

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 5 - dicembre 2011

DISCIPLINA *ANTI*TRUST E LIMITI
ALL'INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA:
DIFFICOLTÀ DI COORDINAMENTO ALLA LUCE
DEL CASO ALITALIA

Antonia Libera Oliva

**DISCIPLINA ANTITRUSTE LIMITI ALL'INIZIATIVA
ECONOMICA PRIVATA:
DIFFICOLTÀ DI COORDINAMENTO ALLA LUCE DEL
CASO ALITALIA**

Antonia Libera Oliva

*Dottoranda di ricerca in Diritto dei mercati
nell'Università di Siena*

Attraverso la ricostruzione e l'analisi del caso Alitalia, il paper intende descrivere le dinamiche e gli equilibri intercorrenti tra la normativa nazionale posta a tutela della concorrenza e del mercato (l. 287/90) e il principio costituzionale della libertà di iniziativa economica, sancito all'art. 41 Cost., con particolare attenzione al ruolo interpretativo rivestito dalla Corte Costituzionale, in riferimento ai concetti di utilità sociale ed interesse pubblico, e a quello riservato all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Analysing the Alitalia merger case, the paper aims to describe the existing dynamics and balances between national Antitrust Law (Act 287/90) and the constitutional principle of free enterprise, sanctioned by Art. 41 of the Italian Constitutional Law, with particular attention to interpretative function of Constitutional Court, relating to the concepts of social utility and public interest, and to the role of National Competition Authority.

Sommario

1. Il caso Alitalia: contesto, cause della crisi e soluzione
2. Contesto normativo
3. Aiuti di salvataggio e aiuti di ristrutturazione
- 3.1. Disciplina dell'amministrazione straordinaria e ordinamento comunitario
- 3.2. Lo storico interesse della Commissione europea nel caso Alitalia
4. Il caso Alitalia: dal provvedimento dell'AGCM alla Corte costituzionale
- 4.1. L'art. 4, c. 4-*quinquies* e il provvedimento dell'AGCM
- 4.2. Concentrazioni e decisioni delle Autorità Garanti
- 4.3. I ricorsi davanti al Tar Lazio e la questione di costituzionalità
5. La pronuncia della Corte costituzionale
6. Critiche alla decisione della Consulta: la marginalizzazione del ruolo dell'AGCM e il contesto europeo

1. Il caso Alitalia: contesto, cause della crisi e soluzione

Il caso Alitalia si situa in una difficile fase dell'economia italiana e globale, rappresentando l'ennesimo, eclatante fallimento di una delle più grandi imprese nazionali, dopo quello di Cirio e Parmalat. Per le ultime due, il crollo era imputabile a politiche di crescita del gruppo sbagliate che, a fronte di una redditività operativa insufficiente a sostenere l'indebitamento, hanno fatto ricorso, quasi esclusivamente, all'emissione di titoli di debito; per Alitalia, verosimilmente dovuto ad una gestione sotto più profili negligente. In ciascuno di questi casi, tuttavia, l'emersione pubblica della crisi è stata ritardata attraverso la catalizzazione di un consenso diffuso, procurato da una gestione piegata all'interesse dell'azionista di maggioranza (pubblico), nonostante il danno, con ciò procurato, agli interessi degli investitori privati¹. In particolare, venendo al caso Alitalia, a seguito del clamoroso crack della nostra compagnia di bandiera, l'intervenuta modifica legislativa sull'amministrazione straordinaria ha consentito di assicurare la prosecuzione dell'attività imprenditoriale in crisi, tutelando *in primis* i lavoratori, a discapito della protezione della concorrenza e del mercato, autorizzando una pericolosa, poiché potenzialmente anticoncorrenziale, operazione di concentrazione delle due principali compagnie aeree italiane, Alitalia ed Air One. I soggetti protagonisti della discussa operazione di concentrazione sono la nostra compagnia di bandiera, Air One e la società CAI. Alitalia è una società per azioni quotata in borsa, il cui controllo è detenuto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, che possiede il 49,9% del capitale sociale, mentre la restante parte di tale capitale è detenuto da soggetti privati; la società esercita l'attività di trasporto aereo di persone e merci, nazionale e internazionale. In data 29 agosto 2008 Alitalia veniva ammessa in amministrazione straordinaria, e, in data 5 settembre 2008, il Tribunale di Roma ne dichiarava lo stato di insolvenza. Air One è una società attiva nel trasporto aereo di passeggeri a livello nazionale e internazionale. Il capitale sociale di Air One è detenuto per il 99,9% dalla società Toto Costruzioni Generali, a sua volta riconducibile alla famiglia Toto.

¹ NUZZO, *Parmalat, Alitalia e simili: occupazione, risparmio e via italiana nella gestione delle crisi d'impresa*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 110.

Nel novembre 2008, il Commissario straordinario di Alitalia accetta un'offerta di acquisto, consistente nell'integrazione dei due principali operatori del mercato domestico italiano nella nuova compagnia aerea CAI, società tutta italiana il cui capitale è ripartito tra numerose persone giuridiche, avente ad oggetto l'esercizio di linee e collegamenti aerei per il trasporto di persone e cose in Italia, fra l'Italia e i Paesi esteri e in Paesi esteri. In ragione delle disposizioni statutarie, nessun azionista di CAI può esercitare, singolarmente o congiuntamente, un'influenza determinante sull'azienda.

2. Contesto normativo

Il d.l. 28 agosto 2008, n. 134 ha riformato l'amministrazione straordinaria nel nostro ordinamento, introducendo un comma 4-*quiquies* nell'art. 4 del d.l. 347/2003, prevedendo che *«per le operazioni di concentrazione effettuate entro il 30 giugno 2009 da grandi imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, sottoposte ad amministrazione straordinaria, è esclusa la necessità di autorizzazione da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato»*.

Per quanto la norma sia stata formulata apparentemente in modo generico, riferendosi potenzialmente ad ogni operazione di concentrazione realizzata entro un determinato termine, e che riguardi imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, poste in amministrazione straordinaria, è evidente che, di fatto, a possedere le caratteristiche richieste ai fini dell'applicazione dell'art. 4, c. 4-*quiquies* fosse solo Alitalia.

Lo stesso decreto 134/2008 è stato ribattezzato "decreto Alitalia", a conferma del fatto che si sia trattato di un intervento *ad hoc*, pensato per fronteggiare e gestire una situazione molto particolare, stante la delicatezza degli interessi coinvolti, pubblici e privati, il settore di servizi interessato dalla crisi (quello del trasporto aereo), la centralità nell'economia italiana della protagonista del crack finanziario.

