



EDITORIALE

La tutela antitrust nel XXI secolo

Competition Law and Consumer Protection in the 21st Century

di **Margherita Ramajoli***

Parole Chiave: Disciplina antitrust – Industrie regolate e diritto amministrativo – Politiche governative e regolazione

Key Words: *Antitrust Law – Regulated industries and Administrative Law*

SOMMARIO: 1. La parabola dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato: testi e contesti.
– 2. La parabola della disciplina antitrust: testi e contesti.

1. La parabola dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato: testi e contesti

La legge antitrust compie trent’anni. In questo lasso di tempo è cambiato molto. È cambiata la stessa legge n. 287/1990, che ha subito numerose modifiche rispetto al suo impianto originario. È cambiata la disciplina europea, sempre più interventista, come testimoniato dalla recente direttiva ECN+¹. Sono cambiati i poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, che non sono più unicamente indicati nella sua legge istitutiva. È cambiato il contesto politico, geografico, economico e sociale di riferimento.

Il corso del tempo ha consentito alla fisionomia dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato di emergere in maniera più chiara. Alle origini l’Autorità si caratterizzava essenzialmente² per la sua funzione di *adjudication*, ossia di intervento *ex post* volto a reprimere le condotte imprenditoriali non rispettose del buon funzionamento dei mercati. Del resto, nel 1988 il progetto di legge presentato da Guido Rossi attribuiva all’apparato giudiziario il compito di perseguire gli illeciti antitrust, anche se poi ha prevalso la linea governativa, incarnata dal disegno di legge Battaglia, a favore dell’istituzione di un apparato amministrativo *ad hoc* dotato di poteri decisionali propri di tipo ordinario e sanzionatorio.

* Professore ordinario di diritto amministrativo dell’Università Statale di Milano.

¹ Direttiva UE 2019/1 del Parlamento Europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2018, che conferisce alle Autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

² Anche se non esclusivamente, come risulta dai poteri attribuiti all’AGCM già con gli artt. 4 e 25 della legge n. 287/1990, che hanno introdotto un sistema autorizzatorio per intese e concentrazioni restrittive della concorrenza.

La primigenia centralità della funzione di aggiudicazione (che comunque è *sui generis*, visto che l'Autorità agisce sempre d'ufficio e mai su iniziativa di parte) è confermata dal fatto che l'AGCM è stata all'avanguardia nel mimare nei suoi procedimenti il processo giudiziario. L'Autorità infatti ha interpretato sul serio gli obblighi di informare, ascoltare e motivare in un momento in cui le garanzie di tipo procedimentale non avevano ancora trovato completa accettazione da parte delle amministrazioni di tipo tradizionale, nonostante la presoché coeva legge n. 241/1990 spingesse in tal senso.

Ulteriore riprova del ruolo assorbente svolto inizialmente dall'attività di *adjudication* è ricavabile dalla fioritura di un vero e proprio filone di studi dottrinali inteso a valorizzare la terzietà dell'AGCM al punto da assimilare l'Autorità agli organi giurisdizionali³.

Questa iniziale raffigurazione, comunque già all'epoca non pacificamente accettata⁴, è divenuta via via recessiva. Vari fattori hanno contribuito all'emancipazione dal modello originario.

Tra questi, la crescente consapevolezza che non è sufficiente applicare la legge per essere equiparati a un giudice (altrimenti, come è stato giustamente osservato⁵, avrebbe natura giurisdizionale anche il procedimento con cui il Prefetto applica le sanzioni amministrative).

Ma soprattutto un ruolo fondamentale è stato svolto da un susseguirsi di interventi normativi che hanno dotato l'Autorità di poteri assai diversi dai tradizionali strumenti inibitori e sanzionatori. Il legislatore ha affiancato alla funzione di *adjudication* dell'AGCM la funzione di *competition advocacy*, esercitata tramite pareri, segnalazioni, raccomandazioni, proposte riguardanti discipline legislative, regolamentari e regolatorie ritenute anticoncorrenziali⁶.

