

CONCORRENZA E MERCATO
QUALI SCENARI POST-BREXIT E NUOVI PROTEZIONISMI

Luiss Guido Carli, Roma 10 ottobre 2017

*Intervento del Pres. R. Chieppa,
Segretario Generale Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)*

1. Brexit e protezionismi: rischi e tentazioni da evitare

Vi è la necessità di evitare che gli scenari post-Brexit possano rappresentare un arretramento nell'applicazione delle regole di concorrenza a livello UE e innescare tentazioni di politiche protezionistiche a cascata, rimettendo in discussione principi concorrenziali ormai considerati come acquisiti.

Qualche rischio effettivamente esiste, ma va fortemente evitato; cercherò, infatti, di dimostrare come queste derive possano comportare conseguenze sfavorevoli per le imprese e i privati.

Partiamo dalle tentazioni del post-Brexit.

Una prima tentazione è in tema di aiuti di stato: la normativa UE non sarà più applicabile alle imprese del Regno Unito, con la conseguenza che eventuali aiuti a queste ultime saranno in grado di attribuire un vantaggio competitivo (e viceversa).

Il rischio è che si possano innescare fenomeni di concorrenza fiscale. Ciò in particolare se il governo britannico dovesse decidere di fornire incentivi alle imprese per scegliere il paese come luogo di stabilimento, compensando gli svantaggi della uscita dall'UE.

Infatti, ad oggi, le regole sugli aiuti di stato garantiscono un *level playing field* che impedisce agli Stati di alterare mediante propri interventi (nella specie ad esempio di sussidi), diretti o indiretti, il gioco della concorrenza nel mercato unico. Il divieto è assistito in particolare da stringenti obblighi di recupero (c.d. *recovery*) degli aiuti che perseguono lo scopo di annullare il vantaggio competitivo attribuito. Ne sono un esempio le recenti decisioni nei casi di Apple (Lussemburgo) e Amazon (Irlanda)¹.

A tali casi sarebbe applicabile l'accordo dell'Organizzazione Mondiale per il Commercio (WTO), che tuttavia, come dimostrano recenti vicende commerciali, è largamente insufficiente a rimediare ad eventuali interferenze statali tra i player economici. Si noti che a differenza del regime degli aiuti di stato, gli accordi internazionali della OMC prevedono un meccanismo di risoluzione delle controversie azionabile solo dai governi e che non prevede meccanismi di recupero, ma solo di interruzione dell'eventuale misura interna restrittiva dello scambio.

¹ Cfr. i comunicati stampa della Commissione europea del 4.10.2017, da cui si apprende che “[l]a Commissione europea ha concluso che il Lussemburgo ha concesso ad Amazon vantaggi fiscali indebiti per circa 250 milioni di EUR. Tale trattamento è illegale ai sensi delle norme UE sugli aiuti di Stato poiché ha permesso ad Amazon di versare molte meno imposte di altre imprese. Il Lussemburgo deve ora recuperare l'aiuto illegale” (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3701_it.htm) e che in relazione al caso Apple, la Commissione ha deciso di aprire una procedura di infrazione per non aver recuperato dall'impresa l'aiuto illegale concesso (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3702_en.htm).

Ciò rappresenta un concreto rischio per il Regno Unito. Non a caso di recente le autorità britanniche hanno accusato l'amministrazione Trump di protezionismo nella vicenda Bombardier proprio a seguito dell'introduzione di un dazio antidumping sulle importazioni dal Canada e dal Regno Unito dei componenti dei velivoli.

La vicenda Bombardier nasce a seguito delle accuse di Boeing circa sussidi governativi di cui beneficerebbe appunto Bombardier. Le autorità canadesi e britanniche hanno sostenuto che i loro sussidi sono in linea con le regole della WTO. Trump ha invece introdotto in chiave difensiva dei dazi del 219% sui velivoli Bombardier. Ciò può rappresentare una anticipazione di quello che succederà al di fuori della UE, dove si avrà verosimilmente minore potere negoziale nei confronti degli USA. Al contrario, l'UE ha meno possibilità di essere vittima di comportamenti ritorsivi, date le sue dimensioni e la dipendenza dei produttori USA dal mercato europeo.