La disposizione incriminata, l'art. 4, c. 4-*quiquies*, è stata adottata sulla base dell'art. 25 della legge 287 del 1990 (intitolata *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*), disposizione che costituisce un compromesso tra una soluzione dirigistica, che avrebbe visto il Governo come arbitro unico, e

una liberista, che avrebbe attribuito forti poteri all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito AGCM), prevedendo che per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale, ma garantendo pur sempre la tutela della concorrenza, il Governo possa autorizzare, eccezionalmente, operazioni di concentrazione, vietate ai sensi dell'art. 6 della legge citata, attribuendo all'AGCM poteri di concreta attuazione della norma derogatoria.

Tale norma non era mai stata applicata, in assenza della cornice regolatoria, prevista dallo stesso art. 25, che avrebbe consentito all'AGCM di attuare il regime di deroga. Il presidente dell'AGCM ne auspicava, già dal 2005, un'elaborazione, paventando interventi estemporanei e particolari, che avrebbero soltanto danneggiato il sistema economico. Tale timore si è per l'appunto materializzato nella recente vicenda Alitalia.

La citata legge 287/90 all'art. 1 definisce il suo ambito di applicazione, quale legge di attuazione dell'art. 41 della Costituzione, a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica. L'art. 41 della Costituzione sancisce la libertà dell'iniziativa economica privata, ponendo come limite, oltre al rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana, anche l'utilità sociale. L'utilità sociale, così come i fini sociali, di cui parla l'ultimo comma della medesima disposizione, sono concetti molto vaghi e poco definiti, su cui la Consulta ha tentato più volte di fare luce nelle sue pronunce.

Al riguardo, già in una decisione del 1982, la Corte costituzionale poneva l'accento sul fatto che la libertà di concorrenza dovrebbe, da un lato, integrare la libertà di iniziativa economica, che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, proteggere la collettività, garantendo con la concorrenza prodotti di qualità a prezzi concorrenziali (sent. 223/1982)². Poiché l'autonomia privata e la concorrenza non ricevono dall'ordinamento "una protezione assoluta" (sent. 279/2006)³, occorre ponderare i valori in gioco, bilanciando le esigenze di utilità sociale con la concorrenza, attraverso misure che non siano palesemente incongrue (sent. 152/2010)⁴, anche

² *Foro it.*, 1983, I, 12.

³ *Foro it.*, 2007, I, 1066.

⁴ *Foro it.*, 2010, I, 1681.

con riguardo al carattere temporalmente limitato delle stesse (sent. 94/2009)⁵. La necessità che dette misure siano ragionevoli e non realizzino un'ingiustificata disparità di trattamento rende chiara la correlazione tra gli artt. 3 e 41 Cost. Diviene così particolarmente delicato e complesso bilanciare la libertà di concorrenza e l'utilità sociale, che ne consentirebbe una limitazione.

La legge 287/90 sembra evidenziare alcuni di tali limiti, definendoli in misura più nitida; e così, quando un'operazione di concentrazione (come definita all'art. 5)⁶ superi determinate soglie di fatturato, va comunicata all'AGCM, che può avviare un'istruttoria, all'esito della quale vieta l'operazione o dispone misure a salvaguardia della concorrenza.

Si comprende, in riferimento al caso Alitalia, la delicatezza degli interessi in gioco e la difficoltà di armonizzare il sistema introdotto dall'art. 4, c. 4-*quinquies*, che priva l'AGCM del suo potere autorizzatorio, con il contenuto normativo dell'art. 41 Cost. e con i principi della concorrenza e del libero mercato, a livello nazionale e comunitario.

Sorgono spontanei alcuni interrogativi: se la Costituzione imponga uno specifico modello di economia; fino a che punto l'economia dipenda dal sistema della carta costituzionale; nonché

⁵ *Giur. costit.*, 2009, 833.

⁶ Art. 5: *Operazioni di concentrazione.*

1. *L'operazione di concentrazione si realizza:*

a) *quando due o più imprese procedono a fusione;*

b) *quando uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa ovvero una o più imprese acquisiscono direttamente od indirettamente, sia mediante acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese;*

c) *quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune.*

2. *L'assunzione del controllo di un'impresa non si verifica nel caso in cui una banca o un istituto finanziario acquisti, all'atto della costituzione di un'impresa o dell'aumento del suo capitale, partecipazioni in tale impresa al fine di rivenderle sul mercato, a condizione che durante il periodo di possesso di dette partecipazioni, comunque non superiore a ventiquattro mesi, non eserciti i diritti di voto inerenti alle partecipazioni stesse.*

3. *Le operazioni aventi quale oggetto o effetto principale il coordinamento del comportamento di imprese indipendenti non danno luogo ad una concentrazione.*

che tipo di incidenza abbiano le pronunce e gli orientamenti della Corte di Giustizia dell'Unione europea, paladina del sistema del libero mercato e della concorrenza tra gli Stati membri⁷.

3. Aiuti di salvataggio e aiuti di ristrutturazione

3.1. Disciplina dell'amministrazione straordinaria e ordinamento comunitario

A questo punto parrebbe opportuno, ad avviso di chi scrive, contestualizzare il caso Alitalia anche in una dimensione di respiro europeo, alla luce delle posizioni espresse negli anni da Corte di Giustizia e Commissione su casi analoghi, nonché con riguardo alla nostra stessa compagnia di bandiera.

Con l'introduzione della disciplina dell'amministrazione straordinaria della grandi imprese in crisi in stato di insolvenza⁸, sono stati mossi molti dubbi sulla compatibilità della normativa nazionale con la legislazione sugli aiuti di stato, contenuta negli artt. 87 e 88 TCE (ora artt. 107 e 108 TUE), confermati dalle pronunce della Corte di Giustizia e della Commissione.

La Corte europea, infatti, nelle pronunce *Ecotrade* e *Piaggio*⁹, ha espresso la propria posizione sulla summenzionata procedura, ritenendo che si fosse in presenza di un aiuto di Stato vietato se un'impresa fosse autorizzata a continuare la sua attività economica in circostanze in cui una tale eventualità sarebbe stata esclusa nell'ambito dell'applicazione delle regole normalmente vigenti in materia di fallimento; la normativa sull'amministrazione straordinaria, secondo la Corte, non integra di per sé un aiuto di Stato vietato, situazione che si verifica solo se l'ammissione in amministrazione straordinaria e la continuazione dell'attività economica dell'impresa abbiano effettivamente comportato oneri supplementari per lo Stato (per

⁷ SPUNTARELLI, *Poteri pubblici e costituzione dell'economia nel "singolare" caso Alitalia*, in *Foro amm. Tar*, 2009, 1444.

