

Mario Libertini è intervenuto sul tema dei rimedi contro gli illeciti antitrust.

Ha osservato come l'art. 7, Reg. 1/2003, attribuisca alla Commissione il potere di adottare rimedi specifici di qualsiasi contenuto, specificando tuttavia che i rimedi "strutturali" (dismissioni ecc.) hanno carattere eccezionale rispetto a quelli "comportamentali" e possono essere adottati solo in caso di necessità, cioè di mancanza di un rimedio comportamentale adeguato.

L'art. 9 della proposta di direttiva ECN+ non riprende questa regola della sussidiarietà dei rimedi strutturali rispetto a quelli comportamentali, ma il punto è riproposto in alcune proposte di emendamenti, che L. condivide. La ragione di disfavore verso i rimedi strutturali non sta tanto nel fatto (formale) che essi incidano sul diritto di proprietà, anziché sulla modalità di svolgimento dell'attività, quanto piuttosto nella rigidità del rimedio in sé, che comporta un alto rischio di violazione del principio di proporzionalità. I rimedi comportamentali, che portano ad una "conformazione" dell'attività da parte delle autorità antitrust, presentano anch'essi forti rischi di errore, ma si tratta normalmente di errori reversibili. Inoltre, secondo L., è opportuno dare incentivi all'affinamento della capacità delle autorità antitrust di analizzare a fondo il funzionamento dei mercati e di incidere sulle disfunzioni degli stessi con misure specifiche.

L. ha osservato poi come l'art. 10 dir. ECN+ contenga un messaggio di favore per l'ampliamento dell'ambito di applicazione delle misure cautelari da parte delle autorità di concorrenza. Questa linea è condivisa da L., secondo cui c'è ancora troppa diffidenza verso queste misure cautelari amministrative. Prevale infatti l'idea che l'intervento delle autorità antitrust debba essere circondato da forti garanzie in vista di un esito punitivo. Viceversa, secondo L. dovrebbe affermarsi l'idea che le iniziative delle autorità antitrust nascono a seguito della constatazione di qualche disfunzione nei processi concorrenziali in determinati mercati, per cui dovrebbe considerarsi normale e non eccezionale l'esigenza di una rapida e puntuale correzione di queste disfunzioni. La provvisorietà dell'intervento cautelare non dovrebbe poi fare paura: anche nell'azione delle autorità antitrust può essere saggio procedere per "tentativi ed errori", anziché puntare su grandi interventi punitivi, sperando che possano avere effetti risolutivi delle disfunzioni dei mercati.

A favore dell'adozione di rimedi cautelari gioca anche l'esperienza acquisita sul versante giudiziario, che dimostra che tali rimedi sono spesso efficaci e completi,

perché il decisore viene altamente responsabilizzato. In tal senso può dirsi che l'urgenza è buona consigliera. Secondo L. dovrebbe essere anzi prevista la possibilità di stabilizzare le decisioni cautelari, con provvedimenti d'ufficio di chiusura della procedura o anche su istanza di una o di ambedue le parti.

L. ha poi osservato come la proposta di dir. ECN+ non contenga novità di rilievo in materia di impegni. In particolare, la proposta non contiene l'indicazione di termini perentori. In questa prospettiva sarebbe opportuna una riflessione sulla disciplina nazionale italiana, che ha invece introdotto il termine perentorio di tre mesi, per una comprensibile ragione di economia dei mezzi giuridici. Però l'esperienza insegna che lo svolgimento dell'istruttoria può talora suggerire o comunque giustificare una riapertura del termine. Con la Comunicazione del 2012 l'AGCM si è riservata comunque la possibilità di consentire in ipotesi eccezionali, sulla base di una motivata e tempestiva istanza di parte, la presentazione di impegni oltre il termine sopraindicato. Ad avviso di L. sarebbe opportuno che l'AGCM facesse maggior uso di questo potere.

L. ha osservato infine che la proposta di dir. ECN+ fa salve le sanzioni penali nazionali e dispone che le ammende debbano essere *“efficaci, proporzionate e dissuasive”*, con un importo massimo fissato, dall'ordinamento nazionale, ad un livello *“non inferiore”* al 10% del fatturato mondiale dell'impresa interessata. Rimane così l'autonomia degli ordinamenti nazionali, in materia di ammende (e di misura delle a.), che è stata già sancita dall'art. 5 del Reg. 1/2003. La nuova direttiva esprime, tuttavia, un messaggio preciso nella direzione del rafforzamento dell'apparato sanzionatorio del diritto europeo della concorrenza, anche con la possibilità di aumentare i massimi edittali oltre il limite tradizionale del 10% del fatturato.

Questa parte della proposta pare a L. criticabile, anzitutto perché lontana dall'esigenza di uniformare la disciplina delle ammende nei diversi stati membri, al fine di garantire un'effettiva parità di condizioni concorrenziali. Inoltre, la politica antitrust continua ad essere condizionata dall'idea della centralità delle ammende come reazione alle disfunzioni dei mercati. In ciò si manifesta, secondo L., un'arretratezza di fondo nella concezione stessa del mercato concorrenziale: questo viene concepito come uno strumento in grado di creare un equilibrio ottimale, la cui eventuale alterazione può trovare adeguata risposta in misure repressive atte a costituire efficace deterrente. Questa idea non tiene conto delle rivoluzioni che sono intervenute nel funzionamento dei mercati capitalistici dai tempi degli economisti classici ad oggi (l'ultima quella indotta dalla rivoluzione digitale), e che hanno accentuato l'instabilità dei mercati e rendono obsoleta l'idea che possano determinarsi situazioni ottimali di equilibrio.

concorrenziale e che possano essere individuate con facilità le condotte imprenditoriali distorsive della concorrenza.