La ragione dell'attribuzione di questo delicato compito -che assume una valenza anche educativa in senso lato- sta nel fatto che, specie in Italia, le distorsioni alla concorrenza derivano non solo da pratiche anticoncorrenziali realizzate dalle imprese, ma anche da un cattivo esercizio del potere pubblico in campo economico. Così l'Autorità garante si trova ad agire in mercati normativamente chiusi o con elevate barriere all'ingresso, nei quali non è necessario colludere esplicitamente o abusare della propria posizione dominante per estrarre extraprofiti a danno dei consumatori. L'attività di *advocacy* dell'AGCM non sempre ha sortito effetto, generando ricadute concrete, e ha avuto successo soprattutto quando è stata accompagnata dall'avvertimento/minaccia di un possibile intervento o inizio di procedura di infrazione da parte della Commissione europea.

³ Per tutti cfr. M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. BASSI-F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1993, 115 ss.

⁴ Per un rifiuto del paradigma all'epoca dominante cfr. M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998.

⁵ B.G. MATTARELLA, *La concorrenza come missione: il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Astrid Rassegna*, n. 15/2018, 6.

⁶ Artt. 21 ss. della legge antitrust, art. 34, d.l. n. 201/2011, conv. in legge n. 214/2011; art. 1, d.l. n. 1/2012, conv. in legge n. 27/2012, ora abrogato dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 10/2016; art. 4, commi 3 e 4, d.l. n. 138/2011, poi travolto dall'incostituzionalità dell'intero articolo pronunciata da Corte Cost., 20 luglio 2012, n. 199; art. 4, d.l. n. 95/2012, conv. in legge n. 135/2012, ora abrogato dall'art. 1, comma 562, lett. a), della legge n. 147/2013. In tema cfr. M. CLARICH, *L'attività di segnalazione e consultiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: un presidio contro le degenerazioni del processo politico-parlamentare?*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 85 ss.

Conseguenza dell'operato ampliamento di competenze è un'accentuazione dei caratteri pro-attivi dell'Autorità. L'emancipazione da un modello "re-active" è ben espressa anche dallo spostamento dell'attenzione dall'attività di segnalazione *ex post* a quella d'intervento-cooperazione *ex ante* sui progetti di legge in tema di concorrenza⁷.

L'Autorità diviene sempre più chiaramente un soggetto titolare di un interesse pubblico specifico da promuovere, e cioè la tutela del mercato concorrenziale; privo di vincoli per quanto riguarda l'iniziativa, agendo sempre d'ufficio; non relegato a un ruolo negativo di censura, ma forte di un compito propositivo-correttivo mediante l'indicazione di concrete modifiche da apportare agli atti dei pubblici poteri reputati lesivi della concorrenza. L'effettività del potere di *advocacy* passa poi attraverso una speciale legittimazione ad agire in giudizio davanti al giudice amministrativo, che assume le forme di una sorta di ricorso per inadempimento alla sua previa diffida nei riguardi di atti amministrativi generali, regolamenti e provvedimenti amministrativi reputati lesivi delle norme antitrust⁸.

Vi è un'altra arma affilata che l'Autorità ha iniziato a maneggiare lavorando nelle pieghe delle norme attributive dei suoi poteri. Si tratta dell'istituto degli impegni, che nasce, come tutta la nostra disciplina antitrust, nel diritto dell'Unione europea e che ha trovato ospitalità nel nostro ordinamento nazionale grazie alla legge n. 248/2006, con cui l'AGCM è stata facoltizzata ad assumere decisioni con impegni, ordinare l'imposizione di misure provvisorie e applicare programmi di clemenza⁹.

Fine ultimo dello strumento è evitare un dispendio eccessivo di risorse amministrative in lunghe istruttorie relative a casi di dubbia risoluzione. Come esplicitato dalla stessa Autorità, conseguenza diretta del ricorso agli impegni è il passaggio a un intervento antitrust "più marcatamente orientato al buon funzionamento dei mercati, piuttosto che volto soltanto all'accertamento e alla repressione della violazione"¹⁰, oppure, come più maliziosamente si potrebbe ritenere, l'assunzione da parte dell'AGCM di una vera e propria funzione regolatoria, definendo di volta in volta mediante una sorta di patteggiamento ciò che le imprese possono o non possono fare nel mercato. Un interrogativo riguarda poi il futuro spazio riservato agli impegni una volta recepita la direttiva ECN+, che consente alle Autorità nazionali di darsi priorità e di non intervenire se un caso non è ritenuto degno d'interesse (art. 4, par. 5). Infatti, se oggi, in mancanza di questa facoltà, l'impegno costituisce un modo intelligente di chiudere casi di difficile soluzione, domani, forse, in tali ipotesi il rischio calcolato potrebbe essere la decisione dell'Autorità di non avviare il relativo procedimento per mancanza d'interesse.