⁸ D.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito con modifiche nella l. 3 aprile 1979, n. 95 (cosiddetta "legge Prodi").

⁹ *Ecotrade c. Altiforni e Ferriere di Sevola*, C-200/97, 1° dicembre 1998, in *Racc.*, I, 7907; *Rinaldo Piaggio c. Ifitalia*, C-295/97, 17 giugno 1999, in *Racc.*, I, 3735.

esempio nell'ipotesi in cui Stato o altri enti pubblici figurino quali principali creditori di un'impresa in crisi).

La valutazione spetta in concreto al giudice nazionale, chiamato ad analizzare gli effetti pratici conseguenti all'ammissione in amministrazione straordinaria, confrontandoli con quelli che si sarebbero avuti nel caso di applicazione della ordinaria disciplina sul fallimento.

3.2. Lo storico interesse della Commissione europea nel caso Alitalia

L'interesse della Commissione europea è stato e resta costantemente acceso nei confronti della *dolorosa istoria* della nostra compagnia di bandiera¹⁰: tra aiuti al salvataggio e aiuti alla ristrutturazione, dal 1997 ad oggi, l'Europa si è più volte espressa sulla compatibilità delle politiche di finanziamento della nostra compagnia di bandiera con la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato.

In materia di sovvenzioni di Stato, la Commissione ha riassunto la propria posizione negli *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*, del 1° ottobre 2004¹¹, e, per quanto concerne il settore dell'aviazione civile, negli *Orientamenti comunitari sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato CE e dell'articolo 61 dell'accordo SEE agli aiuti di Stato nel settore dell'aviazione*, del 10 dicembre 1994¹².

Gli aiuti per il salvataggio sono, a dire della Commissione, una *forma di assistenza temporanea e reversibile*. La finalità precipua di tali aiuti è quella di mantenere in attività un'impresa in difficoltà, nel periodo necessario ad elaborare un piano di ristrutturazione. Gli aiuti per la ristrutturazione, in cui gli aiuti per il salvataggio possono convertirsi, si basano sull'esistenza di un piano di ristrutturazione, consistente nella riorganizzazione delle attività produttive, nella redistribuzione delle risorse di

¹⁰ OSTI, *Alitalia: la dolorosa istoria*, in *Mercato concorrenza regole*, 2008, 317 ss.

¹¹ G.U. U.E. C 244 del 1 ottobre 2004.

¹² G.U. U.E. C 350 del 10 dicembre 1994.

produzione e nell'abbandono delle attività non più redditizie, purché l'accordo sia chiaramente diretto ad eliminare le cause che hanno prodotto la crisi, e non solo a fornire una temporanea integrazione delle perdite registrate. La Commissione conferma, comunque, il carattere assolutamente eccezionale degli aiuti alla ristrutturazione, ciascuno dei quali potrà essere concesso una volta sola e solo dopo che siano decorsi dieci anni almeno dalla concessione dell'aiuto per il salvataggio, ovvero dalla fine della realizzazione del piano di ristrutturazione.

Il finanziamento concesso alla nostra compagnia di bandiera nell'aprile 2008, nell'ambito del crack finanziario che ha interessato Alitalia, è un prestito "ponte", giuridicamente qualificato dalla Commissione come aiuto alla ristrutturazione, ritenuto illegale e, pertanto, da recuperare entro quattro mesi dalla notifica della decisione¹⁵. Al paragrafo 16 della decisione, la Commissione afferma che il Governo, concedendo il prestito suddetto, non si sarebbe comportato *«come un azionista avveduto che persegue una politica generale o settoriale, poiché guidato da prospettive di redditività dei capitali investiti a più lungo termine rispetto a quelle di un investitore comune»*; inoltre, al paragrafo successivo, si legge che l'aiuto dava ad Alitalia *«un vantaggio economico che non avrebbe avuto in normali condizioni di mercato»*. In ogni caso la nostra compagnia di bandiera aveva già beneficiato di aiuti per il salvataggio e per la ristrutturazione¹⁴.

Secondo la Commissione, il problema concorrenziale degli aiuti alle imprese in difficoltà, con particolare riferimento agli aiuti di ristrutturazione, sta nel fatto che questi possono creare una disparità di trattamento rispetto ad altri produttori che riescono ad operare senza aiuti, nonché rispetto ad altri Stati membri, con un grave *vulnus* alla concorrenza.

È stato sostenuto che la tutela concorrenza, pregiudicata da tali aiuti alla ristrutturazione, non vada inquadrata nell'ambito della disciplina *antitrust*, in riferimento alla quale il fatto che un operatore del mercato possa non gradire l'azione di un suo

¹⁵ Decisione della Commissione n. C26/08 del 12 novembre 2008.

¹⁴ BONINI, *Caso Alitalia: ricostruzione della vicenda alla luce della disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato e sul mercato comune*, in *Rivista it. diritto pubblico comunitario*, 2009, 787.

concorrente è segno che la concorrenza funzioni; ma, al contrario, la disciplina di riferimento sarebbe, forse più correttamente, quella della concorrenza sleale.

Infatti, l'impresa in difficoltà che beneficia di sovvenzioni statali, da una parte, e lo Stato che sussidia tale impresa, dall'altra, commettono un atto di concorrenza sleale se l'aiuto sussidiato non è distribuito in modo efficiente, se la crisi non potrebbe essere sanata attraverso la "mano invisibile" del mercato, per cui si mantiene sul mercato un'impresa che, senza aiuti, ne sarebbe naturalmente uscita.

Nel caso Alitalia, i concorrenti slealmente toccati dall'azione della nostra compagnia di bandiera sarebbero Air One, all'interno del mercato nazionale, Air France, British Airways e simili, nel mercato internazionale; ma, nel caso di specie, per differenti motivi, nessuno di tali soggetti può dirsi realmente danneggiato dall'operazione di risanamento Alitalia: in particolare, le citate compagnie straniere rivestono sui rispettivi mercati nazionali una posizione molto più forte e stabilmente preponderante rispetto a quella che Alitalia riveste nel mercato nazionale; allo stesso modo, tali compagnie padroneggiano sulle rotte intercontinentali, dove la nostra compagnia di bandiera è comunque debole¹⁵.

