’autorità, provenga essa dagli operatori di mercato o dal potere politico.

L’importanza attribuita all’elemento dell’indipendenza risulta oggi ulteriormente accresciuta, in ambito concorrenziale ancora più che per altri settori dove pure è centrale il ruolo delle autorità indipendenti, dal fatto che ad esso si ricollegli direttamente l’efficacia dell’azione

²⁵ A livello europeo, il tema dell’indipendenza delle autorità garanti della concorrenza si è riaffacciato con forza sul dibattito UE in corrispondenza dei lavori preparatori e della successiva pubblicazione della proposta di direttiva del 22 marzo 2017 (COM (2017) 142) relativa al rafforzamento delle autorità nazionali della concorrenza (1a cd. *ECN+ Directive*). Con tale intervento, la Commissione è andata ad operare, *inter alia*, su un vuoto normativo lasciato aperto dal regolamento 1/2003 con cui si è proceduto a ridisegnare l’architettura istituzionale dell’antitrust europeo adottando un modello decentralizzato. In particolare, la recente proposta contiene una serie di disposizioni volte a tutelare l’indipendenza politica ed economica delle autorità nazionali, colmando così la lacuna lasciata dal Regolamento 1/2003 il quale, all’articolo 35 aveva concesso sostanzialmente carta bianca agli Stati sull’architettura istituzionale delle nuove autorità. Più in generale sul tema dell’indipendenza delle autorità della concorrenza in Europa e in Italia si vedano A JASSER, ‘*Independence and Accountability*’, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 6, Issue 2, 1 February 2015, 71–72, S ALVES, J CAPIAU and A SINCLAIR, ‘*Principles for the Independence of Competition Authorities*’, *Competition Law International* Vol 11 No 1 April 2015, per quella internazionale C FONTEJIN C, A OTTOW, ‘*Independence of Competition Authorities. Independence in Heart, Mind and Law*’ in D Arts et al (eds), *Mundi et Europae Civis: Liber Amicorum Jacques Steenberg*, Larcier 2014, 405, m GUIDI, ‘*The impact of independence on regulatory*’ outcomes: the case of EU competition policy’ (2015) 53 *Journal of Common Market Studies* 1195, M D’ALBERTI ‘*Il valore dell’indipendenza*’, in M. D’ALBERTI e A PAJNO (a cura di) *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, 2010, Il Mulino, p. 11 ss., M CLARICH ‘*L’Autorità Garante della concorrenza e del mercato come autorità pubblica indipendente*’ in C RABITTI BEDOGNI e P BARUCCI ‘*Venti anni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*’, Giappichelli, 2010.

²⁶ Per una panoramica sul tema del design istituzionale delle autorità garanti della concorrenza e sul concetto di indipendenza, si vedano i documenti prodotti in occasione delle due tavole rotonde, svoltesi nel 2014 e 2015, tenutesi presso la divisione concorrenza dell’OECD disponibili all’indirizzo <http://www.oecd.org/competition/changes-in-competition-institutional-design.htm>

antitrust in termini di benessere dei consumatori. Una politica concorrenziale orientata a tutelare il *consumer welfare*, come si è visto, richiede infatti un approccio tecnico, terzo ed imparziale rispetto alle dinamiche di mercato. L'assenza di condizionamenti provenienti da imprese private o dai poteri esecutivo e legislativo, rappresenta dunque un requisito imprescindibile per assicurare un'applicazione della normativa basata unicamente su consolidati principi legali ed economici in grado di assicurare adeguati standard di certezza del diritto e, appunto, imparzialità. Al contrario, un antitrust più politico e meno tecnocratico, che prendesse quindi maggiormente in considerazione interessi pubblici ulteriori rispetto a quello del *consumer welfare* o che comunque ergesse il (vago ed elastico) concetto di equità a proprio principio guida, non necessiterebbe di autorità indipendenti dal potere esecutivo o legislativo, poiché in un tale scenario sarebbe proprio la legittimazione democratica e politica a giustificare la delega di discrezionalità in favore delle autorità stesse nel perseguimento di obiettivi non delineati o definiti a priori.

Per quanto riguarda il rapporto con gli interessi privati, l'indipendenza costituisce l'elemento necessario al fine di ridurre il rischio di vedere le autorità antitrust, nella propria veste di controllori, condizionate dagli interessi degli operatori di mercato, i controllati. Questi ultimi, infatti, nell'avanzare le proprie istanze possono dare vita ad intense campagne di *lobbying*²⁷ o ad altre forme di mobilitazione a cui le autorità devono essere in grado di reagire con adeguati meccanismi che ne garantiscano, appunto, l'indipendenza. I tentativi di condizionamento delle autorità possono assumere forme molto diverse fra loro e presentarsi in svariati contesti, dando vita al fenomeno della cd. *regulatory capture*.²⁸ Può trattarsi, in alcuni casi, di pressioni esercitate da un grande gruppo multinazionale interessato ad un particolare progetto di acquisizione il cui esito potrebbe influenzare la performance economica di un intero settore industriale o di una determinata regione. In altri casi, l'indipendenza di un'autorità può essere

²⁷ In merito al fenomeno del *lobbying* in ambito antitrust, si vedano, C MARIANI, S PIERI '*Lobbying Activities and EU Competition Law: What Can be Done and How?*', Journal of European Competition Law & Practice, Volume 5, Issue 7, 2014, pp. 423–435, G ORTON '*When lobbying dg comp makes sense: European competition officials are policy-makers as well as regulators.*', Competition Law International 7(2), 2011, pp. 50-53, S BIONTINO, A RICCIARDELLI, '*The boundaries of antitrust law: Where do public affairs and politics fit into eu enforcement policies.*', Competition Law International 7(2), 2011, pp. 54-58.

²⁸ Con tale termine ci si riferisce alla possibilità che l'azione delle autorità pubbliche serva interessi privati particolari a discapito del benessere generale. Si veda in proposito J LAFFONT, J TIROLE '*A theory of incentives in procurement and regulation.*', MIT press, 1993, celebre contributo accademico in cui il concetto di *regulatory capture* è stato per la prima volta elaborato.

messa a rischio laddove oggetto di un procedimento sia l'attività di un'impresa pubblica operante in un settore regolamentato in cui il governo nazionale detenga particolari interessi strategici. Possibili condizionamenti possono, infine, aver luogo nel caso in cui un'autorità si debba interfacciare con rappresentanti di categoria (si pensi, per fare alcuni esempi, a categorie quali taxisti, albergatori, camionisti ed allevatori) in grado di influenzare l'opinione pubblica e la classe politica grazie alla propria capacità di mobilitare attivamente l'alto numero di associati (ed elettori) che rappresentano.

Più complesso e, per sua natura, dibattuto è il concetto di indipendenza dal potere politico. Per meglio comprendere il rapporto che lega oggi autorità antitrust a governi e parlamenti, occorre ripercorrere il processo di concepimento e successivo consolidamento della figura delle autorità indipendenti che risulta strettamente intrecciato con i profondi cambiamenti politici ed economici che hanno interessato la maggior parte delle economie occidentali a partire dalla seconda metà del secolo scorso. Le autorità indipendenti, infatti, hanno assunto un'importanza cruciale a seguito del cambio di approccio degli Stati moderni al mercato, da cui è dipeso un graduale abbandono del ruolo del cd. Stato imprenditore in favore del cd. Stato regolatore.²⁹ Tale delicata transizione, legata a doppio filo con l'ondata di privatizzazioni³⁰ che ha attraversato – seppur con diverse tempistiche ed intensità – buona parte delle economie occidentali fra gli anni '80 e '90 del secolo scorso, si è tradotta in molti casi nell'istituzione di monopoli privati nell'ambito dei quali lo Stato ha continuato a giocare uno o più ruoli di primissimo rilievo. Ben lungi dal limitarsi a regolare alcuni fra i settori privatizzati, infatti, lo Stato ha assunto in molti casi la veste di azionista, in altri quella di finanziatore tramite l'istituzione di banche pubbliche e, in altri casi ancora, quella di promotore di politiche industriali volte a modificare gli incentivi delle imprese private operanti in mercati giudicati strategici. Tale molteplicità di ruoli, oltre a comportare in molti casi degli evidenti conflitti di interesse, ha dato spesso luogo a ricadute negative per i consumatori e, più in generale, per il benessere economico dei paesi interessati da tali profonde trasformazioni.

²⁹ In merito alla modifica del ruolo giocato dallo Stato in economia si vedano J BRAITHWAITE et al. *'The regulatory state.'* The Oxford handbook of political institutions, 2006, pp. 407-430. A PISANESCHI, *'Dallo stato imprenditore allo stato regolatore. E ritorno?'*, Giappichelli, Torino, 2009.

³⁰ In merito alla cd. *privatization wave* degli anni 80 ed ai suoi successivi sviluppi si vedano P YOUNG *'Privatization around the World.'* Proceedings of the Academy of Political Science, vol. 36, no. 3, 1987, J GOODMAN, W LOVEMAN *'Does Privatization Serve the Public Interest?'*, Harvard Business Review, 1991, pp. 190–206, *'Privatisation in the 21st Century: Recent Experiences of OECD Countries'*, OECD report on Good Practices, January 2009.

L'accresciuta complessità dei sistemi economici e i rinnovati principi ispiratori dell'azione statale in economia, sono stati accompagnati, a partire dagli anni '80, da un grande fermento accademico³¹ nell'ambito scientifico delle politiche regolatorie, da cui scaturì, fra l'altro, l'elaborazione della cd. teoria della scelta pubblica (*public choice theory*)³² che nei decenni a seguire avrebbe profondamente segnato la scienza economica. La rapida diffusione nei paesi occidentali della figura delle autorità indipendenti, già esistenti, seppur con gradi minore di indipendenza dai governi, in taluni ordinamenti fu figlia proprio di tale movimento e dei cambiamenti epocali che lo avevano preceduto. Le *authority* furono quindi concepite come enti slegati dall'influenza diretta delle contingenze politiche di un dato paese e il cui meccanismo di nomina dei vertici, nella maggior parte dei casi, venne strutturato in maniera tale da far sì che non si creasse alcun tipo di vincolo di mandato con le forze politiche e di governo. L'attributo dell'indipendenza dal potere politico e i relativi meccanismi istituzionali volti a preservarla, furono concepiti, infatti, proprio con l'obiettivo di sganciare l'agenda delle autorità dalle pressioni discendenti dal continuo stato di campagna elettorale caratterizzante le moderne democrazie occidentali, i cui governi sono spesso spinti a perseguire obiettivi *short-term* in grado di essere capitalizzati in termini di consenso al presentarsi delle frequenti scadenze elettorali.

A valle del processo qui succintamente descritto, nelle democrazie occidentali – eccezion fatta per gli Stati Uniti, dove il tema dell'indipendenza delle autorità antitrust ha storicamente seguito un percorso di sviluppo diverso³³ anche in virtù delle peculiarità del sistema costituzionale americano – nel catalogo delle autorità indipendenti, quelle incaricate della politica antitrust assunsero molto rapidamente un ruolo di primario rilievo. In particolare,

³¹ Cfr. E BARDACH, R KAGAN '*Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness.*', Temple University Press, 1982, A CUKIERMAN, '*Central Bank Strategy, Credibility and Independence: Theory and Evidence*', Cambridge, The MIT Press, 1992; J LAFFONT, J TIROLE, '*The Politics of Government Decision Making: Regulatory Institutions*', The Journal of Law, Economics and Organization 1, 1990, J LAFFONT, '*The New Economics of Regulation Ten Years After*, 62 *Econometrica* 507, 1994.

³² Teoria elaborata da due studiosi americani in seguito insigniti del premio Nobel per l'economia (1986), cfr. J BUCHANAN, R TOLLISON, '*The Theory of public choice*', University of Michigan Press, 1984.

³³ Per un approfondimento sull'assetto istituzionale statunitense in ambito antitrust si veda l'esauriente report presentato dalla Federal Trade Commission in occasione del forum globale sulla concorrenza tenutosi presso l'OECD nel 2016, DAF/COMP/GF/WD(2016)71, disponibile all'indirizzo web https://www.ftc.gov/system/files/attachments/us-submissions-oecd-other-international-competition-fora/independence_of_cas_united_states.pdf

l'affermazione del liberismo economico avvenuta durante e a seguito delle amministrazioni Reagan negli USA e Thatcher nel Regno Unito, fece emergere l'urgenza – avvertita tanto a livello politico, quanto a livello accademico – di istituire dei *'watchdog'* dei mercati in grado di arginare gli eccessi di un capitalismo che fino a pochi anni prima veniva tenuto a freno dalle stringenti maglie dell'intervento pubblico in economia. Sotto l'influenza della menzionata teoria della *public choice*, l'attributo dell'indipendenza delle autorità, proprio alla luce del loro ruolo in economia, assunse un'importanza sempre maggiore, fino ad arrivare ai giorni nostri in cui esso è diventato uno dei principali indici su cui esse vengono valutate a livello internazionale.³⁴

La valutazione circa il grado di indipendenza delle autorità viene oggi compiuta considerando sia elementi formali che sostanziali. A livello formale, l'indipendenza di un'autorità è valutata in base all'assetto legale di cui essa è stata dotata all'atto della sua creazione (*e.g.*, in base all'esistenza di un rapporto di subordinazione con i ministeri, meccanismi di nomina e revoca dei vertici dell'autorità e le procedure di assunzione dei funzionari) ed in base alle caratteristiche della normativa che essa è tenuta ad applicare (*e.g.*, il numero di eccezioni che permettono di derogare alla normale applicazione della disciplina antitrust, la presenza di elementi vaghi ed elastici nel catalogo degli obiettivi che l'autorità deve raggiungere e la possibilità concessa ai governi di avocare a sé particolari casi).

Per quanto concerne l'indipendenza sostanziale, si ritiene che essa debba essere valutata considerando l'esistenza di *'una cultura dell'indipendenza, una forte leadership ed appropriate relazioni lavorative con i governi'*.³⁵ Fra le salvaguardie necessarie a garantire un'effettiva indipendenza delle autorità spicca, fra le *best practice* sviluppatesi a livello internazionale nel corso degli ultimi decenni, la separazione funzionale delle stesse dai governi oltreché la loro separazione fisica dai ministeri, all'interno dei quali esse erano in precedenza spesso strutturate.³⁶ Un ulteriore elemento da tenere in considerazione e frequentemente molto discusso, è quello che concerne le regole per la nomina e la revoca dei membri dei *board* delle

³⁴ Si pensi ad esempio alla nota classifica pubblicata annualmente dalla celebre *Global Competition Review*, in cui le autorità sono valutate in base ad una svariata serie di indici (numero di casi, ammontare delle sanzioni, coerenza con i precedenti etc.) fra cui spicca anche quello dell'indipendenza dal potere politico.

³⁵ OECD, *The Governance of Regulators*, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing, (2014), Paris

³⁶ *Ibid.*

autorità. Esistono infatti Stati in cui il potere di nomina e revoca spetta direttamente al governo (*cd. spoils system*), in altri casi, invece, il processo di nomina è affidato al potere legislativo e richiede voti parlamentari con maggioranze qualificate in grado di assicurare un'adeguata rappresentanza delle minoranze, in altri casi ancora, infine, nomina e revoca dei vertici delle autorità sono demandate a soggetti istituzionali costituzionalmente considerati apolitici (*e.g.*, presidente della repubblica, presidenti delle camere elettive, vertici dell'ordinamento giudiziario). Un ulteriore elemento utilizzato per misurare il grado di indipendenza delle autorità è rappresentato dalla presenza di normative che regolano i potenziali conflitti di interesse di componenti e funzionari, così da evitare che possano essere nominati o assunti soggetti con altri incarichi politici o che siano comunque ricollegabili a particolari gruppi di interesse. Oltre ai diversi elementi che attengono al *cd. potere di auto-organizzazione*,³⁷ al fine di determinarne il grado di indipendenza sostanziale, risulta imprescindibile che *'le autorità di concorrenza siano dotate di risorse adeguate'*,³⁸ intendendosi per risorse tanto quelle umane quanto quelle finanziarie. Il tema dell'autonomia finanziaria costituisce, in particolare, un elemento storicamente dibattuto nel campo della teoria della regolazione indipendente e rispetto al quale sono state proposte diverse soluzioni. Negli Stati Uniti, ad esempio, il finanziamento integralmente pubblico delle autorità indipendenti attraverso la legge annuale di bilancio è stato fortemente criticato³⁹ in quanto interpretato alla stregua di una forma di possibile condizionamento delle funzioni delle agenzie. Il Presidente ed il Congresso, infatti, in virtù delle rispettive capacità di influenzare tale legge, potrebbero esercitare il cosiddetto *power of the purse* – letteralmente, 'potere della borsa' – nei confronti delle autorità. Un'alternativa rispetto al trasferimento diretto di risorse statali è rappresentata dal modello del *cd. autofinanziamento*,⁴⁰ in base al quale le autorità ottengono le proprie risorse per mezzo di un meccanismo di contribuzione imposto ai soggetti sottoposti al loro controllo. I sistemi di contribuzione delle imprese oggi maggiormente diffusi, possono essere ridotti a tre: contributi annuali a carico delle imprese, contributi connessi allo svolgimento di attività o procedimenti, e partecipazione ad una quota delle sanzioni. L'autofinanziamento, tuttavia, se da una parte

³⁷ Il termine si deve a M D'ALBERTI, voce *Autorità indipendenti* (dir. amm.), in *'Enciclopedia giuridica Treccani'*, p.3.

³⁸ Cfr. Relazione annuale del ICN tenutasi a Bonn dal 6 all'8 giugno 2005, disponibile all'indirizzo web <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/annualconferences.html>.

³⁹ Cfr. T MCGARITY, *'Presidential control of regulatory agency decisionmaking'*, in *American University Law Review, Symposium*, 1987, p. 473.

⁴⁰ Cfr.

rinforza indubbiamente il grado di indipendenza delle autorità dal potere legislativo ed esecutivo, ha, per altro verso, il difetto di rendere i garanti dipendenti dai contributi provenienti dai bilanci delle imprese sottoposte al loro controllo. Il modello giudicato oggi quindi preferibile – e adottato, fra le altre, anche dall'AGCM – è quello misto, che vede i bilanci delle autorità comporsi in parte di entrate provenienti dallo Stato ed in parte dai contributi dei soggetti controllati.⁴¹

Chiariti quali siano gli elementi che compongono il requisito dell'indipendenza, occorre, infine fare una precisazione di carattere sistematico. In uno stato democratico l'indipendenza concessa ad un ente pubblico deve necessariamente trovare un contrappeso nella previsione di adeguati livelli di *accountability* e trasparenza che l'ente stesso deve garantire.⁴² Al netto delle considerazioni sopra svolte in merito all'importanza di efficienza e indipendenza nei moderni sistemi antitrust, l'operato un'autorità indipendente infatti non può oggi prescindere da un qualche tipo di rapporto intercorrente con figure istituzionali dotate di legittimazione democratica. L'assetto ideale di tale delicato rapporto vorrebbe che le autorità fossero non soggette a pressioni politiche nel portare avanti la propria azione antitrust e, allo stesso tempo, responsabili per l'esercizio delle proprie funzioni e per il modo in cui vengono spese le risorse di cui esse sono dotate. La necessità di trovare un corretto bilanciamento fra i due diversi obiettivi, è diventata ancor più pressante nel corso degli ultimi anni in cui molte democrazie occidentali sono state attraversate da fenomeni politici generalmente definiti populistici, i quali in molte occasioni hanno puntato il dito contro quelle componenti della pubblica amministrazione che agiscono in aree particolarmente sensibili della società e dell'economia pur non essendo direttamente legittimati dalla volontà popolare e i cui vertici 'non sono eletti da nessuno'. Non è dunque un caso se, per questa ed altre ragioni, ultimamente il tema dell'indipendenza e dell'*accountability* delle autorità è tornato di grandissima attualità nel dibattito antitrust e se in molti, fra *policy makers* ed accademici, si sono sforzati di identificare

⁴¹ Al fine di non gravare sulla generalità delle imprese di un paese, viene normalmente stabilita una soglia di fatturato (in Italia, ad esempio, è di 50 milioni di Euro) a partire dalla quale gli operatori di mercato sono chiamati a versare un contributo annuale in favore delle autorità.

⁴² Cfr. W KOVACIC, '*Competition agencies, independence, and the political process*', in *Competition Policy and the Economic Approach – Foundations and Limitations* 291 eds. J DREXL, W KERBER, R PODSZUM, Edward Elgar Publishing, 2011

possibili scelte di cd. *design* istituzionale in grado di conciliare tali contrastanti aspirazioni di policy.⁴³

Premesso quindi che i metodi per assicurare un'effettiva *accountability* delle autorità antitrust sono numerosi,⁴⁴ sembra opportuno qui soffermarsi su quei meccanismi che a livello internazionale sono stati identificati quali *best practice*⁴⁵ capaci di garantire un adeguato livello di responsabilizzazione delle autorità, senza però rischiare di instaurare un vincolo di mandato fra forze politiche ed autorità. La pratica ad oggi più diffusa al fine di riconnettere l'attività delle autorità alle istituzioni elette democraticamente è quella che impone la presentazione di una relazione annuale al Parlamento, in cui viene analiticamente esposto l'operato dell'autorità nel corso dell'anno precedente e a fronte della quale è prevista la possibilità per i parlamentari di presentare interrogazioni specifiche al fine di verificare che siano state rispettate le leggi nazionali in materia di concorrenza e quelle istitutive delle autorità stesse. A tale incombenza è poi stata affiancata la buona pratica, mirante ad innalzare il livello di trasparenza delle autorità, di redigere bollettini mensili o settimanali in cui sono fornite informazioni circa lo stato di avanzamento dei vari casi trattati. Un ulteriore, e meno scontato, meccanismo atto ad assicurare la responsabilizzazione delle autorità, è quello di sottoporre le decisioni da esse adottate ad un effettivo processo di scrutinio giudiziario, con cui i giudici possono assicurare che le autorità agiscano nel rispetto delle leggi ed in osservanza dei principi che ne guidano l'azione.

1.1.3. L'architettura istituzionale e l'indipendenza delle autorità nazionali della concorrenza (ANC) in Europa: lo status quo.

⁴³ Per un'ampia panoramica sulle diverse possibili architetture istituzionali delle autorità della concorrenza si veda M TREBILOCK, E IACOBUCCI '*Designing Competition Law Institutions.*' World Competition, 2002, 25, pp. 361-364

⁴⁴ Cfr. F MERUSI, M PASSARO, '*La autorità indipendenti. Un potere senza partito*', Bologna, il Mulino, 2011, pp. 111 ss.; R BARBERIO, '*Autorità indipendenti e accountability*, in *Le Autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, a cura di FLUCIANI, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pp. 55 ss

⁴⁵ Cfr. OECD, *The Governance of Regulators*, cit., UNCTAD, *Independence and accountability of competition authorities*, Note by the Secretariat, TD/B/COM.2/CLP/67, 2008.

Il tema dell'indipendenza delle autorità antitrust che, come si è visto, ha ricoperto un ruolo centrale nel dibattito internazionale degli scorsi decenni, è stato se possibile ancor più rilevante all'interno dei confini dell'UE.⁴⁶ In un'Unione sovranazionale che ha fatto della politica della concorrenza un utilizzo strumentale all'abbattimento delle barriere commerciali e regolatorie fra Stati Membri, infatti, a partire dal processo decentramento dell'*enforcement* antitrust dei primi anni duemila, l'indipendenza dai governi nazionali dei soggetti incaricati di applicare la normativa della concorrenza ha finito per essere identificata quale strumento essenziale per assicurare che la disciplina europea potesse raggiungere i propri obiettivi.

A livello di europeo, il tema dell'indipendenza è stato quindi declinato, in concreto, come una questione legata a doppio filo con l'assetto istituzionale delle ANC. Il dibattito a tale proposito si è sviluppato a partire dall'entrata in vigore del Regolamento 1/2003⁴⁷ con cui si è operato un netto decentramento dell'applicazione della disciplina antitrust europea e i cui aspetti più rilevanti meritano di essere, seppur succintamente, approfonditi e reinterpretati alla luce della riflessione che si intende qui sviluppare.

L'implementazione dell'ambiziosa riforma voluta dall'allora Commissione Prodi, ebbe, come noto, l'effetto di alleggerire la Commissione dall'enorme mole di lavoro che fino ad allora era gravata unicamente sulle spalle dei funzionari della DG Concorrenza, per mezzo di un processo di decentramento, attuato in nome del principio di sussidiarietà, con cui aumentarono esponenzialmente il numero di casi trattati dalle ANC e dalle corti degli Stati Membri. Nonostante le preoccupazioni dei molti che manifestarono dei timori rispetto al rischio che la Commissione Europea perdesse così l'egemonia su una delle principali competenze esclusive dell'Unione, a distanza di più di quindici anni dalla cd. modernizzazione dell'antitrust europeo, si può oggi affermare che tale intervento non ebbe sostanziali ricadute negative in termini di coerenza nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, uniche norme formalmente oggetto

⁴⁶ L'importanza rivestita dal ruolo delle ANC in Europa è stato autorevolmente sottolineata in S WILKS, I BARTLE, *'The Unanticipated Consequences of Creating Independent Agencies'*, in West European Politics, 2002, 25, 1 (January, special issue "The Politics of Delegation"), p.157, in cui gli autori, compiendo un paragone con il ruolo dei giudici rispetto allo stato di diritto, così argomentano *'just as independent courts symbolize the rule of law, so an independent competition agency symbolizes commitment to the free market. It is an important ideological statement which lies at the heart of the European project.'*

⁴⁷ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato.

del decentramento.⁴⁸ La preservata uniformità di applicazione del diritto si deve, soprattutto, alla creazione di un'istituzione innovativa ed unica nel suo genere quale lo *European Competition Network* (ECN),⁴⁹ tramite cui sono stati istituzionalizzati meccanismi di cooperazione, coordinamento ed informazione tanto a livello orizzontale fra le diverse ANC, quanto a livello verticale *vis à vis* la Commissione e che hanno garantito un ordinato e coerente sviluppo della disciplina concorrenziale in Europa. Il proficuo funzionamento del Network ha infatti trasformato i rischi di vedere declinata l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE in chiave nazionalistica o comunque disarmonica, nella possibilità avvicinare significativamente le culture antitrust dei diversi Stati europei e di armonizzare le diverse tecniche di *enforcement* esistenti prima dell'entrata del Regolamento 1/2003. L'enorme diffusione della pratica di imporre impegni e l'approccio ormai quasi omologato nel perseguire cartelli e abusi, rappresentano solo alcune fra le tante prove dei grandi passi avanti fatti in termini di armonizzazione del diritto europeo della concorrenza.

Ai significativi successi conseguiti sotto il profilo dell'applicazione del diritto sostanziale, non hanno però fatto seguito paragonabili progressi sotto alcune importanti aree della politica concorrenziale rimaste impregiudicate dalla riforma del 2003 ovvero, il controllo delle concentrazioni, di cui ci si occuperà nel secondo capitolo, le procedure di *enforcement* e, soprattutto, l'architettura istituzionale delle ANC.⁵⁰ La mancata convergenza in tali ambiti, continua ad essere considerata uno dei più seri ostacoli regolatori sulla strada che dovrebbe condurre al consolidamento del Mercato Unico. La ragione di tale mancata convergenza è ravvisabile nel fatto che manchi, nel testo del Regolamento 1/2003, qualsiasi disposizione vincolante destinata a regolare tali ambiti. A differenza di quanto previsto per il diritto sostanziale, infatti, nell'ambito del Regolamento non è stata inserita alcuna imposizione in

⁴⁸ Sugli effetti dell'entrata in vigore del Regolamento 1/2003, si vedano fra gli altri W WILS 'Ten Years of Regulation 1/2003-A Retrospective', *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 4, Issue 4, 1 August 2013, pp. 293–301, G PITRUZZELLA 'The Public Consultation on Regulation 1/2003: A Stronger Institutional Infrastructure for Fostering the EU Common Competition Culture', *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 7, Issue 1, 1 January 2016, pp. 1–2.

⁴⁹ Del ruolo svolto dall'ECN nel corso degli ultimi 15 anni e dei possibili sviluppi di tale istituzione si tratterà in maniera approfondita nel Capitolo 3.

⁵⁰ Cfr. e.g., Commission Staff Working Document SWD (2014) 231/2- 'Enhancing competition enforcement by the Member States' competition authorities: institutional and procedural issues, para. 1, A SINCLAIR, V JUKNEVICIUTE, I BREIT, 'Regulation 1/2003: How has this landmark reform worked in practice?' *Competition Policy Newsletter*, Number 2, 2009, F GONZALES DIAZ, A FOMPEROSA RIVERO 'European Competition procedural reform', *Competition Law & Policy Debate*, Vol 3, Issue 3, September 2017, pp. 25-27.

merito al controllo delle concentrazioni cd. sottosoglia, le procedure che le ANC avrebbero dovuto seguire nell'applicazione del diritto europeo e la fisionomia istituzionale che i nuovi enti avrebbero dovuto assumere.

Tralasciando per il momento l'intricato problema delle concentrazioni per concentrarci sul versante procedurale, emerge come l'unico riferimento diretto contenuto a tale proposito nel Regolamento è quello di cui all'articolo 5, ove è formulato un generico richiamo al '*rispetto dei diritti fondamentali di difesa*', temperato peraltro dalla precisazione che il Regolamento '*non incide né sulle norme nazionali in materia di grado di intensità della prova né sugli obblighi delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni nazionali degli Stati membri inerenti all'accertamento dei fatti pertinenti di un caso.*' L'assenza di disposizioni vincolanti in proposito ha dato vita ad un sistema frammentario di cd. *voluntary harmonization*⁵¹ in cui le differenze procedurali fra paese e paese – come recentemente dimostrato da uno studio che ha raffrontato il diverso grado di rispetto dei diritti di difesa in sette diverse giurisdizioni antitrust dell'UE⁵² – sono rimaste molto acute, con la conseguenza di far ricadere sulle imprese i costi discendenti dal doversi confrontare con una disciplina non omogenea.

Per quanto concerne il design istituzionale delle ANC, l'unica disposizione rinvenibile nel Regolamento è contenuta all'articolo 35, ai sensi del quale è richiesto che gli Stati Membri '*designino delle autorità appositamente preposte all'applicazione della disciplina europea della concorrenza*' al fine di '*espletare le varie funzioni conferite alle autorità garanti della concorrenza nel presente regolamento.*' Risulta evidente dal tenore letterale della norma che la *ratio* cui si ispirò il legislatore comunitario del 2003, fosse primariamente quella di assicurare che ogni Stato Membro si dotasse di un'autorità garante della concorrenza, in quanto all'epoca non tutti ne disponevano. Il Regolamento, quindi, evitò di dettare una disciplina specifica sul design istituzionale delle ANC, limitandosi a richiedere che esse fossero costituite – con libertà per gli Stati di optare per il modello amministrativo o quello giudiziario – e che venissero

⁵¹ K CSERES '*Rule of law values in the decentralized public enforcement of EU competition law*', in J KOCHENOV (eds.) '*The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*', Oxford University Press, 2017, p.190

⁵² Cfr. M BERNATT, M BOTTA, A SVETLICINII '*The Right of Defence in the Decentralized System of EU Competition Law Enforcement: A Call for Harmonization from Central and Eastern Europe*' (2018) 41 World Competition, Issue 3, pp. 309–334

generalmente dotate dei mezzi sufficienti ad applicare efficacemente la disciplina europea della concorrenza negli Stati Membri.

La lacuna discendente dalla mancata previsione di una disciplina dotata di norme di dettaglio con riferimento all'architettura istituzionale delle ANC – comprensibile, alla luce delle profonde differenze esistenti nei primi anni duemila fra le giurisdizioni antitrust dell'Unione – è stata parzialmente colmata in virtù dell'operare concomitante di due fenomeni che hanno esercitato una pressione centripeta sui diversi sistemi nazionali: il fitto scambio di informazioni e buone pratiche in seno all'ECN e il cd. *soft power* di organismi internazionali sempre più attivi ed efficaci nel guidare il processo di convergenza della politica concorrenziale a livello globale.⁵³

L'ECN da anni ormai, in virtù delle peculiarità del suo funzionamento, è studiato e preso ad esempio in diverse parti del mondo quale esempio di avanguardistica istituzione di policy making. Unica nel suo genere, la rete composta dalla commissione e le ANC è stata in grado di raggiungere obiettivi – in termini di armonizzazione e convergenza – ulteriori rispetto a quelli statutariamente affidatili dal Regolamento 1/2003. Dal costante confronto fra *policy makers* provenienti da diverse culture giuridiche, infatti, ha preso le mosse un informale fenomeno di apprendimento mutuale⁵⁴ tramite il quale i rappresentanti di ciascun paese hanno finito per influenzarsi vicendevolmente e scambiarsi buone pratiche a livello procedurale e di architettura istituzionale, sfruttando così a pieno la varietà di casistica ed esperienze rinvenibile fra i vari Stati Membri. Tale fenomeno, per quanto riguarda in particolare l'architettura istituzionale, ha giocato un ruolo di rilievo nel fornire linee guida ai paesi che hanno aderito all'Unione nel corso dei primi anni 2000, i quali, nell'istituire e riformare le rispettive autorità

⁵³ D GERBER, 'Global Competition Law Convergence: Potential Roles for Economics' in *Comparative Law and Economics* T EISENBERG, G RAMELLO eds., Edward Elgar Publishing, 2016, H HOLLMAN, W KOVACIC, 'The international competition network: its past, current and future role.', *Minnesota Journal of International Law*, 2011, 20, p. 274

⁵⁴ Si tornerà nel corso del Capitolo 3 sui processi di funzionamento interno dell'ECN e sulle particolari caratteristiche che lo hanno reso un caso di studio per gli accademici fautori della teoria del cd. sperimentalismo giuridico cfr. C SABEL, J ZEITLIN, (eds.). 'Experimentalist governance in the European Union: towards a new architecture.' Oxford University Press on Demand, 2010, Y SVETIEV, 'Scaling experimentalism: from convergence to informed divergence in transnational competition policy.' in ZEITLIN, Jonathan (ed.). *Extending experimentalist governance?: the European Union and transnational regulation*. Oxford University Press, Oxford, 2015. 169-95.

garanti della concorrenza, sono stati fortemente condizionati dalle *best practices* e le linee guida circolate nell'ambito del *Network*.⁵⁵

Una spinta verso la convergenza procedurale e dell'architettura istituzionale è provenuta, inoltre, dall'operatività dell'*International Competition Network* (ICN) nonché dalle divisioni *competition* di UNCTAD, WTO e OECD.⁵⁶ Tali organismi internazionali, infatti, nella propria veste di cd. *international rule makers*, hanno elaborato numerose *best practices* atte a sviluppare processi di convergenza ed armonizzazione in particolare nell'ambito del design istituzionale e dell'indipendenza delle autorità antitrust.

Sotto la spinta dell'azione combinata di tali organismi europei ed internazionali, si è giunti alla situazione odierna, in cui la quasi totalità degli Stati Membri, nonostante l'assenza di disposizioni specifiche nel Regolamento 1/2003, hanno optato per l'adozione di *set up* istituzionali orientati, perlomeno a livello formale, a tutelare l'indipendenza delle autorità garanti. Basti pensare che, in quasi tutte le giurisdizioni dell'UE, si è operato un distacco funzionale e fisico delle autorità dai ministeri, sono stati eliminati i previgenti meccanismi di supervisione governativa diretta sull'operato delle ANC⁵⁷ e sono stati istituiti sistemi di tutela dell'indipendenza loro vertici.⁵⁸

Se, dunque, le buone pratiche non sono mancate, occorre in ogni caso precisare che, come autorevolmente affermato da numerosi osservatori e *policy makers*,⁵⁹ il grado di

⁵⁵ Cfr. K CSERES, 'Accession to the EU's competition law regime: a law and governance approach.', *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 7(9), 2014, pp. 31-66, K CSERES, 'Relationship between EU competition law and national competition laws.' in I LIANOS, D GERADIN (Eds.), 'Research handbook on EU competition law: enforcement and procedure, Edward Elgar Publishing, pp. 539-583

⁵⁶ Sul rapporto fra politica europea della concorrenza e organizzazioni internazionali, si veda C DAMRO 'The new trade politics and EU competition policy: shopping for convergence and co-operation' *Journal of European Public Policy*, 2006

⁵⁷ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento e al Consiglio 'Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives', pp. 6-8.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Si vedano *inter alia* *Conclusions of the 21st annual EU Competition Law and Policy Workshop Stronger NCAs - Procedures, Powers, Prospects*, organizzato da P LOWE, M MARQUIS e G MONTI, presso l'EUI di Fiesole il 3 giugno 2016, disponibile all'indirizzo <https://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/News/2016/WS-2016-Philip-Lowe-Conclusions-070616.pdf>, nonché il comunicato stampa con cui è stata accompagnata la proposta di direttiva da parte della Commissione, 'La Commissione propone di dotare le autorità nazionali garanti della concorrenza di mezzi ancor più efficaci nell'applicare le norme, a vantaggio dell'occupazione e della crescita', Bruxelles, 22 marzo 2017

armonizzazione attualmente raggiunto nell'ambito della politica della concorrenza in Europa non può dirsi adeguato alle sfide che l'odierno scenario internazionale pone sul cammino dell'Unione. In particolare, come sottolineato dalla Commissione nella recente proposta di Direttiva cd. *ECN Plus*, *'alcune ANC non dispongono di garanzie applicabili in base alle quali possono applicare le norme dell'UE in materia di concorrenza autonomamente, senza prendere istruzioni da entità pubbliche o private. Alcune autorità si confrontano con la carenza di risorse umane e finanziarie, la quale può incidere sulla loro capacità di far rispettare le norme con efficacia.'*⁶⁰ Tali significative differenze a livello strutturale, sono alla base di un'applicazione ancora disomogenea della disciplina europea in materia di concorrenza in grado di *'distorcere la concorrenza nel mercato interno e minare il sistema di applicazione decentrata che è stato istituito dal regolamento (CE) n. 1/2003.'*⁶¹

L'inadeguatezza dell'attuale assetto istituzionale dell'antitrust europeo traspare in maniera ancor più evidente se lo si raffronta con altri settori in cui il livello di dettaglio della normativa europea ha raggiunto livelli di dettaglio molto lontani da quanto previsto dal regolamento 1/2003. Si prendano ad esempio i settori delle telecomunicazioni,⁶² dei trasporti,⁶³

⁶⁰ Cfr. *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno*, Bruxelles, 22.3.2017 COM(2017), 142 final 2017/0063 (COD), p. 3

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Cfr. Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), in Gazzetta ufficiale n. L 108 del 24/04/2002, pp. 33 – 50, in cui l'attributo dell'indipendenza delle autorità è visto come prioritario e reso esplicito al considerando 11 dove si afferma che *'gli Stati membri sono tenuti a garantire l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione in modo da assicurare l'imparzialità delle loro decisioni* e all'articolo 3 che recita *'Gli Stati membri garantiscono l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione provvedendo affinché esse siano giuridicamente distinte e funzionalmente autonome da tutti gli organismi che forniscono reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica.'*

⁶³ Cfr. Direttiva 2012/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 novembre 2012, che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico, al cui articolo 4 si afferma che gli *'Stati membri provvedono affinché, in materia di gestione, di amministrazione e di controllo interno in materia amministrativa, economica e contabile, le imprese ferroviarie direttamente o indirettamente possedute o controllate dagli Stati membri abbiano uno status indipendente in virtù del quale dispongano, in particolare, di un patrimonio, di un bilancio e di una contabilità distinti da quelli dello Stato.'*

dell'energia⁶⁴ e del trattamento dei dati personali⁶⁵ in cui da anni ormai le rispettive normative europee contengono precise indicazioni vincolanti in merito al *set up* istituzionale delle corrispondenti autorità nazionali. In tali ambiti, il legislatore europeo ha infatti imposto stringenti requisiti di indipendenza – tanto formale quanto sostanziale – trasparenza e imparzialità. In tutti e quattro, ad esempio, sono previsti vincoli stringenti in relazione al personale impiegato dalle autorità, al quale è esplicitamente preclusa la possibilità di ricevere istruzioni da qualsiasi altra istituzione pubblica nell'esercizio delle proprie funzioni, alla revoca dell'incarico ai vertici delle autorità (ammessa solo in caso di comprovata colpa grave) ed agli oneri di dotazione delle rispettive autorità settoriali alle quali deve essere garantita un'adeguata autonomia finanziaria con la precisazione che i bilanci delle autorità dovranno rimanere rigorosamente separati da quello dello Stato.

Fra quelli menzionati, l'ambito di maggiore interesse ai fini del presente contributo, è quello della protezione dei dati personali, che, oltre ad essere dotato di una disciplina particolarmente dettagliata per quanto concerne l'architettura istituzionale delle autorità nazionali, è stato oggetto di diverse pronunce della Corte di Giustizia che ben si prestano a chiarire quali siano le ricadute pratiche che l'attributo dell'indipendenza dovrebbe avere per le autorità stesse. Un primo caso rilevante, è rappresentato dalla decisione *Commissione contro Germania*,⁶⁶ in cui la Corte, è stata chiamata a pronunciarsi in relazione alla conformità con l'art. 28, n. 1, secondo comma, della Direttiva 95/46/CE⁶⁷ dell'assetto istituzionale adottato dalla Germania per le proprie autorità indipendenti di protezione dei dati personali.⁶⁸ Nel caso di specie, i giudici, facendo propria la posizione della Commissione europea che aveva in precedenza sanzionato

⁶⁴ Cfr. Direttiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 13 Luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE, in cui già al considerando è esplicitato il concetto secondo cui *'L'esperienza tuttavia dimostra che l'efficacia degli interventi dei regolatori è spesso limitata dal fatto che essi non sono sufficientemente indipendenti rispetto alla pubblica amministrazione'* e agli artt. da 9 a 13 sono dettagliatamente esposti i caratteri dell'indipendenza delle autorità.

⁶⁵ Cfr. Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in Gazzetta ufficiale n. L 281 del 23/11/1995, pp. 0031 – 0050.

⁶⁶ Cfr. Corte giustizia, sentenza del 9 marzo 2010, causa C-518/07, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*.