Sempre a livello europeo si assiste a un rafforzamento dei poteri prescrittivi e conformativi delle varie Autorità nazionali garanti della concorrenza. È questo un intervento provvidenziale nella misura in cui le Autorità nazionali di molti Stati membri sono tuttora prive addirittura di poteri minimi per individuare e

⁷ La dialettica tra organismi *pro-active* e organismi *re-active* è ben illustrata da S. CASSESE, in *L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 102 ss.

⁸ Art. 21-bis della legge, introdotto dal d.l. n. 201/2011, conv. in legge n. 214/2011, sul quale cfr. il numero monografico di *Concorrenza e mercato*, 2018.

⁹ Art. 9 del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002; art. 14-ter della legge antitrust, introdotto dal d.l. n. 223/2006.

¹⁰ AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2006*.

combattere le violazioni al diritto della concorrenza (e, dal canto loro, gli operatori economici non beneficiano di un *level playing field* unitario nei diversi ordinamenti giuridici)¹¹.

Sta di fatto che la già menzionata direttiva UE n. 1/2019, attualmente in attesa di recepimento, consente alle Autorità nazionali garanti della concorrenza di imporre alle imprese le condotte correttive ritenute più opportune (“qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato all’infrazione commessa e necessario a far cessare effettivamente l’infrazione stessa” recita l’art. 10, par. 1). Oltretutto essa mostra un deciso *favor* verso i rimedi strutturali, che non avrebbero più carattere eccezionale, diversamente da quanto imposto ora dal vigente art. 7 del regolamento (CE) n. 1/2003, secondo cui le autorità possono imporre rimedi strutturali soltanto qualora non esistano rimedi comportamentali parimenti efficaci, ovvero quando questi ultimi risultino più onerosi¹². Del resto, questo *favor* verso poteri d’intervento strutturale non è mai stato alieno al diritto dell’Unione europea, come dimostrano la prassi applicativa e la giurisprudenza sugli impegni in materia di concentrazioni¹³, né tantomeno risulta estraneo all’agire delle autorità statunitensi¹⁴.

Infine, un ruolo importante nella parabola che ha condotto da un’autorità a tutela della concorrenza a un’autorità a promozione della stessa è stato giocato dalla Corte costituzionale. La Consulta, nell’escludere che l’AGCM possa sollevare una questione di legittimità costituzionale per la condivisibile ragione secondo cui vi è un’ontologica incompatibilità tra l’essere parte processuale e l’essere giudice *a quo*, ha ritenuto l’Autorità un soggetto che, “al pari di tutte le amministrazioni”, non è in posizione di “indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale”¹⁵.

Quest’ultimo inquadramento dell’AGCM all’interno addirittura del perimetro delle amministrazioni pubbliche di tipo tradizionale potrebbe però costituire una pericolosa evoluzione-involuzione rispetto all’originario punto di partenza quasi para-giurisdizionale. Il rischio è dimenticare il senso ultimo dell’istituzione delle autorità di garanzia, che è quello di incarnare un nuovo modello di amministrazione (che si vorrebbe) indipendente dalla politica.

¹¹ M. BOTTA, *The draft Directive on the Powers of National Competition Authorities: the Glass Half Empty and Half Full*, in 38 *E.C.L. Review*, 2017, p. 470 ss.; F. GHEZZI-B. MARCHETTI, *La proposta di direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, p. 1015 ss.

¹² E. LATORRE, *La Direttiva N. 1/2019 e il suo impatto sulla disciplina antitrust dell’Unione europea*, in <http://rivista.eurojus.it>.

¹³ F. GHEZZI, *L’efficacia dei poteri di enforcement delle autorità antitrust nazionali nella proposta di Direttiva europea e le possibili conseguenze sul sistema sanzionatorio italiano*, in *Riv. soc.*, 2017, p. 965 ss.

¹⁴ M. DELRAHIM, *The Role of Public Policy Advocacy and Government Relations in Mergers & Acquisitions Regulatory Review*, in *Competition Law International*, 2011, p. 46 ss.; ID., *Keynote Address at American Bar Association’s Antitrust Fall Forum*, Washington, DC, November 16, 2017.