Si può dunque affermare come una corsa a proteggere le proprie imprese con sussidi non è consentita nella UE e non conviene fuori dalla UE come dimostrano le vicende descritte.

Accanto alle tentazioni, vi sono rischi certi, il primo dei quali riguarda le concentrazioni.

Per le imprese la mancanza di uno *one-stop-shop* (controllo delle concentrazioni) determinerà un aumento dei costi, potendo una concentrazione essere soggetta a due obblighi di notifica (alla commissione e alle autorità UK) e maggiore incertezza (rischio decisioni divergenti)

Altro rischio di maggiori costi per le imprese, derivanti da duplicazioni procedurali, vi è per l'attività di enforcement antitrust.

In particolare, per l'*enforcement*: da un lato gli art. 101/102 continueranno a trovare applicazione anche a imprese stabilite nel Regno Unito nella misura in cui le loro condotte producono effetti nel mercato interno in base al principio della c.d. applicazione extraterritoriale del diritto della concorrenza o anche criterio degli effetti qualificati, di recente affermato nel caso *Intel*.

In tale occasione, infatti, la Corte ha affermato in maniera chiara che il fatto che una delle imprese partecipanti all'accordo si trovi in un paese terzo non impedisce l'applicazione di queste disposizioni, ove l'accordo produca effetti nel territorio del mercato interno².

² "A tal proposito, occorre ricordare, [...] che le regole di concorrenza dell'Unione enunciate agli articoli 101 e 102 TFUE tendono ad includere i comportamenti, collettivi e unilaterali, delle imprese che limitano il gioco della concorrenza in seno al mercato interno. Infatti, mentre l'articolo 101 TFUE vieta gli accordi o le pratiche che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza «all'interno del mercato interno», l'articolo 102 TFUE vieta lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante «sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo». È stato quindi giudicato, per quanto riguarda l'applicazione dell'articolo 101 TFUE, che il fatto che una delle imprese partecipanti all'accordo si trovi in un paese terzo non impedisce l'applicazione di queste disposizioni, ove l'accordo produca effetti nel territorio del mercato interno (sentenza del 25 novembre 1971, *Béguelin Import*, 22/71, EU:C:1971:113, punto 11). Peraltro occorre ricordare che, per giustificare l'applicazione del criterio dell'attuazione, la Corte ha sottolineato che subordinare l'applicazione dei divieti posti dal diritto della concorrenza al luogo di formazione dell'intesa si risolverebbe chiaramente nel fornire alle imprese un facile mezzo per sottrarsi a detti divieti (v., per analogia, sentenza del 27 settembre 1988, *Ahlström Osakeyhtiö e a./Commissione*, 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 e da 125/85 a 129/85, EU:C:1988:447, punto 16). Orbene, il criterio degli effetti qualificati persegue il medesimo obiettivo, ossia includere comportamenti che certamente non sono stati adottati nel territorio dell'Unione, ma i cui effetti anticoncorrenziali possono farsi sentire sul mercato dell'Unione." (Sentenza della Corte del 6.9.2017, *Intel c. Commissione*, non ancora pubblicata, parr. 40 ss.).

Cionondimeno, il venir meno delle regole di cooperazione di cui al reg. 1/2003 produrrà conseguenze in termini di efficacia dell'azione. Si dovrà allora a pensare a modalità alternative di condurre la necessaria cooperazione tra CMA e Commissione UE. Verranno inoltre meno le regole in materia di scambio di documenti e di ispezioni congiunte, insieme alla appartenenza allo stesso *European competition network*. Dal punto di vista sanzionatorio, si porrà il problema di assicurare il rispetto della eventuale decisione di accertamento della Commissione, benché gli effetti reputazionali potrebbero in ogni caso assicurare l'ottemperanza da parte delle imprese britanniche.

Inoltre, ai costi derivanti dalle possibili duplicazioni procedurali in caso di infrazioni antitrust si aggiunge il rischio di conflitto tra decisioni (quella nazionale e europea).