⁶⁷ L'articolo in esame recita *'Ogni Stato membro dispone che una o più autorità pubbliche siano incaricate di sorvegliare, nel suo territorio, l'applicazione delle disposizioni di attuazione della presente direttiva, adottate dagli Stati membri. Tali autorità sono pienamente indipendenti nell'esercizio delle funzioni loro attribuite.'*

⁶⁸ *Ibid.*, considerando 49

la Repubblica Federale, hanno ribadito che *‘l’assenza di qualsiasi forma di soggezione delle suddette Autorità ai Governi nazionali’* costituisce una condizione indispensabile per garantire la loro indipendenza nell’esercizio delle proprie funzioni e che tale condizione non era ravvisabile nel caso tedesco. La sentenza confermò quindi la sanzione in capo alla Germania, in quanto le Autorità regionali di controllo competenti a vigilare sul trattamento dei dati personali, risultavano essere subordinate alle direttive provenienti dai Governi dei vari *Länder*. Tale pronuncia si presta bene anche a sottolineare l’importanza fondamentale rivestita dall’elemento dell’*accountability* delle Autorità indipendenti. La Corte infatti, pur invocando una maggiore indipendenza per le autorità, ha rimarcato l’assoluta necessità di avere istituzioni soggette ad una qualche influenza da parte dei parlamenti nazionali (e/o, come in questo caso, regionali), la quale non solo non è vietata dalla disciplina europea, ma in un regime democratico si rende assolutamente essenziale per la loro legittimazione.⁶⁹

Nel successivo caso *Commissione contro Austria*,⁷⁰ la Corte, chiamata nuovamente a pronunciarsi sul tema dell’indipendenza, si è spinta oltre aggiungendo che *‘l’indipendenza funzionale da sola non è sufficiente per preservare la suddetta autorità di controllo da qualsiasi influenza esterna’* e che il concetto di indipendenza richiesta a tali autorità *‘mira ad escludere non soltanto l’influenza diretta, sotto forma di istruzioni, ma anche [...] qualsiasi forma di influenza indiretta che possa orientare le decisioni dell’autorità di controllo.’*⁷¹ I giudici di Strasburgo hanno in conclusione anche chiarito ed elencato quali siano le possibili forme di influenza indiretta in grado di ledere l’indipendenza delle autorità. Una prima forma di influenza indiretta è individuata nel fatto che il personale messo a disposizione dell’Autorità sia composto da funzionari del governo sui quali quest’ultimo esercita il proprio controllo di servizio.⁷² La corte, inoltre, ha giudicato negativamente il diritto concesso ai vertici del governo di essere informati da parte del board dell’autorità *‘su ogni aspetto della gestione dell’autorità di controllo di cui trattasi’*, in quanto *‘un siffatto diritto all’informazione è parimenti atto ad assoggettare l’autorità competente ad un’influenza indiretta da parte del cancelliere federale che è incompatibile con il criterio di indipendenza.’*⁷³

⁶⁹ *Ibid.*, para. 34 ss. e 43 ss..

⁷⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 16 ottobre 2012, causa C-614/10, *Commissione europea c. Repubblica d’Austria*.

⁷¹ *Ibid.*, para. 42 e 43.

⁷² *Ibid.*, para. 59.

⁷³ *Ibid.*, paras. 62 e 63.

L'ultima pronuncia, in termini temporali, con cui la Corte si è espressa sul tema dell'indipendenza delle autorità di protezione dei dati personali è quella relativa caso *Commissione contro Ungheria*⁷⁴ in cui i giudici, richiamandosi ad alcuni passaggi delle pronunce sopra menzionate, hanno evidenziato come anche 'il solo rischio che le autorità responsabili dello Stato possano esercitare un'influenza politica sulle decisioni delle autorità di controllo è sufficiente ad ostacolare lo svolgimento indipendente delle funzioni di queste ultime.'⁷⁵ La rilevanza attribuita a tale scenario potenziale deriva dal timore di un' 'obbedienza anticipata' delle autorità nei confronti della volontà governativa.

L'osservazione della pratica regolatoria e giurisprudenziale di altri settori di policy permette di svolgere una serie di riflessioni conclusive sullo *status quo* delle ANC in termini di *set up* istituzionale e grado di indipendenza dal potere politico. Come si è visto, le ANC, se rapportate ad altre autorità nazionali indipendenti regolate a livello europeo, mancano oggi di adeguate disposizioni atte a garantirne l'indipendenza dal potere politico e governativo. Benché, come visto, le buone pratiche non manchino e una certa cultura dell'indipendenza si sia sviluppata nella maggior parte dei paesi europei, sono ancora numerosi i casi in cui le ANC risultano soggette ad un'influenza diretta o indiretta da parte dei governi, tanto tramite meccanismi di supervisione quanto tramite poteri di indirizzo. Nel raffronto con gli altri settori osservati, l'aspetto però più determinante che porta ad esprimere un giudizio di inadeguatezza dell'attuale *framework* in ambito concorrenziale è, più in generale, dato dal fatto che le garanzie ed i progressi fatti in termini di indipendenza dai governi, essendo legati ad un processo di armonizzazione volontaria, non possono ritenersi stabili nel tempo e soprattutto, pare dubbia la possibilità che li stessi vengano mantenuti nel caso in cui al governo di uno o più di tali paesi venissero elette forze con agende economiche improntate al protezionismo economico ed orientate ad un approccio dirigistico dell'economia. A differenza di quanto avverrebbe in settori quali quello delle telecomunicazioni o del trattamento dei dati personali, in assenza di disposizioni vincolanti, l'architettura istituzionale delle ANC ed il loro rapporto con il potere politico, sarebbero rimesse all'arbitrio dei governi che in molti casi potrebbero interpretare la concorrenza come uno strumento di politica industriale piuttosto che come una politica 'imparziale' volta a promuovere *consumer welfare* e integrazione del mercato unico.

⁷⁴ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza dell'8 aprile 2014, caso C-288/12, *Commissione contro Ungheria*.

⁷⁵ *Ibid.* para. 54.

Rispetto al quadro normativo ed istituzionale qui ricostruito, esistono almeno due fattori cui guardare con fiducia nella speranza di avere in futuro delle ANC più indipendenti. Il primo di tali fattori, che sarà trattato dettagliatamente nel capitolo 3, è rinvenibile nella recente pubblicazione da parte della Commissione europea di una proposta di direttiva volta a rafforzare le ANC e ad aumentarne l'indipendenza. Il secondo elemento che porta a guardare con un certo grado di fiducia al futuro delle ANC è dato dal trend a cui si è assistito negli ultimi anni in diversi paesi dell'Unione in cui si è proceduto all'accorpamento di talune autorità settoriali con le ANC.⁷⁶ Tale fenomeno, benché molto discusso da diversi osservatori che intravedono rischi di contaminazione reciproca della missione per cui le diverse autorità sono state istituite derivanti dall'ibridizzazione dell'agenda delle autorità stesse, potrebbe comportare ricadute importanti dal punto di vista dell'indipendenza delle ANC. In tali contesti, infatti, non sono da ignorare i possibili cd. *spillover effects* derivanti dalle stringenti normative che, come abbiamo visto, interessano le più importanti autorità settoriali e che, come affermato dalla Corte di Giustizia UE⁷⁷, troverebbero applicazione anche nei confronti delle sezioni antitrust delle nuove autorità integrate.

1.2. La politica industriale: fra problemi definitivi e obiettivi mutevoli

Come anticipato, nell'ambito delle riflessioni che si intendono qui proporre, un ruolo cruciale sarà giocato dalla politica industriale e dal rapporto intercorrente fra essa e quella della concorrenza. Un'esatta definizione di tali elementi risulta fondamentale in quanto da essa dipende la risposta che si intende dare al quesito – centrale ai nostri fini – su quali siano le scelte o attività economiche che devono essere delegate all'autorità pubblica, che agisce appunto per il tramite della politica industriale, e quali invece debbano essere rimesse alle dinamiche del mercato, su cui, di contro, lo stato si limita a vigilare per mezzo della disciplina antitrust.

Storicamente la politica industriale risulta essere uno degli ambiti delle politiche pubbliche maggiormente citati e invocati da politici, imprenditori e cittadini, ogniqualvolta si ritiene che lo Stato debba indirizzare in qualche modo l'andamento di mercati e imprese nazionali.

⁷⁶ I casi più emblematici sono stati quelli spagnolo, danese, olandese e britannico, in cui le autorità delle concorrenza sono state con altre autorità settoriali fra cui quelle per le telecomunicazioni, l'energia ed i trasporti

⁷⁷ Cfr. *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*, supra nota 53, p

Nonostante i frequenti riferimenti rinvenibili nel dibattito pubblico, nella vasta letteratura accademica convenzionalmente classificata alla voce ‘*Industrial Organization*’, sono rari i contributi⁷⁸ dedicati in modo specifico ad una trattazione sistematica e analitica della politica industriale. In particolare, benché esistano svariati testi che approfondiscono le implicazioni normative dei singoli modelli o provvedimenti di politica industriale, molto meno frequenti sono i lavori che presentino la politica industriale come un’area scientifica avente autonomi contenuti e confini. Una delle ragioni di tale esigua produzione scientifica, è ravvisabile nel fatto che la stessa definizione di politica industriale risulta incerta e controversa. Se in anni più lontani essa veniva, infatti, associata ad un’area che, benché non precisamente delimitata, appariva estremamente ampia, la tendenza oggi prevalente la rinchiude entro confini assai più stretti, derivanti dal sostanziale ridimensionamento delle politiche pubbliche a favore degli automatismi del mercato, cui si è assistito a partire dagli anni 80 del secolo scorso e già discusso nei paragrafi precedenti.

Al fine di offrire un’idea della complessità del problema definitorio⁷⁹ che si intende qui brevemente affrontare, può essere utile passare in rassegna una ristretta selezione di definizioni di politica industriale rinvenibili in dottrina, da cui emerge con chiarezza la varietà di visioni esistente, nonché l’evidente tendenza ad utilizzare espressioni estremamente generiche.

Secondo un’interpretazione particolarmente ampia del termine, la politica industriale andrebbe identificata con ‘*le misure adottate da un governo al fine di influenzare le performance economica del proprio paese*’.⁸⁰ Altri ritengono che essa consista piuttosto ‘*nell’avvio e coordinamento di attività governative volte ad accrescere la produttività e competitività di*

⁷⁸ Fra i lavori più significativi in cui si compie un tentativo definitorio e di trattazione organica della disciplina si segnalano B BERTATINI, ‘*La riqualificazione delle aree di crisi industriale complessa. L’intervento pubblico tra mercato e persona*’, Giappichelli, Torino, 2017, pp.6-20, A NINNI, F SILVA (a cura di), ‘*La politica industriale. Teoria ed esperienze*’, Laterza, 1997, pp. 13-46, e D RODRIK, ‘*Industrial Policy for the Twenty-First Century*’ CEPR Discussion Paper No. 4767, 2004, P BIANCHI, S LABORY, ‘*International Handbook of Industrial Policy*’, Elgar, Cheltenham, 2006

⁷⁹ Per rendere in maniera più evidente la complessità del problema definitorio di cui si tratta, può essere utile citare l’opera di un noto economista industriale britannico il quale a tale riguardo scrisse ‘*Any random collection of six economists is sure to produce at least a dozen different opinions on the subject [industrial policy], not least because many economists have trouble in reconciling their gut reaction that industrial policy should not exist with the obvious fact that it does*’ P GEROSKI ‘*European Industrial Policy and Industrial Policy in Europe*’, in *Oxford Review of Economic Policy*, Volume 5, Issue 2, 1 July 1989, pp. 20–36,

⁸⁰ C. PITELIS ‘*Industrial Policy: Perspectives, Experience, Issues*’ in P.Bianchi and S Labory eds. *International handbook on industrial policy*, Edward Elgar Publishing, 2006. P. 435

particolari settori industriali dell'economia nazionale'.⁸¹ Una definizione tecnicamente più dettagliata identifica la politica industriale con *'quell'insieme di politiche pubbliche volte ad influire sull'allocazione di risorse fra ed all'interno dei diversi settori dell'economia'*.⁸² Altri ancora sovrappongono tale termine alla relazione intercorrente fra imprese e governi a livello microeconomico.⁸³ Vi è poi chi propone una visione 'ristretta' ed una visione 'ampia' di politica industriale. La politica industriale interpretata in senso ristretto sarebbe quella indirizzata a difendere o stimolare la crescita di specifiche imprese o settori, mentre quella intesa in senso ampio si concretizzerebbe in qualunque iniziativa di policy volta ad influenzare la competitività di interi settori economici.⁸⁴

Ai nostri fini, il difetto principale di queste e altre definizioni rinvenibili in dottrina, è che in ognuna – o perlomeno in molte – di esse potrebbe astrattamente farsi rientrare la politica della concorrenza, dando così vita ad una sovrapposizione definitoria fra le due tipologie di politica pubblica che ci proponiamo qui di mettere a confronto.

Non essendo dunque possibile ravvisare in dottrina una definizione che si presti a raggiungere le nostre finalità, si proporrà di seguito una definizione di politica industriale che non ambisce a rispondere ad esigenze classificatorie di natura generale, ma si limita piuttosto a fungere da elemento di contrasto con la politica della concorrenza. Facendo leva su tale delimitazione di campo, ai fini del presente lavoro si utilizzerà il termine politica industriale per riferirsi a quell'insieme di interventi governativi slegati dai principi della *competition economics*, che interferiscono con la politica della concorrenza dall'esterno – attraverso, ad esempio, la previsione di particolari esenzioni dall'applicazione della disciplina antitrust e l'interventismo governativo nel caso di concentrazioni aventi un particolare 'interesse pubblico' – o dall'interno – per mezzo di legislazioni antitrust che prevedano il raggiungimento di obiettivi economici plurimi ed ulteriori rispetto a quello della tutela del *consumer welfare* (e.g.,

⁸¹ C. JOHNSON ed., *The Industrial Policy Debate*. San Francisco: Institute for Contemporary Studies, 1984.

⁸² RZ LAWRENCE, *'Industrial Policy in the United States and Europe: Economic Principles and Political Practices'*, in Hiromichi Mutoh, Sueo Sekiguchi, Kotaro Suzumura, and Ipeei Yamazawa, eds., *Industrial Policies for Pacific Economic Growth*. Boston: Allen & Unwin, 1986, pp. 126-146.

⁸³ M WACHTER and S WACHTER, *'Introduction'*, in M WACHTER and S WACHTER, eds., *Toward a New Industrial Policy?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1981, pp. 1-5.

⁸⁴ D RODRIK, *Industrial policy for the twenty-first century*, *op. cit.*

attraverso clausole a tutela de ‘l’interesse nazionale’ o ‘la competitività delle imprese nazionali’).

Il tratto che si presta meglio a connotare la politica industriale, così definita, è quello della selettività. A differenza di quanto avviene nel campo della politica concorrenziale, infatti, i provvedimenti di politica industriale si traducono in tentativi di influenzare in maniera selettiva i processi decisionali degli operatori di mercato o comunque di alterare i segnali ‘naturali’ provenienti dal mercato stesso. Detti provvedimenti sono tipicamente mirati ad impattare su uno o più specifici settori produttivi (e/o imprese e/o regioni) per svilupparlo o rafforzarlo oppure proteggerlo da determinate dinamiche di mercato. Nell’ambito della politica industriale si può quindi distinguere fra politiche aggressive e difensive⁸⁵ in base a come lo Stato si atteggia rispetto al mercato. In entrambi i casi, a fronte di risorse scarse, lo Stato può adottare due tipi di decisione:⁸⁶ intervenire o non intervenire e, laddove si decida di intervenire, individuare il beneficiario dell’intervento. Per qualsiasi tipo di intervento, la prima scelta è sempre caratterizzata da un ampio numero di variabili e da un alto grado di dipendenza dal clima politico circostante. Il secondo di tipo di decisione è invece di natura più tecnica e risulta sotto certi aspetti più agevole nel caso in cui si stiano adottando delle politiche difensive, in quanto il destinatario, in questo caso, viene segnalato direttamente dal mercato. Per quanto riguarda invece le politiche aggressive, tale tipo di decisione è complicata ed ulteriormente politicizzata dal fatto che è lo Stato stesso a doversi far carico della scelta del destinatario dell’intervento (*pick the winners*) su cui far ricadere l’intervento, sulla base delle informazioni di cui dispone. Gli ampi margini di scelta qui esposti, si prestano bene a chiarire la natura selettiva delle politiche industriali e ad essere utilizzati quali elemento distintivo rispetto ai processi della politica della concorrenza la quale, ove improntata al perseguimento del solo *consumer*

⁸⁵ Si può quindi trattare alternativamente di casi in cui lo Stato decida di supportare i cd. *losers*, evitandone o ritardandone l’uscita dal mercato (e.g., attraverso l’esenzione dall’applicazione della normativa antitrust ai cd. cartelli all’esportazione, e cioè intese anti-concorrenziali stipulate tra imprese nazionali che abbiano esecuzione esclusivamente in mercati stranieri) o di prescegliere i vincitori, ‘*pick the winners*’ (e.g., autorizzando concentrazioni che sarebbero altrimenti da proibirsi, in quanto lesive del benessere dei consumatori, al fine di costituire dei campioni nazionali).

⁸⁶ La schematizzazione qui proposta si rifà in gran parte agli scritti in materia di *public choice* dall’accademico statunitense James Buchanan, considerato il padre di tale teoria, e che la definì la scienza della ‘*politics without romance*’, cfr. J BUCHANAN, R TOLLISON, ‘*The Theory of public choice—II*’. University of Michigan Press, Ann Arbor, 1984, J BUCHANAN, ‘*Liberty Market and State*’, New York State University Press, New York, 1986, J BUCHANAN, G TULLOCK, ‘*The calculus of consent*’, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1962

welfare, non garantisce margini di discrezionalità o apprezzamento tanto ampi in capo ai *policy makers* incaricati della sua implementazione ed *enforcement*.

1.2.2. Lo sviluppo per fasi della politica industriale

Per meglio comprendere lo stato attuale del rapporto di tensione intercorrente fra politica della concorrenza e politica industriale, è imprescindibile ricostruire il percorso di sviluppo di tale secondo ambito di *policy*, facendo anche emergere in tale *excursus* le fasi in cui le due politiche pubbliche sono entrate in contatto e/o si sono contrapposte. Al netto dell'esistenza di una naturale varietà di situazioni e dinamiche fra paesi, regioni e sistemi economici – che dovrà essere tenuta a mente nella lettura delle pagine seguenti in cui si dovrà utilizzare necessariamente qualche generalizzazione – si proporrà qui di seguito una suddivisione in quattro fasi dell'atteggiamento dei *policy makers*, effettuata sulla base della letteratura esistente in materia.⁸⁷

i) La politica industriale tradizionale

Una prima fase – che potremmo definire come quella della politica industriale tradizionale – occupa gli anni dall'immediato secondo dopo guerra fino ai primi anni ottanta. In questo periodo, gli attori primari della politica industriale sono gli Stati nazionali i quali agiscono in sostituzione – e talvolta in aperta contrapposizione – alle dinamiche di mercato favorendo specifici settori industriali, per mezzo di politiche industriali aggressive miranti all'innalzamento del grado di competitività internazionale delle singole economie nazionali.⁸⁸ Le politiche di questi anni si concretizzano spesso in provvedimenti orientati alla creazione o

⁸⁷ Cfr. P BIANCHI, S LABORY, *'International Handbook of Industrial Policy'*, op.cit. Elgar, Cheltenham, 2006, H CHANH, *'Rethinking East Asian Industrial Policy – Past Records and Future Prospects'*, in P WONG, C NG, (a cura di), *Industrial Policy, Innovation and Economic Growth: The Experience of Japan and the Asian Nies'*, Singapore University Press, Singapore, 2001, pp. 55-84, G FEDERICO, J FOREMAN-PECK, (a cura di), *'Industrial Policies in Europe'*, Oxford, Oxford University Press, 1998

⁸⁸ Per un'accurata panoramica sulle politiche industriali adottate in questo periodo storico a livello globale si vedano F AMATORI, A COLLI, *'Business history: Complexities and comparisons.'* Routledge, London, 2013, pp. 133-196 e , A NINNI, F SILVA (a cura di), *'La politica industriale. Teoria ed esperienze'*, op. cit., pp. 31-35; mentre per una ricostruzione delle politiche economiche del dopo guerra che si concentra sulle differenze esistenti fra i principali paesi sviluppati si veda L MCCANN, *'International and comparative business: foundations of political economies.'* Sage, London, 2014.

rafforzamento dei campioni nazionali e alla difesa-aggiustamento delle economie nazionali con particolare attenzione al versante occupazionale.⁸⁹

Con le crisi che hanno interessato i paesi occidentali ed il Giappone nel corso degli anni settanta,⁹⁰ alle politiche industriali aggressive si affiancano quelle difensive. Il settore più interessato da questo tipo di provvedimenti è quello industriale a cui in molti casi –comparti energetico, chimico e siderurgico, su tutti – viene associato l’attributo ‘strategico’, con ciò riferendosi ad un settore in cui dovrebbe essere minimizzata la dipendenza dall’estero anche a prescindere dai vantaggi comparati che dall’internazionalizzazione delle industrie potrebbero discendere.

Per quanto riguarda l’Unione Europea, l’apice di tale approccio è rappresentato dal modello francese delle ‘filiere’⁹¹ nell’ambito del quale il controllo statale si espande tanto a monte quanto a valle del settore di volta in volta reputato ‘strategico’. La selettività della politica industriale raggiunge in questa fase il proprio punto estremo, dando così impulso ad una domanda di protezione e una ricerca di cd. *rent seeking* da parte delle imprese presenti nei diversi settori.⁹²

Gli strumenti concretamente utilizzati dai *policy makers* in questa fase variano di paese in paese. Mentre in Giappone si diffonde la pratica dei cd. piani settoriali con cui si limita fortemente la possibilità che imprese straniere entrino nei settori ritenuti strategici dall’allora

⁸⁹ Cfr. per una dettagliata indagine sulla natura dei provvedimenti adottati in questa fase all’interno dei confini europei si vedano G FEDERICO, J FOREMAN-PECK, (a cura di), ‘*Industrial Policies in Europe*’, *op. cit.*, pp. 320 e ss., E. PONTAROLLO, ‘*Il salvataggio industriale nell’Europa della crisi*’, il Mulino, Bologna, 1976

⁹⁰ Sulle crisi energetiche, monetarie e politiche che hanno interessato le economie dei paesi cd. del primo mondo nel corso degli anni settanta e che hanno fortemente influenzato i decenni successivi si veda M JACOBS ‘*Panic at the Pump: The Energy Crisis and the Transformation of American Politics in the 1970s*’, Hill and Wang, New York, 2016

⁹¹ Si veda per una dettagliata ricostruzione del fenomeno B BELLON, ‘*La filiera di produzione*’, in *Economia e Politica Industriale*, n. 42, Franco Angeli Editore, 1984, nonché J DORMOIS, ‘*The idiosyncrasies of voluntarism*’, in G FEDERICO, J FOREMAN-PECK, (a cura di), ‘*Industrial Policies in Europe*’, *op. cit.*, pp. 58-91

⁹² Per una più diffusa analisi del rapporto intercorrente fra politiche industriali difensive, condotte di *rent seeking* e innovazione si veda S LENWAY, R MORCK & B YEUNG, (1996) ‘*Rent Seeking, Protectionism and Innovation in the American Steel Industry.*’ In *The Economic Journal*, 106(435), 1996, pp. 410-421.

attivissimo MITI (*Ministry of international trade and industry*),⁹³ negli Stati Uniti si porta avanti la politica del *Buy American Act*⁹⁴ emanato negli anni della presidenza Roosevelt e volto ad indirizzare la domanda pubblica in senso protezionistico, limitando fortemente la possibilità di acquistare prodotti finiti stranieri per commesse pubbliche all'interno del territorio USA. In Europa, a strumenti simili a quelli adottati in Giappone e USA, si aggiungono – seppur con diversi gradi di intensità fra paese e paese – la figura del cd. Stato Imprenditore che partecipa al mercato per mezzo di imprese pubbliche e i piani di aiuto/incentivi alle imprese nazionali che assumono la forma di sussidi. In questa fase, ove esistenti, le politiche della concorrenza tendono a piegarsi sotto la pressione di quella industriale. Nella maggior parte dei paesi sviluppati non esiste ancora quella che viene oggi chiamata la ‘cultura della concorrenza’ e si tollerano quindi intese e concentrazioni ‘condotte nell’interesse nazionale’, nonché le prime forme di cd. *public interest exemptions* con cui si consente ai governi di opporsi alle decisioni delle istituzioni allora incaricate di tutelare la concorrenza sul mercato. Sui mercati, i gruppi di interesse maggiormente protetti sono quelli delle imprese nazionali e le sigle sindacali, capaci di influenzare fortemente, in questa epoca, i processi di *policy making*.

Benché sia difficile identificare a livello globale una data unica in grado di fungere da momento conclusivo della fase della politica industriale cd. tradizionale, ai nostri fini sembra utile rifarsi quale punto di svolta alla decisione dei paesi europei di proseguire e rafforzare il processo di integrazione economica adottata con l’Atto Unico Europeo firmato nel febbraio del 1986⁹⁵ con cui gli Stati Membri si impegnarono a completare il Mercato Unico Europeo entro il 1993. La decisione della Comunità europea, che fece seguito alla proposta presentata un anno prima dalla Commissione presieduta da Jacques Delors – ancora intenta a fronteggiare la lunga coda della crisi energetica degli anni 70, cui aveva fatto seguito in molti paesi europei una significativa impennata dei tassi di inflazione, del livello dei prezzi e di quello della disoccupazione – rappresenta lo spartiacque simbolico fra i decenni passati ed una nuova fase in cui l’approccio dei governi al mercato cambierà radicalmente. In questi anni, in paesi come

⁹³ Per una panoramica sulla politica industriale giapponese degli anni 60 e 70 si veda S WILLIAMS, ‘*Japanese industrial policy: What is it, and has it worked.*’, in *Canada-United States Law Journal*, 1993, n.19, pp. 79-92

⁹⁴ Per una più approfondita disamina delle implicazioni e dello sviluppo di tale provvedimento si veda K MANUEL, ‘*The Buy American Act—Preferences for “Domestic” Supplies: In Brief.*’ in *Congressional Research Service*, 2016.

⁹⁵ Cfr. Atto unico europeo OJ L 169, 29.6.1987, pp. 1–28.

l'Italia si inizia ad avvertire la necessità di abbandonare una politica industriale 'per settori' per abbracciarne una 'per fattori'.⁹⁶ A livello globale, la tendenza, per quanto riguarda gli stimoli pubblici all'economia, inizia ad essere quella di puntare allo sviluppo di ricerca e innovazione tecnologica, e incentivare i processi di internazionalizzazione delle imprese.

ii) *La politica industriale sovranazionale di aggiustamento*

Nella seconda metà degli anni ottanta e i primi anni novanta, si assiste ad un cambio di atteggiamento degli stati nazionali che iniziano ad assecondare il mercato, lasciando più spazio ai cosiddetti *animal spirits* le cui dinamiche, anziché essere limitate da invasivi provvedimenti di politica industriale, vengono assoggettate allo scrutinio di autorità antitrust che in questi anni iniziano a fiorire in molti paesi occidentali. L'impostazione interventista degli anni precedenti non scompare, ma si limita piuttosto ad un atteggiamento difensivo, volto soprattutto ad aiutare la trasformazione dell'economia in modo tale da permettere alle imprese più efficienti di godere dei vantaggi comparati.⁹⁷ Le politiche industriali di questo periodo si concentrano quindi principalmente sui settori in fase di declino.

Il cambio di atteggiamento da parte degli Stati nazionali, oltre che da un rinnovato apprezzamento dei possibili vantaggi derivanti da mercati più aperti diffusosi nella dottrina economica, deriva dalle imposizioni di organismi internazionali che iniziano in questa fase ad influenzare le scelte dei governi nazionali. L'OCSE e soprattutto la Comunità Europea – che individua nel Mercato Unico la soluzione più efficace per ricomporre le tensioni fra i propri membri – spingono gli Stati ad adottare politiche che aumentino la concorrenza sui mercati e che neutralizzino le barriere regolatorie erette nei decenni precedenti al fine di schermare i

⁹⁶ Cfr. CONFINDUSTRIA, *Per una politica industriale: le proposte degli imprenditori*, Atti del convegno, Genova, 9-10 ottobre 1981, in *Rivista di Politica Economica*, Agosto-settembre, 1982 e F GOBBO, R PRODI, *La politica industriale italiana*, in Note Economiche, n.5-6, 1982

⁹⁷ Per un'approfondita disamina sulle politiche implementate a partire dall'adozione del Atto Unico Europeo, si vedano i contributi di K GATSIOS, *Imperfect Competition and International Trade*, in F HAH (a cura di), *The Economics of Missing Markets, Information and Games*, Oxford, Clarendon, 1989, pp. 188-207 e J GUAL, *The Three Common Policies: An Economic Analysis*, in P BUIGUES et al. (a cura di), *European Policies on Competition, Trade and Industry*, Elgar, London, 1995. Per quanto riguarda l'Unione Europea è utile rifarsi al fondamentale documento noto con il nome di *Bangemann Memorandum*, in cui si espongono i principi cardine delle CE in tale fase di trasformazione cfr. Commissione Europea, *Industrial Policy in an Open and Competitive Environment (Bangemann Memorandum)*, Bruxelles, Working paper December 14, 1990,

settori protetti da acquisizioni ad opera di imprese straniere.⁹⁸ Sono questi anche gli anni in cui in Europa inizierà a farsi spazio una stringente politica sugli aiuti di stato, che con il Libro Bianco sul Mercato Unico del 1985⁹⁹ vengono definitivamente messi nel mirino della Commissione Europea.

L'apertura dei mercati europei e gli altissimi ritmi di crescita dell'economia giapponese, inducono una reazione da parte degli Stati Uniti che reagiscono stringendo prima l'accordo commerciale con il Canada e successivamente quello con il Messico – che rappresenteranno la base del North American Trade Agreement (NAFTA) con cui si andrà in seguito a costituire il secondo più grande spazio di libero commercio al mondo dopo l'UE.

Il processo di integrazione sovranazionale, con cui si riducono fortemente gli spazi di implementazione di politiche industriali selettive e discriminatorie nei confronti di imprese estere, unito all'individuazione dell'innovazione tecnologica quale *driver* fondamentale per la competitività delle imprese, comportano un cambio di paradigma nell'ambito delle politiche pubbliche ove guadagna terreno un nuovo approccio volto a privilegiare la dimensione orizzontale ed a-settoriale dell'intervento pubblico in economia. L'arretramento delle politiche industriali tradizionali lascia spazio alla definitiva affermazione della politica della concorrenza. Per quanto concerne l'Europa, la crescita esponenziale del peso dell'antitrust a livello comunitario e la diffusione delle autorità garanti della concorrenza, viene temperata da una certa tolleranza per intese e concentrazioni fra imprese che – in nome di una politica industriale che per la prima volta inizia ad assumere un carattere europeo – siano in grado di accrescere la competitività internazionale della cd. '*Fortress Europe*.'¹⁰⁰

⁹⁸ Si veda a questo proposito, per quanto concerne l'Unione Europea, il disegno di politica industriale dell'Europa di quegli anni esposto dettagliatamente nel documento pubblicato dalla Commissione delle Comunità Europee intitolato *The Economics of 1992, in European Economy*, n.38, 1988

⁹⁹Cfr. *Libro bianco della Commissione al Consiglio europeo*, Milano, 28-29 giugno 1985, COM (85) 310

¹⁰⁰ Il termine 'Fortezza Europa' venne utilizzato, con un'accezione negativa, nel corso degli anni novanta, in diversi documenti del GATT prima e del WTO poi. Gli accordi regionali di libero scambio, fra cui *in primis* quello europeo, vennero infatti interpretati come un potenziale passo indietro rispetto allo sviluppo del libero commercio internazionale e del multilateralismo. Il Mercato Unico Europeo, il NAFTA e i primi embrioni di accordi commerciali fra paesi asiatici rappresentavano, agli occhi dei promotori del libero commercio internazionale, entità potenzialmente in grado di prendere il posto dei precedenti stati nazionali ed assumere un atteggiamento di chiusura, con l'unica differenza che i confini non sarebbero più stati quelli nazionali, ma invece quelli regionali. In proposito si veda R RUGGIERO, '*Implications for Trade in a Borderless World*', discorso tenuto al World Trade Congress, 24 April 1996,

iii) *La politica industriale globalizzata*

L'inizio di questa fase può essere ricondotto ad una serie di fatti distinti accaduti verso la metà degli anni novanta: l'avvio operativo del Mercato Unico Europeo (1993), l'entrata in vigore del NAFTA (1994), la conclusione dell'Uruguay Round del GATT (1993) e la successiva creazione della World Trade Organization (1995).

Si apre in questi anni il processo di globalizzazione che porterà a rivoluzionare l'economia mondiale nel giro di poco meno di un decennio. In questa fase la politica industriale discriminatoria nei confronti delle imprese estere che aveva caratterizzato buona parte dei decenni precedenti esce formalmente di scena – o perlomeno perde la propria egemonia nelle agende dei governi nazionali. Costretti a rispettare i vincoli derivanti dall'economia aperta e gli accordi internazionali, i governi vedono ridursi i propri margini di intervento in economia in favore delle neonate entità sovranazionali, nonché delle nascenti autorità indipendenti, che, come abbiamo visto in precedenza, fioriranno a decine in questi anni.

È questa la fase in cui nel binomio politica industriale-politica della concorrenza la seconda inizia a godere di maggiore popolarità rispetto alla prima. La globalizzazione dell'economia impatta fortemente sull'approccio che gli stati nazionali assumono nei confronti delle dinamiche di mercato: da una fase in cui l'obiettivo principale era quello di promuovere e proteggere l'industria locale, si assiste ad una ridefinizione delle priorità fra le quali *in primis* l'aumento dell'efficienza dei mercati. In un'economia non globalizzata, infatti, la competitività delle industrie locali poteva giustificare – per lo meno nel breve periodo – la riduzione del livello di benessere dei consumatori, in un quadro in cui gli interessi di imprese e governi nazionali erano sostanzialmente convergenti e i *policy maker* avevano la possibilità di intervenire con maggiore autonomia con azioni redistributive in caso di eccessivi sbilanciamenti a danno dei consumatori. Necessariamente diverso è invece l'approccio in presenza di imprese fortemente interessate da fenomeni di multinazionalizzazione. In un tale contesto, infatti, viene meno la simmetria di interessi fra imprese presenti sul territorio e governi e allo stesso tempo non è pensabile escludere la filiale insediata di una multinazionale

Singapore e B HANSON, 'What happened to fortress Europe?: External trade policy liberalization in the European Union.' in International Organization, 1998, n. 52, pp. 55-85.

estera da interventi di politica industriale protettiva. Gli interventi di politica industriale – aggressiva o difensiva – perdono attrattività in quanto l’impresa domestica, sempre più spesso proiettata verso l’estero, inizia a temere le possibili reazioni che il protezionismo del paese di origine può scatenare nei paesi in cui essa sta sviluppando insediamenti produttivi o comunque portando avanti investimenti. La globalizzazione comporta inoltre il significativo effetto di garantire all’impresa multinazionale un vantaggio informativo rispetto al proprio Stato di origine, che rende quindi non auspicabile l’espletamento da parte dei governi di quelle funzioni di indirizzo giudicate invece positivamente fino a qualche anno prima.¹⁰¹

Parallelamente al ridimensionamento delle forme più interventiste di politica industriale, si fa spazio un nuovo approccio dello Stato che, a valle dell’ondata di privatizzazioni e liberalizzazione dei primi anni novanta,¹⁰² abbandona gradualmente il ruolo dello Stato Imprenditore e tende ora piuttosto a garantire meccanismi di coordinamento dell’economia attraverso la regolazione. Oltre alla supervisione dei mercati per mezzo della disciplina antitrust e della regolamentazione, lo Stato nazionale si fa carico anche di intervenire sulle esternalità di sistema e si implementano quindi politiche volte a garantire i diritti di proprietà intellettuale, correggere le asimmetrie informative, fornire in maniera efficiente gli input necessari alle imprese per crescere su scala globale quali lavoro, tecnologia e infrastrutture, e predisporre framework normativi in grado di garantire strutture efficienti del governo societario.¹⁰³

Il nuovo ruolo della politica industriale si ricollega ad un cambio di paradigma nel contesto politico e del dibattito economico dell’epoca: viene nettamente rivalutato il ruolo dell’offerta (consumatori) rispetto a quello – tradizionalmente privilegiato dai *policy makers* – dell’offerta. Si assiste allora ad una rivisitazione del ruolo dell’industria non più vista come entità da promuovere e proteggere di per sé, ma piuttosto come strumento per massimizzare il benessere collettivo. Nell’osservata dicotomia fra politica industriale e politica della concorrenza, la seconda diventa quindi predominante¹⁰⁴ in quanto viene riconosciuta quale strumento per

¹⁰¹ Sui cambiamenti di paradigma imposti ai policy makers dalla multinazionalizzazione delle imprese si vedano *inter alia* M PORTER, ‘*Competition in Global Industries*’, Harvard Business School Press, Boston, 1986, M PORTER, ‘*The competitive advantage of nations*’, Free Press, New York, 1990, nonché, per la letteratura italiana, A COLLI, ‘*Il quarto capitalismo*’, Marsilio, Venezia, 2002.

¹⁰² Si veda *supra* paragrafo 1.2

¹⁰³ Cfr. F BARCA, ‘*Le politiche del governo societario*’, in A. Ninni e F. Silva (a cura di), *La politica industriale*, Laterza, Bari, 1997.

¹⁰⁴ Cfr. P BIANCHI, S LABORY, ‘*From Old Industrial Policy to New Industrial Development Policies: An Introduction*’, in P BIANCHI, LABORY (a cura di) 2006 *op. cit.*, pp. 20-24

incrementare, da una parte, il benessere dei consumatori e, dall'altra, la competitività internazionale delle imprese. Non a caso, sarà proprio in questa fase che si avvertirà fortemente l'urgenza di dotare l'economia globalizzata di politiche della concorrenza internazionali¹⁰⁵ o perlomeno di strumenti di coordinamento tra quelle nazionali già esistenti.¹⁰⁶

iv) *La politica industriale della crisi*

Con il crollo della banca d'investimenti americana Lehman Brothers,¹⁰⁷ nell'ottobre del 2008 si apre la lunga stagione di una crisi che, pur assumendo forme diverse nell'arco degli scorsi dieci anni – finanziaria prima, economica poi, e infine istituzionale – ha rimesso fortemente in discussione i principi, le convenzioni e le istituzioni sviluppatesi nei decenni precedenti.

Gli effetti collaterali derivanti dagli eccessi e le distorsioni di due decenni di globalizzazione, si ripresentano ai *policy makers* delle principali economie mondiali – quelle stesse che negli anni precedenti si erano proposte di sovrintendere ai processi di globalizzazione dell'economia raggruppandosi in vertici multilaterali ristretti denominati G8 prima e G7 poi – sotto forma di emorragia di consenso nei confronti di quelle classi dirigenti che a vario titolo si sono alternate al governo dei paesi più sviluppati a partire dal secondo dopo guerra.¹⁰⁸ In particolare, il ceto

¹⁰⁵ Nel 1997, su spinta del dipartimento di giustizia americano, viene istituito l'*International Competition Policy Advisory Committee (ICPAC)* a cui venne affidato il compito di affrontare i problemi della politica della concorrenza discendenti dal processo di globalizzazione in atto. Nel 2000 il comitato pubblicò un parere in cui si invitavano gli Stati Uniti a sondare la possibilità di creare un nuovo ente – inizialmente denominata *Global Competition Initiative* – in cui far convergere funzionari governativi, imprese private e organizzazioni non governative per affrontare le sfide poste all'antitrust internazionale dalla globalizzazione. Il 25 ottobre 2001, rappresentanti istituzionali provenienti da 14 diverse giurisdizioni – Australia, Canada, Francia, Germania, Israele, Italia, Giappone, Korea, Messico, Regno Unito, Sud Africa, Unione Europea, USA, e Zambia – si riunirono per il primo meeting di lancio dell'*International Competition Network*.

¹⁰⁶ Sull'avvertita urgenza di strutturare una politica della concorrenza internazionale a seguito dei rapidi cambiamenti cui si assistette nei primi anni novanta del secolo scorso e sulle possibili strade percorribili a valle dell'*Uruguay round* del GATT, si veda P LLOYD, G SAMPSON, '*Competition and Trade Policy: Identifying the Issues After the Uruguay Round*', in *World Economy*, 18, 1995, pp. 681-705.

¹⁰⁷ Sulle cause e le dinamiche che hanno portato al cd. crack di Lehman Brothers si veda il report pubblicato dalla commissione d'inchiesta costituita ad hoc dal congresso americano nel 2010 UNITED STATES FINANCIAL CRISIS INQUIRY COMMISSION, '*The financial crisis inquiry report*', authorized edition: *Final report of the National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States*. Public Affairs, 2011, disponibile all'indirizzo web <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/GPO-FCIC/pdf/GPO-FCIC.pdf>

¹⁰⁸ Si veda in proposito il saggio del premio Nobel per l'economia Joseph Stiglitz, cfr. J STIGLITZ, '*Globalization and its Discontents*', Penguin Books, London, 2002.

medio provinciale – composto da cittadini ed imprese che vivono al di fuori delle metropoli globali teatro della cd. Globalizzazione felice, dove la crescita esponenziale del settore dei servizi e della finanza distribuiscono benessere diffuso – le cui condizioni economiche sono largamente dipese dall’andamento di quelle stesse industrie che, come si è visto, avevano beneficiato ampiamente delle politiche industriali difensive implementate nel corso della seconda metà del ‘900, si ritrova minacciato dagli effetti della globalizzazione dei mercati – che comporta un’accresciuta pressione competitiva sulle imprese locali – e dalla multinazionalizzazione delle imprese – da cui dipende un sensibile fenomeno di delocalizzazione degli impianti.¹⁰⁹ Queste dinamiche, unite al malcontento maturato nei confronti del settore finanziario additato come grande colpevole della crisi del 2008, porterà proprio in quei paesi che della globalizzazione erano stati i più entusiasti alfieri nonché principali beneficiari, ad imprevedibili esiti elettorali imputabili proprio ad una richiesta di discontinuità con le politiche pubbliche del passato e ad una rinnovata domanda di protezione.