¹⁵ Corte Cost., 31 gennaio 2019, n. 13, punti 6 e 8 del Considerato in diritto, in *Giur. cost.*, 2019, p. 127 ss., con note di M. MIDIRI, *Autorità garante della concorrenza e amministrazione: una troppo drastica assimilazione*, e di G. GRASSO, *La (pretesa) natura esclusivamente amministrativa delle Autorità amministrative indipendenti chiude la porta del giudizio in via incidentale all’Autorità antitrust. Considerazioni a margine della sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale*. Critico nei confronti della decisione si mostra E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica politica e democrazia*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 126.

2. La parabola della disciplina antitrust: testi e contesti

Non solo l'AGCM è cambiata nel corso del tempo. Pure il contesto attuale è profondamente diverso rispetto a quello in cui è stata emanata la legge anti-trust, che era caratterizzato da una grande fiducia nel completamento del progetto europeo e quindi nelle nascenti liberalizzazioni e privatizzazioni¹⁶.

Il contesto attuale è anche inaspettatamente diverso rispetto a quello di pochi mesi fa, in ragione dell'emergenza sanitaria. La pandemia ha accelerato alcuni processi economici già in atto e due di essi meritano di essere sottolineati per le loro implicazioni in materia antitrust¹⁷.

La crisi, da un lato, ha messo ancora più in luce la fragilità della nostra economia nazionale (ed europea), dall'altro, ha acuito la nostra dipendenza dalla *e-economy*.

Il primo fenomeno ha creato un terreno fertile per nuove forme di intervento pubblico intese, in via congiunturale, a fronteggiare l'emergenza e, sul medio e lungo periodo, a ricreare il mercato e rilanciare l'economia, anche in un'ottica di difesa delle imprese strategiche nazionali¹⁸.

L'insidia insita in queste operazioni è oltrepassare la sottile linea di confine che separa sussidi, deroghe, proroghe in funzione anticrisi da quelle in funzione meramente assistenzialista oppure cristallizzanti privilegi¹⁹.

Sul versante antitrust la questione coinvolge il tema degli aiuti di Stato e, più in generale, porta a chiedersi se e fino a che punto le politiche concorrenziali siano relegabili in secondo piano davanti a esigenze attualmente repute prioritarie, quali la tutela dei livelli occupazionali e la tenuta sociale della collettività²⁰.

La tentazione di un rilassamento della disciplina antitrust è ricorrente durante i periodi di crisi. Basti pensare alla sospensione della normativa statuni-

¹⁶ Sul contesto in cui nasce la legge antitrust cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, in *Moneta e credito*, 2015, p. 365 ss., spec. p. 371 ss.

¹⁷ Sul nuovo disordine mondiale cfr. V. CASTRONOVO, *Chi vince e chi perde. I nuovi equilibri internazionali*, Laterza, Bari-Roma, 2020.

¹⁸ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Guidance to the Member States concerning foreign direct investment and free movement of capital from third countries, and the protection of Europe's strategic assets, ahead of the application of Regulation (EU) 2019/452 (FDI Screening Regulation)*, del 23 marzo 2020; ma sul tema cfr. già prima il regolamento (UE) n. 452/2019, del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, su cui cfr. G. NAPOLITANO, *Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti: alla ricerca di una sovranità europea nell'arena economica globale*, in questa *Rivista*, n. 1/2019.

¹⁹ Cfr., tra le tante disposizioni in tal senso orientate, l'art. 100, d.l. 14 agosto 2020, n. 104, in materia di concessioni del demanio marittimo, lacuale e fluviale.

²⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19*, (2020/C 91 I/01) del 20 marzo 2020, poi modificato dalla successiva *Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19* (2020/C 112 I/01), del 3 aprile 2020. Ma cfr. altresì, sul versante degli accordi di cooperazione tra concorrenti in pendenza della crisi pandemica, COMMISSIONE EUROPEA, *Quadro temporaneo per la valutazione delle questioni in materia di antitrust relative alla cooperazione tra imprese volta a rispondere alle situazioni di emergenza causate dall'attuale pandemia di Covid-19*, (2020/C 116 I/02), nonché, a livello nazionale, AGCM, *Comunicazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli accordi di cooperazione e l'emergenza COVID-19*, 24 aprile 2020; in tema cfr. L. ZOBOLI, *Covid-19 e regole antitrust: tra incentivi alla cooperazione e rischi collusivi*, in corso di pubblicazione su *Concorrenza e mercato*, 2020.

tense negli anni Trenta del secolo scorso, ma anche al dibattito in occasione della recessione finanziaria a livello globale esplosa nel 2008²¹. Del resto, già prima della crisi scatenata dal Covid-19 si era discusso a livello europeo della riforma del controllo delle concentrazioni per favorire il consolidamento di campioni eurounitari, come ben emerge dal Manifesto franco-tedesco di politica industriale²².