La posizione citata, sulla quale potrebbe essere interessante riflettere, nel mettere fortemente in discussione l'opportunità e l'utilità di interventi della Commissione sulle operazioni di risanamento di una grande compagnia di bandiera, risente probabilmente della sfiducia nelle istituzioni comunitarie (l'autore scrive a distanza di breve tempo dalla bocciatura della Costituzione europea da parte di Francia, Olanda e Irlanda), soffermandosi sull'effettiva assenza di legittimazione politica della Commissione e auspicando la creazione di una politica economica federale.

¹⁵ OSTI, *cit.*

4. Il caso Alitalia: dal provvedimento dell'AGCM alla Corte costituzionale

4.1. L'art. 4, c. 4-*quinquies* e il provvedimento dell'AGCM

A seguito della fallita trattativa con Air France, interessata all'intero complesso aziendale per un prezzo complessivo di quasi 3 miliardi di euro, il Piano Fenice, proposto dal gruppo CAI per salvare la nostra compagnia di bandiera e consistente, come già accennato, nella realizzazione di un'operazione di concentrazione tra Alitalia e Air One, al prezzo di acquisto di 400 milioni di euro per la sola *good company*, viene notificato all'AGCM, ex art. 4, c. 4-*quinquies* del d.l. 134/08.

Tale ultima disposizione, in attuazione dell'art. 25 della legge 287/90, sottrae all'Autorità Garante il controllo preventivo sulle operazioni di concentrazione, all'esito di un'attività istruttoria, ordinariamente attribuite dall'art. 16 della legge citata, per valutare, se vi sia il rischio concreto di costituzione, rafforzamento o abuso di una posizione dominante sul mercato, tale da ridurre o falsare la concorrenza.

Tralasciando per un attimo la disciplina eccezionale introdotta, vale la pena ricordare che l'Autorità dispone, di regola, di ampi poteri discrezionali, al fine di compiere una valutazione in prospettiva dei potenziali rischi anticoncorrenziali di un'operazione. All'esito dell'istruttoria, l'AGCM emette un provvedimento con cui vieta una concentrazione considerata anticoncorrenziale, o la autorizza, prescrivendo eventualmente le misure comportamentali del caso, per impedire effetti anticoncorrenziali. Tale normativa nazionale si applica se, e fintantoché, il rischio di attività anticoncorrenziali sia circoscritto a livello nazionale; nel caso di ripercussioni transfrontaliere sulla concorrenza, infatti, entra in gioco la disciplina comunitaria sulle intese e gli abusi di posizione dominante (artt. 101 e 102 TUE).

Invocando l'esistenza dei *rilevanti interessi generali dell'economia nazionale*, richiamati dall'art. 25 della l. 287/90, il Legislatore italiano, senza peraltro illustrare le modalità di individuazione di tale preminenza dell'interesse generale, ha ritenuto che le operazioni di concentrazione previste nel Piano Fenice potessero legittimamente comprimere il potere di valutazione ordinariamente attribuito all'AGCM dalla normativa *antitrust* nazionale.

In esecuzione della procedura introdotta dall'art. 4, comma 4 - *quinquies*, quindi, l'operazione di concentrazione Alitalia-Air One veniva notificata all'AGCM che, privata dei poteri autorizzatori, poteva unicamente, nei trenta giorni successivi alla notificazione, disporre un'integrazione delle misure già previste nell'ambito del Piano Fenice, per ridurre effetti anticoncorrenziali a danno dei consumatori, fissando altresì un termine, non inferiore a tre anni, entro il quale le operazioni di monopolio eventualmente determinate sarebbero dovute cessare.

Pertanto, a seguito della notificazione dell'operazione, l'AGCM, con provvedimento n. 19248 del 2009¹⁶, preso atto del contenuto e delle modalità di attuazione dell'operazione, disponeva le seguenti misure comportamentali, da osservarsi fino al 31 dicembre 2011, termine massimo entro il quale si sarebbero dovuti verificare gli effetti della concentrazione sugli equilibri di mercato, stabilendo un termine massimo entro il quale rimuoverli: in primo luogo, accoglieva la misura proposta dalla stessa CAI, in ordine all'impegno a garantire su tutte le rotte piena ed ampia copertura del proprio programma di fidelizzazione *frequent flyer*.

Disponeva, secondariamente, misure atte a limitare l'esercizio del potere di mercato della nuova compagnia aerea, tra cui: il mantenimento di un'articolazione dei listini che assicurasse ampia copertura rispetto a tutti i segmenti di mercato e tale da garantire, su ogni volo, la disponibilità di almeno il 10% dei biglietti alla tariffa *economy*; la garanzia del pagamento di un adeguato indennizzo in caso di cancellazione del volo, per i passeggeri che non ricevessero adeguata riprotezione, o nel caso di ritardo prolungato del volo. Prevedeva, infine, un programma di trasparenza e gratuita informazione e assistenza, attivando un numero verde gratuito. Il potere dell'AGCM è limitato, quindi, alla previsione di misure che limitino i danni dell'operazione per i consumatori, senza alcuna possibilità di disporre misure a tutela delle imprese concorrenti.

Dalla sintetica descrizione della procedura introdotta dal discusso art. 4, c. 4-*quinquies*, risulta *in primis* opinabile e discutibile la scelta di attribuire all'AGCM poteri limitati alla disposizione di misure di integrazione meramente

¹⁶ Pubblicato sul Bollettino n. 46 del 12 gennaio 2009.

comportamentali e non anche strutturali, quali, ad esempio, la cessione di rami d'azienda, che sarebbero sicuramente più efficienti, al fine di eliminare effetti anticoncorrenziali dannosi dell'operazione.

Per quanto riguarda, invece, le eventuali posizioni di monopolio derivanti dalla concentrazione, che dovessero persistere alla scadenza del termine minimo di tre anni previsto dalla norma, non è chiaro se l'AGCM abbia o no i poteri necessari a limitare il potere di mercato dell'impresa in posizione dominante, o no¹⁷.

4.2. Concentrazioni e decisioni delle Autorità garanti

Per quanto l'AGCM, nel provvedimento citato, neghi che l'operazione abbia dimensioni comunitarie, ai fini del controllo sulle operazioni di concentrazione, motivando tale affermazione in ragione della natura dei soggetti coinvolti nell'operazione (Alitalia e Air One) viene comunque naturale riflettere sui problemi di conciliazione tra l'esigenza di salvare un'impresa in crisi e il rispetto della normativa *antitrust*, nazionale e comunitaria.