Stimolato anche dalla crescita esponenziale del cd. ‘capitalismo di Stato’ cinese, il protezionismo ritorna nel giro di pochi anni a farsi spazio nelle agende dei *policy makers* nazionali che agiscono sotto la pressione di elettorati sempre più ostili alla competizione di imprese straniere – prime fra tutte quelle cinesi, in fase di enorme crescita sia quantitativa che qualitative e sostenute da politiche industriali estremamente aggressive implementate dal governo della Repubblica Popolare¹¹⁰ – e all’idea di mercati aperti. I cd. nuovi protezionismi¹¹¹ assumono varie forme: alcuni dei principali progetti di accordi di libero scambio portati avanti in anni di laboriose trattative vengono abbandonati nel giro di pochi mesi, ricompaiono dapprima barriere ‘*beyond the border*’ con cui si limitano le possibilità di effettuare

¹⁰⁹ Sugli effetti che la globalizzazione ha comportato per i componenti del cd. ceto medio si veda J HACKER, P PIERSON, ‘*Winner-take-all politics: How Washington made the rich richer--and turned its back on the middle class.*’ Simon and Schuster, 2010, P KRUGMAN, ‘*For Richer*’, in H SHAPIRO, D PURPEL, (eds.). ‘*Critical social issues in American education: Democracy and meaning in a globalizing world.*’ Routledge, 2004, pp. 3 e ss

¹¹⁰ Sulle politiche industriali, commerciali e antitrust implementate nel corso degli ultimi anni dalla Cina si vedano, *inter alia*, P AGHION, C JING, M DEWATRIPONT, D LUOSHA, H ANN, and P LEGROS, ‘*Industrial Policy and Competition.*’ *American Economic Journal: Macroeconomics*, 7 (4), 2015, pp. 1-32, M MARINIELLO, ‘*The Dragon awakes: Is Chinese competition policy a cause for concern?*’, Bruegel Policy Contribution, 2013.

¹¹¹ Per una più dettagliata analisi dei cd. nuovi protezionismi si vedano J STIGLITZ, ‘*The overselling of globalization*’, *Business Economics*, 2017, Volume 52, Issue 3, pp 129–137, D IRWIN, ‘*The False Promise of Protectionism: Why Trump's Trade Policy Could Backfire.*’ *Foreign Affairs*, 2017, 96, pp. 45 e ss., M NOLAND, ‘*US trade policy in the Trump administration.*’, *Asian Economic Policy Review*, 2018, 13, pp.262-278.

acquisizioni da parte di imprese straniere e poi vere e proprie barriere ‘*at the border*’ nella forma di ingenti dazi commerciali. La politica industriale ritorna dunque a prevalere su quella della concorrenza in un periodo in cui quest’ultima, oltre a perdere attrattività nei confronti delle nuove classi politiche nazionali – in quanto ha fra i propri presupposti fondamentali quelli dell’imparzialità e della non-discriminazione sulla base della nazionalità delle imprese – viene influenzata dal proprio interno grazie a legislazioni redatte utilizzando termini ampi variamente interpretabili, vaghe clausole di interesse pubblico presenti nell’ambito delle normative sulle concentrazioni e una più generale rivalutazione dell’interesse dei produttori *vis-à-vis* quello dei consumatori.¹¹²

L’Unione Europea, in questa fase si trova a dover fronteggiare l’imprevedibile attivazione dell’articolo 50 TUE da parte della Gran Bretagna e la parallela ascesa di quelli che vengono etichettati come movimenti sovranisti, portatori di ideali euroscettici, contrari ai trattati di libero scambio e fautori di politiche nazionaliste improntate a proteggere cittadini ed imprese dei rispettivi Stati di appartenenza. In un Mercato Unico dove, sotto la spinta della politica industriale europea, si erano fatti spazio diversi Campioni Europei, riguadagnano terreno visioni nazionaliste della politica economica e torna ad acquisire popolarità l’idea – mai in realtà del tutto sopita – di costituire o comunque rafforzare i Campioni nazionali.¹¹³ In tale scenario, con un cambio di passo fino a qualche anno addietro ritenuto del tutto impensabile, alcuni fra i più importanti governi dell’UE presentano proposte volte a ridurre il peso della Commissione in ambito concorrenziale, richiedendo per contro che venga dilatato lo spazio di intervento dei governi nazionali riuniti all’interno del Consiglio.¹¹⁴

Nonostante tali proposte – di cui ancora non è possibile valutare l’impatto sul quadro politico venutosi a creare a valle delle elezioni europee del maggio 2019 – la politica della concorrenza europea continua a mantenere un ruolo di primissimo rilievo fra le politiche dell’Unione anche grazie al fatto di essere di competenza esclusiva dell’Unione e di non necessitare di essere

¹¹² A questo proposito si rimanda al paragrafo 1.2. *supra* ed al successivo capitolo 2.

¹¹³ Si veda al riguardo F GHEZZI, M BOTTA, ‘*Standard di valutazione, interessi nazionali ed operazioni di concentrazione in Europea e negli Stati membri, tra spinte centrifughe ed effetti di spillover*’, in Rivista delle società, Giuffrè, 2018, pp.35-46

¹¹⁴ Si veda in proposito il documento franco-tedesco pubblicato a seguito del divieto di concentrazione emanato dalla DG Comp nel caso Siemens-Alstom, cfr. ‘*A Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century*’ disponibile all’indirizzo https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/locale/piece-jointe/2019/02/1043_-_a_franco-german_manifesto_for_a_european_industrial_policy_fit_for_the_21st_century.pdf.

veicolata dal metodo intergovernativo. Al contempo, l'antitrust europeo risulta più debole in quelle aree lasciate scoperte dalla disciplina comunitaria, la cui implementazione risulta delegata alla discrezionalità degli Stati Membri.¹¹⁵ I cd. meccanismi di 'armonizzazione volontaria' predisposti in alcune aree dell'antitrust rappresentano il lasciapassare ideale per l'implementazione da parte di governi nazionalisti di nuove forme di politiche industriali che, benché mediate e parzialmente mitigate dal complessivo buon funzionamento della disciplina antitrust europea, mettono a rischio il progetto del Mercato Unico con cui ci si era proposti di abbattere definitivamente le barriere a partire dalla firma dell'Atto Unico Europeo del 1986.

1.3. Politica della concorrenza e politica industriale: profili di incompatibilità

Nei paragrafi che precedono sono emersi con maggiore chiarezza gli elementi che caratterizzano oggi, rispettivamente, la politica della concorrenza e quella industriale. L'analisi dell'evoluzione che entrambe le aree di policy hanno attraversato nel corso degli ultimi decenni, permette di evidenziare i profili di incompatibilità fra di esse esistenti e le ragioni che inducono a sostenere la necessità di tracciare una chiara linea di confine fra i due ambiti di *policy*.

Un primo elemento utile a distinguere le due discipline, e cui già si è accennato in precedenza, è rappresentato dalla dicotomia trasversalità-selettività. Da un lato, infatti, la politica della concorrenza risulta caratterizzata da un'impalcatura normativa che fa della trasversalità uno dei propri cardini. Si tratta infatti di una disciplina applicabile generalmente ad ogni tipo di mercato al fine di tutelare il benessere dei consumatori senza distinguere in alcun modo fra settori, imprese o categorie di consumatori. Al contrario, la politica industriale, si prefigura come una politica pubblica selettiva, in quanto l'azione pubblica in questo campo è sempre figlia di una scelta – di natura intrinsecamente politica, come si è visto – con cui si decide di intervenire su un determinato mercato, settore o impresa.

L'architettura istituzionale dell'uno e dell'altro settore permettono di identificare ulteriori elementi capaci di rimarcare le profonde differenze fra politica della concorrenza e politica industriale. La prima infatti, in virtù dell'evoluzione che ne ha interessato i principi fondamentali fino al definitivo accoglimento del *consumer welfare* quale proprio obiettivo

¹¹⁵ In proposito si rimanda a quanto esposto *supra* al paragrafo 1.1.3.

finale, risulta oggi sempre più incentrata sulla figura delle autorità indipendenti. La tendenza dei *policy maker* al riguardo, viste le recenti proposte di riforma avanzate in Europa ed in altre parti del mondo, sembrerebbe peraltro portare ad un ulteriore rafforzamento e autonomizzazione funzionale di tali istituzioni, ritenute tanto più efficaci quanto è alto il loro grado di indipendenza da governi e parlamenti nazionali. Un discorso del tutto diverso va invece fatto per la politica industriale, la quale, visti i fini che si propone di raggiungere, risulta legata a doppio filo con il potere esecutivo. Più in generale, è proprio il tratto dell'indipendenza – dalla politica o da gruppi di interesse privati – ad essere del tutto assente nell'architettura istituzionale di questo secondo ambito di policy. I provvedimenti di politica industriale, infatti, essendo di matrice tipicamente governativa, presuppongono dinamiche tipiche del processo politico tradizionale in cui gli interessi delle forze politiche, imprese e altri gruppi di interesse vengono considerati, bilanciati e poi tradotti in norme. L'influenza di organismi internazionali sul processo di *policy making* in ambito di politiche industriali, non pare sufficiente a privare quest'ultimo della propria caratterizzazione governativa, in quanto quegli stessi organismi rappresentano, nella maggior parte dei casi, dirette o indirette emanazioni dei governi stessi.¹¹⁶ Lo stesso vale per il quadro dell'UE, nell'ambito del quale la politica industriale continua ad essere discussa su base prevalentemente intergovernativa, con il Consiglio Europeo a giocare un ruolo prevalente rispetto a quello della Commissione.

Sulla stessa direttrice si sviluppa un'altra caratteristica che ben si presta ad evidenziare le differenze ontologiche esistenti fra le due aree di policy in esame, ossia la diversa legittimazione politica di cui esse dispongono. La politica industriale, infatti, essendo di matrice tipicamente governativa, è dotata di una diretta legittimazione democratica per mezzo della quale il suo campo di azione è particolarmente vario e caratterizzato da un ampio margine di discrezionalità. Tale tratto ben si concilia con quello della selettività di cui si è detto in precedenza; è infatti in virtù della propria legittimazione democratica che i responsabili della politica industriale di un paese possono permettersi di selezionare settori, industrie ed imprese su cui intervenire. Al contrario, come si è visto, le autorità della concorrenza sono organi tecnocratici, composti da funzionari selezionati tipicamente per concorso pubblico e i cui

¹¹⁶ Si pensi ai già menzionati G7 e G8 – nell'ambito dei quali sono state tracciate per molti anni le linee guida dello sviluppo industriale globale – composti esclusivamente da capi di governo dei paesi membri, o anche ad organismi quali la *world trade organization* dove la cd. *Ministerial Conference* ha giocato e continua a giocare un ruolo fondamentale nel definire l'operato dell'organizzazione.

vertici vengono scelti sulla base di criteri di professionalità ed indipendenza¹¹⁷ e non, invece, di appartenenza politica. Ad esse dovrebbe dunque essere preclusa la possibilità di intervenire sulla base di valutazioni politiche¹¹⁸ – come politica è la scelta di agevolare un settore industriale a discapito di un altro – dovendosi queste ultime piuttosto limitare ad agire ogniqualvolta al loro cospetto si presentino condotte potenzialmente lesive del benessere dei consumatori. Le scelte da compiersi all’atto di selezionare mercati o imprese su cui pianificare un intervento di politica industriale invece, essendo discrezionali e, come sottolineato in precedenza, politiche, necessitano di una legittimazione democratica, di cui i governi, ministri e parlamenti sono dotati.

L’orizzonte geografico su cui si proiettano i presupposti teorici dei due diversi ambiti di policy, si presta a fungere da ulteriore elemento in grado di distinguerli. I provvedimenti di politica industriale, nonostante la sopra evidenziata influenza esercitata dall’economia globalizzata e dalle relative istituzioni, risultano ancora fortemente caratterizzati dal fatto di avere un orizzonte applicativo ed un indirizzo programmatico delimitato dai confini nazionali. Tale elemento è strettamente connesso alla natura governativa di tali politiche che implica l’esistenza di un vincolo diretto fra i provvedimenti adottati e gli elettori da cui discende la legittimazione dei *policy maker*. Come si è visto, i provvedimenti di politica industriale presuppongono spesso l’idea di una conflittualità intrinseca nel rapporto con l’estero. La politica concorrenziale, al contrario, sia per l’assenza di un elettorato cui i suoi *policy makers* devono rispondere direttamente, sia per la natura trasversale e transnazionale del bene giuridico alla cui tutela è preposta, si caratterizza per essere una disciplina dalla vocazione sovranazionale e che contempla i confini per ragioni meramente giurisdizionali.

Un esempio paradigmatico della vocazione internazionalista della politica e del diritto della concorrenza, è rappresentato dall’esperienza della disciplina antitrust europea la cui applicabilità extraterritoriale, per quanto a lungo dibattuta, rappresenta oggi uno dei suoi

¹¹⁷ Con riferimento alla composizione ed alla struttura delle autorità della concorrenza si vedano F JENNY, *The institutional design of competition authorities: Debates and trends*, in *Competition law enforcement in the BRICS and in developing countries*. Springer, Cham, 2016. p. 1-57, A OTTOW, *Erosion or innovation? The institutional design of competition agencies—A Dutch case study.*, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2014, 2.1: 25-43, A. MANGANELLI, A. NICITA, M. ROSSI, *The institutional design of European competition policy*, EUI Working Paper, 2010

¹¹⁸ In merito al fenomeno della politicizzazione del diritto della concorrenza in Europa si veda C RAUH *‘EU politicization and policy initiatives of the European Commission: the case of consumer policy’*, *Journal of European Public Policy* (2018).

elementi maggiormente caratterizzanti. Ben lungi dall'applicarsi meramente ad aziende stabilite all'interno dei confini dell'Unione, infatti, il diritto antitrust di matrice europea ha sviluppato tre teorie in base alla quale le sue disposizioni possono avere ricadute extraterritoriali.

La prima teoria, elaborata dalla Corte di Giustizia a sostegno dell'applicazione extraterritoriale del diritto europeo della concorrenza è la cosiddetta teoria dell'unità del gruppo di imprese (o 'single economic entity'), affermata nel caso *materie coloranti (Dyestuffs)*.¹¹⁹ A mente di tale teoria, la normativa antitrust europea è applicabile anche nei confronti di quelle imprese che, nonostante non abbiano sede all'interno dell'UE, detengono fra le proprie controllate almeno una società stabilita all'interno dei confini dell'UE.

Al caso *Pasta di legno (Wood Pulp I)*¹²⁰ si deve invece l'elaborazione da parte della Corte della cd. teoria dell'attuazione (*implementation theory*), ai sensi della quale la giurisdizione europea in materia di concorrenza si espande anche ad un'impresa basata al di fuori dell'Unione che abbia però implementato una pratica restrittiva della concorrenza¹²¹ all'interno di uno o più Stati Membri.

Infine, sempre in ambito di Corte di Giustizia UE,¹²² è stata sviluppata la teoria dei cd. effetti qualificati, in base alla quale una condotta portata avanti da imprese non stabilite all'interno dell'UE ricade nella competenza della Commissione, qualora abbia effetti all'interno del mercato unico e tali effetti siano immediati, sostanziali e prevedibili.¹²³

¹¹⁹ Corte di giustizia, sentenza 14 luglio 1972, causa 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd*, Raccolta, 1972, p.619. In merito a tale pronuncia si veda, HOWELL III, *Extraterritorial Application of Antitrust Legislation in the Common Market: The Dyestuffs Cases*, Columbia Journal of Transnational Law, 1973, p. 169 ss.

¹²⁰ Sentenza 27 settembre 1988, cause 89/85 e altre, *Pasta di legno*, Raccolta, 1988, p.5193 ss. In proposito, fra i molteplici articoli a commento, si veda MANN, 'The Public International Law of Restrictive Practices in the European Court of Justice', International and Comparative Law Quarterly, 1989, p. 375 ss.

¹²¹ Si noti a tale proposito che, come chiarito dalla Corte nella sentenza *Gencor* (Sentenza del Tribunale di primo grado del 25 marzo 1999, *Gencor Ltd contro Commissione delle Comunità europee para. 97*), il criterio dell'implementazione risulta soddisfatto anche solo quando un'impresa abbia effettuato semplici vendite, in qualsiasi forma, all'interno del Mercato Unico.

¹²² Si veda *Gencor* supra nota precedente.

¹²³ La sentenza *Gencor* è stata peraltro recentemente riutilizzata come precedente nella discussa decisione della Corte nel caso *Intel*. I giudici di Strasburgo, infatti, in tale frangente hanno risposto positivamente alla questione circa la competenza territoriale della Commissione a sanzionare la condotta anticoncorrenziale di Intel – impresa basata negli USA – la quale aveva concluso accordi in violazione dell'articolo 101 TFUE con altre imprese stanziate al di fuori dell'Unione.

Quanto qui brevemente esposto, ben si presta a chiarire le ragioni che spingono a invocare una netta separazione fra i due settori, che, come visto, muovono da presupposti diversi e perseguono fini spesso incompatibili gli uni con gli altri.

Sarà dunque sulla base di tale assunto che si procederà, nei prossimi capitoli, ad analizzare le intromissioni della politica industriale nell'ambito dei procedimenti e delle politiche antitrust che sono ad oggi ancora diffuse e sono andate ad accentuarsi nell'ultimo decennio, caratterizzato dall'acuirsi dei 'nuovi protezionismi.'¹²⁴

¹²⁴ Con tale definizione in dottrina, negli ultimi anni, si è fatto riferimento a due fenomeni tra loro diversi ma ricollegabili ad una comune tendenza. Da una parte, tale termine è stato, infatti, utilizzato per definire le cosiddette '*behind the borders barriers*', ovvero quelle barriere all'ingresso dei mercati nazionali poste non '*at the border*' – quindi nella forma di dazi e tariffe –, ma nell'ambito di norme e disposizioni regolatorie di carattere interno, a loro modo in grado di influenzare il grado di penetrabilità di un mercato nazionale (si pensi ad esempio alle normative sulla cd. *golden share* e *golden power*, o a procedure di appalti pubblici che prevedano criteri di aggiudicazione discriminatori nei confronti di imprese straniere). Dall'altra, il termine '*new protectionism*' in anni più recenti è stato ricollegato al rinnovato *trend* di alcuni stati di chiudersi al libero commercio introducendo dazi e tariffe su talune merci al fine di proteggere determinate categorie di produttori domestici.

2. Il controllo delle concentrazioni in Europa e l'influenza della politica industriale nazionale.

2.1. Il controllo delle concentrazioni: uno strumento di policy fra politica industriale e antitrust

Nel capitolo precedente si è proposta una panoramica delle differenze esistenti fra politica industriale e politica della concorrenza con l'intento di far emergere le ragioni di carattere sistematico che rendono auspicabile una sempre più netta separazione fra le due aree di *policy*. Nel presente capitolo, in continuità con quanto esposto in precedenza e mantenendo lo stesso intento di ordine programmatico, ci si occuperà di uno dei settori in cui il rapporto fra le due discipline è più stretto e, quindi, maggiormente critico: il controllo delle concentrazioni fra imprese.

Le ragioni della particolare sensibilità del controllo delle concentrazioni ad influenze provenienti dalla politica industriale è legata alla natura stessa di tali operazioni e al fatto che dietro ad esse possono spesso celarsi interessi ulteriori rispetto a quelli di cui sono portatrici le due (o più) entità economiche coinvolte. Fra questi interessi, nella prospettiva su cui qui ci si soffermerà, spiccano quello dei consumatori (a non vedersi penalizzati dall'operazione) e quello dei governi¹²⁵ (a non perdere il controllo su una particolare impresa nazionale reputata 'strategica', o, in altri casi, a vedere creato o consolidato un cd. Campione nazionale). La compresenza di interessi di tal specie nell'ambito di un'unica operazione può condurre ad un contrasto rispetto al quale non è possibile, in molti casi, trovare una soluzione univoca. Se un'operazione viene infatti analizzata dalla prospettiva di un policy maker su cui grava la responsabilità di sviluppare la politica industriale di determinato paese, la concentrazione sarà spesso valutata in termini di strategicità.¹²⁶ In questa chiave giocheranno un ruolo chiave una

¹²⁵ Per una dettagliata panoramica sul tipo di interessi di cui i governi possono farsi portatori nel campo delle fusioni ed acquisizioni si veda M MOTTA, M RUTA, *Fusioni e campioni nazionali*, in *L'industria, Rivista di economia e politica industriale*, 2/2008, pp. 245-270.

¹²⁶ La strategicità per come è intesa in questa sezione, è da interpretarsi in termini estremamente ampi, facendovi rientrare generalmente tutti gli interessi ulteriori, rispetto a quello delle imprese coinvolte in un'operazione e a quello dei consumatori, di cui possono essere portatori i governi nazionali. Una precisazione terminologica si rende necessaria al fine di non creare confusione con il più ristretto significato attribuito convenzionalmente all'aggettivo 'strategico' nell'ambito della letteratura sulle cd. politiche commerciali strategiche, il cui principale contributo è stato quello di evidenziare la possibilità che, in presenza di mercati oligopolistici, l'intervento governativo possa spostare i profitti dalle imprese straniere a quelle nazionali, cfr. J BRANDER, B SPENCER, *International R&D Rivalry and Industrial*

serie di considerazioni quali: la nazionalità dell'acquirente, il ruolo ricoperto dalla società *target* nell'industria nazionale/regionale, le ricadute occupazionali, i legami dell'impresa *target* o di quella acquirente con la classe politica, le eventuali perdite di *know-how* derivanti dall'acquisizione di un'impresa ad alta capacità innovativa, l'impatto su altri interessi pubblici quali la sicurezza nazionale, l'ambiente, la pluralità dei *media*, la stabilità finanziaria e la sicurezza negli approvvigionamenti energetici. Diversa, invece, è la prospettiva di chi guardi a tali fenomeni dal punto di vista della politica della concorrenza. In tale ottica, l'unica valutazione che le autorità pubbliche sono tenute a fare concerne la possibilità che l'operazione abbia o meno un impatto negativo sul benessere dei consumatori. Si tratterà quindi di prendere in considerazione tanto i *price effects* (PE) quanto i *non-price effects* (NPE)¹²⁷ della concentrazione e valutarli sulla base di consolidati indici di misurazione e predizione di natura prettamente tecnica.

Concentrazioni che presentino i caratteri qui esposti, sono di particolare interesse ai nostri fini in quanto si prestano a raffigurare plasticamente il *trade-off* esistente fra politica industriale e politica della concorrenza di cui si è discusso nel precedente capitolo trattando il rapporto fra equità ed efficienza. È evidente, infatti, che l'adesione all'una prospettiva, implichi, in molti casi – e con i *caveat* di cui si è detto in precedenza – ricadute negative per chi osservi il problema con gli strumenti e secondo i principi dell'altra. Potrà ad esempio accadere che una concentrazione che non presenti ricadute negative per i consumatori, abbia effetti negativi in termini di occupazione. Al contrario, il consolidamento di un campione nazionale su un

Strategy, in *Review of Economic Studies*, 50, 4, 1983, pp. 702-722, J BRANDER, B SPENCER, Strategic Trade Policy, in S DURLAUF, L BLUME (a cura di), *The New Palgrave Dictionary of Economics*, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2007, e J EATON, G GROSSMAN, 'Optimal Trade and Industrial Policy Under Oligopoly', in *Quarterly Journal of Economics*, 101, 2, 1986, pp. 383-406.

¹²⁷ I cd. NPE delle concentrazioni – fra cui si rientrano qualità e varietà del prodotto nonché l'impatto sulla capacità innovazione nel mercato rilevante – rappresentano uno degli aspetti su cui maggiormente si è dibattuto in ambito antitrust negli ultimi anni. Tale fermento è parzialmente dovuto al fatto che in molti casi rilevanti di cui sono state investite le principali autorità antitrust negli ultimi anni, il livello dei prezzi non rappresentava un indice affidabile su cui valutare la concentrazione (talvolta perché il prodotti erano distribuiti gratuitamente, cfr. in particolare la decisione della Commissione UE (Caso N. M.8228) nell'acquisizione da parte di Facebook della piattaforma di messaggistica online Whatsapp, disponibile all'indirizzo web http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8228_493_3.pdf). In proposito si sono sviluppati un'ampia letteratura e differenti approcci da parte delle autorità, in merito ai quali si suggerisce la lettura dei documenti conclusivi della 129° riunione del Competition Committee dell'OECD tenutasi a Parigi dal 6 all'8 giugno 2018, dedicata al tema dei 'Non price Effects of Mergers' e i cui documenti sono consultabili all'indirizzo web <http://www.oecd.org/daf/competition/non-price-effects-of-mergers.htm>.

determinato mercato, benché capace di rafforzare la posizione di un paese a livello geopolitico, avrà in molti casi l'effetto di ridurre la concorrenza e quindi di alzare il livello dei prezzi all'interno del mercato di riferimento.

Non è intenzione di chi scrive proporre ardite soluzioni in merito a quale sia l'ambito o il tipo di scelta pubblica che dovrebbe prevalere in questo tipo di contrapposizione logica e di principio. La meno ambiziosa proposta che si intende qui piuttosto avanzare mira più modestamente a ridurre il rischio che la politica della concorrenza veda frustrati i propri obiettivi, non a causa di misure politiche di altra natura, ma in ragione di alcuni *vulnus* presenti nel suo stesso impianto normativo. Per fare un esempio concreto di quale sia la posizione che si intende qui assumere nei confronti della politica industriale, si prenda in considerazione il caso di un governo che reputi la compagnia aerea cd. di bandiera, in pieno dissesto finanziario, un asset strategico a fini industriali, occupazionali o geopolitici. La circostanza che tale governo, al fine di sostenere o mantenere il controllo di detta impresa, decida di adottare taluni provvedimenti di politica industriale quali aumenti di capitale finanziati con fondi pubblici, accorpamenti con altre compagnie di trasporto statali o agevolazioni fiscali, non rappresenta un elemento su cui nel presente contributo si intende esprimere alcun tipo di giudizio o opinione. Diverso invece è l'approccio che sarà adottato nei confronti dell'atteggiamento di un'autorità della concorrenza o di un ministero che, nelle more di un procedimento con cui sia stato avviato lo scrutinio antitrust di una concentrazione, decidesse di attivare in maniera strumentale delle clausole cd. di interesse pubblico contenute nella stessa legislazione antitrust che consentano di derogare alla normale disciplina al fine di portare avanti, sotto mentite spoglie, l'agenda industriale del paese stesso.

I ragionamenti proposti in queste pagine, si pongono altresì in aperta contrapposizione a quanto sostenuto dai supporter della cd. ibridizzazione¹²⁸ della politica della concorrenza. Riteniamo, infatti, che, per renderne davvero efficace l'azione e mantenerne intatta la credibilità di disciplina tecnica e la coerenza del suo impianto teorico, sia opportuno rifarsi ad un'interpretazione restrittiva della politica concorrenziale per tornare ad un antitrust che,

¹²⁸ Sull'argomento si vedano N DUNNE, *Between competition law and regulation: hybridized approaches to market control*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 2, Issue 2, 2014, pp. 225–269, M THATCHER, B RANGONI, *'Sector-specific regulation and general competition policy as friends not enemies.'* in 3rd Florence Conference on the Regulation of Infrastructures: Taking stock of current challenges, EUI, Florence, p. 45.

citando un illustre studioso della materia, *‘che si limiti a fare l’antitrust’*. Un tale approccio ha l’ambizione di arginare la diffusa tendenza delle autorità garanti lasciarsi contaminare da quello che è stato definito *‘ardore regolatorio’*¹²⁹ che le spingerebbe ad ampliare il proprio ambito di operatività, estendere i poteri di cui dispongono, andare oltre il proprio impianto teorico-normativo per poi, in ultima istanza, minarne stabilità e credibilità nel tempo.¹³⁰

Se dunque, da un lato, sono da respingere i tentativi di espandere il campo di azione dell’antitrust a settori che non gli competono – si pensi ai recenti e discussi casi ai limiti degli ambiti della privacy¹³¹ e della tassazione¹³² che hanno visto molto attiva la DG Concorrenza della Commissione –, con altrettanta decisione saranno da evitare le intromissioni della politica

¹²⁹ Cfr. S CASSESE *‘Dalle regole del gioco al gioco con le regole’*, in *Mercato Concorrenza Regole*, Rivista quadrimestrale, 2/2002, p. 275.

¹³⁰ Su quelle che note come *‘trasgressioni sistemiche’* discendenti dalla menzionata *‘tendenza intrusiva’* delle autorità di regolazione si veda il contributo di A KAHN *‘Whom the Gods Would Destroy or How Not to Deregulate’*, AEIBrookings Joint Center for Regulatory Studies, Washington, 2001, pp. 3 e 35 nel quale si denuncia inoltre *‘the perverse propensities of regulatory agencies to micromanage the process – indeed to regulate pervasively in the name of deregulation’* e il *‘regulatory opportunism’* degli sforzi delle agenzie di regolazione *‘purportedly aimed at ensuring that the competition ushered in by deregulation is fair and efficient’*.

¹³¹ Nel corso degli ultimi anni, a seguito dell’enorme sviluppo che hanno conosciuto le piattaforme sociali ed la parallela crescita dell’utilizzo che queste fanno dei dati che raccolgono dai propri utenti, il diritto della concorrenza si è trovato spesso a stretto contatto con l’ambito della protezione dei dati personali. Tra i numerosi contributi e report pubblicati in materia si segnalano in particolare, i report AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT *‘Competition Law and Data’*, pubblicato il 10 Maggio 2016, disponibile all’indirizzo web http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikati on/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2, e COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *‘The Commercial Use of Consumer data’*, 2015, disponibile all’indirizzo web

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf, per quanto riguarda la dottrina si vedano D GERADIN, M KUSCHEWSKY, *‘Competition law and personal data: preliminary thoughts on a complex issue’*, Working paper, 2013, disponibile all’indirizzo web: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088 e N NEWMAN, *‘The Costs of Lost Privacy: Consumer Harm and Rising Economic Inequality in the Age of Google.’* William Mitchell Law Review, 2014, 40, pp. 865-873,

¹³² Il tema dello sconfinamento della politica della concorrenza in quello della tassazione è stato messo in risalto in particolare dalla discussa decisione della Commissione UE con cui si è sanzionata ai sensi della normativa sugli aiuti di stato la repubblica di Irlanda per una serie di agevolazioni fiscali concesse ad Apple nel corso dei primi anni duemila (cfr. Commission Decision (EU) 2017/1283 of 30 August 2016 on State aid SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) implemented by Ireland to Apple (notified under document C(2017) 5605). In merito a tale procedura e più in generale al rapporto fra la disciplina sugli aiuti di stato e quella fiscale si vedano i commenti di E TRAVERSA, A FLAMINI, *‘Fighting harmful tax competition through EU State aid law: will the hardening of soft law suffice.’*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2015, no.3, pp. 323 e ss. e M HONORE, *‘State Aid and Taxation - All Clear’*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2015, no. 3, pp.306-308.

industriale in un campo che non le compete e che persegue obiettivi diversi quale è quello della concorrenza.

Per comprendere pienamente le ragioni delle tensioni che hanno in misura crescente caratterizzato l'applicazione della normativa europea in materia di concentrazioni, sembra opportuno procedere con un'attenta disamina del travagliato percorso politico e normativo che ha portato gli Stati membri a dotarsi dell'attuale assetto normativo in tale ambito. Le vicende che hanno accompagnato dapprima la negoziazione e poi l'applicazione del regolamento europeo in materia di concentrazioni rappresentano infatti un caso di studio evidente, tanto quanto inesplorato, capace di dare evidenza delle criticità derivanti dall'ibridazione di politica industriale e politica della concorrenza.

Nella prossima sezione il lavoro si concentrerà quindi sul complesso *iter* che ha portato all'adozione del Regolamento n.4064 del 1989 (di seguito il 'Regolamento 4064').¹³³ L'obiettivo di tale ricostruzione è quello di evidenziare dove risieda il 'peccato originario' della *merger policy* europea, ovvero la cronica impossibilità di limitare la dannosa influenza dei governi nazionali in tale ambito. Compiuto tale *excursus*, si prenderanno in esame le disfunzioni che all'atto pratico sono emerse a valle dello storico accordo con cui nel 1989 il Consiglio europeo – dimostrando tutti i limiti¹³⁴ del metodo decisionale intergovernativo quando ci si trovi innanzi a materie tanto delicate – scese a patti con l'idea di dover dotare l'allora Comunità Europea di uno strumento comune di controllo delle concentrazioni.

2.2. Il controllo delle concentrazioni in Europa: profili evolutivi, ragioni e limiti di un sistema multi-giurisdizionale

2.2.1. Le prime divisioni fra Stati e il mancato inserimento di una disciplina in materia di concentrazioni all'interno dei Trattati

¹³³ Cfr. Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, OJ L 395, 30.12.1989.

¹³⁴ In merito al lungo e complesso dibattito concernente le criticità del metodo decisionale intergovernativo in ambito europeo, si vedano, inter alia D CAMERON, 'The 1992 Initiative: Causes & Consequences', in A SBRAGIA ed., *EuRo-PoLrrics*, 1992, pp. 23; R KEOHANE, S HOFFMANN, 'The New European Community: Decisionmaking and Institutional Change', Westview press, 1991, p 15; U PUETTER, 'The European Council and the Council: new intergovernmentalism and institutional change.' Oxford University Press. Oxford, 2014; S FABBRINI, 'Which European Union? Europe after the Euro Crisis', Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

Benché se ne facesse menzione già nei primissimi documenti ufficiali con cui prese il via negli anni 50 il progetto europeo, la positivizzazione di una disciplina europea di controllo delle concentrazioni ha una storia relativamente breve se raffrontata a quella della disciplina di cartelli e abusi. Gli attuali articoli 101 e 102 furono infatti da subito contemplati dal Trattato di Roma e trovarono applicazione già a partire dai primi anni sessanta con l'entrata in vigore del Regolamento 17 del 1962.¹³⁵ Il ritardo nell'adozione di un adeguato sistema di *merger control*, non va però attribuito ad un'arretratezza tecnica o culturale dei Padri Fondatori dell'UE, né tanto meno ad una loro colpevole dimenticanza. A tal riguardo, come accennato in precedenza, basti pensare che nel Trattato istitutivo della CECA del 1952¹³⁶ era stato previsto un dettagliato meccanismo di controllo delle concentrazioni, seppur ovviamente limitato a quelle poste in essere nei settori del carbone e dell'acciaio.¹³⁷ Tuttavia – non senza un certo grado di sorpresa per chi ripercorra a ritroso il tortuoso percorso di sviluppo normativo della disciplina in parola – nel successivo Trattato di Roma,¹³⁸ a differenza di quanto avvenuto per le norme antitrust con la redazione degli articoli 85 e 86 TCE, non v'è traccia di alcun riferimento all'istituzione di un controllo delle concentrazioni comunitario.

Sulle ragioni di quella che, con il senno di poi, può essere interpretata come una lacuna normativa o un errore strategico, esistono diverse teorie. Secondo una prima corrente interpretativa dei fatti di allora,¹³⁹ gli Stati fondatori della CE intesero incoraggiare piuttosto

¹³⁵ Cfr. Regolamento n. 17 'Primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato', GU 13 del 21.2.1962, pp. 204–211.

¹³⁶ 'Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio', disponibile all'indirizzo web <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=IT>.

¹³⁷ Ad ulteriore dimostrazione del fatto che già in quegli anni i policy maker europei avessero ben chiaro come si sarebbe dovuto strutturare un meccanismo di controllo delle concentrazioni, il testo dell'articolo 66 prevedeva un'articolata procedura di scrutinio delle operazioni quasi del tutto simile – tanto negli aspetti positivi quanto in quelli negativi – a quella che la CE avrebbe adottato circa quaranta anni dopo.

¹³⁸ 'Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea', disponibile all'indirizzo web <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=IT>.

¹³⁹ Si vedano T DOWNES, J ELLISON, 'The legal control of mergers in the European communities' Blackstone Press, 1991, P BOS, 'Concentration control in the European community', Graham and Trotman, London, 1992, pp. 10-13. Alla stessa conclusione pervenne peraltro l'Avvocato Generale Roemer nell'opinione con cui criticò la decisione della Corte nella sentenza *Continental Can* nella parte in cui fu affermata la legittimità dell'azione della Commissione in materia di concentrazioni. L'AG a tale proposito sostenne che i redattori del Trattato di Roma intesero legittimare la formazione di veri e propri monopoli, per il fatto che non fosse stato utilizzato un termine simile a quello della *Section 2* dello *Sherman act* in cui si proibiscono direttamente la 'monopolizzazione o i tentativi di monopolizzazione' dei mercati, cfr. 'Conclusioni dell'Avvocato Generale Karl Roemer del 21 novembre

che limitare la concentrazione dell'industria europea. La *ratio* di tale strategia sarebbe stata quella di consentire ad un territorio devastato dalla seconda guerra mondiale e storicamente sottosviluppato a livello industriale,¹⁴⁰ di raggiungere livelli statunitensi di industrializzazione incoraggiando la formazione di quei 'Campioni Europei' che sarebbero dovuti essere in grado di competere con le più sviluppate imprese d'oltreoceano. Tuttavia, secondo altri commentatori,¹⁴¹ una tale spiegazione non sarebbe di per sé sufficiente a spiegare la mancata inclusione di un meccanismo di controllo delle concentrazioni nel testo finale del Trattato. Se, infatti, obiettivo primario degli Stati firmatari fosse stato quello di creare dei giganti industriali, essi avrebbero potuto farlo direttamente prevedendo all'interno dei Trattati stessi alcune disposizioni atte a incoraggiare determinate fusioni o comunque dei meccanismi volti a strutturare una cabina di regia comunitaria sulla creazione degli auspicati Campioni Europei. Tale seconda lettura sembra doversi preferire, non solo per le ragioni testé esposte, ma anche per una sua maggiore aderenza alle vicende che avrebbero interessato la merger policy europea negli anni successivi alla firma del Trattato di Roma. Occorre dunque concentrarsi sugli altri fattori potenzialmente in grado influenzare la scelta di negoziatori e firmatari, fra cui, in primis, la divergenza di interessi strategici fra i governi nazionali.

Tale divergenza, come si proverà ad argomentare nel seguito del presente capitolo, è connaturata alla natura stessa dell'ambito che le istituzioni europee, ed in particolare la Commissione, hanno provato, invano, a disciplinare con ambizioni propriamente sovranazionali e non invece in una logica di negoziazione intergovernativa. La storia europea infatti dimostra come il controllo delle concentrazioni costituisca un settore in cui idealistiche ambizioni di comunitarizzazione delle politiche si scontrino inesorabilmente con i tradizionali interessi nazionali di cui sono portatori gli Stati Membri. Sulla base di tale assunto di partenza, ci si può spingere ad affermare che le alterne fortune dello sviluppo della *merger policy* europea, non siano da attribuirsi tanto all'affermarsi di un effettivo spirito europeista nei paesi

1972 nel caso *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities.*, Caso 6-72, European Court Reports 1973- 00215.

¹⁴⁰ Si veda tale proposito il raffronto fra i livelli di industrializzazione delle diverse economie occidentali operato in A MADDISON, *Economic Growth in the West*, 2006, London, Routledge da cui emergono le enormi differenze che, a partire dalla prima rivoluzione industriale di sono venute a creare fra Stati Uniti e paesi europei.

¹⁴¹ Si vedano le ricostruzioni di A PAPPALARDO, *Le Règlement CEE Sur Le Controle Des Concentrations*, in *Revue Internationale de Droit Economique* 3, 1990 e E SCHWARTZ, *Politics as usual: the history of European community merger control.*, *Yale Journal of International Law*, 1993, n. 18, pp. 646.

e cittadini dell'Unione, quanto piuttosto ad un'autonoma convergenza di interessi fortemente influenzata da variabili esogene, quali le tendenze di politica economica delle forze al governo nei due o tre Stati Membri più influenti e la diffusione di varie teorie economiche accreditate in alcune fasi del dopoguerra presso i più alti consessi internazionali.

Vi è a tale riguardo chi¹⁴² ha osservato come negli anni cinquanta le politiche economiche degli Stati membri – fra cui quella in materia di concentrazioni – furono fortemente influenzate dalle teorie keynesiane, che riservano un ruolo centrale allo Stato in economia e si pongono con una certa diffidenza nei confronti dell'idea di libero mercato. Per altro verso gli anni ottanta, caratterizzati dalla diffusione delle teorie liberali incentrate sulla deregolamentazione e la progressiva uscita dello Stato dal mercato, coincisero con un periodo di maggiore fiducia nei confronti dell'apertura dei mercati, che corrispose con un rilancio del progetto europeo e dei negoziati su una regolamentazione comunitaria delle concentrazioni. A supporto di una tale interpretazione, deporrebbe, fra l'altro,¹⁴³ la peculiare posizione assunta dalla Gran Bretagna la cui scena politica degli anni ottanta fu dominata dalla figura di Margareth Thatcher. La leader inglese infatti, pur essendo figura politica difficilmente etichettabile come filoeuropeista, in virtù della sua netta adesione alle teorie liberiste fu una delle principali sostenitrici del progetto di dotare la Comunità di un mercato comune e di una politica comune in materia di concentrazioni. Ancora una volta quindi, uno dei più fondamentali passaggi della politica economica europea risulta essere legato a doppio filo con gli interessi politici ed economici di uno degli Stati membri, il cui cambio di posizione non è da attribuirsi ad un improvviso moto europeista degli inglesi, quanto piuttosto alla volontà del governo Thatcher di sostenere lo sviluppo internazionale delle imprese britanniche – in quegli anni interessate da una fase di forte crescita ed espansione sul continente europeo, condotta attraverso una intensa campagna di acquisizioni di imprese in altri Stati membri.¹⁴⁴

¹⁴² Cfr. R. KEOHANE, S. HOFFMANN, *The New European Community: Decisionmaking and Institutional Change*, op. cit., p. 23.