Tuttavia, un rilassamento della disciplina antitrust rischia di produrre effetti negativi permanenti e di far dimenticare che anche la politica della concorrenza è idonea a rivestire un ruolo importante per uscire dalle situazioni di crisi²³.

Il secondo fenomeno economico accentuato dalla pandemia e produttivo di conseguenze sulle tematiche antitrust è il consolidamento dei colossi digitali, per loro natura operanti in mercati non ancorati a uno specifico territorio²⁴.

Se l'attuale debolezza della nostra economia apre la discussione sulla possibilità di allentamento dei vincoli antitrust, invece l'asservimento ai mercati digitali porta con sé l'inversa richiesta di un antitrust più aggressivo.

Anche nel caso dell'operare dei *Big Tech* già prima della crisi pandemica erano sorte alcune domande, che ora però si pongono più drammaticamente. In particolare, si dubitava e si dubita dell'effettività dello strumentario antitrust rispetto allo (stra)potere di queste grandi imprese. Tant'è che negli Stati Uniti si è parlato di morte della concorrenza, o, meno drammaticamente, di *under-enforcement* della disciplina antitrust, impotente nei riguardi del potere di mercato esercitato dalle piattaforme digitali²⁵.

Principale imputata del difetto di effettività dello strumentario antitrust sarebbe la scuola di Chicago. Quest'ultima ritiene che lo scopo esclusivo dell'antitrust sia il benessere dei consumatori misurato in termini di efficienza allocativa e pone un'assoluta (ed eccessiva) fiducia nel funzionamento di meccanismi automatici di correzione del mercato. Partendo da queste premesse, essa ha cercato di dimostrare che spesso le condotte presunte anticoncorrenziali producono in realtà effetti pro-competitivi²⁶: "*predatory pricing, vertical integration, and tying arrangements never or almost never reduce consumer welfare*"²⁷.

La scuola di Chicago, affacciatasi sulla scena negli anni Settanta del secolo

²¹ A. PEZZOLI, *La politica della concorrenza ai tempi del virus e la rilegittimazione dell'intervento pubblico*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2020, p. 141 ss.; ma, ancor prima, J. FINGLETON, *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, *ivi*, 2009, p. 7 ss.; M. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza in tempi di crisi economica*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2013, p. 3 ss.

²² *Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century*, 19 febbraio 2010, in www.gouvernement.fr.

²³ L. ZOBOLI-F. GHEZZI, *L'antitrust ai tempi del Coronavirus: riflessioni sulle esperienze internazionali e sulle iniziative italiane*, in corso di pubblicazione su *Riv. soc.*, 2020.

²⁴ Sul fenomeno cfr. M. DELMASTRO-A. NICITA, *Big data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Il Mulino, Bologna, 2019.

²⁵ Rispettivamente J. TEPPER-D. HEARN, *The Myth of Capitalism. Monopolies and the Death of Competition*, Hoboken, New Jersey, 2018, e AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE (2020) in https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2020/04/AAI_StateofAntitrust2019_FINAL3.pdf. In tema cfr. anche C. OSTI-R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2019, p. 195 ss.

²⁶ Cfr., per tutti, R.H. BORK, *The Antitrust Paradox*, New York, 1978; R.A. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in *127 U. PA. L. Rev.*, 925, 932 (1979).

²⁷ D.A. CRANE, *The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy*, in *79 Antitrust L. J.*, 835, 847, 2014, 852.

scorso, continuerebbe ancora oggi – nonostante non sia più tanto in auge a livello teorico²⁸ – a influenzare l'agire delle istituzioni pubbliche statunitensi, come la *Federal Trade Commission*, il Dipartimento di giustizia e la Corte suprema²⁹.