Le Autorità *antritrust*, per valutare gli effetti di una concentrazione sui mercati interessati, hanno spesso fatto riferimento alla nozione di *failing firm defense*, ovvero "concentrazione di salvataggio". Tale concetto è stato elaborato dalla giurisprudenza nord-americana ed utilizzato per la prima volta dalla Commissione europea all'inizio degli anni '90, nel caso *Kali und Salz*¹⁸, in cui si è concluso che un'operazione non debba essere vietata ogni qual volta il deterioramento della struttura competitiva risultante dalla concentrazione di sarebbe verificato comunque, anche a prescindere dalla realizzazione della concentrazione, a seguito del fallimento dell'impresa oggetto di acquisizione e della sua uscita dal mercato. Ogni concentrazione presuppone l'esistenza di un nesso di causalità diretta tra l'operazione sottoposta al vaglio dell'Autorità e le modifiche strutturali del mercato che da essa derivino e deve

¹⁷ OLIVIERI - PEZZOLI, *L'antitrust e le sirene della crisi*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2009, 128.

¹⁸ Decisione 14 dicembre 1993, in G.U.C.E., L186 del 21/7/1994.

essere vietata se e soltanto se si ritenga altamente probabile che sia la causa efficiente delle variazioni del mercato, che altrimenti non si sarebbero verificate.

Qualora l'impresa versi in uno stato di crisi irreversibile, tale da determinarne a breve l'uscita dal mercato, se non vi sono soluzioni alternative ad un'operazione di concentrazione per evitarne l'uscita, allora la creazione di una posizione dominante rappresenta la soluzione più efficiente per il mercato; in tal senso ha deciso la Corte nel caso *NewsCorp/Telepiù*¹⁹, autorizzando, nel rispetto di stringenti misure di natura comportamentale e strutturale, la concentrazione tra Telepiù e Stream, consentendo la costituzione di Sky, in posizione di sostanziale monopolio nel mercato italiano della *pay-tv*. Accanto a questo strumento, che viene gestito dalle autorità, nella legislazione dell'Unione Europea e in diverse legislazioni nazionali, sono contemplati meccanismi che intendono far fronte a situazioni particolari, mettendo in secondo piano il ruolo delle autorità stesse.

A livello comunitario, in materia di concentrazioni bancarie, il Governo britannico ha autorizzato una concentrazione tra i *Lloyds* e la *HBOS*²⁰, nonostante i rischi concorrenziali insiti nell'operazione, al fine di salvare l'impresa acquisita da un ormai ineludibile fallimento.

Il diritto *antitrust*, sia esso comunitario o nazionale, se correttamente applicato, contiene tutti gli strumenti atti a consentire un'adeguata valutazione della crisi di impresa e ad evitare che, operazioni di concentrazione con finalità di salvataggio, comportino restrizioni non giustificate della concorrenza a danno dei consumatori²¹.

Viene legittimamente da interrogarsi se il Legislatore italiano, con la scelta normativa dell'intervento *ad hoc* per il caso Alitalia, abbia fatto un uso opportuno ed efficiente degli strumenti del diritto nazionale *antitrust* fornitigli dalla l. 287/90.

¹⁹ Decisione 2 aprile 2003, disponibile sul sito: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2876_en.pdf

²⁰ Decisione 31 ottobre 2008, disponibile in lingua originale sul sito www.berr.gov.uk/files/file48745.pdf

²¹ OLIVIERI - PEZZOLI, *cit.*.

4.3. I ricorsi davanti al Tar Lazio e la questione di costituzionalità

Con le ordinanze n. 682, 683 e 684 del 27 maggio 2009²², il Tar Lazio si pronuncia sui ricorsi rispettivamente proposti da Federconsumatori e da Meridiana ed Eurofly, con i quali si sostiene l'illegittimità del provvedimento dell'AGCM, chiedendone l'annullamento, per contrarietà dell'art. 4, c. 4-*quinquies* agli artt. 3, 41 e 117 Cost, nonché per la violazione degli artt. 81, 82 e 86 TCE. I ricorrenti deducevano, in particolare, che il congelamento dei poteri dell'Autorità Garante, violasse le norme costituzionali (l'atto è illegittimo in quanto è stato emesso sulla base di norma costituzionalmente illegittima) e comunitarie indicate.

Il Tar Lazio analizza dapprima la presunta contrarietà della normativa alle disposizioni del Trattato CE: in particolare, esclude la violazione dell'art. 81 TCE, in quanto non pertinente al caso di specie, poiché tale norma ha ad oggetto le intese e gli accordi tra le imprese che abbiano come effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato. Parimenti, secondo il Tar Lazio, non sussiste violazione dell'art. 82 TCE, che sanziona l'abuso di posizione dominante, poiché la normativa italiana, investita da questione di incostituzionalità, non deroga quella comunitaria, ma ne fa espressamente salvi gli effetti, richiamandosi, altresì, all'art. 3 della l. 287/90, articolo che rappresenta la trasposizione, sul piano nazionale, dell'art. 82 TCE; per il Tar Lazio. Conclusivamente, un rafforzamento di posizione dominante non equivale necessariamente ad un abuso.

Secondo il Tar Lazio, la normativa nazionale non inibisce in assoluto i controlli a tutela della concorrenza e del mercato, ma ne disciplina transitoriamente il loro esercizio con modalità diverse, escludendo l'esigenza di un'autorizzazione preventiva all'operazione da parte dell'AGCM; resta ferma, infatti, l'applicazione degli artt. 2 e 3 della l. 287/90; né può ritenersi contraria all'art. 86 TCE, il quale non esclude che gli Stati membri possano riconoscere diritti speciali, purché giustificati dall'esigenza di tutela di interessi nazionali e a patto che non si

²² Tutte riportate in *Foro it., Le banche dati*, archivio *Merito extra*.

crei contrasto con i principi del Trattato CE. Nessuna direttiva o decisione è stata poi rivolta dalla Commissione all'Italia, come previsto dall'art. 86, par. 3 TCE, in esercizio del potere di vigilanza ivi previsto.

Per quanto riguarda, invece, la contrarietà dell'art. 4, c. 4-*quinquies* alla Costituzione, il Tar Lazio osserva, con specifico riferimento all'art. 3 Cost., che la norma in esame rappresenta un tipico caso di legge provvedimento, poiché, pur avendo un contenuto particolare e concreto, è potenzialmente diretta ad un numero indefinito di soggetti. La Corte costituzionale ha più volte chiarito che non è precluso alla legge ordinaria di disciplinare materie normalmente affidate all'Autorità amministrativa, non sussistendo un divieto codificato di adozione di leggi a contenuto particolare e concreto, né, tanto meno, una riserva di amministrazione.