¹⁴³ In tal senso depongono una serie di interviste condotte fra alcuni dei più importanti negoziatori del Regolamento 4064, raccolte in E. SCHWARTZ, *Politics as usual: the history of European community merger control.*, Yale Journal of International Law, 1993, n. 18, pp. 647. Particolarmente rilevanti paiono in particolare le dichiarazioni rilasciate da un funzionario dell'OFT britannico il quale, riferendosi al passaggio di competenze in materia di concentrazioni verso Bruxelles, affermò che *'that meant whatever objections national authorities had, they would be powerless to oppose the Commission.'*

¹⁴⁴ Come riportato dal Financial Times, l'attività di M&A dell'epoca era egemonizzata da imprese del Regno Unito: oltre il 73% delle acquisizioni europee concluse nell'anno 1988 fu condotto da imprese

2.2.2. *Il memorandum del 1966*

Il primo passo formale – seppur di ordine meramente programmatico – verso l'introduzione di una disciplina comunitaria in ambito di concentrazioni fu compiuto nel 1966, quando venne emanato un *memorandum*¹⁴⁵ con cui la Commissione invitò gli Stati Membri a valutare l'opportunità di istituire un meccanismo comunitario di controllo di fusioni ed acquisizioni poste in essere nei mercati europei. Nel *memorandum* della Commissione non si propose però di predisporre una disciplina *ad hoc*, quanto piuttosto di utilizzare in maniera innovativa l'articolo 86 del TCE (oggi 102 TFUE), escludendo però categoricamente la possibilità che le concentrazioni potessero rientrare nell'ambito applicativo dell'articolo 81 TCE (oggi 101 TFUE).¹⁴⁶ In base al ragionamento proposto dalla Commissione si sarebbero potute quindi proibire solo quelle operazioni di concentrazione condotte da imprese che fossero già in posizione dominante. La conservativa proposta della Commissione di legittimare l'utilizzo del solo articolo 82 TCE, benché si prestò da subito ad una serie di critiche provenienti dai sostenitori della necessità che la CE si dotasse di un più ampio ed efficace meccanismo di controllo delle concentrazioni.¹⁴⁷

Nel ripercorrere l'evoluzione della *merger policy* europea, è opportuno chiarire quali siano state le ragioni che negli anni sessanta e settanta hanno indotto la Commissione ad escludere categoricamente ogni possibilità di applicazione estensiva della disciplina sui cartelli anche alle concentrazioni. In tale prospettiva, occorre prendere in considerazione il quadro politico dell'Europa degli anni sessanta, fortemente condizionato dalla cosiddetta 'politica della sedia

britanniche. Altrettanto rilevante appare il dato sui cd. *hostile takeovers*: su un totale di ventisei operazioni di tal specie concluse in quell'anno in Europa, ben ventitre furono operate da compagnie britanniche, cfr. L KELLWAY, 'EC Commission Pledges Freer Regime on Corporate Takeovers, Financial Times del 24 novembre 1989.

¹⁴⁵ Cfr. Memorandum of the Commission to the Governments of the Member States. 'Concentration of enterprises in the Common Market', EEC Competition Series, Study No. 3, Brussels, 1966

¹⁴⁶ Cfr. *ibid.*, para. 14 dove la Commissione esplicita la propria posizione in merito affermando che 'it is not possible to apply Article 85 to agreements whose purpose is the acquisition of total or partial ownership of enterprises or the reorganization of the ownership of enterprises (merger, acquisition of holdings, purchase of part of the assets).'

¹⁴⁷ Le critiche si concentrarono in particolare sul fatto che un sistema di *merger control* di tale specie: (i) permetteva lo scrutinio delle sole operazioni poste in essere da imprese dominanti, (ii) il controllo della concentrazione poteva avvenire solo *ex-post*, (iii) non consentiva di controllare le operazioni poste in essere in mercati oligopolistici (che iniziavano a diffondersi sempre in quegli anni).

vuota'¹⁴⁸ portata avanti dal governo francese, guidato allora dal presidente De Gaulle. La linea nazionalista dei francesi¹⁴⁹ determinò nel 1965 l'apertura di una crisi istituzionale causata dal rifiuto dell'Eliseo di prendere parte a qualsiasi decisione che fosse adottata a maggioranza (anche qualificata) e non invece all'unanimità. L'obiettivo di De Gaulle in quella fase era quello di imporre definitivamente il metodo intergovernativo¹⁵⁰ quale meccanismo deliberativo da adottare in seno alle istituzioni della Comunità. La storica ritrosia a cedere sovranità e l'atteggiamento fortemente dirigista in economia del governo francese, si tradussero allora in un tentativo di far sì che la competenza sulle decisioni strategiche per il futuro europeo rimanesse saldamente nelle mani dei capi di Stato che – come nella migliore tradizione delle Conferenze internazionali a cui il generale De Gaulle era particolarmente avvezzo – avrebbero deciso solo all'unanimità. Secondo tale visione, la Commissione, la Corte di Giustizia e le altre istituzioni comunitarie avrebbero giocato nello sviluppo del progetto europeo un ruolo marginale di natura meramente tecnica, giudiziaria e consultiva. La politica ostruzionista promossa dalla Francia ebbe notevoli ricadute anche in ambito concorrenziale. Infatti, in base a quanto previsto dai Trattati di Roma, il principio dell'unanimità con riferimento alla disciplina antitrust, si sarebbe dovuto applicare per i soli tre anni successivi all'entrata in vigore dei Trattati stessi – e non otto come accadde infine. Fu solo nel gennaio 1966 che, a valle del

¹⁴⁸ Cfr. P CARAFFINI, 'De Gaulle, the "Empty Chair Crisis" and the European Movement.', in *Perspectives on Federalism*, 2015, n.7, pp. 163-189.

¹⁴⁹ Un contributo in grado di fornire una fedele rappresentazione del clima politico e intellettuale che negli anni sessanta caratterizzava le posizioni di politica economica della Francia di De Gaulle, è offerta dal bestseller del giornalista francese J.-J. Servan-Schreiber - uscito con il titolo di *Le Défi américain* - in cui con toni particolarmente accesi si sostenne la necessità di avanzare un'agenda industriale europea in grado di dar vita a grandi gruppi industriali europei per mezzo di una politica di incentivazione delle cd. *mega mergers* fra imprese continentali, cfr. J SERVAN-SCHREIBER, *The American Challenge*, Scribner, New York, 1968.

¹⁵⁰ Con il termine 'metodo intergovernativo' ci si riferisce generalmente ad un sistema deliberativo il quale, piuttosto che privilegiare l'interazione delle istituzioni autonome della UE, favorisce e privilegia il potere degli Stati membri nelle procedure decisionali, accentuando il carattere internazionale dell'organizzazione a discapito di quello sovranazionale. Per quanto riguarda l'architettura attuale, quando ci si riferisce al metodo intergovernativo si intende un meccanismo decisionale avente le seguenti caratteristiche: (i) diritto di iniziativa della Commissione limitato a determinati aspetti specifici, ovvero condiviso con gli Stati membri; (ii) ricorso generalizzato all'unanimità in sede di Consiglio;

(iii) ruolo consultivo del Parlamento europeo; (iv) ruolo limitato della Corte di giustizia. In proposito si vedano J LEWIS, 'The methods of community in EU decision-making and administrative rivalry in the Council's infrastructure.', *Journal of European public policy*, 2000, n.7, pp. 261-289 e Y DEVUYST, 'The European Union's Community Method.' *Oxford Research Encyclopedia of Politics.*, accesso online effettuato in data 8/11/2018, all'indirizzo web <http://politics.oxfordre.com/view/10.1093/acrefore/9780190228637.001.0001/acrefore-9780190228637-e-153>.

cd. ‘compromesso di Lussemburgo’,¹⁵¹ la Francia pose fine alla propria politica ostruzionista. La soluzione fu individuata nella abolizione del criterio generale del voto all’unanimità, garantendo però ad ogni singolo Stato un potere di veto ogni qualvolta ritenesse minacciato un proprio interesse ritenuto ‘vitale’ – formula embrionale di quelle diventeranno in seguito le eccezioni di interesse pubblico. Tenendo a mente l’esistenza di tale clima di tensione fra Stati membri, risulta più agevole scorgere le ragioni dietro all’atteggiamento prudente adottato dalla Commissione, qualche mese dopo la risoluzione della crisi con la Francia, nella stesura del *memorandum* sulle concentrazioni, in relazione alle quali sarebbe stato impensabile proporre un significativo spostamento di attribuzioni nelle mani della Commissione.¹⁵²

2.2.3. Le sentenze della Corte di giustizia e il primo progetto di un Regolamento ad hoc

Dopo un periodo di sostanziale stallo, lo sviluppo della politica europea delle concentrazioni riprese nei primi anni settanta, che si caratterizzarono soprattutto per una serie di sentenze delle Corte di giustizia di grandissima portata pratica per il futuro dell’ambito di policy in parola. Le ragioni di tale rinnovato fermento non possono però essere compiutamente comprese senza prima effettuare una succinta ricostruzione del quadro politico in cui la Corte si mosse.

L’inizio degli anni settanta fu segnato da una serie di accadimenti concomitanti che indussero *policy maker* e commentatori a spingere nuovamente per un rilancio del progetto europeo. Fra

¹⁵¹ Per una più approfondita analisi delle ricadute che il compromesso di lussemburgo ebbe sul futuro sviluppo della governance europea, si veda G GARRETT, ‘*From the Luxembourg compromise to codecision: Decision making in the European Union.*’ in *Electoral Studies*, 1995, n. 14.3, pp. 289-308.

¹⁵² A tale riguardo si segnala che vi è chi ritiene che la crisi francese di per sé non sia sufficiente a spiegare la scelta della Commissione di escludere l’applicabilità dell’articolo 85 alle concentrazioni. In E SCHWARTZ, ‘*Politics as usual: the history of European community merger control.*’, op. cit., p.616, l’autore sostiene che se la Commissione fosse stata unicamente mossa dalla preoccupazione di evitare interpretazioni potenzialmente controverse del Trattato alla luce del clima politico surriscaldato dalla condotta francese, a Bruxelles avrebbero più agevolmente argomentare richiamando la necessità non tradire l’intento originario del TCE – come peraltro farà in seguito nelle sopraccitate conclusioni l’AG Roemer nel caso *Continental Can*. L’autore prosegue sostenendo che la Commissione ‘*by shifting discussion of the jurisdiction accorded to the Community by the Treaty of Rome from the realm of historical evidence regarding the intent of the signatories, the memo helped dissipate strict limits on Treaty interpretation. By casting the memo's conclusion in legal terms, the Commission opened a door for altered interpretations in the future. One of these new interpretations might bring Article 85 back to life when the political situation permitted. The memo helped convert the Treaty from a text that granted limited authority based on literal readings and original intent, into one that, through expansive reading, could be interpreted as granting broad-based, discretionary authority to govern, to make decisions, and to interpret the Treaty of Rome for the good of the European Community as a whole.*’

gli elementi di indubbio rilievo in tale scenario fu giocato dal periodo di distensione nei rapporti USA-URSS¹⁵³ che si ebbe durante l'amministrazione Carter e che portò le nazioni europee a dubitare della stabilità dell'alleanza atlantica. Un impulso favorevole alla convergenza fra i Paesi membri provenne anche dalle crisi del dollaro degli ultimi anni sessanta e primi settanta che indussero i *policy maker* europei a creare il Sistema Monetario Europeo¹⁵⁴ per mezzo del quale vennero poste le basi per la futura adozione di una moneta unica. Con il vertice di Parigi del 1974, infine, venne creato il Consiglio Europeo, istituita l'elezione diretta da parte dei cittadini dei membri del parlamento europeo e si commissionò la predisposizione di un accurato report riguardante su la fattibilità di una futura Unione economica e monetaria.¹⁵⁵

La breve rassegna sugli avvenimenti che interessarono a vario titolo la CE nella prima metà degli anni settanta, agevola ad interpretare sotto una luce diversa tanto il tempismo del primo storico progetto di regolamento sulle concentrazioni,¹⁵⁴ quanto i contenuti estremamente radicali ed estensivi della sentenza della Corte di giustizia nel caso *Continental Can*¹⁵⁶ su cui, ai fini della presente trattazione, occorre soffermarsi con maggiore attenzione.

È dunque solo tenendo a mente le peculiarità di tale clima politico che si possono comprendere tanto il tempismo del primo storico progetto di regolamento sulle concentrazioni,¹⁵⁷ quanto i contenuti estremamente radicali ed estensivi della sentenza della Corte di giustizia nel caso

¹⁵³ Sullo sviluppo delle relazioni fra Stati Uniti e Unione sovietica negli settanta ed il loro impatto sullo scacchiere internazionale si veda R GARTHOFF, *'Détente and confrontation: American-Soviet relations from Nixon to Reagan.'* Brookings Institution Press, 1985.

¹⁵⁴ Lo SME – la cui entrata in vigora nel 1 gennaio 1979, fu decisa nel corso del Consiglio Europeo che si tenne a Brema il 6 e 7 luglio 1978 – nacque sotto la spinta del presidente francese Giscard d'Estaing e del cancelliere tedesco Schmidt. L'obiettivo dichiarato di tale sistema era quello di dotare anche l'Europa di una *'zona di stabilità monetaria'*. In tale scelta giocarono un ruolo decisiva l'alta inflazione e l'instabilità dei cambi degli anni precedenti dovute alle menzionate crisi del 1971 e 1973. Per una più approfondita rilettura degli anni che precedettero la creazione dello SME e quelli immediatamente successivi ad essa, si veda R MASERA, *'L'unificazione monetaria e lo SME: l'esperienza dei primi otto anni.'* Il mulino, 1987.

¹⁵⁵ Cfr. *Statement from the Paris Summit* (19-21 Ottobre 1972), disponibile all'indirizzo web https://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/b1dd3d57-5f31-4796-85c3-cfd2210d6901/publishable_en.pdf.

¹⁵⁶ Sentenza della Corte del 21 febbraio 1973, *Europemballage Corporation e Continental Can c. Commissione*, causa 6/72, Racc. 1973, p. 215.

¹⁵⁷ Proposta presentata dalla Commissione al Consiglio il 20 luglio 1973, Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, C 92/73).

*Continental Can*¹⁵⁸ su cui, ai fini della presente trattazione, occorre soffermarsi con maggiore attenzione.

Continental Can, un produttore americano di contenitori in metallo, deteneva una partecipazione maggioritaria (90%) nel capitale della società tedesca SLW, specializzata nella produzione di materiali metallici per l'impacchettamento e la conservazione di carni, pesce e crostacei. Nel corso del 1969, Continental Can concluse un accordo con la compagnia olandese *Thomassen & Drijver Verblifa* (TDV) e la britannica *Metal Box* finalizzato alla creazione di una nuova holding europea denominata *Europemballage Corporation*. La newco avrebbe poi dovuto acquistare la maggioranza del capitale azionario di TDV, la quale, al pari della SLW operava nel mercato del packaging di carni, pesci e crostacei preconfezionati, oltre che in quello dei coperchi in metallo per contenitori di vetro. La Commissione Europea, venuta al corrente dell'operazione, ammonì le società coinvolte in merito al fatto che la partecipazione in SLW ponesse *Continental can* in una posizione dominante su una 'porzione significativa' del Mercato Comune del materiale da packaging di carni, pesce e crostacei. Conseguentemente, la Commissione minacciò l'applicazione nei confronti della compagnia americana e della newco *Europemballage* dell'articolo 82 paragrafo 1 del Trattato di Roma. A seguito della netta ed inattesa presa di posizione da parte della Commissione, la britannica *Metal Box* rifiutò di proseguire con l'operazione e si ritirò, mentre *Continental Can* andò avanti creando dapprima la holding *Europemballage* per poi acquistare tramite essa il 90% delle azioni di TDV.

La Commissione, quindi, diede seguito ai propri ammonimenti e, agendo in forza dei poteri conferitile dall'articolo 3 del Regolamento 17, proibì la concentrazione qualificando la stessa come una violazione dell'articolo 86 TCE. *Continental Can*, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 173 TCE, impugnò allora la decisione appellandosi alla Corte di Giustizia.

La ricorrente, in primo luogo, denunciò una carenza di giurisdizione della Commissione nei confronti di compagnie americane, per poi nel merito sostenere che in ogni caso l'articolo 86 TCE si sarebbe potuto applicare solo a condotte che avessero direttamente interessato i consumatori (*i.e.*, dei veri e propri abusi di una posizione dominante) e non invece a semplici modificazioni strutturali del mercato che avessero comportato la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante.¹⁵⁶ Gli avvocati della compagnia americana inoltre si appellarono

¹⁵⁸ Sentenza della Corte del 21 febbraio 1973, *Europemballage Corporation e Continental Can c. Commissione*, causa 6/72, Racc. 1973, p. 215

allo ‘spirito dei firmatari del Trattato di Roma’ riferendosi in particolare a ciò che essi decisero volontariamente di non includere nel testo del Trattato. Nel ricorso si affermava infatti che l’assenza di ogni disposizione in materia di *merger control* all’interno del Trattato di Roma, se confrontata con le disposizioni invece a tale riguardo presenti nel precedente Trattato sulla CECA, non poteva lasciare dubbi sulla chiara volontà dei firmatari dei Trattati stessi. Infine, nell’appellarsi alla Corte, Continental Can affermò che anche laddove l’articolo 86 TCE si fosse potuto applicare alle concentrazioni, la norma avrebbe dovuto essere interpretata in senso restrittivo, e quindi trovare applicazione solo laddove *‘un’impresa di primaria importanza sfrutta la sua potenza sul mercato e, giocando con la politica dei prezzi, paralizza le imprese concorrenti, per indurle a rinunciare alla concorrenza e ad associarsi all’impresa predominante.’*¹⁵⁹

La ricorrente prevalse nel merito della causa. La Corte affermò che la Commissione non aveva portato elementi sufficienti a provare che il mercato rilevante sarebbe dovuto essere limitato a quello – molto specializzato e ristretto – del packaging metallico per carni, pesci e crostacei preconfezionati, in cui SLW era asseritamente dominante, e non invece il più ampio mercato del packaging metallico. Nella sentenza si sottolineò anche che Continental Can non sarebbe in ogni caso stata immune dalla pressione concorrenziale esercitata da produttori di altre tipologie di packaging, il che avrebbe ulteriormente ridotto la sua posizione di forza rispetto ai propri concorrenti ed ai consumatori.¹⁶⁰

Se dunque, la posizione della Corte, sul merito del caso in esame, aderì sostanzialmente a quella proposta dalla ricorrente, la decisione fu particolarmente significativa per l’interpretazione dell’articolo 86 TCE in essa proposta, che aprì la strada alla sua applicazione alle concentrazioni. I giudici infatti avallarono la posizione della Commissione, a mente della quale l’articolo 86 TCE si sarebbe dovuto leggere nel senso di ricomprendere al suo interno anche un divieto di porre in essere quelle concentrazioni che avessero comportato la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato. Tale interpretazione si pose in aperto contrasto con quanto proposto dall’AG Roemer nelle sue conclusioni, nelle quali sostenne che

¹⁵⁹ *Conclusioni del AG Roemer*, cit., pag. 256.

¹⁶⁰ *Ibid.*, pp. 226-227

l'articolo 86 non si potesse applicare alle concentrazioni, se non nel caso in cui l'acquirente avesse sfruttato la propria posizione dominante per costringere un concorrente a fondersi.¹⁶¹

Nell'affrontare le questioni proposte nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, la Corte dapprima rigettò il riferimento allo 'spirito' e 'l'intento' che avrebbero avuto mosso i firmatari all'atto di non inserire alcuna disposizione in tema di concentrazioni all'interno del Trattato,¹⁶² per poi richiamarsi essa stessa invece alla ratio dell'articolo 86 che, nell'opinione dei giudici, sarebbe da interpretare alla luce della propria collocazione all'interno del capitolo dedicato alle norme generali che definiscono la politica della Comunità in ambito concorrenziale. Tale politica, sottolinea la sentenza, è indissolubilmente legata all'articolo 3, lettera f), del Trattato, ai sensi del quale è stabilito che *'l'azione della Comunità implica la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia alterata nel mercato comune'*.¹⁶³ Il punto di svolta logico della decisione – ed anche del successivo sviluppo della politica delle concentrazioni in Europa – va individuato nei paragrafi con cui la Corte respinge la tesi delle ricorrenti secondo cui la norma in parola sarebbe di natura meramente programmatica, e quindi priva di per sé di effetti giuridici, in quanto una tale lettura *'non tiene conto del fatto che l'art. 3 considera il perseguimento degli scopi da esso enunciati come indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità'* e che il contenuto della lettera f) è *'un obiettivo che trova attuazione in varie disposizioni del trattato, le quali vanno interpretate in funzione dell'obiettivo stesso'*.¹⁶⁴

Con riferimento al concetto di abuso, la Corte rigettò l'interpretazione restrittiva avanzata dalla parte ricorrente, e affermò che al fine di qualificare un dato comportamento quale *'sfruttamento abusivo'* *'la distinzione fra provvedimenti che influiscono sulla struttura dell'impresa e pratiche che hanno un'incidenza sul mercato non è decisiva, poiché qualsiasi provvedimento strutturale può, dal momento che esso accresce le dimensioni e la potenza economica*

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 256.

¹⁶² Nel rigettare tale argomentazione la Corte affermò che *'Per risolvere il problema, si deve aver riguardo allo spirito, e al tempo stesso alla struttura e alla lettera dell'art. 86, tenuto conto del sistema del trattato e delle sue finalità. Il raffronto fra questo articolo e talune disposizioni del trattato CECA non è quindi pertinente in relazione ai problemi di cui trattasi.'*, *Continental Can Europemballage contro Commissione*, p. 243.

¹⁶³ *Ibid.*, p.247.

¹⁶⁴ *Ibid.*, 244.

*dell'impresa, avere incidenza sulla situazione del mercato.*¹⁶⁵ I giudici aggiunsero poi che, a differenza di quanto sostenuto da Continental Can, l'articolo 86 non richiede che sia necessario ravvisare un nesso di causalità fra la posizione dominante e l'abuso.

Infine, allo scopo di fissare un criterio utilizzabile in futuro per decisioni simili, la Corte chiarì che, alla luce di quanto esposto in relazione all'articolo 3 lettera f), l'articolo 86 va interpretato estensivamente e quindi l'elencazione ivi proposta rappresenta meramente una lista esemplificativa di potenziali abusi. L'articolo in parola quindi non riguarderebbe le sole condotte che possano causare direttamente un danno ai consumatori, *'bensì anche quelle che recano loro pregiudizio, modificando un regime di concorrenza effettiva, quale è quello di cui all'art. 3, lettera f), del trattato'*.¹⁶⁶

Gli anni successivi al caso *Continental Can* furono, infatti, contrassegnati da una forte spinta a ridefinire – secondo canoni più elastici – il concetto di abuso. Il susseguirsi di sentenze della Corte – in alcuni dei casi che avrebbero fatto scuola per i decenni successivi¹⁶⁷ – portò ad abbassare ulteriormente la soglia per la definizione di una condotta abusiva: se infatti il test applicato in *Continental Can* guardava alla creazione di un mercato oligo- o monopolistico da parte di un'impresa dominante, con il celebre caso *Hoffman-La Roche*¹⁶⁸ la soglia dell'abuso fu sostanzialmente abbassata, in quanto da lì in poi sarà sufficiente che la Commissione ravvisi un indebolimento del livello di concorrenza rispetto a quello esistente prima della condotta contestata.

L'atteggiamento della Commissione e della Corte di Giustizia sul fronte della ridefinizione del concetto di abuso e dell'applicabilità dell'articolo 86 alle concentrazioni, se, da una parte, ebbe l'effetto di offrire agli addetti ai lavori e ai policy maker una rinnovata prospettiva sulla relazione fra politica europea della concorrenza, dall'altro, a livello pratico, risultò essere di portata al quanto limitata. Al di là di una serie di casi in cui la Commissione utilizzò la minaccia di proibire applicare la normativa sugli abusi, al fine di pervenire ad un parziale modifica di

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 242.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 245, para. 26.

¹⁶⁷ Cfr. *inter alia*, Sentenza della Corte del 13 febbraio 1979, *Hoffmann-la Roche et co. AG contro Commissione delle comunità europee*. Causa 85/76, Raccolta della Giurisprudenza 1979, pp. 461 e ss.; Sentenza della Corte del 30 gennaio 1974, *Belgische Radio en televisie contro SV Sabam e NV Fonior*. (domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta dal *Tribunal de premiere instance Bruxelles*). Causa 127/73. Raccolta della Giurisprudenza 1974, p. 51.

¹⁶⁸ Cfr. *Hoffmann-La Roche et co. AG contro Commissione delle comunità europee*, cit., para.

talune fusioni, negli anni immediatamente successivi all'emanazione della sentenza *Continental Can*, non si registrarono casi in cui l'articolo 86 trovò diretta applicazione in relazione ad una concentrazione. Non si pensi peraltro che tale dato sia ricollegato alla mancanza di opportunità di intervento per la Commissione derivante da una scarsa attività M&A sui mercati dell'epoca. In quegli anni infatti si conclusero – senza essere passati al vaglio di alcun tipo di verifica da parte della Commissione – alcune fra le concentrazioni più rilevanti dell'intero secondo dopo guerra, quali, ad esempio, le operazioni Alfa Romeo/Fiat e MBB/Daimler Benz nel settore dell'*automotive*, Brown-Boveri/Asea nel settore energetico e delle turbine, Pont-Mousson/Stanton nel settore dell'edilizia e Eagle Star/Allianz in quello assicurativo.

L'inoperosità della Commissione in tali frangenti, non sembra però potersi imputare ad una mancanza di volontà o di intraprendenza, quanto piuttosto ai già citati limiti intrinseci dell'articolo 86 in ambito concentrazioni. Come si è osservato in precedenza, infatti, la norma in parola, anche ove interpretato estensivamente, risulta dotata di scarsa applicabilità nei confronti delle fusioni, in quanto richiede che la concentrazione abusiva sia posta in essere da un'impresa che si trovi in una posizione dominante sul mercato e non può invece applicarsi a quelle operazioni che vengano invece concluse da imprese non dominanti che si propongano però di raggiungere una posizione dominante per mezzo della concentrazione stessa. Infine, la disciplina sugli abusi si scontra con il significativo limite di non poter trovare applicazione *ex ante*, ma solo *ex post* rispetto ad una condotta abusiva. Detta circostanza implica che, anche laddove la Commissione riuscisse a dimostrare l'esistenza di abuso, si troverebbe dinnanzi alla non agevole impresa di far caducare gli effetti di operazioni estremamente complesse ed intricate quali sono, per definizione, le concentrazioni.

2.2.4. Il rapporto Commissione-Consiglio: fra proposte di accentrimento della Commissione e spinte centrifughe degli Stati Membri

Di seguito si proporrà una dettagliata ricostruzione della trattativa che ha interessato l'adozione di un regolamento europeo in materia di concentrazioni della trattativa in parola, da cui emerge con chiarezza la difficile conciliabilità delle posizioni degli Stati membri, riuniti nel Consiglio dei ministri della Comunità, con quella della Commissione.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Per una peculiare reinterpretazione del rapporto intercorrente fra Stati Membri e Commissione gli schemi dell'*agency*, si rimanda alla lettura di M POLLACK, '*Liberalizing Europe: The Commission, the Court, and the Creation of a European Market.*' in M POLLACK (Ed.), '*The Engines*

L'atto che diede il via alle trattative fra principali e agente, fu compiuto nel 1973. Tale anno, infatti, fu caratterizzato, oltre che dalla sentenza *Continental Can*, dalla prima proposta di regolamento sulle concentrazioni presentata dalla Commissione al Consiglio. Seppur priva di immediate ricadute pratiche, la mossa della Commissione rappresentò il primo passo di un lungo percorso negoziale, che da lì a 16 anni avrebbe portato all'approvazione del Regolamento 4064.

La bozza di Regolamento preparata dall'allora DG IV, propose di attribuire alla Commissione il potere di esercitare la propria autorità su tutte le concentrazioni che vedessero la partecipazione di almeno un'impresa europea, in cui le entità economiche coinvolte avessero un fatturato globale di almeno 200 milioni di ECU ed una quota di mercato superiore al 25% in almeno uno Stato membro.¹⁷⁰ La proposta prevedeva poi un obbligo di preventiva notifica alla Commissione, per quelle concentrazioni che superassero il miliardo di ECU in termini di fatturato congiunto delle imprese coinvolte.¹⁷¹ Nell'intera proposta di regolamento fu inserita un'unica – e peraltro molto restrittiva – eccezione di interesse pubblico, con cui si prevede che l'analisi puramente concorrenziale della concentrazione potesse venir derogata nel solo caso in cui la concentrazione in esame fosse indispensabile al raggiungimento di interessi prioritari della Comunità. Nell'ottica del presente lavoro, vale la pena di notare che il primo testo europeo in materia di concentrazioni prevedesse un'eccezione di interesse pubblico, ma tale interesse fosse unicamente quello comunitario e non invece quello opposto da un singolo Stato membro.¹⁷²

Il testo proposto dalla Commissione agli Stati membri riuniti nel consiglio, rappresentò una netta presa di posizione da parte della Commissione stessa in merito a due questioni cruciali del dibattito relativo alla possibile introduzione di una disciplina comune di controllo delle concentrazioni. La proposta infatti:

- rispetto all'alternativa di gestire il processo decisionale seguendo il metodo

of European Integration: Delegation, Agency, and Agenda Setting in the EU, 2013, Oxford, Oxford University Press, pp.264 e ss.

¹⁷⁰ Cfr. *'Proposal for a Regulation (EEC) of the Council On the control of concentrations between undertakings'*, COM (73)1210, Brussels, 18 July 1973, p. 10, art. 1(2) della bozza di regolamento.

¹⁷¹ Cfr. *ibid.*, p.12, art. 4 della bozza di regolamento.

¹⁷² Cfr. *ibid.*, articolo 1 (3) della proposta di regolamento, che recita *'Paragraph 1 may, however, be declared inapplicable to concentrations which are indispensable to the attainment of an objective which is given priority treatment in the common interest of the Community.'*

intergovernativo o quello sovranazionale, si espresse nettamente in favore della seconda opzione, relegando di fatto il ruolo degli Stati membri all'interno degli stretti confini del Comitato Consultivo;

- scartò decisamente la possibilità di far dipendere l'esito delle procedure di controllo delle concentrazioni da valutazioni di politica industriale, limitando le possibilità di deroga all'esame tecnico-concorrenziale delle operazioni, al solo caso in cui degli 'interessi della Comunità' fossero messi a rischio.

La bozza di proposta che – alla luce del contenuto delle proposte che successivamente sarebbero state presentate negli a venire – può essere considerata estremamente coraggiosa, nonostante avesse incontrato il parere favorevole del Parlamento, fu infine bocciata dal Consiglio. In base a quanto emerge dalle ricostruzioni giornalistiche dell'epoca, il nodo centrale alla base del mancato accordo fra i Paesi fu proprio quello relativo alla prevalenza dell'approccio concorrenziale a discapito di uno invece ispirato a considerazioni di politica industriale.

Indagando più a fondo sulle ragioni che condussero i singoli Stati ad assumere una posizione favorevole o contraria alla proposta, si può osservare in particolare che, da un lato, Regno Unito, Italia ed Irlanda si espressero in favore di una superiorità delle considerazioni di politica industriale rispetto a quelle concorrenziali. La posizione dell'Italia, in particolare, rispecchiava appieno la paura che il primato della concorrenza potesse colpire duramente le società pubbliche, che in quegli anni imperversavano sul mercato italiano, e temeva inoltre che le imprese italiane non in mano pubblica fossero troppo piccole per poter utilmente competere con altre imprese europee. Il governo italiano quindi si espresse in senso negativo più in generale sull'idea di predisporre un meccanismo di controllo delle concentrazioni a livello comunitario.

Sul fronte opposto si collocarono Germania e Danimarca, le quali ambivano ad un meccanismo di controllo delle concentrazioni basato su valutazioni di natura meramente concorrenziale. La Germania, in particolare, fu spinta ad adottare una posizione filo-concorrenziale e sovranazionale, in virtù del maggior potenziale espansivo delle proprie imprese tedesche, le quali temevano di essere penalizzate da atteggiamenti protezionistici degli altri Stati membri. A questi si aggiunsero in seguito gli stati del Benelux, intenzionati

a contrastare in particolare la posizione italiana rispetto alle società pubbliche.¹⁷³

Dopo la bocciatura da parte del Consiglio, si impiegarono otto anni prima che una nuova proposta venisse presentata dalla Commissione. Anche in considerazione del fallimento della prima iniziativa, i termini della proposta del 1981¹⁷⁴ furono sotto vari aspetti più cauti. Tale nuovo atteggiamento della Commissione emerge innanzitutto dalla netta limitazione dell'area di competenza esclusiva della Commissione. La nuova proposta, infatti, innalzò la soglia di fatturato che avrebbe determinato l'operatività del regolamento dai 200 milioni di ECU del 1973 ai 500 milioni di ECU del 1981.¹⁷⁵ Venne, inoltre, introdotta una presunzione di liceità delle concentrazioni le cui imprese coinvolte avessero una quota di mercato congiunta *ante* fusione inferiore al 20%.¹⁷⁶ Un aspetto su cui invece la proposta della Commissione non fece alcun passo indietro, fu quello dell'istituzione cui sarebbe spettata l'ultima parola sulle concentrazioni. Si confermò, infatti, il ruolo della Commissione quale istituzione sovranazionale con competenza esclusiva a giudicare sulle operazioni ricadenti nell'ambito applicativo del nuovo regolamento, non accontentando così le pretese di quegli Stati che avevano incoraggiato un maggior coinvolgimento del Consiglio nel processo decisionale.

Furono proprio gli scarsi poteri d'intervento riconosciuti agli Stati e le soglie proposte dalla Commissione – giudicate ancora troppo basse – a determinare il fallimento del tentativo della Commissione il quale fu nuovamente bocciato dal Consiglio.

Il 1984 fu l'anno di una terza proposta¹⁷⁷ in cui la Commissione accettò di alzare ulteriormente le soglie di fatturato che ne avrebbero determinato la competenza esclusiva: si passò, infatti, a 750 milioni di ECU (i.e., il triplo di quanto previsto dalla proposta originaria).¹⁷⁸ Le fusioni che non avessero raggiunto tale soglia, sarebbero state soggette

¹⁷³ È opportuno sottolineare che in seno al consiglio nacquero divisioni anche in relazione all'opportunità di cedere sovranità e giurisdizione in favore della Commissione in un ambito tanto delicato. Se infatti Germania, Danimarca ed il gruppo del Benelux ambivano ad un sistema in cui la Commissione avesse l'ultima parola in materia di concentrazioni, Italia, Francia e Irlanda si espressero, invece, in favore di un modello intergovernativo incentrato sulla figura del Consiglio.

¹⁷⁴ *Amended proposal for a Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (merger control regulation)*. COM (81) 773, 9 dicembre 1981

¹⁷⁵ Cfr. *ibid.*, nuovo articolo 1 (2).

¹⁷⁶ Cfr. *ibid.*, nuovo articolo 1 (1).

¹⁷⁷ *Amended proposal for a Council Regulation on the control of concentration between undertakings*. COM (84) 59, 3 febbraio 1984.

¹⁷⁸ Cfr., *ibid.*, articolo 1(1) nuova versione.

allo scrutinio comunitario solo se l'entità economica frutto della concentrazione avesse detenuto una quota di mercato superiore al 50% in una porzione significativa del mercato comune. sul mercato rilevante.¹⁷⁹ Ancora una volta la Commissione propose di mantenere invariato il rapporto gerarchico con gli Stati membri, il cui ruolo rimase confinato alle procedure di consultazione del Comitato Consultivo.

2.2.5. 'Rilancio europeo' e merger policy: nuovo europeismo e vecchia politica industriale.

Gli anni che separano la terza proposta della Commissione dall'emanazione del Regolamento 4064, offrono all'interprete – che si trovi oggi a confrontarsi con i limiti dell'attuale assetto europeo nel campo delle concentrazioni e intenda trovare soluzioni da adottarsi in chiave futura – la possibilità di comprendere pienamente quali siano le ragioni che hanno portato la *merger policy* europea ad essere ancora oggi, sotto molteplici aspetti, meno integrata ed efficiente di quanto non siano invece le più sviluppate discipline in materia di cartelli e abusi. A chi si trovi infatti oggi a svolgere una riflessione organica sul più ampio assetto della politica della concorrenza europea, non può sfuggire come, da una parte, si erga una disciplina in cui l'*enforcement* delle norme di riferimento (*i.e.*, articoli 101 e 102 TFUE) risulta perfettamente coordinato fra livello nazionale ed europeo, per mezzo di meccanismi (non a caso molto celebrati a livello internazionale) che permettono di garantire in ogni fase il primato dell'interesse europeo su quello nazionale. Al lato opposto dello spettro si colloca invece la frammentaria politica delle concentrazioni, rimasta ancorata ad un assetto istituzionale in cui gli interessi nazionali giocano ancora un ruolo primario e potenzialmente lesivo dell'integrità del mercato unico. Le ragioni di tale *gap* strutturale vanno individuate nello sviluppo delle negoziazioni fra Stati che ha comportato un netto ridimensionamento delle iniziali ambizioni della Commissione europea ad opera dalle pressioni nazionaliste esercitate dai governi nazionali, le quali finiranno per trovare ampio spazio nel testo del Regolamento del 1989, per poi attraversare, sostanzialmente indenni, i diversi processi di riforma a cui la disciplina sarà sottoposta nei decenni successivi.

Nonostante si fosse entrati nella fase del cd. rilancio europeo – determinata dalla spinta

¹⁷⁹ Cfr., *ibid.*, articolo 1 (2) nuova versione.

combinata della svolta liberista della Gran Bretagna guidata da Margareth Thatcher e di quella europeista della Francia di Francois Mitterrand –¹⁸⁰ gli anni che precedettero l'adozione del Regolamento 4064, furono ancora una volta contrassegnati da una netta divisione fra Stati membri, sulla base di opposti interessi economici e obiettivi politici. Ad un primo raggruppamento di paesi – guidato da Francia e Italia – favorevoli a privilegiare la politica industriale nazionale a discapito di quella concorrenziale europea, se ne contrappose un altro, le cui capofila furono Gran Bretagna (a partire dalle amministrazioni Thatcher) e Germania, maggiormente inclini ad affermare la supremazia della concorrenza europea sulla politica industriale dei singoli Stati.¹⁸¹

Il quadro nell'ambito del quale i governi nazionali furono infine costretti a trovare un accordo, è quello dei vincoli stringenti contenuti all'interno dell'Atto Unico Europeo del 1986,¹⁸² con cui gli Stati si impegnarono a pervenire alla creazione del Mercato Unico entro il 1993. I paesi e le istituzioni europee che fino ad allora si erano battuti per l'introduzione di una politica comune in materia di concentrazioni, colsero allora l'occasione per collegare le sorti del Regolamento a quelle del Mercato Unico.

Al fine di supportare la propria iniziativa, la Commissione decise allora di far predisporre un dettagliato report relativo all'impatto che una *merger policy* comune avrebbe avuto sull'economia europea. Dal documento in parola¹⁸³ – elaborato da un team di esperti guidati dall'economista italiano Paolo Cecchini – emersero con chiarezza le ragioni che stavano

¹⁸⁰ Cfr. W. SANDHOLTZ, J ZYSMAN, 'Recasting the European Bargain', in *World Politics*, Vol. 42, No. 1., Oct., 1989, pp. 111-113, in cui le fasi de 'l'euroessimismo' degli anni settanta e quello de 'l'euroottimismo' degli anni ottanta, distinguibili in particolare nel Regno Unito ed in Francia, sarebbero state scandite dall'ascesa e caduta delle strategie nazionali di crescita implementate sull'onda lunga del forte sviluppo industriale degli anni sessanta. Il rilancio europeo e l'emersione di figure politiche, entrambe a loro modo contraddittorie nel rapportarsi con l'Europa, come Mitterrand e Thatcher, sarebbe quindi da leggere più come una risposta alla stagflazione degli anni settanta che non invece come una risalita dell'ideale europeista.

¹⁸¹ Per una più approfondita disamina degli interessi dei vari schieramenti in campo, si veda la ricostruzione compiuta in E SCHWARTZ, *Politics as usual: the history of the European Community Merger control*, op. cit., pp. 638-640.

¹⁸² Cfr. *supra* nota 163.

¹⁸³ Cfr. P CECCHINI, 'The European challenge, 1992: the benefits of a single market' (John Robinson trans., 1988), disponibile all'indirizzo web <http://aei.pitt.edu/3813/1/3813.pdf>. Il report, commissionato dalla Commissione europea, fu redatto da un gruppo di accademici, imprenditori, e funzionari guidati dal Prof. Cecchini. L'ECU, utilizzato come unità di misura nel report e nella maggioranza dei documenti delle Comunità Europee, ai tempi della redazione del report aveva un rapporto con il dollaro stimato in 1 ECU=1.217 USD.

dietro ai ripetuti tentativi della Commissione. Nel report era contenuto un richiamo agli Stati i quali avrebbero dovuto prendere coscienza del fatto che, solo un mercato propriamente integrato che ricompredesse più di 320 milioni di persone, avrebbe potuto garantire alle imprese della CEE quelle economie di scala, necessarie a ridurre il gap di competitività che le separava dalle più strutturate compagnie giapponesi e statunitensi. Nel report si illustravano inoltre i dati relativi al potenziale di sviluppo del Mercato Unico, rispetto al quale venivano quantificati risparmi di circa 200 miliardi di ECU,¹⁸⁴ di cui quasi metà sarebbero dipesi dalla ristrutturazione e razionalizzazione delle imprese inefficienti – rispetto a cui il controllo della Commissione sulle operazioni di M&A, parve essere una precondizione necessaria.

Di seguito saranno esposti quindi nel dettaglio i principali passaggi e le determinazioni politiche che portarono all'adozione di un Regolamento che – nonostante l'alto numero di questioni lasciate irrisolte – fu definito dall'allora commissario alla concorrenza Leon Brittan come un '*historic breakthrough in the creation of a single European market.*'¹⁸⁵

2.2.6. L'azione combinata di Commissione e Corte di Giustizia

Nel 1985 Lord Cockfield, vicepresidente della Commissione Europea, presentò un Libro Bianco,¹⁸⁶ in cui si dettagliava un'agenda di provvedimenti la cui adozione sarebbe stata necessaria al fine di eliminare le barriere al commercio fra gli Stati membri, fra i quali si collocava anche l'emanazione di un Regolamento sulle fusioni. Il documentò, rappresentò la base teorica e programmatica su cui si sarebbe poi strutturato l'Atto Unico Europeo che venne sottoscritto nel febbraio del 1986.¹⁸⁷ A tali atti, fece seguito la presa in carico del dossier concentrazioni, da parte dei due commissari alla concorrenza che si succedettero negli anni fra l'Atto Unico Europeo e la creazione del mercato comune, a cui si devono gran parte dei passi avanti fatti in quegli anni.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Cfr. P CECCHINI, '*The European challenge, 1992: the benefits of a single market*', p.p. 1-3.