In tema di *private enforcement*, l'eventuale venir meno della disciplina nazionale di recepimento della direttiva 2014/14/UE potrebbe esporre i cittadini britannici ad una tutela ridotta – laddove non vi fossero garanzie equivalenti; Il Regno Unito è attualmente un foro particolarmente appetibile per le domande di risarcimento dei danni, ma tale situazione potrebbe almeno in parte mutare nello scenario post Brexit.

In definitiva, il rischio è anche un arretramento nell'applicazione delle regole di concorrenza a livello UE, con conseguenze sfavorevoli per le imprese e i privati. Ciò specialmente in mancanza di un accordo che possa in qualche modo definire i nuovi rapporti secondo un'ottica di continuità, con riferimento al profilo del rispetto delle norme antitrust che ci interessa.

L'accordo, infatti, allo stato non c'è e vi sono forti dubbi circa la positiva conclusione delle trattative nel breve periodo. Invero, a parte il fatto che la Premier britannica ha dichiarato che vi debba essere una *special partnership*³, cresce la possibilità che l'uscita del Regno Unito – efficace il 29 marzo 2019 – non sarà accompagnata da un accordo che regola i nuovi rapporti e, in questa ipotesi, il periodo transitorio non farebbe altro che procrastinare una situazione di incertezza; in ogni caso - come il PE ha di recente affermato nella risoluzione del 3 ottobre – la posizione UE è che il periodo transitorio non può che comportare l'integrale applicazione delle 4 libertà (e non solo sull'accesso al mercato interno).

Le difficoltà descritte incidono, facendoli aumentare, sui costi associati alla incertezza regolamentare degli scenari post-Brexit.

2. Esiste un legame tra Brexit e tendenze protezionistiche?

Un ulteriore tema di discussione riguarda l'eventuale esistenza di un legame tra Brexit e tendenze protezionistiche. L'arretramento delle regole di concorrenza può essere visto con favore da qualcuno e alimentare le già menzionate derive protezionistiche (anche animate da populismi) nell'applicazione delle regole di concorrenza.

Di recente, anche in Italia si è posta in dubbio l'utilità e l'attualità delle tradizionali regole antitrust.

³ Cfr. Quanto detto dal premier T. May nel suo **discorso tenuto a Firenze** il 22 settembre u.s. (v. <http://www.ilsole24ore.com/art/mondo/2017-09-22/il-discorso-integrale-theresa-may-firenze-in-inglese-163648.shtml?uuid=AES7z4XC>), dove la premier britannica non ha fornito indicazioni ulteriori sul contenuto del futuro accordo con l'UE e ha avanzato la richiesta di un periodo transitorio.

Occorre al riguardo fare chiarezza. Nessuna regola è imm modificabile; e in alcuni casi penso sia utile mettere in discussione i tradizionali strumenti antitrust di fronte a fenomeni nuovi come quelli dell'economia digitale, dei *big data* ecc.

Ma una cosa è fare queste valutazioni ad esempio per invocare un diverso approccio in materia di concentrazioni; altra cosa è farle in relazione a condotte che sono, e restano, illecite, quali i cartelli, gli scambi di informazioni sensibili, gli abusi di posizione dominante, per ottenere una non meglio specificata esenzione dalle regole di concorrenza.

In tema di concentrazioni, si è auspicata una valutazione maggiormente aderente agli interessi economici nazionali e europei, evitando decisioni che fondandosi sulla frammentazione dei mercati nazionali, possano indebolire player europei nei confronti di quelli internazionali. Si tratta di un tema classico di politica industriale, nel senso di orientare l'applicazione delle regole di concorrenza al fine di sostenere il confronto internazionale (e difendere i campioni nazionali/europei).

Ciò può esser fatto, nel caso del controllo delle concentrazioni, rivedendo ad esempio gli approcci alla definizione dei mercati rilevanti, riconoscendo l'esistenza di mercati di dimensione sovra-europea dove le imprese sono chiamate a competere.

La valutazione degli interessi nazionali, nel caso di specie relativi alla stabilità del sistema economico-finanziario, hanno accompagnato ad esempio le recenti decisioni nazionali di autorizzazione dell'acquisizione delle banche in crisi.