Tuttavia, l'attuazione del principio di uguaglianza, sancito all'art. 3 della nostra carta costituzionale, richiede che, qualora il Legislatore faccia ricorso alla legge provvedimento, debba applicare con particolare rigore il canone della ragionevolezza, motivando e descrivendo i criteri ai quali sono ispirate le scelte e le relative modalità di attuazione per evitare delle discriminazioni arbitrarie. Nel caso di specie, per quanto la disposizione non si sostituisca al provvedimento amministrativo, che viceversa viene adottato dall'AGCM, tuttavia il Legislatore ne esaurisce i margini di discrezionalità.

L'art. 4, c. 4-*quinquies*, stabilisce che le operazioni di concentrazione *de quibus* rispondono a non meglio precisati "*preminente interessi generali*" e sono escluse dall'obbligo di autorizzazione preventiva dell'AGCM. Secondo il Tar Lazio, tale previsione non rispetta l'art. 3 della Costituzione poiché non spiega quali siano i valori costituzionali perseguiti che, in un ottica di bilanciamento, possano giustificare il sacrificio di altro valore costituzionale che è la libertà di concorrenza tutelata dall'art. 41 Cost. La norma non dà conto di quali siano tali preminenti interessi generali, né del perché debbano prevalere sulla libertà di concorrenza; il fatto che si tratti di servizi pubblici essenziali non giustifica di per sé la deroga alla disciplina ordinaria in materia di controllo sulle concentrazioni, poiché non si capisce, scrive il Tar, «perché tale risultato debba essere perseguito attraverso una norma discriminatoria per gli altri operatori del settore aereo che forniscono lo stesso servizio

pubblico essenziale e lesiva del principio di tutela della libertà di concorrenza» (ord. 682/09). Oltre che l'art. 3, la norma impugnata, secondo il Tar Lazio, ponendosi in aperto contrasto con la disciplina della l. 287/90, viola l'art. 41 Cost, di cui la legge nazionale rappresenta l'attuazione.

Pertanto, il giudice amministrativo rinvia la questione al giudice di legittimità, paventando la violazione degli artt. 3 e 41 della Costituzione: «a fronte dell'utilizzo della legge singolare che incide sull'oggetto 'economia' in modo anticoncorrenziale, da altri denominata legge 'fotografia', la Corte costituzionale ha il compito di sindacarne la legittimità e di annullarla per violazione dei principi costituzionali *antitrust*, analogamente a quanto fa il giudice amministrativo nell'ipotesi in cui annulla per violazione del principio di concorrenza i bandi-fotografia volti ad individuare uno specifico concorrente come vincitore»²⁵.

5. La pronuncia della Corte costituzionale

La Corte Costituzionale, investita della questione, con sentenza 22 luglio 2010, n. 270²⁴, ha statuito nel senso dell'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, c. 4-*quinquies*, non integrandosi alcuna violazione degli artt. 3 e 41 Cost.

Sulla natura di legge provvedimento della disposizione impugnata, e la conseguente violazione dell'art. 3 Cost., la Corte osserva che, per quanto non vi siano dubbi sulla natura provvedimentale della norma, il Legislatore non sarebbe tenuto ad una motivazione in senso tecnico dei motivi che lo hanno indotto ad adottare una legge-provvedimento, non essendo la motivazione componente identificativa dello strumento legislativo, ma è sufficiente che gli interessi oggetto di tutela e la *ratio* della norma siano desumibili dalla norma stessa, anche in via interpretativa, in base agli ordinari strumenti ermeneutici.

I concetti di "utilità sociale" e "fine sociale", richiamati all'art. 41 Cost., che giustificano una limitazione del principio della libertà di concorrenza, non devono necessariamente risultare da ragioni

²⁵ SPUNTARELLI, *cit.*, 1455.

²⁴ *Foro it.*, 2010, I, 2901, con nota di PALMIERI - PARDOLESI.

contenute in dichiarazioni espresse del Legislatore; il giudizio in ordine all'utilità sociale, alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere sui diritti dell'iniziativa economica privata, concerne solo la rilevanza dell'intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo.

I summenzionati concetti devono essere bilanciati con la libertà di iniziativa economica: a tal fine, all'AGCM si demanda *«una valutazione prevalentemente economica, che resta coerente con la natura tecnica e indipendente dell'Autorità, in quanto limitata alla verifica del perseguimento dei cosiddetti obiettivi economici del mercato, in particolare del suo assetto concorrenziale»*.

Nel caso di specie, tuttavia, osserva la Corte, entrano in gioco interessi generali che vengono valutati alla luce di principi comunitari espressi nel Regolamento del 20 gennaio 2004, n. 139/04 (*Regolamento Comunitario sulle concentrazioni*), il quale consente all'interprete nazionale di valutare la convenienza e l'efficienza di una concentrazione per il mercato nazionale. Il criterio di valutazione fondato sul test di efficienza *«è che i consumatori non devono ritrovarsi in una situazione peggiore a seguito della concentrazione»*; *«a tal fine, i miglioramenti di efficienza devono essere considerevoli e tempestivi e, in linea di principio, apportare dei vantaggi ai consumatori in quei mercati rilevanti nei quali sarebbero altrimenti probabili problemi sotto il profilo della concorrenza»* (*Orientamenti della Commissione* del 1° ottobre 2004, paragrafo 79).

Una concentrazione valutata negativamente può, inoltre, essere ritenuta *«compatibile con il mercato comune, se una delle imprese partecipanti alla concentrazione versò in stato di crisi»*, in base ad un apprezzamento condotto sulla scorta di criteri prestabiliti (*Orientamenti*, paragrafi 89-90). Peraltro, anche anteriormente al regolamento n. 139/04, la circostanza che l'impresa da salvare potesse rischiare altrimenti di uscire dal mercato è stata ritenuta un fattore suscettibile di positiva valutazione. Il citato regolamento presuppone, poi, l'esistenza di norme *antitrust* nazionali, ma non necessariamente di norme che impongono l'autorizzazione preventiva alle concentrazioni.

Per di più, le legislazioni *antitrust* di diversi Stati membri, quali Francia, Germania e Regno Unito, prevedono la possibilità di sottrarre all'Autorità garante il controllo preventivo sulle concentrazioni. Tali operazioni possono essere valutate, prosegue

la Corte, in modo molto più elastico rispetto ad altre operazioni di mercato, per le efficienze di gran lunga positive che possono generare.