¹⁸⁵ Cfr. L KELLWAY, '*EC Ministers Hand Brussels the Power to Vet Large Mergers*', Financial Times del 22 Dicembre 1989.

¹⁸⁶ Libro Bianco della Commissione al Consiglio Europeo sul completamento del mercato interno. COM (85) 310 final, 14 Giugno 1985.

¹⁸⁷ Atto Unico Europeo, OJ L 169, 29 giugno 1987, pp. 1–28.

¹⁸⁸ Si veda in proposito la dettagliata ricostruzione della strategia adottata dai due Commissari riportata in F NICOLA, B DAVIES, (Eds.) '*EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence (Law in Context)*', 2017, Cambridge, Cambridge University Press, pp.274-276.

Rispetto alla particolare intraprendenza che caratterizzo l'operato dei due Commissari sul fronte delle concentrazioni, è opportuno rilevare come talune contingenze di natura politica abbiano giocato un ruolo significativo. Infatti, tanto Sutherland (1986-1989) – irlandese, convinto federalista – quanto Brittan (1989-1993) – britannico, di matrice thatcheriana e fortemente contrario al modello economico dirigista – erano collegati a partiti che per ragioni di ispirazione politica (il primo) ed economica (il secondo), percepivano come prioritaria l'esigenza di dotare la Comunità di un meccanismo comunitario di supervisione delle concentrazioni.¹⁸⁹

È a Sutherland, in particolare, che va riconosciuto il merito di avere portato in cima alle priorità del dibattito sul Mercato Unico, quella di dotare la Comunità di un Regolamento sulle concentrazioni. Nel biennio 1986-1987 il Commissario, infatti, diede il via ad un'intensa fase di dialogo con il Consiglio, volta a convincere i capi di Stato dell'opportunità e dell'urgenza di giungere finalmente ad un accordo in materia. Le trattative si rivelarono particolarmente ardue in quanto al Consiglio, per deliberare in tale ambito, era prevista l'unanimità, poiché la materia delle concentrazioni non rientrava direttamente nell'ambito applicativo degli articoli 85 e 86 TCE (su cui, come si è accennato in precedenza, vige invece il principio della maggioranza qualificata), ma in quello dell'allora articolo 235 TCE (oggi 352TFUE), relativo all'attribuzione di nuove competenze alla Comunità. La strategia negoziale impostata da Sutherland fu da una parte basata su argomentazioni in cui si sottolineava la necessità di incrementare la competitività dell'industria europea vis-a-vis i competitor esteri, e dall'altra su una velata minaccia di continuare ad applicare e interpretare in maniera sempre più estensiva gli articoli 85 e 86 alle fusioni, in caso di mancata approvazione di un regolamento in materia.¹⁹⁰

La strategia così impostata dalla Commissione, trovò una solidissima sponda nella dirompente, quanto improvvisa, presa di posizione da parte della Corte di Giustizia, la quale nel novembre del 1987 con la sentenza BAT&RJ Reynolds Industries contro

¹⁸⁹ *Ibid.* p. 275, in cui gli autori offrono una più approfondita ricostruzione dei profili politici ed economici dei commissari Sutherland e Brittan.

¹⁹⁰ In merito al ruolo svolto dalla Commissione Delors nell'approvazione del Regolamento 4064 e all'interlocuzione con il Consiglio e gli Stati membri si veda MPOLLACK, *'Liberalizing Europe: The Commission, the Court, and the Creation of a European Market.'* op. cit., p. 284.

Commissione¹⁹¹ sancì l'applicabilità dell'articolo 85 TCE alle concentrazioni – a più di vent'anni dal memorandum del 1966, in cui si era per la prima volta paventata una simile ipotesi.

Come nel caso *Continental Can*, la Corte di giustizia, pur senza ribaltare l'esito della decisione della Commissione, utilizzò il caso come piattaforma per lanciare una nuova, e potenzialmente rivoluzionaria, interpretazione dell'articolo 85. La mossa della Corte in questo caso fu ancora più inaspettata che in passato poiché, a differenza di quanto avvenuto nel caso *Continental Can*, la Commissione nella propria decisione non formulò alcuna richiesta di chiarimento interpretativo. La Corte, quindi, in questa occasione avrebbe semplicemente potuto limitarsi a valutare la transazione oggetto del caso alla stregua di una semplice acquisizione di una partecipazione di minoranza in un'impresa rientrante nel campo dell'articolo 85, senza estendere, come invece fece, la propria analisi alle concentrazioni.

La Corte, infatti, affermò che *'il fatto che un'impresa acquisti una partecipazione al capitale di un'impresa concorrente, benché non costituisca di per sé un comportamento che restringe la concorrenza, può tuttavia costituire un mezzo idoneo per influire sul comportamento commerciale delle imprese in questione, in modo da restringere o da alterare il gioco della concorrenza sul mercato sul quale dette due imprese svolgono le loro attività commerciali'*.¹⁹²

Il fatto che, nella propria sentenza, la Corte segnalasse alla Commissione l'opportunità di valutare di volta in volta se un'acquisizione del controllo (*'di diritto o di fatto'*)¹⁹³ di un'altra impresa, possa essere ritenuta anticoncorrenziale ai sensi dell'articolo 85 TCE, fu interpretata alla stregua di un'esplicita dichiarazione dell'applicabilità della norma in parola alle operazioni di M&A. Il fatto che tale reinterpretazione estensiva dell'articolo 85 non fosse in alcun modo necessaria per decidere il caso oggetto del giudizio, portò a giudicare la presa di posizione della Corte di Giustizia come un tentativo di stimolare una presa in carico del

¹⁹¹ Sentenza della Corte (Sesta Sezione) del 17 novembre 1987. *British American Tobacco Company Ltd E R. J. Reynolds Industries, Inc. contro Commissione delle Comunità Europee*. Cause Riunite 142 E 156/84. Raccolta della giurisprudenza 1987, pp. 4487.

¹⁹² *Ibid.*, para. 40.

¹⁹³ *Ibid.*, para. 44.

tema da parte degli organi legislativi della Comunità.

Il commissario Sutherland, già intento a dialogare con il Consiglio al fine di regolamentare le concentrazioni, sfruttò l'occasione offerta dalla sentenza BAT&RJ Reynolds Industries per espandere il più possibile la competenza della Commissione. Lo stesso commissario quindi, nei mesi immediatamente successivi alla pubblicazione della sentenza in parola, paventò la possibilità di esercitare i nuovi poteri della Commissione al fine di ottenere delle modifiche ad una serie di concentrazioni in fase di completamento. Il caso più eclatante e dimostrativo dell'efficacia delle minacce del *policy maker* europeo, fu quello dell'operazione che vide coinvolte la compagnie aeree *British Airways* e *British Caledonian*, le quali accettarono di apportare delle modifiche ai termini del proprio progetto di fusione, nonostante le autorità britanniche competenti a vigilare sulla concentrazione l'avessero già approvata.¹⁹⁴

La sentenza nel caso BAT&RJ Reynolds Industries e i primi risultati conseguiti dalla Commissione, ebbero l'effetto di spingere un numero crescente di imprese – sempre più alla ricerca di certezza e prevedibilità delle procedure amministrative – a rivolgersi alla Commissione per sottoporre spontaneamente all'attenzione dell'autorità comunitaria le operazioni di fusione da esse intraprese.¹⁹⁵ L'improvvisa posizione di forza assunta dalla Commissione, spinse il settimanale *The Economist* a sostenere che l'istituzione di Bruxelles in quelle circostanze fosse in grado di ricattare ('blakmail') gli Stati membri, continuando a regolamentare le fusioni transfrontaliere utilizzando '*its current, clumsy powers until the member states adopt the regulation.*'¹⁹⁶ Sollecitato dallo stesso giornale, Sutherland rispose allora povocatoramente che '*the issue is not whether Europe has a merger policy, but what type it has.*'¹⁹⁷

¹⁹⁴ Cfr. Comunicato Stampa della Commissione del 09/03/1988, disponibile all'indirizzo web http://europa.eu/rapid/press-release_IP-88-131_en.html.

¹⁹⁵ In proposito il *Financial Times* all'epoca si spinse a sostenere che 'è dubbio che la Commissione debba sforzarsi di esercitare la propria pressione sul Consiglio per l'approvazione di un regolamento sulle fusioni quando 'le imprese si stanno già volontariamente recando a Bruxelles per vedersi approvate le proprie fusioni transfrontaliere e progetti di acquisto del controllo in altre società nell'ambito della normativa europea antitrust già esistente.' A sostegno di tale tesi l'autore dell'articolo sottolineò come il numero delle decisioni della Commissione relative a fusioni fosse salito dalle 15 del 1987 alle 25 del 1988, con ulteriori 36 casi approvati condizionalmente. Cfr. W DAWKINS '*EC Merger Controls Take Shape*', *Financial Times*, 6 Febbraio 1989.

¹⁹⁶ Cfr. THE ECONOMIST, '*Wanted: A New Referee for European Fair Play*', 5 novembre 1988.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

Sfruttando le condizioni favorevoli createsi grazie all'azione combinata di Commissione e Corte di Giustizia, il commissario Sutherland propose, nel marzo del 1988,¹⁹⁸ una nuova proposta di regolamento.¹⁹⁹ Nella nuova bozza, *'formulata sulla base delle nuove condizioni venutesi a creare all'interno del Consiglio'*,²⁰⁰ il test di legalità da applicarsi alle concentrazioni venne definitivamente ancorato all'eventuale creazione o rafforzamento di una posizione dominante sul mercato a seguito della fusione (cd. *dominance test*), mentre il campo di applicazione del regolamento venne, ancora una volta, significativamente ridotto, prevedendosi che la competenza comunitaria si sarebbe configurata solo nel caso in cui le imprese coinvolte nell'operazione avessero avuto un fatturato complessivo superiore ad un miliardo di ECU.²⁰¹ La bozza inoltre richiese che, ai fini della competenza comunitaria, la società target dovesse avere un fatturato di almeno 50 milioni di ECU²⁰² e introdusse, per la prima volta, una particolare clausola di salvaguardia della giurisdizione nazionale, a mente della quale anche operazioni tra imprese di grandi dimensioni sarebbero state esentate dall'applicazione della disciplina comunitaria, laddove il fatturato realizzato dalle parti interessate sia concentrato per più di tre quarti²⁰³ all'interno un solo e medesimo Stato membro.²⁰⁴ Infine la bozza, prevede una presunzione secondo cui le operazioni si sarebbero sempre dovute approvare laddove l'entità economica frutto della concentrazione avesse detenuto una quota inferiore al 20% del mercato rilevante.²⁰⁵

In aggiunta all'atteggiamento prudente assunto dalla commissione relativamente alle soglie,

¹⁹⁸ *Amended proposal for a Council Regulation (EEC) on the control of concentrations between undertakings*. COM (88) 97 final, 25 Aprile 1988, disponibile all'indirizzo web <http://aei.pitt.edu/12232/>.

¹⁹⁹ Nel dicembre del 1988, fu presentata una seconda proposta che presentava una serie di minori accorgimenti su cui non pare il caso di soffermarsi, cfr. *Amended proposal for a Council Regulation (EEC) on the control of concentrations between undertakings*. COM (88) 734 final, 19 Dicembre 1988, disponibile all'indirizzo web http://aei.pitt.edu/13136/1/COM_88_734_Final_revised_version.pdf.

²⁰⁰ Cfr., *Ibid.* p. 1 del memorandum introduttivo alla proposta.

²⁰¹ *Ibid.*, articolo 1 (3), lett. A.

²⁰² *Ibid.*, articolo 1 (3), lett. b, tale soglia fu innalzata a 100 milioni di ECU dalla proposta presentata dalla Commissione nel dicembre dello stesso anno.

²⁰³ La soglia venne abbassata a due terzi nel corso della successiva modifica del testo.

²⁰⁴ *Ibid.*, articolo 1 (3), lett. c, la disposizione in parola, convenzionalmente definita 'regola dei due terzi', rappresenta, come si vedrà una delle deroghe più significative alla disciplina comunitaria e ritenuta rischiosa, in particolare, per quei casi in cui uno Stato decidesse di agevolare la creazione di Campioni nazionali, cfr. in 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'*, p. 4.

²⁰⁵ *Ibid.*, articolo 2(3).

la proposta di regolamento prevede, anche in questo caso per la prima volta, una serie di sostanziali eccezioni cd. di politica industriale. Ai sensi della bozza, la Commissione infatti avrebbe potuto prendere in considerazione fattori ulteriori rispetto alla mera posizione dominante delle imprese, ivi inclusi *‘il miglioramento dei livelli di produzione e distribuzione [...], la promozione del progresso tecnico o economico, e [...] l’innalzamento del livello di competitività del Mercato Comune’*.²⁰⁶ Infine la bozza, tenendo conto delle pressioni fino ad allora esercitate in tal senso dal Consiglio, rinforzò le disposizioni relative al coordinamento con gli Stati membri, stabilendo che la Commissione, nello svolgere i propri compiti, sarebbe stata tenuta a garantire *‘una stretta e costante cooperazione’* con le autorità degli Stati Membri.²⁰⁷

Il percorso negoziale di quasi due anni che separò la proposta di Sutherland del marzo 1988 dalla definitiva approvazione di un regolamento nel dicembre del 1989, furono, come già ribadito, determinanti per il futuro sviluppo della politica europea delle concentrazioni, e videro la Commissione negoziare con gli Stati membri, su una serie di delicate questioni, così sintetizzabili:

- a) a quale livello fissare le soglie al di sopra delle quali la Commissione avrebbe avuto competenza esclusiva sulle concentrazioni;
- b) come si sarebbe dovuta definire la relazione fra ANC e Commissione;
- c) quale e quanto spazio avrebbero dovuto avere fattori ulteriori rispetto a quello puramente concorrenziale nella valutazione delle concentrazioni da parte della Commissione;
- d) quali poteri di controllo e supervisione sarebbero stati affidati agli Stati membri.

2.2.7. L'accordo del 1989: il Regolamento 4064

Il testo su cui si trovò un accordo alla fine del 1989²⁰⁸ definì in termini estremamente

²⁰⁶ *Ibid.*, articolo 2(4), la disposizione in esame, come è evidenziato anche nel preambolo della bozza di regolamento, si rifà quasi completamente a quanto previsto dall'allora articolo 85 (3) TCE.

²⁰⁷ *Ibid.*, articolo 21.

²⁰⁸ Occorre precisare che nel gennaio del 1989 Sutherland – il cui ultimo tentativo di far approvare la propria proposta si scontrò con l'impossibilità di raggiungere l'unanimità nel Consiglio – fu sostituito

restrittivi le questioni di cui ai precedenti punti (i) e (ii), limitando la competenza della Commissione ad uno spazio ben più ridotto di quanto fosse stato previsto in tutte le precedenti bozze proposte. Per quanto concerne invece le restanti questioni sub (iii), (iv) e (v), il Regolamento 4064 lasciò una significativa discrezionalità nelle mani della Commissione.

Analizzare più dettagliatamente le posizioni assunte dai diversi Stati membri in relazione agli elementi più delicati sottoposti alla loro approvazione, risulta, anche in questo frangente, il metodo migliore per comprendere la ratio delle norme che ancora oggi compongono l'ossatura portante della merger policy europea.

Per quanto riguarda le soglie, le proposte della Commissione incontrarono da subito forti resistenze opposte dai tre più grandi stati della Comunità, ovvero Francia, Germania²⁰⁹ e Regno Unito. I governi dei tre paesi, infatti, proposero una soglia di 10 miliardi di ECU di fatturato annuale a livello globale, con l'obiettivo di lasciare alla competenza della Commissione unicamente operazioni dal carattere immanentemente europeo e che sarebbe

dal Lord Leon Brittan, il quale nel marzo di quell'anno presentò una nuova proposta contenente disposizioni significativamente più conservative rispetto a quelle contenute nella bozza del 1989. La soglia dimensionale oltre la quale la Commissione sarebbe stata competente sulle concentrazioni venne alzata a due miliardi di ECU, con una soglia temporanea di 5 milioni che avrebbe trovato applicazione nel periodo transitorio che sarebbe durato fino all'inizio del 1993. Venne definitivamente istituita la 'regola dei due terzi', che nella versione di Sutherland era invece dei 'tre quarti', estendendo così ulteriormente la zona franca di competenza esclusiva degli Stati membri. Con l'obiettivo di conciliare l'interesse delle aziende ad avere regole chiare e coerenti con i variegati interessi degli Stati membri, la proposta di Brittan conteneva un impegno a non applicare più gli articoli 85 e 86 ad operazioni di fusione concluse, limitando la competenza della commissione in materia di concentrazioni solo a quelle operazioni che sarebbero ricadute all'interno delle soglie stabilite dal nuovo regolamento. L'auspicio della Commissione era che tale promessa avrebbe convinto le tante industrie alla ricerca di chiarezza regolamentare e gli Stati membri preoccupato per i crescenti poteri della Commissione nell'applicazione degli articoli 85 e 86. In proposito si vedano, *Amended proposal for a Council Regulation on the Control of Concentrations between undertakings*, in *Common Market Law Reports Antitrust Supplement*, 1988, CMLR 472, e il comunicato stampa rilasciato dal portavoce della Commissione, *Press Release No. IP (89) 200 (Mar. 31, 1989)*, nonché per una più diffusa disamina della bozza presentata da Lord Brittan E SCHWARTZ, *Politics as usual: the history of the European Community Merger control*, *op. cit.*, p. 650 e per un commento giornalistico sulla strategia della Commissione W DAWKINS, *EC Tones Down Proposals on Merger Control Policy*, *Financial Times*, 1 aprile 1989.

²⁰⁹ Per un approfondimento sulla posizione assunta dai tre paesi in fase di approvazione del Regolamento, cfr. T BÜTHE, G SWANK, *The politics of antitrust and merger review in the European Union: Institutional change and decisions from Messina to 2004.* Center for European Studies Working Paper Series n.142, Harvard University, 2007, pp. 18-22, e A MORAVCSIK, *The Choice for Europe: Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, Cornell University Press, Ithaca NY, 1998, pp. 379 e ss.

stato in ogni caso sconveniente amministrare a livello nazionale – visto anche l’alto numero di giurisdizioni che concentrazioni di tali dimensioni avrebbero necessariamente visto coinvolte. Ai tre paesi più grandi si contrappose la visione di Italia, Olanda e altre nazioni più piccole – molte delle quali allora prive di ANC – che proposero di fissare una soglia decisamente più bassa (2 milioni di ECU), che avrebbe loro permesso di sfruttare la competenza e l’*expertise* della Commissione nella gestione dell’alto numero di concentrazioni che gli Stati minori avrebbero faticato a controllare autonomamente.²¹⁰ All’interno del consiglio venne quindi avanzata la proposta intermedia di fissare la soglia del fatturato globale delle imprese coinvolte a 5 miliardi di ECU, a cui sarebbe stata affiancata una soglia di 250 milioni di ECU di fatturato generato all’interno della comunità da ciascuna delle imprese. Nonostante le iniziali resistenze del Regno Unito, tali soglie vennero infine approvate dal Consiglio e inserite nel testo di regolamento del 1989, prevedendo però che le stesse si sarebbero dovute riponderare ad opera del Consiglio stesso nel 1993.²¹¹

Anche il dibattito attorno al punto *sub* (ii), vide i paesi europei prima dividersi in due blocchi per poi trovare un accordo che prese la forma di tre clausole *ad hoc* inserite nel testo finale. Da una parte, infatti, la Germania ed il potente *Bundeskartellamt* esercitarono forti pressioni affinché le ANC continuassero a detenere un potere concorrente rispetto a quello della Commissione e che permettesse loro di intervenire, anche laddove una determinata operazione fosse già stata approvata dalla Commissione.²¹² Tale posizione trovò da subito la ferma opposizione della comunità economica e delle imprese, che si sarebbero così trovate di fronte un meccanismo a doppio livello, che avrebbe privato di significato il meccanismo dello sportello unico cui le varie proposte della Commissione e gli *stakeholder* privati avevano sempre ambito. Un compromesso fu trovato sulla base di un accordo con cui la Germania accettò l’inserimento di una disposizione che avrebbe dato la possibilità

²¹⁰ Cfr. W DAWKINS, ‘*EC Merger Plans Make Marginal Progress*’. *Financial Times*, 22 dicembre 1988.

²¹¹ Si veda in proposito il racconto giornalistico delle trattative proposta in L KELLAWAY, ‘*EC Ministers Hand Brussels the Power to Vet Large Mergers*’. *Financial Times*, 22 Dicembre 1989, ed il report ufficiale rilasciato in merito dalla CEE EUROPEAN REPORT ‘*Competition: Council Adopts Merger Control Regulation*’, 7 January 1990.

²¹² Cfr. la dettagliata ricostruzione della posizione tedesca riportata in E SCHWARTZ, ‘*Politics as usual: the history of European community merger control.*’, op. cit., pp. 645- 646.

alle autorità nazionali di richiedere alla Commissione che talune operazioni venissero rinviata alla loro competenza. La decisione circa l'opportunità di effettuare il rinvio rimase comunque nelle mani della Commissione. A controbilanciare parzialmente il meccanismo introdotto dalla cd. 'German clause',²¹³ fu prevista, su proposta dell'Olanda e di altri Stati più piccoli, la cd. 'Dutch clause',²¹⁴ per mezzo della quale fu concessa la possibilità a singoli Stati di chiedere alla Commissione che una concentrazione ricadente al di fuori della competenza comunitaria venisse rinviata all'autorità di Bruxelles, laddove si fosse ritenuto che l'operazione in questione avrebbe potuto creare o rafforzare una posizione dominante sul mercato nazionale dello stato richiedente. Con riguardo al delicato tema dei rapporti fra giurisdizioni nazionali e giurisdizione europea, gli Stati membri si accordarono infine sull'introduzione dell'articolo 21(3) del Regolamento 4064 (oggi 21(4) del Regolamento 139/2004, della cui applicazione ci si occuperà nel dettaglio nel prossimo capitolo). La disposizione in esame, si deve alla volontà della Gran Bretagna (da cui la cd. *British clause*) la quale – nonostante il forte interesse a strutturare il *one-stop-shop* europeo che avrebbe potuto agevolare le imprese britanniche nelle proprie mire espansive sul continente – insistette affinché venisse inserita nel testo del regolamento una singola e chiara deroga al sistema comunitario basata su interessi pubblici nazionali.²¹⁵ Il governo francese – intento a gestire le contraddittorie spinte interne alla repubblica transalpina, divisa²¹⁶ fra l'europeismo di Mitterrand e Delors, e la tradizione dirigista della propria economia – decise infine di accordare il proprio consenso alla proposta britannica, ottenendo che la clausola

²¹³ Sul concreto funzionamento della clausola in parola, si veda C DAMRO 'Capture and Control: The Institutional Dynamics of EU Regulatory Independence'. Articolo preparato per la settima conferenza internazionale dell'associazione di studi sulla Comunità Europea, Madison, Wisconsin, US, 31 maggio-2 giugno 2001, p. 20.

²¹⁴ Sulle più profonde ragioni politiche e amministrative che spinsero l'Olanda e gli altri Stati a richiedere l'introduzione di tale norma, cfr. J FAULL, A NIKPAY, 'The EC Law of Competition.' Oxford, Oxford University Press, p. 234

²¹⁵ Cfr. E SCHWARTZ, 'Politics as usual: the history of European community merger control.', op. cit., pp. 646-647, in cui si dà conto di un'emblematica intervista rilasciata da un ufficiale dell'OFT – autorità che al pari del *Bunderkartellamt* in Germania, già in quegli anni era tenuta in altissima considerazione dal governo britannico – il quale, rispondendo ad una domanda riguardante la posizione delle autorità britanniche rispetto alla questione della ripartizione delle competenze fra Commissione e ANC, offrì una particolare descrizione dell'atteggiamento di Londra nei confronti delle autorità di Bruxelles, affermò che 'The moment the full horror of it struck was when it became apparent the Commission was seeking a one-stop shop. That meant whatever objections national authorities had, they would be powerless to oppose the Commission.'

²¹⁶ Sulle divisioni interne alla Francia di quegli anni, si veda D GARDNER, A HILL, 'Delors reshuffles the European Commission pack, Financial Times, 23 Dicembre, 1992.

fosse redatta utilizzando termini estremamente vaghi e potenzialmente interpretabili in chiave estensiva. Si giunse così all'approvazione dell'articolo 21 (3), ai sensi del quale gli Stati membri sono legittimati ad applicare la propria legislazione nazionale per 'tutelare interessi legittimi diversi da quelli presi in considerazione dal presente regolamento e compatibili con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario'. A tale disposizione fece poi seguito una breve elencazione degli interessi che si sarebbero di per sé ritenuti legittimi, ovvero 'sicurezza pubblica, la pluralità dei mezzi di informazione e le norme prudenziali'.²¹⁷

Parzialmente collegato al dibattito sulla *British clause*, anche quello relativo al corretto bilanciamento fra i fattori concorrenziali e quelli industriali sulla base dei quali la Commissione avrebbe dovuto decidere, fu oggetto di accese trattative in seno al Consiglio. Su questo tema, una prima posizione – fatta propria da Germania e Regno Unito, e fortemente appoggiata dal commissario Brittan – mirava ad ottenere un regolamento il cui test di legalità fosse basato su criteri puramente concorrenziali in linea con il linguaggio utilizzato nell'articolo 82 e con quanto previsto dalle rispettive normative nazionali in materia di fusioni. Di diverso avviso era invece un secondo raggruppamento di Stati – guidato dal governo francese – era intenzionato invece ad inserire anche considerazioni di natura sociale e industriale²¹⁸ nella lista degli elementi di cui la Commissione avrebbe dovuto tenere conto nell'esame delle concentrazioni.²¹⁹ La versione finale del testo rappresenta il compromesso raggiunto dai Paesi in seno al Consiglio, in cui prevalse la posizione di tedeschi e britannici, sostanziata nell'enfasi con cui viene sottolineata la stretta osservanza dei principi concorrenziali, e che portò le istanze del secondo gruppo di paesi a trovare spazio in un conciso riferimento contenuto nell'articolo 2(1), in cui è contemplata la possibilità che la Commissione consideri nel proprio esame anche l'impatto della concentrazione su '*l'evoluzione del progresso tecnico ed economico purché essa sia a*

²¹⁷ In merito alla concreta applicazione della norma in esame nei primi dieci anni dall'entrata in vigore del Regolamento 4064, si veda in J FAULL, A NIKPAY, '*The EC Law of Competition.*', op cit., p. 235.

²¹⁸ In questo secondo gruppo erano ricomprese anche Spagna e Italia, le quali spinsero per inserire anche l'impatto che le concentrazioni avrebbero potuto avere sullo sviluppo economico locale, fra gli elementi sulla base dei quali sarebbe stata chiamata a decidere la Commissione.

²¹⁹ A commento dell'atteggiamento più marcatamente protezionista assunto da Francia e paesi del sud Europa, si vedano gli articoli di stampa W DAWKINS, '*French Coax EC States Towards Entente on Merger Controls.*' Financial Times, 31 Luglio 1989; e F DEHOUSE '*Amsterdam: The Making of a Treaty*, 1989, Kogan Page, London.

vantaggio del consumatore e non costituisca impedimento alla concorrenza.' La soluzione trovata rappresenta un caso emblematico di compromesso intergovernativo, nell'ambito del quale alcuni negoziatori sono riusciti ad inserire una clausola piuttosto vaga, per mezzo della vengono concessi rilevanti margini di apprezzamento alla Commissione.²²⁰

Un aspetto parzialmente meno dibattuto rispetto a quelli sopra esposti, fu quello riguardante le questioni di cui al precedente punto (iv), concernenti i meccanismi di controllo e supervisione da parte degli Stati membri a cui l'attività della Commissione sarebbe stata sottoposta. Sul punto i negoziatori si trovarono d'accordo con la proposta della Commissione che limitava i poteri degli Stati nei confini delle competenze di natura consultiva attribuite ad un Comitato Consultivo. La struttura di tale organismo replicava quella dell'analogo Comitato già attivo per le decisioni in materia di accordi, a cui peraltro negli anni successivi al caso *BAT* erano già state delegate talune funzioni in materia di concentrazioni. Al fine di garantire una appropriata informazione degli Stati sull'attività della Commissione, venne inserita nel regolamento anche una clausola in cui si prevede un generico obbligo della Commissione a mantenere un 'collegamento stretto e costante con le autorità competenti degli Stati membri, le quali sono autorizzate a formulare osservazioni sui procedimenti in corso'.

Per quanto concerne invece più strettamente la fase decisionale dei procedimenti in materia di concentrazioni, l'unico potere di influire sulle decisioni della Commissione attribuito agli Stati, è rappresentato dalla necessaria approvazione da parte del Collegio dei Commissari di tutte le decisioni in procedimenti che raggiungano la cd. fase due. Il potere di influenza degli Stati deriverebbe dalla circostanza che i Commissari che compongono tale consesso, sono nominati dai governi dei diversi Stati membri. Per tale ragione si ritiene che essi – al presentarsi di casi che tocchino da vicino interessi strategici del paese che rappresentano o del governo che li ha nominati – potrebbero farsi carico dell'interesse del proprio paese di provenienza e tentare di influenzare la decisione del Collegio, che decide su tali casi a

²²⁰ In merito al valore emblematico del compromesso trovato fra i gli Stati membri sulla clausola in esame, si veda interpretazione fornita da M POLLACK, *'Liberalizing Europe: The Commission, the Court, and the Creation of a European Market.'*, *op.cit.* p. 290 nella quale si sottolineano più complessivamente i limiti operativi derivanti dalla natura intergovernativa e non propriamente sovranazionale del testo del regolamento.

maggioranza semplice.²²¹

Alla luce delle considerazioni svolte, non sembra si possa dare un giudizio particolarmente positivo sull'esito delle trattative che portarono all'adozione del Regolamento 4064. Se, infatti, l'intento della Commissione nel dotare la Comunità di un meccanismo di controllo delle concentrazioni era quello di strutturare un sistema volto a perseguire unicamente l'interesse sovranazionale al fine di agevolare la creazione ed il successivo rafforzamento del Mercato Comune, il testo approvato nel 1989 pose le basi per una disciplina in cui gli Stati Membri ed i loro rispettivi interessi nazionali continuarono a giocare un ruolo di primo rilievo. La frustrazione delle originali ambizioni della Commissione è innanzitutto dimostrata dal livello a cui si decise infine di stabilire la soglia oltre cui si sarebbe configurata la competenza esclusiva della CE: i cinque miliardi ECU su cui fu trovato l'accordo erano venticinque volte più alti della soglia originariamente proposta dalla Commissione, il che comportò che la Commissione si trovò ad avere un effettivo potere quasi unicamente su operazioni di dimensioni mastodontiche, a quei tempi ancora molto rare. Un'ulteriore dimostrazione del risultato negativo conseguito dalla Commissione, fu rappresentata dalle due clausole relative al rinvio dei casi e quella con cui si attribuì agli Stati il potere di derogare alle decisioni della Commissione. Senza soffermarci qui sulla portata pratica delle stesse, a sottolineare la loro caratterizzazione nazionale, pare sufficiente rimarcare come tutte e tre venne affibbiato un attributo che le ricollegava agli Stati che ne promossero l'introduzione all'interno del Regolamento.

2.2.8. L'applicazione della disciplina europea delle concentrazioni: il Regolamento 4064 alla prova pratica.

I limiti applicativi del Regolamento 4064 emersero pochi anni dopo la sua approvazione, quando, di fronte alla prima decisione di bloccare una concentrazione, si ripresentarono molti dei problemi a cui non erano state offerte risposte adeguate nell'ambito dell'accordo del 1989. Le difficoltà della Commissione ad essere legittimata quale regolatore

²²¹ In merito al potenziale *vulnus* rappresentato da tale procedura, si veda C DAMRO 'Capture and Control: The Institutional Dynamics of EU Regulatory Independence', op. cit., p. 22, in cui l'autore esprime in termini scettici circa l'effettiva problematicità della clausola in oggetto, poiché i casi che raggiungono la fase 2 rappresentano una porzione estremamente limitata del totale di quelli decisi dalla Merger Unit della Commissione.

sovrana, il critico rapporto con le giurisdizioni nazionali e il rischio di politicizzazione delle decisioni, tornarono infatti al centro del dibattito in occasione della decisione *Alenia-De Havilland*.²²²

Nel caso in oggetto, la Commissione decise di bloccare l'acquisizione del produttore di aerei canadese De Havilland da parte di ATR, un consorzio franco-italiano composto dalla francese Aerospatiale e l'italiana Alenia, entrambe in mano pubblica. L'operazione, notificata alla Commissione nel maggio del 1991, prevedeva l'acquisizione di De Havilland, secondo produttore al mondo di velivoli con motore a turboelica, da parte di ATR, leader nello stesso mercato. Non appena entrata in possesso dei documenti relativi al caso, la Merger Unit della Commissione sollevò preoccupazioni per l'impatto dell'operazione la quale avrebbe potuto portare alla creazione di una posizione dominante sul mercato rilevante.

A seguito di un'istruttoria giunta fino alla fase due, nel settembre dello stesso anno, la Merger Unit della Commissione propose di bloccare l'operazione, in quanto essa avrebbe condotto alla formazione di un'entità economica in posizione dominante sul mercato globale dei velivoli civili a turboelica da 20 a 70 posti. Una tale condizione di dominanza, avrebbe probabilmente spinto gli attuali concorrenti delle due imprese ad uscire dal mercato, mentre possibili nuovi competitor sarebbero stati fortemente scoraggiati ad entrare in un mercato in cui fosse stato presente un operatore di tali dimensioni. La decisione quindi concluse che la fusione avrebbe potuto sfociare in una situazione di 'quasi-monopolio' e si sarebbe quindi in ogni caso dovuta proibire.²²³

Nel corso della riunione del Collegio dei Commissari, che fu chiamato a prendere la decisione finale sul caso, il Commissario alla concorrenza Brittan, adottò una linea dura di confronto, scrivendo in una lettera di accompagnamento al fascicolo indirizzata al Presidente della Commissione Delors che 'noi abbiamo il dovere di impedire che questa fusione abbia luogo'²²⁴ e che il caso avrebbe dovuto rappresentare la base legale sulla base del quale proibire altre concentrazioni in futuro. Tale auspicio si giustifica alla luce del fatto

²²² Decisione della Commissione del 2 ottobre 1991, Caso n. IV/M.053 - *Aérospatiale- Alenia/de Havilland*, 91/619/CEE.

²²³ Cfr. *ibid.*, para. 69-70.

²²⁴ Per una più approfondita analisi della posizione assunta da Brittan, si veda L BRITTAN, 'A Diet of Brussels: The Changing Face of Europe.' 2000, London, Little, Brown and Company, p.98.

che fino ad allora la Commissione aveva approvato tutte le 52 operazioni ad essa notificate, di cui 5 approvate con condizioni, mentre nessuna era stata ancora proibita. La posizione assunta da Brittan trovò immediatamente l'opposizione dello stesso Delors,²²⁵ dei commissari francesi e italiani, nonché dell'allora commissario all'industria Martin Bangeman. Tale opposizione²²⁶ alla decisione della Commissione, venne giustificata dai suoi sostenitori, con argomentazioni di politica industriale secondo cui la fusione avrebbe permesso ai produttori di aerei europei di conseguire quelle economie di scala necessarie per poter competere sui mercati globali. L'unica critica di merito, e basata su argomenti di natura concorrenziale, che venne mossa alla Merger Unit riguardò la definizione del mercato, che appariva eccessivamente restrittiva.²²⁷ Dopo giorni di intense trattative all'interno del Collegio, i commissari deliberarono per l'approvazione della decisione della Merger Unit, con una maggioranza di soli due voti (la votazione si concluse con nove voti favorevoli e sette contrari).²²⁸

La deliberazione del Collegio venne presentata da Brittan come una grande vittoria, in cui la Commissione era riuscita 'a dimostrare la propria determinazione ad applicare rigorosamente il nuovo Regolamento al fine di proteggere imprese e consumatori dai rischi derivanti dalla creazione di una posizione dominante.'²²⁹ A tali dichiarazioni fecero seguito le opinioni dei più autorevoli quotidiani economici,²³⁰ i quali interpretarono la decisione come una decisa affermazione di credibilità da parte della Commissione nella sua veste di istituzione propriamente sovranazionale ed indipendente rispetto alle pressioni degli Stati. La decisione venne letta inoltre come una netta affermazione della politica concorrenziale

²²⁵ Sulla posizione assunta da Delors nel caso Dehavilland si veda G ROSS, ' *Jacques Delors and European Integration.* ', Oxford University Press, 1995, p. 178.

²²⁶ In proposito si veda EUROPEAN REPORT ' *Competition: A Political Crisis Over De Havilland Veto?* ', 9 ottobre 1991.

²²⁷ Più in particolare, i commissari Bangeman e Vanmiert sostennero che se il mercato fosse stato definito ricomprendendo al suo interno anche quello dei velivoli di taglia leggermente maggiore (fino a novanta posti), l'impresa risultante dalla fusione sarebbe stata ben lungi dal detenere una posizione dominante.

²²⁸ EUROPEAN REPORT ' *Competition: Commission Split over De Havilland Decision* ', 2 ottobre 1991.

²²⁹ Cfr. comunicato stampa della Commissione ' *Commission Prohibits Acquisition by Aerospatiale/Alenia of De Havilland* ', Press Release—IP 896, del 2 ottobre 1991.

²³⁰ Cfr. S BERNARD, C LEADBEATER, ' *Brussels Blocks De Havilland Takeover: Move May Boost Credibility of Commission as an Impartial Competition Watchdog* '. Financial Times, 3 ottobre 1991.

a discapito di quella industriale nell'ambito delle concentrazioni.²³¹

Inaspettatamente però, la conseguenza più immediata della decisione nel caso *De Havilland/Alenia*, fu una rappresaglia nei confronti del Commissario Brittan da parte delle imprese coinvolte nell'operazione e dei rispettivi governi di appartenenza. Per quanto riguarda la Francia, in particolare, il primo ministro Edith Cresson – con termini e toni curiosamente simili a quelli utilizzati dai ministri francesi più di trent'anni dopo in relazione alla decisione nel caso Siemens-Alstom che sarà analizzato nel prossimo capitolo, annunciò pubblicamente la contrarietà del governo francese rispetto alla bocciatura di un'operazione ritenuta strategica tanto per la Francia quanto per l'Europa, e espresse la volontà di sostenere l'appello della decisione davanti alla Corte di Giustizia Europea. L'allora Ministro dei trasporti francese Paul Quiles nel corso della riunione del Consiglio europeo dei ministri dei Trasporti tenutasi a pochi giorni dalla pubblicazione della decisione della Commissione, si spinse al punto di proporre una modifica del Regolamento al fine di garantire maggior peso a valutazioni di politica industriale.²³² Altrettanto decisi furono i toni usati dal Ministro degli Esteri, Roland Dumas che sottolineò come l'obiettivo della politica europea della concorrenza sarebbe dovuto essere quello di rafforzare e non invece indebolire la competitività dell'industria europea, richiamando il Consiglio dei Ministri della CEE a prendere posizione rispetto alla deriva rigorista della Commissione e invocando l'utilizzo dei meccanismi di controllo dell'operato della Commissione.²³³ Nonostante le pressioni politiche esercitate dal governo francese, anche a causa (o per merito) dei ridotti poteri di influenza *ex post* garantiti agli Stati dal Regolamento 4064, la decisione rimase immodificata. A conclusione della vicenda, Brittan, supportato questa volta dal Presidente Delors, affermò in una comunicazione al Parlamento Europeo che 'nessuna autorità garante della concorrenza che si potesse definire responsabile avrebbe mai potuto adottare una decisione diversa da quella della Commissione', sottolineando inoltre che 'in nessun caso sarebbe stata desiderabile l'impostazione di un sistema in cui si fossero premiati gli interessi

²³¹ G GARRETT *'International Cooperation and Institutional Choice: The European Community's Internal Market'*. International Organization, 1992, vol. 46, pp. 533–60.

²³² Cfr. EUROPEAN REPORT *'Competition: A Political Crisis Over De Havilland Veto?'*, 9 ottobre 1991.

²³³ Si vedano le ricostruzioni effettuate in quei giorni dal Financial times, cfr. D BUCHAN *'Delors Attacks French Critics of De Havilland Decision'*. Financial Times, 7 Ottobre 1991; D BUCHAN *'French Government Faces Fury at Home'*. Financial Times, 21 November 1991.

dei paesi che avessero gridato più forte'.²³⁴

Le critiche alla decisione della Commissione, tuttavia, non provennero solo dal fronte italo-francese, ma, seppur per ragioni diametralmente opposte, giunsero anche dal governo tedesco e l'influente *Bundekartellamt*. Le questioni sollevate da tale secondo fronte riguardarono la permeabilità dell'impianto predisposto dal Regolamento 4064 a intromissioni politicizzate da parte degli Stati Membri. Tale circostanza, sarebbe stata dimostrata dal margine strettissimo con cui la decisione nel caso *De Havilland* – sacrosanta ed incontestabile nell'opinione dei tedeschi – fu infine approvata dal Collegio dei Commissari. Per evitare che tali disfunzioni si ripresentassero in futuro, venne proposta da alcuni osservatori, favorevoli all'impostazione puramente concorrenziale propugnata dalla Germania, la creazione di un Ufficio Europeo dei Cartelli che fosse indipendente dalla più politicizzata influenzabile Commissione.²³⁵

Le tensioni suscitate dal caso *Alenia/De Havilland*, comportarono una pronta riapertura del più ampio dibattito sull'adeguatezza dell'assetto prescelto dalla CEE per controllare le concentrazioni a livelle comunitario. Il primo anno di applicazione del Regolamento, raccolse critiche innanzitutto per la mancanza di trasparenza delle procedure adottate dalla Commissione,²³⁶ la quale in diverse occasioni si trovò a concludere accordi informali con le imprese sottoposte oggetto delle istruttorie stesse. Inoltre, la Commissione fu accusata di violare il principio di sussidiarietà, in ragione dei ripetuti rifiuti opposti alle richieste di rinviare verso il basso i casi ad essa notificati.²³⁷ Infine, i critici dell'azione comunitaria ribadirono la propria preoccupazione rispetto agli evidenti rischi di politicizzazione dell'*enforcement* del Regolamento 4064, il quale, come dimostrato dalla prassi degli anni 1990 e 91, avrebbe facilmente potuto essere influenzato da considerazioni di politica industriale sospinte dagli Stati membri.²³⁸

²³⁴ Si vedano in proposito le ricostruzioni ed i commenti di M POLLACK, '*Liberalizing Europe: The Commission, the Court, and the Creation of a European Market.*' op. cit., pp. 294-295, e A HILL '*Brittan Defiant Over De Havilland.*', Financial Times, 9 ottobre 1989.