Anche in tali casi occorre sottolineare che lo strumento che consente la valorizzazione e il perseguimento di tali interessi, nell'ambito delle procedure antitrust, non è quello della sospensione delle regole antitrust, delle deroghe, di provvedimenti *extra ordinem*. Infatti, l'ordinamento già prevede a tal fine strumenti normativi, che al più possono essere rafforzati e meglio utilizzati.

Si fa riferimento all'art. 25 della legge n. 287/90 che riconosce al Governo il potere di determinare i criteri sulla base dei quali l'Autorità può eccezionalmente autorizzare, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea, operazioni di concentrazione vietate⁴. A ciò si aggiunge anche l'art. 20, comma 5-bis della legge 287/90, che prevede che su richiesta della Banca d'Italia, l'AGCM può autorizzare un'operazione di concentrazione riguardante banche o gruppi bancari che determini o rafforzi una posizione dominante, per esigenze di stabilità di uno o più dei soggetti coinvolti.

Ad esempio, senza neanche ricorrere a tali ipotesi derogatorie, l'operazione di acquisizione da parte di Intesa delle banche venete è stata comunque esaminata dall'Autorità antitrust, nonostante la previsione di cui all'art. 3, comma 4 del d.l. n. 99/2017, ad autorizzata con decisione del 5 luglio 2017 di non avvio del procedimento.

Nella decisione, l'AGCM ha valorizzato il fatto che l'operazione si pone l'obiettivo di garantire la prosecuzione, senza soluzione di continuità, delle attività degli istituti bancari in esame, onde evitare effetti sistemici sui mercati bancari, anche a tutela degli utenti

⁴ “Il Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, determina in linea generale e preventiva in linea generale e preventiva i criteri sulla base dei quali l'Autorità può eccezionalmente autorizzare, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea, operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell'articolo 6, sempreché esse non comportino la eliminazione della concorrenza dal mercato o restrizioni alla concorrenza non strettamente giustificate dagli interessi generali predetti. In tali casi l'Autorità prescrive comunque le misure necessarie per il ristabilimento di condizioni di piena concorrenza entro un termine prefissato”

finali, oltre che gli elementi di assoluta peculiarità, stante il contesto che ne ha caratterizzato la genesi.⁵

Come anticipato, discorso diverso però deve essere fatto per la politica di *enforcement* dei divieti antitrust. In tale ambito, le esigenze di difesa di presunti campioni nazionali o europei non può certo passare per una affievolimento del controllo antitrust in presenza di condotte illecite.

Invero, la limitazione del controllo antitrust è stato criticato finanche nei periodi di crisi economica ed è estremamente utile in questo senso ricordare gli studi sulla grande recessione degli anni '30 che hanno evidenziato come un attenuato controllo antitrust contribuisce a radicalizzare la crisi, piuttosto che ad aiutare l'economia, impedendo alle forze del mercato di operare in senso positivo nella crescita.

In linea generale, l'utilizzo della politica antitrust ai fini di incentivare il protezionismo economico può rivelarsi un boomerang nel lungo periodo.

Molti studi indicano che le politiche protezionistiche generano un rallentamento nella crescita economica se non recessione. Quello che è auspicabile, in chiave di *policy*, è continuare ad avere fiducia nel libero commercio e, dalla prospettiva di una autorità antitrust, svolgere il proprio incarico sostenendo il libero scambio e la concorrenza, che hanno innegabilmente migliorato le condizioni di vita e le prospettive per la popolazione⁶.

Tali considerazioni di *policy* sono naturalmente estranee al diverso terreno in cui muove invece chi critica la correttezza o anche la ragionevolezza delle decisioni dell'AGCM, che come ogni altro potere è rimesso al controllo del giudice amministrativo, che ha oggi tutti i mezzi necessari per procedere ad una verifica della correttezza dell'operato delle *authorities*.

Peraltro, la *policy* di un'autorità antitrust non è mai ferma su posizioni rigide, in cui la regola economica prevale in senso assoluto su ogni altra considerazione. Non ultimo, per quanto non appartenente in senso proprio alla politica antitrust, occorre avere riguardo anche a considerazioni di equità e eguaglianza sostanziale, in modo che gli interventi antitrust possano portare benefici anche a coloro che non traggono immediato vantaggio dalla globalizzazione e sono i più inclini a cedere a populismi/tentazioni protezionistiche.