Secondo la Corte, quindi, l'art. 4, c. 4-*quiquies* realizzerebbe il contemperamento di interessi tra la libertà di iniziativa economica e l'utilità generale, giustificando la compressione della prima attraverso il ricorso ai preminenti interessi generali, non peccando di ragionevolezza la disposizione, per diversi motivi: prima di tutto poiché inserita in un decreto legge che per sua stessa natura presuppone un'urgenza e una necessità di provvedere; tale urgenza è rappresentata dalla crisi di un'impresa, Alitalia, operante nel settore dei servizi pubblici essenziali; l'operazione è temporalmente limitata, proprio in ragione della esigenza di fronteggiare la crisi profilatasi e funzionale, quindi, alla sua risoluzione, escludendo ciò che il Legislatore comunitario, nel regolamento 139/04, chiama "pregiudizio durevole per la concorrenza". La norma impugnata, infine, fa salvi gli artt. 2 e 3 della l. 287/90. In ragione di tali presupposti, la Corte costituzionale ritiene infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, c. 4-*quiquies*, adducendo quale giustificazione principale, in grado di garantire la compatibilità della norma con il trattato costituzionale, la clausola dell'utilità sociale.

6. Critiche alla decisione della Consulta: la marginalizzazione del ruolo dell'AGCM e il contesto europeo

A fronte di questo discutibile verdetto, che di fatto ha aperto il via libera ad una sorta di "*merger to monopoly*", senza nemmeno vagliare l'opportunità di contromisure di un qualche spessore, si possono formulare alcune considerazioni critiche²⁵, sia in ordine alla vicenda in cui il Legislatore è intervenuto, sia, più in generale, in ordine allo stato in cui versa la disciplina sulla

²⁵ Tra i contributi più recenti: STECCHETTI, *Il ventennale dell'Antitrust e la Corte costituzionale*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2010, 459-468; FILIPPI, *Amministrazione straordinaria Alitalia: la deroga al divieto di concentrazione e l'utilità sociale del salvataggio*, in *Il fallimento*, 2011, 2, 145.

concorrenza che, per quanto riguarda il sistema italiano, è dichiaratamente strumento attuativo dell'art. 41 Cost.

Una prima valutazione critica può essere formulata in riferimento al ragionamento che la Corte sviluppa sulla legittimità della forma regolamentare prescelta dal Legislatore – una legge provvedimento – per introdurre la criticata disciplina. In particolare, sembrerebbe quasi che la Consulta rinvenga nella decretazione d'urgenza e nel carattere temporalmente limitato della sua portata applicativa (concentrazioni che si fossero realizzate entro il 30 giugno 2009) la prova e la giustificazione della ragionevolezza della stessa. Sarebbero quasi i mezzi a giustificare il fine in questo caso, poiché la legittimità e l'inevitabilità della forma provvedimento prescelta giustificerebbero, secondo il ragionamento della Corte, il contenuto così introdotto. Ma a tale ragionamento si può tranquillamente opinare che ciò che si contesta non è tanto la legittimità della forma normativa prescelta, quanto piuttosto i contenuti che la legge provvedimento introduce nel nostro ordinamento, la legittimità dei quali non può essere fatta tautologicamente discendere dal tipo di fonte adoperata.

Un secondo ordine di critiche riguarderebbe le argomentazioni della Consulta relative all'individuazione degli "altri interessi" costituzionalmente rilevanti, tali da giustificare una limitazione della concorrenza, per ragioni di utilità sociale. In particolare, una prima giustificazione a tale compressione si è rinvenuta, secondo la Corte, nella tutela occupazionale, nonché nella necessità di garantire l'integrità di un servizio pubblico essenziale, quale il servizio di trasporto aereo fornito da Alitalia. Ma a tali considerazioni, si può obiettare come il fine della tutela occupazionale, dedotto quale giustificazione dell'operazione, sia stato ampiamente disatteso dalla Nuova Alitalia, che ha preferito, per esempio, e contrariamente alle aspettative, per lo più far uso dell'*out sourcing*, non reintegrando i dipendenti in cassa integrazione.

Sulla collocazione del servizio offerto da Alitalia tra quelli pubblici essenziali, si può facilmente osservare come tale qualificazione sarebbe stata sicuramente più opportuna e corretta se la Nuova Alitalia fosse stato l'unico vettore aereo in grado di effettuare il trasporto dei passeggeri nel nostro paese. Ma così non è: le concorrenti di Alitalia sono state di fatto danneggiate

dalla posizione di monopolio di CAI, che offre il servizio in modo esclusivo sulla maggior parte delle rotte nazionali.

La Corte costituzionale ha, poi, osservato come l'operazione di concentrazione non fosse illegittima, sulla base della ulteriore considerazione che l'impugnata normativa nazionale che l'ha consentita abbia trovato riscontro non solo nelle legislazioni di diversi Stati membri europei, ma anche nella disciplina comunitaria (Reg. 139/04), non eliminando, per giunta, il controllo dell'AGCM, ma collocandolo semplicemente in un momento successivo. Non è difficile ribattere, a tal proposito, che la stessa natura della normativa antitrust è di tipo preventivo e che la finalità è quella di impedire, ad esempio, che si creino posizioni dominanti, difficili da rimuovere: un controllo successivo alla costituzione di una posizione di monopolio, attraverso una concentrazione, come nel caso di specie, non solo vanifica la finalità e la *ratio* del diritto posto a tutela della concorrenza, ma rinnega, altresì, la natura preventiva dell'*antitrust*. Cosicché tale normativa, anziché celebrare il ventennale della istituzione dell'AGCM, sembra piuttosto consacrarne il declino. La Corte costituzionale ha, nei fatti, convalidato la decisione del Legislatore di marginalizzare il ruolo dell'Autorità nella funzione di controllo del mercato.

Infine, risulta poco convincente la rassicurazione della tutela dei consumatori, che la stessa normativa impugnata garantirebbe, secondo la Corte, attraverso le misure comportamentali imposte a CAI dall'AGCM. La stessa tipologia e natura delle misure suddette (servizio di messaggistica, numero verde per informazioni su cancellazioni e ritardi dei voli, voli *low cost* su ogni tratta) ben poco avrebbe tutelato gli interessi dei consumatori, come i fatti hanno poi dimostrato. Dei tanti interessi invocati dalla Corte a giustificazione della compressione della libertà di iniziativa economica, attraverso un'operazione di bilanciamento, sembrerebbe non restare altro che un interesse privato, quello degli investitori italiani di CAI. Il salvataggio di Alitalia, o, come è stato da altri sostenuto²⁶, il salvataggio ad ogni costo dell'italianità della nostra compagnia di bandiera, si è risolto in un disperato tentativo di salvarne l'integrità e di dare

²⁶ STECCHETTI, *Law cost: ripercussioni della legge 'salva Alitalia'*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008, 513.

l'illusione che la stessa continuasse ad esistere; in realtà, «Alitalia è morta e defunta con la dichiarazione di insolvenza, mentre una nuova società, che della vecchia Alitalia è destinata ad assumere il nome, ha proseguito o ripreso una parte delle sue attività»²⁷. Si è preferito “svendere” Alitalia ad una società italiana, disposta tra l'altro ad acquistare solo la *good company*, piuttosto che accettare la lauta offerta di Air France, disposta ad offrire un prezzo di gran lunga superiore, rispetto a quello proposto da CAI, acquistando anche la *bad company*.