²³⁵ Cfr. M CINI, L MCGOWAN, '*Competition Policy in the European Union.*', St Martin's Press, New York, 1998, pp. 126-131.

²³⁶ Cfr. S WILKS, L MCGOWAN, '*Disarming the Commission: The Debate over a European Cartel Office*', in *Journal of Common Market Studies*, 1995, vol. 32, pp. 259– 273.

²³⁷ Cfr. THE ECONOMIST, '*The EC's Competition Policy: Pleasing Nobody*'. 14 marzo 1992.

²³⁸ Cfr. S WILKS, L MCGOWAN, '*Disarming the Commission: The Debate over a European Cartel Office*', in *Journal of Common Market Studies*, op. cit., pp. 265-270.

La Germania, sfruttando la riapertura del dibattito per portare avanti la propria agenda volta ad ottenere una *merger policy* europea che contemplasse unicamente considerazioni di natura concorrenziale, rilanciò la proposta²³⁹ di creare un ufficio europeo dei cartelli autonomo e indipendente dalla Commissione, e conseguentemente impermeabile alle pressioni politiche degli stati membri. Tale proposta, tuttavia, necessitava, per essere implementata, di una sostanziale modifica ai Trattati che si sarebbe potuta approvare esclusivamente attraverso un voto all'unanimità, allora impraticabile viste le profonde differenze di vedute fra gli Stati membri.

Il clima di rinnovata tensione venutosi così a creare fra Stati membri e Commissione, vanificò qualsiasi possibilità di apportare dei correttivi alla disciplina in vista della scadenza del 1993, anno in cui si sarebbero dovute aggiornare le disposizioni del Regolamento nel senso di estendere la competenza esclusiva della Commissione. Come si è visto in precedenza, infatti, la Commissione, nel corso delle negoziazioni finali sul testo del Regolamento del 1989, era riuscita ad inserire una clausola con la quale si introdusse la possibilità di modificare nel 1993 le soglie legittimanti la competenza comunitaria, tramite una deliberazione del Consiglio da adottarsi a maggioranza qualificata e non invece all'unanimità come accadde nelle estenuanti negoziazioni del 1988-1989. Nonostante l'appoggio a tale iniziativa da parte del mondo delle imprese²⁴⁰ – desiderosi di rinforzare ed ampliare il meccanismo dello sportello unico –, la proposta di revisione della Commissione incontrò la pronta opposizione di Germania e Regno Unito, che temevano i rischi di politicizzazione delle decisioni e preferivano quindi mantenere delle soglie alte, nonché della Francia, la quale al contrario riteneva che i principi adottati dalla Commissione fossero troppo strettamente legati ai valutazioni di natura concorrenziale e temeva che i propri interessi nazionali potessero così essere lesi, come accaduto nel caso Alenia/De Havilland.²⁴¹ Alla luce di tali profonde divisioni, nel luglio del 1993, il nuovo Commissario alla concorrenza Karel Van Miert, ritirò la proposta della Commissione e, rispondendo

²³⁹ La proposta originale si deve al *Bundeskartellamt* che la avanzò già nel corso della conferenza intergovernativa in materia di concorrenza del 1966. Sulle ragioni che portarono alla bocciatura della proposta da parte della Francia, si veda N BUCKLEY, '*Brussels Seeks More Power on Mergers*'. *Financial Times*, 10 July 1996.

²⁴⁰ Cfr. EUROPEAN REPORT '*Council Looks at Commission Merger Regulation Report*', 29 settembre 1993.

²⁴¹ Per una più dettagliata disamina delle divisioni interne al Consiglio in quel periodo, si veda L BARBER '*Opposition Mounts to Widening Brussels' Merger Role*', *Financial Times*, 1 marzo 1993.

provocatoriamente alle domande dei giornalisti sulle sorti della proposta, controbatté con una domanda, chiedendo ‘quale sarebbe il senso di proporre qualcosa che sai già non potrà in nessun caso essere accettato?’.²⁴²

In continuità con l’operato dei suoi predecessori, anche Van Miert si fece carico dell’onere di cercare ampliare le competenze della Commissione in materia di fusioni e, nel 1996, presentò un Libro Verde²⁴³ relativo alla possibile revisione del Regolamento 4064. In tale documento venne ancora volta proposto l’abbassamento delle soglie di fatturato, proponendo di portarle a 2 miliardi (fatturato globale delle imprese coinvolte) e 100 milioni di ECU (fatturato globale dell’impresa singolarmente considerata). Dalla consultazione emerse un crescente e deciso supporto alla proposta della Commissione da parte della comunità delle imprese e anche di molti governi, osteggiato, nuovamente, da Francia, Germania e Gran Bretagna, rimaste ferme sulle proprie posizioni. La Commissione allora decise di modificare le soglie proposte, alzandole, rispettivamente 3 miliardi di ECU e 150 milioni di ECU. In aggiunta a tali nuove soglie, la Commissione propose inoltre di inserire un ‘pacchetto’ di soglie parallele – rispettivamente di 2 miliardi e 100 milioni di ECU – da applicarsi a tutte quelle concentrazioni che avrebbe altrimenti dovuto venire notificate ad almeno tre ANC. Tale nuova proposta, si basò sulla circostanza che la crescente attività transfrontaliera di M&A unita al proliferare di normative nazionali in materia di concentrazioni aveva messo a dimostrato nuovi limiti del meccanismo dello sportello unico.²⁴⁴

Nella seduta del novembre 1996 del Consiglio europeo dei ministri dell’industria, la proposta della Commissione fu votata solamente da sette²⁴⁵ governi, rappresentativi di giurisdizioni più piccole e meno attrezzate, mentre incontrò la ferma opposizione dei più grandi paesi della Comunità²⁴⁶ e l’astensione del Lussemburgo.²⁴⁷

²⁴² *Ibidem.*

²⁴³ Cfr. *Libro verde sulla revisione del Regolamento Concentrazioni*, COM(96)19, del 31 Gennaio 1996

²⁴⁴ Cfr. ‘*Communication from the Commission to the Council and to the European Parliament Regarding the Revision of the Merger Regulation*’. COM (1996)313, del 12 settembre 1996.

²⁴⁵ *I.e.*, Austria, Belgio, Finlandia, Grecia, Portogallo, Olanda e Italia (unico fra i paesi più grandi ad esprimersi favorevolmente alla proposta della Commissione).

²⁴⁶ *I.e.*, Germania, Regno Unito, Francia, Spagna, Danimarca, Svezia, e Irlanda (tutti paesi già dotati di progrediti sistemi di controllo delle concentrazioni).

²⁴⁷ Per un resoconto completo della riunione del Consiglio in parola, si veda E TUCKER, ‘*Brussels Bid for Merger Powers Fails*’. *Financial Times*, 15 November 1996.

Nel 1997, dopo il fallimento del tentativo della Commissione di pervenire ad un abbassamento delle soglie generalmente applicabili, Van Miert si concentrò sul secondo ‘pacchetto’ di soglie proponendo, da una parte, di mantenere ferme le soglie del 1989, affiancandovi però, dall’altra, una formula alquanto complessa – l’attuale articolo 1 (3) – con cui si estendeva la competenza esclusiva della Commissione ai casi di notificazioni multiple. Dopo un lungo dibattito, l’ultima proposta della Commissione fu infine approvata dal Consiglio e si tradusse, insieme ad altre modifiche minori, nella prima revisione²⁴⁸ del Regolamento sulle concentrazioni, a distanza di otto anni dalla sua approvazione.

La nuova versione del Regolamento fu accolta come un modesto passo avanti da parte del Commissario Van Miert,²⁴⁹ in quanto, come poi dimostrato dai fatti, comportò un ridotto incremento dei casi esaminati dalla Commissione. Ancora una volta, le difficoltà incontrate nel tentativo di accentrare poteri aggiuntivi nelle mani della Commissione, stanno a dimostrare quanto controversa sia l’area delle concentrazioni, in cui ogni decisione presa dall’organo sovranazionale corre il rischio di causare aspri conflitti fra o con gli Stati.

2.3. L’era moderna del *merger control* europeo: la proliferazione delle discipline nazionali, il problema dei meccanismi di rinvio e la Riforma del 2004.

All’adozione del Regolamento 4064 ha fatto seguito un rapido processo di proliferazione di discipline nazionali di controllo delle concentrazioni. Nel 1989 si contavano, infatti, in tutta Europa solo tre normative nazionali in vigore (in Francia, Germania e Regno Unito), nel 2000 il numero è salito a 14, mentre oggi se ne contano 31 se si considerano le giurisdizioni del EFTA, esse rappresentano circa il 20% del totale delle legislazioni di tal specie esistenti a livello globale. Dalla nostra prospettiva, si può affermare che questa improvvisa impennata, abbia avuto un duplice effetto.

Da una parte, essa ha comportato una progressiva convergenza verso il modello europeo. Gli Stati Membri dell’Europa centrale ed orientale hanno, infatti, strutturato dei sistemi di

²⁴⁸ Regolamento (CE) n. 1310/97 del Consiglio del 30 giugno 1997 che modifica il regolamento (CEE) n. 4064/89 relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese, GU L 180 del 9.7.1997, pp. 1–6.

²⁴⁹ In merito alla bocciatura della prima proposta della Commissione e alla successiva accettazione della – assai più limitata – seconda proposta di Van Miert, si veda *‘Merger Control: Council Seals the Death of the Threshold Reduction Debate’*, 16 November 1996.

controllo che presentano molti tratti in comune con quello ideato dal legislatore comunitario. L'attrattiva del modello europeo si è palesata anche negli Stati del nord e sud Europa, assumendo la forma di diverse riforme che hanno interessato le discipline nazionali avvicinandole, tanto a livello di principi, quanto a quello procedurale, all'impostazione comunitaria.²⁵⁰

L'affermarsi di un vero e proprio modello europeo di *merger control*, al pari di quanto avvenuto in altre aree del diritto della concorrenza europeo, è stato seguito da un processo di convergenza verso tale modello anche al di fuori dei confini dell'Unione. Per un fenomeno di traslazione dei modelli legali – a cui hanno contribuito in maniera significativa ICN e OECD, nonché l'entrata in vigore di molti trattati di scambio nel corso degli ultimi venti anni – giurisdizioni sudamericane, mediorientali e asiatiche si sono fortemente ispirate al modello europeo, nello strutturare i propri sistemi interni di controllo delle concentrazioni.²⁵¹

Per altro verso, all'interno dell'UE, differenze pratiche e legali – di varia misura e intensità²⁵² – si sono moltiplicate parallelamente all'impennata del numero dei regimi nazionali di controllo delle concentrazioni. Tali differenze sono in parte attribuibili ai diversi sistemi giuridici, apparati amministrativi e scenari politici esistenti in ogni Stato membro. Tuttavia, allo stato attuale, si pone con forza la questione circa la giustificabilità di tali differenze e l'opportunità che a livello europeo sia garantita una maggiore coerenza di sistema. Il modello multi-giurisdizionale strutturato dal legislatore comunitario, richiede infatti di compiere oggi un ulteriore passo in avanti nel senso di un maggior coordinamento dell'intero sistema e di un superamento di talune distorsioni ritenute intollerabili all'interno di un Mercato Unico che ambisca a stabilizzarsi e rafforzarsi. Fra queste spicca innanzitutto

²⁵⁰ Si vedano a questo proposito, le riforme francesi del 2001 (*Loi n. 2001-420 du 15 mai 2001 de nouvelle regulation de l'economie*) e 2008 (*Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'economie*), quelle belghe del 2006 e 2013, quella tedesca del 2012, quelle portoghesi del 2003 e 2012, e quelle spagnola del 2007 e 2013.

²⁵¹ Cfr. in proposito il documento *Global Trends in Merger Control* preparato dallo Studio Legale Allen&OVERY LLP in cui sono riportate i dati su enforcement e riforme provenienti da oltre 35 giurisdizioni (disponibile all'indirizzo web <http://www.allenoverly.com/SiteCollectionDocuments/Global%20trends%20in%20merger%20control.pdf>).

²⁵² Le diverse caratteristiche dei sistemi di controllo delle concentrazioni nazionali sono messe in luce annualmente dal rapporto di *The European Antitrust Review 2018* e *Getting the deal through – Merger Control* entrambe pubblicate da *Global Competition Review (GCR)*.

il paradosso per cui le operazioni più grandi, complesse e potenzialmente problematiche beneficiano oggi di una procedura estremamente snella e ben definita grazie al meccanismo dello sportello unico e del lavoro degli ormai rodati ingranaggi della DG Concorrenza della Commissione, mentre operazioni di dimensioni meno rilevanti, spesso quindi meno complesse e prive di una ‘dimensione comunitaria’, sono soggette ad un alto numero di regole nazionali sconcordate fra di loro e che inevitabilmente creano maggiori difficoltà per le società – spesso, peraltro di dimensioni e capacità di spesa per operazioni straordinarie minori rispetto a quelle che beneficiano dello sportello unico – e i loro consulenti.

Le distorsioni discendenti dalla proliferazione delle discipline nazionali all’interno dell’UE e la crescente necessità, manifestata da imprese e stakeholder, di avere un meccanismo di controllo delle concentrazioni più omogeneo, non sono state ignorate dalle istituzioni europee le quali nel corso degli anni hanno tentato di fronteggiare adottando una serie di provvedimenti²⁵³ con cui si è cercato di dotare l’intero sistema di alcuni margini di flessibilità.

Nell’ambito dei correttivi alla disciplina vigente ideati dal legislatore comunitario, occorre soffermarsi con maggiore attenzione sulle disposizioni contenute nel Regolamento 139/2004 (di seguito, il ‘Regolamento 139’).

La constatazione del problema, da parte del legislatore europeo, del mancato coordinamento con le discipline nazionali, si riscontra già a partire dalla lettura dei considerando che

²⁵³ Oltre ai vari interventi riformatori con cui si è modificata la disciplina prevista nel regolamento, sono da segnalare: (i) la *Comunicazione della Commissione: linee direttrici sull’applicabilità dell’articolo 101 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, 2011/C 11/01 con cui si è creato un sistema di scambio di informazioni fra ANC in relazione a casi che possano dare luogo a notifiche multiple, (ii) i ‘*Principi sull’applicazione, da parte delle ANC, degli articoli 4(5) e 22 del Regolamento europeo sulle concentrazioni*’ pubblicato nel 2005 dall’associazione delle ANC europee (ECA) (disponibili all’indirizzo web http://ec.europa.eu/competition/ecn/eca_referral_principles_en.pdf), con cui è stato previsto un accordo (non vincolante) su talune buone pratiche da adottarsi in relazione all’implementazione dei meccanismi di rinvio previsti dal Regolamento 4064, (iii) creazione, nel 2010, del ‘*Merger Working Group*’ in seno all’ECN, con cui si è dato vita ad un foro dove discutere collettivamente le possibilità di incrementare il livello di coerenza e cooperazione fra ANC in materia di fusioni; (iv) le *best practice* in materia di cooperazione fra ANC pubblicate dal Merger Working Group dell’ECN (disponibili all’indirizzo web http://ec.europa.eu/competition/ecn/nca_best_practices_merger_review_en.pdf), in cui è contenuto un accordo (non vincolante) su talune linee guida relative alla gestione dei casi che diano luogo a notifiche multiple.

introducono il Regolamento 139, in cui sono state utilizzate delle locuzioni con cui si fa riferimento al fatto che il meccanismo dello sportello unico necessita di un maggiore grado di elasticità.²⁵⁴ Per quanto riguarda, invece, gli articoli della nuova versione del Regolamento ed i documenti di nuova emanazione ad essi ricollegati, un ruolo di primo rilievo è giocato dalla nuova disciplina dei cd. rinvii – cui si è già fatto riferimento nei paragrafi precedenti. Attraverso una profonda rivisitazione di tali dispositivi normativi, l'ordinamento europeo si è dotato di una serie di meccanismi volti a dotare l'intero sistema di una maggiore elasticità, consentendo un'effettiva riattribuzione dei casi in senso bidirezionale – la quale negli anni precedenti alla riforma del 2004 era rimasta sulla carta.

A mente delle norme in parola, si è dunque previsto che un'operazione avente i caratteri della 'concentrazione di dimensione comunitaria' possa essere destinata alla valutazione delle autorità di uno o più Stati Membri ('rinvio verso il basso') e, del pari, che su un'operazione di competenza nazionale possa essere chiamata a decidere la Commissione ('rinvio verso l'alto').

Sulle procedure di rinvio ci soffermeremo con particolare attenzione in virtù dei significativi effetti che esse possono dispiegare al presentarsi di situazioni in cui uno o più governi nazionali agiscano in ambito concorrenziale perseguendo fini di politica industriale.

Allo stato attuale la disciplina rilevante è contenuta agli artt. 4.4, 4.5, 9 e 22 del Regolamento 139, ulteriori disposizioni operative sono invece contenute nella comunicazione relativa al

²⁵⁴ A tale riguardo si vedano in particolare il Considerando (8) *Le disposizioni da adottare nel presente regolamento dovrebbero applicarsi alle modifiche strutturali importanti il cui effetto sul mercato si estende oltre le frontiere nazionali di uno Stato membro. Tali concentrazioni dovrebbero, di norma, essere riesaminate esclusivamente a livello comunitario, applicando un sistema di sportello unico e conformemente al principio di sussidiarietà. Le concentrazioni che non sono previste dal presente regolamento rientrano in linea di massima nella competenza degli Stati membri.*, m 'Le concentrazioni che non raggiungono le soglie stabilite nel presente regolamento sono scrutinabili nell'ambito di più sistemi nazionali di controllo delle concentrazioni. La notifica multipla della medesima operazione accresce l'incertezza del diritto, gli adempimenti e i costi a carico delle imprese e può condurre a valutazioni divergenti. **Occorre quindi sviluppare ulteriormente il sistema di rinvio delle concentrazioni dagli Stati membri interessati alla Commissione.**' e il Considerando (14) *'La Commissione e le autorità competenti degli Stati membri dovrebbero formare insieme una rete di autorità pubbliche che esercitano le rispettive competenze in stretta cooperazione avvalendosi di meccanismi efficienti di scambio di informazioni e di consultazione al fine di assicurare che ogni caso sia trattato dall'autorità più appropriata, alla luce del principio di sussidiarietà, e al fine di evitare per quanto possibile notifiche multiple di una stessa concentrazione.'*

rinvio di casi di concentrazione tra la Commissione e le autorità nazionali (di seguito ‘Comunicazione Rinvio’).²⁵⁵ Un considerando in apertura della Comunicazione Rinvio si presta peraltro ottimamente a sottolineare lo spirito cautelativo con cui il legislatore comunitario si è approcciato nel regolare tale delicata materia. Il considerando 7, infatti, recita: *‘Le modifiche apportate al sistema di rinvio nel regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio sono state motivate dal desiderio di avere un meccanismo di attribuzione della competenza che sia flessibile, ma che al contempo assicuri un’efficace tutela della concorrenza e limiti per quanto possibile il margine di manovra per la scelta del foro più favorevole («forum shopping»). Tuttavia, vista in particolare l’importanza della certezza del diritto, va sottolineato che il rinvio rimane una deroga alle regole generali che determinano la competenza in base a soglie di fatturato determinabili obiettivamente. Inoltre la Commissione e gli Stati membri conservano un notevole margine discrezionale nel decidere se rinviare un caso originariamente di loro competenza o se accettare di trattare un caso che non rientra nella loro «competenza originaria» [...].’*

Di seguito saranno passate brevemente in rassegna le diverse ipotesi di rinvio e più precisamente: le procedure di rinvio verso l’alto pre- e post-notifica e, quelle di rinvio verso il basso pre- o post-notifica.

Rinvio verso l’alto:

- **pre notifica:** in questo primo scenario è previsto che le parti di un’operazione che (i) non abbia rilevanza comunitaria, ma (ii) dovrebbe essere esaminata parallelamente da almeno tre giurisdizioni dell’UE, possono richiedere che venga indicata la Commissione quale autorità più idonea a giudicare del caso. Le parti sono tenute a presentare la propria domanda motivata alla Commissione prima di notificare alle ANC. Una peculiarità di tale meccanismo, particolarmente interessante ai nostri fini, è che esso dipende totalmente dall’unanime nulla osta degli stati membri interessati: basta infatti che uno solo di essi si esprima in senso negativo per impedire la trasmissione del caso alla Commissione. Se dunque questo tipo di procedura si presta in talune occasioni a perfezionare il principio

²⁵⁵ Cfr. *Comunicazione della Commissione sul rinvio in materia di concentrazioni*, OJ C 56, 5.3.2005, p. 2–23.

dell'*one-stop-shop*,²⁵⁶ in altre essa, a causa della regola dell'unanimità degli Stati Membri interessati dall'operazione, permette all'interesse di singoli paesi anche solo marginalmente toccati da un'operazione di rilevanti dimensioni – astrattamente mossi da intenzionati a portare avanti autonome agende di politica industriale – di prevalere rispetto a quello europeo;

- **post notifica**: tale fattispecie è regolata dall'articolo 22 del Regolamento 139, dove si prevede che uno o più Stati Membri interessati da un'operazione che (i) non abbia dimensione comunitaria, ma (ii) incida sul commercio fra Stati membri e (iii) rischi di avere effetti significativi su mercati nel territorio degli Stato o degli Stati Membri interessati, possano richiedere alla Commissione di assumere il caso. Il meccanismo in esame, anche noto, fra gli addetti ai lavori²⁵⁷ come la 'clausola olandese', fu introdotta – già ai tempi del primo regolamento del 1989 – per far fronte all'assenza di apposite normative sul controllo delle concentrazioni in alcuni paesi dell'UE.²⁵⁸ L'istituto in parola è stato riproposto anche dal regolamento 139/2004 – nonostante la proliferazione delle normative nazionali in materia di concentrazioni avesse ridotto enormemente il numero di paesi privi di un'autonoma disciplina – in quanto si ritiene che esso possa funzionare da stimolo al coordinamento tra ANC, le quali possono hanno così la possibilità di proporre richieste di rinvio collettive. In questo modo si mira a ridurre il rischio di procedure parallele, poiché gli Stati Membri che prendano parte ad un rinvio verso l'alto, sono privati della competenza sull'operazione rinviata. Rimane problematica in ottica di notifiche multiple, l'ipotesi in cui all'esame della Commissione si sommino le procedure di controllo di Stati che non abbiano aderito alla procedura di rinvio i quali rimangono pienamente intitolati a giudicare autonomamente sulla concentrazione. Un elemento interessante – e da guardare con favore dalla nostra prospettiva – del meccanismo in parola consiste nella possibilità concessa anche a Stati Membri che non sarebbero stati competenti a giudicare la concentrazione neppure

²⁵⁶ Si veda in proposito l'emblematico caso *Reuters/Telerate* in cui la procedura di rinvio verso l'alto ha permesso di portare il caso nelle mani della Commissione, evitando così che lo stesso venisse notificato alle autorità di dodici diverse giurisdizioni dell'UE, cfr. Decisione del 25 maggio 2005, COMP/M.3692, *Reuters/Telerate*.

²⁵⁷ Cfr. L ARNAUDO, *Procedura in tema di concentrazioni*, in (A FRIGNANI S BARIATTI, *Disciplina delle concorrenza nella UE*, CEDAM, 2012, p.577

²⁵⁸ In particolare, l'introduzione di tale meccanismo fu sostenuta da Paesi Bassi, Belgio e Italia i quali, al momento dell'entrata in vigore della disciplina europea, non avevano ancora adottato discipline interne sul controllo delle concentrazioni e ritennero poter rinviare all'esame della Commissione quelle operazioni potenzialmente nocive per il mercato domestico.

secondo la propria normativa nazionale (ad es. a causa del mancato superamento delle soglie nazionali per l'esame delle fusioni) di aderire alla richiesta di rinvio verso l'alto, a patto che 'l'operazione incida in maniera significativa sulla concorrenza nel loro territorio'. Tale clausola, rispetto al problema dell'utilizzo strumentale della *merger policy* da parte di un dato Paese, consente a Stati che vengano toccati, in misura anche ridotta, dalla concentrazione e che temano l'adozione di atteggiamenti non orientati al perseguimento del benessere dei consumatori e improntati al rafforzamento del mercato unico da parte dello Stato o degli Stati astrattamente competenti a decidere sul caso, di richiedere l'intervento della commissione così riducendo allo stesso tempo il rischio di decisioni contrastanti e di decisioni nazionaliste.

Rinvio verso il basso:

- **pre notifica:** disciplinata all'articolo 4.4 del Regolamento 139, questa ipotesi di rinvio prevede la possibilità per le parti della concentrazione di segnalare alla Commissione che l'operazione può avere effetti significativi sulla concorrenza in un mercato all'interno di uno Stato Membro che abbia tutti i caratteri di un mercato distinto e che dovrebbe, quindi, essere esaminata, interamente o in parte, dallo Stato membro in questione. La Commissione in questo caso deve 'senza ritardo' contattare le ANC di tutti gli Stati Membri, fra questi, lo Stato Membro indicato dalle parti deve esprimere il proprio consenso al rinvio dell'operazione. Il consenso dello Stato Membro non conclude la procedura, in quanto l'ultima parola appartiene comunque alla Commissione la quale, effettuate le dovute valutazioni in merito all'esistenza o meno di un mercato distinto, può decidere di rinviare tutto o una parte del caso all'ANC dello Stato Membro indicato dalle parti e che abbia espresso il proprio consenso;

- **post notifica:** l'articolo 9 del Regolamento 139 contiene la cd. 'clausola tedesca' a mente della quale è prevista la possibilità di un rinvio verso il basso anche dopo la notifica. Il soprannome della norma discende dalla circostanza che a volere tale clausola fossero i rappresentanti della Repubblica federale tedesca, che hanno spinto affinché, anche nell'ambito dello sportello unico, resistesse un meccanismo che garantisse agli stati membri di controllare a livello nazionale anche concentrazioni di dimensione comunitaria. Ai sensi

della norma in commento, uno Stato può segnalare alla Commissione che una concentrazione: (i) rischia di avere delle significative ricadute sulla concorrenza in un dato mercato all'interno dello Stato membro segnalante che presenti i caratteri di un mercato distinto, o, in alternativa, (ii) ha delle significative ricadute sulla concorrenza in un mercato all'interno dello stesso Stato Membro che presenta tutte le caratteristiche di un mercato distinto e non costituisce una parte sostanziale del mercato comune.²⁵⁹ Entro un termine prestabilito, la Commissione è chiamata ad esprimersi in merito alla segnalazione con un'apposita decisione in cui può:

- ritenere non configurabile l'esistenza di un mercato distinto e, quindi, mantenere la competenza;²⁶⁰ oppure
- ritenere configurabile l'esistenza di un mercato distinto, ma scegliere di mantenere comunque la competenza oppure rinviare una parte o l'intero caso alla competenza della ANC dello Stato Membro indicato;²⁶¹ o infine
- ritenere configurabile l'esistenza di un mercato distinto ma che non costituisce una parte sostanziale del mercato unico e rinviare alla competenza dell'ANC dello Stato Membro l'intero caso o la parte riguardante il solo mercato distinto.²⁶²

In base a quanto emerso dalle rilevazioni effettuate dalla Commissione sul funzionamento del Regolamento 139/2004, risulta che molti stakeholders che hanno preso parte all'indagine si sono espressi in termini critici rispetto alla procedura ex art. 9, tanto per la lunghezza della procedura, quanto per le incertezze derivanti dal cambio di giurisdizione, che aumentano significativamente gli oneri a carico delle imprese. Si è suggerito quindi di rendere il sistema più trasparente, consentendo alle imprese di essere ascoltate in caso di rinvio verso il basso e garantendo l'accesso ai documenti in possesso della Commissione. Al fine di abbattere i costi procedurali si è proposto inoltre di garantire alle parti la possibilità di riutilizzare la notifica inviata alla Commissione anche nel nuovo procedimento presso l'Autorità nazionale, per evitare di imporre alle imprese la raccolta di ulteriori

²⁵⁹ Articolo 9.2 Regolamento 139/2004

²⁶⁰ Articolo 9.5 Regolamento 139/2004

²⁶¹ Articolo 9.4 Regolamento 139/2004

²⁶² Articolo 9.3 Regolamento 139/2004

materiali e informazioni.²⁶³

Con riferimento all'operatività pratica delle procedure qui illustrate, occorre innanzitutto notare che entrambe le procedure post-notifica, hanno trovato statisticamente scarsissima applicazione. Più nel dettaglio, per quanto concerne i rinvii alla Commissione, il numero di casi ammonta a circa due all'anno, mentre quelli reindirizzati 'verso il basso' raggiungono numeri leggermente superiori, ma comunque raramente superano i cinque casi all'anno. In questo senso, tali meccanismi di aggiustamento vanno guardati tenendo conto del loro limitato impatto quantitativo. Una prima e generale giustificazione di tale dato è ravvisabile nei costi intrinseci di tali meccanismi: l'interruzione di un processo di verifica di una concentrazione già iniziato, infatti, comporta tempi più dilatati e maggiori complicazioni dovute al cambio di regime legale della procedura. Per quanto riguarda più specificamente la procedura ex articolo 22, un elemento critico rispetto alla sua concreta applicabilità è indubbiamente quello delle difficoltà di coordinamento delle tempistiche procedurali previste dalle diverse discipline nazionali: il disallineamento delle procedure costituisce infatti un serio ostacolo per la presentazione di richieste congiunte. Tale problema è stato parzialmente affrontato nel testo del Regolamento che dispone ora la sospensione dei diversi termini nazionali fino alla definitiva assegnazione della giurisdizione. Ulteriori complicazioni discendono dalla durata della procedura che, in ragione della somma fra termini ordinari e termini specificamente previsti per dirimere questioni di giurisdizione, è ritenuta troppo lunga dalle imprese interessate.²⁶⁴

Un discorso parzialmente diverso va fatto invece per quanto riguarda l'operatività dei meccanismi di rinvio pre-notifica. Dal 2004 ad oggi infatti questi sono stati utilizzati con una frequenza decisamente maggiore rispetto a quelli post-notifica. In totale, considerando rinvii verso l'alto e verso il basso le procedure pre-notifica sono state attivate in circa 500 casi (154 rinvii ex 4.4., e 350 rinvii 4.5.). Benché i numeri in esame possano apparire significativi – come in effetti sono se rapportati a quelli relativi ai rinvii post-notifica sopracitati – un tale dato non può essere guardato con favore se si considera la ragione per

²⁶³ Cfr. Documento di lavoro allegato alla Comunicazione della Commissione al Consiglio, '*Relazione sul funzionamento del regolamento n. 139/2004*', del 18 giugno 2009, (COM(2009) 281 definitivo), SEC(2009) 808 final, para. 152–154.

²⁶⁴ Si vedano in proposito i rilievi evidenziati nella *Relazione sul funzionamento del regolamento n. 139/2004, cit.*, para. 142.

cui tali procedure sono state ideate, ossia il contrasto al fenomeno del fenomeno della notifica multipla. I risultati in tal senso non possono essere considerati soddisfacenti in quanto secondo i dati raccolti dalla Autorità de la Concurrence francese in uno studio, i casi di operazioni transfrontaliere per cui si richiede la notifica in un 2 o più paesi ammonta a circa 250 casi ogni anno.

2.4. I problemi rimasti irrisolti

A quasi trent'anni dall'adozione del Regolamento 4064, al fine di poter compiere una valutazione complessiva dell'effettivo funzionamento della disciplina europea in materia di concentrazioni, è opportuno innanzitutto iniziare passare rapidamente in rassegna alcuni dei numeri più significativi concernenti l'enforcement delle norme discusse in precedenza.

I dati aggiornati a settembre 2018 riportano di più di 7100 casi di fusioni transfrontaliere notificate alla Commissione con una media di circa 250 casi all'anno.²⁶⁵ Per quanto riguarda la tendenza dell'intero periodo, si registra una crescita sostanzialmente costante nel numero di operazioni notificate alla Commissione. Gli scostamenti in positivo da segnalare riguardano i due significativi balzi in avanti che si sono registrati in occasione delle iniziative riformatrici con cui si è estesa la giurisdizione della Commissione (1997 e 2004) e quello in corrispondenza alla fase di ripresa economica che ha interessato i paesi dell'Unione a partire dal 2015. Per quanto concerne invece i discostamenti negativi dalla media, questi coincidono sostanzialmente con l'esplosione della cd. 'internet bubble' nei primissimi anni 2000 e il periodo immediatamente successivo allo scoppio della crisi finanziaria del 2008/2009. L'anno record, con 402 notifiche, è stato il 2007 e da allora il numero di casi si è stabilizzato su una media di circa 320 casi l'anno.

²⁶⁵ Fonte: Statistiche pubblicate dalla Commissione Europea il 30 settembre 2018, disponibili all'indirizzo web <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

Tesi di dottorato "Tensioni fra politica europea delle concentrazioni e politica industriale degli Stati membri: le eccezioni di interesse pubblico di fronte ai 'nuovi protezionismi'"
di HAUPT RICCARDO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2020

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

3. I ‘nuovi protezionismi’ nel quadro della politica europea delle concentrazioni: sfide attuali e prospettive future.

Le sezioni seguenti si concentreranno su quello che risulta essere oggi il punto nevralgico del dibattito in materia di politica delle concentrazioni in Europa, nonché il punto debole di un sistema che ambisca a mantenere politica industriale e politica della concorrenza su due piani distinti. Le eccezioni (o clausole) di interesse pubblico hanno infatti riassunto un’importanza centrale a partire dagli ultimi anni in cui la crisi finanziaria, l’elezione di Donald Trump, la guerra commerciale con la Cina e la sfida industriale delle *Big Tech* americane e cinesi hanno comportato una svolta protezionista delle agende di numerosi governi europei. La più immediata risposta a fenomeni quali la politica commerciale americana dell’ultimo biennio è infatti stata quella di propugnare nuovamente slogan che si credevano ormai appartenere ad un’altra era, fra non meglio definiti campioni nazionali o europei²⁶⁶ e la protezione della ‘fortezza europea’.

Pulsioni sociopolitiche di tal specie trovano terreno fertile in quelle zone grigie di legislazione che permettono al potere politico di influenzare l’*enforcement* di una data disciplina a seconda delle pulsioni del momento. In ambito antitrust tale zona grigia è rappresentata dalle clausole di interesse pubblico, disciplinate normativamente utilizzando termini volutamente ampi, vaghi e quindi elastici. Tale problema è ravvisabile tanto nella disciplina europea – che con l’articolo 21.4 del Regolamento 1/2004²⁶⁷ lascia ampi margini di interpretazione degli interessi pubblici ivi contemplati – quanto in quelle dei diversi Stati Membri – caratterizzate per il fatto di essere ancora fortissimamente differenziate le une dalle altre e per gli ampi margini rimessi ai vari governi per intervenire invocando generiche ragioni di interesse pubblico, senza che sia possibile verificarne in alcun modo la veridicità

²⁶⁶ Sull’impossibilità di attribuire un significato univoco e preciso al termine ‘campione europeo’, normalmente associato alla creazione di grandi gruppi industriali, si veda M HEIM, C MIDOES, *European champion-ships: industrial champions and competition policy*, Bruegel blogpost, 2019, disponibile all’indirizzo web <https://bruegel.org/2019/07/european-champion-ships-industrial-champions-and-competition-policy/>.

²⁶⁷ L’articolo in parola recita infatti: ‘[...] gli Stati membri possono adottare opportuni provvedimenti per tutelare interessi legittimi diversi da quelli presi in considerazione dal presente regolamento e compatibili con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario. Sono considerati interessi legittimi ai sensi del primo comma la sicurezza pubblica, la pluralità dei mezzi di informazione, le norme prudenziali. Qualsiasi altro interesse pubblico è comunicato dallo Stato membro interessato alla Commissione ed accettato dalla stessa, previo esame della sua compatibilità con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario, prima che i provvedimenti di cui sopra possano essere presi.’

e legittimità *ex post*.

È dunque da questa seconda categoria di clausole e casi che inizieremo ad affrontare il tema delle considerazioni di interesse pubblico in ambito di *merger control*, per poi analizzare il quadro europeo fortemente destabilizzato dal recente caso *Siemens/Alstom*²⁶⁸ e rassegnare, infine, alcune conclusioni.

3.1. L'operato degli Stati Membri: le eccezioni di interesse pubblico nelle discipline nazionali di controllo delle fusioni

Uno dei problemi meno considerati all'interno del dibattito europeo sulla politica della concorrenza – oggi particolarmente focalizzato sulla riforma del Regolamento 1/2004 e sulle strategie per affrontare le sfide proposte dall'innovazione tecnologica – è quello del coordinamento e dell'effettiva applicazione della disciplina in materia di concentrazioni da parte dei diversi Stati Membri. Il tema, oltre ad essere strettamente collegato alle questioni sollevate nei precedenti capitoli – in quanto naturalmente anche a livello nazionale si ripropone la delicata questione concernente il rapporto fra politica industriale e politica della concorrenza – presenta la problematica ulteriore delle ricadute potenzialmente ancor più significative sull'integrazione del Mercato Unico. Lasciare ampio spazio a considerazioni di tipo industriale nel controllo di fusione dei singoli Stati Membri, significa infatti prestare il fianco alla politicizzazione e conseguente nazionalizzazione di un fondamentale ambito della politica concorrenziale.

Come anticipato, la possibilità che tali fenomeni prendano piede e si diffondano è oggi concessa dal fatto che nelle principali normative nazionali in materia di concentrazioni siano presenti delle clausole di interesse pubblico. Tali clausole gli Stati possono avvalersi anche in relazione a fusioni transfrontaliere di significative dimensioni e valore,²⁶⁹ senza

²⁶⁸ Decisione della Commissione del 9 febbraio 2019 nel caso Siemens/Alstom M8677 disponibile all'indirizzo web http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-881_en.htm.

²⁶⁹ Si veda al riguardo il contributo di F GHEZZI, M BOTTA, 'Standard di valutazione, interessi nazionali ed operazioni di concentrazione in Europea e negli Stati membri, tra spinte centrifughe ed effetti di spill-over', in Rivista delle società, Giuffrè, 2018, pp.40-41, i quali correttamente sottolineano come 'la "dimensione comunitaria" non rappresenti una traduzione fedele del concetto di "pregiudizio al commercio tra Stati membri",' in quanto 'la competenza esclusiva della Commissione riguarda unicamente operazioni tra imprese di grandi o grandissime dimensioni la cui attività si dispieghi in una pluralità di Stati membri. L'esame delle concentrazioni tra imprese che non raggiungono dimensioni particolarmente ragguardevoli in termini di fatturato e, soprattutto, delle concentrazioni tra imprese

che a livello europeo possa intervenire efficacemente per arginare eventuali fenomeni distorsivi – se non attraverso un pronuncia della Corte di Giustizia,²⁷⁰ che rappresenta però uno strumento non dotato di una speditezza tale da poter affrontare le moderne dinamiche M&A, in cui il fattore tempo gioca un ruolo centrale.

L'intervento degli Stati in ambito può verificarsi a due diversi livelli. Un primo e più limitato ambito di intervento degli Stati, rispetto al quale non rileva la dimensione dell'operazione sotto esame, è previsto dal già menzionato articolo 21.4 del Regolamento 1/2004.²⁷¹ Sicurezza pubblica, pluralità dei mezzi di informazioni e le norme prudenziali rappresentano dunque le eccezioni alla regola che, come abbiamo visto, a livello europeo prevede uno scrutinio delle concentrazioni basato unicamente su considerazione di natura concorrenziale. Laddove uno Stato Membro ritenesse che uno degli interessi pubblici menzionati possa essere lesa da un'operazione di concentrazione ricadente nella competenza della Commissione, potrà adottare opportuni provvedimenti per tutelare interessi legittimi diversi da quelli puramente concorrenziali, purché gli stessi siano e compatibili con i principi generali e le altre disposizioni del diritto comunitario.

Il secondo e più ampio spazio di azione degli Stati membri in ambito fusioni è dato da tutte le operazioni cosiddette sottosoglia²⁷² – ovvero tutte quelle concentrazioni che non rientrino nelle soglie di valore e/o fatturato che determinano l'applicabilità del

che operano prevalentemente in un solo e medesimo Stato membro (in base alla c.d. regola dei due terzi) spetta invece alle sole autorità nazionali di tutela della concorrenza.

²⁷⁰ Sull'efficacia dello strumento giurisdizionale in tale ambito si veda A JONES, J DAVIES, *Merger control and the public interest: balancing EU and national law in the protectionist debate*. European Competition Journal, 2014, pp. 453-497.

²⁷¹ Cfr. nota 267 *supra*.