Ogni Autorità di concorrenza utilizza criteri di priorità nell'indirizzare la propria azione e tra tali criteri ben può esservi il contrasto alle disuguaglianze, a quelle condotte anticoncorrenziali che maggiormente creano – anche in via indiretta - i presupposti per le disuguaglianze, prendendo spunto dal dibattito in corso sulla utilizzabilità degli strumenti antitrust nella lotta alle diseguaglianze, avviatosi dopo un noto articolo di Baker e Salop.⁷ È noto che in un'economia di mercato è insito un certo livello di disuguaglianza. In un ambiente concorrenziale, infatti, le imprese sono portate a ricercare l'efficienza e a perseguire sentieri innovativi per ottenere profitti, con la conseguenza naturale che le

⁵ Cfr. provv. n. 26658 del 5.7.2017, C12103 - *INTESA SANPAOLO/RAMI DI AZIENDA DI BANCA POPOLARE VICENZA-VENETO BANCA*, Boll. n. 26/2017, par. 7 e ss. Proprio in ragione di tali elementi, l'AGCM ha ritenuto “*che complessivamente l'operazione non sia idonea a restringere in modo significativo l'offerta e non sia suscettibile di incidere in maniera determinante sull'assetto concorrenziale dei mercati della raccolta bancaria nelle province interessate, anche in considerazione della circostanza che in assenza dell'operazione vi potrebbe essere una contrazione dell'offerta ben maggiore*” (§ 13).

⁶ V. J. Laitenberger, *Joining forces for a global level playing field*, Porto, 9 maggio 2017, disponibile alla pagina http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_speeches_by_the_dg.html

⁷ J. B. Baker e St. C. Salop, *Antitrust, Competition Policy, and Inequality*, in *Georgetown Law Journal*, 104, Online 1, 2015.

imprese con unità produttive inefficienti e gli imprenditori meno capaci siano destinati, nel lungo periodo, a uscire dal mercato.

La ricerca dell'efficienza da parte degli attori economici, perseguita tramite una concorrenza basata sui meriti, è l'assetto che un'autorità antitrust è chiamata a tutelare, e ciò anche se il processo si risolve nella creazione di "nuove" sacche di diseguaglianza.

Non si tratta probabilmente di vere e proprie disuguaglianze; o meglio serve un chiarimento: la concorrenza basata sul merito conduce a posizioni non eguali, ma questo è un valore positivo da difendere contro ogni forma di egualitarismo automatico che penalizza il merito; in fondo, l'eguaglianza sostanziale tutelata dal secondo comma dell'art. 3 della Costituzione impone di rimuovere gli ostacoli, di rendere uguali i punti di partenza.⁸

Spesso, tuttavia, la ricerca di una rendita non avviene in ragione del naturale processo competitivo. Ciò, in particolare, si verifica quando chi detiene potere di mercato non migliora la propria posizione producendo nuova ricchezza, ma togliendone una parte agli altri. In questi casi, come affermato dal Presidente Pitruzzella nella presentazione al Parlamento della Relazione annuale sull'attività svolta nel 2015, la ricerca delle rendite, da una parte, costituisce un freno all'innovazione e quindi contribuisce a rendere stagnante l'economia e, dall'altra parte, accresce le diseguaglianze.⁹

Si può, quindi, ritenere che l'azione di un'autorità della concorrenza possa contribuire, insieme ad altri e più specifici strumenti, alla lotta alle diseguaglianze, come dimostrano alcuni casi decisi dall'AGCM negli ultimi anni¹⁰.

3. Conclusioni

Dalle considerazioni che precedono possiamo quindi concludere che non siamo oggi in grado di stabilire con esattezza le conseguenze della Brexit, ma alcuni rischi appaiono chiari come altrettanto chiara è l'esigenza di evitarli.

È da evitare la tentazione di rifugiarsi nel protezionismo o di considerare le regole di concorrenza obsolete, o inadatte per l'attuale periodo di crisi e di avvento dell'economia digitale.