Così le critiche sulla scarsa incisività della tutela della concorrenza nel settore dell'economia digitale hanno fornito impulso per un ripensamento di più largo respiro in ordine agli obiettivi dell'intervento antitrust. Nuove teorie si affacciano ora all'orizzonte, che, partendo dalla premessa che il fine dell'antitrust non sia promuovere l'efficienza, bensì combattere il potere e arginare la prepotenza dei monopoli, richiedono all'intervento antitrust di svolgere direttamente e attivamente di una funzione di giustizia sociale e redistributiva, come risposta all'aumento vertiginoso delle concentrazioni e rimedio all'accrescimento di disuguaglianze di reddito e ricchezza e, in ultima istanza, al malcontento sociale³⁰.

Questo è – prendendo a prestito il titolo di un saggio di Shapiro³¹ – l'antitrust in tempi di populismo, altrimenti definito “*hipster antitrust*”, che nasce appunto in un contesto di profonda insoddisfazione nei confronti delle politiche di liberalizzazione e di privatizzazione degli anni Novanta del secolo scorso e degli effetti della globalizzazione sulle fasce più deboli della popolazione³².

Di qui la proposta di sostituire la tradizionale finalità di aumentare il benessere dei consumatori in termini di efficienza allocativa con quella di ridimensionare il grado di disuguaglianza, attraverso una modifica degli standard di valutazione dell'intervento antitrust³³; oppure l'auspicio che non vengano colpite intese volte a ridurre i prezzi a beneficio dei redditi bassi, mentre siano smantellate sempre e in ogni caso le concentrazioni eccessive³⁴; o, ancora, la richiesta di valutare più severamente le concentrazioni riduttive dell'occupazione, dei salari dei lavoratori e dei loro benefici³⁵.

Qualcuno potrebbe obiettare che non c'è nulla di nuovo sotto il sole, con il consueto pendolo ideologico che oscilla tra *laissez-faire* ed equità e con il perenne interrogativo sui fini della disciplina antitrust (la libertà imprenditoriale? La tutela dei consumatori? La protezione delle piccole e medie imprese? Lo sviluppo economico? Il pluralismo imprenditoriale? La difesa del potere politico nei confronti dell'eccessiva ingerenza del potere economico?)³⁶.

²⁸ Cfr. in tal senso già H. HOVENKAMP, *Un esame dell'antitrust del dopo Chicago*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2001, p. 11 ss.

²⁹ Sull'influenza tuttora esercitata dalla scuola di Chicago a livello di istituzioni pubbliche cfr. L. KHAN, *Amazon Antitrust Paradox*, in *Yale L.J.*, 564, 3, 2017, p. 717 ss.

³⁰ Fermo restando – ma non è profilo che viene qui in discussione – che durante il *lockdown* i consumatori hanno beneficiato degli strumenti messi a disposizione delle *Big tech*, i quali hanno consentito loro di lavorare da casa o di fruire di beni anche essenziali.

³¹ C. SHAPIRO, *Antitrust in a time of Populism*, in *Int'l J. Industrial Organization*, 714, 3, 2018; in senso analogo cfr. D. ORBACH, *Antitrust Populism*, in *N.Y.U.J.L & Bus.*, 14, 1, 2017.

³² L. KHAN, *Amazon Antitrust Paradox*, cit.; sul cambio di rotta provocato dai venti populistici in ambito economico cfr. M. CLARICH, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in questa *Rivista*, n. 1/2018, p. 1 ss.

³³ A.B. ATKINSON, *Inequality: What Can Be Done?*, Harvard University Press, 2015, pp. 126-127.

³⁴ J. BAKER-S. SALOP, *Antitrust, Competition Policy, and Inequality*, in *The Georgetown Law Journal*, 104, 2015.

³⁵ R. DRYDEN-J.T. MCKEOWN-M.E. LEVITT-J. L. BERINGER, *How Antitrust will Shape M & A During the Pandemic*, in *The National Law Review*, April 29, 2020, p. 4 ss.

³⁶ Sulle varie anime della tutela della concorrenza cfr., per tutti, M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. III, Milano, 2010, p. 191 ss.

Tutto questo è vero, ma è altrettanto vero che la coesione sociale è messa particolarmente a repentaglio nell'attuale periodo storico e s'impone una reazione a questa situazione drammatica. Tuttavia, pur essendo inequivoco che il potere di mercato generi diseguaglianze, esso non è l'unica causa delle spequazioni e tanti sono gli strumenti per cercare di combattere queste ultime³⁷.