²⁷² Il regolamento prevede una serie di soglie che ove superate determinano la 'dimensione comunitaria' di una concentrazione e la conseguente competenza della Commissione. In base alla prima soglia, si ha dimensione comunitaria se: a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a € 5 miliardi; b) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a € 250 milioni; salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro. Peraltro, una concentrazione che non superi le soglie ora menzionate è tuttavia di dimensione comunitaria quando: a) il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate è superiore a € 2,5 miliardi; b) in ciascuno di almeno tre Stati membri, il fatturato totale realizzato dall'insieme delle imprese interessate è superiore a € 100 milioni; c) in ciascuno di almeno tre degli Stati membri di cui alla lettera b), il fatturato totale realizzato individualmente da almeno due delle imprese interessate è superiore a € 25 milioni e d) il fatturato totale realizzato individualmente nella Comunità da almeno due delle imprese interessate è superiore a € 100 milioni; salvo che ciascuna delle imprese interessate realizzi oltre i due terzi del suo fatturato totale nella Comunità all'interno di un solo e medesimo Stato membro.

regolamento fusioni.²⁷³

Per tutto quanto concerne le operazioni cd. sottosoglia – a differenza di quello che accade per le competenze nazionali in ambito di accordi e abusi – i diversi Stati membri godono di una quasi totale libertà circa le modalità con cui strutturare il proprio meccanismo di controllo delle concentrazioni e possono decidere altrettanto liberamente se inserirvi considerazioni di interesse pubblico. Le possibili variabili in questo senso sono molteplici; le discipline nazionali possono infatti differenziarsi tanto in termini di settori industriali coperti, quanto in termini di conseguenze dell'applicazione del 'test' di interesse pubblico e del soggetto istituzionale deputato a svolgere tale ulteriore verifica.

Per offrire una panoramica delle diverse modalità a cui gli Stati europei si sono informati nel disciplinare tale fenomeno, di seguito e' riportata una tabella contenente un'istantanea dell'attuale assetto normativo dei 28 Stati Membri. Nelle sezioni successive saranno poi esaminate con maggiore dettaglio le legislazioni nazionali di Germania, Francia e Regno Unito, che per importanza e caratteristiche degli strumenti normativi utilizzati, rappresentano i casi di studio di maggiore interesse ai nostri fini.

Tab. 1 Considerazioni di interesse pubblico nelle discipline nazionali di controllo delle concentrazioni dei Paesi UE

Paese	Disciplina delle considerazioni di interesse pubblico in materia di concentrazioni.
Austria	<ul style="list-style-type: none"> - Trova applicazione per concentrazioni in ambito media. L'operazione potrà essere bloccata nel caso in cui riduca il grado di pluralità dei mezzi di informazione. - Il cosiddetto 'Procuratore Nazionale antitrust' può inoltre essere chiamato a rappresentare gli 'interessi

²⁷³ Per un'analisi delle criticità relative alla definizione della dimensione comunitaria delle concentrazioni, ed in particolare di quelle che discendenti dalla cd. regola dei due terzi, si veda A SCOTT, *National Champions and the Two-Thirds Rule in EC Merger Control*, CCP Working Paper, 06-6.

	pubblici', in casi di rilevanti di dimensioni.
Belgio	<i>Nessuna disciplina specifica</i>
Bulgaria	<i>Nessuna disciplina specifica</i>
Croazia	<i>Nessuna disciplina specifica</i>
Cipro	<i>Nessuna disciplina specifica;</i>
Repubblica Ceca	<i>Nessuna disciplina specifica</i>
Danimarca	<i>Nessuna disciplina specifica</i>
Estonia	<i>Nessuna disciplina specifica</i>
Finlandia	- Esistono soglie particolari operanti per il solo settore elettrico (400V di elettricità distribuita o il 25% del totale dell'energia distribuita sulla rete finlandese). Al ricorrere di tali condizioni il divieto di portare a termine la concentrazione può anche prescindere da un effettivo abbassamento del livello di concorrenza sul mercato. (Articolo 25, Legge Finlandese sulla concorrenza)
Francia	- Il Ministro dell'Economia ha il potere di avocare a sé i casi per ragioni di interesse generale diversi da quello della tutela della concorrenza sul mercato. In particolare, la clausola di interesse pubblico può essere attivata per ragioni di sviluppo industriale, competitività internazionale di imprese francesi e tutela dell'occupazione (Article L. 430 - 7 - 1 <i>Code de Commerce</i>)
Germania	- Il Ministro dell'economia può autorizzare una concentrazione precedentemente bloccata dal <i>Bundeskartellamt</i> sulla base di specifiche considerazioni di interesse pubblico, quali la competitività internazionale delle imprese, vantaggi

	macroeconomici e significativi vantaggi per il pubblico. (articolo 42 GWB)
Grecia	<i>Nessuna disciplina specifica</i>
Ungheria	- Le fusioni che contribuiscano al mantenimento dell'occupazione o che preservino adeguati livelli di fornitura delle materie prime possono essere dichiarate di importanza strategica dal governo e quindi esentate dalla regolare procedura di controllo delle concentrazioni (articolo 24/a della legge ungherese sulla concorrenza ungherese).
Irlanda	- È prevista una regolamentazione particolare per le concentrazioni in ambito <i>media</i> (Articolo 23, Legge irlandese sulla concorrenza)
Italia	<ul style="list-style-type: none"> - L'AGCM può eccezionalmente autorizzare, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea, operazioni di concentrazione vietate in base alla normale analisi sull'impatto concorrenziale dell'operazione - sempreché esse non comportino l'eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti. (articolo 25, comma 1, Legge 287/1990) - Successivamente all'approvazione da parte dell'AGCM, il Presidente del Consiglio dei Ministri può vietare l'operazione per ragioni essenziali di economia nazionale. (articolo 25, comma 2, Legge 287/1990). - Particolari procedure sono previste inoltre in relazione ad operazioni che vedano coinvolte imprese bancarie o assicuratrici.

Lettonia	<i>Nessuna disciplina specifica</i>
Lituania	<i>Nessuna disciplina specifica</i>
Lussemburgo	<i>Nessuna disciplina specifica</i>
Malta	<i>Nessuna disciplina specifica</i>
Olanda	- Il Ministro dell'Economia ha il potere di autorizzare fusioni altrimenti bloccate, sulla base di interessi pubblici non specificati nè tantomeno elencati (Articolo 47, Legge olandese in materia di concorrenza).
Polonia	<i>Nessuna disciplina specifica</i>
Portogallo	- L'Autorità per le Comunicazioni, può intervenire in operazioni rientranti nel settore dell'informazione, qualora l'operazione oggetto di revisione possa minacciare la libertà o il pluralismo dei mezzi di informazione. (articolo 4B della legge portoghese in materia di televisione e media). - Il governo può inoltre intervenire ogniqualvolta interessi fondamentali dell'economia nazionali siano potenzialmente pregiudicati da una concentrazione.
Regno Unito	- Il Ministro competente può emettere una nota di intervento rivolta alla MMC, laddove ritenga che uno o più dei seguenti interessi pubblici possano potenzialmente essere pregiudicati dalla concentrazione: sicurezza nazionale, pluralità dei media, stabilità del sistema finanziario britannico. (Articolo 58, <i>Enterprise Act</i>).
Romania	<i>Nessuna disciplina specifica</i>
Slovacchia	<i>Nessuna disciplina specifica</i>
Slovenia	<i>Nessuna disciplina specifica</i>

Spagna	- Il Consiglio dei ministri può autorizzare una concentrazione altrimenti vietata, laddove la stessa abbia ad oggetto un'operazione con ripercussioni sulla difesa e la sicurezza nazionale, la protezione dell'incolumità pubblica e della sanità, la libertà di movimento di beni e servizi all'interno del territorio nazionale, la protezione dell'ambiente, la promozione dello sviluppo tecnologico e la salvaguardia di adeguati livelli di regolamentazione settoriale.
Svezia	<i>Nessuna disciplina specifica</i>

Per meglio comprendere le caratteristiche di un fenomeno che, nell'opinione di chi scrive, rappresenta oggi uno dei più gravi *vulnus* della politica europea delle concentrazioni, saranno analizzate le discipline di Francia, Germania e Inghilterra che, per numero di casi, caratteristiche procedurali e influenza delle rispettive giurisdizioni, rappresentano i casi di studio ai nostri fini più rilevanti. Per ogni paese, dopo un breve inquadramento generale, analizzeremo la natura degli interessi pubblici – diversi da quello alla tutela della concorrenza sul mercato – presi in considerazione in fase di analisi dell'operazione, per poi procedere con la disamina dei meccanismi procedurali a tal fine predisposti in ciascun paese e della prassi applicativa.

3.1.1. La disciplina francese: *Les motifs d'intérêt général* e i poteri del Ministro dell'Economia.

Una decisione – di divieto o autorizzazione di una concentrazione – emessa da parte dalla *Autorité de la Concurrence* sulla base di un'analisi dell'impatto sulla concorrenza dell'operazione, può essere in tutto o parzialmente riformata dall'Ministro dell'economia. L'intervento ministeriale potrà aversi ogniqualvolta l'operazione oggetto della decisione dell'*Autorité* abbia potenziali ricadute sullo sviluppo industriale, la competitività internazionale delle imprese francesi e/o la salvaguardia dell'occupazione.²⁷⁴ A livello

²⁷⁴ Più in particolare, l'Article L. 430 - 7 - 1 del Code de Commerce così recita '*Dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence*

procedurale l'intervento ministeriale può verificarsi in due momenti. In alcuni casi, infatti, seguito dell'approvazione dell'operazione da parte della *Autorité* al termine della cd. fase 1, il Ministro può richiedere che venga aperta una seconda istruttoria più approfondita, cd. Fase 2. Talora, invece, il Ministro può disporre di un autonomo e più penetrante potere di intervento per mezzo del quale, al termine di un'istruttoria di Fase 2, potrà riformare direttamente la decisione. Al Ministro quindi è concesso tanto di autorizzare una concentrazione reputata anticoncorrenziale, quanto di vietarne una priva di effetti distorsivi della concorrenza.

a) *Gli interessi pubblici considerati*

Da una superficiale disamina degli interessi pubblici che permettono di attivare la clausola legittimante l'intervento ministeriale, emerge immediatamente come gli stessi siano di natura sostanzialmente macroeconomica. Gli interessi pubblici considerati dalla disciplina francese non si pongono peraltro in alcun modo in contrasto con la tutela della concorrenza sul mercato. Prendiamo ad esempio in considerazione la 'competitività internazionale delle imprese', elencata fra gli interessi pubblici ulteriori cui il ministro può riferirsi per derogare alla disciplina concorrenziale. Chiunque abbia una conoscenza anche solo superficiale delle teorie alla base della politica della concorrenza, sa che l'obiettivo menzionato dalla disciplina francese non sia affatto incompatibile con la normale analisi degli effetti concorrenziali di una concentrazione. Come noto, infatti, la riduzione del livello di concorrenza su un determinato mercato domestico, andando ad incidere sugli stimoli ad innovare per le imprese, condurrà nel lungo periodo ad una riduzione del grado di competitività internazionale delle imprese.

ou en a été informé en vertu de l'article L. 430-7, le ministre chargé de l'économie peut évoquer l'affaire et statuer sur l'opération en cause pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence et, le cas échéant, compensant l'atteinte portée à cette dernière par l'opération. Les motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence pouvant conduire le ministre chargé de l'économie à évoquer l'affaire sont, notamment, le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi. Lorsqu'en vertu du présent II le ministre chargé de l'économie évoque une décision de l'Autorité de la concurrence, il prend une décision motivée statuant sur l'opération en cause après avoir entendu les observations des parties à l'opération de concentration. Cette décision peut éventuellement être conditionnée à la mise en œuvre effective d'engagements.'

b) *La procedura*

Il caso francese, rispetto ad altre giurisdizioni considerate nella tabella al paragrafo precedente, presenta da una parte il vantaggio di esplicitare ed elencare gli interessi pubblici ‘ulteriori’ direttamente nel corpo della legge, mentre dall’altra difetta di un adeguato grado di determinatezza degli interessi stessi. È evidente infatti che termini come ‘sviluppo industriale’ possono essere interpretati con accezioni estremamente varie e ampie. La poca precisione nell’identificazione degli interessi pubblici legittimanti l’intervento governativo potrà facilmente condurre ad uno scenario di incertezza del diritto per le imprese, le quali di volta in volta nell’ipotizzare una determinata strategia di business dovranno fare i conti con un’ampia alea data dagli imponderabili margini di intervento del governo. Per altro verso formulazioni tanto generiche possono portare all’effetto opposto e dar luogo a fenomeni di *regulatory capture* di cui si è detto nel primo capitolo. È infatti proprio nelle aree più ambigue della legislazione che possono trovare avere successo intense campagne di lobbying capaci di massimizzare l’interesse delle società coinvolte a discapito dell’interesse generale.

c) *La prassi applicativa*

A partire dall’istituzione dell’*Autorité de la Concurrence*, si registra un unico caso di applicazione da parte dei Ministri dell’economia della clausola in esame nel caso *Agripole/Configeo*.²⁷⁵ In tale occasione il Ministro utilizzò il proprio potere di intervento autorizzando la fusione senza impegni (che erano invece stati imposti dall’Autorità per ragioni di tutela dell’occupazione).²⁷⁶ Nel caso di specie, il Ministro espresse perplessità circa i rimedi imposti dall’Autorità garante in quanto essi avrebbero potuto impattare negativamente sulle capacità di sviluppo internazionale delle imprese parte della concentrazione. È stata così richiesta una terza fase istruttoria a seguito della quale il Ministro ha disposto la riforma della iniziale decisione dell’*Autorité*, rimuovendo ogni impegno dal suo dispositivo. Risulta peraltro difficile individuare una solida base

²⁷⁵ Cfr. *Decision n.18-DCC-95 du 14 juin 2018*, Autorité de la Concurrence

²⁷⁶ Si veda a questo proposito la case review di E VAN DEN BROUCKE, ‘*The Minister of Economy intervenes to authorize the takeover of William Saurin by Cofigeo without divestment of assets*’, Dentons, 27 Agosto 2018, disponibile all’indirizzo web <https://www.dentons.com/en/pdf-pages/generatelistingspagepdf?isPdf=true&ItemId=ubZ35SKD3ZNdhvCRXetaOe/oA8iULfZgg65fQXJVce7pTClbiwHOIw==>

argomentativa nella decisione del Ministro, in quanto sembrano poco chiare le ragioni per cui dalla rimozione di stringenti e precisi impegni disposti su base tecnica dall'Autorità francese, deriverebbero benefici per la competitività internazionale delle imprese e dell'economia francese.

3.1.2. La disciplina inglese: i '*public interest mergers*'.

La considerazione di ulteriori interessi pubblici nel controllo delle concentrazioni caratterizza la disciplina inglese sin dall'emanazione dell'*Enterprise Act* nel 2002.²⁷⁷ Ciò può accedere in diverse circostanze e con diverse modalità:

- il Ministro per l'economia, energia e la strategia industriale, può intervenire per tutelare la sicurezza nazionale, la stabilità finanziaria del sistema economico britannico;
- il Ministro per il digitale, la cultura, i media e lo sport può intervenire per tutelare la qualità e pluralità dei mezzi di informazione.

(ad entrambi i Ministri è inoltre permesso intervenire anche invocando interessi pubblici ulteriori rispetto a quelli espressamente elencati, attraverso una procedura supplementare per cui è richiesta l'approvazione di entrambe le Camere del parlamento – così accadde ad esempio nel 2008 nel pieno della crisi finanziaria che colpì duramente il Regno Unito.);

- infine, un'ulteriore tipologia di intervento governativo è prevista in relazione ai cosiddetti '*special public interest cases*'. Si tratta di casi che di per sé esulerebbero da qualsiasi procedura di controllo, in quanto non superano le soglie stabilite dalla legge, ma che possono essere comunque valutate dall'Autorità inglese per specifiche ragioni di interesse pubblico. Questa particolare procedura si applica in particolare a operazioni in ambito media e/o che contemplino società che, in forza di rapporti contrattuali intrattenuti con il governo, sono in possesso di informazioni sensibili per la sicurezza nazionale.

Il sistema inglese si caratterizza per l'assenza di una netta demarcazione fra la fase di analisi

²⁷⁷ Per una più ampia e diffusa analisi della disciplina inglese in materia di '*public interest mergers*', si veda C GRAHAM, *Public interest mergers.*, *European Competition Journal*, 2013, 9.2, pp. 383-406

puramente concorrenziale e la fase di analisi delle ricadute sugli interessi pubblici ulteriori di volta in volta considerati. Se una determinata operazione ha in astratto potenziali ricadute su uno degli interessi pubblici sopra enunciati, il Ministro competente potrà infatti emettere una cosiddetta ‘*Public Interest Notice*’ (PIN). Una volta emessa tale nota, la CMA esaminerà quindi il caso considerando tanto gli aspetti concorrenziali quanto quelli non concorrenziali dell’operazione, includendovi anche considerazioni di altri stakeholder. Se da questa prima fase di analisi risulta che potrebbero effettivamente esservi ricadute sugli interessi pubblici ulteriori richiamati nella PIN, la CMA procederà con una seconda fase istruttoria nell’ambito della quale ulteriori report saranno preparati e forniti al Ministro Competente. Il Ministro infine sarà il soggetto deputato a decidere se autorizzare o meno la concentrazione sulla base di autonome considerazioni di interesse pubblico.

a) *Gli interessi pubblici considerati*

Fra le ragioni di interesse pubblico legittimanti l’intervento ministeriale, il solo riferimento ai rischi alla sicurezza nazionale sembrerebbe giustificare l’intervento politico, in quanto non altrimenti tutelabile attraverso una normale analisi degli effetti concorrenziali della concentrazione.

b) *La procedura*

Le procedure seguite dalle istituzioni inglesi nel valutare interessi pubblici ulteriori in fase di analisi dei *public interest mergers*, risultano essere sufficientemente trasparenti e dotate di complessi meccanismi predefiniti.

Il *vulnus* più significativo dell’intera disciplina rimane però quello di concedere la possibilità di introdurre nuove ragioni di interesse pubblico attraverso la particolare procedura che prevede il doppio voto delle camere del parlamento. Tale istituto, infatti, oltre a non garantire un sufficiente livello di preparazione tecnica dei valutatori, potrebbe venir influenzato da campagne di lobbying preparate dalle imprese coinvolte nell’operazione o da altri portatori di interessi.

c) *La prassi applicativa*

Si contano diversi casi di utilizzo delle eccezioni di interesse pubblico nel meccanismo di merger control britannico. Un primo gruppo di casi riguarda la il settore media, tra cui spiccano in particolare i casi B SkyB/ITV del 2007,²⁷⁸ News Corporation/B SkyB del 2011²⁷⁹ e Hytera/Sapura del 2017.²⁸⁰ Particolare risonanza ebbe invece, per quanto concerne l'interesse pubblico alla stabilità finanziaria, il caso Lloyds-TSB/HBOS,²⁸¹ che fu particolarmente dibattuto e discusso nel corso della durissima crisi finanziaria del 2008.

Per quanto attiene agli effettivi risultati di tali procedure eccezionali, bisogna innanzitutto sottolineare come tutti i casi sopra enunciati nei settori media e finanziario abbiano sollevato enormi polemiche concernenti i loro esiti e i loro esiti in termini di tutela della pluralità dei mezzi di informazione.²⁸²

L'eccezione di interesse pubblico maggiormente utilizzata nel Regno Unito rimane comunque quella relativa alla sicurezza nazionale, su cui si sono registrati a partire dal 2002 ben sei casi di intervento governativo. Tali decisioni sembrerebbero aver raggiunto gli obiettivi proposti, senza peraltro suscitare l'onda lunga di polemiche che ha fatto seguito ai dibattuti casi in ambito media e finanza. Alla base del maggior successo di tali casi risiede proprio la natura dell'interesse pubblico ulteriore contemplato, che difficilmente potrebbe essere tutelato attraverso un'analisi limitata ai soli effetti concorrenziali di una concentrazione.

3.1.3. La disciplina tedesca: la pratica del cd. *Ministererlaubins*

Il caso tedesco rappresenta una terza e particolare tipologia di intervento governativo in ambito di *merger policy* che merita una più approfondita disamina. In Germania infatti gli interessi pubblici ulteriori possono essere valutati solo *ex post*. Occorre quindi che il

²⁷⁸ Cfr., decisione della CMA nel caso *British Sky Broadcasting Group plc / ITV plc*, del 20 dicembre 2007, disponibile all'indirizzo web <https://www.gov.uk/cma-cases/british-sky-broadcasting-group-plc-itv-plc-merger-inquiry-cc>.

²⁷⁹ Cfr., decisione della CMA nel caso *News Corporation / British Sky Broadcasting plc merger inquiry (CC)*, del 21 luglio 2011, disponibile all'indirizzo web <https://www.gov.uk/cma-cases/news-corporation-british-sky-broadcasting-plc-merger-inquiry-cc>.

²⁸⁰ Cfr., decisione della CMA nel caso *Hytera/Sapura*, del 12 maggio 2017, disponibile all'indirizzo web <https://www.gov.uk/cma-cases/hytera-seapura-public-interest-intervention-notice#history>.

²⁸¹ Cfr., decisione dell'OFT nel caso *Lloyds TSB plc / HBOS plc*, del 31 ottobre 2008, disponibile all'indirizzo web <https://www.gov.uk/cma-cases/lloyds-tsb-plc-hbos-plc>.

²⁸² Si vedano C GRAHAM, *Public interest mergers.*, *op. cit.*, e BBC, *What are the issues in Fox's Sky deal?*, disponibile all'indirizzo web <https://www.bbc.com/news/business-40434381>.

Bundeskartellamt abbia prima vietato la concentrazione e che le imprese coinvolte abbiano poi fatto richiesta dell'approvazione ministeriale, i.e. il cd. *Ministererlaubnis*. L'operazione dinnanzi all'Autorità è sottoposta quindi ad una normale analisi di natura tecnica e in cui sono prese in considerazione valutazioni di natura meramente concorrenziale.

La successiva richiesta formulata al Ministero potrà essere accolta solo ove le restrizioni alla concorrenza derivanti dalla concentrazione siano controbilanciate in termini di (i) vantaggi macroeconomici, (ii) superiori interessi pubblici e (iii) rafforzamento della competitività internazionale delle società coinvolte nell'operazione. L'eventuale autorizzazione ministeriale deve essere preceduta da un parere della *Monopolkommission* – un organo indipendente *sui generis* che fornisce consulenze al governo in materia di concorrenza. Il ministro dell'economia ha in ogni caso l'ultima parola e mantiene il potere di disattendere il parere della *Monopolkommission*.

A partire dalla sua introduzione nel sistema tedesco, risalente agli anni settanta, sono state presentate più di venti richieste di autorizzazione ministeriale. Nove di queste sono effettivamente state rilasciate, sei sono state rifiutate, mentre sette sono state ritirate dalle società richiedenti nelle more della procedura, mentre una è tuttora sotto analisi.

Le richieste provengono da imprese attive in settori disparati, come energia, media, ingegneria e sanità. È tuttavia possibile identificare alcuni trend che potrebbero indicare la maggior capacità di alcuni settori o imprese ad influenzare questo particolare procedimento: ad esempio, di 4 richieste provenienti dal settore energetico, tre sono state concesse – tutte peraltro nonostante il parere contrario della *Monopolkommission* –, al contrario in ambito agricolo tutte e tre le richieste formulate sono state rigettate, mentre nel settore *automotive* tutte e due le richieste formulate sono state successivamente ritirate dalle imprese coinvolte.

Il dato forse più interessante ai fini del presente contributo riguarda però il dato aggregato relativo al numero di volte in cui il Ministro si ha disatteso il parere espresso dalla *Monopolkommission*: la commissione ha infatti espresso parere favorevole all'autorizzazione solo 4 volte, mentre il Ministro ha autorizzato ben nove *Ministererlaubnis* – dando così una chiara dimostrazione di come lo strumento si presti a possibili distorsioni e possa venire utilizzato per portare avanti agende di natura meramente politica.

Dei benefici e delle controindicazioni del meccanismo tedesco si è ampiamente dibattuto in

dottrina,²⁸³ ai fini del presente contributo, di particolare rilevanza appare in particolare l'analisi dei nove casi in cui l'autorizzazione ministeriale è stata infine rilasciata.²⁸⁴ Di seguito è quindi proposta una tabella riassuntiva in cui emergono i pareri emessi dalla *Monopolkommisison* e le ragioni che sono state di volta in volta sollevate ai fini dell'autorizzazione da parte del Ministro.

Tab.2 I Ministererlaubnis rilasciati

Caso (anno) – Settore	Parere della Monopolkommission	Ragione dell'autorizzazione
VEBA/Gelsenberg (1974) – Energia	Negativo	Garantire approvvigionamento energetico (autorizzato)
Babcock/Artos (1976) – Ingegneria meccanica	Negativo	Tutela dei posti di lavoro (autorizzato con condizioni)
Thyssen/Hüller-Hille (1977) – Ingegneria meccanica	Positivo – condizionato	Tutelare il know-how aziendale (autorizzato con condizioni)
VEBA/BP (1978/79) – Energia	Negativo	Garantire approvvigionamento energetico (autorizzato con condizioni)
IBH/WIBAU (1981) – Ingegneria	Positivo	Tutela dei posti di lavoro (autorizzato)

²⁸³ Si veda in proposito l'esaustiva rassegna di casi contenuta in O BUDZINSKI, e A STÖHR, *Die Ministererlaubnis als Element der deutschen Wettbewerbsordnung: eine theoretische und empirische Analyse*. ORDO, Vol. 69.

²⁸⁴ Cfr. Per una più ampia disamina degli stessi casi O BUDZINSKI, e A STÖHR, *Public Interest Considerations in European Merger Control Regimes*, Ilmenau University of Technology Review, 2019, disponibile all'indirizzo web <https://ssrn.com/abstract=3439933> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3439933>.

meccanica		
Daimler-Benz/MBB (1989) – Aerospazio	Positivo – condizionato	Prevenire la creazione di un monopolio a beneficio di Boeing (autorizzato con condizioni)
E.ON/Ruhrgas (2002) – Energia	Negativo	Garantire approvvigionamento energetico (autorizzato con condizioni)
Uniklinik Greifswald/KKH Wolgast (2007/08) – Sanità	Positivo	Garantire lo <i>status</i> di clinica universitaria e tutelare la ricerca nell'ambito della medicina comunitaria (autorizzato)
EDEKA/Kaiser's Tengelmann (2015/16) – Grande distribuzione	Negativo	Tutela dell'occupazione (autorizzato con condizioni)

Fra le motivazioni invocate dal Ministero per rilasciare le approvazioni, solo in un caso sembra potersi identificare un interesse pubblico effettivamente non perseguibile attraverso la concorrenza sui mercati nel caso Uniklinik Greifswald/KKH Wolgast.

A prescindere da questa unica eccezione, dall'analisi della casistica tedesca emerge con chiarezza come alcuni tipi di interessi pubblici abbiano una maggiore presa sul Ministero. Si nota inoltre un tratto comune delle argomentazioni che stanno dietro alla quasi totalità delle *Ministererlaubnis* concesse, rappresentato da una formulazione estremamente vaga delle stesse, tali da rendere una verifica *ex post* degli effettivi risultati del provvedimento

estremamente difficile. Alcuni autori²⁸⁵ si sono recentemente cimentati nell'impresa di determinare l'effettivo grado di successo delle operazioni oggetto delle procedure speciali di approvazione, rilevando come solo in pochissimi casi gli obiettivi che ci si proponeva di raggiungere attraverso il *nulla osta* governativo abbiano effettivamente avuto ricadute positive. In particolare, non vi è alcuna evidenza di effetti benefici per tutte quelle operazioni che sono state autorizzate con il dichiarato intento di mantenere determinati livelli occupazionali – che non sono mai stati garantiti e che, come di norma accade per ogni operazione di fusione, si sono infine ridotti.

3.1.4. Una pratica da limitare

L'analisi della casistica proveniente da tre fra le più importanti e consolidate giurisdizioni del quadro europeo porta a concludere che, al di là dell'impostazione dottrinale a cui si intenda aderire nel dibattito fra politica industriale e politica della concorrenza, non sembra potersi validamente argomentare in favore dell'estensione della pratica delle cosiddette eccezioni di interesse pubblico, in quanto del tutto prive di effetti positivi rispetto agli interessi che intenderebbero preservare. Non essendovi riscontri positivi provenienti da giurisdizioni quali quella tedesca – che è ritenuta un'eccellenza in ambito di procedure antitrust e in cui negli anni è anche stata implementata una prassi applicativa consolidata e ben strutturata in materia di *Ministererlaubnis* – non si capisce come si possa ad oggi ipotizzare l'estensione di un meccanismo di tal specie nel più ampio, frammentato e complesso quadro europeo.

Sembrerebbe piuttosto auspicabile una riforma in senso restrittivo di tale strumento, volta ad consentire l'utilizzo di tali clausole in un ridotto numero di casi e in relazione ad interessi pubblici che siano del tutto slegati dalla dinamica concorrenziale – che potrebbe in tutti gli altri casi garantire invece una soddisfazione dell'interesse pubblico maggiore, offrendo inoltre un più alto grado di trasparenza e prevedibilità.

3.2. Interesse pubblico, campioni nazionali e politica industriale nel quadro europeo.

²⁸⁵ O BUDZINSKI, e A STÖHR, *Public Interest Considerations in European Merger Control Regimes*, *op. cit.*, pp. 25-27.

Tesi di dottorato "Tensioni fra politica europea delle concentrazioni e politica industriale degli Stati membri: le eccezioni di interesse pubblico di fronte ai 'nuovi protezionismi'"
di HAUPT RICCARDO

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2020

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

Occorre infine portare l'attenzione sullo stato dell'arte del dibattito oggetto del presente contributo a livello europeo – contesto in cui al momento il rapporto fra politica industriale e politica della concorrenza risulta essere discusso con toni particolarmente accesi. Sebbene non possa al momento potersi scorgere una chiara presa di posizione da parte dei *policy maker* europei, inizia tuttavia ad intravedersi qualche segnale che sembrerebbe indicare la prevalenza della politica industriale. In particolare, in tal senso sembrerebbe deporre la recentissima scelta con cui la neo-presidente della Commissione europea, Ursula Von der Leyen, ha attribuito alla Commissaria alla Concorrenza, Margarethe Vestager, la nuova e importantissima delega all'innovazione digitale. Tale scelta, sembrerebbe dimostrare come all'interno della nuova Commissione europea sia maturata la convinzione di voler contaminare l'enforcement della normativa europea della concorrenza con una delega di natura sostanzialmente industriale, quale quella all'innovazione digitale. La Commissaria Vestager, tuttavia, nel rispondere alle domande sottoposte nel corso delle interrogazioni al Parlamento Europeo, ha ribadito la sua intenzione di tenere le due deleghe rigorosamente separate, in modo tale da preservare le fondamentali prerogative di un'efficace politica della concorrenza.²⁸⁶

Nelle prossime sezioni analizzeremo quindi le vicende che nel corso degli ultimi due anni hanno riportato la questione del ruolo della politica industriale in ambito concorrenziale al centro dell'attenzione di accademici e *policy maker*.

3.2.1. Campioni nazionali ed europei, modernizzazione e crisi industriale: le nuove sfide al centro dell'agenda europea.

Le menzionate tensioni fra politica industriale e politica della concorrenza unite ai sopracitati limiti dell'attuale assetto istituzionale europeo in materia di controllo delle concentrazioni, dopo anni di scarsa attenzione da parte della comunità scientifica e *policy maker*, sono oggi al centro di un dibattito che ha ampiamente valicato i confini dei circoli ristretti degli addetti ai lavori e che riempie prime pagine di giornali, agende delle più

²⁸⁶ Cfr. il report *Answers to the european parliament, questionnaire to the commissioner-designate Margrethe Vestager, Executive Vice-President-designate for a Europe fit for the Digital Age*, disponibile all'indirizzo [web https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20190927RES62423/20190927RES62423.pdf](https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20190927RES62423/20190927RES62423.pdf).

importanti cancellerie europee essendo divenuti a tutti gli effetti dei veri e propri *hot topic* dei forum di discussione politica di Bruxelles.²⁸⁷

La scintilla che ha condotto alla centralità del dibattito in materia di fusioni va fatta risalire a due avvenimenti fra di loro strettamente collegati: la decisione della Commissione Europea di proibire la fusione fra i due colossi europei della produzione di treni veloci – la francese Alstom e la tedesca Siemens – e della pubblicazione . I dettagli di tale decisione e le motivazioni che hanno portato la DG Comp guidata da Margarete Vestager a negare il nulla osta della Commissione saranno esposti nei paragrafi successivi, in questa sezione – al fine di offrire una panoramica esaustiva del clima che attualmente si respira attorno a tali temi – intendiamo piuttosto focalizzarci sull’acceso dibattito che a cavallo fra il 2018 e il 2019 si è scatenato in proposito.

3.2.1. Il manifesto congiunto per la modernizzazione della politica europea della concorrenza: Germania, Francia e Polonia per la creazione di campioni europei.

Nel mese di giugno del 2019, i governi di Francia, Germania e Polonia hanno presentato un documento congiunto con cui sono state avanzate talune proposte volte a modernizzare la politica della concorrenza dell’UE (il ‘Manifesto’).²⁸⁸ Nel corso di un evento pubblico di poco successivo alla pubblicazione del Manifesto tenutosi presso il think-tank *Bruegel*,²⁸⁹ il Ministro dell’Economia francese Bruno Le Maire, ha definito il documento congiunto alla stregua di uno strumento volto a riavviare un dibattito fra Stati Membri e Commissione in merito all’opportunità di ricalibrare il rapporto fra politica industriale e politica concorrenziale attualmente in essere all’interno dell’UE.

Come anticipato in precedenza, il dibattito attorno a tali temi, riaccessosi a seguito del caso Siemens-Alstom,²⁹⁰ trae origine da una serie di altri documenti e dichiarazioni tramite cui

²⁸⁷ In proposito si veda fra gli altri M HEIM, *Modernising European Competition Policy: A Brief Review of Member States’ Proposals*, Bruegel Blogpost, 2019.

²⁸⁸ Il testo completo del Manifesto è disponibile all’indirizzo web https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/modernising-eu-competition-policy.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

²⁸⁹ B LE MAIRE, ‘*The Eurozone Agreement – a mini revolution?*’, discorso pronunciato presso il think-tank *Bruegel* l’8 Luglio 2019. Testo integrale disponibile all’indirizzo web <https://bruegel.org/2019/07/opening-speech-by-bruno-le-maire/>.

²⁹⁰ Decisione della Commissione del 9 febbraio 2019 nel caso Siemens/Alstom M8677 disponibile all’indirizzo web http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-881_en.htm.

alcuni Stati Membri – fra cui in particolare Francia e Germania – hanno iniziato ad esercitare pressioni affinché l’approccio rigido e tecnocratico della Commissione europea in materia di concentrazioni, lasci gradualmente il passo ad una rinnovata politica industriale europea. Fra questi documenti vanno in particolare citate le *Proposte per una politica industriale tedesca con orizzonte 2030*²⁹¹ presentata dal ministro dell’economia tedesco Peter Altmaier in data 5 febbraio 2019 e il cd. Manifesto franco-tedesco per ‘*Una politica industriale europea adatta al ventunesimo secolo*’.²⁹²

La prima considerazione da svolgere, quindi, nella disamina del Manifesto è che esso si colloca in una logica di totale continuità con le posizioni espresse da parte degli alti rappresentanti dei due più influenti governi dell’Unione in materia di rapporti fra politica industriale e politica della concorrenza.

Il primo dato che spicca all’occhio a tale riguardo è che il Manifesto benché dal titolo sembrerebbe dedicato alla modernizzazione della disciplina concorrenziale *tout court*, contiene in realtà proposte che toccano solo aree limitate e si concentra in maniera particolare sulla disciplina delle concentrazioni orizzontali fra imprese. Il documento infatti non tocca in alcun modo alcuni fra i problemi oggi al centro del dibattito internazionale come la teoria degli effetti conglomerati²⁹³ o la collusione per mezzo di algoritmi²⁹⁴ – temi effettivamente ‘moderni’ e dibattuti in tutte le più avanzate giurisdizioni antitrust al mondo. Le proposte elaborate nel Manifesto possono essere ricondotte sostanzialmente a tre macroaree: controllo delle concentrazioni, maggiore influenza degli Stati membri in materia di concorrenza e problemi riconnessi alla gestione delle cd. Big Tech.

Gli obiettivi perseguiti nel documento possono invece essere ridotti a due: accrescere il

²⁹¹ Cfr. ‘*National Industrial Strategy 2030: strategic guidelines for a German and European industrial policy*’ elaborato dal ministero dell’economia Tedesco e disponibile all’indirizzo web https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Industry/national-industry-strategy-2030.pdf?__blob=publicationFile&v=9

²⁹² Cfr. ‘*A Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century*’ elaborato congiuntamente dai ministeri dell’economia tedesco e francese, disponibile all’indirizzo web <https://www.gouvernement.fr/en/a-franco-german-manifesto-for-a-european-industrial-policy-fit-for-the-21st-century>.

²⁹³ Per una ricostruzione di tale dibattito di vedano M BOURREAU, A DE STREEL, ‘*Digital Conglomerates and EU Competition policy*’. Disponibile all’indirizzo web https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3350512.

²⁹⁴ In proposito si veda il contributo di A EZRACHI, M STUCKE, ‘*Artificial intelligence & collusion: When computers inhibit competition*’, University of Illinois Law Review, 2017, 1775.

potenziale industriale europeo diminuendo per contro il raggio di manovra di compagnie direttamente o indirettamente ricollegate a governi stranieri e garantire un supporto politico alla regolazione delle Big Tech.

A) La modernizzazione del controllo delle concentrazioni.

Questa prima sezione del Manifesto rappresenta in maniera evidente una reazione dei governi firmatari al divieto della fusione fra Siemens e Alstom. Facendo eco alle parole pronunciate dai ministri francesi e tedeschi a valle della decisione della Commissione, viene rinnovato l'invito a modificare le linee guida in tema di controllo delle concentrazioni orizzontali e di definizione del mercato rilevante, nel segno di una maggiore flessibilità da riconoscersi nei confronti delle operazioni sviluppate da imprese europee. A più riprese viene sottolineato come la Commissione dovrebbe tenere in maggiore considerazione la concorrenza a livello globale e in particolare gli *outlook* di mercato di lungo periodo e il potenziale di crescita di imprese straniere. Benché nel Manifesto non si parli esplicitamente di campioni europei, la posizione espressa da Le Maire è chiarissima laddove sostiene che *'la politica della concorrenza è uno strumento vitale per permettere alle compagnie europee di crescere e diventare leader a livello globale.'*

Come abbiamo visto nei capitoli precedenti, un approccio di tal specie alla dinamica concorrenziale non può che far storcere più di qualche naso agli esperti di organizzazione industriale e *competition economics*: non vi è dubbio infatti sulla circostanza che da una tale politica deriverebbe la promozione degli interessi di talune società selezionate su base arbitraria, piuttosto che di quelli di interi mercati.²⁹⁵ In sostanza, non si capisce come la Commissione Europea rispondendo alle pressioni dei governi nazionali potrebbe essere in grado di modificare le regole in materia di concentrazioni senza allo stesso tempo favorire il consolidamento delle più grandi imprese europee – come ad esempio sono Siemens e Alstom nel mercato europeo della produzione di treni.

Nel Manifesto viene inoltre richiesto alla Commissione Europea di predisporre delle linee guida che consentano di promuovere *joint venture* fra imprese europee così da accrescere

²⁹⁵ Si veda in proposito il contributo di G PETROPOULOS, *'How should the relationship between competition policy and industrial policy evolve in the European Union?'*, Bruegel Policy Brief, 2019, disponibile all'indirizzo web <https://bruegel.org/2019/07/how-should-the-relationship-between-competition-policy-and-industrial-policy-evolve-in-the-european-union/>.

la competitività internazionale delle nostre imprese. Benché le *joint venture* rappresentino un'alternativa sotto vari aspetti meno onerosa e pericolosa per i consumatori rispetto al consolidamento strutturale delle imprese derivante dalle fusioni, come osservato da alcuni autorevoli studiosi,²⁹⁶ il potenziale anticompetitivo di tali accordi va comunque tenuto sotto stretta osservazione giacché in mercati altamente concentrati – come ancora risultano essere molti fra i più significativi mercati europei²⁹⁷ – da accordi di *joint venture* possono essere sensibilmente innalzati gli incentivi per le imprese a colludere.

Risulta di particolare interesse, soprattutto alla luce delle considerazioni svolte in precedenza sul tema delle efficienze interpretate quali potenziali antidoti alla politicizzazione dell'antitrust, la sezione del documento in cui i governi promotori dell'iniziativa riformatrice richiamano, in maniera controintuitiva, la Commissione affinché tenga in maggiore considerazione le efficienze nella valutazione delle concentrazioni. In particolare, il documento suggerisce che vengano redatte specifiche linee guida al fine di sviluppare il range di efficienze che possono essere tenute in considerazione nell'analisi degli effetti di una fusione. L'idea sottesa a detta proposta sembrerebbe essere quella di estendere significativamente il concetto di efficienza rinvenibile nelle *Horizontal Merger Guidelines* del 2004. A tale riguardo il Manifesto propone di affiancare al ruolo tipicamente svolto dalle parti della concentrazione anche quello degli Stati membri coinvolti, i quali, in sede di Comitato Consultivo, dovrebbero poter condurre delle autonome valutazioni circa le efficienze 'di sistema' derivanti dalla concentrazione in esame.

Sempre in materia di modernizzazione del controllo di fusione, il Manifesto mira a adattare la disciplina europea alle 'nuove realtà economiche' che sempre più spesso si affacciano sui mercati europei. In particolare, con tale proposta si propone di tenere in conto nella analisi di un'operazione di concentrazione la circostanza che l'acquirente straniero sia controllato o comunque finanziato da un governo straniero. La proposta – il cui obiettivo

²⁹⁶ Cfr. CHENG, THOMAS K. and KWOK, Kelvin Hiu Fai, A Neglected Theory of Harm: Joint Ventures as Facilitators of Collusion Across Markets (October 1, 2017). 5 *Journal of Antitrust Enforcement* 434, 2017; University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2019/015. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3325153> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3325153>.