La Consulta sembrerebbe quasi aver arrestato, o comunque rallentato, il processo di «costituzionalizzazione sostanziale progressiva della concorrenza»²⁸, consistente nella sua acquisizione al patrimonio culturale indeclinabile dell'operatore giuridico italiano. La crisi affrontata da Alitalia avrebbe giustificato, secondo il ragionamento seguito dalla Consulta, la scelta del Legislatore italiano di accantonare regole ritenute fino ad un momento prima di importanza capitale, perché capaci di innervare il tessuto effettivo della “carta costituzionale economica” del nostro paese. E per giustificare l'operazione è sufficiente un'interpretazione elastica della clausola dell'utilità sociale, contenuta nell'art. 41 Cost.

Il fatto che molte legislazioni nazionali degli Stati membri prevedano meccanismi eccezionali per gestire gravi crisi economico-finanziarie interne, autorizzando operazioni di concentrazione che incidano su interessi di rilievo generale, poteva più correttamente essere inteso, dal Legislatore prima e dalla Consulta poi, nel senso che fosse doveroso sperimentare *in primis* le valvole di sfogo disponibili nell'ordinamento interno, nel rispetto dei valori concorrenziali in gioco, evidentemente sacrificati. Affacciandoci sugli scenari nazionali di altri Paesi europei, non può non osservarsi, effettivamente, come, ad esempio, la Germania abbia attribuito al proprio Governo il potere di annullare le decisioni dell'Autorità garante nazionale che abbia bloccato un'operazione di concentrazione, ritenuta lesiva per la concorrenza, giustificando tale sacrificio degli

²⁷ ANTONINI, *Il caso Alitalia: salvataggio o fallimento?*, in *Diritto dei trasporti*, 2009, 121.

²⁸ BERRUTI, *La concorrenza sleale nel mercato. Giurisdizione ordinaria e normativa antitrust*, Milano, 2002.

equilibri di mercato con l'esigenza di tutela di un interesse pubblico, altrimenti non tutelabile. Non diversamente, il Legislatore irlandese ha approvato, nell'ottobre 2008, una normativa di emergenza attribuendo al Ministro della Finanza il potere di autorizzare operazioni di concentrazione potenzialmente pericolose per la concorrenza, sulla base della necessità di tutelare la stabilità finanziaria del Paese. Non da ultimo, nel Regno Unito, l'*Enterprise Act 2002* (d'ora in avanti l'*Act*), entrato in vigore a partire da giugno 2003, ha previsto, accanto all'ordinario sistema del doppio controllo sulle concentrazioni "pericolose" da parte dell'OFT (*Office of Fair Trading*) e della CC (*Competition Commission*), ambedue Autorità garanti politicamente indipendenti, anche il potere del Segretario di Stato di intervenire risolutivamente. In particolare, la procedura ordinaria prevede che la CC inibisca e sanzioni le concentrazioni anticoncorrenziali, previa relazione sul punto dell'OFT, il quale svolge, a tal riguardo, un'evidente funzione di filtro, rimettendo al controllo successivo solo le operazioni cosiddette SLC, vale a dire tali da determinare una "sostanziale diminuzione della concorrenza". Tuttavia, l'*Act* attribuisce al Segretario di Stato il potere di autorizzare operazioni di concentrazione, pur lesive della concorrenza, invocando la tutela di interessi pubblici prevalenti, previsti espressamente dall'*Act*, o che comunque lo stesso Segretario ritenga dovessero essere previsti, previa modifica normativa integrativa da parte del Parlamento. In tali circostanze, a seguito di una relazione dell'OFT sul punto, il Segretario decide se sottoporre l'operazione controversa ad un'inchiesta approfondita della CC, ovvero ritenere la concentrazione necessaria e autorizzarla. Estrema appare, quindi, la discrezionalità attribuita al Governo britannico sul punto²⁹. Questa situazione si è verificata nella contestata operazione di concentrazione dei due colossi del sistema bancario e finanziario britannico, con l'acquisto da parte della Lloyds TSB della rivale HBOS³⁰. In tale circostanza il Segretario di Stato, invocando la necessità di tutelare l'equilibrio e l'assetto del sistema finanziario nazionale, ha autorizzato

²⁹ GOMES DA SILVA, - SANSOM, *Antitrust Implications of the Financial Crisis: A UK and EU View*, in *Antitrust*, Vol. 23, n. 2, Spring, 2009, 24-31.

³⁰ Cfr. nota 21.

l'operazione, nonostante l'OFT avesse consigliato un'inchiesta più dettagliata da parte della CC.

Sicuramente, tutti i citati interventi normativi degli Stati membri, peraltro considerati dalla Corte costituzionale quali conferme della "non eccezionalità" del caso Alitalia in relazione ad un più ampio scenario europeo, rappresentano la risposta dei governi europei alla crisi economico-finanziaria degli ultimi anni; ma è altrettanto vero che, in relazione alle vicende che hanno interessato la nostra compagnia di bandiera, siano ravvisabili le incongruenze non marginali sopra evidenziate. In altri termini, pur di salvare l'italianità di Alitalia, che ben venga anche la creazione di una posizione monopolistica o l'abuso di posizione dominante: per fronteggiare la crisi della compagnia di bandiera si sacrifica il libero mercato, con l'illusione che, a crisi superata, le distorsioni causate dall'operazione potranno essere rimosse senza alcun *vulnus* duraturo per il mercato. Come non si sa.⁵¹

⁵¹ L'AGCM nella riunione del 30 novembre 2011 ha avviato l'istruttoria per individuare gli effetti della fusione Alitalia-Cai sul mercato. L'istruttoria dovrà ultimarsi entro il 29 febbraio 2012; entro il 28 ottobre 2012, la società dovrà rimuovere situazioni di monopolio o di dominanza in precedenza accertate.