Il settore dell'economia digitale, ancora una volta, offre una prospettiva privilegiata d'indagine. Infatti, sono inusuali le modalità con cui il potere privato dei colossi digitali agisce nei confronti dei consumatori, che non subiscono tanto e solo aumenti di prezzo oppure riduzione degli output, quanto piuttosto trattamenti lesivi dei loro diritti, specie sul fronte della privacy³⁸.

Il potere esercitato dalle piattaforme tecnologiche sui dati dei consumatori inconsapevoli non necessariamente infrange la normativa antitrust e se tra le finalità dell'intervento antitrust viene fatta rientrare anche la tutela della qualità dei servizi da misurare in termini di livello di protezione dei dati degli utenti, il rischio è condurre l'antitrust in terreni cripto-regolatori, con invasioni di campo rispetto a ruolo e funzioni di altre autorità³⁹.

Quindi, da una parte, il gigantismo dei colossi digitali mostra che anche in una fase recessiva come l'attuale la concentrazione del potere economico debba essere censurata con attenzione dalle autorità antitrust, pure quando la riduzione della concorrenza parrebbe assicurare nel breve periodo un minore impatto sull'occupazione⁴⁰.

Dall'altra parte, gli strumenti giuridici appropriati d'intervento sui mercati *on line* sono altri e magari la presente drammatica situazione può essere l'occasione per ridefinirli all'insegna dell'effettività. Tra questi spiccano anzitutto le politiche fiscali, nonostante l'estrema difficoltà di tassare i redditi delle piattaforme digitali che svolgono essenzialmente attività immateriale⁴¹. O, ancora, strumenti regolatori *ex ante* a disposizione dell'utente digitale, intesi ad accrescere la consapevolezza di fronte ai rischi della tecnologia, ad aumentare la trasparenza delle transazioni e a riequilibrare la relazione tra imprese e consumatori specie con riguardo ai servizi digitali gratuiti. In questa ultima direzione si sta muovendo la Commissione europea, che ha promosso, per ora solo a livello di consultazione pubblica, un pacchetto di misure per modernizzare il quadro giuridico relativo ai servizi digitali nell'Unione (*Digital Services Act* e *Digital Markets Act*)⁴².

³⁷ (G. AMATO-R. PARDOLESI-A. NICITA-P. SABBATINI,) C. OSTI, *Tavola rotonda su J. B. Baker e S. C. Salop, Antitrust, politica della concorrenza e disuguaglianza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2016, p. 145 ss., p. 159.

³⁸ A. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016.

³⁹ R. PARDOLESI, *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2019, p. 81 ss., spec. p. 86.

⁴⁰ G. AMATO, *Il Potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Il Mulino, Bologna, 1998; A. PEZZOLI, *La politica della concorrenza*, cit., p. 151.

⁴¹ L. CARPENTERI-S. MICOSSI-P. PARASCANDOLO, *Tassazione di impresa ed economia digitale*, in *Econ. it.*, 2019, p. 65 ss.

⁴² Ma, sempre a livello europeo, si ricordino anche COMMISSIONE EUROPEA, *Un "New Deal" per i consumatori*, COM(2018) 183 final, 11 aprile 2018; EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (EDPS), *Opinion 8/2018 on the legislative package "A New Deal for Consumers"*, 5 ottobre 2018; direttiva UE 2019/2161 del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 93/13/CEE del Consiglio e le direttive 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori, del 27 novembre 2019; oltre che naturalmente al Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo

Più in generale le diseguaglianze crescenti vanno combattute con adeguate politiche sociali, che sono realizzabili solo da soggetti aventi un mandato politico, di cui l'AGCM è priva, come si è già sottolineato.

In conclusione, certamente la politica della concorrenza va resa più efficace e incisiva, ma non deve essere cambiata la sua natura, perché, riprendendo le parole di uno dei più illuminati Presidenti dell'Autorità, l'antitrust non può assumersi l'intero onere di contrastare ogni nuova manifestazione di potere privato⁴³.

alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (GDPR).

⁴³ G. AMATO, *The Neo-Antitrust. Between Ends and Means*, in *Antitrust & Public Policies*, 2019, n. 0, p. 1 ss.