²⁹⁷ In proposito si veda la dettagliata analisi del alto livello di concentrazione di alcuni fra i più significativi mercati europei realizzata a poca distanza dalla decisione della Commissione nel caso Siemens Alstom, cfr. O GUINEA, F ERIXON, '*Standing Up for Competition: Market Concentration, Regulation, and Europe's Quest for a New Industrial Policy*', ECIPE Occasional Papers, March 2019.

sono evidentemente le imprese cinesi che sempre più spesso nel corso degli ultimi anni hanno acquisito il controllo di società europee – mira a far rientrare nella valutazione compiuta da parte della Commissione anche considerazioni di natura geopolitica riferendosi in particolare a quei casi in cui acquisizioni di imprese europee rientrino all'interno di più ampie strategie volte a modificare gli assetti di potere globale – anche in questo caso, benché non esplicitamente citata, sembra palese il riferimento alla *Belt and Road Initiative* cinese, nell'ambito della quale nel corso dell'ultimo triennio sono state concluse mastodontiche transazioni di natura evidentemente geopolitica (su tutte, basti pensare all'acquisizione della quota di maggioranza del porto del Pireo – il secondo porto commerciale del mediterraneo – da parte della compagnia cinese Cosco²⁹⁸). A tale proposito il Manifesto sottolinea anche l'importanza delle soglie per le notificazioni delle concentrazioni laddove ad essere coinvolta sia una impresa controllata da un governo straniero.²⁹⁹

B) Maggiore influenza politica nel controllo delle concentrazioni.

Un secondo filone di proposte contenute nel Manifesto si sostanzia in un'esplicita richiesta di aumentare il peso degli Stati Membri tanto nel processo di *rule-making*, quanto in quello di *decision-making* dell'UE in ambito concorrenziale.

Di particolare interesse ai nostri fini risulta essere il paragrafo in cui si suggerisce di inserire nel processo di modernizzazione del controllo di fusione anche la nozione di '*protezione di interessi strategici comuni europei*'. Questa nozione è del tutto inedita nel quadro del diritto europeo della concorrenza e non risulta in alcun modo definita o dettagliata nel resto del Manifesto. Tuttavia, tale termine, apparentemente vuoto e dai confini elastici, può essere interpretato alla luce delle altre proposte che prevedono l'incremento del peso degli Stati membri nel quadro dell'antitrust europeo. Nel Manifesto si suggerisce infatti di istituire un

²⁹⁸ Cfr. <https://www.reuters.com/article/greece-privatisation-port/chinas-cosco-acquires-51-pct-stake-in-greeces-piraeus-port-idUSL8N1AR252>

²⁹⁹ In proposito sembra utile rifarsi ad un caso emblematico quale quello dell'acquisizione franco-cinese di talune centrali nucleari britanniche (caso EDF/CGN/NNB, COMP/M.7850, (2016)). In tale occasione, infatti, la Commissione nel valutare l'assetto proprietario delle China General Nuclear Power ha dedotto che la agenzia ministeriale titolare della maggioranza delle azioni controllava, oltre a CGN, anche altre diverse imprese cinesi operanti nel medesimo settore. In tal modo la Commissione è stata in grado di considerare il fatturato di tutte le imprese controllate dall'agenzia statale cinese nella valutazione circa la necessità di una notifica ai sensi del Regolamento.

nuovo *Consiglio per la Competitività* in cui discutere di politica delle fusioni su base regolare *‘così da poter fornire input alla Commissione in merito alle strategie da adottare per garantire la competitività dei settori industriali europei’*. Sulla stessa linea si muove la proposta con cui si suggerisce di attribuire ai Direttori Generali per la concorrenza dei Ministeri nazionali il potere di fornire le indicazioni in merito alle strategie che la Commissione dovrebbe seguire nel portare avanti la politica europea in materia di concentrazioni. Da questo ragionamento si potrebbe dedurre che *‘l’interesse strategico comune europeo’* coincida in realtà con *‘la competitività delle industrie europee’* – concetto i cui limiti e rischi applicativi sono già stati trattati in precedenza.

La più netta svolta che il Manifesto si propone di imprimere in fatto di influenza degli Stati membri sulla politica europea della concorrenza è ricollegata all’idea di potenziare le funzioni in materia di concentrazioni del Comitato Consultivo degli Stati membri. Il ruolo attribuito oggi a tale organo risulta sostanzialmente di natura formale mentre, nelle intenzioni dei governi proponenti, sarebbe opportuno rivitalizzarne le funzioni per garantire una maggiore influenza degli Stati membri nel processo decisionale in materia di fusioni. Il Manifesto si spinge oltre e suggerisce che il Comitato Consultivo possa estendere l’ambito delle proprie valutazioni anche al di là degli effetti anticoncorrenziali della singola operazione, potendo piuttosto prendere in considerazione anche aspetti ulteriori legati alla competitività industriale dei settori coinvolti nelle operazioni.

C) *Big Tech*

In conclusione, il Manifesto tratta il tema delle grandi società in campo tecnologico. Il punto di partenza delle proposte avanzate da Francia Germania e Polonia a questo riguardo è quello dell’attuale fase di tensione per l’UE schiacciata da occidente a causa del crescente strapotere delle compagnie della silicon valley e da oriente dove i colossi cinesi stanno crescendo di anno in anno in maniera esponenziale, affacciandosi sempre più di frequente sui mercati europei. Nonostante nel Manifesto sia contenuta una proposta riguardante le cosiddette *‘acquisizioni predatorie’* in ambito *tech*, che dovrebbero essere *‘scrutate’* con un’attenzione particolare, questa sezione del Manifesto non si concentra sul controllo delle concentrazioni. Piuttosto, viene invocata a gran voce una stretta regolatoria sulle

piattaforme tecnologiche. Il documento a tale riguardo si riferisce più precisamente agli ‘attori sistemici’ del settore ‘Big Tech’ che dovrebbero essere ‘scrutinati’ da vicino data la ‘particolare responsabilita’ di tali attori.

Ancora una volta il registro linguistico utilizzato nel Manifesto risulta approssimativo e del tutto estraneo al tipico linguaggio usato in ambito antitrust, adottando termini vaghi e potenzialmente intepretabili in molti modi.

In primis, il termine *Big Tech* rimane sostanzialmente indefinito da parte degli autori del Manifesto. A ciò si aggiunga che il termine ‘attori sistemici’ non coincide, ne tantomeno appare equivalente, a quello di ‘*piattaforme digitali dominanti*’ utilizzato nell’ambito del cd. ‘*Expert Report on the Digital Era*’³⁰⁰ fatto predisporre dalla Commissaria Vestager nel corso della scorsa legislatura europea, ricchissima di grandi sfide in ambito tecnologico.

Per quanto concerne il concetto di ‘particolare responsabilita’ utilizzato nel Manifesto, esso potrebbe da un lato essere riconnesso al concetto di ‘speciale responsabilita’ tradizionalmente utilizzato nel trattare casi di abuso di posizione dominante, per altro verso però esso potrebbe anche rifarsi ad una ampia quanto indefinita nozione di natura regolatoria.

Come sottolineato in apertura di paragrafo, la sezione ‘Big Tech’ è sensibilmente differente da quella relativa al controllo delle concentrazioni in quanto quest’ultima appare maggiormente rivolta ad affrontare una dinamica geopolitica che sta mettendo a rischio la tenuta dell’industria europea anche a causa di particolari interessi strategici di taluni governi stranieri. Discorso diverso invece viene fatto per il Big Tech, laddove il focus della discussione risulta meno impregnato di considerazioni geopolitiche e incentrato piuttosto su una sfida regolatoria *vis a vis* degli operatori commerciali sempre più in grado di porre enormi sfide ai nostri mercati e, in ultima istanza, alle nostre democrazie.

La vaghezza dei termini utilizzati nel Manifesto può tuttavia spiegarsi alla luce del fatto che il documento congiunto dei tre governi è stato presentato in concomitanza con la preparazione da parte delle Commissione – su richiesta del Consiglio³⁰¹ – di una strategia

³⁰⁰ Disponibile all’indirizzo <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf> web

³⁰¹ Si vedano le conclusioni della riunione del Consiglio del 21 e 22 marzo 2019 disponibili all’indirizzo web <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-1-2019-INIT/en/pdf>.

europea industriale a lungo termine.

Alla luce di tale circostanza, l'assenza di un linguaggio tecnico può spiegarsi con il fatto che gli Stati membri si sono limitati a fornire mere indicazioni programmatiche alla Commissione, che poi i funzionari competenti dovrebbero successivamente rielaborare. Inoltre, il documento può essere interpretato anche come una missiva indirizzata ad altri Stati membri – la cui adesione al processo riformatore sarebbe in ogni caso imprescindibile – come peraltro affermato in più occasioni dagli stessi ministri Le Maire e Altmaier.

3.3. Nuovi problemi, vecchie soluzioni: *'make eu merger control pure again.'*

Il caso Siemens/Alstom e il Manifesto Franco-tedesco, uniti all'attuale clima politico che vede l'Unione Europea finalmente soggetta a forti pressioni riformatrici sull'onda lunga delle tensioni commerciali fra Usa e Cina, vedono oggi anche la DG Comp al centro di un dibattito che rischia di condurre a significativi passi indietro nella politica di controllo delle concentrazioni.

Le richieste che sono state formulate nel Manifesto, richiamano infatti gli schemi già visti ed analizzati in relazione ai casi nazionali sopra riportati, aumentati di portata che da quella nazionale passerebbe ad europea. La promozione della competitività internazionale delle imprese, a cui si riferisce il Manifesto e che già era presente in tutti cataloghi nazionali di eccezioni di interesse pubblico, implicherebbe sostanzialmente una politica di sostegno volta alla creazione di Campioni Europei che comporterebbe un sostanziale *trade-off* con un'effettiva politica concorrenziale sul Mercato Unico. La logica sottostante, come visto, sarebbe quella di consentire a società già dotate di significativo potere di mercato sui mercati europei, di utilizzare i propri extra profitti – guadagnati a discapito di clienti e consumatori – per incrementare la propria competitività internazionale. La fallacia di tale ragionamento riguarda proprio questo passaggio logico: la dottrina ha infatti ampiamente dimostrato come le imprese che godano di una qualche forma di protezione dalla libera concorrenza su un mercato domestico tendano piuttosto a concentrare il proprio potere di mercato e a impostare ingenti campagne di lobbying volte ad estendere e/o proteggere le proprie rendite di posizione.³⁰²

³⁰² Si vedano in proposito i lavori di O GUINEA, F ERIXON, *'Standing Up for Competition: Market Concentration, Regulation, and Europe's Quest for a New Industrial Policy'*, ECIPE Occasional

Il peccato originario dell'impostazione che adottata dai governi firmatari del Manifesto, risiede nel fatto che gli interessi pubblici a cui fanno riferimento sono strettamente di per sé ricollegati ad un efficace funzionamento del mercato interno, funzionamento che potrà essere garantito solo attraverso un'ulteriore spinta nella direzione di mercati più concorrenziali e dell'abbattimento di barriere regolatorie e commerciali fra Stati Membri.

L'intervento regolatorio in materia di clausole di interesse pubblico nel controllo delle concentrazioni in Europa che potrebbe essere invece auspicabile, riguarderebbe piuttosto la definizione di un nuovo standard europeo per la valutazione di concentrazioni che contemplino l'eventuale lesione di interessi pubblici non altrimenti preservabili attraverso il normale processo competitivo (e.g., sicurezza nazionale, salute pubblica).

Ponendoci dunque in netto contrasto con quella che è la tendenza attuale che vorrebbe allargare il ruolo delle considerazioni di interesse pubblico all'interno dell'antitrust europeo – il cui prossimo tavolino di prova sarà il caso Fincantieri/STX in relazione al quale la Commissione ha recentemente annunciato l'apertura di un'istruttoria³⁰³ –, in conclusione si avvanzerà una proposta volta piuttosto a restringere l'ambito applicativo delle clausole oggetto del presente contributo, in modo tale da garantire appropriate garanzie procedurali e prevenire abusi di natura prettamente politica dell'istituto.

a) L'istituzione deputata al controllo delle concentrazioni di interesse pubblico.

Se il Manifesto propone di attribuire al Consiglio – e quindi ad un organo politico – il controllo delle concentrazioni che vadano ad impattare su interessi pubblici ulteriori, la presente proposta suggerisce piuttosto di dotare di tale sensibilissima funzione un organismo che faccia della propria indipendenza dalla politica e dagli interessi privati un carattere essenziale. A questo proposito anche la stessa Commissione non parrebbe dotata di sufficiente indipendenza, data l'influenza che, come si è illustrato nel secondo capitolo,

Papers, 2019, F JENNY, D NEVEN, *Competition policy in the aftermath of the Siemens/Alstom prohibition: An agenda for the new Commission*. Concurrences, N° 2-2019, pagg. 2-5, M MOTTA et al., *Open letter on European Champions: More, not less, competition is needed in Europe*, Competition Policy International, 2019, disponibile all'indirizzo web <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/02/Open-letter-on-European-champions-with-signatures.pdf>, J ZETTELMAYER, *The Return of Economic Nationalism in Germany*, 2019, PIIE Policy Brief 19-4.

³⁰³ Cfr. European Commission, Press release – *Mergers: Commission opens in-depth investigation into proposed acquisition of Chantiers de l'Atlantique by Fincantieri*, Brussels, 30 October 2019.

al ricorrere di talune condizioni ancora può giocare il collegio dei Commissari. Sembrerebbero dunque presentarsi due opzioni: la prima si ispira al modello tedesco e prevede l'istituzione di un ente a sé (sulla falsa riga della *Monopolkommission*) che si attiverebbe unicamente nei casi in cui le parti, i governi nazionali o dei terzi ritengano che una determinata decisione della Commissione – adottata sulla base di valutazioni meramente concorrenziali – possa avere ricadute negative su un dato interesse pubblico. La seconda opzione sarebbe invece quella di dare il potere di esprimersi su tali particolari decisioni ad un'apposita sezione della Corte di Giustizia europea – organo della cui indipendenza difficilmente può dubitarsi, ma che presenta la controindicazione di assumere decisioni con tempistiche non adeguate rispetto al fenomeno delle concentrazioni.

b) La procedura: identificazione dell'interesse pubblico e bilanciamento con la concorrenza sui mercati.

La procedura da seguirsi – svolta in una fase rigorosamente successiva e separata rispetto a quella di analisi delle ricadute concorrenziali della concentrazione – dovrebbe muovere dall'iniziale identificazione di un interesse pubblico di natura sociale (i.e., non prettamente economico). Occorrerà poi che vi sia evidenza di un effettivo *trade-off* fra tale interesse pubblico e quello alla libera concorrenza. A ciò si aggiunga la necessità di dimostrare che tale obiettivo possa essere perseguito più efficacemente attraverso il compimento o il blocco di una concentrazione altrimenti ritenuta concorrenziale o anticoncorrenziale. Infine, l'organo preposto alla valutazione di tali concentrazioni dovrebbe bilanciare il costo sociale derivante dall'indebolimento della concorrenza sul mercato (in caso di autorizzazione) o delle mancate efficienze (in caso di divieto) con i benefici derivanti dalla tutela dell'interesse pubblico protetto.

BIBLIOGRAFIA

Akins, B.; Li, L.; Ng, J. & Rusticus, T. O. (2016), *Bank Competition and Financial Stability: Evidence from the Financial Crisis.*, Journal of Financial and Quantitative Analysis, Vol. 51(1), pp. 1-28.

Aktas, N. et al. (2011), *Market Reactions to European Merger Regulation: A Re-examination of the Protectionism Hypothesis*, published on: DOI: 10.2139/ssrn.1961188.

Almunia, J., (2010), *Competition and consumers: the future of EU competition policy*, discorso tenuto in occasione del European Competition Day, Madrid, 12 Maggio 2010.

Amato, G., (1997) *Antitrust and the bounds of power: the dilemma of liberal democracy in the history of the market.* Hart Publishing.

Anderson, D. and Ward, S. (2015), 'EU merger control', published on: <http://uk.practicallaw.com/2-501-9611>

Anderson, S. P. & McLaren, J. (2012), Media Mergers and Bias with Rational Consumers. Journal of the European Economic Association, Vol. 10(4), pp. 831-859.

Areeda, P., Hovenkamp, H., Turner, W. (2015) *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application* 111d (4th ed.), Aspen Law & Business, p. 21.

Arnaudo, L., *Procedura in tema di concentrazioni*, in (A Frignani S Bariatti, 'Disciplina delle concorrenza nella UE', CEDAM, 2012,

Arrow, K. (1962) *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention* in *Essays in the theory of riskbearing* 144, 157 (3d ed. 1976).

Autor, D., Dorn, D., Katz, L. F., Patterson, C. & Van Reenen, J. (2017), Concentrating on the Fall of the Labor Share. American Economic Review, Vol. 107(5), pp. 180- 185.

Autorité de la Concurrence (2018), Q&A on the Cofigeo case, URL: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/questions_reponses_final.pdf.

Autorité de la Concurrence (2018b), Press Release 14 June 2018: Acquisition of William Saurin – reaction of the Autorité after the Minister of Economy's decision, URL: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=684&id_articled=3192&lang=en.

Baer, B. (2015), *Cooperation, Convergence, and the Challenges Ahead in Competition Enforcement*, Assistant Attorney General Bill Baer Delivers Remarks at the Ninth Annual Global Antitrust Enforcement Symposium Washington, DC United States

Balkin, J., Mbikiwa, M. (2014), *South Africa: Have The Competition Authorities Correctly Applied The Public Interest Test In The Competition Act?*.

Banda, F., Robb, G., Roberts, S. (2015), *Review Paper Two: The Links Between Competition Policy, Regulatory Policy and Trade and Industrial Policies*, CCRED, Working Paper 5/2015, p 1–31.

Barber, L., (1993) *Opposition Mounts to Widening Brussels' Merger Role'*, Financial Times, 1 marzo 1993.

Barbier de la Serre, E. (2006), *Accelerated and Expedited Procedures before the EC Court: A Review*. Common Market Law Review, Vol. 43(3), pp. 783-815.

BBC (2018), *What are the issues in Fox's Sky deal?*, URL: <https://www.bbc.com/news/business-40434381> (accessed May 16, 2019).

Berry, M. N. (2012), *New Zealand Antitrust: Some Reflections on the First Twenty-Five Years*, published on: http://www.luc.edu/media/lucedu/law/centers/antitrust/pdfs/publications/workingpapers/berry_nove_mber_12.pdf

Bien, F. (2016), *Die Berücksichtigung nichtwettbewerblicher Aspekte in der Fusionskontrolle – Gibt es Alternativen zur Ministererlaubnis?* NZKart, Vol. 4(10), pp. 445-446.

Blair, R. D and Sokol, D. D. (2013), *Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement*, 81 Fordham L. Rev. 2497, published on <http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/360>.

Bloomberg (2010), *Canada Blocks BHP's \$40 Billion Bid for Potash Corp.*

BMWi (1974), „VEBA/Gelsenberg“, Erlaubnis eines Zusammenschlusses zur Sicherung der Energieversorgung, Verfügung des Bundeswirtschaftsministers vom 1. Februar 1974. WuW, Vol. 24, pp. 343-344. Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=3439933> 30

BMWi (1989), „Daimler-Benz/MBB“, *Ministererlaubnis eines Zusammenschlusses mit erheblichen Auswirkungen auf Märkte für Rüstungsgüter*, Verfügung des Bundeswirtschaftsministers vom 6. September 1989. WuW, Vol. 39, pp. 947-962.

BMWi (2002), „E.ON/Ruhrgas“, *Ministererlaubnis unter Auflagen*, Verfügung des Bundeswirtschaftsministers vom 5. August 2002. WuW, Vol. 52, pp. 751-776.

BMWi (2009), „Uniklinikum Greifswald/KKH Wolgast“, *Wissenschaftliche Bedeutung als Gemeinwohlgrund*, Verfügung des Bundeswirtschaftsministers vom 17. April 2008. WuW, Vol. 59, pp. 683-696.

BMWi (2016), Verfügung in dem Verwaltungsverfahren Edeka/Kaiser's Tengelmann, Gesch.-Z.: I B 2 – 22 08 50/01.

BMWi (2019), *Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century*, URL: https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Downloads/F/francogerman-manifesto-for-a-european-industrialpolicy.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (accessed April 3, 2019).

Bork, B., (1967) *The Goals of Antitrust Policy*, American Economic Review 57, Papers and Proceedings, 242–253.

Bos, P., (1992), 'Concentration control in the European community', Graham and Trotman, London, pp. 10-13.

Botta, M. (2011), *Merger Control Regimes in Emerging Economies: A Case Study on Brazil and Argentina*, Kluwer Law International DAF/COMP/WP3(2016)3 27.

Bourreau, M., De Streeck, A., (2018) *Digital Conglomerates and EU Competition policy*. Disponibile all'indirizzo web https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3350512.

Brandenburger, R., Jones, M. (2014), *Protectionism or Legitimate National Interest? A European Perspective on the Review of Corporate Acquisitions by Foreign Purchasers*, CPI Antitrust Chronicle Oct 2014.

Buchanan, J. Tollison, R. (1984) *The Theory of public choice—II*. University of Michigan Press, Ann Arbor

Buchanan, J. (1986) *Liberty Market and State*, New York State University Press, New York.

Buchanan, J. Tucson R., (1962) *The calculus of consent*, University of Michigan Press, Ann Arbor.

Budzinski, O. & Christiansen, A. (2005), *Competence Allocation in EU Competition Policy as an Interest-Driven Process*. Journal of Public Policy, Vol. 25(3), pp. 313- 337.

Budzinski, O. & Stöhr, A. (2019), *Die Ministererlaubnis als Element der deutschen Wettbewerbsordnung: eine theoretische und empirische Analyse*. ORDO, Vol. 69, in print.

Budzinski, O. & Stöhr, A. (2019), *Ministererlaubnis für die Fusion Miba/Zollern: Europäische Champions statt Wettbewerb?* Wirtschaftsdienst, Vol. 99(7), pp. 505-510.

Budzinski, O. (2006), *An Economic Perspective on the Jurisdictional Reform of the European Merger Control System*. European Competition Journal, Vol. 2(1), pp. 119-140. Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=3439933> 31

Budzinski, O. (2010), *An Institutional Analysis of the Enforcement Problems in Merger Control*. European Competition Journal, Vol. 6(2), pp. 445-474.

Bundeskanzleramt (2019), *Medienfusionskontrolle*, URL: <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/-/medienfusionskontrolle> (accessed April 17, 2019).

Buthelezi, Z. and Njisane, Y. (2015), *The incorporation of public interest considerations during the assessment of prohibited conduct: a juggling act*, published on: http://www.cresse.info/uploadfiles/2015_pa13_p3.pdf

Capobianco, A. and Nagy, A. (2015), *Public Interest Clauses in Developing Countries*, Journal of European Competition Law & Practice, 2015 7 (1), p 46-51.

Capobianco, A., Davies, J., Ennis, S. (2016), *Implications of Globalisation for Competition Policy: The Need for International Cooperation in Merger and Cartel Enforcement*, E15

Expert Group on Competition Policy and the Trade System, published at: <http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Competition-Capobianco-Davies-EnnisFINAL4.pdf>

Carlton, D. W. (2007), *Does Antitrust Need To Be Modernized?*, 21 J. Econ. Persp. 155

Cheng, T., Lianos, I., Sokol, D. D. (2014), *Competition and the State*, Stanford University Press

Chirita, A. D. (2016), *The Impact of Economic Efficiency on Employment: A Case Study of Mergers & Acquisitions*, Discussion Paper, Durham University 2016.

Chisholm, A. & Jung, N. (2014), *The Public Interest and Competition-Based Scrutiny of Mergers: Lessons from the Evolution of Merger Control in the United Kingdom*. CPI Antitrust Chronicle, October 2014.

Chisholm, A. (2014), *Speech given by CMA Chief Executive, Alex Chisholm, at the Fordham Competition Law Institute Annual Conference*. URL: <https://www.gov.uk/government/speeches/alexchisholm-speaks-about-public-interest-and-competition-based-merger-control>

Chisholm, A. and Jung, N. (2014), *The public interest and Competition-based Scrutiny of Mergers: Lessons from the Evolution of Merger Control in the United Kingdom*, CPI Antitrust Chronicle

Clarich, M. (2010) *L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato come autorità pubblica indipendente* in C RABITTI BEDOGNI e P BARUCCI *'Venti anni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato'*, Giappichelli.

Claudia, D. (2012), *The Financial crisis and the role of competition authority in banking sector*, European Journal of Science and Theology, Vol.8, Supplement 1, p 53 – 63

Cleary Gottlieb (2018), *Alert Memorandum – UK Introduces New Thresholds for National Security Mergers*, <https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/alertmemos-2018/uk-introduces-new-thresholds-for-national-security-mergerspdf.pdf> (accessed May 13, 2019). Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=3439933> 32

Coase, R. H. (1974), *The Market for Goods and the Market for Ideas*. American Economic Review, Vol. 64(2), pp. 384-391

Comanor W., Smiley, R. H. (1975) *Monopoly and the Distribution of Wealth.* *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 89, no. 2, pp. 177–194.

Conyon, M. J.; Girma, S.; Thompson, S. & Wright, P.W. (2002), *The Impact of Mergers and Acquisitions on Company Employment in the United Kingdom*. European Economic Review, Vol. 46(1), pp. 31-49.

Correa, P. and Aguiar, F. (2002), *Merger Control in Developing Countries: Lessons from the Brazilian experience*, UNCTAD conference, New York and Geneva

Cseres, K. J. (2007), *The Controversies of the Consumer Welfare Standard*, The Competition Law Review, Volume 3, Issue 2, p 121-173

- D'alberti M (2010) *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'ALBERTI e A PAJNO (a cura di) *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010, Il Mulino, p. 11 ss.,
- Davies, J. and Thiemann, A. (2015), *Competition Law and Policy: Drivers of Economic Growth and Development*, OECD Coherence for Development
- Davis D., (2016) *The Walmart merger – implications for competition law in developing countries*, URL: http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/DavisTheWalmartMerger.pdf.
- Day, J. (2014), *Foreign investments into the EU: demystifying national protectionism*, published on: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=8eb74217-6890-4be2-bfac-d4e05d8cecb8>
- Dentons (2018), *Competition Newsletter August 2018*, URL: <https://www.dentons.com/en/pdf-pages/generatelistingpagepdf?isPdf=true&ItemId=ubZ35SKD3ZNdhvCRXetaOe/oA8iULfZgg65fQXJVce7pTCIbiwHOIw==> (accessed April 16, 2019).
- Downes T, Ellison J., (1991) *The legal control of mergers in the European communities* Blackstone Press..
- Elzinga, K. G. (1977), *The Goals of Antitrust: Other Than Competition and Efficiency, What Else Counts?*, 125 U. PA. L. REV. 1191
- European Commission (2019), *Press Release – Mergers: Commission prohibits Siemen's proposed acquisition of Alstom*, URL: https://europa.eu/rapid/pressrelease_IP-19-881_en.htm (accessed August 13, 2019).
- Ezrachi, A., Stucke, M., (2017) *Artificial intelligence & collusion: When computers inhibit competition*, University of Illinois Law Review, 2017, 1775.
- Farrell, J. and Katz, M. L. (2006), *The Economics of Welfare Standards in Antitrust*, 2 Competition Policy International 3 DAF/COMP/WP3(2016)3 28
- First, H. and Fox, E.M. (2015), *Philadelphia National Bank, Globalization and the Public Interest*, New York University Law and Economics Working Papers, p 405.
- First, H., (2018) *Woodstock Antitrust*, CPI Antitrust Chronicle, April 2018; NYU Law and Economics Research Paper No. 18-24.
- First, H., Waller, S. (2013) *Antitrust's Democracy Deficit* Fordham Law Review, Vol. 81; NYU Law and Economics Research Paper No. 13-05; Loyola University Chicago School of Law Research Paper No. 2013-008.
- Fox E.M. (2013), *Against Goals*, 81 Fordham Law Review, 2157.
- Furse, M. (2008), *Competition Law of the EC and UK*, Oxford University Press, (6th ed.)
- Gal, M.S. and Fox, E. M. (2014), *Drafting competition law for developing jurisdictions: learning from experience*, New York University Law and Economics Working Papers. Paper 374. Published on: http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/374.

Gentzkow, M. & Shapiro, J. (2006), *Media Bias and Reputation*. Journal of Political Economy, Vol. 114(2), pp. 280-316.

Gentzkow, M. & Shapiro, J. (2008), *Competition and Truth in the Market for News*. Journal of Economic Perspectives, Vol. 22(2), pp. 133-154

Geradin, D. and Girgenson, I. (2011), *Industrial policy and European Merger Control – A reassessment*, TILEC Discussion paper No. 2011 – 053.

Ghezzi, F. (2017) *La proposta di direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, in Rivista italiana di diritto pubblico e comunitario.

Ghezzi, F., Botta, M., (2018) *Standard di valutazione, interessi nazionali ed operazioni di concentrazione in Europea e negli Stati membri, tra spinte centrifughe ed effetti di spill-over*, in Rivista delle società, Giuffrè, pp.35-46.

Ginsburg, D. (2010) *Originalism and Economic Analysis: Two Case Studies of Consistency and Coherence in Supreme Court Decision Making*, 33 HARVARD JOURNAL OF LAW AND PUBLIC POLICY 217, 217.

Goetz, M. R. (2018), *Competition and bank stability*. Journal of Financial Intermediation, Vol. 35(A), pp. 57-69.

Graham, C. (2013), *Public Interest Mergers*. European Competition Journal, Vol. 9(2), pp. 383-406.

Gugler, K. & Yurtoglu, B. B. (2004). *The Effects of Mergers on Company Employment in the USA and Europe*. International Journal of Industrial Organization, Vol. 22(4), pp. 481-502.

Guinea O., Erixon F (2019) *Standing Up for Competition: Market Concentration, Regulation, and Europe's Quest for a New Industrial Policy*, ECIPE Occasional Papers.

Harbour, P., J. (2005), *Developments in Competition Law in the European Union and the United States: Harmony and Conflict*, NYSBA International Law and Practice Section, Fall meeting

Harker, M. (2011), *Antitrust Law and Administrability: Consumer versus Total Welfare*, 34 World Competition, Issue 3, p 433–447

Harrison, D. and Mordaunt, A. (2012), *Mergers in the energy sector: An overview of EU and national case law*, e-Competitions | N° 49024 Hockey (29 November 2013), 'Foreign investment application: Archer Daniels Midland Company's proposed acquisition of GrainCorp Limited'

Heim M., (2019) *Modernising European Competition Policy: A Brief Review of Member States' Proposals*, Bruegel Blogpost.

Heim, M., Midoes C., (2019) *European champion-ships: industrial champions and competition policy*, Bruegel blogpost, URL: <https://bruegel.org/2019/07/european-champion-ships-industrial-champions-and-competition-policy/>.

Hodge, J., Goga, S., Moahloli, T. (2009), *Public interest provisions in the South African Competition Act – A critical review*, Competition Policy, Law and Economics Conference 2009.

Hovenkamp, H. (2011), *Harm to Competition under the 2010 Horizontal Merger Guidelines*, 39 Review of Industrial Organization 3.

Hovenkamp, H. (2016), *Roger Blair and the Goals of Antitrust*, The Antitrust Bulletin, Vol 61, Issue 3, pp. 382 – 392.

Hovenkamp, H. J. (2013), *Implementing Antitrust's Welfare Goals*, U Iowa Legal Studies Research Paper No. 12-39. Published on: <http://ssrn.com/abstract=2154499> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2154499>

Jenny, F. & Neven, D. (2019), *Competition policy in the aftermath of the Siemens/Alstom prohibition: An agenda for the new Commission*. Concurrences, N° 2-2019, pp. 2-5. Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=3439933> 33

Jenny, F. (2015), *Substantive convergence in merger control: An assessment 1*, Concurrences Journal 21

Khan, L., (2017), *Amazon's Antitrust Paradox*, Yale Law Journal, Vol. 126.

Kim, J. (2018), *Bank Competition and Financial Stability: Liquidity Risk Perspective*. Contemporary Economic Policy, Vol. 36(2), pp. 337-362.

Kokkoris, I. (2007), *Failing firm defence under the Clayton Act*, 28 European Competition Law Review, p. 158-166 DAF/COMP/WP3(2016)3 29

Kwinter, R.E. (6 February 2014), *Foreign Investment Review: More than navigating the "Net Benefit to Canada" test*, Blake, Cassels & Graydon LLP Ontario Bar Association's Institute 2014

Lao, M. (2014), *Ideology matters in the antitrust debate*, 79 Antitrust Law Journal No. 2

Lewis, D. (2002), *The role of public interest in Merger evaluation*, International Competition Network, Merger Working Group, Naples, (28–29 September 2002), published on: <http://www.comptrib.co.za/Publications/Speeches/lewis5.pdf>

Libertini, M., (2011) *A "highly competitive social market economy" as a Founding element of the European Economic Constitution*, in Concorrenza e Mercato, 2011, p. 491.

Libertini, M., (2014), *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè.

MacGregor, A. (2012), *Failing firm defence in merger control: An overview of EU and national case law*, e-Competitions, 9 February 2012, N°42408

Margolis, D. N. (2006), *Should Employment Authorities Worry About Mergers and Acquisitions*. Portuguese Economic Journal, Vol. 5(2), pp. 167-194.

Mariniello, M., Neven, D., Padilla, J. (2015), *Antitrust, Regulatory Capture and Economic Integration* Bruegel Policy Contribution, Issue 2015/11, 1–13, p. 3

Mathur, H. (2008), *The UK OFT waives competition law in the interest of "maintaining the stability of the UK financial system" and clears a major concentration in the banking sector (Lloyds-HBOS)*, 24 October 2008.

Meese, A. J. (2013), *Reframing the (False) Choice Between Purchaser Welfare and Total Welfare*, Fordham Law Review, Vol 81, Issue 5, Article 5, p 2197 – 2251

Middleton, K., Rodger, B., MacCulloch, A., Galloway, J. (2009), *Cases and Materials on UK and EC Competition Law*, Oxford University Press

MLex (24 June 2014), ‘*Almunia voices concern over rising protectionism*’

Monti, G., (2002), *Article 81 EC and public policy*, Common Market Law Review, 39.

Monti, M. (2002), ‘Analytical Framework of merger review’, International Competition Network Inaugural Conference, Naples, 28-29 September 2002

Mor, F. (2018), *Contested mergers and takeovers*, House of Commons Library, Briefing Paper No. 5374.

Motta, M. (2004), *Competition Policy: Theory and practice*, Cambridge University Press.

Motta, M. et al. (2019), *Open letter on European Champions: More, not less, competition is needed in Europe*, URL: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/02/Open-letter-on-European-champions-with-signatures.pdf>.

Muñoz, D.D. (2006), *The Spanish Council of Ministries conditionally clears a merger in the natural gas sector, in spite of the Spanish Competition Authority's opinion to block the transaction (Gas Natural/Endesa)*, Bulletin e-Competitions

Naidu, S., Posner, E. & Weyl, E. G. (2018), *Antitrust Remedies for Labor Market Power*. Harvard Law Review, Vol. 132(2), pp. 537-601. Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=3439933> 34.

Nelson, P., Smith D. (2015) *Efficiencies in Antitrust Analysis: A View from the Middle of the Road.*, The Antitrust Bulletin 60, pp. 128-149.

New York Times, (2018) *Amazon's Antitrust Antagonist Has a Breakthrough Idea*, 7 Settembre 2018, disponibile all'indirizzo web <https://www.nytimes.com/2018/09/07/technology/monopoly-antitrust-lina-khan-amazon.html>

OECD (2016a), *Public Interest Considerations in Merger Control – Background Paper by the Secretariat*, DAF/COMP/WP3(2016)3.

OECD (2016b), *Public Interest Considerations in Merger Control – Summaries of contributions*, DAF/COMP/WP3/WD(2016)30.

Okun, A. (1975) *Equality and efficiency, the big tradeoff*, Washington, Brookings Institution Paper.

Omphemetse S., Sibanda Sr.(2015), *Public Interest Considerations In The South African Anti-Dumping And Competition Law, Policy, And Practice* International Business & Economics

Research Journal – September/October 2015 Volume 14, Number 5 DAF/COMP/WP3(2016)3
30

Orbach B (2013), *Foreword: Antitrust's Pursuit of Purpose*, 81 Fordham L. Rev. 2151.

Ostroy, J., Berg, A., and Tsangaridaes, C. (2014) *Redistribution, inequality and growth*, IMF Staff Discussion Paper SDN/14/02.

Pappas, S. A. & Demortain, D. (2004), *A New Era of Competition under the Guidance of the Court of First Instance*. In: J. Eekhoff (ed.), *Competition Policy in Europe*, Berlin: Springer, pp. 233-245.

Petit, N. (2015), *State-Created Barriers to Exit? The Example of the Acquisition of Alstom by General Electric*, URL <http://ssrn.com/abstract=2521378> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2521378>.

Petropoulos, G., (2019) *How should the relationship between competition policy and industrial policy evolve in the European Union?*, Bruegel Policy Brief, URL: <https://bruegel.org/2019/07/how-should-the-relationship-between-competition-policy-and-industrial-policy-evolve-in-the-european-union/>

Piketty, T. (2014) *Disuguaglianze*, Università Bocconi Editore.

Piketty, T., (2016) *Il capitale nel XXI secolo*, Bompiani.

Poddar, D and Stooke, E. (2014), 'Consideration of Public Interest Factors in Antitrust Merger Control', 1– 5 *Competition Policy International* 2

Podszun, R. (2016), *Die Ministererlaubnis – Einbruch der Politik ins Recht der Wirtschaft. Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 9, pp. 617-619.

Pomana, A. & Nahrman, J. (2016), *Ministererlaubnis für den Erhalt von Arbeitsplätzen? Betriebs Berater*, Vol. 20, pp. 1155-1162.

Porter, M., (1986) *Competition in Global Industries*, Harvard Business School Press, Boston

Porter, M., (1990) *The competitive advantage of nations*, Free Press, New York.

Colli, A. (2002) *Il quarto capitalismo*, Marsilio, Venezia, 2002.

Barca F., (1997) *Le politiche del governo societario*, in A. Ninni e F. Silva (a cura di), *La politica industriale*, Laterza, Bari, 1997.

Rodrik, D. (2004) *Industrial Policy for the Twenty-First Century* CEPR Discussion Paper No. 4767.

Bianchi B., Labory S. (2006), *International Handbook of Industrial Policy*, Elgar, Cheltenham.

Ninni, A., e Silva F. (1997) *La politica industriale*, Laterza, Bari.

Posner, R. A. (2001), *Antitrust law* (2d ed. 2001), The University of Chicago Press Books.

Reader D (2013), *Lessons from the Management of Public Interest Considerations in International Merger Control: A Comparative Analysis* (ACLE Competition & Regulation Meeting, Amsterdam, 12 December 2013) published on: <http://acle.uva.nl/binaries/content/assets/subsites/amsterdam-centerfor-law--economics/cr-meetings/2013/slides/slides-reader---lessons-from-the-management-of-public-interest-considerations-in-international-merger-control.pptx?1387358269029>

Reader, D. (2015), *Competition Commission of South Africa: Guidelines for the Assessment of Public Interest Provisions in Mergers*, Consultation response from the Centre for Competition Policy

Reader, D. (2016), *Accommodating Public Interest Considerations in Domestic Merger Control: Empirical Insights*, CCP Working Paper 16-3. Published at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2736917>

Reynolds, M., Macrory, S., Chowdhury, M. (2011), 'EU Competition Policy in the Financial Crisis: Extraordinary Measures', *Fordham International Law Journal*, Volume 33, Issue 6, 2011 Article 3

Schumpeter, J., (1942) *Capitalism, socialism and democracy* 101–106.

Schwartz, E., (1993) *Politics as usual: the history of European community merger control.*, *Yale Journal of International Law*, n. 18, pp. 646

Schweitzer, H., (2007) *The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC*, in *European Competition Law Annual*.

Scott, A., *National Champions and the Two-Thirds Rule in EC Merger Control*, CCP Working Paper, 06-6.

Seth, A. (1990), *Sources of Value Creation in Acquisitions: An Empirical Investigation*. *Strategic Management Journal*, Vol. 11(6), pp. 431-446.

Shalal, A. (2015), *Pentagon eyes proposal for M&A changes in weeks*, Reuters

Shapiro, C. (2009), *Remarks of Carl Shapiro, Deputy Assistant Attorney General for Economics, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, Prepared for Delivery to ABA Antitrust Symposium, Competition as Public Policy*, published on <http://www.justice.gov/atr/speech/competition-policydistressed-industries>

Smith, L. (2008), *The Lloyds-TSB and HBOS Merger: Competition Issues*, House of Commons Library, SN/BT/4907.

Smith, L. (2008), *The Lloyds-TSB and HBOS Merger: Competition Issues, Business and Transport Section*.

Stöhr, A. & Budzinski, O. (2019), *Ex-post Analyse der Ministererlaubnis-Fälle – Gemeinwohl durch Wettbewerbsbeschränkungen?*, *Ilmenau Economics Discussion Papers*, Vol. 25(124). Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=3439933> 35

Strohm, A. (2009), *Efficiencies in Merger Control: All you Always Wanted to Know and Were Afraid to Ask*, Competition Policy in Distressed Industries.

Taylor, A. and Warren, N. (2015), *Healthcare and competition law: An overview of EU and national case law*, e-Competitions, N 75900, www.concurrences.com.

The Atlantic (2018), *How to Fight Amazon (Before You Turn 29)*, Luglio 2018, URL: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2018/07/lina-khan-antitrust/561743/>.

Tucker, E., (1996) *Brussels Bid for Merger Powers Fails*. Financial Times, 15 November 1996.

UK Government (2018), *Press release: New merger and takeover rules come into force*, URL: <https://www.gov.uk/government/news/new-merger-and-takeover-rules-come-into-force> (accessed May 16, 2019).

Vane, H. (2015), *Public Interest Clauses May Be a Necessary Evil, Says OECD Head*, Global Competition Review, published on: <http://globalcompetitionreview.com/news/article/38187/publicinterestclauses-may-necessary-evil-says-oecd-head>

Vestaeger M., (2018) *Making the decisions that count for consumers*, European Competition Day, Sofia, 31 Maggio 2018.

Williamson, O. (1968) *Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs.*, The American Economic Review, vol. 58, no. 1, pp. 18–36.

Wright, J. and D Ginsburg, D. (2012) *The Goals of Antitrust: Welfare Trumps Choice*, Fordham Law Review, 81: 2405.

Zettelmeyer, J. (2019), *The Return of Economic Nationalism in Germany*, PIIE Policy Brief 19-4.

Zwirska, A. (2003), *Failing Firm Defence*, Master of European Affairs Programme, Law.