Allo stesso tempo sarebbe sbagliato ritenere che nessuna regola di concorrenza possa essere messa in discussione. Si può certamente ridiscutere di alcuni aspetti che riguardano le concentrazioni. Non penso che si debba discutere o invocare una maggiore clemenza in presenza di condotte illecite, particolarmente gravi e odiose come i cartelli o anche abusi di posizione dominante idonei a porre a rischio l'accesso a beni primari come i farmaci.

Nel rimettere in discussione alcune delle regole del gioco, si deve tenere presente che nell'economia digitale un valore è l'innovazione e la spinta a competere. Questa induce continuamente le imprese a migliorare le loro *performances*, attivando nuove risorse con nuove tecnologie e nuovi prodotti.

Il modello ottimale di mercato concorrenziale ruota attorno a tre elementi: la mancanza di barriere artificiali all'ingresso al mercato; l'esistenza di un'effettiva libertà di scelta dei

⁸ Secondo Ainis: "L'eguale libertà di diventare diseguali, però partendo eguali"

⁹ Per un approfondimento, cfr. Arena - Chieppa, *Antitrust and Inequalities*, Rivista Italiana di Antitrust, 2, 2016.

¹⁰ Tra tutti, vedi il caso A480 - *Incremento prezzo farmaci Aspen*, deciso con provv. n. 26185 del 29.9.206, Boll. n. 36/2016.

consumatori; l'esistenza di un effettivo processo competitivo dinamico, caratterizzato da innovazioni tecniche, commerciali ed organizzative.

Abbiamo sinora parlato del Regno Unito, ma occorre allora domandarsi a che punto siamo in Italia.

Non ci troviamo più in quella che, per usare un'espressione di G. Amato, si potrebbe definire una foresta pietrificata, ma molte restano le resistenze alla modernizzazione.

Le barriere all'ingresso dei mercati sono ancora molte e ci dobbiamo chiedere perché le imprese *over the top* non nascono in Europa ma negli USA e se nascono in Europa più difficilmente nascono in Italia. E peraltro appena arrivano in Italia trovano un legislatore pronto a regolare settori a cui invece servirebbe una regolazione leggera se non assente.

Al riguardo ritengo che se certe imprese non nascono in Italia, non dipenda dalla qualità delle nostre imprese, che anzi continuano ad eccellere in diversi settori, ma piuttosto da un problema di infrastrutture idonee a rendere competitivo il paese.

Non mi riferisco solo alle infrastrutture fisiche.

Tanto la giustizia quanto la p.a. rappresentano infrastrutture in questa prospettiva.

Noi soffriamo della mancanza di misure realmente efficaci in grado di rendere la pubblica amministrazione una sorta di infrastruttura al servizio dei cittadini e delle imprese. Infatti, una pubblica amministrazione efficiente, un'architettura istituzionale in cui la ripartizione delle competenze tra i diversi livelli territoriali di governo tenga conto delle dinamiche del mercato e non dissemini invece i poteri di veto, la certezza del diritto ed il pieno rispetto della legalità, sono le precondizioni indispensabili per rendere funzionanti i mercati, attrarre nuovi operatori e investimenti, rendere effettiva la concorrenza e, in conclusione, favorire la ripresa della crescita economica.

In Italia molte di queste condizioni sono realizzate in modo ancora largamente insoddisfacente e gli oneri burocratici e le inefficienze amministrative continuano a costituire uno dei principali ostacoli alla competitività del "Sistema-Italia", nonostante le buone riforme fatte negli ultimi anni, come ad esempio quella della disciplina delle partecipazioni pubbliche attuata con il d.lgs. n. 175/2016, in corso di implementazione.

Sono riforme che vanno tuttavia continuamente implementate e la fase di implementazione è altrettanto importante rispetto a quella delle riforme.

In Italia, occorre una amministrazione leggera e snella: l'incertezza su possibilità e tempi per avviare una nuova attività o avere determinate autorizzazioni non può che incidere sullo sviluppo della concorrenza e, da ultimo appunto, sul grado di competitività del paese.

Sono queste le priorità che in Italia vanno messe al primo posto dell'agenda.

Le nostre imprese e i nostri consumatori si proteggono in questo modo, e non cedendo a misure protezionistiche, che in realtà non proteggono chi compete sul merito.